

PSARAKIS || ΚΕΦΑΛΑΣ
COMMERCIAL LITIGATION



|| ΝΟΜΙΚΑ ΔΕΛΤΙΑ - ΕΚΔΟΣΗ 2023



ΨΑΡΑΚΗΣ - ΚΕΦΑΛΑΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ

ΝΟΜΙΚΑ ΔΕΛΤΙΑ – ΕΚΔΟΣΗ 2023

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 2022.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

Η ΠΟΙΝΙΚΗ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΔΙΟΙΚΟΥΝΤΩΝ ΝΟΜΙΚΑ ΠΡΟΣΩΠΑ ΕΝΑΝΤΙ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ ΟΡΓΑΝΙΣΜΩΝ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ – ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΙΣ ΕΛΛΕΙΨΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ	6
ΜΝΗΜΟΝΙΟ ΚΑΤΑΝΟΗΣΗΣ (ΜΟΥ): Ο ΔΡΟΜΟΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΕΞΑΓΟΡΑ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ	12
Η ΠΤΩΧΕΥΣΗ «ΜΙΚΡΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ» ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟΝ ΝΕΟ ΠΤΩΧΕΥΤΙΚΟ ΚΩΔΙΚΑ	16
Η ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΑ ΓΙΑ ΣΠΟΥΔΑΙΟ ΛΟΓΟ ΔΙΑΜΕΣΟΛΑΒΗΤΙΚΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ: ΤΑ ΠΑΡΑΔΕΙΓΜΑΤΑ ΤΗΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗΣ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΕΙΑΣ, ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΗΣ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΔΙΚΑΙΟΧΡΗΣΗΣ (FRANCHISE)	20
Η ΥΣΤΑΤΗ ΠΡΟΣΠΑΘΕΙΑ ΔΙΑΣΩΣΗΣ ΤΗΣ ΑΚΙΝΗΤΗΣ ΠΕΡΙΟΥΣΙΑΣ ΤΟΥ ΟΦΕΙΛΕΤΗ: Η ΑΝΑΚΟΠΗ ΚΑΤΑ ΤΟΥ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΟΥ ΑΚΙΝΗΤΟΥ	24
ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗΣ ΤΟΥ ΜΕΤΟΧΟΥ ΣΤΗΝ Α.Ε.	30
Ο ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΕΤΑΙΡΟΥ ΣΤΗΝ ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ (ΙΚΕ).	33
ΔΙΟΡΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΝΟΜΙΚΟΥ ΠΡΟΣΩΠΟΥ ΛΟΓΩ ΣΥΓΚΡΟΥΣΗΣ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΩΝ (ΑΚ 69).	36
Η ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΣΕ ΒΑΡΟΣ ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΑΚΩΝ ΜΟΝΑΔΩΝ: ΟΙ ΠΡΑΚΤΙΚΕΣ ΤΩΝ ΔΑΝΕΙΣΤΩΝ	40
ΟΙ ΕΠ' ΑΚΡΟΑΤΗΡΙΩ ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΤΙΚΟΙ ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΙ ΤΟΥ ΚΑΤΗΓΟΡΟΥΜΕΝΟΥ ΣΤΟ ΑΔΙΚΗΜΑ ΤΗΣ ΦΟΡΟΔΙΑΦΥΓΗΣ (ΑΡ. 66 ΚΦΔ).	43
ΕΣΩΤΕΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΜΕΛΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ Α.Ε. ΚΑΙ ΑΣΚΗΣΗ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ	50

Η ΠΟΙΝΙΚΗ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΔΙΟΙΚΟΥΝΤΩΝ ΝΟΜΙΚΑ ΠΡΟΣΩΠΑ ΕΝΑΝΤΙ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΚΑΙ ΤΩΝ ΟΡΓΑΝΙΣΜΩΝ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ – ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΙΣ ΕΛΛΕΙΨΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ

Χριστίνα Καπουράνη
ΜΔΕ (mult.), PgCert
Υποψήφια Δ.Ν.

Ιανουάριος 2022
(αναδημοσίευση από lawnet.gr)

Στο πλαίσιο της δυσμενούς οικονομικής συγκυρίας που διανύουμε τα τελευταία χρόνια, η οποία εντάθηκε προσφάτως κατόπιν και των συνεπειών της πανδημίας (covid - 19), το ζήτημα της ποινικής ευθύνης των εκπροσώπων - διοικούντων νομικά πρόσωπα (ιδίως κεφαλαιουχικών εταιρειών, ως βασικότερων μορφών άσκησης επιχειρηματικής δραστηριότητας) έναντι του Δημοσίου και των Οργανισμών Κοινωνικής Ασφάλισης, κατέστη πιο επίκαιρο από ποτέ. Παρακάτω, θα προσπαθήσουμε, εν συντομία, να αποτυπώσουμε τα βασικότερα αδικήματα που προβλέπονται σε διατάξεις ειδικών ποινικών νόμων και παρέχουν προστασία στα δημοσιονομικής φύσης δικαιώματα του Δημοσίου και Οργανισμών Κοινωνικής Ασφάλισης (όπως η μη καταβολή χρεών, η μη καταβολή ασφαλιστικών εισφορών και η φοροδιαφυγή), αναφορικά, ιδίως, με τον προσδιορισμό των ευθυνόμενων προσώπων, όταν φορέας της προς το δημόσιο υποχρέωσης είναι νομικό πρόσωπο - εταιρεία, με έμφαση στις περιπτώσεις έλλειψης ποινικής ευθύνης των τελευταίων.

1. Εισαγωγή – Κρίσιμα αδικήματα:

Ο νομοθέτης με σκοπό την προστασία της δημόσιας –με ευρεία έννοια– περιουσίας και της οικονομικής τάξης, με την έννοια της προστασίας των προσδοκιών των πολιτών για καλή διαχείριση των δημόσιων πόρων, έχει θεσπίσει ένα πλέγμα ειδικών ποινικών διατάξεων οι οποίες ποινικοποιούν, κατά κύριο λόγο, την παράλειψη καταβολής ορισμένου χρηματικού ποσού προς τα δημόσια ταμεία. Τα σημαντικότερα αδικήματα αυτής της κατηγορίας, τα οποία συναντάμε καθημερινά στις αίθουσες των δικαστηρίων, ιδίως τα τελευταία χρόνια της οικονομικής και πανδημικής κρίσης, είναι η μη καταβολή χρεών προς το δημόσιο (αρ. 25 ν. 1882/1990), η μη καταβολή ασφαλιστικών εισφορών (αρ. 1 α.ν. 86/1967) και η φοροδιαφυγή (αρ. 66 ΚΦΔ, δηλ. ν. 4174/2013), ενώ την ιδιότητα των κατηγορουμένων έχουν, εξαιρετικά συχνά, οι εκπρόσωποι διοικούντες των οφειλετών, εργοδοτών και φοροπαραβατών αντίστοιχα νομικών προσώπων - εταιρειών. Ειδικότερα ως προς τα επίμαχα αδικήματα:

α) Στο άρθρο 25 του νόμου 1882/1990 τυποποιείται πάντοτε υπό πλημμεληματική μορφή η μη καταβολή χρεών προς το δημόσιο (για το εν λόγω αδικήμα αναλυτικότερα προγενέστερο άρθρο μας). Αξιοποινη είναι, εν προκειμένω, η καθυστέρηση καταβολής για πάνω από τέσσερις (4) μήνες από κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο του βεβαιωμένου χρέους προς το δημόσιο, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (ν.π.δ.δ.) ή τους εν γένει οργανισμούς του δημοσίου τομέα, υπό την προϋπόθεση ότι το συνολικώς οφειλόμενο χρέος υπερβαίνει το ποσό των 100.000 € (κατόπιν αύξησης του εν λόγω χρηματικού ορίου με το ν. 4337/2015). Η ως άνω τετράμηνη προθεσμία ξεκινά από τη βεβαίωση του χρέους με πράξη της φορολογικής ή τελωνειακής αρχής. **Η ποινή που απειλείται στο νόμο**

είναι φυλάκιση (δηλαδή έως πέντε το πολύ έτη) και κλιμακώνεται ανάλογα με το ύψος του χρέους.

β) Το αδικήμα της μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών (βλ. ως προς αυτό και προγενέστερο άρθρο μας), ακολούθως, έτσι όπως αυτό τυποποιείται στο άρθρο 1 α.ν. 86/1967 (ως ο τελευταίος ισχύει μετά και από πρόσφατες μεταβολές με τους νόμους 4321 και 4331/2015, οι οποίοι εξαίρεσαν από το πεδίο εφαρμογής του και, συνακόλουθα, από την άσκηση ποινικής δίωξης τους ελεύθερους επαγγελματίες που ασφαλίζονται στον Οργανισμό Ασφάλισης Ελεύθερων Επαγγελματιών και ειδικότερα στο Ενιαίο Ταμείο Ανεξάρτητων Απασχολούμενων, νυν υπαγόμενο στον ΕΦΚΑ), **συνιστά και αυτό πάντοτε πλημμέλημα.** Τελείται όταν παραλείπεται η καταβολή εισφορών που οφείλει να αποδώσει ο υπόχρεος εργοδότης ή εργαζόμενος προς τους Οργανισμούς Κοινωνικής Ασφάλισης εντός μηνός από τότε που έγιναν αυτές απαιτητές. Τιμωρείται, δε, με ποινή φυλάκισης τουλάχιστον τριών μηνών και χρηματική ποινή, όταν δεν αποδίδονται εργοδοτικές εισφορές που ξεπερνούν τις 20.000 € και με φυλάκιση τουλάχιστον έξι μηνών και χρηματική ποινή, όταν δεν αποδίδονται ασφαλιστικές εισφορές που παρακρατήθηκαν προς απόδοση για λογαριασμό εργαζομένων του υποχρέου και ξεπερνούν το χρηματικό όριο των 10.000 €.

γ) Τέλος, ο νόμος 4174/2013 (Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4337/2015) στο αρ. 66 αυτού τυποποιεί τις φορολογικές παραβάσεις δημιουργώντας, επί της ουσίας, τρεις βασικές κατηγορίες αξιόποινων συμπεριφορών (ως συνέβαινε και με το προγενέστερο καθεστώς του νόμου 2523/1997). Ειδικότερα, προβλέπεται: i) η φοροδιαφυγή στο εισόδημα και στη φορολογία ακινήτων (αρ. 66 παρ. 1α) με κυριότερη μορ-

φή εκδήλωσης την παράλειψη υποβολής δήλωσης ή την υποβολή ανακριβούς δήλωσης με σκοπό μείωσης ή ολικής απόκρυψης φορολογητέας ύλης από την αρμόδια αρχή, ii) η φοροδιαφυγή στον ΦΠΑ και στους λοιπούς παρακρατούμενους ή επιρριπτόμενους φόρους και εισφορές (αρ. 66 παρ. 1β) με κυριότερες μορφές εκδήλωσης την μη απόδοση ή ανακριβή απόδοση αυτού, τον ανακριβή συμψηφισμό ή έκπτωση του ή και την παραπλάνηση της φορολογικής διοίκησης με σκοπό την αποφυγή πληρωμής του οικείου φόρου, τον αθέμιτο συμψηφισμό ή την αθέμιτη επιστροφή αυτού και iii) η φοροδιαφυγή που τελείται δια της έκδοσης ή αποδοχής εικονικών, πλαστών ή νοθευμένων φορολογικών στοιχείων για ανύπαρκτες ολικά ή εν μέρει συναλλαγές, καθώς και δια της μη συμμόρφωσης στους κανόνες ορθής έκδοσης και τήρησης φορολογικών στοιχείων κατά τις διατάξεις των ελληνικών λογιστικών προτύπων. Ως προς τις προβλεπόμενες ποινές η φοροδιαφυγή τιμωρείται πλημμεληματικά, αν ο οφειλόμενος φόρος υπερβαίνει τις 100.000€ ανά διαχειριστικό έτος και, ιδίως στο ΦΠΑ, αν υπερβαίνει τις 50.000€, ενώ, όταν γίνεται λόγος για έκδοση ή αποδοχή εικονικών φορολογικών στοιχείων αρκεί για το αξιόποιο η αξία αυτών να ξεπερνά τις 75.000€. Η φοροδιαφυγή αποκτά, δε, κακουργηματικό χαρακτήρα όταν τα ως άνω ποσά για εισόδημα, ΦΠΑ και εικονικά στοιχεία υπερβαίνουν τις 150.000€, 100.000€ και 200.000€ αντίστοιχα. Ειδικότερα, ως προς την κακουργηματική φοροδιαφυγή στο εισόδημα και το ΦΠΑ επιβάλλεται πρόσκαιρη κάθειρξη 5 - 15 ετών –μετά και τη μείωση του ανώτερου ορίου της πρόσκαιρης κάθειρξης με το νέο αρ. 52 παρ. 2 ΠΚ– και ως προς το κακούρηγμα της έκδοσης και αποδοχής εικονικών, πλαστών και νοθευμένων εικονικών στοιχείων επιβάλλεται πρόσκαιρη κάθειρξη 5 - 10 ετών.

Να σημειωθεί, ωστόσο, ότι μετά το νέο αρ. 463 παρ. 2 και 3 ΠΚ (έναρξη εφαρμογής από 1.7.2019), κατά το οποίο («2. Όπου σε ειδικούς ποινικούς νόμους απειλείται ποινή φυλάκισης, προστίθεται διαζευκτικά και η χρηματική ποινή, όπως αυτή προβλέπεται στο αρ. 57 του παρόντος κώδικα ... 3. Όπου σε ειδικούς ποινικούς νόμους απειλείται κάθειρξη έως δέκα έτη, επιβάλλεται ποινή μειωμένη κατά το αρ. 83 περ. γ' (αντί για την ποινή της κάθειρξης επιβάλλεται φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους ή κάθειρξη έως οχτώ (8) έτη). Η πράξη διατηρεί τον κακουργηματικό της χαρακτήρα ...»), οι προβλεπόμενες ποινές στους ως άνω ειδικούς νόμους διαμορφώνονται αντίστοιχα.

2. Ο εκ του νόμου καθορισμός των ποινικών υπευθύνων

εκπροσώπων διοικούντων στα εν λόγω αδικήματα:

Ως εξετέθη, τα ειδικώς περιγραφόμενα ανωτέρω αδικήματα τελούνται, εξαιρετικώς συχνά, στο πλαίσιο εταιρειών και αφορούν δικές τους υποχρεώσεις έναντι του δημοσίου. Οι τελευταίες, τις περισσότερες φορές, διοικούνται από περισσότερα του ενός πρόσωπα με αντίστοιχη κατανομή ενδοεταιρικών αρμοδιοτήτων και καθηκόντων. Ελλείψει, δε, πρόβλεψης αυτοτελούς ποινικής ευθύνης νομικού προσώπου στο ελληνικό δίκαιο –ως συμβαίνει στο εξωτερικό– (με κυρώσεις όπως χρηματική ποινή σε βάρος της εταιρείας, αναστολή λειτουργίας αυτής, αναγκαστική λύση κ.ο.κ.) ο προσδιορισμός των αυτουργών των προαναφερόμενων αδικημάτων είναι δυσχερής. Ο νομοθέτης, για να διευκολύνει τα πράγματα, ιδίως, στα προαναφερόμενα νομοθετήματα περιέχει ρητές διατάξεις που ορίζουν τους ποινικά υπεύθυνους δημιουργώντας, με μία πρώτη ανάγνωση, την εντύπωση της περιοριστικής απαρίθμησης αυτών και της τεκμαρτής ποινικής ευθύνης ex officio, δηλαδή ευθύνης από την κατοχή απλώς και μόνο μίας ιδιότητας στη διοίκηση της εταιρείας (προέδρου, διευθύνοντος συμβούλου, μέλους διοικητικού συμβουλίου, εταίρου, εν γένει εκπροσώπου, κ.ο.κ.), χωρίς πρόβλεψη ουσιαστικής διαχειριστικής ανάμιξης και δόλου, δηλαδή γνώσης της επίμαχης πράξης ή παράλειψης (συνήθως του επίμαχου χρέους). Ειδικότερα:

α) Ως προς το αδίκημα της μη καταβολής χρεών το άρθρο 25 παρ. 2 του ν. 1882/1990 ορίζει «Στις πιο κάτω περιπτώσεις οφειλετών του Δημοσίου και τρίτων πλην ιδιωτών, οι προβλεπόμενες ποινές που αναφέρονται στην παρ. 1 του παρόντος άρθρου επιβάλλονται και προκειμένου: α) Για ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες, στους προέδρους του Δ.Σ., στους διευθύνοντες ή εντεταλμένους ή συμπράττοντες συμβούλους ή διοικητές ή γενικούς διευθυντές ή διευθυντές αυτών ή σε κάθε πρόσωπο εντεταλμένο είτε άμεσα από το νόμο είτε από ιδιωτική βούληση είτε από δικαστική απόφαση στη διοίκηση ή διαχείριση αυτών, σωρευτικά ή μη. Αν ελλείπουν όλα τα παραπάνω πρόσωπα, οι ποινές επιβάλλονται κατά των μελών των διοικητικών συμβουλίων, εφόσον ασκούν πράγματι προσωρινά ή διαρκώς ένα από τα καθήκοντα που αναφέρονται πιο πάνω ... για εταιρείες ομόρρυθμες ή ετερόρρυθμες στους ομόρρυθμους εταίρους και στους διαχειριστές. Για περιορισμένης ευθύνης εταιρείες στους διαχειριστές αυτών, κι αν ελλείπουν, σε κάθε εταίρο σωρευτικά ή μη».

β) Όμοια πρόβλεψη υπάρχει και στην παρ. 7 του αρ. 1 α.ν. 86/1967 περί μη καταβολής ασφαλιστικών εισφο-

ρών καθώς και στο αρ. 67 παρ. 1 ΚΦΔ με τη ουσιαστική διαφοροποίηση πώς, ιδίως όσον αφορά τα φορολογικά αδικήματα, με το ν. 4337/2015 προστέθηκε σχετική παράγραφος 4 με την οποία ιδρύθηκε σωρευτική ποινική ευθύνη και των «αυτουργών και συμμετόχων που ασκούν εν τοις πράγμασι τις εξουσίες και αρμοδιότητες που αντιστοιχούν στις ιδιότητες και θέσεις της παραγράφου 1».

3. Ad hoc περιπτώσεις έλλειψης ποινικής ευθύνης:

Από τις παραπάνω νομοθετικές ρυθμίσεις που προσδιορίζουν τα ποινικώς υπεύθυνα πρόσωπα στα εκτιθέμενα αδικήματα σε βάρος της περιουσίας του δημοσίου προκύπτει ότι για την ποινική δίωξη, πέραν των λοιπών αντικειμενικών στοιχείων (ταμειακή βεβαίωση, υπερημερία και χρηματικά όρια, μη υποβολή ή υποβολή ανακριβούς δήλωσης φόρου κ.ο.κ.) αρκεί η τυπική ιδιότητα που αναφέρεται στο νόμο δίχως να απαιτείται η προϋπόθεση της ουσιαστικής άσκησης διαχείρισης (όσον αφορά, ιδίως, τη φοροδιαφυγή για την κατηγορία των εκ του νόμου ευθυνόμενων), παρεκτός αν πρόκειται για τα μέλη του ΔΣ, όταν ελλείπει η πρώτη κατηγορία των ειδικώς αναφερόμενων προσώπων (πρόεδροι, διευθύνοντες σύμβουλοι, διευθυντές και εν γένει εντεταλμένοι), ενώ ουδεμία αναφορά γίνεται στους αντιπροέδρους του διοικητικού συμβουλίου, όσον αφορά τις ανώνυμες εταιρείες. **Ωστόσο, η νομολογία των δικαστηρίων μας, στην πράξη, ερμηνεύει τις ως άνω διατάξεις με σκοπό τόσο την αποφυγή ατιμωρησίας των πραγματικών δραστών, όσο και την προστασία διοικούντων οι οποίοι, εκ των πραγμάτων, δεν θα μπορούσαν να έχουν προβεί σε αξιόποινες πράξεις ή παραλείψεις ελλείψει, κυρίως, συμμετοχής στο νομικό πρόσωπο ή ελλείψει γνώσης του επίμαχου, συνήθως, αξιόποινου χρέους.** Εκτίθενται συνοπτικά οι σημαντικότερες περιπτώσεις που απασχόλησαν τη νομολογία:

α) Πραγματική έλλειψη ιδιότητας εκπροσώπου - διοικούντος λόγω παραίτησης ή λήξης θητείας: Για να γεννηθεί ευθύνη του διοικούντος - εκπροσώπου θα πρέπει ο τελευταίος να έχει την εν λόγω ιδιότητα στο υπόχρεο εταιρικό σχήμα κατά τον επίμαχο χρόνο τέλεσης της πράξης –παραλείψης που πληροί την υπόσταση του σχετικού αδικήματος (βεβαίωση ή γέννηση του χρέους για τη μη καταβολή χρεών– με τις παρακάτω επιφυλάξεις, ληξιπρόθεσμο της οφειλής για τη μη καταβολή ασφαλιστικών, πάροδο, λ.χ., την νόμιμης προθεσμίας υποβολής δήλωσης φόρου σε έναν εκ τους τρόπους φοροδιαφυγής κ.ο.κ.). **Αν, λοιπόν, το επίμαχο πρόσωπο έχει νομίμως παραιτηθεί από την ιδιότητα του πριν από τα προ-**

αναφερθέντα χρονικά διαστήματα ή έχει αποκτήσει την οικεία ιδιότητα μεταγενέστερα θα πρέπει να απαλλαγεί (βλ. σχετικώς ΤριμΠλαθ 29395/2017 που απαλλάσσει μέλος ΔΣ για μη καταβολή χρεών προς το δημόσιο καθώς ο ίδιος δεν είχε την εν λόγω ιδιότητα ούτε κατά τη βεβαίωση, αλλά ούτε και κατά τη γέννηση της οφειλής κατά τα ειδικώς οριζόμενα στο άρθρο 25 παρ. 3 ν. 1882/1990). **Για να είναι νόμιμη η απώλεια ή απόκτηση της ιδιότητας, λ.χ., του προέδρου, διευθύνοντος συμβούλου ή εν γένει εκπροσώπου εταιρείας θα πρέπει, κατά την κρατούσα νομολογία, να έχουν ολοκληρωθεί όλες οι διατυπώσεις δημοσιότητας στο ΓΕΜΗ** (βλ. σχετικώς και υπ' αριθμ. 1303/2017 ΑΠ κατά την οποία «*Πράγματι προσκομίζεται η σχετική δήλωση παραίτησης εκ της θέσεως και της ιδιότητας αυτής από το διοικητικό συμβούλιο της ανωτέρω εταιρείας, εντούτοις δεν αποδείχθηκε η προσήκουσα διαδικασία, που προβλέπεται από το νόμο για τη δημοσίευση της δήλωσης στο οικείο ΦΕΚ ... Η κατηγορούμενη αρκέσθηκε μόνο στη δήλωση παραίτησης και δεν προέβη στις οφειλόμενες ενέργειες, οι οποίες μάλιστα της συνεστήθησαν από την τη Γενική Διεύθυνση Ανάπτυξης Νοτίου Τομέα Αθηνών. Κατόπιν τούτου η κατηγορούμενη πρέπει να κηρυχθεί ένοχη για την παραπάνω πράξη της*»). Κατά την ίδια ως άνω κρίση της προαναφερόμενης αποφάσεως το πρόβλημα της έλλειψης ολοκληρωμένης δημοσιότητας **θα μπορούσε να ξεπεραστεί και κατόπιν επίδοσης με δικαστικό επιμελητή της εταιρικής μεταβολής** (λ.χ. της δήλωσης παραίτησης από την ιδιότητα του νομίμου εκπροσώπου εταιρείας) στο υπεύθυνο προς κατάθεση της αίτησης για άσκηση ποινικής δίωξης πρόσωπο, δηλαδή στον προϊστάμενο της αρμόδιας Δ.Ο.Υ (απόσπασμα της προαναφερόμενης έχει επί λέξει « *Τούτο διότι, τοιουτοτρόπως καταστρατηγείται το δικαίωμα του ανυπαίτιου τρίτου και εν προκειμένω του Ελληνικού Δημοσίου, να αναζητήσει να αποδοθούν ποινικές ευθύνες, από τα υπεύθυνα πρόσωπα, τα οποία γνωρίζοντας την παραβίαση των υποχρεώσεων τους, θα προέβησαν γνώση του τρίτου για την παραίτηση τους, χωρίς αυτή να έχει ολοκληρωθεί, παρά μόνο με την επίδοση του εγγράφου της παραίτησης τους στο δικαιούμενο να αιτηθεί την ποινική τους δίωξη πρόσωπο (τρίτο) , οπότε θα απεκδύονταν από τις ποινικές τους ευθύνες*»). Υπάρχει, ωστόσο, και αντίθετη νομολογία κατά την οποία η τυπολατρική αναμονή ολοκλήρωσης κάθε πράξης δημοσιότητας παρέλκει όταν εκ των πραγμάτων προκύπτει η μη άσκηση διαχειριστικής εξουσίας από τους παραιτηθέντες διοικητές (ΠεντΕφΑθ. 723/2016).

Όσον αφορά, δε, τις περιπτώσεις εκείνες που η θητεία

των ως άνω ευθυνόμενων εκ της ιδιότητάς τους προσώπων έχει λήξει (ως είναι π.χ. το ΔΣ μίας ΑΕ, συμπεριλαμβανομένης και της αυτοδίκαιης εκ του νόμου παράτασης έως τη λήξη της προθεσμίας σύγκλησης της επόμενης γενικής συνέλευσης, αρ. 85 παρ. 1 εδ. τελευταίο ν. 4548/2019) δίχως, ωστόσο, να έχουν γίνει οι απαραίτητες ενέργειες αντικατάστασης (συνήθως από ολιγωρία) η ΑΠ 533/2014 έκρινε *«Συνεπώς, η πρώτη, δια της υπό κρίση εισαγγελικής αιτήσεως αναιρέσεως, προβαλλόμενης αιτίαση, ότι το Δικαστήριο της ουσίας έσφαλε περί την ερμηνεία και εφαρμογή των παραπάνω διατάξεων, διότι μετά τη λήξη της θητείας του Διοικητικού Συμβουλίου της άνω εταιρίας την 30-6-1998 και τη μη εκλογή νέου Διοικητικού Συμβουλίου η θητεία του κατηγορουμένου, ως Προέδρου, παρατάθηκε εκ του νόμου (ex lege) και, επομένως, αυτός ενέχεται ως αυτουργός του εγκλήματος της μη αποδόσεως του Φ.Π.Α. των επόμενων πέντε διαχειριστικών περιόδων (1998-2002), είναι αβάσιμη, αφού, όπως προεκτέθηκε, τα καθήκοντα του κατηγορουμένου ως Προέδρου του Διοικητικού Συμβουλίου της ως άνω Α.Ε. έπαυσαν αυτοδικαίως με τη λήξη του προαναφερθέντος χρόνου της πενταετούς θητείας του (30-6-1993 έως 30-6-1998)»*.

Προβληματισμός έχει, επίσης, γεννηθεί σχετικά με τη διατύπωση της παρ. 3 του αρ. 25 ν. 1882/1990 κατά την οποία *«Για τα πρόσωπα που αναφέρονται που αναφέρονται στην παρ. 2 του παρόντος άρθρου, η ποινική δίωξη ασκείται για τα χρέη προς το δημόσιο και τρίτους πλην ιδιωτών που ήταν βεβαιωμένα κατά το χρόνο απόκτησης της πιο πάνω ιδιότητας ή βεβαιώθηκαν κατά τη διάρκεια που είχαν τη συγκεκριμένη ιδιότητα, ανεξάρτητα αν μεταγενέστερα απέβαλαν την ιδιότητα αυτή με οποιονδήποτε τρόπο ή για οποιαδήποτε αιτία, καθώς και για τα χρέη που βεβαιώθηκαν ανεξάρτητα από τη λύση ή μη των νομικών προσώπων, αλλά γεννήθηκαν ή ανάγονται στο χρόνο που είχαν την ιδιότητα αυτή»*. Προκύπτει, συνεπώς, ότι ο διοικων - εκπρόσωπος ευθύνεται όχι μόνο για χρέη τα οποία βεβαιώθηκαν κατά τη διάρκεια της θητείας του αλλά κι γι' αυτά που γεννήθηκαν κατά τη διάρκεια της τελευταίας και βεβαιώθηκαν μεταγενέστερα, ακόμη και μετά από πολυετή αποχώρησή του. Κάτι τέτοιο, όμως, είναι προβληματικό καθώς ο ευθυνόμενος δεν έχει ουσιαστική επιρροή στη διοίκηση της εταιρείας για να συμμορφωθεί στην πληρωμή του χρέους κατά το χρόνο βεβαίωσης, αφού θα έχει, ήδη, απομακρυνθεί απ' αυτή. **Παρά τη νομολογιακή της εφαρμογή (ΑΠ 1047/2013, 1312/2012, 1209/2011) η διάταξη έχει δεχθεί μεγάλη κριτική και στην πράξη αντιμετωπίζεται από τα**

δικαστήρια με την επίκληση της έλλειψης «εν τοις πράγμασι» διαχείρισης, ως συμβαίνει στα κατωτέρω νομολογιακά παραδείγματα.

β) Τυπική ιδιότητα εκπροσώπου - διοικούντος και μη άσκηση διοίκησης «εν τοις πράγμασι»: Στην πράξη είναι παραπάνω από συχνό άλλα πρόσωπα να φαίνεται στο ΓΕΜΗ ότι ασκούν τη διοίκηση μίας εταιρείας και άλλα να είναι αυτά που την ασκούν στην πραγματικότητα (πρόκειται για τη λεγόμενη «de facto» διαχείριση). Αυτό συμβαίνει, ιδίως, σε ανώνυμες εταιρείες που απαιτείται και ελάχιστος αριθμός συμμετοχής στο ΔΣ αυτών (συμμετοχή, π.χ., συγγενικού προσώπου στο ΔΣ οικογενειακής Α.Ε.) ή και στις λοιπές για άλλους λόγους που συνίσταται στην πρόθεση του αληθούς δικαιούχου να μην εμφανίζεται ως τέτοιος (κυρίως φορολογικούς). **Έτσι, λοιπόν, παρά την ως άνω φαινομενικά τεκμαρτή ποινική ευθύνη ορισμένων προσώπων, οι τελευταίοι μπορούν να απαλλαγούν αν επικαλεστούν ότι είχαν μόνο τυπική ιδιότητα και δεν επιδρούσαν στις αποφάσεις της εταιρείας και στη διαχείριση των οικονομικών της κατά το χρόνο τέλεσης των επίμαχων αδικημάτων (διατηρείται, φυσικά, το δικαίωμα του εισαγγελέως για άσκηση δίωξης σε βάρος των αληθών υπευθύνων, συνήθως για ηθική αυτουργία). Η νομολογία των δικαστηρίων, εν προκειμένω, είναι πλούσια και τα κριτήρια που κάθε φορά λαμβάνονται υπόψη ποικίλουν.**

Έτσι η υπ' αριθμ. 100/2019 απόφαση του Αρείου Πάγου αναιρεί δευτεροβάθμια απόφαση η οποία δεν έλαβε υπ' όψιν της σχετικό ισχυρισμό του κατηγορουμένου περί τυπικής και μόνο συμμετοχής αυτού στην επίμαχη εταιρεία καταδικάζοντας αυτόν για μη καταβολή χρεών λόγω της φαινομενικά και μόνο ιδιότητας του νομίμου εκπροσώπου (κατά τις παραδοχές της *«Έσφαλε το δευτεροβάθμιο δικαστήριο ... απορρίπτοντας αρνητικό του υποκειμενικού στοιχείου του δόλου ισχυρισμό του αναιρεσείοντος περί του ότι ετύγχανε νόμιμος εκπρόσωπος της οφειλέτη των χρεών μόνο τυπικά, όντας απλώς εργαζόμενος της και μη έχοντας εν τοις πράγμασι καμία σχέση με τη διοίκησή της, δίχως να συνεκτιμήσει τις προσκομισθείσες από την υπεράσπιση και αναγνωσθείσες στο ακροατήριο πέντε προγενέστερες απαλλακτικές αποφάσεις»*). Σε απαλλακτική κρίση προβαίνει και η υπ' αριθμ. 1568/2018 απόφαση του Αρείου Πάγου για *«τύποις» διαχειρίστη Ε.Π.Ε. δεχόμενο την ορθή κρίση του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου, απορρίπτοντας αίτηση αναίρεσης για εσφαλμένη αιτιολογία, κατά την τελευταία « Εν τούτοις δεν αποδείχθηκε, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι ο κατηγορούμενος συμμετείχε ουσιαστικά και όχι μόνο τύποις*

στη διοίκηση της εταιρείας, συμπράττοντας στη διαχείριση και εκπροσώπηση αυτής, δεδομένου ότι ο μάρτυρας υπεράσπισης, που διέθετε όμορο κατάστημα καταθέτει ότι ο κατηγορούμενος ασχολούταν με τις πανεπιστημιακές του σπουδές ενώ με τον ίδιο δεν είχε συνεργαστεί ποτέ παρά μόνο με τον πατέρα του ... επίσης το Δικαστήριο διατηρεί αμφιβολίες για την πρόθεσή του προς καθυστέρηση καταβολής των βεβαιωμένων χρεών». Κατά την υπ' αριθμ. 1747/2010 απόφαση του ΤριμΕφΘεσ., δε, « ... όπως αποδείχθηκε η κατηγορούμενη ήταν μόλις 28 ετών, στερούμενη κάθε επιστημονικής και τεχνικής γνώσης περί τη διοίκηση επιχειρήσεων, εργάστηκε μόνο ως υπάλληλος γραφείου, ήταν νύφη του ως άνω ιδρυτή της εταιρείας, παντρεμένη με το γιό του Σ.Χ. Ακόμη αποδείχθηκε ότι ποτέ δεν είχε η πρώτη κατηγορούμενη πρόσβαση στο ταμείο της εταιρείας, ποτέ δεν ενημερώθηκε για τα χρέη και τις οφειλές της, ποτέ δεν την εκπροσώπησε, ούτε άσκησε διευθυντικό δικαίωμα προς τους υπαλλήλους, ενώ δεν υπάρχει και καμία υλική πράξη της εταιρείας που να φέρει την υπογραφή της. Κατόπιν τούτων αποδεικνύεται ότι η πρώτη κατηγορούμενη ουδέποτε άσκησε πραγματική διοίκηση και πρέπει συνεπώς να κηρυχθεί αθώα για τις πράξεις ή παραλείψεις προς τη Δ.Ο.Υ. Θεσσαλονίκης για παραβάσεις του αρ. 20 παρ. 1 και 6 ν. 2523/1997 (φοροδιαφυγή)». Σε απαλλακτικές κρίσεις προβαίνουν, επίσης, και οι ΤριμΠΛΑΘ 28738/2015 και ΤρΕφΛαρ 1603/2015 με παρόμοιες αιτιολογίες. Τέλος, ενδιαφέρον παρουσιάζουν οι παραδοχές της ΔΠρΑΘ 8523/2020 απόφασης (παρότι διοικητική) κατά την οποία «... Η ενεργός συμμετοχή στη διοίκηση, βάσει της οποίας εξάλλου κρίνεται αν ανακύπτει υποχρέωση παρακράτησης και απόδοσης των εισφορών, είναι το κριτήριο και της ποινικής αντιμετώπισης των προσώπων που ευθύνονται για την καταβολή των εισφορών, βάσει των διατάξεων του αρ. 1 του α.ν. 86/1967 και δεν αρκεί η ιδιότητα του νομίμου εκπροσώπου της εταιρικής επιχείρησης».

γ) Κατανομή αρμοδιοτήτων και μη συμπερίληψη της αξιόποινης πράξης - παράλειψης στα καθήκοντα του διοικούντος: Υπάρχουν περιπτώσεις, βεβαία, που μπορεί να μην έχει χαθεί με παραίτηση ή λήξη θητείας η ιδιότητα του εκπροσώπου - διοικούντος αλλά λόγω ενδοεταιρικής κατανομής ο έλεγχος καταβολής οφειλών και εισφορών να έχει ανατεθεί σε συγκεκριμένο πρόσωπο του διοικητικού μηχανισμού της εταιρείας (βλ. σχετικά υπ' αριθμ. 712/2019 απόφαση του Αρείου Πάγου σε συναφές αδίκημα της μη καταβολής δεδουλευμένων, κατά την οποία ο εκπρόσωπος - διοικών θα πρέπει να έχει επιφορ-

τιστεί με τη συγκεκριμένη αρμοδιότητα εκπλήρωσης της συγκεκριμένης οφειλής για να γεννηθεί ποινική ευθύνη από την παράλειψη του να εκπληρώσει αυτήν).

δ) Έλλειψη δόλου: Παρά την τυπικότητα των εν λόγω αδικημάτων θα πρέπει να εξετάζεται και ο δόλος των ευθυνόμενων προσώπων, δηλαδή το κατά πόσο αυτά είχαν τη γνώση του επίδικου χρέους ή της εν γένει αξιόποινης πράξης ή παράλειψης. Έτσι, λοιπόν, παρότι δεν έλλειπε η ιδιότητα του εκπροσώπου, ούτε υπήρχε εν τοις πράγμασι διοίκηση από έτερο πρόσωπο η ΤριμΠλημΑΘ 5454/2017 αθώωσε ομόρρυθμο εταίρο λόγω έλλειψης γνώσης των επίδικων χρεών που δεν του είχαν κοινοποιηθεί από το συνεταίρο του, επίσης ομόρρυθμο μέλος - συνδιαχειριστή. Κατά τις παραδοχές της απόφασης «Η επιχείρηση υπό την αρχική εταιρική της μορφή και στη συνέχεια ως Ε.Π.Ε. στηριζόταν στη σχέση εμπιστοσύνης που υπήρχε μεταξύ των δύο εταίρων, εκ των οποίων ο Ν.Κ. ασχολούταν αποκλειστικά με το τεχνικό - κατασκευαστικό μέρος, ως υπεύθυνος για τα συνεργεία των εργαζομένων και την κατασκευή των σκαλωσιών, ενώ ο Κ.Ν. είχε αναλάβει και ασκούσε αποκλειστικά την οικονομική διαχείριση της εταιρείας. Ο δεύτερος κατηγορούμενος δεν τελούσε σε γνώση των επίδικων χρεών, αφού ο πρώτος εξ αυτών δεν τον ενημέρωσε και ο ίδιος μη έχοντας γνώσεις λογιστικής και πρόσβαση στα απαιτούμενα βιβλία δεν είχε άλλη πηγή γνώσης ... Κατ' ακολουθία θα πρέπει να κηρυχθεί αθώος λόγω αμφιβολιών ως προς το δόλο».

ε) Οικονομική αδυναμία εκπλήρωσης - έλλειψη ταμειακής ρευστότητας: Η οικονομική αδυναμία των οφειλετών δεν αντιμετωπίζεται από τα δικαστήρια ως λόγος απαλλαγής τους στα υπό κρίση αδικήματα, αλλά ως λόγος αναγνώρισης σχετικής ελαφρυντικής περίπτωσης (αυτής του αρ. 86 παρ. 2β' ΚΠΔ - το λεγόμενο ελαφρυντικό των «μη ταπεινών αιτίων» που οδήγησαν στην αξιόποινη πράξη ή παράλειψη - ίδ. σχετικά ΤριμΠλημΚαλαμ. 1274/2017). Η στάση αυτή των δικαστηρίων είναι εξόχως προβληματική καθώς αντιστρατεύεται τη γενική αρχή κατά την οποία «κανείς δεν μπορεί να υποχρεωθεί στα αδύνατα» στις περιπτώσεις, φυσικά, της ανυπαίτιας αδυναμίας συμμόρφωσης, αλλά και τη βασική αρχή της ενοχής που διέπει το ποινικό δίκαιο. Ωστόσο ρωγμή στα ως άνω παρατηρείται με την ΤριμΠλημΠατρ. 999/2017 με την οποία κηρύχθηκε αθώος ο κατηγορούμενος για πράξεις μη έγκαιρης καταβολής εργοδοτικών και εργατικών εισφορών λόγω μη εκούσιας αδυναμίας να πράξει διαφορετικά ένεκα ανωτέρας βίας, καθώς με βουλεύματα του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών είχε διαταχθεί δέ-

σμευση των τραπεζικών λογαριασμών του, τους οποίους τηρούσε με συγγενικό πρόσωπο που διωκόταν για νομιμοποίηση εσόδων και δεν ήταν με άλλο τρόπο δυνατή, πέραν της τραπεζικής μεταφοράς, η εκτέλεση της πληρωμής. Εν προκειμένω το δικαστήριο δέχθηκε την έλλειψη καταλογισμού του κατηγορουμένου κατ' άρθρο 32 ΠΚ.

4. Η ευθύνη του αντιπροέδρου ΔΣ ανώνυμης εταιρείας ειδικότερα:

Στις ως άνω διατάξεις που περιγράφουν τον κύκλο των ευθυνόμενων για τα υπό κρίση αδικήματα προσώπων ουδείς λόγος γίνεται για τους αντιπροέδρους του ΔΣ. **Ελλείψει σχετικής νομοθετικής πρόβλεψης στη νομολογία κρατεί η άποψη ότι το εν λόγω πρόσωπο ανήκει στη δεύτερη κατηγορία ευθυνόμενων προσώπων, θα πρέπει, δηλαδή, να αναπληρώσει τους προέδρους, διευθύνοντες και διευθυντές (αν οι πρώτοι ελλείπουν) και να ασκήσει ουσιαστική εκπροσώπηση και διαχείριση για να γεννηθεί ποινική του ευθύνη (βλ. σχετ. ΑΠ 517/2015, 225/2015).**

5. Βάρος απόδειξης στην ποινική δίκη μετά το νέο κώδικα Ποινικής Δικονομίας:

Είδαμε παραπάνω ότι ο κατηγορούμενος για τα υπό κρίση αδικήματα έχει στη «φαρέτρα του» αρκετά όπλα να αμυνθεί κατά μίας ενδεχόμενης κατηγορίας. Οι αποφάσεις των δικαστηρίων αντιμετωπίζουν τους σχετικούς ισχυρισμούς άλλοτε ως αρνητικούς της κατηγορίας (έλλειψη αντικειμενικής ή υποκειμενικής υπόστασης του αδικήματος: δηλαδή έλλειψη ιδιότητας εκπροσώπου, βεβαίωσης, υπερημερίας κ.ο.κ. και έλλειψη δόλου) και άλλοτε ως αυτοτελείς (προβολή ισχυρισμών περί ελαφρυντικής περιστάσης ή έλλειψης αντικειμενικού καταλογισμού λόγω κατάστασης ανάγκης κ.ο.κ.). Τα δικαστήρια συνηθίζουν να αιτιολογούν την απόρριψη μόνο των δεύτερων ισχυρισμών (των λεγόμενων αυτοτελών), παρά την αντίθετη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων κατά την οποία θα πρέπει εμπειριστατικά να αιτιολογείται η απόρριψη κάθε ουσιώδους ισχυρισμού του κατηγορουμένου που τείνει στην αθώωσή του, αλλά και τις συνταγματικές επιταγές για ειδική και εμπειριστατικά αιτιολογία σε κάθε απόφαση δίχως διακρίσεις. Περαιτέρω, παρότι στην πράξη οι κατηγορούμενοι και οι συνήγοροι τους είναι αυτοί που προσπαθούν να αποδείξουν την αλήθεια των ως άνω ισχυρισμών στο Δικαστήριο (είτε αυτοτελών είτε αρνητικών) αξίζει να επισημανθεί η νέα υπ' αριθμ. 178 παρ. 2 διάτα-

ξη του ΚΠΔ, ν. 4620/2019, η οποία, συμμορφούμενη με το τεκμήριο αθωότητας του κατηγορουμένου και την αρχή της αυτεπάγγελτης έρευνας του ποινικού αδικήματος από το Δικαστήριο, ορίζει «Οι δικαστές και οι εισαγγελείς εξετάζουν αυτεπαγγέλτως όλα τα αποδεικτικά μέσα που θεμελιώνουν την ενοχή ή κατατείνουν στην αθωότητα του κατηγορουμένου καθώς και κάθε στοιχείο που αφορά στην προσωπικότητά του και επηρεάζει την επιμέτρηση της ποινής. Ο κατηγορούμενος δεν είναι υποχρεωμένος να προσκομίσει αποδεικτικά στοιχεία για τα πραγματικά περιστατικά που επικαλείται υπέρ του». Ως εκ τούτου, με βάση ρητή, πλέον, νομοθετική διάταξη, ο κατηγορούμενος δεν μπορεί να καταδικαστεί αν δεν είναι σε θέση να αποδείξει όσα ισχυρίζεται. Το δικαστήριο οφείλει να ελέγξει αυτεπαγγέλτως τους οικείους ισχυρισμούς και να εφαρμόσει ορθά τους κανόνες του βάρους απόδειξης αιτιολογώντας κάθε απόρριψη υπερασπιστικού ισχυρισμού (ειδάλλως, γεννώνται σχετικοί λόγοι αναίρεσης που μπορούν να οδηγήσουν στην ανατροπή της πλημμελούς απόφασης).

6. Αντί επιλόγου:

Απ' όσα εξετάστησαν κατέστη αντιληπτό ότι στα υπό κρίση αδικήματα, τα οποία, πολλές φορές, χαρακτηρίζονται ως «τυπικά» (ιδίως όσον αφορά στην μη καταβολή χρεών και η μη καταβολή ασφαλιστικών εισφορών) λόγω της εντύπωσης που επικρατεί ότι ελέγχεται για την πλήρωση τους μόνο η υπερημερία και η ιδιότητα του εκπροσώπου - διοικούντος, ο κατηγορούμενος έχει σειρά αμυνών με σκοπό την απαλλαγή του. **Ο τελευταίος δύναται να επικαλεστεί τόσο την έλλειψη της ιδιότητας του εκπροσώπου, την τυπική και μόνο εμπλοκή του αλλά και την έλλειψη δόλου (ιδίως μετά την τροποποίηση του αρ. 50 ΚΦΔ περί αλληλέγγυας ευθύνης με το ν. 4646/2019 και τη ρητή προσθήκη της προϋπόθεσης της υπαιτιότητας για τη γέννηση της σχετικής αστικής προς το δημόσιο ευθύνης, πόσο μάλλον της ποινικής!!) ή καταλογισμού στο πρόσωπό του.** Ο ποινικός δικαστής, με τη σειρά του, οφείλει να εξετάζει κάθε ουσιαστικό ισχυρισμό του κατηγορουμένου αξιολογώντας ουσιαστικούς ενδείκτες έλλειψης ευθύνης που προέρχονται ακόμη κι από το χώρο του διοικητικού δικαίου (βλ. σχετ. υπ' αριθμ. 1082/2021 απόφαση της ΑΑΔΕ με την οποία ορίζονται ενδεικτικά οι περιπτώσεις έλλειψης υπαιτιότητας για τη μη στοιχειοθέτηση της αλληλέγγυας ευθύνης καθώς και την υπ' αριθμ. 65118/2021 ΥΑ ουσιαστικών ενδεικτών έλλειψης ευθύνης εκπροσώπων για καταβολή ασφαλιστικών εισφορών) αποδίδοντας τη σχετική ευθύνη μόνο στους αληθινά υπαίτιους.

ΜΝΗΜΟΝΙΟ ΚΑΤΑΝΟΗΣΗΣ (ΜΟΥ): Ο ΔΡΟΜΟΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΕΞΑΓΟΡΑ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ

Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert

Φεβρουάριος 2022
(αναδημοσίευση από Moneyreview.gr)

Έχοντας ήδη ασχοληθεί με τις συμφωνίες εχεμύθειας στο πλαίσιο της εξαγοράς μιας επιχείρησης, στο παρόν άρθρο θα σταχυολογήσουμε κάποια βασικά σημεία ενδιαφέροντος ως προς το Μνημόνιο Κατανόησης (Memorandum of Understanding, εφεξής "ΜΟΥ"). Το ΜΟΥ αποτελεί το έγγραφο όπου τα μέρη, πριν ξεκινήσουν τον οικονομικό και νομικό έλεγχο της υπό εξαγοράς επιχείρησης, και πριν καταρτίσουν την οριστική σύμβαση, καταγράφουν αφενός τα σημεία όπου ήδη υπάρχει συναίνεση, αφετέρου αυτά για τα οποία τα μέρη δηλώνουν ότι συνεχίζουν τις διαπραγματεύσεις. Χαρακτηρίζεται ως ένα κείμενο «χαμαιλέοντας» όπου άλλοτε μπορεί να αποτελεί μια απλή «συμφωνία κυρίων» χωρίς κάποια νομική δεσμευτικότητα, άλλοτε, όμως, μπορεί κάλλιστα να δεσμεύει τα μέρη με σοβαρές συνέπειες και κυρώσεις σε περίπτωση μη τήρησης των εκεί συμφωνηθέντων.

Στο παρόν άρθρο θα σχολιάσουμε ορισμένα ενδιαφέροντα σημεία των Μνημονίων Συνεργασίας (MOU/LOI/HOT). Μετά την αναφορά μας σε προηγούμενο άρθρο στις συμφωνίες εχεμύθειας, επόμενο, συνήθως, στάδιο σε μια διαδικασία εξαγοράς επιχείρησης είναι η σύνταξη ενός ΜΟΥ. Η εν λόγω συμφωνία προηγείται του νομικού, οικονομικού και τεχνικού ελέγχου της επιχείρησης (due diligence) και αποτελεί μια κατ' αρχήν συμφωνία μεταξύ πωλητή και αγοραστή σε ορισμένα από τα υπό διαπραγμάτευση σημεία και μια καταγραφή των ζητημάτων για τα οποία δεν υπάρχει ακόμα συναίνεση. Φυσικά ΜΟΥ δεν συναντάμε μόνο στις εξαγορές επιχειρήσεων αλλά και σε κάθε είδους εμπορικές συμφωνίες (βλ. λ.χ. πρόσφατα από 23/12/2021 ανακοίνωση της Eurobank περί της υπογραφής με τη Lamda Deleolpment ΜΟΥ με στόχο την ανάπτυξη πύργου γραφείων και τη μεταφορά των κεντρικών γραφείων της Τράπεζας στο Ελληνικό). Ωστόσο στο συγκεκριμένο άρθρο μας απασχολούν αποκλειστικά οι συμφωνίες εξαγορές. Παρακάτω θα προσπαθήσουμε να δώσουμε ορισμένες απαντήσεις στα πιο συχνά ερωτήματα σε σχέση με το ΜΟΥ.

1. Τι είναι το ΜΟΥ;

Το "ΜΟΥ", αρτικόλεξο της φράσης "Memorandum of Understanding" («Μνημόνιο Συνεννόησης»), αποτελεί ένα έγγραφο που υπογράφεται από τα υποψήφια μέρη της εξαγοράς, συνιστά επιβεβαίωση της βούλησής τους για ολοκλήρωση της συμφωνίας και χρησιμεύει συνήθως ως ένας οδικός χάρτης ως προς την τελική συμφωνία που θα ακολουθήσει. Σε αυτό αποτυπώνονται τα κύρια σημεία της συμφωνίας, όπως αυτά έχουν προσδιορισθεί στο συγκεκριμένο χρονικό σημείο των διαπραγ-

ματεύσεων: λ.χ. το τίμημα, ο τρόπος καταβολής, ο χρόνος κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, οι όροι εχεμύθειας/αποκλειστικότητας και πολλά άλλα.

Αν δούμε μια εξαγορά σαν ένα γάμο, τότε το ΜΟΥ είναι ο αρραβώνας, η υπογραφή της σύμβασης (signing) είναι η πρόταση γάμου και η εκτέλεση αυτής (closing) είναι η ίδια η τελετή του γάμου. Άρα το ΜΟΥ δεν ταυτίζεται με την οριστική σύμβαση, αποτελεί, ωστόσο, μια πρώτη τυπική δέσμευση του υποψήφιου αγοραστή ότι πράγματι ενδιαφέρεται και ότι επιθυμεί να εκκινήσει τις διαδικασίες ελέγχου και εξαγοράς. Με το ΜΟΥ ο αγοραστής, μεταξύ άλλων, δηλώνει ότι επιθυμεί να αγοράσει και ο πωλητής ότι επιθυμεί να πωλήσει. Όπως όμως ο αρραβώνας δεν καταλήγει πάντα σε γάμο, έτσι και ένα ΜΟΥ δεν καταλήγει πάντα στην υπογραφή της οριστικής σύμβασης. **Τούτο συμβαίνει για ποικίλους λόγους, όπως λ.χ. έλλειψη συμφωνίας σε επιμέρους σημεία, εντοπισμός σοβαρών ελαττωμάτων της υπό εξαγοράς επιχείρησης κατόπιν της διενέργειας του ελέγχου, ύπαρξη νομικών εμποδίων, προβλήματα χρηματοδότησης κτλ.**

Η πληρότητα ενός ΜΟΥ μπορεί να ποικίλει: ενδέχεται να περιέχει μόνο ορισμένους βασικούς όρους της συμφωνίας για την αποτύπωση των οποίων αρκούν 2-3 σελίδες, μπορεί, όμως, να περιέχει και με αρκετή λεπτομέρεια τους μέχρι εκείνη τη στιγμή συμφωνηθέντες όρους με πολυσελίδη έκταση. Η πληρότητα ενός ΜΟΥ θα αποτελέσει ένα από τα κριτήρια και για τη νομική δεσμευτικότητά του: **ένα πλήρες ΜΟΥ με συμφωνία σε όλα τα ουσιώδη για τα μέρη σημεία ενδεχομένως να αποτελεί την ίδια την οριστική συμφωνία και άρα τυχόν άρνηση ενός εκ των μερών να υπογράψει την οριστική σύμβαση να μην έχει πρακτική σημασία καθότι ήδη θα δεσμεύεται από την κατάρτιση του ΜΟΥ.**

2. Ποιο είναι το βασικό περιεχόμενο ενός MOU;

Ένα MOU αρχίζει συνήθως με μια βασική περιγραφή της σκοπούμενης συναλλαγής. Μετά ακολουθεί μια αποτύπωση του «οδικού χάρτη» της ολοκλήρωσης της συμφωνίας. Αυτός περιλαμβάνει την κατάρτιση του MOU, τη διενέργεια νομικού, φορολογικού, οικονομικού κ.ο.κ. ελέγχου (due diligence) της επιχείρησης και κατόπιν την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης (signing, closing). Έπειτα, γίνεται μια αναφορά στους επιμέρους όρους επί των οποίων έχει ήδη επέλθει συμφωνία και αποτυπώνονται τα σημεία για τα οποία ακόμα δεν έχουν συμφωνήσει τα μέρη και έπονται διαπραγματεύσεις. Ακολουθούν, πιθανόν, όροι περί εχεμύθειας και αποκλειστικότητας (ρήτρες No-shop, No-talk), όροι περί του εφαρμοστέου δικαίου, το οποίο όταν έχουμε επιχείρηση που έχει έδρα στην Ελλάδα, συνήθως είναι το ελληνικό, και περί καθορισμού διεθνούς δικαιοδοσίας.

3. Ποια η νομική δεσμευτικότητα ενός MOU; Μπορεί το κάθε μέρος να αρνηθεί να προχωρήσει στην υπογραφή της τελικής συμφωνίας, κι αν έχει υπογράψει το MOU και ποιες οι συνέπειες;

Η απάντηση στο ερώτημα αυτό εξαρτάται από τους όρους που περιέχει το MOU. Όπως αναφέρθηκε και στο υπ' αριθμ. 1 ερώτημα, όσο περισσότερα σημεία της συμφωνίας έχουν αποτυπωθεί στο κείμενο του MOU, τόσο πιο κοντά είμαστε σε μια πλήρως δεσμευτική σύμβαση. Για να δεχτούμε μια δεσμευτική συμφωνία θα πρέπει, εκτός κι αν προκύπτει κάτι διαφορετικό, να έχουν τα μέρη καταλήξει με τρόπο σαφή και ορισμένο ως προς όλα τα ζητήματα που τέθηκαν στο τραπέζι των συζητήσεων ως απαραίτητα για την ύπαρξη συμφωνίας, δηλ. όχι μόνο ως προς τα ουσιώδη μέρη της συμφωνίας (λ.χ. τίμημα και πωλούμενες μετοχές) αλλά και ως προς τα επουσιώδη αυτής, εφόσον θεωρήθηκαν από τα μέρη απαραίτητα για την ύπαρξη της συμφωνίας (μάλιστα και ο ίδιος ο όρος ενός MOU ότι τα μέρη επιφυλάσονται να συντάξουν εγγράφως την οριστική συμφωνία στο μέλλον, μπορεί να μην έχει κάποια αξία λόγω της ύπαρξης του άρθρου 165 του Αστικού Κώδικα που αναφέρει ότι η συμφωνία για σύνταξη εγγράφου, εκτός κι αν άλλως προκύπτει, δεν στερεί τη συμφωνία από τον δεσμευτικό της χαρακτήρα - **χαρακτηριστική εδώ είναι η υπ' αριθμ. 14837/1989 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου**

Αθηνών όπου ενώ τα μέρη είχαν συμφωνήσει ότι θα υπογραφεί στο άμεσο μέλλον οριστική συμφωνία με τους όρους που είχαν ήδη συμφωνήσει στο MOU, το δικαστήριο έκρινε ότι το MOU ήταν πλήρως δεσμευτικό χωρίς ανάγκη να αναμένουμε την υπογραφή και της τελικής σύμβασης). Επομένως μια απλή καταγραφή ζητημάτων, με επιμέρους συμφωνίες σε ορισμένα από αυτά και δηλώσεις για συνέχιση των διαπραγματεύσεων σε άλλα, δεν αποτελεί δεσμευτική και εκτελεστή σύμβαση. **Αντίθετα μια ολιγοσέλιδη, έστω, συμφωνία με καταγεγραμμένη συναίνεση σε όλα σχεδόν τα ανακύπτοντα ζητήματα και έναρξη λειτουργίας αυτής με εκτέλεση των επιμέρους όρων της (π.χ. σταδιακή πληρωμή του τιμήματος), ενδέχεται να κριθεί ως πλήρως δεσμευτική σύμβαση ακόμα κι αν τιτλοφορείται "MOU" (ή Προσύμφωνο/Letter of Intent/Head of Terms κοκ).**

Συνήθως, επίσης, περιέχεται στο MOU ρητά όρος ότι τα μέρη επιφυλάσονται μέχρι να υπογραφεί η οριστική σύμβαση ("subject to contract clause") ή ότι η συμφωνία δεν είναι δεσμευτική για τα μέρη ("non-binding clauses"). Στις περιπτώσεις αυτές τα συμβαλλόμενα μέρη ορίζουν ρητώς ότι το MOU δεν τα δεσμεύει. Άρα δεν μπορεί να λειτουργήσει εξαναγκαστικά για οιοδήποτε συμβαλλόμενο μέρος, εκτός κι αν μεταγενέστερη συμπεριφορά των μερών έρχεται να ανατρέψει ό,τι είχαν συμφωνήσει. Για παράδειγμα: καταρτίζεται ένα MOU εξαγοράς όπου συμφωνούνται συγκεκριμένοι όροι συναλλαγής αλλά αποτυπώνεται ο όρος "subject to contract". Μετά από λίγες ημέρες από την υπογραφή, τα ίδια τα μέρη αρχίζουν να εκτελούν επιμέρους όρους της συμφωνίας, λ.χ. καταβολή μέρους του τιμήματος πώλησης. Στην περίπτωση αυτή μπορεί να υποστηριχθεί ότι η μεταγενέστερη συμπεριφορά των μερών έρχεται να ανατρέψει τον όρο "subject to contract" (ή τον αντίστοιχο περί μη δεσμευτικότητας της συμφωνίας). Αποτέλεσμα είναι αν τελικά αρνηθεί ο πωλητής να προχωρήσει στην πώληση λ.χ. των μετοχών του, να μπορεί να εξαναγκαστεί δικαστικώς από τον αγοραστή. **Τούτο διότι δεν μπορεί από τη μία πλευρά να δέχεται την καταβολή μέρος του τιμήματος και από την άλλη να ισχυρίζεται ότι η συμφωνία δεν είναι δεσμευτική.**

Συμπέρασμα, άρα, είναι ότι η δεσμευτικότητα ενός MOU κρίνεται αφενός από την πληρότητα της συμφωνίας, αφετέρου από την ίδια τη μεταγενέστερη συμπεριφορά των μερών.

4. Σε περίπτωση που κρίνεται ότι το MOU δεν δεσμεύει τα μέρη να προχωρήσουν στην υπογραφή της τελικής σύμβασης, ποια η αξία/χρησιμότητά του;

Στις περισσότερες των περιπτώσεων, ένα MOU δεν θα δεσμεύει τα μέρη να καταρτίσουν την οριστική σύμβαση εξαγοράς (λ.χ. πώλησης μετοχών). Η πρακτική του αξία εκεί συνίσταται σε τρία επίπεδα: α) πρώτον, μπορεί να περιέχει πλήρως δεσμευτικές συμφωνίες περί εχεμύθειας και αποκλειστικής διαπραγμάτευσης οι οποίες μπορούν να εξασφαλίζονται και με ποινικές ρήτρες, β) δεύτερον, λειτουργεί επιβοηθητικά στη διαπραγμάτευση καθότι αποτυπώνει τους μέχρι εκείνη τη στιγμή συμφωνηθέντες όρους και συνεισφέρει στην εμπέδωση αμοιβαίας εμπιστοσύνης ασκώντας ψυχολογική επιρροή στα μέρη και γ) τρίτον, είναι πιθανόν να μπορεί να θεμελιώσει ευθύνη του μέρους που δεν συναλλάχθηκε/διαπραγματεύτηκε καλόπιστα προς αποζημίωση του έτερου μέρους.

Στην τελευταία περίπτωση, η ενδεχόμενη παραβίαση από ένα από τα μέρη της αρχής της καλόπιστης διαπραγμάτευσης, είναι πιθανό να θεμελιώσει ευθύνη αποζημίωσης του έτερου μέρους βάσει των άρθρων 197 και 198 του Αστικού Κώδικα (βλ. άρθρο 197: «Κατά τις διαπραγματεύσεις για τη σύναψη σύμβασης τα μέρη οφείλουν αμοιβαία να συμπεριφέρονται σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη»). Η εν λόγω όμως αποζημίωση θα περιλαμβάνει μόνο τις δαπάνες του ζημιωθέντος μέρους για τη διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων (λ.χ. πληρωμή συμβούλων, διενέργεια due diligence κτλ.) και όχι το τι θα κέρδιζε/αποκόμιζε αν ολοκληρωνόταν η βασική συμφωνία (το οποίο θα μπορεί να διεκδικήσει αν χαρακτηριστεί το MOU ως πλήρως καταρτισμένη και δεσμευτική σύμβαση βλ. παραπάνω ερώτημα υπ' αριθμ. 3). **Ωστόσο σε επίπεδο διαπραγματεύσεων για την εξαγορά μιας επιχείρησης δύσκολα θα μπορεί να θεμελιωθεί ισχυρισμός περί κακόπιστης διαπραγμάτευσης.** Τούτο διότι τα ζητήματα που θα πρέπει να συμφωνηθούν είναι τόσα πολλά, που βάσιμα μπορεί ανά πάσα στιγμή να βρεθεί κάποιο σημείο διαφωνίας που τελικά θα οδηγήσει στη ματαίωση της συναλλαγής. Θα είναι εξαιρετικές οι περιπτώσεις που σκοπίμως ένα εκ των μερών, ενώ έχει επέλθει συμφωνία σε όλα τα σημεία και διαβεβαιώνει το έτερο μέρος περί της οριστικοποίησης της συναλλαγής, υπαναχωρεί την τελευταία στιγμή πριν την υπογραφή της σύμβασης κοκ. **Αρα, συνήθως,**

μόνο στις περιπτώσεις που καταφάσκειται πραγματικά «ανέντιμη» συμπεριφορά εξαιτίας της οποίας το «έντιμο» μέρος υποβάλλεται σε δαπάνες, θα μπορεί το τελευταίο να διεκδικήσει αποζημίωση γι' αυτές (π.χ. έναρξη διαπραγματεύσεων προσχηματικά μόνο για την άντληση εσωτερικής πληροφόρησης και μεταφορά επιχειρηματικών απορρήτων).

5. Μπορούν να συμφωνηθούν «ποινές» για την απαγκίστρωση από ένα MOU (Break-up fees);

Ορισμένες φορές μέσα σε ένα MOU τα μέρη προχωρούν στη συμπερίληψη ρητρών απαγκίστρωσης (break-up/termination fees). Αυτές είναι ρήτρες βάσει των οποίων συμφωνείται το υπόχρεο μέρος να οφείλει να καταβάλει ένα προκαθορισμένο ποσό εφόσον εξέρχεται των διαπραγματεύσεων/συζητήσεων χωρίς σπουδαίο λόγο. Επίσης είναι δυνατό να συμφωνηθεί και η κατάπτωση ποινής σε βάρος του πωλητή σε περίπτωση που ο αγοραστής αποφασίσει να μην προχωρήσει στην εξαγορά λόγω των δυσμενών πορισμάτων του ελέγχου της επιχείρησης (due diligence). Σε αυτή την περίπτωση το κόστος του ελέγχου συμφωνείται να το αναλάβει ο πωλητής, σε περίπτωση που όσα είχε αναφέρει δεν επαληθεύονται από τον έλεγχο και η εξαγορά καθίσταται ασύμφορη. Επομένως γίνεται αντιληπτό ότι τα break up fees συμφωνούνται κυρίως α) για να καλύψουν τις δαπάνες ελέγχου, διαπραγμάτευσης και απώλειας έτερων ευκαιριών εκ μέρους του υποψήφιου αγοραστή ή/και β) για να λειτουργήσουν ως αντικίνητρο σε οιαδήποτε απόπειρα υπαναχώρησης από τις διαπραγματεύσεις. Πράγματι ο υποψήφιος αγοραστής μιας επιχείρησης θα προσλάβει αρκετούς συμβούλους (νομικούς, τεχνικούς, οικονομικούς) για να ελέγξει την υπό εξαγορά επιχείρηση και τα περιουσιακά της στοιχεία. Επίσης στο χρόνο που θα διενεργούνται οι απαραίτητοι έλεγχοι δεν θα αναζητά λοιπές ευκαιρίες κι αν τύχει και του παρουσιαστεί συγκεκριμένη ευκαιρία δεν θα είναι συνήθως διατεθειμένος να εκκινήσει εκ νέου διαδικασία ελέγχου, και να προβεί σε εκ νέου δαπάνες, όταν ήδη πράττει τούτο για την αρχική σκοπούμενη συναλλαγή. Κατ' αυτόν τον τρόπο θα επιθυμεί να διασφαλίσει ότι εφόσον η άλλη πλευρά υπαναχωρήσει από τις διαπραγματεύσεις χωρίς κάποιο σπουδαίο λόγο, θα οφείλει να τον αποζημιώσει τουλάχιστον για τις δαπάνες με τις οποίες επιβαρύνθηκε. Όπως γίνεται, ωστόσο, αντιληπτό, ο πωλητής δεν θα επιθυμεί συνήθως

να προχωράει σε συμφωνίες τέτοιου είδους για τον απλό λόγο ότι θα επιθυμεί να διατηρεί την ελευθερία των επιλογών του. Νομικά η συμφωνία αυτή χαρακτηρίζεται ως ποινική ρήτρα (βάσει και της πρόσφατης νομολογίας του Άρειου Πάγου που δέχεται ότι συμφωνίες κατ' αποκοπήν αποζημίωσης χωρίς δυνατότητα ανταπόδειξης επέχουν θέση ποινικών ρητρών - βλ. ΑΠ 928/2019).

6. Μπορεί ο πωλητής μετά την υπογραφή ενός MOU να διαπραγματεύεται και με λοιπούς υποψήφιους αγοραστές;

Η απάντηση στο ερώτημα αυτό εξαρτάται από το αν έχει συμφωνηθεί ρήτρα αποκλειστικότητας ή όχι. **Είναι σύνηθες περιεχόμενο ενός MOU να δεσμεύεται ο υποψήφιος πωλητής ότι δεν θα προχωρήσει σε συζητήσεις με λοιπούς υποψήφιους αγοραστές για την πώληση της επιχείρησης για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα (no talk/no shop clause).** Η συμφωνία μάλιστα αυτή αρκετές φορές διασφαλίζεται και με αντίστοιχη ποινική ρήτρα υψηλού χρηματικού ποσού, το οποίο αντικατοπτρίζει όχι μόνο τα κόστη του υποψήφιου αγοραστή (κόστος ελέγχου, νομικών συμβούλων κτλ.) αλλά και το κόστος ευκαι-

ρίας λόγω της απώλειας χρόνου μέσα στον οποίο θα μπορούσε να εξαγοράσει έτερη επιχείρηση. Φυσικά η ρήτρα αυτή δεν είναι προς το συμφέρον του πωλητή, ο οποίος και επιθυμεί να είναι σε θέση να διαπραγματεύεται με περισσότερους υποψήφιους αγοραστές ώστε να καταστεί πιο πιθανή και η αύξηση του τιμήματος της πώλησης.

7. Τι έπεται συνήθως της υπογραφής ενός MOU;

Μετά την κατάρτιση ενός MOU τα μέρη προχωρούν συνήθως στον προσυμβατικό έλεγχο της πωλούμενης επιχείρησης (Due Diligence). **Το στάδιο αυτό είναι ένα από τα πιο σημαντικά της διαδικασίας της εξαγοράς, γιατί εκεί κρίνεται το «καλώς έχειν» της επιχείρησης.** Η επιχείρηση ελέγχεται κυρίως σε οικονομικό, νομικό, φορολογικό αλλά και τεχνικό επίπεδο. Τα αποτελέσματα του ελέγχου θα καθορίσουν κατά μεγάλο μέρος την τελική έκβαση της συμφωνίας και κυρίως τους βασικούς όρους αυτής (λ.χ τίμημα). Για το στάδιο αυτό θα ακολουθήσει ειδικό άρθρο.

Η ΠΤΩΧΕΥΣΗ «ΜΙΚΡΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ» ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟΝ ΝΕΟ ΠΤΩΧΕΥΤΙΚΟ ΚΩΔΙΚΑ

Γιώργος Ζαούρης
 Ασκ. Δικηγόρος

Φεβρουάριος 2022
 (αναδημοσίευση από ot.gr)

Με την εισαγωγή του νόμου 4738/2020 στην ημεδαπή έννομη τάξη άλλαξε σε μεγάλο βαθμό το τοπίο σε ό,τι αφορά στον κλάδο του πτωχευτικού δικαίου. Η πιο σημαντική αλλαγή είναι ότι, σε αντίθεση με το προϊσχύον πτωχευτικό δίκαιο, με το άρθρο 76§1 του ν. 4738/2020 αποσυνδέεται η διαδικασία της πτώχευσης από την εμπορική ιδιότητα και προβλέπεται η δυνατότητα υπαγωγής στις ρυθμίσεις του ως άνω νόμου όλων των φυσικών προσώπων ανεξαιρέτως, τα οποία αποκτούν πλέον πτωχευτική ικανότητα. Στο παρόν άρθρο παρουσιάζονται τα βασικά στοιχεία της διαδικασίας για την απαλλαγή των φυσικών προσώπων από τα χρέη τους.

Με την εισαγωγή του νόμου 4738/2020 στην ημεδαπή έννομη τάξη άλλαξε σε μεγάλο βαθμό το τοπίο σε ό,τι αφορά στον κλάδο του πτωχευτικού δικαίου. Η πιο σημαντική αλλαγή είναι ότι, σε αντίθεση με το προϊσχύον πτωχευτικό δίκαιο, με το άρθρο 76§1 του ν. 4738/2020 αποσυνδέεται η διαδικασία της πτώχευσης από την εμπορική ιδιότητα και προβλέπεται η δυνατότητα υπαγωγής στις ρυθμίσεις του ως άνω νόμου όλων των φυσικών προσώπων ανεξαιρέτως, τα οποία αποκτούν πλέον πτωχευτική ικανότητα. Παράλληλα, όλες οι «παραπτωχευτικές» διαδικασίες (όπως ο νόμος Δένδια, ήτοι νόμος 4307/2014) που δεν ήταν μέρος του Πτωχευτικού Κώδικα, καθώς και ο θεσμός της «αστικής πτώχευσης» που εισήχθη στην Ελλάδα με τον πολύ διαδεδομένο και εφαρμοσμένο στην πράξη νόμο 3869/2010 («νόμος Κατσέλη» - οποίος έχει ήδη καταργηθεί από τον ν. 4735/2020 και εφαρμόζεται μόνο σε εκκρεμείς διαδικασίες) για τα υπερχρεωμένα νοικοκυριά, έχουν πλέον είτε καταργηθεί είτε ενταχθεί στο νέο Κώδικα Αφερεγγυότητας, όπως δόκιμα ονομάστηκε. Οι νέες διατάξεις εφαρμόστηκαν για πρώτη φορά σε διαδικασίες πτώχευσης που εκκίνησαν από 1.3.2021. Ωστόσο, κατ' εξαίρεση, οι διατάξεις των άρθρων 172-188 του ν. 4738/2020 που ρυθμίζουν την «απλοποιημένη διαδικασία πτώχευσης μικρού αντικειμένου» άρχιζαν να εφαρμόζονται από 1.6.2021 (βλ. 263§1, άρθρο 308 και άρθρο 265§1 περ. α' του νόμου 4738/2020).

Το παρόν άρθρο προσπαθεί να διασαφηνίσει τις νέες αλλαγές και το πώς η «απλοποιημένη διαδικασία πτώχευσης μικρού αντικειμένου» (άρθρα 172-188 του ν. 4738/2020) μπορεί να οδηγήσει στην παροχή «δεύτερης ευκαιρίας» (fresh start - βλ. και παλιότερο άρθρο στο site μας αναφορικά με το θέμα αυτό εδώ), δίνοντας λύση στο οικονομικό αδιέξοδό τους.

1. Πότε μπορεί να «πτωχεύσει» κανείς;

Για να κηρυχθεί ο οφειλέτης σε πτώχευση πρέπει να βρίσκεται σε κατάσταση παύσης πληρωμών, δηλαδή να **«αδυνατεί να εκπληρώνει τις ληξιπρόθεσμες χρηματικές υποχρεώσεις του κατά τρόπο γενικό και μόνιμο»**. Μάλιστα, «δεν αποτελούν εκπλήρωση των υποχρεώσεων οι πληρωμές που πραγματοποιούνται με δόλια ή καταστρεπτικά μέσα» (ά. 77 § 1 ν. 4738/2020). Για τις πτωχεύσεις «μικρού αντικειμένου», ειδικότερα, υπάρχει, εκτός αποδείξεως του αντιθέτου, τεκμήριο (αναλογικά από το α. 77§2) παύσης πληρωμών για τον οφειλέτη «όταν δεν καταβάλλει τις ληξιπρόθεσμες υποχρεώσεις του προς το Δημόσιο, τους Φορείς Κοινωνικής Ασφάλισης ή πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα, σε ύψος τουλάχιστον 60% των συνολικών ληξιπρόθεσμων υποχρεώσεών του για περίοδο τουλάχιστον έξι (6) μηνών, εφόσον η μη εξυπηρετούμενη υποχρέωσή του υπερβαίνει το ποσό των τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ». Αυτό σημαίνει ότι, εφόσον οι δανειστές με την υποβληθείσα παρέμβασή τους δεν αποδείξουν το αντίθετο και πληρούνται τα ως άνω κριτήρια, τεκμαίρεται αυτομάτως ότι υφίσταται η παύση πληρωμών που απαιτείται για να εισαχθεί ο οφειλέτης στο καθεστώς της πτωχευτικής διαδικασίας.

2. Τι σημαίνει ο όρος «πτωχεύσεις μικρού αντικειμένου» και ποιους αφορά;

Το σημαντικότερο είναι να εντοπίσουμε ποιους αφορούν οι εν λόγω διατάξεις. Σύμφωνα, λοιπόν, με το άρθρο 78§2 του ν. 4738/2020 μικρού αντικειμένου πτωχεύσεις ορίζονται **«αυτές οι οποίες ο οφειλέτης ικανοποιεί τα κριτήρια προσδιορισμού της πολύ μικρής οντότητας του άρθρου 2 του ν. 4308/2014 (Α' 251)»**. Το επόμενο ερώτημα που αμέσως ανακύπτει είναι τι εντάσσεται στην έννοια της «πολύ μικρής οντότητας». Αναλυτικότερα, πολύ

μικρές οντότητες θεωρούνται, λοιπόν, εκείνες οι οποίες «κατά την ημερομηνία του ισολογισμού τους δεν υπερβαίνουν τα όρια δύο τουλάχιστον από τα ακόλουθα τρία κριτήρια:

α) Σύνολο ενεργητικού (περιουσιακών στοιχείων): 350.000 ευρώ.

β) Καθαρό ύψος κύκλου εργασιών: 700.000 ευρώ.

γ) Μέσος όρος απασχολούμενων κατά τη διάρκεια της περιόδου: 10 άτομα.

Τα παραπάνω κριτήρια αναφέρονται σε νομικά πρόσωπα, ωστόσο, ο νομοθέτης υποδεικνύει την αναλογική εφαρμογή τους και σε φυσικά πρόσωπα με βάση το ενεργητικό της περιουσίας τους. **Δηλαδή για την ένταξη στη διαδικασία της πτώχευσης μικρού αντικειμένου, θα πρέπει το ενεργητικό της περιουσίας του προσώπου να μην ξεπερνά τις 350.000 ευρώ.** Πιο συγκεκριμένα, η ακίνητη περιουσία του φυσικού προσώπου, εφόσον αυτή βρίσκεται στην Ελλάδα, αποτιμάται βάσει της φορολογητέας αξίας για τον υπολογισμό του ΕΝ.Φ.Ι.Α. (βάσει του ν. 4223/2013), όπως αυτή προκύπτει από την τελευταία πράξη προσδιορισμού φόρου (α. 11 § 1 ν.4738/2020 – εκτός αν βρίσκεται εκτός σχεδίου πόλεως και υπολογίζεται βάσει της αντικειμενικής αξίας του ακινήτου), ενώ, εφόσον αυτή βρίσκεται στην αλλοδαπή, βάσει της εμπορικής αξίας από έκθεση εκτιμητή ακινήτων (α. 11 § 2 ν.4738/2020).

3. Ποια είναι η διαδικασία που ακολουθείται στην πτώχευση «μικρού αντικειμένου» και ποια τα πιθανά εμπόδια που θα συναντήσει ο οφειλέτης;

Για την «μικρού αντικειμένου πτώχευση» ακολουθείται μία «απλοποιημένη», σύμφωνα με τον νόμο, διαδικασία που όπως θα δούμε ως στόχο έχει την οικονομία της δίκης και την ταχύτερη ένταξη του οφειλέτη στο καθεστώς προστασίας του πτωχευτικού δικαίου.

Ειδικότερα, δυνάμει του άρθρου 172 § 2 ν. 4738/2020 το καθ' ύλην αρμόδιο πτωχευτικό δικαστήριο για την εν λόγω πτωχευτική διαδικασία είναι πάντοτε το Ειρηνοδικείο, κατά παρέκκλιση των όσων ορίζει το άρθρο 78 § 1 του ίδιου νόμου. Για να εντοπίσουμε, έπειτα, και ποιο είναι το κατά τόπο αρμόδιο Ειρηνοδικείο εξετάζουμε εάν ο οφειλέτης ασκεί ή όχι επιχειρηματική δραστηριότητα. Εφόσον η απάντηση στο τελευταίο ερώτημα είναι θετική,

κρίσιμο είναι το κέντρο των κύριων συμφερόντων του (α. 78 § 3 ν.4738/2020), **ειδάλλως, είναι ο τόπος της κύριας κατοικίας του οφειλέτη, όπως αυτή προκύπτει από την τελευταία φορολογική του δήλωση.** Για τους πιστωτές που υποβάλλουν οι ίδιοι την αίτηση πτώχευσης μπορούν να λάβουν γνώση της σχετικής πληροφορίας με αίτηση τους προς την ΑΑΔΕ. Για τα νομικά πρόσωπα, μάλιστα, ως κέντρο κύριων συμφερόντων νοείται κατά τεκμήριο η καταστατική τους έδρα.

Η αίτηση πτώχευσης μπορεί να υποβληθεί από τον ίδιο τον οφειλέτη, τους πιστωτές του ή από τον Εισαγγελέα Πρωτοδικών, εφόσον συντρέχει λόγος δημοσίου συμφέροντος (α. 78 § 2, 79 § 1 ν.4738/2020). Η αίτηση υποβάλλεται ηλεκτρονικά στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Φερεγγυότητας (εφεξής «Η.Μ.Φ.»), στην ηλεκτρονική διεύθυνση <https://www.gov.gr/upourgeia/upourgeio-oikonomikon/oikonomikon/katakhorise-sto-elektroniko-metroo-phereggoutetas>.

Ορισμένα ειρηνοδικεία ζητούν την κατάθεση του δικογράφου της αίτησης και σε φυσική μορφή προκειμένου να λάβει Γενικό και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (Γ.Α.Κ. και Ε.Α.Κ., όπως λαμβάνει παραδοσιακά κάθε δικόγραφο που κατατίθεται) και να σχηματιστεί ο οικείος φάκελος και σε φυσική μορφή. Αυτό δικαιολογείται από το γεγονός ότι τα συγκεκριμένα Ειρηνοδικεία δεν έχουν πιστοποιηθεί στο ηλεκτρονικό σύστημα, με συνέπεια να μην λαμβάνει η αίτηση αριθμό κατάθεσης, όπως προβλέπεται ηλεκτρονικά και να μην εκκινεί το προβλεπόμενο στον νόμο 30ήμερο εντός του οποίου η αίτηση πτώχευσης πρέπει να δημοσιοποιηθεί.

Σύμφωνα με το άρθρο 79 § 3 ν. 4738/2020 πληροφορούμαστε ότι, για να μην απορριφθεί η αίτηση ως απαράδεκτη, «στην αίτηση πρέπει να αναγράφονται το όνομα, το επώνυμο, το πατρώνυμο, η επωνυμία, ο Αριθμός Φορολογικού Μητρώου (Α.Φ.Μ.), καθώς και η διεύθυνση, όπου ο οφειλέτης έχει την κατοικία του ή κατά περίπτωση το κέντρο των κύριων συμφερόντων του και τις τυχόν δευτερεύουσες εγκαταστάσεις του. Επίσης στην αίτηση που αφορά έμπορο πρέπει να αναγράφεται και ο αριθμός Γενικού Εμπορικού Μητρώου του οφειλέτη», ενώ σύμφωνα με την παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου «*Περαιτέρω η αίτηση πρέπει να αναφέρει τον προτεινόμενο σύνδικο με το όνομα, επώνυμο, και τη διεύθυνση αυτού και η αίτηση να συνοδεύεται από έγγραφη δήλωση του υποψήφιου συνδίκου ότι αποδέχεται τον διορισμό και από δήλωσή του περί μη υπάρξεως κωλύματος*».

Να τονιστεί ότι δεν είναι απαραίτητη η αναφορά συνδίκου, εφόσον την αίτηση υποβάλλει ο οφειλέτης και η αίτηση περιέχει δήλωση ότι δεν κατέστη δυνατή η ανεύρεση υποψήφιου συνδίκου που να αποδεχθεί τον διορισμό. **Επιπλέον, η αίτηση πρέπει να περιέχει τις χρηματοοικονομικές καταστάσεις του οφειλέτη, εφόσον αυτές υπάρχουν, διαφορετικά, είναι απαραίτητο να υπάρχουν: α) η τελευταία δήλωση φόρου εισοδήματος, β) η δήλωση στοιχείων ακινήτων και γ) η κατάσταση οικονομικών στοιχείων από επιχειρηματική δραστηριότητα, εφόσον ο οφειλέτης έχει αναπτύξει τέτοια (ά.174 ν.4738/2020).** Σε κάθε περίπτωση, η αίτηση πρέπει οπωσδήποτε να συνοδεύεται από κατάσταση με το σύνολο των δανειστών του οφειλέτη, βεβαίωση από την αρμόδια ΔΟΥ για τα χρέη προς το Δημόσιο (αν υπάρχουν) και σε πρωτότυπο, με ποινή απαραδέκτου, γραμμάτιο κατάθεσης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων διακοσίων πενήντα (250) ευρώ για την αντιμετώπιση των πρώτων εξόδων της πτώχευσης. Η βεβαίωση πρέπει να περιλαμβάνει όχι μόνο τις βεβαιωμένες οφειλές του αιτούντος, ατομικές και από συνυπευθυνότητα αλλά και τυχόν φορολογικές εκκρεμότητες αυτού. **Τονίζεται ότι αν κριθεί ότι η περιουσία του οφειλέτη (συγκεκριμένα τα μη βεβαρυμένα με υποθήκη ή με ενέχυρο στοιχεία της) είναι μη ρευστοποιήσιμη και οι ετήσιες απολαβές του «δεν υπερβαίνουν τις εύλογες δαπάνες διαβίωσης», τότε δεν κηρύσσεται πτώχευση, αλλά ο οφειλέτης εγγράφεται στο Η.Μ.Φ. και το γραμμάτιο των διακοσίων πενήντα ευρώ του επιστρέφεται, εφόσον το είχε ήδη καταβάλλει.** Όπως θα εξηγήσουμε και πιο κάτω, και σε αυτή την περίπτωση μπορούν να επέλθουν τα ευνοϊκά αποτελέσματα της απαλλαγής. Εφόσον η αίτηση υποβάλλεται από τον ίδιο τον οφειλέτη, είναι απαραίτητη η συναίνεσή του στην άρση του τραπεζικού και φορολογικού του απορρήτου. Σε περίπτωση που η αίτηση πτώχευσης ασκείται από τους πιστωτές χρειάζεται να κοινοποιηθεί εντός δέκα εργασίμων ημερών στους υπόλοιπους διαδίκους προκειμένου να λάβουν γνώση, χωρίς όμως να ορίζεται το αφετηριακό σημείο εκκίνησης της εν λόγω προθεσμίας.

Το κύριο εμπόδιο που μπορεί να συναντήσει ο οφειλέτης στη συγκεκριμένη διαδικασία πτώχευσης είναι οι παρεμβάσεις που μπορεί να υποβάλλουν οι δανειστές του μέσω του Η.Μ.Φ.. Βάσει του άρθρου 213, μάλιστα, όλες οι διαδικαστικές πράξεις και τα ένδικα βοηθήματα ασκούνται ηλεκτρονικά μέσω του Η.Μ.Φ.. **Εάν οι δανειστές δεν υποβάλλουν καθόλου ή υποβάλλουν πρόσθετη παρέμ-**

βαση που αφορά το διορισμό συνδίκου (δηλαδή το πρόσωπο που θα διοριστεί από το δικαστήριο και θα είναι επιφορτισμένο με την επίβλεψη της διαδικασίας, τη διαχείριση και την εκποίηση της περιουσίας του οφειλέτη), τότε με την παρέλευση τριάντα ημερών (30) από τη δημοσίευση της αίτησης πτώχευσης στο Η.Μ.Φ. η αίτηση γίνεται αυτομάτως δεκτή (ά. 173 ν. 4738/2020). Αντιθέτως, η υποβολή κύριας παρέμβασης με αίτημα την απόρριψη της αίτησης διαφοροποιεί τη διαδικασία, καθότι μέσα σε εξήντα (60) ημέρες από την υποβολή της αίτησης πτώχευσης οι δύο πλευρές οφείλουν να καταθέσουν προτάσεις, με τη δυνατότητα προσθήκης/αντίκρουσης εντός πέντε (5) εργασίμων ημερών μετά τη συμπλήρωση εξήντα (60) ημερών. Με την παρέλευση της προθεσμίας για προσθήκη/αντίκρουση το Ειρηνοδικείο είναι υποχρεωμένο να εκδώσει απόφαση εντός δύο (2) μηνών. Πρόκειται, δηλαδή, για μία τυπική και έγγραφη, καταρχήν, διαδικασία, κατά την οποία η αίτηση πτώχευσης συζητείται χωρίς ακροαματική διαδικασία. Αυτό, σε αντίθεση με την κύρια διαδικασία πτώχευσης, όπου ακολουθούνται οι κανόνες που διέπουν την εκούσια δικαιοδοσία (747 - 781 ΚΠολΔ). Με την απόφαση που θα εκδώσει το δικαστήριο, και, εφόσον γίνει δεκτή η αίτηση πτώχευσης, θα διοριστεί σύνδικος και θα οριστεί ημερομηνία παύσης πληρωμών (ά. 177 § 5 ν.4738/2020). Ο νομοθέτης ορίζει ότι η απόφαση του πτωχευτικού δικαστηρίου υπόκειται μόνο στο ένδικο μέσο της εφέσεως (ά 187 ν.4738/2020).

Για να ολοκληρωθεί η διαδικασία και να κηρυχθεί η πτώχευση από το πτωχευτικό δικαστήριο χρειάζεται με βάση τα οικονομικά στοιχεία που τίθενται υπόψη του να πιθανολογηθεί ότι η περιουσία ή το εισόδημα του οφειλέτη, επαρκούν για την κάλυψη των εξόδων της διαδικασίας. Άλλως, το δικαστήριο διατάσσει την κατώριση του ονόματος ή της επωνυμίας, κατά περίπτωση, του οφειλέτη στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Φερεγγυότητας (α. 77 § 4, 178 ν.4738/2020) και επιστρέφεται, όπως τονίστηκε ανωτέρω, το παράβολο, εφόσον είχε κατατεθεί.

4. Απαλλάσσεται τελικά ο οφειλέτης από τα χρέη του;

Η απάντηση είναι πως ναι, μπορεί να απαλλαχθεί, τρία (3) έτη μετά την κήρυξη της πτώχευσης ή την εγγραφή στο Η.Μ.Φ. ανεξαρτήτως της αναγγελίας των απαιτήσεων (ά.192 ν.4738/2020). Υπάρχει, επίσης, και η δυνατότητα απαλλαγής στο ένα (1) έτος, όταν η πτωχευτική

περιουσία περιλαμβάνει την κύρια κατοικία του οφειλέτη ή/και άλλα πάγια περιουσιακά του στοιχεία 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, εξαιρουμένων όσων έχουν αποκτηθεί στην διάρκεια των δώδεκα (12) μηνών που προηγούνται της υποβολής της αίτησης πτώχευσης (α. 92 § 3). Η απαλλαγή του οφειλέτη αφορά οφειλές ατομικές (δηλαδή βεβαιωμένες στον ΑΦΜ του οφειλέτη) ή οφειλές από συνυπευθυνότητα (δηλαδή βεβαιωμένες στον ΑΦΜ τρίτου προσώπου, για την καταβολή των οποίων ο οφειλέτης ευθύνεται εις ολόκληρον με το πρόσωπο αυτό), οι οποίες ανάγονται σε χρόνο πριν την υποβολή της αίτησης πτώχευσης, ανεξαρτήτως χρόνου έκδοσης του νόμιμου τίτλου είσπραξης και ανεξαρτήτως αν οι οφειλές έχουν αναγγελθεί ή όχι. Σημειώνουμε πως ο μισθός και η σύνταξη περιλαμβάνονται στα ακατάσχετα (βάσει 982 § 2 ΚΠολΔ), οπότε το μεγαλύτερο μέρος του ετήσιου εισοδήματος βρίσκεται αυτομάτως εκτός πτωχευτικής περιουσίας, δυνάμει και του γεγονότος ότι ο νόμος δεν εντάσσει ούτως ή άλλως στην τελευταία το εισόδημα που αντιστοιχεί στις εύλογες δαπάνες διαβίωσης.

Ωστόσο, το προνόμιο της απαλλαγής δεν είναι εξασφα-

λισμένο, διότι οποιοδήποτε πρόσωπο με έννομο συμφέρον μπορεί να ασκήσει προσφυγή κατά της απαλλαγής του οφειλέτη. Το περιεχόμενο της προσφυγής μπορεί να έγκειται σε δόλιες ενέργειες του οφειλέτη που συνίστανται σε απόκρυψη εισοδημάτων ή περιουσιακών στοιχείων και, γενικότερα, τη μη συνεργασία κατά τη διαδικασία της πτώχευσης (α. 173 § 1 ν.4738/2020). **Αυτό είναι και το τελευταίο –και ίσως σημαντικότερο– εμπόδιο που θα συναντήσει ο υποψήφιος «πτωχός» οφειλέτης στον δρόμο προς την υγιή επανένταξη του στην αγορά και την οικονομική εν γένει δραστηριότητα.**

5. Αντί επιλόγου

Ο νεοσύστατος Κώδικας Αφερεγγυότητας αποτελείται από διατάξεις μη δοκιμασμένες επαρκώς στην πράξη, με κενά και ασάφειες - οι διατάξεις 172 188 για την πτώχευση «μικρού αντικειμένου» δεν αποτελούν την εξαίρεση. Σε μια από τις πρώτες αποφάσεις στο νέο αυτό θεσμό, η αίτηση πτώχευσης εντολέως μας έγινε προσφάτως δεκτή, με το Δικαστήριο να στηρίζεται στο γράμμα του νόμου και να κρίνει ότι βρίσκεται σε αδυναμία εκπλήρωσης των ληξιπρόθεσμων χρηματικών οφειλών της κατά τρόπο γενικό και μόνιμο.

Η ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΑ ΓΙΑ ΣΠΟΥΔΑΙΟ ΛΟΓΟ ΔΙΑΜΕΣΟΛΑΒΗΤΙΚΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ: ΤΑ ΠΑΡΑΔΕΙΓΜΑΤΑ ΤΗΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗΣ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΕΙΑΣ, ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΗΣ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΔΙΚΑΙΟΧΡΗΣΗΣ (FRANCHISE)

Δάφνη Σφυρή
ΜΔΕ

Μάρτιος 2022

Κάθε διαρκής σύμβαση, όπως είναι και οι διαμεσολαβητικές συμβάσεις, προϋποθέτει για την ομαλή λειτουργία της την ύπαρξη σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ των μερών. Κάθε ενέργεια που διαταράσσει την εμπιστοσύνη μεταξύ των μερών και καθιστά μη αντικειμενικώς ανεκτή την εξακολούθηση της συνέχισης της συνεργασίας, δίνει το δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης για σπουδαίο λόγο πριν παρέλθει ο συμβατικά καθορισμένος χρόνος. Η ύπαρξη ή μη σπουδαίου λόγου καταγγελίας, καθώς και ο καταλογισμός του σπουδαίου λόγου στην υπαιτιότητα ενός εκ των συμβαλλομένων μερών επηρεάζουν άμεσα τα σχετικά δικαιώματα αποζημίωσης.

Το δικαίωμα έκτακτης καταγγελίας, ήτοι το δικαίωμα κάθε συμβαλλόμενου να αποδεσμευθεί πρόωρα από μία διαρκή σχέση, διασπά τη θεμελιώδη αρχή του δικαϊκού μας συστήματος «pacta sunt servanda». **Με απλά λόγια, οι συμφωνίες πρέπει να τηρούνται.** Η καταγγελία για σπουδαίο λόγο προβλέπεται ρητά στον νόμο για ορισμένες συμβάσεις: Από το πνεύμα των διατάξεων αυτών (ενδεικτικά: 672 ΑΚ, 766, 797 ΑΚ) και από την καλή πίστη συνάγεται γενική αρχή του δικαίου, σύμφωνα με την οποία είναι δυνατή η άμεση λύση κάθε διαρκούς συμβάσεως είτε αυτή είναι ορισμένου είτε είναι αορίστου χρόνου, ακόμη και αν το δικαίωμα αυτό δεν προβλέπεται ρητά στον νόμο ή τη σύμβαση, όταν η συνέχιση της σύμβασης έως τον συμβατικώς καθορισμένο χρόνο ή την τυχόν προβλεπόμενη προθεσμία τακτικής καταγγελίας έχει καταστεί μη ανεκτή.

Χαρακτηριστικά δε παραδείγματα διαρκών συμβάσεων αποτελούν οι λεγόμενες διαμεσολαβητικές συμβάσεις, ήτοι οι συμβάσεις εμπορικής αντιπροσωπείας, αποκλειστικής διανομής και δικαιόχρησης (Franchise). Οι συμβληθέντες σε διαρκή ενοχή αναλαμβάνουν την υποχρέωση συμβατικών παροχών που δεν εκτελούνται στιγμιαίως, αλλά εκτείνονται στον χρόνο. Για παράδειγμα, στη σύμβαση πωλήσεως, ο πωλητής αναλαμβάνει την υποχρέωση να μεταβιβάσει την κυριότητα και ο αγοραστής να καταβάλει το τίμημα. Η διάρκεια εκτελέσεως αμφοτέρων των συμβατικών παροχών είναι στιγμιαία. **Αντιθέτως, οι υποχρεώσεις των συμβληθέντων στις λεγόμενες διαμεσολαβητικές συμβάσεις έχουν διάρκεια και εκτείνονται στο χρόνο, γεγονός που γεννά νέες ανάγκες (λ.χ. την ανάγκη για άμεση αποδέσμευση από μία προβληματική συνεργασία διαρκείας) και επηρεάζει άμεσα το δίκαιο καταγγελίας αυτών.**

Πριν την ανάλυση των ζητημάτων καταγγελίας των διαμεσολαβητικών συμβάσεων αναπτύσσονται –όπως συνοπτικώς– τα σημαντικότερα χαρακτηριστικά αυτών:

Η σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας είναι μία διαρκής ενοχική σχέση με την οποία τρίτος, που αποκαλείται ε-

μπορικός αντιπρόσωπος, αναλαμβάνει έναντι αμοιβής (προμήθειας), σε μόνιμη βάση (για ορισμένο ή αόριστο χρόνο), με την ιδιότητα του ανεξάρτητου μεσολαβητή, είτε να διαπραγματεύεται για λογαριασμό του αντιπροσωπευμένου την πώληση ή την αγορά/παροχή εμπορευμάτων/υπηρεσιών είτε να διαπραγματεύεται και να συνάπτει τις πράξεις αυτές επ' ονόματι και για λογαριασμό του αντιπροσωπευμένου. Το τελευταίο στοιχείο διακρίνει τη σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας από τις συμβάσεις διανομής και franchising, δεδομένου ότι ο διανομέας/δικαιοδόχος franchising, όπως θα αναλυθεί και στη συνέχεια, ενεργεί στο όνομα και για δικό του λογαριασμό, αναδεχόμενος όλους τους κινδύνους από τις σχετικές συναλλαγές. Σε αντίθεση με άλλα πρόσωπα που συμβάλλονται με τον επιχειρηματία ευκαιριακά, όπως συμβαίνει στις στιγμιαίες συμβάσεις (λ.χ. σύμβαση πώλησης), η σύμπραξη του εμπορικού αντιπροσώπου με τον αντιπροσωπευόμενο είναι μόνιμη σύμπραξη και άρα ήδη εκ της φύσεώς της προκύπτει ότι κρίσιμο στοιχείο για την ομαλή λειτουργία της σύμβασης εμπορικής αντιπροσωπείας είναι η ύπαρξη εμπιστοσύνης μεταξύ των μερών.

Η σύμβαση αποκλειστικής διανομής είναι μία ιδιόρρυθμη διαρκής ενοχική σύμβαση, κατά τη διάρκεια της οποίας ο ένας συμβαλλόμενος (προμηθευτής) υποχρεούται να πωλεί στον άλλον (διανομέα) τα συμβατικά εμπορεύματα, τα οποία, στη συνέχεια, ο τελευταίος μεταπωλεί σε τρίτους στο δικό του όνομα, για δικό του λογαριασμό και με δικό του επιχειρησιακό κίνδυνο. Ο δε διανομέας έχει την υποχρέωση να προωθεί τα συμφέροντα του προμηθευτή, ενώ ο τελευταίος ενσωματώνει τον διανομέα στην εμπορική του οργάνωση υπό την έννοια της άσκησης εποπτείας και ελέγχου.

Η σύμβαση δικαιόχρησης (franchise) είναι μία διαρκής ενοχική σύμβαση μεταξύ δύο συμβαλλομένων, του δικαιοδότη (franchisor) και του δικαιοχρήστη (franchisee), στο πλαίσιο της οποίας, αφενός ο δικαιοδότης παραχωρεί στο δικαιοχρήστη ένα σύνολο διακριτικών γνωρισμάτων και

διαρκώς ανανεούμενης τεχνογνωσίας και του παρέχει ένα σύνολο υπηρεσιών μέσω της άσκησης συνεχούς ελέγχου, με σκοπό τη διαμόρφωση του καταστήματος του δικαιούχου και την ένταξή του στο σύστημα του δικαιοδότη και αφετέρου, ο δικαιούχος οφείλει να καταβάλλει στον δικαιοδότη το συμφωνηθέν χρηματικό αντάλλαγμα και να ακολουθεί τις οδηγίες του τελευταίου.

Ας διευκρινισθεί, στο σημείο αυτό, ότι ο χαρακτηρισμός της νομικής φύσης μίας σύμβασης (λ.χ. σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας ή σύμβαση διανομής ή σύμβαση δικαιόχρησης) δεν καθορίζεται από τον χαρακτηρισμό που δίνουν τα συμβαλλόμενα μέρη στο συμβατικό κείμενο αλλά ο εφαρμοστής του δικαίου, δηλαδή ο δικαστής, είναι αυτός ο οποίος θα προβεί στον νομικό χαρακτηρισμό της σύμβασης βασιζόμενος στο είδος και στην έκταση των υποχρεώσεων που ανέλαβαν τα συμβαλλόμενα μέρη, και κατ' επέκταση θα επιβάλλει και τις αντίστοιχες έννομες συνέπειες.

Εν συνεχεία, εξειδικεύονται οι προϋποθέσεις καταγγελίας των διαμεσολαβητικών συμβάσεων, καθώς και οι κυριότερες συνέπειες της καταγγελίας αυτών:

Αρχικά, η σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας διέπεται από το π.δ. 219/91: «Περί Εμπορικών Αντιπροσώπων σε συμμόρφωση προς την Οδηγία 83/653/ΕΟΚ του Συμβουλίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων». Στις συμβάσεις εμπορικής αντιπροσωπείας αορίστου χρόνου η λήξη επέρχεται με την καταγγελία άνευ προηγούμενης τήρησης προθεσμίας αλλά με την ύπαρξη/απόδειξη σπουδαίου λόγου ή ένεκα συμβατικής παράβασης (έκτακτη καταγγελία) ή με την τήρηση προθεσμίας (άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 219/91: **Η προθεσμία καταγγελίας είναι ένας μήνας για το πρώτο έτος της σύμβασης, δύο μήνες από την αρχή του δεύτερου έτους, τρεις μήνες από την αρχή του τρίτου έτους, τέσσερις μήνες από την αρχή του τέταρτου έτους, πέντε μήνες από την αρχή του πέμπτου έτους και έξι μήνες από την αρχή του έκτου και τα επόμενα έτη) χωρίς την ύπαρξη σπουδαίου λόγου (τακτική καταγγελία)**). Σημειωτέον ότι το δικαίωμα πρόωρης λύσης της σύμβασης για σπουδαίο λόγο συνάγεται από την ερμηνεία του άρθρου 8 παρ. 8 του π.δ. 219/91 ("Η σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας μπορεί να καταγγελθεί κατά πάντα χρόνο και χωρίς την τήρηση των προθεσμιών της παραγράφου 4 σε περίπτωση κατά την οποία ένα εκ των μερών παραλείψει την εκτέλεση του συνόλου ή μέρος των συμβατικών υποχρεώσεων καθώς και σε περίπτωση εκτάκτων περιστάσεων"), σε συνδυασμό με τις ως άνω γενικές αρχές του δικαϊκού μας συστήματος, ενώ στις νομοθετικά αρρύθμιστες συμβάσεις διανομής και franchising με βάση την επίκληση της αρχής αυτής και

της καλής πίστης.

Στην περίπτωση, λοιπόν, της λήξης της σύμβασης λόγω καταγγελίας για σπουδαίο λόγο, ο εμπορικός –αντιπρόσωπος– λήπτης της καταγγελίας δικαιούται (υπό αυστηρές προϋποθέσεις προϋποθέσεις) μετά τη λύση της εμπορικής αντιπροσωπείας αποζημίωση πελατείας, ενώ χάνει το δικαίωμα ανόρθωσης κάθε περαιτέρω ζημίας με βάση τις γενικές διατάξεις (λ.χ. διαφυγόν κέρδος), καθώς και αποζημίωση για την ζημία που υπέστη (γενικές διατάξεις ΑΚ). **Εφόσον, όμως, ο σπουδαίος λόγος καταγγελίας της σύμβασης ανάγεται σε υπαιτιότητα του εμπορικού αντιπροσώπου, χάνεται και το σχετικό δικαίωμα αποζημίωσης πελατείας** (ειδικά για τον τρόπο υπολογισμού της αποζημίωσης πελατείας βλ. εδώ). Ως προς τη νομική φύση της αποζημίωσης πελατείας γίνεται δεκτό ότι αποτελεί ένα είδος εύλογης αποζημίωσης/ ιδιόρρυθμης αξίωσης αμοιβής για τις παρεχόμενες από τον εμπορικό αντιπρόσωπο υπηρεσίες και για τη συμβολή του στη δημιουργία μιας σταθερής πελατείας που παραμένει στον αντιπροσωπευόμενο. Σημαντικό είναι, επίσης, ότι ο εμπορικός αντιπρόσωπος έχει υποχρέωση να ενημερώσει προσηκόντως τον αντιπροσωπευόμενο μέσα σε ένα έτος από τη λύση της σύμβασης ότι θα ασκήσει το δικαίωμά του για αποζημίωση πελατείας, διαφορετικά το δικαίωμα αποζημίωσης πελατείας χάνεται οριστικά.

Η σύμβαση αποκλειστικής διανομής δεν ρυθμίζεται με ειδικές διατάξεις. Γινόταν, όμως, σταθερά δεκτό από τη νομολογία ότι εφαρμόζονται αναλογικά, τόσο το π.δ. 219/91, όσο και οι διατάξεις του ΑΚ περί εντολής. Η ως άνω νομολογιακή κατεύθυνση αποτυπώθηκε και νομοθετικά στο άρθρο 14 παρ. 4 του Ν. 3557/2007 (Οι διατάξεις του π.δ. 219/1991, όπως ισχύει, εφαρμόζονται αναλόγως στις συμβάσεις: {...}β) αποκλειστικής διανομής, εφόσον, ως συνέπεια της σύμβασης αυτής, ο διανομέας ενεργεί ως τμήμα της εμπορικής οργάνωσης του προμηθευτή). Προκειμένου, λοιπόν, να εφαρμοσθεί αναλογικά το π.δ. 219/91 και να δικαιούται και ο (αποκλειστικός) διανομέας αποζημίωση πελατείας θα πρέπει να ενεργεί ως τμήμα της εμπορικής οργάνωσης του προμηθευτή: ο (αποκλειστικός) διανομέας να ακολουθεί τις οδηγίες του προμηθευτή, να συμβάλλει σημαντικά στην επέκταση της πελατείας του προμηθευτή, να μην ανταγωνίζεται τον προμηθευτή, ο προμηθευτής να ενημερώνεται για το πελατολόγιο του διανομέα και, μάλιστα, μετά τη λύση της σύμβασης διανομής, θα πρέπει οι πελάτες να περιέρχονται στον Προμηθευτή. Ας σημειωθεί, όμως, ότι ο απλός διανομέας, ήτοι ο διανομέας που διαθέτει εκτός από τα προϊόντα του Προμηθευτή και ανταγωνιστικά προς τα δικά του προϊόντα δεν έχει την προστασία του

π.δ. 219/91, ήτοι την προστασία του αποκλειστικού διανομέα και του εμπορικού αντιπροσώπου.

Γίνεται, επίσης, δεκτό ότι με βάση τις αρχές της ισότητας και της καλής πίστης, είναι δυνατή η αναλογική, ολική ή μερική, εφαρμογή των διατάξεων του π.δ. 219/91 στη σύμβαση δικαιόχρησης αλλά και σε όσες διαμεσολαβητικές εμπορικές συμβάσεις εμφανίζουν τα βασικά χαρακτηριστικά της συμβάσεως εμπορικής αντιπροσωπείας: εφόσον, δηλαδή, η διαμεσολαβητική λειτουργία του δικαιοδόχου προσομοιάζει με αυτή του εμπορικού αντιπροσώπου σε τέτοιο βαθμό, ώστε να ταυτίζεται κατά τα ουσιώδη στοιχεία της, πράγμα που συμβαίνει, όταν και ο επαγγελματίας αυτός αναλαμβάνει με τη σύμβαση υποχρεώσεις ανάλογες προς εκείνες του εμπορικού αντιπροσώπου (4 παρ. 1 του Π.Δ/τος 219/1991) και ειδικότερα α) να παραλείπει ανταγωνιστικές σε βάρος του δικαιοπαρόχου του πράξεις κατά τη διάρκεια, αλλά και μετά τη λήξη της συμβάσεώς τους, β) να τηρεί το επαγγελματικό απόρρητο, γ) να προωθεί διαρκώς και αποκλειστικά τα προϊόντα του δικαιοπαρόχου του στη συμβατική περιοχή ευθύνης του, υποκείμενος, μάλιστα, στον έλεγχό του, ως προς την εξέλιξη των πωλήσεων ή αναλόγως των αγορών, δ) να διαφημίζει τα πωλούμενα προϊόντα, ακόμη και με δικές του δαπάνες και ε) να γνωστοποιεί στον εντολέα του το πελατολόγιό του. Η συνομολόγηση ακριβώς των υποχρεώσεων αυτών, που δεν είναι πάντως αναγκαίο να συντρέχουν σωρευτικώς, αλλά μπορούν και να παραλλάσσουν, έτσι ώστε η έλλειψη μίας από αυτές να καλύπτεται από την ιδιαίτερη ένταση των λοιπών, καθιστά και το δικαιόδοχο αναπόσπαστο και καθοριστικό μέρος του δικτύου της επιχειρηματικής δραστηριότητας του δικαιοπαρόχου, αφού η εμπορική του δραστηριότητα, μολονότι αναπτύσσεται με δικό του κίνδυνο, συνεπάγεται, εντούτοις, οφέλη αμέσως και για τον δικαιοπάροχο, καθώς ο τελευταίος δεν αντλεί οικονομικά οφέλη μόνον από την εκπλήρωση της κύριας συμβατικής υποχρεώσεως του δικαιοδόχου, αλλά και από τις ως άνω ιδιαίτερες υποχρεώσεις του τελευταίου, με σπουδαιότερο γι' αυτόν όφελος το ότι λαμβάνει γνώση του πελατολογίου του, οπότε και μπορεί, μετά τη λύση της συμβάσεώς τους, να το χρησιμοποιήσει, μέσω άλλων επαγγελματιών (δικαιοδόχων), και να συνεχίσει έτσι να αποκομίζει οικονομικά οφέλη.

Συνεπώς, με βάση τα όσα προαναφέρθηκαν, τα όσα αναπτύχθηκαν για την καταγγελία της σύμβασης εμπορικής αντιπροσωπείας ισχύουν και στις συμβάσεις αποκλειστικής διανομής και δικαιόχρησης υπό τις ως άνω προϋποθέσεις.

Ειδικά δε ως προς το ζήτημα του σπουδαίου λόγου καταγγελίας των διαμεσολαβητικών συμβάσεων λεκτέα εί-

ναι τα κάτωθι: αρχικά, αποτελεί υψίστης σημασίας η οριοθέτηση της αόριστης νομικής έννοιας «σπουδαίος λόγος», καθώς η ύπαρξη ή μη του σπουδαίου λόγου επηρεάζει άμεσα τα δικαιώματα των μερών. **Πιο συγκεκριμένα, σπουδαίος λόγος καταγγελίας υπάρχει, όταν συντρέχουν έκτακτες περιστάσεις ή όταν ο ένας από τους συμβαλλομένους αθετεί υποχρεώσεις τόσο ουσιώδεις, ώστε να καθίσταται μη ανεκτή για το άλλο μέρος, σύμφωνα με τις αρχές της καλής πίστης, η συνέχιση της συμβάσεως μέχρι τη λύση της, κατά τους υπαγορευόμενους από αυτή όρους (ΑΠ 778/2019).**

Παρατίθενται, εν συνεχεία, ορισμένα νομολογιακά παραδείγματα, τα οποία κάνουν δεκτή την ύπαρξη σπουδαίου λόγου καταγγελίας διαμεσολαβητικής σύμβασης και οριοθετούν την έννοια:

α) Η παραβίαση όρου της μεταξύ των διαδίκων ατύπως καταρτισθείσας σύμβασης αποκλειστικής διανομής σύμφωνα με τον οποίο όφειλε να επιστρέφει στον Προμηθευτή τα αδιάθετα - ληγμένα προϊόντα, ώστε αφενός να καταστραφούν και αφετέρου, ενόψει της συμφωνίας των διαδίκων για πλαφόν στο ύψος αυτών (επιστροφών), να γίνει σχετική εκκαθάριση (ΤρΕΦΑΘ 1308/2021).

β) Η υπαίτια μονομερής (χωρίς συμφωνία) επέμβαση στη σύμβαση έχουσα ως αποτέλεσμα τη μείωση της αμοιβής (ΠΠρΑΘ 1618/2016) ή και αύξηση του κόστους λειτουργίας της σύμβασης (ΜονΕφ).

γ) Η αύξηση των τιμών πώλησης των συμβατικών προϊόντων από τον αντιπροσωπευόμενο/προμηθευτή στον εμπορικό αντιπρόσωπο/διανομέα (ΑΠ 751/2019).

δ) Η παραβίαση της ρήτρας αποκλειστικότητας και της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού (ΑΠ 455/2015, ΜονΕφ 249/2020).

ε) Η διαρκής ραθυμία και επαγγελματική ανεπάρκεια του εμπορικού αντιπροσώπου/αντιπροσωπευόμενου, η παράλειψη τακτικής αναζήτησης πελατών.

στ) Ο αστήρικτες κατηγορίες εις βάρος αντιπροσώπου/αντιπροσωπευόμενου όπως π.χ. η μομφή υπεξαίρεσης/κλοπής/εν γένει διάπραξης εγκλημάτων.

ζ) Η υπαίτια αδυναμία του αντιπροσωπευόμενου/προμηθευτή να ανταποκριθεί στις συμβατικές του υποχρεώσεις.

η) Η επανειλημμένη μη εμπρόθεσμη εκκαθάριση/καταβολή των προμηθειών του αντιπροσώπου, η μη εμπρόθεσμη παράδοση των εμπορευμάτων (ΤρΕΦΑΘ 811/2016).

θ) Η συγχώνευση των ανωνύμων εταιριών δεν συνεπάγεται καθεαυτή την αυτοδίκαιη λύση της συμβάσεως (υπ)αντιπροσωπείας. Ο εμπορικός αντιπρόσωπος, όμως, διατηρεί το δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση αυτή,

όταν η συγχώνευση μεταβάλλει αρνητικά τα οικονομικά του δεδομένα ή κλονίζει τις σχέσεις αμοιβαίας εμπιστοσύνης (Ν. Νίκα, Η τύχη της εμπορικής (υπ)αντιπροσωπείας επί συγχωνεύσεως ανωνύμων εταιριών).

ι) Η πτώχευση αντιπροσώπου/αντιπροσωπευομένου.

ια) Οι πράξεις αθέμιτου ανταγωνισμού εκ μέρους των συμβαλλομένων μερών (ΜονΕφ 1977/2021).

Ειδικά, δε, για τη τελευταία περίπτωση ύπαρξης σπουδαίου λόγου καταγγελίας: όσο πιο στενοί είναι οι δεσμοί μεταξύ δύο συνεργατών, τόσο περισσότερο καθίσταται αναγκαία η διασφάλιση ενός κλίματος αμοιβαίας εμπιστοσύνης καθ' όλη τη διάρκεια της μεταξύ τους συνεργασίας. Συνεπώς, ειδικά στις διαρκείς συμβάσεις, όπως εν προκειμένω, καθίσταται πολύ σημαντική η στενή συνεργασία και η ύπαρξη πίστης μεταξύ των μερών. Σε αντίθετη περίπτωση, η συνεργασία αυτή είναι καταδικασμένη εκ προοιμίου να αποτύχει, καθώς ανατρέπεται ουσιαστικά το δικαιοπρακτικό θεμέλιο αυτής. Τι συμβαίνει, λοιπόν, όταν διαρρηγνύεται αυτή η σχέση εμπιστοσύνης. Έχει ο αντιπροσωπευόμενος το δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας ή οφείλει να αναμείνει την προβληματική αυτή συνεργασία μέχρι να λυθεί, όπως προβλέπεται στη σύμβαση ή με τις νόμιμες διατυπώσεις; Στην υπ' αρ. 1996/2021 απόφαση του Εφετείου Αθηνών (αδημ.) κρίθηκε: « {...}το δικαστήριο αυτό κρίνει ότι θεμελιώνεται σπουδαίος λόγος και έκτακτη περίπτωση για την καταγγελία αυτή. Και αυτό διότι αποδείχθηκε με βεβαιότητα ότι μετά την αποχώρηση του ανωτέρω σημαντικού εταίρου {...} από την ενάγουσα και την ήδη μειωμένη απόδοση της τελευταίας σε νέες συνδέσεις {...}δημιουργήθηκε εύλογη υποψία για πιθανή συνεργασία και άλλων εταίρων της ενάγουσας με την ανωτέρω ανταγωνίστρια εταιρεία (όπως και έγινε, έστω και μετά την καταγγελία) και οπωσδήποτε δυσπιστία σχετικά με την ικανότητα της ενάγουσας να συνεργαστεί στο μέλλον με την πρώτη εναγομένη». Έτσι, λοιπόν, που έκρινε το δικαστήριο έκανε δεκτό ότι ο αντιπροσωπευόμενος είχε σπουδαίο λόγο να καταγγείλει την επίδικη σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας, παρ' όλο που το κλονιστικό της εμπιστοσύνης γεγονός δεν ανήλθε (απαραίτητα) σε υπαιτιότητα του εμπορικού αντιπροσώπου. Αρκεί, λοιπόν, το αντικειμενικό γεγονός του κλονισμού της εμπιστοσύνης ενός εκ των μερών για να καταγγελθεί η σύμβαση για σπουδαίο λόγο.

Κατά τη στάθμιση της ύπαρξης σπουδαίου λόγου ή μη λαμβάνονται υπόψη πληθώρα παραγόντων, όπως αυτοί έχουν διαμορφωθεί από τη νομολογία και τη θεωρία: **αρχικά, όσο πιο κεντρικός/εμπιστευτικός είναι ο ρόλος ενός προσώπου σε ένα νομικό πρόσωπο, τόσο περισ-**

σότερο βαρύνουν τα παραπτώματά του. Όσο στενότερος είναι ο προσωπικός δεσμός μεταξύ των μερών, τόσο αυξάνονται οι απαιτήσεις μεταξύ τους. Όσο μεγαλύτερο βαθμό εξάρτησης εμφανίζει ένας συμβαλλόμενος με έναν άλλον, τόσο αυξάνονται και οι υποχρεώσεις πίστεως του ισχυρότερου συμβαλλόμενου. Όσο περισσότερο διαρκεί η σχέση αυτή, τόσο η ένταση του δεσμού εμπιστοσύνης αυξάνεται. Με άλλα λόγια, όσο περισσότερη εμπιστοσύνη υπάρχει σε μία σχέση, τόσο πιο εύκολα θα μπορεί να καταγγελθεί, εφόσον αυτή κλονισθεί. Οι ιδιαιτερότητες, λοιπόν, της υπόθεσης θα «φωτίσουν» και θα υποδείξουν στο κάθε συμβαλλόμενο μέρος το πώς πρέπει να χειριστεί την υπόθεση τον τρόπο χειρισμού της υποθέσεως.

Τέλος, εφόσον ο καταγγέλλων (για σπουδαίο λόγο) με την πρόωρη λύση της διαμεσολαβητικής σύμβασης επεμβαίνει μονομερώς στην έννομη σφαίρα του λήπτη καταγγελίας, νομιμοποιείται να ασκήσει αυτό το δικαίωμα, μόνο εφόσον είναι απολύτως αναγκαιώς για την προάσπιση των σκοπών του. **Με άλλα λόγια, εάν η επιδιωκόμενη αλλαγή συμπεριφοράς του αντισυμβαλλομένου παραβάτη μπορεί να επιτευχθεί με την επισήμανση της παράβασης υπό την απειλή εννόμων συνεπειών, τότε η καταγγελία δεν θα είναι το αναγκαίο σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας μέσο για την προάσπιση των συμφερόντων του καταγγέλλοντος.** Συνεπώς, θα πρέπει να εξετασθεί, πριν καταγγελθεί οποιαδήποτε διαμεσολαβητική σύμβαση για σπουδαίο λόγο, μήπως πρέπει να αποσταλεί (προειδοποιητική) Επιστολή - Εξώδικη Δήλωση με την οποία θα κληθεί ο «παραβάτης» σε συμμόρφωση.

Συμπερασματικά, σε περίπτωση που έχουν συμβεί περιστατικά που έχουν διαταράξει τη λειτουργία μιας διαμεσολαβητικής σύμβασης και το πλήγμα που έχει υποστεί ο συμβατικός δεσμός είναι τόσο σοβαρό, ώστε να παρίσταται καθίσταται εξαιρετικά απίθανη η ομαλή λειτουργία του στο μέλλον, είναι δυνατή η άμεση καταγγελία μιας διαμεσολαβητικής σύμβασης για σπουδαίο λόγο. Ο καταγγέλλων οφείλει, όμως, να επιδεικνύει τη δέουσα επιμέλεια, καθώς μία άκαιρη και χωρίς σπουδαίο λόγο καταγγελία μιας διαμεσολαβητικής σύμβασης γεννά αποζημιωτική ευθύνη προς τον λήπτη της (άκαιρης) καταγγελίας, ο δε λήπτης της καταγγελίας οφείλει να προασπίσει τα δικαιώματά του μέσα στις νόμιμες προθεσμίες. Τέλος, ως διευκρινισθεί ότι στόχος του παρόντος άρθρου αποτέλεσε εξ αρχής ο προϊδεασμός των εκάστοτε συμβαλλομένων σε διαμεσολαβητικές συμβάσεις περί του ισχύοντος νομικού πλαισίου και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί πλήρης οδηγός για τα σύνθετα νομικά ζητήματα της καταγγελίας αυτών.

Η ΥΣΤΑΤΗ ΠΡΟΣΠΑΘΕΙΑ ΔΙΑΣΩΣΗΣ ΤΗΣ ΑΚΙΝΗΤΗΣ ΠΕΡΙΟΥΣΙΑΣ ΤΟΥ ΟΦΕΙΛΕΤΗ: Η ΑΝΑΚΟΠΗ ΚΑΤΑ ΤΟΥ ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΟΥ ΑΚΙΝΗΤΟΥ

Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert

Απρίλιος 2022
(αναδημοσίευση από taxheaven.gr)

Στο παρόν άρθρο θα αναφερθούμε στους πιο συχνά απαντώμενους λόγους οι οποίοι μπορούν να στηρίξουν την ακύρωση του διενεργηθέντος ήδη πλειστηριασμού. Το ένδικο βοήθημα της ανακοπής κατά του πλειστηριασμού αποτελεί την ύστατη προσπάθεια του οφειλέτη να ακυρώσει τη μεταβίβαση της κυριότητας του ακινήτου του στον τρίτο υπερθεματιστή μετά την κατάσχεση αυτού από τον επισπεύδοντα δανειστή.

Σε προηγούμενα μας άρθρα αναφερθήκαμε αφενός στην ανακοπή κατά της διαταγής πληρωμής, αφετέρου στην ανακοπή κατά της κατάσχεσης (κατασχετήριας έκθεσης). Και τα δύο αυτά ένδικα βοηθήματα αποτελούν αμυντικούς μηχανισμούς που έχουν θεσπιστεί για την προστασία του οφειλέτη από παράνομες και άδικες εκτελέσεις. Ασκοούνται σε ένα αρχικό στάδιο της εκτελεστικής διαδικασίας και μπορούν τελικώς να την ακυρώσουν, εφόσον φυσικά κριθούν βάσιμα. **Αν όμως τελικώς δεν τελεσφορήσουν οι προσπάθειες αυτές ακύρωσης (ή αμελήσει ο οφειλέτης και δεν προβεί σε άσκηση κάποιου ένδικου βοηθήματος) και λάβει χώρα ο πλειστηριασμός με επιτυχία, ποια η αντίδραση του οφειλέτη; Έχει κάποια τελική κίνηση στη φαρέτρα του ώστε να αποφύγει την απώλεια της κυριότητας του ακινήτου του;**

Σε αυτές τις περιπτώσεις ο νόμος προβλέπει το ένδικο βοήθημα της ανακοπής κατά του πλειστηριασμού. Η ανακοπή αυτή αποτελεί την τελευταία κίνηση του οφειλέτη, την ύστατη του προσπάθεια διάσωσης της ακίνητης περιουσίας του. Η προθεσμία άσκησης της εν λόγω ανακοπής είναι 60 ημέρες από την ημέρα που ο υπερθεματιστής θα μεταγράψει την περίληψη της κατακυρωτικής έκθεσης που θα του δώσει ο συμβολαιογράφος στο αρμόδιο υποθηκοφυλακείο (ή γραφείο κτηματογράφησης). Η περίληψη αυτή δίδεται συνήθως μετά από μερικές βδομάδες από τη διενέργεια του πλειστηριασμού και προϋπόθεση παράδοσής της είναι η εξόφληση του πλειστηριάσματος από τον υπερθεματιστή (βλ. άρθρο 1005 ΚΠολΔ «Από τη στιγμή που ο υπερθεματιστής καταβάλει το πλειστηρίασμα και το τέλος χρήσης, ο υπάλληλος του πλειστηριασμού του δίνει περίληψη της κατακυρωτικής έκθεσης»). Η ανακοπή κατά του πλειστηριασμού στρέφεται κατά του επισπεύδοντα δανειστή και του υπερθεματιστή, οι οποίοι είναι και αυτοί που έχουν κάθε λόγο να υποστηρίξουν την εγκυρότητα του πλειστηριασμού. Για το παραδεκτό της ανακοπής, θα πρέπει αυτή να εγγραφεί στα βιβλία διεκδικήσεων του αρμόδιου υποθηκοφυλακείου ή στο οικείο κτηματολογικό φύλλο (βλ. ΚΠολΔ 1010: «Η ανακοπή για την ακύρωση πλειστηρια-

σμού ή αναπλειστηριασμού ακινήτου είναι απαράδεκτη, αν δεν εγγραφεί στο βιβλίο διεκδικήσεων της περιφέρειας όπου βρίσκεται το ακίνητο μέσα σε τριάντα ημέρες από την κατάθεσή της»). Η εγγραφή αυτή φυσικά έχει συνέπειες και ως προς την εμπορευσιμότητα του ακινήτου, εφόσον ο υπερθεματιστής θελήσει να προχωρήσει σε περαιτέρω πώληση αυτού (δυσχερώς θα ενδιαφερθεί ένας τρίτος να αγοράσει ένα ακίνητο του οποίου η κυριότητα αμφισβητείται δικαστικώς).

Αν η εν λόγω ανακοπή γίνει δεκτή τελεσίδικα, τότε ο πλειστηριασμός ακυρώνεται, η κυριότητα επανέρχεται στον οφειλέτη και ο τρίτος υπερθεματιστής έχει τις 3 κάτωθι εναλλακτικές: **α) να στραφεί κατά των δανειστών (συνήθως τράπεζες) για να του επιστραφεί το ποσό που εισέπραξαν από το πλειστηρίασμα, β) να επισπεύσει ο ίδιος εκ νέου πλειστηριασμό του ακινήτου για να εισπράξει το ποσό που κατέβαλε και το οποίο θα λάβει πρώτος από όλους τους τυχόν δανειστές, γ) να αναγγελθεί σε πλειστηριασμό που θα επισπεύσει τρίτος δανειστής και να ικανοποιηθεί, επίσης, προνομιακά από το πλειστηρίασμα.** Και οι 3 εναλλακτικές, ωστόσο, προϋποθέτουν συνήθως δικαστική αντιδικία.

Μια βασική αρχή του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, δηλαδή του νόμου που ρυθμίζει τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης και των πλειστηριασμών, είναι αυτή της σταδιακής προσβολής των πράξεων της εκτέλεσης. Βάσει της αρχής αυτής, για να ακυρωθεί ένας πλειστηριασμός μπορούμε να στηριχτούμε είτε **α) σε ελαττώματα ή πλημμέλειες διεξαγωγής αυτού του ίδιου του πλειστηριασμού, είτε β) σε ελαττώματα της προδικασίας του, είτε γ) στο γεγονός ότι οι πράξεις της εκτελεστικής διαδικασίας στις οποίες αυτός στηρίζεται (κατάσχεση, δήλωση συνέχισης) ακυρώθηκαν τελεσίδικως.** Επομένως εκτός των δύο πρώτων ομάδων, η τρίτη ομάδα λόγων ανακοπής προϋποθέτει ότι έχει ασκηθεί ήδη ανακοπή κατά της κατάσχεσης ή της δήλωσης συνέχισης (επομένως για τις δύο πρώτες ομάδες λόγων, μπορεί ο οφειλέτης να ακυρώσει τον πλειστηριασμό ακόμα κι αν

δεν έχει μέχρι τότε προβεί σε κάποια αμυντική πράξη). Γι' αυτό κάνουμε λόγο για (υποχρεωτική) σταδιακή προσβολή των πράξεων της εκτέλεσης: αν δεν έχει ασκηθεί ανακοπή κατά της κατάσχεσης και έχει παρέλθει η προθεσμία προσβολής της (45 ημέρες από την επίδοση της κατασχετήριας έκθεσης), η οιαδήποτε πλημμέλειά της έχει θεραπευτεί. Επομένως μετέπειτα δεν θα μπορεί να ακυρωθεί ο πλειστηριασμός, ακόμα κι αν η κατασχετήρια έκθεση ήταν πλημμελής και άκυρη. **Εδώ κατανοούμε πόσο σημαντικό είναι να προσβάλλονται εμπρόθεσμα όλες οι πράξεις της εκτελεστικής διαδικασίας και να μην παρέρχονται οι σχετικές προθεσμίες.**

Παρακάτω παρατίθενται οι συνηθέστερα απαντώμενοι λόγοι ακύρωσης πλειστηριασμών:

1. Άκυρη Κατάσχεση

Αρχικά αν ένας πλειστηριασμός στηρίζεται σε άκυρη κατάσχεση, σε περίπτωση που η τελευταία ακυρωθεί, τότε επέρχεται και ακύρωση του πλειστηριασμού. Άρα θα πρέπει να έχει ήδη ασκηθεί ανακοπή κατά της κατασχετήριας έκθεσης, η οποία είτε δεν θα έχει κριθεί μέχρι τη διενέργεια του πλειστηριασμού (σπάνιο), είτε θα έχει απορριφθεί πρωτοδίκως αλλά θα εκκρεμεί η σχετική έφεση. **Προσοχή: αν έχει ασκηθεί ανακοπή κατά της κατάσχεσης αλλά δεν έχει ασκηθεί ανακοπή κατά του πλειστηριασμού, τότε ακόμα και να γίνει δεκτή η πρώτη, ο πλειστηριασμός διατηρεί την εγκυρότητά του εφόσον δεν προσβληθεί με ανακοπή εμπρόθεσμα.** Όπως ειπώθηκε και παραπάνω, βάσει της αρχής της σταδιακής προσβολής των πράξεων εκτέλεσης που ισχύει στην αναγκαστική εκτέλεση, **θα πρέπει κάθε πράξη της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης να προσβάλλεται αυτοτελώς.** Επομένως στην πράξη ο οφειλέτης θα πρέπει να ασκήσει ανακοπή κατά της κατάσχεσης και εφόσον τελικώς λάβει χώρα ο πλειστηριασμός, ανακοπή και κατά του πλειστηριασμού. Το δικαστήριο, ωστόσο, που θα συζητήσει την ανακοπή κατά του πλειστηριασμού θα αναστείλει τη διαδικασία στις περισσότερες των περιπτώσεων, μέχρι να κριθεί οριστικά το ζήτημα της εγκυρότητας της κατάσχεσης. **Στο συγκεκριμένο άρα λόγο θα πρέπει να έχει ασκηθεί ήδη ανακοπή κατά της κατάσχεσης, ενώ σε όλους τους παρακάτω λόγους, όπως προαναφέρθηκε, μπορεί να ασκηθεί ανακοπή μετά τον πλειστηριασμό, έστω κι αν δεν έχει μεσολαβήσει καμία άλλη μέχρι τότε δικαστική ενέργεια από τον οφειλέτη.**

2. Εξόφληση /ρύθμισης απαίτησης

Ο πλειστηριασμός μπορεί να ακυρωθεί αν μεταξύ της παρέλευσης της προθεσμίας των 45 ημερών από την επίδοση της κατασχετήριας έκθεσης (όπου παρέρχεται και η προθεσμία ανακοπής κατά της κατάσχεσης) και της διενέργειας του πλειστηριασμού ακολούθησαν γεγονότα που είχαν ως αποτέλεσμα την άρση του ληξιπροθέσμου ή του απαιτητού της αξίωσης, όπως όταν π.χ. ακολούθησε ρύθμιση ή εξόφληση της οφειλής. Αν η ρύθμιση έλαβε χώρα πριν την παρέλευση των 45 ημερών από την κατάσχεση, ο λόγος αυτός στηρίζει την ανακοπή κατά της κατασχετήριας έκθεσης και σε αυτό το στάδιο θα πρέπει να προβληθεί.

3. Αντιφατική/καταχρηστική συμπεριφορά επισπεύδοντος

Πλούσια νομολογία υπάρχει και ως προς το θέμα της καταχρηστικής εκπλειστηρίασης ακινήτου. Διακρίνονται οι εξής υποπεριπτώσεις (αναλυτικά βλ. εδώ):

α) Δυσαναλογία μεταξύ αξίας ακινήτου και επισπευδόμενης απαίτησης

Στην υποπερίπτωση αυτή εντάσσονται ενέργειες όπως π.χ. κατάσχεση ακινήτου μεγάλης αξίας για απαίτηση κάτω του 5% της τελευταίας κοκ.

β) Απουσία οφέλους στο πρόσωπο του δανειστή

Η δεύτερη αφορά στην κατάχρηση όσον αφορά στην απαίτηση, δηλ. επισπεύδεται καταχρηστικά πλειστηριασμός παρά το γεγονός ότι έχει εξοφληθεί το ασυγκρίτως μεγαλύτερο τμήμα ή το σύνολο της οφειλής του οφειλέτη ή κατάσχετα ελεύθερο ακίνητο που αποτελεί την πρώτη κατοικία του οφειλέτη ενώ ο τελευταίος έχει στην κυριότητά του προσημειωμένο ακίνητο κατάστημα που θα μπορούσε κάλλιστα να εκπλειστηριαστεί χωρίς να κινδυνεύσει ο τελευταίος να απολέσει την κατοικία του. Στην ίδια κατηγορία εντάσσεται και η περίπτωση της κατάσχεσης πολλαπλώς βεβαρυσμένου ακινήτου από δανειστή που δεν έχει εμπράγματα ασφάλεια (προσημείωση κτλ.) με σκοπό απλώς να ασκήσει πίεση στον οφειλέτη, ενώ γνωρίζει ότι δεν θα εισπράξει μέρος του πλειστηριασματος ή ελάχιστο μέρος αυτού.

γ) Αντιφατική Συμπεριφορά

Υπάρχει πλούσια νομολογία (δικαστικές αποφάσεις) σε σχέση με το παρακάτω ζήτημα: ο οφειλέτης έρχεται σε άτυπη συμφωνία με τον δανειστή για αναστολή του

πλειστηριασμού και καταβάλει και μέρος της απαίτησης. Ο δανειστής διαβεβαιώνει στον οφειλέτη ότι θα προχωρήσει στην αναβολή ή τη ματαίωση του πλειστηριασμού. Η συμφωνία όμως αυτή δεν αποτυπώνεται σε κάποιο έγγραφο. Ο πλειστηριασμός ωστόσο δεν αναστέλλεται και διενεργείται κανονικά με κατακύρωση σε τρίτο πρόσωπο της κυριότητας του ακινήτου. Στην περίπτωση αυτή ο οφειλέτης προσφεύγει δικαστικώς για να ακυρώσει τον πλειστηριασμό, επικαλούμενος ότι ο δανειστής παρά την προφορική τους συμφωνία και ενώ του κατέβαλε και το χρηματικό ποσό που είχαν συμφωνήσει, προχώρησε κανονικά στην διαδικασία του πλειστηριασμού. Στις περιπτώσεις αυτές, ωστόσο, παγίως η νομολογία δέχεται ότι ο πλειστηριασμός ακυρώνεται μόνο εφόσον την ύπαρξη της συμφωνίας αυτής γνώριζε και ο τρίτος υπερθεματιστής. Γιατί κρίνεται άξιος μεγαλύτερης προστασίας από τον οφειλέτη χάριν της ασφάλειας των συναλλαγών και της διαδικασίας του πλειστηριασμού (υπ' αριθμ. 5595/2019 Εφετείο Αθηνών: "Εξ άλλου αν η καταχρηστικότητα συνδέεται με ορισμένη συμπεριφορά του επισπεύδοντος, η οποία, συνδυαζόμενη με την πραγματική κατάσταση που διαμορφώθηκε με τις περιστάσεις που μεσολάβησαν, δημιούργησε στον οφειλέτη την εύλογη πεποίθηση ότι δεν θα ενεργηθεί ο πλειστηριασμός, έτσι ώστε η μεταγενέστερη διενέργειά του, λόγω της μεταβολής της στάσης του επισπεύδοντος, να προκαλέσει μη αναμενόμενες και μη ανεκτές δυσμενείς συνέπειες για τον οφειλέτη, για να επιφέρει αυτή ακυρότητα του πλειστηριασμού, απαιτείται και γνώση εκ μέρους του υπερθεματιστή της συμπεριφοράς του επισπεύδοντος και των όσων συνέβησαν πριν από τον πλειστηριασμό, τα οποία καθιστούν την διενέργεια αυτού καταχρηστική υπό την έννοια του άρθρου 281 ΑΚ, αφού ο υπερθεματιστής ζημιώνεται κυρίως από την ακύρωση του πλειστηριασμού").

Από τις παραπάνω περιπτώσεις κατάχρησης, μόνο η τελευταία αφορά στον πλειστηριασμό και σε γεγονότα που λαμβάνουν χώρα μετά την κατάσχεση. Για τις 2 πρώτες υποπεριπτώσεις άρα, οι ισχυρισμοί του οφειλέτη θα πρέπει να προβληθούν με την ανακοπή κατά της κατάσχεσης και δεν μπορούν παραδεκτώς να προβληθούν για πρώτη φορά με την ανακοπή κατά του πλειστηριασμού. Καθότι λ.χ. αν τελικώς η απαίτηση για την οποία επισπεύδεται ο πλειστηριασμός είναι ασύγκριτα μικρότερη σε σχέση με την αξία του ακινήτου, αποτελεί ένα γεγονός που υπήρχε κατά το χρόνο της κατάσχεσης και άρα μπορούσε να αποτελέσει λόγο ανακοπής κατά αυτής.

4. Ελλείψεις στην προδικασία του πλειστηριασμού

Λόγους ακύρωσης μπορούν να αποτελέσουν και πλημμέλειες που σχετίζονται με την προδικασία του πλειστηριασμού. Συγκεκριμένα, άκυρος θα είναι ο πλειστηριασμός αν δεν τηρήθηκαν οι κάτωθι κοινοποιήσεις/επιδόσεις:

α) Δεν κοινοποιήθηκε εμπρόθεσμα αντίγραφο της κατασχετήριας έκθεσης στον οφειλέτη, αν ο τελευταίος ήταν απών, 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 οκτώ (8) ημέρες από την κατάσχεση (βλ. λ.χ. υπ' αριθμ. 18/2020 απόφαση του Εφετείου Αιγαίου: «Συνεπώς, σύμφωνα με τις επιταγές του άρθρου 995 παρ.1 του ΚΠολΔ, όπως το άρθρο αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο όγδοο του άρθρου 1 του Ν.4335/2015, θα έπρεπε η επίδοση του αντιγράφου της άνω εκθέσεως καταθέσεως να γίνει το αργότερο την επομένη της ημέρας που έγινε η κατάσχεση, ήτοι στις 31-5-2017, εφόσον, όπως αποδείχθηκε, ο ανακόπτων-καθ' ου η εκτέλεση, είχε την κατοικία του και στον τόπο όπου έγινε η κατάσχεση, με συνέπεια η πραγματοποιηθείσα στην κατοικία του στην Αθήνα, στις 2-6-2017, να είναι εκπρόθεσμη, επιφέρουσα ακυρότητα της κατάσχεσης και μάλιστα χωρίς το της βλάβης του άρθρου 159 αρ.3, κατά τον βάσιμο περί τούτων πρώτο λόγο της κρινόμενης ανακοπής»).

β) Δεν επιδόθηκε εμπρόθεσμα αντίγραφο της κατασχετήριας έκθεσης στον υποθηκοφύλακα (ή γραφείο κτηματογράφησης) της περιφέρειας όπου βρίσκεται το κατασχεμένο μέσα σε πέντε (5) ημέρες από την κατάσχεση (βλ. υπ' αριθμ. 95/2007 απόφαση Μονομελούς Πρωτοδικείου Ρόδου: «Πλην όμως, όπως αποδεικνύεται από το προσκομιζόμενο με επίκληση από 15.6.2006 πιστοποιητικό του αρμόδιου κατά τόπο υποθηκοφύλακα Καρπάθου, δεν έλαβε χώρα επίδοση της ως άνω με αριθμό 1808/2006 έκθεσης αναγκαστικής κατάσχεσης ακινήτου σε αυτόν (υποθηκοφύλακα Καρπάθου) και ακολούθως εγγραφή της στα βιβλία Υποθηκών και Κατασχεσεων που τηρούνται στο εκεί Υποθηκοφυλακείο, εντός της προθεσμίας των οχτώ ημερών από την κατάσχεση όπως ορίζει το άρθρο 995 παρ. 2 ΚΠολΔ. Κατόπιν τούτου, πρέπει ο μοναδικός λόγος της ανακοπής να γίνει δεκτός ως ουσία βάσιμος και να ακυρωθούν η με αριθμό 1808/2006 έκθεση αναγκαστικής κατάσχεσης

ακινήτου και με αριθμό 1809/2006 περίληψη κατασχετήριας έκθεσης ακινήτου ...»).

γ) Δεν κατατέθηκαν εμπρόθεσμα τα έγγραφα της κατασχεσεως στον υπάλληλο του πλειστηριασμού (ΚΠολΔ 995 παρ. 4). Στην περίπτωση του πλειστηριασμού ακινήτου ο δικαστικός επιμελητής οφείλει μέσα σε είκοσι από την ημέρα της περάτωσης της κατάσχεσης να καταθέσει στον υπάλληλο του πλειστηριασμού, ο οποίος συντάσσει σχετική έκθεση, τον εκτελεστό τίτλο, την έκθεση επίδοσης της επιταγής προς εκτέλεση, την κατασχετήρια έκθεση, τις εκθέσεις επίδοσης του αντιγράφου της στον οφειλέτη, στον τρίτο κύριο ή νομέα του ενυπόθηκου ακινήτου και κατά περίπτωση στον υποθηκοφύλακα ή στον προϊστάμενο του κτηματολογικού γραφείου το πιστοποιητικό βαρών, καθώς και, σε έντυπη και ψηφιακή μορφή, την έκθεση εκτίμησης του πιστοποιημένου εκτιμητή του π.δ. 59/2016.

δ) Δεν δημοσιεύτηκε εμπρόθεσμα το απόσπασμα της κατασχετήριας εκθέσεως στην ιστοσελίδα δημοσιεύσεων πλειστηριασμών του Δελτίου Δικαστικών Δημοσιεύσεων (<https://deltio.tnomik.gr/>). Απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης, που περιλαμβάνει τα ονοματεπώνυμα του οφειλέτη και δανειστή, 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 θέτει δανειστής και που γνωστοποιήθηκαν στον δικαστικό επιμελητή με την εντολή για εκτέλεση και το όνομα και τη διεύθυνση του υπαλλήλου του πλειστηριασμού, καθώς και τον τόπο, την ημέρα και την ώρα του πλειστηριασμού **πρέπει να δημοσιεύεται μέχρι τη δέκατη πέμπτη (15η) ημέρα από την κατάσχεση στην ιστοσελίδα του Δελτίου Δικαστικών Δημοσιεύσεων.**

ε) Δεν κοινοποιήθηκε εμπρόθεσμα το απόσπασμα της κατασχετήριας εκθέσεως στους ενυπόθηκους (ή προσημειούχους) δανειστές. Απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης πρέπει μέσα σε 20 ημέρες από την κατάσχεση να επιδίδεται στους τυχόν ενυπόθηκους ή προσημειούχους δανειστές (αν φυσικά η τράπεζα που έχει εγγράψει προσημείωση είναι αυτή που επισπεύδει

τον πλειστηριασμό θα πρέπει να επιδώσει σε τυχόν λοιπούς προσημειούχους). Ο λόγος για αυτή την επίδοση είναι, μεταξύ άλλων, να αυξηθεί και το πλειοδοτικό ενδιαφέρον και άρα να ανέβει η τιμή της κατακύρωσης. Εξ ου και δικαιολογείται και έννομο συμφέρον στον οφειλέτη να ασκήσει την ανακοπή του σε περίπτωση παράλειψης ή εκπρόθεσμης επίδοσης (βλ. ΑΠ 1655/2001: «*Εξάλλου, έννομο συμφέρον για την προβολή της ακυρότητας του πλειστηριασμού, λόγω της μη επιδόσεως της περιλήψεως της κατασχετήριας έκθεσης σε ενυπόθηκο δανειστή, έχει και ο καθού η εκτέλεση οφειλέτης, για την επίτευξη μεγαλύτερου πλειστηριάσματος με τη συμμετοχή όλων των δανειστών*»).

Στις παραπάνω περιπτώσεις όπου έχουμε έλλειψη διενέργειας των επίμαχων πράξεων ή εκπρόθεσμη διενέργεια αυτών, έχουμε άκυρο πλειστηριασμό, εφόσον ο τελευταίος λάβει χώρα. Με ανυπαρξία επιδόσεως δε εξομοιώνεται και η επίδοση σε κατοικία διαφορετική από την πραγματική κατοικία του οφειλέτη εφόσον αποδεικνύεται ότι ο επισπεύδων δανειστής γνώριζε την πραγματική κατοικία του ή ότι ο ίδιος είχε έγκαιρα γνωστοποιήσει σ' αυτόν την τυχόν μεταβολή της. Δεν συμβαίνει το ίδιο, όμως, αν λάβουν χώρα εμπρόθεσμα οι πράξεις αλλά πλημμελώς. Στην περίπτωση αυτή θα έπρεπε να είχαν προσβληθεί οι πλημμελείς αυτές πράξεις με ανακοπή κατά της κατασχετήριας έκθεσης, 45 ημέρες μετά την επίδοση της τελευταίας. Επομένως, αν το απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης επιδόθηκε εμπρόθεσμα αλλά δεν περιέχει όλα τα στοιχεία που απαιτεί ο νόμος (π.χ. δεν αναφέρει όλα τα βάρη), θα πρέπει ο οφειλέτης να ασκήσει ανακοπή μέσα σε 45 ημέρες από την επίδοση της κατασχετήριας έκθεσης (και τούτο μόνο αν αυτή η πλημμέλεια δεν μπορεί να διορθωθεί με την ανακοπή της ΚΠολΔ 954 παρ. 4). Αν, όμως, δεν έχει επιδοθεί στους προσημειούχους δανειστές, τότε ο πλειστηριασμός θα είναι άκυρος και θα μπορεί να ακυρωθεί κατόπιν άσκησης ανακοπής κατά του πλειστηριασμού (βλ. υπ' αριθμ. 936/2020 απόφαση του Αρείου Πάγου: «*Αν όμως δεν πρόκειται για ελάττωμα απλώς ή αταξία της προδικασίας του πλειστηριασμού, αλλά για παντελή έλλειψη όλων ή μιας των διατυπώσεων που τάσσει ο νόμος για τη διενέργειά του και παρά την έλλειψη αυτή ο πλειστηριασμός διενεργηθεί, τότε είναι άκυρος ανεξάρτητα από βλάβη και η ακυρότητά του κηρύσσεται ύστερα από ανακοπή οποιουδήποτε έχει έννομο συμφέρον μέσα στην προθεσμία του άρθρου 934 παρ.1γ` ΚΠολΔ, αφού πρόκειται για λόγο ακυρότητας του ίδιου*»).

του πλειστηριασμού και όχι διατυπώσεως της προδικασίας του, που ποτέ δεν έγινε (ΟΛΑΠ 3/2007). Τα ίδια, αναλόγως, ισχύουν και στην περίπτωση που όλες ή κάποιες από τις διατυπώσεις του πλειστηριασμού δεν παραλείφθηκαν, αλλά έγιναν εκπρόθεσμα ή με τρόπο που τις καθιστά δικονομικώς ανυπόστατες. Με ανυπαρξία επιδόσεως περιλήψεως της κατασχετήριας εκθέσεως ακινήτου εξομοιώνεται και η επίδοσή της σε κατοικία διαφορετική από την πραγματική κατοικία αυτού που αφορά ή επίδοση, αφού εξ αιτίας της εσφαλμένης αυτής επιδόσεως αυτός έχει άγνοια του επισπευδομένου πλειστηριασμού και μπορεί, αν διενεργηθεί, να τον προσβάλει, χωρίς άλλο, ως άκυρο μέσα στην προθεσμία του άρθρου 934 παρ.1γ' ΚΠολΔ, με ανακοπή στην οποία θα επικαλείται για το παραδεκτό της ότι ο επισπεύδων την εκτέλεση γνώριζε την πραγματική κατοικία του ή ότι ο ίδιος είχε έγκαιρα γνωστοποιήσει σ' αυτόν την τυχόν μεταβολή της (ΟΛΑΠ 3/2007, ΑΠ 477/2019, ΑΠ 1869/2017, ΑΠ 1081/2014, ΑΠ 8/2011»).

5. Ακυρότητες της ίδια της διαδικασίας του πλειστηριασμού

Πριν την πρόσφατη ψηφιοποίηση του πλειστηριασμού, που πλέον διενεργείται ηλεκτρονικά (η αρχή έγινε με το νόμο 4472/2017), η διαδικασία ήταν επιρρεπής σε διάφορες ακυρότητες. Πλέον η εμφιλοχώρηση τυπικών πλημμελειών καθίσταται αρκετά σπάνια έως πρακτικά ανέφικτη. Όπως χαρακτηριστικά έχει αναφέρει γνωστός θεωρητικός του δικαίου της αναγκαστικής εκτέλεσης, ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός αποτέλεσε το *requiem* των συχνότερα απαντώντων τυπικών ελαττωμάτων της διαδικασίας.

Σε κάθε περίπτωση, ακυρότητα του πλειστηριασμού μπορεί να επιφέρει και η μη τήρηση των διατάξεων για τη διεξαγωγή του ίδιου του πλειστηριασμού, με την απαραίτητη ωστόσο προϋπόθεση ότι πρέπει να συντρέχει και δικονομική βλάβη του αιτούντος (η παραβίαση δηλαδή των διατάξεων να έχει ως αποτέλεσμα την περιουσιακή του ζημία ή την στέρηση δικαιωμάτων του).

Άρα τυχόν ελλείψεις κατά τη διαδικασία της αναγγελίας λ.χ. του πλειστηριασμού στην πλατφόρμα *eauction* (ά. 5 ΥΑ 41756/2017), στις προπαρασκευαστικές πράξεις των πλειοδοτών (ά. 959 παρ. 5), στην καταβολή της εγγυοδοσίας από τους υποψήφιους πλειοδότες (βλ. ΕφΑθ 2653/2011: «Από την ανάγνωση της ως άνω εκθέσεως

πλειστηριασμού ... αποδεικνύεται ότι η εγγύηση καταβλήθηκε από τους δεύτερο και τρίτο των καθ' ων η ανακοπή (υπερθεματιστές) μετά την πλειοδοσία, μόνο ως εγγύηση για την εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους προς καταβολή του πλειστηριάσματος [...] Η βλάβη, που προέκυψε από την παραβίαση της εν λόγω διατάξεως, την οποία (βλάβη) επικαλείται κατά τρόπο σαφή και ορισμένο η ανακόπτουσα, είναι αυτονόητη και αυταπόδεικτη για αυτήν, αφού στην περίπτωση της μη καταβολής των εγγυήσεων πριν την έναρξη της πλειοδοσίας, η επί του πλειστηριασμού υπάλληλος όφειλε να ματαιώσει τον πλειστηριασμό, με συνέπεια να μην απολέσει η ανακόπτουσα το ακίνητό της...»), στη δημοσιοποίηση του καταλόγου των δικαιούμενων συμμετοχής (ά. 959 παρ. 6 ΚΠολΔ), στη διαδικασία (π.χ. ωράριο) του ίδιου του πλειστηριασμού μπορούν να καταστήσουν τον πλειστηριασμό άκυρο με τη συνδρομή και της αντίστοιχης δικονομικής βλάβης, ακυρότητα η οποία θα μπορεί να προβληθεί μόνο με την ανακοπή κατά του πλειστηριασμού. Ενδεικτικά, επομένως:

α) Στον πλειστηριασμό δεν μπορούν να πλειοδοτήσουν ο οφειλέτης, ο υπάλληλος του πλειστηριασμού και οι υπάλληλοί του (άρθρο 965 ΚΠολΔ). Άρα στην περίπτωση αυτή ο πλειστηριασμός κηρύσσεται άκυρος.

β) Μία από τις παραλείψεις, επίσης, που θα μπορούσε να θεμελιώσει ακυρότητα είναι και η έλλειψη δημοσιοποίησης καταλόγου συμμετεχόντων από τον υπάλληλο του πλειστηριασμού την προηγούμενη ημέρα του πλειστηριασμού (άρθρο 959 παρ. 6). Τούτο είναι σημαντικό για τον οφειλέτη για να μπορεί αφενός να ελέγξει τη νομιμότητα της διαδικασίας συμμετοχής, αφετέρου να γνωρίζει αν τίθεται κίνδυνος απώλειας του περιουσιακού του στοιχείου και άρα να φροντίσει τυχόν εξόφληση κατά το άρθρο 1002 ΚΠολΔ («Έως την κατακύρωση εκείνος κατά του οποίου στρέφεται η εκτέλεση έχει δικαίωμα να εξοφλήσει τις απαιτήσεις εκείνου υπέρ του οποίου γίνεται η εκτέλεση και των δανειστών που έχουν τίτλο εκτελεστό και αναγγέλθηκαν, καθώς και τα έξοδα και το τέλος χρήσης του ηλεκτρονικού συστήματος πλειστηριασμού. Στην περίπτωση αυτή ο πλειστηριασμός ματαιώνεται και αίρεται η κατάσχεση»). Όπως αναφέρει και εκπρόσωπος της θεωρίας: «Όπως αναφέρθηκε το προπαρασκευαστικό στάδιο των παρ. 5 και 6 του άρθρου 959 επιτρέπει στον οφειλέτη να έχει ασφαλέστερη εικόνα ως προς τις προοπτικές ή μη της πλειοδοσίας και ως εκ τούτου διευκολύνει την λήψη απόφασης για το

εάν θα κάνει ή δεν θα κάνει χρήση αυτή της ευχέρειας (εξόφλησης) και μέχρι την τελευταία στιγμή».

γ) Ελλιπής περιγραφή του ακινήτου με αναφορά σε λιγότερα τετραγωνικά μέτρα στην πλατφόρμα eaucution θα μπορούσε να επιφέρει ακυρότητα του πλειστηριασμού λόγω λ.χ. μειωμένου πλειοδοτικού ενδιαφέροντος και άρα στέρηση δικαιώματος του οφειλέτη να αναμένει υψηλότερο πλειστηρίασμα.

δ) Απόρριψη αίτησης συμμετοχής υποψηφίου πλειοδότη θα μπορούσε να να επιφέρει ακυρότητα του πλειστηριασμού λόγω λ.χ. μειωμένου πλειοδοτικού ενδιαφέροντος και άρα στέρηση δικαιώματος του οφειλέτη να αναμένει υψηλότερο πλειστηρίασμα. Στο ίδιο αποτέλεσμα οδηγούμαστε και σε περιπτώσεις δόλιας απομάκρυνσης πλειοδοτών, που όμως πλέον με την ηλεκτρονική διεξαγωγή δυσχερώς θα μπορούσαν να συντρίξουν.

Στις δύο τελευταίες περιπτώσεις, ωστόσο, για το ορισμένο της ανακοπής θα πρέπει να αναφέρει ο οφειλέτης τα ονόματα των συγκεκριμένων υποψήφιων πλειοδοτών που εμποδίστηκαν ή αποθαρρύνθηκαν να πλειοδοτήσουν εξ αιτίας των επίμαχων πλημμελειών για να ελέγξει το δικαστήριο και αν είχαν την ικανότητα, πρόθεση και οικονομική δυνατότητα συμμετοχής (βλ. και υπ' αριθμ. 282/2020 απόφαση του Αρείου Πάγου: «Περαιτέρω από τις διατάξεις των άρθρων 200, 281 και 288 του ΑΚ, (σε συνδυασμό με εκείνες των άρθρων 959, 963, 988 και 1005 του ΚΠολΔ) προκύπτει ότι, κάθε ενέργεια του δανειστή ή του υπερθεματιστή, η τρίτων που βρίσκονται σε συνεννόηση με τον υπερθεματιστή, η οποία παρεμποδίζει την πλειοδοσία και κατά συνέπεια την επιτυχία μεγαλύτερου εκπλειστηριασματος και ειδικότερα κάθε ενέργεια των ανωτέρω προσώπων που τείνει σε παρακώλυση του ελεύθερου συναγωνισμού με απομάκρυνση των πλειοδοτών προς τον σκοπό να κατακυρωθεί το πράγμα αντί κατωτέρου τιμήματος στον υπερθεματιστή είναι αντίθετη προς την καλή πίστη που διέπει την ελευθερία των συναλλαγών και ο πλειστηριασμός που διενεργείται με τέτοιες αθέμιτες πράξεις και ενέργειες είναι άκυρος. Για να απαγγελθεί όμως στην περίπτωση αυτή ακυρότητα, πρέπει ο επικαλούμενος αυτήν να καθορίζει στο δικόγραφο της ανακοπής και τα πρόσωπα, τα οποία προσήλθαν ή επρόκειτο να προσέλθουν κατά τη διενέργεια του πλειστηριασμού και τα οποία απομακρύνθηκαν ή εμποδίστηκαν να προσέλθουν συνεπεία δολίων ενεργειών του δανειστή ή του υπερθεματιστή, ώστε να μπορεί να ελεγχθεί η βασιμότητα

της τούτου. Σε αντίθετη περίπτωση υπάρχει αοριστία του δικογράφου της ανακοπής, η οποία δεν μπορεί να συμπληρωθεί με τις προτάσεις ή με παραπομπή σε άλλα έγγραφα ή με τις αποδείξεις (ΑΠ 1716/2011, ΑΠ 1343/2008, ΑΠ 147/2004»).

Μετά τον πλειστηριασμό ο αρμόδιος συμβολαιογράφος συντάσσει την έκθεση πλειστηριασμού, στην οποία αναφέρει όλη την διαδικαστική πορεία, τα ονόματα των συμμετεχόντων και του υπερθεματιστή και γενικά ό,τι διαδραματίστηκε καθ' όλη τη διάρκεια της διεξαγωγής του. **Θα πρέπει να επισημανθεί, ωστόσο, ότι η οιαδήποτε ελλιπής παράθεση ή παράλειψη αναφοράς ουσιωδών στοιχείων στην έκθεση του πλειστηριασμού από τον συντάξαντα συμβολαιογράφο επιφέρει ακυρότητα παρά μόνο με τη συνδρομή του στοιχείου της βλάβης, η οποία για τις περιπτώσεις αυτές είναι άκρως δυσχερές να στοιχειοθετηθεί.**

Εξάλλου, μετά τον πλειστηριασμό ο οφειλέτης θα πρέπει να λάβει γνώση του υπερθεματιστή ώστε να στρέψει εναντίον του την ανακοπή του. Όπως είχε αποτυπωθεί και στην υπ' αριθμ. 1846/2020 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας: «Ειδικώς ως προς το πρόσωπο και τα στοιχεία του υπερθεματιστή, καθώς και των λοιπών μετασχόντων υποψηφίων πλειοδοτών, ο οφειλέτης δεν έχει μεν τη δυνατότητα να αποκτήσει ηλεκτρονικώς πρόσβαση στα σχετικά στοιχεία, μέσω του συστήματος ΗΛ.ΣΥ. ΠΛΕΙΣ., δεδομένου ότι δεν γίνεται ηλεκτρονική καταχώρηση αυτών στο σύστημα. Κατά την έννοια, όμως, των οικείων διατάξεων, εφ' όσον τα ανωτέρω στοιχεία υποβάλλονται στον υπάλληλο του πλειστηριασμού, ο οφειλέτης μπορεί να απευθυνθεί σε αυτόν, προκειμένου να λάβει γνώση όλων των σχετικών στοιχείων. Εξάλλου, τα σχετικά με τη διαδικασία διενέργειας του πλειστηριασμού καταχωρούνται στην έκθεση πλειστηριασμού και κατακύρωσης, την οποία συντάσσει ο υπάλληλος του πλειστηριασμού (βλ. άρθρα 959παρ. 12, 965παρ. 2 και 934 παρ. 2 ΚΠολΔ) και της οποίας λαμβάνει γνώση ο οφειλέτης. Τούτο δε χάριν της διασφάλισης του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας του οφειλέτη, ο οποίος δύναται να ασκήσει ανακοπή...». **Επομένως το όνομα του υπερθεματιστή ο οφειλέτης μπορεί να το μάθει την επόμενη του πλειστηριασμού ημέρα και σε κάθε περίπτωση με την επίδοση της έκθεσης πλειστηριασμού.**

ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗΣ ΤΟΥ ΜΕΤΟΧΟΥ ΣΤΗΝ Α.Ε.

Γιώργος Κεφαλάς
ΜΔΕ mult., Msc.

Ιούνιος 2022

Ίσως το πιο σημαντικό δικαίωμα που παρέχεται στη μειοψηφία στο πλαίσιο του δικαίου της ανώνυμης εταιρείας είναι το δικαίωμα παροχής πληροφοριών. Το δικαίωμα αυτό διαρθρώνεται είτε ως ατομικό δικαίωμα κάθε μετόχου, είτε ως δικαίωμα της μικρής ή της μεγάλης μειοψηφίας, με αντίστοιχη διαφοροποίηση και των πληροφοριών που κάθε κατηγορία μπορεί να αιτηθεί. Οι χορηγούμενες πληροφορίες συμβάλλουν τόσο στην ορθότερη άσκηση του δικαιώματος ψήφου των μετόχων, αλλά παράλληλα διευκολύνουν και την άσκηση λοιπών δικαιωμάτων μειοψηφίας (όπως λ.χ. του αιτήματος έκτακτου ελέγχου), αλλά και την άσκηση της εταιρικής αγωγής.

1. Εισαγωγή

Ήδη σε προηγούμενο άρθρο μας (βλ. εδώ) αναφερθήκαμε στο δικαίωμα της μειοψηφίας της ανώνυμης εταιρείας (Α.Ε.) να ζητήσει από το δικαστήριο τον έκτακτο έλεγχο της εταιρείας για τους εκεί αναφερθέντες λόγους. Ένα άλλο δικαίωμα που συμβάλλει έμμεσα στον έλεγχο της εταιρικής διοίκησης από την μειοψηφία, αλλά και από κάθε μέτοχο, είναι το δικαίωμα ενημέρωσης που προβλέπεται στο άρθρο 141 του ν. 4548/2018. Το αντικείμενο του δικαιώματος αυτού διαφοροποιείται αναλόγως αν ασκείται από μεμονωμένο μέτοχο, από τη μικρή ή τη μεγάλη μειοψηφία, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα κατωτέρω. Μέσω δε του δικαιώματος αυτού μπορεί ο κάθε μέτοχος ή η μειοψηφία να λάβει γνώση για εταιρικά ζητήματα ενόψει πάντοτε της Γενικής Συνέλευσης (Γ.Σ.), ώστε, αφενός, να δύναται να ασκήσει ορθά το δικαίωμα ψήφου, και αφετέρου, να μπορεί να λάβει περαιτέρω μέτρα, σε περίπτωση που προκύπτουν αμφιβολίες ως προς τον τρόπο διοίκησης της εταιρείας από το Διοικητικό Συμβούλιο (Δ.Σ.).

2. Το δικαίωμα παροχής πληροφοριών

2.1 Το δικαίωμα ενημέρωσης ως ατομικό δικαίωμα κάθε μετόχου

Σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 6 του άρθρου 141 του ν. 4548/2018: «Υστερα από αίτηση οποιουδήποτε μετόχου, που υποβάλλεται στην εταιρεία πέντε (5) τουλάχιστον πλήρεις ημέρες πριν από τη γενική συνέλευση, το διοικητικό συμβούλιο υποχρεούται να παρέχει στη γενική συνέλευση τις αιτούμενες συγκεκριμένες πληροφορίες για τις υποθέσεις της εταιρείας, στο μέτρο που αυτές είναι σχετικές με τα θέματα της ημερήσιας διάταξης».

Κάθε μέτοχος, λοιπόν, της ανώνυμης εταιρείας, ακόμη και ο μέτοχος που δεν έχει δικαίωμα ψήφου, μπορεί να ζητήσει, με αίτηση που υποβάλλεται στην εταιρεία του-

λάχιστον πέντε πλήρεις ημέρες πριν από την (τακτική ή έκτακτη) Γ.Σ. την παροχή πληροφοριών σχετικά με υποθέσεις της εταιρείας, υπό την προϋπόθεση ότι οι πληροφορίες αυτές είναι σχετικές με τα θέματα της ημερήσιας διάταξης της Γ.Σ.. Δεν απαιτείται δε οι αιτούμενες πληροφορίες να τελούν σε άμεση σχέση με θέμα της ημερήσιας διάταξης, αλλά αρκεί να σχετίζονται και εμμέσως με αυτό. Σε περίπτωση δε επικαρπίας ή ενεχύρασης των μετοχών, το δικαίωμα αυτό γίνεται δεκτό ότι έχει και ο ενεχυρούχος δανειστής ή ο επικαρπωτής. Οι αιτούμενες δε πληροφορίες μπορούν να αφορούν είτε την τρέχουσα είτε και παρελθούσες εταιρικές χρήσεις, χωρίς καταρχήν κάποιον χρονικό περιορισμό.

Η αίτηση μπορεί να υποβληθεί εγγράφως ή και προφορικά στο αρμόδιο προς τούτο όργανο, ήτοι στον νόμιμο εκπρόσωπο της εταιρείας ή στο Δ.Σ. ως όργανο. Συνήθως, για αποδεικτικούς λόγους, θα προτιμάται ο έγγραφος τύπος και δη η επίδοση με δικαστικό επιμελητή του αιτήματος του μετόχου. Η αίτηση πρέπει να περιέλθει στην εταιρεία 5 τουλάχιστον πλήρεις ημέρες πριν από την αρχική Γ.Σ., ενώ σε περίπτωση αναβολής αυτής δεν χορηγείται νέο δικαίωμα ενημέρωσης στους μετόχους, καθώς η μετ' αναβολή Γ.Σ. αποτελεί συνέχεια της προηγούμενης. Δεν απαιτείται ο αιτών μέτοχος να αναφέρει στην αίτησή του για ποιο λόγο ζητάει τις πληροφορίες ούτε και να αιτιολογεί τη σχέση τους με τα θέματα της ημερήσιας διάταξης. **Πρέπει, όμως, με την αίτηση να ζητούνται συγκεκριμένες πληροφορίες, διαφορετικά το Δ.Σ. μπορεί νομίμως να αρνηθεί την παροχή γενικής φύσεως πληροφοριών.**

Αρμόδιο για την παροχή των πληροφοριών είναι το Δ.Σ., το οποίο οφείλει να τις παράσχει, καταρχήν προφορικά, ενώπιον της Γ.Σ., ακόμη και εάν ο αιτών μέτοχος δεν παρίσταται σε αυτή. Πάντως, ούτε ο μέτοχος ατομικά ούτε και η (μικρή ή μεγάλη) μειοψηφία έχουν δικαίωμα επίδειξης εγγράφων ή εξέτασης των βιβλίων και στοιχείων

της εταιρείας. Σκοπός του δικαιώματος αυτού δεν είναι μόνον η ενημέρωση του αιτούντος μετόχου, αλλά εν γένει της Γ.Σ., ενώ οι παρεχόμενες πληροφορίες μπορούν να συμβάλλουν στην άσκηση λοιπών δικαιωμάτων διοίκησης του μετόχου ή και της μειοψηφίας.

Οι πληροφορίες που παρέχει το Δ.Σ. σε εκπλήρωση της υποβολής σχετικού αιτήματος πρέπει να είναι πλήρεις, ακριβείς και αληθείς. Ρητώς, πάντως, αναφέρεται στη σχετική διάταξη του νόμου ότι «*υποχρέωση παροχής πληροφοριών δεν υφίσταται, όταν οι σχετικές πληροφορίες διατίθενται ήδη στο διαδικτυακό τόπο της εταιρείας, ιδίως με τη μορφή ερωτήσεων και απαντήσεων*». Ομοίως δεν θα υπάρχει υποχρέωση παροχής πληροφοριών και σχετικά με πληροφορίες που προκύπτουν από τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις.

2.2 Το δικαίωμα ενημέρωσης της μικρής μειοψηφίας

Στην ίδια διάταξη του νόμου προβλέπεται ότι «*με αίτηση μετόχων, που εκπροσωπούν το ένα εικοστό (1/20) του καταβεβλημένου κεφαλαίου, το διοικητικό συμβούλιο υποχρεούται να ανακοινώνει στη γενική συνέλευση, εφόσον είναι τακτική, τα ποσά που, κατά την τελευταία διετία, καταβλήθηκαν σε κάθε μέλος του διοικητικού συμβουλίου ή τους διευθυντές της εταιρείας, καθώς και κάθε παροχή προς τα πρόσωπα αυτά από οποιαδήποτε αιτία ή σύμβαση της εταιρείας με αυτούς*».

Όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω σχετικά με τον τρόπο άσκησης του ατομικού δικαιώματος ενημέρωσης ισχύουν και εν προκειμένω, με τη διαφορά ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση ο νόμος ορίζει ρητώς ότι το δικαίωμα της μικρής μειοψηφίας μπορεί να ασκηθεί μόνον πριν από την τακτική γενική συνέλευση.

Περαιτέρω, αντικείμενο της πληροφόρησης είναι, εν προκειμένω, τα ποσά που καταβλήθηκαν κατά την τελευταία διετία από την εταιρεία σε μέλη του Δ.Σ. ή και διευθυντές (καθώς και σε συγγενείς τους) από οποιαδήποτε αιτία. Οι πληροφορίες καταλαμβάνουν και ποσά που δόθηκαν σε μέλη προσωρινής διοίκησης ανώνυμης εταιρείας που διορίστηκαν κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 69 του Αστικού Κώδικα.

Η απάντηση του Δ.Σ. επί του εν λόγω αιτήματος, η οποία ομοίως ως άνω θα παρέχεται ενώπιον της Γ.Σ., πρέπει να είναι λεπτομερής, ήτοι να αναφέρονται όχι μόνον τα ποσά που δόθηκαν στα μέλη του Δ.Σ. και τους διευθυντές, αλλά και η αιτία τους και οι ειδικότερες συνθήκες των καταβολών αυτών.

Σε αμφότερες, πάντως, τις ως άνω περιπτώσεις (ήτοι τόσο του ατομικού δικαιώματος ενημέρωσης όσο και του δικαιώματος της μικρής μειοψηφίας), το Δ.Σ. μπορεί να αρνηθεί την παροχή των πληροφοριών είτε για τυπικούς λόγους (λ.χ. εκπρόθεσμη υποβολή του αιτήματος ή απεύθυνση της αίτησης σε άλλο όργανο και όχι στο Δ.Σ. της εταιρείας), αλλά και στην περίπτωση που κρίνει ότι συντρέχει αποχρών ουσιώδης λόγος, ο οποίος θα πρέπει να αναγραφεί στα πρακτικά της Γ.Σ..

2.3 Το δικαίωμα ενημέρωσης της μεγάλης μειοψηφίας

Η διάταξη του της παρ. 7 του ίδιου άρθρου 141 του ν. 4548/2018 προβλέπει ότι: «*Υστερα από αίτηση μετόχων, που εκπροσωπούν το ένα δέκατο (1/10) του καταβεβλημένου κεφαλαίου η οποία υποβάλλεται στην εταιρεία μέσα στην προθεσμία της παραγράφου 6, το διοικητικό συμβούλιο υποχρεούται να παρέχει στη γενική συνέλευση πληροφορίες για την πορεία των εταιρικών υποθέσεων και την περιουσιακή κατάσταση της εταιρείας*».

Το εν λόγω δικαίωμα, λοιπόν, που παρέχεται στη μειοψηφία του 1/10 του μετοχικού κεφαλαίου είναι κατά πολύ ευρύτερο και αφορά πληροφορίες για την πορεία των εταιρικών υποθέσεων και την περιουσιακή κατάσταση της εταιρείας. Εν προκειμένω, λοιπόν, δεν χρειάζεται οι αιτούμενες πληροφορίες να σχετίζονται με θέμα της ημερήσιας διάταξης ούτε και να είναι συγκεκριμένες.

Είναι δε προφανές ότι οι πληροφορίες που ζητούνται από τη μεγάλη μειοψηφία σχετικά με την πορεία των εταιρικών υποθέσεων και την περιουσιακή κατάσταση της εταιρείας δεν περιορίζονται στις πληροφορίες που αποτυπώνονται στις οικονομικές καταστάσεις της εταιρείας, αλλά περιλαμβάνουν περαιτέρω την αξιολόγηση των οικείων στοιχείων, την προσδοκώμενη εξέλιξή τους στο μέλλον, αλλά και τη σύγκρισή τους με στοιχεία προηγούμενων χρήσεων.

Κατά τα λοιπά, ισχύουν και για το δικαίωμα της μεγάλης μειοψηφίας όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω σχετικά με τον τρόπο άσκησης του δικαιώματος ενημέρωσης (πρέπει να υποβάλλεται στο αρμόδιο όργανο τουλάχιστον πέντε πλήρεις ημέρες πριν από τη Γ.Σ.) όσο και για τους λόγους άρνησης του Δ.Σ. προς παροχή των αιτούμενων πληροφοριών (ήτοι σε περίπτωση μη παραδεκτής υποβολής του αιτήματος ή εφόσον συντρέχει αποχρών ουσιώδης λόγος που δικαιολογεί την άρνηση παροχής των πληροφοριών).

3. Οι συνέπειες της αδικαιολόγητης άρνησης παροχής των αιτούμενων πληροφοριών

Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, το Δ.Σ. μπορεί να αρνηθεί την παροχή των αιτούμενων πληροφοριών, εφόσον συντρέχει αποχρών ουσιώδης λόγος που δικαιολογεί τη μη παροχή τους, οπότε και πρέπει ο λόγος να σημειώνεται στα πρακτικά της Γ.Σ., καθώς και όταν το αίτημα δεν έχει υποβληθεί παραδεκτά.

Στην περίπτωση αυτή, ο αιτών μέτοχος ή η αιτούσα μειοψηφία, των οποίων το αίτημα ενημέρωσης απορρίφθηκε, έχουν τις εξής δυνατότητες:

A) Εφόσον επιθυμούν την παροχή των πληροφοριών, μπορούν να προσφύγουν με τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων στο Μονομελές Πρωτοδικείο της έδρας της εταιρείας, το οποίο θα κρίνει το βάσιμο ή μη της άρνησης του Δ.Σ. να παρέχει τις αιτηθείσες πληροφορίες. Εφόσον το δικαστήριο κρίνει ότι το Δ.Σ. αναιτιολόγητα αρνείται την παροχή των πληροφοριών, υποχρεώνει την εταιρεία στην παροχή τους.

B) Μπορούν, επίσης, να προσφύγουν στο ίδιο ως άνω δικαστήριο εντός προθεσμίας τεσσάρων μηνών από τη λήψη της σχετικής απόφασης της Γ.Σ. και να ζητήσουν να κηρυχθεί αυτή άκυρη, εξαιτίας της αδικαιολόγητης μη παροχής από το Δ.Σ. των πληροφοριών που είχαν αιτη-

θεί. Αν το δικαστήριο κρίνει ότι πράγματι το Δ.Σ. αναιτιολόγητα αρνήθηκε την ενημέρωση του μετόχου, ακυρώνει την απόφαση που λήφθηκε στην αντίστοιχη Γ.Σ..

4. Αντί επιλόγου

Το δικαίωμα ενημέρωσης αποτελεί ίσως το πιο σημαντικό από τα δικαιώματα μειοψηφίας, καθώς μέσω αυτού ο μέτοχος μπορεί να αποκτήσει τις αναγκαίες πληροφορίες, προκειμένου, κατόπιν, να σχηματίσει και να εκφράσει ορθά τη βούλησή του ενώπιον της Γ.Σ. με το δικαίωμα ψήφου. Περαιτέρω, μέσω του δικαιώματος αυτού, η μειοψηφία, αλλά και κάθε μέτοχος, είναι σε θέση να ασκήσει ουσιαστικό έλεγχο στη διοίκηση της εταιρείας (η οποία θα διορίζεται από την πλειοψηφία) και να ασκήσει τυχόν περαιτέρω αξιώσεις του ιδίου ή της εταιρείας (π.χ. άσκηση δικαιώματος ελέγχου ή άσκηση εταιρικής αγωγής).

Εκείνο που έχει ιδιαίτερη σημασία είναι, αφενός, η ορθή άσκηση του δικαιώματος, είτε αυτό ασκείται ατομικά είτε από κάποια μειοψηφία, και αφετέρου, σε περίπτωση άρνησης του Δ.Σ. να παρέχει τις αιτηθείσες πληροφορίες, ο έλεγχος του κατά πόσον η άρνηση αυτή είναι δικαιολογημένη ή όχι.

Ο ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΕΤΑΙΡΟΥ ΣΤΗΝ ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ (ΙΚΕ)

Δάφνη Σφυρή
ΜΔΕ

Ιούνιος 2022

Η Ιδιωτική Κεφαλαιουχική Εταιρεία (ΙΚΕ), έχοντας πλέον συμπληρώσει δέκα έτη από την εισαγωγή της στο ελληνικό δίκαιο με τον Ν. 4072/2012, αδιαμφισβήτητα αποτελεί τον νέο πρωταγωνιστή των διαφόρων εταιρικών μορφωμάτων για τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις. Το παρόν άρθρο πραγματεύεται το πώς και το πότε μπορεί ένας εταίρος να αιτηθεί νομίμως τον αποκλεισμό ενός άλλου εταίρου από την ΙΚΕ στην οποία είναι αμφότεροι μέλη.

Η Ιδιωτική Κεφαλαιουχική Εταιρεία (ΙΚΕ), έχοντας πλέον συμπληρώσει δέκα έτη από την εισαγωγή της στο ελληνικό δίκαιο με τον Ν. 4072/2012, αδιαμφισβήτητα αποτελεί τον νέο πρωταγωνιστή των διαφόρων εταιρικών μορφωμάτων για τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις.

Εντούτοις, τόσο το (κατά το συνήθως συμβαίνουν) μικρό μέγεθος αυτής, όσο και οι στενές προσωπικές σχέσεις που αναπτύσσονται κατά τη λειτουργία της, έχουν ως αποτέλεσμα την αρκετά συχνή πρόκληση έριδων και συγκρουσιακών καταστάσεων, οι οποίες διαταράσσουν την εύρυθμη λειτουργία της εταιρείας και αρκετά συχνά απειλούν ακόμη και την απρόσκοπτη συνέχιση αυτής.

Το παρόν άρθρο πραγματεύεται το πώς και το πότε μπορεί ένας εταίρος να αιτηθεί νομίμως τον αποκλεισμό ενός άλλου εταίρου από την ΙΚΕ στην οποία είναι αμφότεροι μέλη.

Ο νομοθέτης ρύθμισε την ως άνω περίπτωση στο άρθρο 93 του Ν. 4072/2012: «Αν υπάρχει σπουδαίος λόγος, το δικαστήριο, μετά από αίτηση κάθε διαχειριστή ή εταίρου, μπορεί να αποκλείσει από την εταιρεία κάποιον εταίρο, αν υπήρξε γι' αυτό απόφαση των λοιπών εταίρων σύμφωνα με το άρθρο 72 παράγραφος 4. Η αίτηση πρέπει να υποβάλλεται μέσα σε εξήντα (60) ημέρες από τη λήψη της απόφασης των εταίρων. Το δικαστήριο μπορεί να εκδίδει προσωρινή διαταγή με την οποία διατάσσει τα αναγκαία ασφαλιστικά μέτρα, που μπορεί να περιλαμβάνουν προσωρινή αναστολή του δικαιώματος ψήφου του υπό αποκλεισμό εταίρου. Από την τελεσιδικία της απόφασης και την καταβολή στον αποκλειζόμενο της πλήρους αξίας των μεριδίων του, που προσδιορίζεται όπως ορίζεται στην παράγραφο 3 του προηγούμενου άρθρου, η εταιρεία συνεχίζεται μεταξύ των λοιπών εταίρων. Σε κάθε περίπτωση η εταιρεία μπορεί να αξιώσει αποζημίωση κατά το άρθρο 78 παράγραφος 4. Κατά τα λοιπά εφαρμόζεται αναλόγως η παράγραφος 4 του άρθρου 92».

Αρχικά, ας διευκρινισθεί ότι ένας εταίρος μπορεί να

αποκλεισθεί από την εταιρεία (ΙΚΕ) στην οποία είναι μέλος είτε αυτή βρίσκεται σε παραγωγική λειτουργία είτε βρίσκεται στο στάδιο της εκκαθάρισης. Θα πρέπει, όμως, για τον αποκλεισμό του να πληρούνται οι κάτωθι προϋποθέσεις:

1. Θα πρέπει, αρχικά, να κατατεθεί αίτηση αποκλεισμού του συγκεκριμένου εταίρου ενώπιον του κατά τόπο αρμόδιου Δικαστηρίου, ήτοι του Ειρηνοδικείου της έδρας της εταιρείας. Συνεπώς, δεν αρκεί η απλή απόφαση των λοιπών εταίρων να αιτηθούν τον αποκλεισμό ενός άλλου εταίρου, καθώς απαιτείται η προσφυγή τους στη Δικαιοσύνη.

2. Θα πρέπει κατά τη συζήτηση της αίτησης αποκλεισμού του εταίρου να υφίσταται σπουδαίος λόγος για τον οποίον (σπουδαίο λόγο) ζητείται ο αποκλεισμός του. Η ύπαρξη του σπουδαίου λόγου αποκλεισμού του εταίρου δεν αρκεί να υφίσταται μόνο κατά την κατάθεση της αίτησης αποκλεισμού του αλλά θα πρέπει να υφίσταται και κατά τη συζήτηση αυτής (ΑΠ 207/2019, 1085/2018, ΜΠρΧαλκιδ 43/2018, ΜΠρΘεσ 18918/2014).

Για την αόριστη νομική έννοια του σπουδαίου λόγου, που δικαιολογεί την πρόωγη λύση των διαρκών ενοχικών συμβάσεων και των εταιρικών μορφών, η νομολογία από κοινού με τη θεωρία διαμόρφωσε τον κανόνα ότι σπουδαίος λόγος υφίσταται όταν η συνέχιση της εταιρείας με τον υπό αποκλεισμό εταίρο είναι σε τέτοιο βαθμό δυσβάστακτη για λόγους αντικειμενικούς ή υποκειμενικούς και ενόψει της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, ώστε να κινδυνεύει η ομαλή λειτουργία της εταιρείας.

Εντούτοις, πρέπει να έχουμε πάντα κατά νου ότι η ύπαρξη ή μη σπουδαίου λόγου δεν μπορεί να κριθεί κατά τρόπο εντελώς αποκομμένο από τις ιδιαιτερότητες της συγκεκριμένης περίπτωσης. Κρίνεται, δηλαδή, από τον αρμόδιο Δικαστή ad hoc. Θα πρέπει κατά την εκτίμηση αυτή να αξιολογηθούν όλες οι συνοδευτικές περιστάσεις της κάθε περίπτωσης και να σταθμισθούν τα αντικρουόμενα

συμφέροντα μεταξύ της εταιρείας, του υπό αποκλεισμό εταίρου και των λοιπών εταίρων. Ειδικότερα, θα πρέπει να συνεκτιμηθούν: **Η θέση του υπό αποκλεισμού εταίρου, η επιρροή του, το είδος και το ύψος της εισφοράς του, ο τρόπος οργάνωσης της εταιρείας, ο κεφαλαιουχικός ή μη χαρακτήρας, σε συνδυασμό με το είδος και τη έκταση της εταιρικής συνεργασίας, η μονιμότητα του επικαλούμενου πραγματικού περιστατικού, η υπαιτιότητα του υπό αποκλεισμό εταίρου, οι συνέπειες της εξόδου για τον εταίρο και την εταιρεία.** Απώτατο όριο στην διακριτική ευχέρεια του δικαστή αποτελεί η προάσπιση της αρχής της έσχατης λύσης (ultima ratio). Με άλλα λόγια, καθίσταται απαραίτητο ο δικαστής, εάν διακρίνει ότι υπάρχει δυνατότητα εναλλακτικής επίλυσης του προβλήματος και της άρσης του αδιεξόδου που έχει δημιουργηθεί, να απορρίψει την αίτηση αποκλεισμού του εταίρου. Στην πραγματικότητα, ο δικαστής θα διερευνήσει, εάν το μέτρο του αποκλεισμού του συγκεκριμένου εταίρου είναι μέτρο, όχι μόνο πρόσφορο, αλλά και αναγκαίο για την εξυπηρέτηση και την προάσπιση των δικαιωμάτων των αιτούντων τον αποκλεισμό του.

Σύμφωνα δε, με την υπ' αρ. 473/2019 απόφαση Αρείου Πάγου: *«Ο σπουδαίος λόγος κρίνεται κατά τις περιστάσεις και σε συνάρτηση με τη γενικότερη οργάνωση της συγκεκριμένης εταιρίας, η οποία θα αποτελεί τον κύριο οδηγό για την εκτίμηση της σοβαρότητας της κατάστασης που δημιούργησε ο επικαλούμενος σπουδαίος λόγος, η συνδρομή ή μη του οποίου αξιολογείται με αντικειμενικά κριτήρια (παρ. βλ. ΑΠ 459/2011). Η ύπαρξή του θα πρέπει πάντως να έχει ιδιαίτερη βαρύτητα και σημαντικές επιπτώσεις στην ομαλή λειτουργία της εταιρίας. Αυτές οι επιπτώσεις είναι απαραίτητο να παρουσιάζουν το στοιχείο της μονιμότητας και να μην έχουν προσωρινό χαρακτήρα. Εξάλλου, ο σπουδαίος λόγος, πρέπει κατά βάση να αναφέρεται στις σχέσεις της εταιρίας και όχι στο πρόσωπο των εταίρων, εκτός αν στη συγκεκριμένη περίπτωση, τα προσωπικά στοιχεία παίζουν πρωτεύοντα ρόλο».*

Η οριοθέτηση αυτής της αόριστης νομικής έννοιας είναι ιδιαίτερος δυσχερής και εκ του λόγου αυτού παρατίθενται, εν συνεχεία, περιπτωσιολογικά παραδείγματα ύπαρξης σπουδαίου λόγου αποκλεισμού εταίρου:

α. Η αδυναμία εκπλήρωσης των εταιρικών υποχρεώσεων εκ μέρους του υπό αποκλεισμό εταίρου εξαιτίας ασθένειας, σωματικής ή ψυχικής. Σε κάθε περίπτωση η αδυναμία εκπλήρωσης των εταιρικών υποχρεώσεων πρέπει να είναι μόνιμη και όχι χρονικώς περιορισμένη.

β. Η αδυναμία εκπλήρωσης των εταιρικών υποχρεώσεων εξαιτίας συνταξιοδότησης, στράτευσης, μετοίκησης του υπό αποκλεισμό εταίρου.

γ. Η αδυναμία συνεννόησης μεταξύ των εταίρων με τον υπό αποκλεισμό εταίρο και η κατ' αποτέλεσμα αδυναμία λήψεως αποφάσεων και επίτευξης του εταιρικού σκοπού (υπ' αρ. 129/2020 απόφαση Μονομελούς Πρωτοδικείου Αργινίου).

δ. Η παραβίαση της υποχρέωσης πίστης και η διενέργεια ανταγωνιστικών πράξεων εκ μέρους του υπό αποκλεισμού εταίρου.

ε. Η διαχειριστική αδράνεια και αδιαφορία για τα εταιρικά δρώμενα εκ μέρους του υπό αποκλεισμού εταίρου.

στ. Ο κλονισμός των σχέσεων μεταξύ των εταίρων και οι διαρκείς έριδες και προστριβές (ΕφΑθ 9131/2005 ΔΕΕ 2006/388, ΕφΑθ 1715/2005 ΕΛΔ 2005/1726).

ζ. Η εκμετάλλευση και η κατάχρηση της εξουσίας εκ μέρους του υπό αποκλεισμό εταίρου.

η. Η παράβαση ουσιωδών εταιρικών υποχρεώσεων εκ μέρους του υπό αποκλεισμού εταίρου.

θ. Η μη καταβολή της εισφοράς.

ι. η διατάραξη των σχέσεων των εταίρων εξαιτίας διάσπασης του συζυγικού δεσμού μεταξύ τους (υπ' αρ. 731/2020 απόφαση ΜΠΑ).

Εν ολίγοις, θα εκτιμηθεί αν η συνέχιση της εταιρείας με τον υπό αποκλεισμό εταίρο καθίσταται δυσβάστακτη για τους λοιπούς εταίρους, ώστε να κινδυνεύει η εύρυθμη λειτουργία της. Στο σημείο αυτό ας αναφερθεί ότι ο υπό αποκλεισμό εταίρος έχει το δικαίωμα να αρνηθεί την ύπαρξη σπουδαίου λόγου αποκλεισμού του αλλά και να προβάλει ένσταση καταχρηστικής επίκλησης δικαιώματος, εφόσον πληρούνται οι κατά το νόμο προϋποθέσεις.

3. Απαιτείται απόφαση της Συνέλευσης των εταίρων για τον αποκλεισμό του εταίρου και κατάθεση σχετικής αίτησης στο αρμόδιο Δικαστήριο.

Αξίζει, δε, να σημειωθεί ότι ο υπό αποκλεισμός εταίρος δεν δικαιούται να συμμετάσχει και να ψηφίσει στην συνέλευση των εταίρων που αποφασίζει για το συγκεκριμένο ζήτημα ούτε θα υπολογιστεί το εταιρικό του μερίδιο για τον σχηματισμό απαρτίας και πλειοψηφίας.

Για παράδειγμα, έστω ότι στην Ιδιωτική Κεφαλαιουχική Εταιρεία με την επωνυμία (ΧΧΧ) έχουν εταιρικά μερίδια οι κάτωθι: ο Α με ποσοστό στο εταιρικό κεφάλαιο 60%, ο Β με ποσοστό στο εταιρικό κεφάλαιο 30% και ο Γ με ποσοστό στο εταιρικό κεφάλαιο 10%. Εφόσον, λοιπόν, οι Β και Γ συναποφασίσουν να αιτηθούν τον αποκλεισμό από την εταιρεία «ΧΧΧ» του εταίρου Α, μπορούν να λάβουν νομίμως τη σχετική απόφαση της Συνέλευσης των εταίρων έχοντας από κοινού μόλις το 40% των εταιρικών μεριδίων. Ο δε Α δεν δικαιούται να συμμετάσχει στη συνέλευση, πολλώ δε μάλλον να ψηφίσει σε αυτήν για τον αποκλεισμό του από την εταιρεία στην οποία είναι εταίρος.

4. Απαιτείται η έκδοση απόφασης και, μάλιστα, τελεσιδικής. Όπως έχει ήδη αναφερθεί ανωτέρω για την έκδοση απόφασης απαιτείται η κατάθεση σχετικής αίτησης ενώπιον του κατά τόπο αρμοδίου Ειρηνοδικείου, το οποίο θα δικάσει την υπόθεση κατά την εκούσια δικαιοδοσία. Η δε αίτηση πρέπει να κατατεθεί μέσα σε προθεσμία 60 ημερών από τότε που οι εταίροι έλαβαν τη σχετική απόφαση της Συνέλευσης των εταίρων.

Σε κάθε περίπτωση το δικαστήριο μπορεί μετά από ειδικό αίτημα να εκδώσει προσωρινή διαταγή με την οποία διατάσσεται το προσήκον ασφαλιστικό μέτρο παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας. Για παράδειγμα, το Δικαστήριο μπορεί να διατάξει - πριν κριθεί τελεσιδικά ο αποκλεισμός του εταίρου - τον αποκλεισμό του δικαιώματος ψήφου του υπό αποκλεισμού εταίρου σε συγκεκριμένου είδους αποφάσεις, ανάλογα με την προβληματική και τις ιδιαιτερότητες της κάθε περίπτωσης. Το Δικαστήριο μπορεί, επίσης, εφόσον τούτο προβλέπεται από το Καταστατικό της εταιρείας, να διατάξει την απόκτηση των εταιρικών μεριδίων από τρίτο πρόσωπο, το οποίο και θα υποδείξει η εταιρεία. Σε αντί-

θετη περίπτωση, η εταιρεία συνεχίζει με τους λοιπούς εταίρους.

Μετά, όμως, την τελεσιδικία της απόφασης που διατάσσει τον αποκλεισμό του εταίρου, το αποκλειόμενο από την εταιρεία πρόσωπο έχει αξίωση καταβολής της αξίας των εταιρικών του μεριδίων ανεξαρτήτως του λόγου για τον οποίο εκδιώχθηκε από την εταιρεία και την υπαιτιότητά του. Την αξία της εταιρικής συμμετοχής, είτε την συμφωνούν εταιρία και εξερχόμενος εταίρος, όπου τούτο είναι δυνατόν, είτε την προσδιορίζει το δικαστήριο. Κατά αυτόν τον τρόπο, οι δυσμενείς συνέπειες του αποκλεισμού, που επέρχονται στο πρόσωπο αποκλειόμενου εταίρου, «απαλύνονται» από την αξίωση για λήψη της αξίας της εταιρικής του συμμετοχής. Σημειώνεται, δε, ότι ενώ προϋπόθεση για την εκούσια έξοδο του εταίρου από την ΙΚΕ δεν είναι η καταβολή στον εταίρο της αξίας της συμμετοχής του κατά το άρθρο 92 παρ. 3 ν. 4072/2012 (εκτός αν υπάρχει αντίθετη καταστατική ρύθμιση), **προϋπόθεση του αποκλεισμού του από την εταιρεία είναι, αφενός η τελεσιδικία της δικαστικής απόφασης που διατάσσει την απομάκρυνση του εταίρου και αφετέρου η καταβολή στον αποκλειόμενο εταίρο της πλήρους αξίας των μεριδίων του, συνεπεία της οποίας ο εταίρος αποβάλλει την εταιρική ιδιότητα και η εταιρεία συνεχίζεται μεταξύ των λοιπών εταίρων (ΜΠρΘεσ 2215/2017 αδημ.).**

Τέλος, μετά τον αποκλεισμό του εταίρου θα βρει αναλογική εφαρμογή το άρθρο 92 § 4 του Ν 4072/2012. Δηλαδή, ο διαχειριστής ακυρώνει χωρίς καθυστέρηση τα μερίδια του αποκλεισθέντος και αναπροσαρμόζει το συνολικό αριθμό των εταιρικών μεριδίων με σχετική καταχώριση στο Γ.Ε.ΜΗ.. Εάν δε τα εταιρικά μερίδια αντιπροσωπεύουν κεφαλαιακές εισφορές, μειώνει και το κεφάλαιο της εταιρείας.

ΔΙΟΡΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΝΟΜΙΚΟΥ ΠΡΟΣΩΠΟΥ ΛΟΓΩ ΣΥΓΚΡΟΥΣΗΣ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΩΝ (ΑΚ 69)

Άντα Τσόγια
ΜΔΕ (mult.)

Ιούλιος 2022

Η ανάγκη ετεροκαθορισμού των προσώπων που διοικούν ένα νομικό πρόσωπο ανακύπτει για λόγους άλλοτε νομικούς κι άλλοτε πραγματικούς. Σε προηγούμενο σημείωμά μας αναδείξαμε ορισμένα εκ των σοβαρότερων ζητημάτων που ανακύπτουν στην πράξη στην περίπτωση διορισμού προσωρινής διοίκησης Ανώνυμης Εταιρείας, βάσει του άρθ. 69 του Αστικού Κώδικα (δες εδώ). Στο παρόν σημείωμα θα ασχοληθούμε με την ειδικότερη περίπτωση δικαστικού διορισμού προσωρινής διοίκησης λόγω σύγκρουσης των συμφερόντων των προσώπων της διοίκησης προς εκείνα του νομικού προσώπου.

1. Εισαγωγή

Η έλλειψη των διοικούντων ένα νομικό πρόσωπο δεν αποτελεί τη μοναδική περίπτωση που το νομικό πρόσωπο παραμένει ουσιαστικά ακέφαλο και συνεπώς, ανακύπτει η ανάγκη δικαστικής παρέμβασης για τον διορισμό των προσώπων που θα αναλάβουν την προσωρινή διοίκησή του. **Συχνά, συναντάται στην πράξη η περίπτωση, κατά την οποία οι διοικούντες έχουν συγκρουόμενα ή αντίθετα συμφέροντα με το ίδιο το νομικό πρόσωπο, με αποτέλεσμα να τίθεται υπό αμφισβήτηση η ανεξαρτησία τους κατά τη λήψη ορισμένων ή του συνόλου των αποφάσεών τους.**

2. Η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων του νομικού προσώπου και των προσώπων που το διοικούν

Ως «συμφέρον» ορίζεται το σύνολο των ωφελειών, αναγκών και επιδιώξεων, οικονομικής ή άλλης φύσεως, ενός προσώπου, φυσικού ή νομικού, στην προσπάθειά του για προσαρμογή, διατήρηση και επέκταση των κεκτημένων του εντός του κοινωνικού και οικονομικού περιβάλλοντος που δραστηριοποιείται. «Σύγκρουση συμφερόντων» εντοπίζεται σε περιπτώσεις που αφενός οι ανάγκες και οι επιδιώξεις των προσώπων αποκλίνουν ή αντιτίθενται και αφετέρου η ικανοποίηση ενός εκ των εκατέρωθεν συμφερόντων αποκλείει την πλήρη ή εν μέρει ικανοποίηση των αναγκών και επιδιώξεων του άλλου. Εν προκειμένω, εξετάζεται η περίπτωση που τα συμφέροντα των προσώπων που διοικούν το νομικό πρόσωπο αποκλίνουν ή αντιτίθενται προς το συμφέρον του ίδιου του νομικού προσώπου, κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να καθίσταται αδύνατη η πλήρης ικανοποίηση των εκατέρωθεν συμφερόντων.

Το συμφέρον του διοικούντος το νομικό πρόσωπο, το οποίο συγκρούεται με το συμφέρον του νομικού προσώπου, ενδέχεται να είναι «ίδιο» ή «αλλότριο», το οποίο

καταλογίζεται, όμως, στο εν λόγω πρόσωπο. Ως «ίδιο» συμφέρον ορίζεται το προσωπικό (άμεσο) συμφέρον (οικονομικό, ιδεολογικό, ηθικό ή άλλης φύσεως) του μέλους του διοικητικού οργάνου σε σχέση με μία συγκεκριμένη συναλλαγή του νομικού προσώπου (λ.χ. σύναψη συμβάσεως του μέλους του διοικητικού οργάνου με το νομικό πρόσωπο ή μονομερής δικαιοπραξία του διοικούντος απευθυντέα προς το νομικό πρόσωπο, συμμετοχή του μέλους σε λήψη αποφάσεως για τις απολαβές του κ.λπ.). «Αλλότριο» συμφέρον (τρίτου προσώπου) ενδέχεται να καταλογιστεί ως «ίδιο» σε ένα μέλος του διοικητικού οργάνου, εφόσον τα δύο πρόσωπα συνδέονται με κάποια έννομη σχέση, η οποία να δικαιολογεί αυτόν τον καταλογισμό. **Αυτό θα συμβαίνει σε περιπτώσεις που μία συναλλαγή του νομικού προσώπου αφορά άμεσα τα συμφέροντα ενός τρίτου προσώπου, όμως, το τρίτο πρόσωπο συνδέεται με ένα μέλος του διοικητικού οργάνου του νομικού προσώπου με σχέση επιρροής ή ελέγχου, βάσει της οποίας σχέσης η ωφέλεια από τη συναλλαγή αποκομίζεται τελικά από το μέλος του διοικητικού οργάνου (λ.χ. ύπαρξη οικογενειακού ή συγγενικού δεσμού ή συναλλαγή του νομικού προσώπου με ένα άλλο νομικό πρόσωπο, το οποίο ελέγχεται από το μέλος του διοικητικού οργάνου).**

Όσον αφορά στην περίπτωση διορισμού προσωρινού Δ.Σ. μιας Α.Ε. λόγω σύγκρουσης συμφερόντων, γίνεται δεκτό ότι συντρέχει τόσο σε περιπτώσεις, που βάσει συγκεκριμένων νομικών διατάξεων υπάρχει νομική αδυναμία του μέλους του Δ.Σ. ως προς τη συμμετοχή του στη λήψη ορισμένης απόφασης (λ.χ. άρθρα 66, 235 ΑΚ και άρθρα 10, 23α, 23 και 24 κν 2190/1920 πλέον άρθρα 19, 99-100, 98 και 109 ν. 4548/2018) όσο και σε κάθε άλλη περίπτωση, κατά την οποία οι τα μέλη του Δ.Σ. παραβαίνουν την υποχρέωση πίστης που υπέχουν έναντι της Α.Ε. (ΑΚ 288), είτε επιδιώκουν ίδιο είτε αλλότριο συμφέρον, αντίθετο προς εκείνο της Α.Ε. (βλ. ΑΠ 1392/2014 και ΑΠ 538/1998).

Αντίθετα, υποστηρίζεται ότι δεν υπάρχει σύγκρουση συμφερόντων σε περιπτώσεις που αποδίδεται στους διοικούντες παράβαση νόμων, αρνούνται να εκτελέσουν τα καθήκοντά τους (ενδεχομένως να υπάρχει στην περίπτωση αυτή έλλειψη διοίκησης, η οποία να δικαιολογεί τον δικαστικό διορισμό προσωρινής διοίκησης), προβαίνουν σε κακή ή πλημμελή διαχείριση, αρνούνται να ασκήσουν αγωγή κατά του κυριαρχούντος μετόχου και των μελών του διοικητικού οργάνου, καθώς και σε περιπτώσεις που τα συμφέροντά τους συγκρούονται με τα συμφέροντα ορισμένων μόνο μετόχων. Πράγματι, γίνεται ευρέως δεκτό ότι η ποιότητα και η αποτελεσματικότητα της διαχείρισης δεν μπορεί οδηγήσει σε κρίση περί της ύπαρξης περίπτωσης σύγκρουσης συμφερόντων, διότι αυτό θα είχε ως συνέπεια την διατύπωση κρίσης εκ μέρους του δικαστηρίου για την αποτελεσματικότητα και την εν γένει επιχειρηματική ορθότητα των αποφάσεων της διοίκησης του νομικού προσώπου.

3. Αιτία της σύγκρουσης συμφερόντων και κίνδυνοι

Η αιτία της σύγκρουσης συμφερόντων μεταξύ των διοικούντων ένα νομικό πρόσωπο και του ίδιου του νομικού προσώπου πηγάζει από το γεγονός ότι τα εν λόγω πρόσωπα (οι διοικητές) καλούνται να διαχειριστούν ξένες υποθέσεις, δηλαδή επωμίζονται με τη διοίκηση και διαχείριση του νομικού προσώπου. Τα πρόσωπα, όμως, αυτά εξακολουθούν να είναι φορείς και των δικών τους, προσωπικών συμφερόντων, παράλληλα με την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους ως διοικητών και την προαγωγή των συμφερόντων του νομικού προσώπου.

Η ως άνω συγκρουσιακή κατάσταση εγκυμονεί τον εξής σοβαρό κίνδυνο· κλονίζεται η ανεξαρτησία και η ακεραιότητα των προσώπων που, ενώ (οφείλουν να) γνωρίζουν ή δύναται να αντιληφθούν ότι τα συμφέροντά τους έρχονται σε σύγκρουση με τα συμφέροντα του νομικού προσώπου που διοικούν (Μαρίνος, ΔΕΕ 2017, 1167επ.), παράλληλα, καλούνται να λάβουν διοικητικής και διαχειριστικής φύσεως αποφάσεις για λογαριασμό του νομικού προσώπου, του οποίου τα συμφέροντα εμπλέκονται στη συγκεκριμένη περίπτωση. Ως εκ τούτου, οι διοικούντες το νομικό πρόσωπο κινδυνεύουν να αντιμετωπίσουν «ηθικό δίλημμα» και πράγματι να παραμελήσουν τα συμφέροντα του νομικού προσώπου ή ακόμη και να ζημιώσουν την περιουσία του, προκειμένου να επωφεληθούν οι ίδιοι. Σημειώνεται ότι η κατάφαση της σύγκρουσης συμφερόντων δεν προϋποθέτει την πρόκληση ή την

επέλευση ζημίας από την συγκεκριμένη συμπεριφορά του διοικούντος, αλλά αρκεί η δυνατότητα επέλευσης μιας αφηρημένης βλάβης, ενόψει μιας συγκεκριμένης απόφασης ή ενέργειας.

Ενδεικτικά, αναφέρονται ορισμένες περιπτώσεις που η συμπεριφοράς των διοικούντων κατατείνει στην άντληση προσωπικής τους ωφέλειας εις βάρος του συμφέροντος του νομικού προσώπου· **η κατάρτιση συναλλαγών μεταξύ των εταιρικών διοικητών και του εκπροσωπούμενου από αυτούς νομικού προσώπου (self - dealing), η εκμετάλλευση των επιχειρηματικών απορρήτων της εταιρείας προς ίδιον όφελος, η ανάπτυξη παράλληλης ανταγωνιστικής δραστηριότητας, η λήψη «προμήθειας» από τρίτους για την υλοποίηση συναλλαγών με την εταιρεία, η εκμετάλλευση των δικαιωμάτων πλειοψηφίας σε οικογενειακές Α.Ε., όπου συνήθως ο πλειοψηφών μέτοχος είναι και Πρόεδρος και Διευθύνων Σύμβουλος, για λήψη επωφελών αποφάσεων σχετικά με αυξήσεις μετοχικού κεφαλαίου και λήψη μερισμάτων κλπ.**

4. Κατηγορίες και χαρακτηριστικά της σύγκρουσης συμφερόντων

Η σύγκρουση συμφερόντων ενδέχεται να είναι καθολική (αναφέρεται στο σύνολο των συμφερόντων ή των μελών του διοικητικού οργάνου) ή μερική (αναφέρεται σε ορισμένα συμφέροντα ενός μέλους ή σε ορισμένα μόνο μέλη του διοικητικού οργάνου), διαρκής (στο πλαίσιο χρονικής σχέσης -λ.χ. ανάπτυξη ανταγωνιστικής δραστηριότητας, ύπαρξη παράλληλης σχέση δανειστή - οφειλέτη μεταξύ του μέλους διοίκησης και του νομικού προσώπου) ή παροδική (αφορά κάποια μεμονωμένη συναλλαγή -λ.χ. έγκριση προσωρινής αμοιβής, πώληση πράγματος), υφιστάμενη ή δυνητική (βάσει της συνήθους πορείας των πραγμάτων, πιθανολογείται ότι θα επέλθει), ουσιώδης ή απομακρυσμένη (κρίση αναφορικά με το αν το όφελος που προσδοκά να αποκομίσει το μέλος του διοικητικού οργάνου χαρακτηρίζεται από τέτοια ένταση, ώστε να ασκεί επιρροή στην ανεξάρτητη κρίση του κατά τον χειρισμό των υποθέσεων του νομικού προσώπου σε βάρος των συμφερόντων του τελευταίου), καθώς και φαινόμενη (η απόκλιση των εκατέρωθεν συμφερόντων είναι μεν φαινομενικά υπαρκτή, αλλά δεν είναι σοβαρή και πραγματική -λ.χ. η διενέργεια μίας απαγορευμένης συναλλαγής της εταιρείας με μέλος του οργάνου διοίκησής της, η οποία, όμως, εξυπηρετεί το εταιρικό συμφέρον).

5. Διορισμός προσωρινής διοίκησης σκοπός, εξουσίες των μελών της και λήξη της θητείας της

Σύμφωνα με το άρθρο 69 ΑΚ, στην περίπτωση της σύγκρουσης συμφερόντων, κατά τα ανωτέρω, όποιος έχει έννομο συμφέρον (λ.χ. μέτοχος, μέλος διοίκησης, τρίτο πρόσωπο) δικαιούται, κατόπιν υποβολής σχετικής αιτήσεως ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου της περιφέρειας, όπου έχει την έδρα της η εταιρεία, να προκαλέσει τον δικαστικό διορισμό προσωρινής διοίκησης του νομικού προσώπου, ο οποίος γίνεται με τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας κατ' άρθρο 786 ΚΠολΔ. Στην εν λόγω περίπτωση, μάλιστα, υποστηρίζεται ότι είναι υποχρεωτική η κλήτευση κατά τη συζήτηση των μελών της διοίκησης του νομικού προσώπου, ακόμη και αν δεν υπάρχει σχετική δικαστική διαταγή (βλ. ΕφΑθ 6998/2002).

Σκοπός της διάταξης του άρθρου 69 ΑΚ είναι η διάγνωση της πλασματικής ανυπαρξίας διοίκησης, λόγω της σύγκρουσης συμφερόντων των διοικούντων με τα συμφέροντα του νομικού προσώπου, χωρίς να, όμως, να παραγνωρίζεται η αυτονομία της βούλησης του αρμόδιου οργάνου του νομικού προσώπου για την εκλογή των διοικούντων, γι αυτό και τυγχάνει εξαιρετικής εφαρμογής. Ως εκ τούτου, διορισμός προσωρινής διοίκησης λόγω σύγκρουσης συμφερόντων επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένες πράξεις, αποφάσεις ή υποθέσεις και όχι εκ των προτέρων, επί τη βάσει σύγκρουσης συμφερόντος δυνάμενης υποθετικά να επέλθει. Η εν λόγω διάταξη, μάλιστα, καλείτε σε εφαρμογή σε περίπτωση που δεν προκρίνεται άλλη κατάλληλη λύση είτε από το νόμο είτε από το καταστατικό της εταιρείας (βλ. λ.χ. άρθρο 97 παρ. 3 του ν. 4548/2018, σύμφωνα με το οποίο επί σύγκρουσης συμφερόντων μελών του Δ.Σ. με εκείνα της Α.Ε. και ως εκ τούτου, αδυναμίας λήψης απόφασης από το Δ.Σ. επί των σχετικών θεμάτων, τα μέλη που απομένουν και δεν αντιμετωπίζουν πρόβλημα σύγκρουσης συμφερόντων, ανεξάρτητα από τον αριθμό τους, οφείλουν να προβούν σε σύγκληση Γ.Σ. για να λάβει αυτή συγκεκριμένη απόφαση επί του θέματος).

Η δικαστική απόφαση, με την οποία διορίζεται η προσωρινή διοίκηση, καταρχήν, καθορίζει και τις ειδικότερες εξουσίες της, άλλως (σε περίπτωση μη καθορισμού των εξουσιών από την ως άνω απόφαση) έχει όλες τις εξουσίες του τακτικού διοικητικού οργάνου, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο νόμο και στο καταστατικό του νομικού προσώπου. Ειδικότερα, στην περίπτωση διορισμού προσωρινής διοίκησης λόγω σύγκρουσης συμφερόντων,

συνήθως, οι εξουσίες της προσωρινής διοίκησης περιορίζονται από την δικαστική απόφαση διορισμού της στη λήψη συγκεκριμένης απόφασης ή στον χειρισμό συγκεκριμένης υποθέσεως, ενόψει της οποίας προέκυψε η σύγκρουση. **Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, το ίδιο νομικό πρόσωπο, συχνά, διοικείται από δύο διαφορετικά διοικητικά όργανα, με διακριτές, όμως, εξουσίες· αφενός το τακτικό (αιρετό) διοικητικό όργανο, το οποίο συνεχίζει να ασκεί την εν γένει διοίκηση και διαχείριση του νομικού προσώπου, σύμφωνα με το νόμο και το καταστατικό και αφετέρου το προσωρινό (δικαστικώς διορισμένο) διοικητικό όργανο, το οποίο ασκεί αποκλειστικά και μόνο τα καθήκοντα, που συνδέονται με την απόφαση ή την υπόθεση, για την οποία έχει διοριστεί από το αρμόδιο δικαστήριο.** Σημειώνεται ότι το δικαστικώς διορισθέν διοικητικό όργανο έχει αξίωση ενημέρωσης από το τακτικό διοικητικό όργανο.

Τέλος, η θητεία της προσωρινής διοίκησης παύει αυτοδικαίως, μόλις παύσει ο λόγος που προκάλεσε τον διορισμό της. Εν προκειμένω, δηλαδή, παύει στην περίπτωση που έπαυσε ο λόγος της σύγκρουσης συμφερόντων (λ.χ. παύση της ανταγωνιστικής προς το νομικό πρόσωπο δραστηριότητας από το μέλος του διοικητικού οργάνου). Σε κάθε περίπτωση, το αρμόδιο όργανο του νομικού προσώπου διατηρεί το δικαίωμά του να προβεί σε εκλογή νέας διοίκησης, σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και του καταστατικού.

6. Περιπτώσιολογία - Ενδεικτική Νομολογία

Α. Περιπτώσεις όπου κρίθηκε ότι συντρέχει σύγκρουση συμφερόντων

- **ΜονΕφΘεσ 2056/2019:** Ανακύπτει σύγκρουση συμφερόντων λόγω διεξαγωγής ποινικής δίκης μεταξύ της Α.Ε. και των μελών του Δ.Σ., καθότι τα διοικούντα πρόσωπα έχουν ίδιο συμφέρον κατά τη διεξαγωγή της δίκης, αντίθετο προς του νομικού προσώπου, που εκπροσωπούν και για το οποίο κωλύονται να ασκήσουν τα καθήκοντά τους. Η νέα προσωρινή διοίκηση επιφορτίζεται αποκλειστικά με την εκπροσώπηση του νομικού προσώπου στην ποινική διαδικασία που εκκρεμεί.

- **ΠολΠρωΘεσ 2229/2019:** Σύγκρουση συμφερόντων λόγω σύμπτωσης στο ίδιο πρόσωπο της ιδιότητας του ενάγοντος μετόχου και του νομίμου εκπροσώπου της εναγομένης Α.Ε. σε δίκη για λύση της εταιρείας με δικαστική απόφαση μετά από αίτηση μετόχου ή μετόχων

που εκπροσωπούν το 1/3 του καταβεβλημένου μετοχικού κεφαλαίου λόγω υπέρξεως σπουδαίου λόγου, που κατά τρόπο προφανή και μόνιμο καθιστά τη συνέχιση της εταιρείας αδύνατη.

• **ΜονΠρωτΘεσ 4345/2019:** Ύπαρξη διπλής σύγκρουσης συμφερόντων σε περίπτωση δίκης για την αναγνώριση του ανυποστάτου αποφάσεων της Γ.Σ. και του Δ.Σ. Α.Ε.. Ειδικότερα, οι ενάγοντες στην κύρια δίκη, κατά το χρόνο άσκησης της αγωγής και της αίτησης για διορισμό προσωρινής διοίκησης, είχαν και την ιδιότητα των μελών του (δικαστικά διορισθέντος) προσωρινού Δ.Σ. της Α.Ε. Περαιτέρω, η πρόεδρος και διευθύνουσα σύμβουλος, στην οποία ανατέθηκε, ως υποκατάστατο όργανο, η δικαστική εκπροσώπηση της εταιρείας, συνδεόταν με τους ενάγοντες-μέλη του (δικαστικά διορισθέντος) Δ.Σ. με συγγενική σχέση (περίπτωση έμμεσης - υποκρυπτόμενης σύγκρουσης συμφερόντων).

• **ΠολΠρωτΘεσ 2726/2017:** Έκρινε ότι υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων επί διεξαγωγής δίκης για την αναγνώριση της ακυρότητας απόφασης Γ.Σ. της Α.Ε., όταν την αγωγή ασκεί μέλος Δ.Σ., το οποίο ταυτόχρονα φέρει την ιδιότητα του υποκατάστατου οργάνου με εξουσία δικαστικής εκπροσώπησης της εταιρείας (στην ουσία ο ενάγων είναι ταυτόχρονα εκπρόσωπος του εναγομένου).

• **ΑΠ 538/1998:** Υπάρχει σύγκρουση συμφερόντων σε περίπτωση διαρκούς διαφωνίας και κακοβουλίας των διαχειριστών Ε.Π.Ε., η οποία εκδηλώνεται με τη μορφή «στείρας άρνησης» και με «συνεχείς, μόνιμες και αξεπέραστες διαφωνίες» (επί της ουσίας αδράνεια και γενική άρνησης εκτέλεσης των καθηκόντων διοίκησης).

Β. Περιπτώσεις όπου κρίθηκε ότι δεν συντρέχει σύγκρουση συμφερόντων

• **ΜονΕφαΙγαίου 84/2020:** Δεν συντρέχει περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων όταν η δράση της διοίκησης της Α.Ε. προσκρούει στα ατομικά συμφέροντα των μετόχων ή στις απόψεις τους για την προώθηση των εταιρικών σκοπών ή επί άρνηση παροχής λογοδοσίας για τις εταιρικές υποθέσεις.

• **ΜονΠρωτΠειρ 1180/2018:** Έκρινε ότι δεν συντρέχει σύγκρουση συμφερόντων (ούτε παράβαση της υποχρέωσης πίστης των διοικούντων) όταν η διοίκηση της ναυτικής εταιρείας έχει διαφορά απόψεων σε σχέση με τη συνέλευση των μετόχων ως προς τα μέσα για την επι-

δίωξη ενός επιχειρηματικού στόχου ή διαφορές ως προς τη σκοπιμότητα μιας επιχειρηματικής ενέργειας.

• **ΕιρΒασιλικών 14/2014:** Δεν δέχθηκε εφαρμογή του άρθρου ΑΚ 69 σε περίπτωση αίτησης μέλους Δ.Σ. για διορισμό προσωρινής διοίκησης Α.Ε. λόγω σύγκρουσης συμφερόντων προς διεξαγωγή δίκης με αντικείμενο εταιρική αγωγή κατά του μέλους του Δ.Σ. της Α.Ε., διότι προβλέπεται ο διορισμός ειδικών εκπροσώπων προς διεξαγωγή της δίκης στην παρ. 3 του άρθρου 22β κν 2190/1920 (πλέον 104-105 ν. 4548/2018) καθώς και διότι η διάταξη του άρθρου ΑΚ 69 τυγχάνει εξαιρετικής εφαρμογής, διότι ο διορισμός προσωρινής διοίκησης από το δικαστήριο θίγει την συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αυτοδιοίκησης του νομικού προσώπου.

• **ΑΠ 765/2005:** Δέχεται εμμέσως ότι το γεγονός της συμμετοχής των ίδιων προσώπων στην διοίκηση των εταιρειών-μελών ομίλου δεν συνιστά από μόνο του σύγκρουση συμφερόντων, έστω κι αν σε συγκεκριμένη περίπτωση προτιμώνται τα συμφέροντα της εξουσιάζουσας εταιρείας, εφόσον οι διοικούντες κινούνται βάσει διαφορετικών επιχειρηματικών απόψεων και προτεραιοτήτων.

• **ΕφΘεσ 91/9/2004:** Δεν συντρέχει σύγκρουση συμφερόντων με τη μορφή της διενέργειας ανταγωνιστικών πράξεων από τα διοικούντα πρόσωπα, στην περίπτωση της κακής διαχείρισης των υποθέσεων της εταιρείας ή όταν, προκειμένου για Α.Ε., μέτοχοι που αποτελούν την μειοψηφία αποδίδουν στα μέλη του Δ.Σ. παράβαση των νόμων ή κακή διαχείριση των οικονομικών ή άρνηση επιβαλλόμενης ενέργειας ή άρνηση να λογοδοτήσουν ατομικά προς αυτούς ή όταν υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων μεταξύ των μετόχων, ή όταν πρόκειται για διενέξεις που έχουν αναφύει μεταξύ τους.

7. Αντί επιλόγου

Συμπερασματικά, στην περίπτωση του διορισμού προσωρινής διοίκησης λόγω σύγκρουσης συμφερόντων (ΑΚ 69), το δικαστήριο καλείται να οριοθετήσει και να αντιμετωπίσει ρυθμιστικά μία κατάσταση, όπου η διοίκηση του νομικού προσώπου, παρότι υπαρκτή και λειτουργούσα, αδυνατεί κατ' ουσία να ανταποκριθεί προσηκόντως στις αρμοδιότητες που της έχουν ανατεθεί, διότι τα προσωπικά συμφέροντα ενός ή περισσότερων μελών της, αναφορικά με ένα ή περισσότερα ζητήματα, έρχονται σε σύγκρουση με το συμφέρον του ίδιου του νομικού προσώπου, το οποίο καλούνται να διοικήσουν.

Η ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΣΕ ΒΑΡΟΣ ΞΕΝΟΔΟΧΕΙΑΚΩΝ ΜΟΝΑΔΩΝ: ΟΙ ΠΡΑΚΤΙΚΕΣ ΤΩΝ ΔΑΝΕΙΣΤΩΝ

Γιώργος Ψαράκης
ΜΔΕ, LL.M., PgCert

Σεπτέμβριος 2022
(αναδημοσίευση από capital.gr)

Άρθρο που σταχυολογεί την παλέτα των επιθετικών ενεργειών των δανειστών σε βάρος περιουσίας ξενοδοχειακών μονάδων βάσει της μέχρι σήμερα πρακτικής.

Στην Ελλάδα, της σχετικά αναπτυγμένης τουριστικής βιομηχανίας, υπάρχουν εκατοντάδες ξενοδοχειακές μονάδες οι οποίες και προσπαθούν να επιβιώσουν από τα διάφορα κύματα είτε της πρόσφατης οικονομικής κρίσης, είτε της πανδημίας, είτε των συνεπειών του πληθωρισμού. Οι ελληνικές ξενοδοχειακές μονάδες αποτελούνται, σε ένα μεγάλο μέρος τους, από κατασκευές και εγκαταστάσεις οι οποίες γίνανε πραγματικότητα με τη βοήθεια τραπεζικής χρηματοδότησης. Οι επιχειρηματίες άλλοτε λαμβάνανε τραπεζικό δανεισμό (με τη μορφή μακροπρόθεσμων δανειακών συμβάσεων, ομολογιακών δανείων κτλ.) και άλλοτε μισθώνανε τη ξενοδοχειακή μονάδα με χρήση του θεσμού της χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing). **Ποιοι είναι, όμως, οι κίνδυνοι που αντιμετωπίζουν όταν έρχονται αντιμέτωποι με τα πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα; και ποια είναι τα μέσα των τραπεζών, και πλέον των Servicers, για την αναγκαστική είσπραξη των οφειλομένων από τις ξενοδοχειακές μονάδες;**

1. Αναγκαστική Κατάσχεση και Πλειστηριασμός

Η αναγκαστική κατάσχεση είναι το πιο σύνηθες μέσο στην αναγκαστική είσπραξη οφειλομένων. Η τράπεζα, αφού προχωρήσει σε καταγγελία του δανείου κοκ, δίνει εντολή για αναγκαστική κατάσχεση της ακίνητης περιουσίας της εταιρείας, η οποία αποτελείται από τις ξενοδοχειακές εγκαταστάσεις. Λαμβάνει χώρα άρα η δέσμευση του ακινήτου/των ακινήτων και κατόπιν μέσα σε 7-8 μήνες προγραμματίζεται να διενεργηθεί ο πλειστηριασμός. Επειδή οι αξίες είναι σχετικά υψηλές, δεν είναι, συνήθως, εύκολο να βρεθεί υπερθεματιστής στον αρχικό πλειστηριασμό, ιδίως από 1/1/2022 που ισχύει η αυτόματη μείωση της τιμής πρώτης προσφοράς στο 80% της αρχικής μετά το άγονο των δύο πρώτων πλειστηριασμών. **Πιθανόν, μάλιστα, οι υποψήφιοι πλειοδότες να αναμένουν τη μείωση της τιμής της πρώτης προσφοράς στο 65% της αρχικής, η οποία και θα επέλθει στον 4ο κατά σειρά πλειστηριασμό, εφόσον οι 3 προηγούμενοι είναι άγονοι. Οι υποψήφιοι πλειοδότες, εξάλλου, είναι επιφυλακτικοί στο να προχωρούν σε υψηλές προσφορές στο πλαίσιο ενός πλειστηριασμού, για τον λόγο ότι**

σκοπεύουν να αποκτήσουν την κυριότητα μιας ξενοδοχειακής μονάδας για την οποία δεν είναι σε θέση να γνωρίζουν πολλά (εφόσον ο οφειλέτης δεν έχει λόγο να είναι συνεργάσιμος και να παρέχει πληροφορίες). Δεν γνωρίζουν δηλ. περί τυχόν ύπαρξης αυθαίρετων κατασκευών, περί τυχόν ύπαρξης των απαραίτητων προϋποθέσεων για λήξη ή διατήρηση της αδείας κτλ.

Επίσης, στο πλαίσιο ενός πλειστηριασμού, η πρώτη κίνηση των οφειλετών (εκτός των λοιπών ένδικων βοηθημάτων που έχουν στη φαρέτρα τους, όπως λ.χ. ανακοπές κατά διαταγών πληρωμής, κατασχετήριων εκθέσεων κτλ.) είναι να ασκήσουν την ανακοπή διόρθωσης τιμής, δηλ. ένα ένδικο βοήθημα με το οποίο υποστηρίζουν, με απλά λόγια, ότι η τιμή πρώτης προσφοράς πρέπει να καθοριστεί υψηλότερα από αυτή που έχει ορίσει ο δικαστικός επιμελητής με τη συνδρομή εκτιμητή (από το Μητρώο Πιστοποιημένων Εκτιμητών του Υπουργείου Οικονομικών). Κι επειδή οι μέθοδοι εκτίμησης ενός ακινήτου ποικίλουν, όπως επίσης και τα συγκριτικά στοιχεία των οποίων γίνεται χρήση, είναι σχετικά εύκολο να υποστηριχθεί βασίμως η εφαρμογή μιας διαφορετικής μεθόδου που θα καταλήγει σε ένα διαφορετικό αποτέλεσμα (όπως επίσης, και να υποστηριχθεί ένα σχετικά διαφορετικό αποτέλεσμα στο πλαίσιο της ίδιας μεθόδου). **Για παράδειγμα στα ξενοδοχεία που είναι σε λειτουργία, συνήθως, γίνεται χρήση της μεθόδου «κεφαλαιοποίησης εισοδημάτων» που απορρέουν από τη λειτουργία ενός ξενοδοχείου, υποθέτοντας μια αποδοτική και αποτελεσματική διαχείριση και λειτουργία (βλ. και μέθοδο «αποσβεσμένου κόστους», μέθοδο «κόστους αντικατάστασης» κοκ).** Χαρακτηριστική είναι η υπ' αριθμ. 84/2021 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ναυπλίου, η οποία και αφορά σε διόρθωση τιμής πρώτης προσφοράς πλειστηριασμού ξενοδοχειακής μονάδας: «Προκειμένου να γίνει αυτό δεν μπορεί να παραβλεφθεί ότι η ευρέως χρησιμοποιούμενη μέθοδος, για την κρινόμενη περίπτωση, είναι αυτή των ταμειακών ροών, όπως συνάγεται απ' την πλειοψηφία των εκθέσεων, μεταξύ των οποίων και από την ως άνω υπό στοιχείο έκθεση, η οποία είχε συνταχθεί με εντολή της Α ανακόπτουσας, μετά από αίτηση της

οποίας εφαρμόστηκε επιπλέον και η μέθοδος του αποσβεσμένου κόστους, όπως έχει ρητώς επισημανθεί σε αυτήν. Όμως, δεδομένων των αποκλίσεων σε σχέση με την αυτοτελή αξία του ακινήτου και των κτιριακών εγκαταστάσεών του, οι οποίες αδιαμφισβήτητα είναι εξαιρετικά ιδιαίτερες, κρίνεται ότι δεν μπορεί να παραβλεφθεί η τελευταία στον συνυπολογισμό και, προς τούτο, η τελική αξία θα πρέπει να πιθανολογηθεί από το Δικαστήριο από συνδυασμό των ανωτέρω αποτελεσμάτων και να οριστεί στο ποσό των δέκα πέντε εκατομμυρίων ευρώ 15.000.000€».

Αυτή τη στιγμή είναι προγραμματισμένοι να λάβουν χώρα 50 περίπου πλειστηριασμοί ξενοδοχειακών μονάδων σε όλη την Ελλάδα, με τιμές πρώτης προσφοράς που φτάνουν μέχρι και τα 4,5 εκατομμύρια ευρώ.

2. Εφαρμογή Νόμου Δένδια (ν. 4307/2014)

Πριν λίγα χρόνια (ιδιαίτερα μεταξύ 2016-2019), και πριν τη θέση σε ισχύ του νέου Πτωχευτικού Κώδικα του 2020, εκτενής εφαρμογή είχε γίνει του λεγόμενου «νόμου Δένδια» (νόμος 4307/2014) για την απομάκρυνση ξενοδοχειακών επιχειρήσεων από τα χέρια των μετόχων τους. Σε περιφερειακά δικαστήρια, ωστόσο, δεν είχε τύχει τόσο επιτυχούς εφαρμογής ο εν λόγω νόμος, λόγω μάλλον ιδιαίτερης αντιμετώπισης των εκεί περιπτώσεων από τις τοπικές δικαστικές αρχές. Τελικά ο νόμος καταργήθηκε με το νέο Πτωχευτικό Κώδικα και πλέον δεν είναι δυνατή η χρήση του.

Η διαδικασία αν και τιλοφορούνταν «ειδική διαχείριση», στην ουσία αποτελούσε διαδικασία εκποίησης, εκκαθάρισης, του ενεργητικού της περιουσίας της επιχείρησης. Ο φορέας της επιχείρησης έχανε το ενεργητικό του, έμενε ένα άδειο «κουφάρι», ενώ η ίδια η επιχείρηση πέρναγε στα χέρια άλλου φορέα μέσω δημόσιου πλειοδοτικού διαγωνισμού. Στον τελευταίο δεν υπήρχε τιμή πρώτης προσφοράς (άρα minimum ποσό πλειοδοσίας) και ο διαχειριστής δεν δικαιούταν να κηρύξει άγονο τον διαγωνισμό σε περίπτωση που δεν κρινόντουσαν συμφέρουσες οι προσφορές. Επομένως, χάριν της ταχύτητας της διαδικασίας, η επιχείρηση μπορούσε να εκποιηθεί και σε χαμηλότερη της τρέχουσας αξίας, το οποίο όμως μπορούσε να είναι επωφελές για το πιστωτικό ίδρυμα σε όρους παρούσας αξίας.

Ο εν λόγω νόμος έδινε, με απλά λόγια, τη δυνατότητα στα πιστωτικά ιδρύματα, μέσα σε λίγους μήνες, να πάρουν τις ξενοδοχειακές επιχειρήσεις από τα χέρια των

μετόχων/εταίρων τους και να τις πουλήσουν σε τρίτους φορείς, λαμβάνοντας εκείνες μέρος ή το σύνολο των οφειλομένων. Επρόκειτο, πράγματι, για ένα «υπερόπλο» στα χέρια των δανειστών.

3. Αναγκαστική Εκτέλεση και Αποβολή Μισθωμένου βάσει Σύμβασης Leasing Ξενοδοχείου

Η περίπτωση αυτή αφορά σε ξενοδοχειακές μονάδες που δεν ανήκουν στον φορέα που τις διαχειρίζεται αλλά έχουν μισθωθεί σε αυτόν από μια εταιρεία χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing). Εκεί οι εταιρείες leasing, σε περίπτωση καθυστέρησης καταβολής δόσεων, προχωρούν σε καταγγελία της σύμβασης και μεταβαίνουν μέσα σε λίγες ημέρες με δικαστικό επιμελητή στις εγκαταστάσεις του ξενοδοχείου ώστε να αποβάλλουν το μισθωτή από αυτό (με βάση το συμβολαιογραφικό έγγραφο χρηματοδοτικής μίσθωσης που αποτελεί τίτλο εκτελεστό). Τα θέματα που ενδέχεται να τεθούν στην περίπτωση αυτή στο πλαίσιο δικαστικής διαμάχης, αφορούν κυρίως σε ακυρότητες της εκτελεστικής διαδικασίας (ακυρότητες της επιταγής προς εκτέλεση κοκ) και σε τυχόν ακυρότητες της καταγγελίας της σύμβασης leasing (καταχρηστικότητα κυρίως). **Η επιχείρηση αμύνεται στο πλαίσιο άσκησης αίτησης λήψης ασφαλιστικών μέτρων ώστε να «παγώσει» τη διαδικασία της αποβολής και, επειδή τα ζητήματα αυτά καθυστερούν να κριθούν τελεσίδικα από τα δικαστήρια, πιθανή είναι η προσωρινή απαγόρευση αποβολής με όρο την καταβολή ορισμένου χρηματικού ποσού είτε ως εγγυοδοσία είτε απευθείας στο δανειστή** (βλ. λ.χ. υπ' αριθμ. 3973/2022 απόφαση του Πρωτοδικείου Αθηνών όπου έκρινε τα εξής: «Επίσης πιθανολογήθηκε ότι η αιτούσα θα υποστεί ανεπανόρθωτη βλάβη αν συνεχιστεί η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης, αφού η έξωσή της από το μίσθιο ακίνητο θα επιφέρει την οικονομική καταστροφή της, δεδομένου μάλιστα, ότι διανύουμε ήδη την καλοκαιρινή τουριστική περίοδο. Από τα παραπάνω πραγματικά περιστατικά, που γίνονται δεκτά, πιθανολογείται ότι συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις για να ανασταλεί η αναγκαστική εκτέλεση της από 21-3-2022 επιταγής προς πληρωμή που ζητείται υπό τον όρο καταβολής στην καθ' ης 100.000 ευρώ εκ μέρους της αιτούσας...»).

4. Ελεύθερη πώληση πριν τον πλειστηριασμό βάσει άρθρου 998 παρ. 6 ΚΠολΔ

Βάσει του άρθρου 998 παρ. 6 του Κώδικα Πολιτικής Δικο-

νομίας, είναι δυνατή η ελεύθερη πώληση του κατασχεθέντος ακινήτου μετά από αίτηση του οφειλέτη προς το δικαστήριο, το οποίο και επιτρέπει αυτή με συγκεκριμένο τίμημα και πριν τη διεξαγωγή του πλειστηριασμού. Με άλλα λόγια, ενώ έχει ήδη κατασχεθεί το ακίνητο, η τράπεζα (ή ο servicer κτλ.) μαζί με τον οφειλέτη, αποφασίζουν από κοινού να πωληθεί η ξενοδοχειακή μονάδα πριν τον πλειστηριασμό με τη διαδικασία της εν λόγω διάταξης χωρίς διεξαγωγή πλειοδοτικού διαγωνισμού μέσω του E-auction.gr. Η λύση αυτή είναι, ενίοτε, προτιμητέα για την τράπεζα καθότι υπάρχει χώρος να γίνει νομικός και τεχνικός έλεγχος του ακινήτου (due diligence) από τον υποψήφιο αγοραστή πριν την ελεύθερη πώλησή του και, επίσης, δεν τίθενται τα εμπόδια περί ύπαρξης ενημεροτήτων (ασφαλιστικών, φορολογικών), ανυπαρξίας αυθαίρετων κατασκευών και ευθύνης αγοραστή (βάσει άρθρων 479, 939 ΑΚ) που υφίστανται στην συναινετική πώληση εκτός του άρθρου 998 ΚΠολΔ. Η εν λόγω διαδικασία (σε συνδυασμό με το due diligence που διενεργείται), επίσης, πιθανόν να έχει ως αποτέλεσμα την αύξηση του τιμήματος καθότι στην περίπτωση του πλειστηριασμού, εξ αιτίας της ασυμμετρίας στην πληροφόρηση, οι υποψήφιοι πλειοδότες προχωράνε σε μειωμένες προσφορές λόγω φόβου για κρυφά ελαττώματα κτλ. Το δικαστήριο εξάλλου δέχεται την αίτηση περί ελεύθερης πώλησης του άρθρου 998, αν πιθανολογεί ότι δεν καταστρατηγούνται τα συμφέροντα του δανειστή που διενέργησε την κατάσχεση αλλά και των λοιπών δανειστών που μέχρι εκείνη τη στιγμή έχουν αναγγεληθεί.

Φυσικά δεν λείπουν και οι ενστάσεις περί του εσφαλμένου νομοθέτησης της εν λόγω διαδικασίας, όπου γίνεται λόγος για προώθηση της αδιαφάνειας και των συνεννοημένων πωλήσεων προς αποφυγή του ρίσκου της πλειοδοτικής διαδικασίας. Σχετικώς έχει παρατηρηθεί ότι «... η όλη αυτή, ξαφνική και απρόβλεπτη μεταβολή του τρόπου ρευστοποιήσεως του εκπλειστηριαζόμενου ακινήτου οδηγεί σε αδικαιολόγητη απομάκρυνση πλειοδοτών και, κατ' επέκταση, σε στρέβλωση του διά της πλειοδοσίας οικονομικού ανταγωνισμού, που αποβαίνει εν τέλει εις βάρος τόσο των δανειστών όσο, εξίσου, και του καθ' ου».

Για το ζήτημα αυτό, ενδιαφέρουσα είναι η πρόσφατη απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (4402/2022), που έκανε δεκτή την αίτηση του οφειλέτη και επέτρεψε την ελεύθερη πώληση ξενοδοχειακής μονάδας στο ποσό τουλάχιστον των 22 εκατομμυρίων ευρώ, ενώ η τελευταία είχε κατασχεθεί το Μάιο του 2022

και ο πλειστηριασμός ήταν να λάβει χώρα τον Δεκέμβριο του 2022, με τιμή πρώτης προσφοράς τα 19.015.000 ευρώ. Τελικά πράγματι η μονάδα πωλήθηκε στο τίμημα αυτό, των 22 εκατομμυρίων ευρώ, το οποίο θα ήταν, πιθανόν, δύσκολο να επιτευχθεί χωρίς τη συνεργασία του οφειλέτη, ο οποίος και προφανώς έδωσε όλες τις απαραίτητες πληροφορίες στον αγοραστή, ώστε να πετύχει το καλύτερο δυνατό αποτέλεσμα. Η εν λόγω δικαστική απόφαση αναφέρει τα εξής: **«Εξάλλου, έχει παρατηρηθεί ότι οι πλειστηριασμοί με τιμή πρώτης προσφοράς τόσο υψηλή όπως στην προκειμένη περίπτωση οδηγούνται πολλές φορές σε ματαιώσεις, λόγω έλλειψης πλειοδοτών, με αποτέλεσμα να παρατηρούνται σημαντικές καθυστερήσεις στην ολοκλήρωσή τους, που συνεπάγονται με τη σειρά τους αύξηση των εξόδων της εκτέλεσης, σημαντική καθυστέρηση στην ικανοποίηση της εξοπλισμένης με εκτελεστό τίτλο αξίωσης και τελικώς μείωση της αξίας της κατασχεθείσας περιουσίας. Στην προκειμένη δε περίπτωση ενόψει της συνεχιζόμενης οικονομικής κρίσης και των οικονομικών συνθηκών, που έχουν διαμορφωθεί λόγω της πανδημίας COVID-19 και του πολέμου στην Ουκρανία, καθώς και της αναστολής των επενδυτικών κινήσεων, πιθανολογείται ότι ο ως άνω ορισθείς την 30η Δεκεμβρίου 2022 πλειστηριασμός ενδέχεται να ματαιωθεί και δη να αποβεί άκαρπος ελλείψει πλειοδοτών και να προσδιορισθεί σε ακόμη μεταγενέστερο χρονικό σημείο».**

Συνοψίζοντας, ανάλογα με τις εκάστοτε νομοθετικές διατάξεις σε ισχύ, ποικίλουν και οι τρόποι αναγκαστικής είσπραξης οφειλών ξενοδοχειακών μονάδων. Παραπάνω αναφέραμε τη συνήθη πρακτική, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι δεν υφίστανται και λοιποί τρόποι αναγκαστικής είσπραξης, που όμως δεν προτιμώνται στις περισσότερες των περιπτώσεων (όπως λ.χ. αναγκαστική διαχείριση άρθρου 1034 επ. ΚΠολΔ, επιθετική εξυγίανση άρθρου 34 παρ. 2 νέου Πτωχευτικού Κώδικα, υποβολή αίτησης πτώχευσης κοκ). **Αυτό που αξίζει να παρατηρηθεί, και προκύπτει από τα ανωτέρω, είναι ότι λόγω της ιδιαιτερότητας των ακινήτων που στεγάζουν ξενοδοχειακές μονάδες, απαιτούνται ιδιαίτεροι χειρισμοί και από την πλευρά του δανειστή αλλά και από αυτήν του οφειλέτη.**

ΟΙ ΕΠ' ΑΚΡΟΑΤΗΡΙΩ ΥΠΕΡΑΣΠΙΣΤΙΚΟΙ ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΙ ΤΟΥ ΚΑΤΗΓΟΡΟΥΜΕΝΟΥ ΣΤΟ ΑΔΙΚΗΜΑ ΤΗΣ ΦΟΡΟΔΙΑΦΥΓΗΣ (ΑΡ. 66 ΚΦΔ)

Χριστίνα Καπουράνη
ΜΔΕ mult.

Σεπτέμβριος 2022

Το ποινικό αδίκημα της φοροδιαφυγής, ως οι ειδικότερες υποστάσεις αυτής τυποποιούνται στο αρ. 66 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (ιδίως μετά τις τροποποιήσεις του ν. 4337/2015), αποτελεί ένα από τα συχνότερα οικονομικά αδικήματα που συναντάμε στις αίθουσες των ποινικών ακροατηρίων καθημερινά. Παρακάτω θα προσπαθήσουμε, συνοπτικά, να περιγράψουμε τους βασικότερους αμυντικούς ισχυρισμούς (αυτοτελείς ή μη) που μπορεί να προβάλει ο κατηγορούμενος αυτού (όπως είναι, για παράδειγμα, το απαράδεκτο της δίωξης λόγω πλημμελειών κατά την εκκίνησή της, η παραγραφή του αδικήματος, ή ύπαρξη δεδικασμένου από την επιβολή προγενέστερης διοικητικής κύρωσης με ποινικό χαρακτήρα, η παραγραφή του φορολογικού δικαιώματος του δημοσίου, κ.ο.κ). Οι εν λόγω ισχυρισμοί δύναται να προβληθούν και στην ακροαματική διαδικασία διαμορφώνοντας την οικεία επ' ακροατηρίω υπερασπιστική γραμμή.

I. Εισαγωγή - Περιγραφή αδικήματος και ποινική αντιμετώπιση:

Στο νόμο 4174/2013 (Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4337/2015) και ειδικότερα στο αρ. 66 αυτού τυποποιούνται οι φορολογικές παραβάσεις δημιουργώντας, επί της ουσίας, τρεις βασικές κατηγορίες αξιόποινων συμπεριφορών (ως συνέβαινε και με το προγενέστερο καθεστώς του νόμου 2523/1997, αρ. 17 - 21). **Ειδικότερα, προβλέπεται: i) η φοροδιαφυγή στο εισόδημα και στη φορολογία ακινήτων** (αρ. 66 παρ. 1α) με κυριότερη μορφή εκδήλωσης την παράλειψη υποβολής δήλωσης ή την υποβολή ανακριβούς δήλωσης με σκοπό μείωσης ή ολικής απόκρυψης φορολογητέας ύλης από την αρμόδια αρχή, **ii) η φοροδιαφυγή στον ΦΠΑ και στους λοιπούς παρακρατούμενους ή επιρριπτόμενους φόρους και εισφορές** (αρ. 66 παρ. 1β) με κυριότερες μορφές εκδήλωσης την μη απόδοση ή ανακριβή απόδοση αυτού, τον ανακριβή συμψηφισμό ή έκπτωση του ή και την παραπλάνηση της φορολογικής διοίκησης με σκοπό την αποφυγή πληρωμής του οικείου φόρου, τον αθέμιτο συμψηφισμό ή την αθέμιτη επιστροφή αυτού και **iii) η φοροδιαφυγή που τελείται δια της έκδοσης ή αποδοχής εικονικών, πλαστών ή νοθευμένων φορολογικών στοιχείων** για ανύπαρκτες ολικά ή εν μέρει συναλλαγές, καθώς και δια της μη συμμόρφωσης στους κανόνες ορθής έκδοσης και τήρησης φορολογικών στοιχείων κατά τις διατάξεις των ελληνικών λογιστικών προτύπων (αρ. 66 παρ. 5).

Ως προς τις προβλεπόμενες ποινές η φοροδιαφυγή τιμωρείται πλημμεληματικά, αν ο οφειλόμενος φόρος υπερβαίνει τις 100.000€ ανά διαχειριστικό έτος και, ιδίως στο ΦΠΑ, αν υπερβαίνει τις 50.000€, ενώ, όταν γίνεται λόγος για έκδοση ή αποδοχή εικονικών φορολογικών στοιχείων

αρκεί για το αξιόποινο η αξία αυτών να ξεπερνά τις 75.000€. Η φοροδιαφυγή αποκτά, δε, **κακουργηματικό χαρακτήρα όταν τα ως άνω ποσά για εισόδημα, ΦΠΑ και εικονικά στοιχεία υπερβαίνουν τις 150.000€, 100.000€ και 200.000€ αντίστοιχα**. Ειδικότερα, ως προς την κακουργηματική φοροδιαφυγή στο εισόδημα και το ΦΠΑ επιβάλλεται πρόσκαιρη κάθειρξη 5 - 15 ετών - μετά και τη μείωση του ανώτερου ορίου της πρόσκαιρης κάθειρξης με το νέο αρ. 52 παρ. 2 ΠΚ - και ως προς το κακούργημα της έκδοσης και αποδοχής εικονικών, πλαστών και νοθευμένων εικονικών στοιχείων επιβάλλεται πρόσκαιρη κάθειρξη 5 - 10 ετών.

Να σημειωθεί, ωστόσο, ότι μετά το νέο αρ. 463 παρ. 2 και 3 ΠΚ (έναρξη εφαρμογής από 1.7.2019), κατά το οποίο («2. Όπου σε ειδικούς ποινικούς νόμους απειλείται ποινή φυλάκισης, προστίθεται διαζευκτικά και η χρηματική ποινή, όπως αυτή προβλέπεται στο αρ. 57 του παρόντος κώδικα ... 3. Όπου σε ειδικούς ποινικούς νόμους απειλείται κάθειρξη έως δέκα έτη, επιβάλλεται ποινή μειωμένη κατά το αρ. 83 περ. γ' (αντί για την ποινή της κάθειρξης επιβάλλεται φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους ή κάθειρξη έως οχτώ (8) έτη). Η πράξη διατηρεί τον κακουργηματικό της χαρακτήρα ... »), οι προβλεπόμενες ποινές στον υπό κρίση ειδικό ποινικό νόμο διαμορφώνεται αντίστοιχα.

Το εν λόγω αδίκημα, δε, (με την ως άνω τεχνική νομοτυπική του διατύπωση) χαρακτηρίζεται, πολλές φορές, ως «τυπικό». Αυτό καθώς επικρατεί η εντύπωση ότι, για την πλήρωση του (ιδίως στις συχνότερες μορφές εμφάνισης των περιπτώσεων α' και β' της παρ. 1 του αρ. 66), ελέγχεται, κατά κύριο λόγο, το γεγονός της παράλειψης υποβολής της δήλωσης ή της μη απόδοσης του φόρου καθώς και η ιδιότητα του αυτοουργού στο πρόσωπο του ιδιώτη,

επαγγελματία ή διοικητή νομικού προσώπου, δίχως να υπάρχουν, ως εκ τούτου, πολλές γραμμές άμυνας του κατηγορουμένου πέραν της αρνήσεως της παράλειψης υποβολής δήλωσης/μη απόδοσης φόρου ή της ίδιας της αυτουργικής ιδιότητας. **Ωστόσο, οι διαφοροποιημένες σε σχέση με τα λοιπά κοινά αδικήματα προβλέψεις για την έναρξη της ποινικής δίωξης, η αναγκαία συσχέτιση με τη διοικητική οφειλή και διαδικασία, οι συχνές ως προς αυτό νομοθετικές μεταβολές (με σκοπό την επίτευξη, κατά κύριο λόγο, δημοσιονομικών στόχων) και συνακόλουθα οι σχετικές νομολογιακές εξελίξεις, επιβάλλουν τον ενδελεχή έλεγχο τήρησης κάθε νόμιμης διατύπωσης και διαδικασίας από την πλευρά της υπεράσπισης του κατηγορουμένου.** Το αποτέλεσμα αυτού του ελέγχου, τις περισσότερες φορές, καταλήγει στην ανεύρεση τυπικών και ουσιαστικών πλημμελειών που οδηγούν στην απαλλαγή του τελευταίου. Ειδικότερα:

II. Οι επί μέρους υπερασπιστικοί ισχυρισμοί:

α) Απαράδεκτο δίωξης λόγω υποβολής μήνυσης από αναρμόδιο πρόσωπο: Στο αρ. 55Α παρ. 1 του ν. 4174/2013 (μετά την αντικατάσταση αυτής από το αρ. 35 παρ. 1 του ν. 4646/2019) ορίζεται «*Εάν με βάση την οριστική πράξη διορθωτικού προσδιορισμού φόρου ή την πράξη επιβολής προστίμου συντρέχει περίπτωση τέλεσης ή απόπειρας τέλεσης εγκλήματος φοροδιαφυγής, όπως ορίζεται στο αρ. 66, υποβάλλεται μηνυτήρια αναφορά από τον Διοικητή της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εξόδων σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του αρ. 68 του Κώδικα. Η ποινική δίωξη ασκείται αυτεπαγγέλτως*». Στο αρ. 68, δε, παρ. 1 ως αρμόδια πρόσωπα για την υποβολή της μηνυτήριας αναφοράς προστίθενται α) τα όργανα της φορολογικής διοίκησης και β) η διεύθυνση οικονομικής αστυνομίας της ελληνικής αστυνομίας. Να επισημάνουμε, εν προκειμένω, ότι η ποινική δίωξη των αδικημάτων φοροδιαφυγής τόσο στο πλαίσιο του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου (ΚΦΔ) όσο και του προγενέστερου (ν. 2523/1997) ναι μεν πάντοτε οριζόταν ρητά ως αυτεπάγγελτη, πλην όμως είναι σαφές ότι αυστηρή προϋπόθεση για την εκκίνησή της είναι η υποβολή «*μηνυτήριας αναφοράς*» από τα αρμόδια πρόσωπα της φορολογικής διοίκησης. Σε αυτήν την περίπτωση δεν γίνεται λόγος για την κλασική μορφή μήνυσης του αρ. 42 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας αλλά για την κατ' άρθρο 41 του ιδίου κώδικα, αίτηση δίωξης, δηλαδή για μία διαδικαστική προϋπόθεση - προαπαιτούμενο της ποινικής δίωξης (ιδ. και ΔιατΕισΠλημΑθ 123/2021). Υπ' αυτά τα δεδομένα η εκκίνηση της ποινικής δίωξης σε ένα φορο-

λογικό αδίκημα δίχως την ως άνω προαπαιτούμενη αναφορά από τα αρμόδια για την υποβολή της διοικητικά πρόσωπα συνεπάγεται το απαράδεκτο της δίωξης και επιβάλλει τον τερματισμό της ποινικής διαδικασίας. Έτσι, με την ΑΠ 798/2014 κηρύχθηκε απαράδεκτη η ασκηθείσα σε βάρος του κατηγορουμένου δίωξη με το εξής επίμαχο σκεπτικό «*Η υποβολή της ... αναφοράς και μάλιστα από τα περιοριστικώς αναφερόμενα στη διάταξη του αρ. 21 παρ. 2 του ν. 2523/1997 πρόσωπα, αποτελεί θετική δικονομική προϋπόθεση. Στην προκειμένη, δε, περίπτωση από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτει ότι ουδέποτε υποβλήθηκε η απαιτούμενη για την πράξη της μη απόδοσης ΦΠΑ μηνυτήρια αναφορά από τον προϊστάμενο της αρμόδιας Δ.Ο.Υ. ή από τον προϊστάμενο του Τ.Ε.Κ. που διενήργησε τον έλεγχο, η έλλειψη, δε αυτή δεν αναπληρώνεται από την κατάθεση που έδωσε στο πλαίσιο της διενεργηθείσας προανάκρισης η ελεγκτής του 3ου Τ.Ε.Κ. Χ.Θ., σύμφωνα με την οποία η αρχική μηνυτήρια αναφορά αφορούσε και στην πράξη της μη απόδοσης Φ.Π.Α., καθόσον αφενός μεν η κατάθεση αυτή δεν έχει το χαρακτήρα μηνυτήριας αναφοράς του αρ. 21 παρ. 2 Ν. 2523/1997, η οποία πρέπει να υποβληθεί με αυστηρά τυπικό τρόπο, αφετέρου δε γιατί η υπάλληλος αυτή δεν ήταν σε κάθε περίπτωση αρμόδια για την υποβολή της μηνυτήριας, αφού δεν ήταν προϊσταμένη του Τ.Ε.Κ. που διενήργησε τον έλεγχο*».

β) Απαράδεκτο δίωξης λόγω παραγραφής του φορολογικού δικαιώματος του δημοσίου: Στο αρ. 36 παρ. 1 και 3 του ν. 4174/2014 ορίζεται ο χρόνος εντός του οποίου η φορολογική αρχή δύναται να επιδιώξει την απόδοση του φόρου εκδίδοντας σχετικές πράξεις προσδιορισμού αυτού κατά ποσό και αιτία οφειλής και έχει ως εξής «*Η φορολογική διοίκηση μπορεί να προβεί σε έκδοση πράξης διοικητικού, εκτιμωμένου ή διορθωτικού προσδιορισμού φόρου εντός πέντε (5) ετών από τη λήξη του έτους εντός του οποίου λήγει η προθεσμία υποβολής δήλωσης. Στις περιπτώσεις που για κάποια φορολογία προβλέπεται η υποβολή περισσότερων δηλώσεων, η έκδοση της πράξης του προηγούμενου εδαφίου μπορεί να γίνει εντός πέντε ετών από τη λήξη του έτους εντός του οποίου λήγει η προθεσμία υποβολής της τελευταίας δήλωσης ... 3α Εξαιρετικά, πράξη διοικητικού, εκτιμωμένου ή διορθωτικού προσδιορισμού φόρου μπορεί να εκδοθεί εντός δέκα (10) ετών από τη λήξη του έτους εντός του οποίου λήγει η προθεσμία για την υποβολή της δήλωσης ή της τελευταίας δήλωσης σε περίπτωση που προβλέπεται η υποβολή περισσότερων δηλώσεων: α) σε περίπτωση που ο*

φορολογούμενος δεν έχει υποβάλει δήλωση εντός της περιόδου που αναφέρεται στην παρ. 1, β) σε περίπτωση που μετά την πενταετία περιέλθουν σε γνώση οποιασδήποτε υπηρεσίας της Φορολογικής Διοίκησης νέα στοιχεία ή πληροφορίες που δε θα μπορούσαν να είναι σε γνώση αυτής εντός της πενταετίας και προκύπτει ότι η φορολογική οφειλή υπερβαίνει αυτήν που έχει προσδιοριστεί βάσει προηγούμενου άμεσου, διοικητικού, εκτιμώμενου ή διορθωτικού προσδιορισμού φόρου και μόνο για το ζήτημα στο οποίο αφορούν».

Περαιτέρω το αρ. 55Α παρ. 1 ΚΦΔ {εκτίθεται επί λέξει ανωτέρω στο υπό α) στοιχείο} θέτει ως ελάχιστη προϋπόθεση για τη δίωξη των αδικημάτων των αρ. 66 την έκδοση οριστικής πράξης διορθωτικού προσδιορισμού φόρου. Απαιτείται, συνεπώς, πράξη προσδιορισμού φόρου που εκδίδεται νόμιμα και, ως εκ τούτου, για φορολογικές αξιώσεις του Δημοσίου οι οποίες, προφανώς, δεν έχουν υποπέσει σε παραγραφή. Το αυτό ισχύει (δηλαδή μη συνδρομή παραγραφής του φορολογικού δικαιώματος) και για την σύνταξη της έκθεσης ελέγχου η οποία είναι υποχρεωτική πριν από το προσδιορισμό του φόρου. Δεν είναι, συνεπώς, νόμιμη η άσκηση ποινικής δίωξης για την προβολή φορολογικών αξιώσεων του Δημοσίου, όταν αυτές έχουν παραγραφεί (μετά την παρέλευση των ως άνω χρονικών ορίων του αρ. 36) και, κατ' επέκταση, δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο έγκυρων ελεγκτικών πράξεων και μετέπειτα πράξης προσδιορισμού φόρου. Κατά τούτο, δίχως έγκυρη πράξη διοικητικού προσδιορισμού φόρου ελλείπουν οι προϋποθέσεις που ο νόμος θέτει προκειμένου να υποβληθεί έγκυρα μήνυση για τις αξιόποινες πράξεις της φοροδιαφυγής. Η ποινική δίωξη, δε, που ασκείται επί τη βάσει άκυρης μηνύσεως είναι με τη σειρά της απαράδεκτη και, ως τέτοια, πρέπει να κηρύσσεται, ακόμη και αυτεπαγγέλτως {ίδ., εν προκειμένω και σχετική Διατ.Εισ.Πλημ.Αθ 2096/2021 κατά την οποία «Συμπερασματικά από τα ανωτέρω αναφερόμενα δεν προκύπτουν ενδείξεις φοροδιαφυγής με τη μορφή ανακριβούς δήλωσης εισοδημάτων, εφόσον, σε κάθε περίπτωση το δικαίωμα του δημοσίου για διορθωτικό ή συμπληρωματικό φύλλο υπολογισμού οφειλόμενου ποσού, έχει παραγραφεί βάσει των ανωτέρω εκτεθεισών νομικών σκέψεων και διατάξεων (αρ. 36 ΚΦΔ) δοθέντος ότι ως έχει κριθεί (σχετ. 14/2016 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους) οι υποβληθείσες εκ τινών των υπόπτων τροποποιητικές δηλώσεις δε δύναται να θεωρηθούν, κατά την έννοια του Νόμου, νέα στοιχεία τα οποία θα οδηγούσαν σε επιμήκυνση του χρόνου παρα-

γραφής των αξιώσεων του Δημοσίου κατά μία δεκαετία. Τούτων δοθέντων, σαφές τυγχάνει πώς μη υπάρχουσας δυνατότητας για τη σύνταξη φύλλου υπολογισμού πρόσθετου φόρου, δε δύναται να υποβληθεί και μηνυτήρια αναφορά από τα αρμόδια φορολογικά όργανα που αποτελεί απαραίτητη δικονομική προϋπόθεση για την άσκηση ποινικής δίωξης, αφού ελλείπει ο προσδιορισμός του ποσού της φορολογικής ενοχής με αποτέλεσμα να μη στοιχειοθετείται η αντικειμενική υπόσταση του αδικήματος της φοροδιαφυγής και την αρχειοθέτησή της κατ' άρθρο 43 παρ. 4 Κώδικα Ποινικής Δικονομίας λόγω μη συνδρομής θετικής δικονομικής προϋπόθεσης»}

γ) Απαράδεκτο δίωξης λόγω Δεδικασμένου - Ne bis in idem: Στο αρ. 57 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας ορίζεται «1. Αν κάποιος έχει καταδικαστεί αμετάκλητα ή αθωωθεί ή έχει παύσει ποινική δίωξη εναντίον του, δεν μπορεί να ασκηθεί και πάλι εις βάρος του δίωξη για την ίδια πράξη, ακόμη κι αν δοθεί σε αυτή διαφορετικός χαρακτηρισμός. 2. ... Αν παρά την πιο πάνω απαγόρευση ασκηθεί ποινική δίωξη αυτή κηρύσσεται απαράδεκτη λόγω δεδικασμένου». Μέσω της εν λόγω διάταξης προβλέπεται στην ποινική διαδικασία η λεγόμενη αρχή της άπαξ εκδικάσεως (ne bis in idem - ουδείς δικάζεται δις δια το αυτό) και σημαίνει ότι: **το ίδιο πρόσωπο δεν μπορεί να δικαστεί δύο φορές για τα ίδια πραγματικά περιστατικά, ακόμη κι αν αυτά περιγραφούν με άλλα τρόπο από τις δικαστικές αρχές, ακόμη δηλαδή και στο πλαίσιο άλλου κλάδου δικαίου διαφορετικού του ποινικού.** Η ίδια αρχή κατοχυρώνεται και σε υπερνομοθετικό επίπεδο στο αρ. 4 παρ. 1 του 7ου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) καθώς και στο αρ. 50 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Το πρόβλημα, στην πράξη, ανακύπτει, ιδίως, όταν κατά του προσώπου που κατηγορείται για φοροδιαφυγή έχουν, για τις ίδιες φορολογικές παραβάσεις (!), επιβληθεί στο παρελθόν και πριν την έναρξη της δίωξης εξαιρετικά δυσμενή διοικητικά πρόστιμα (λόγω συνήθως του μεγάλου ύψους τους) ή άλλες κυρώσεις διοικητικού χαρακτήρα (όπως είναι, λ.χ., ο χαρακτηρισμός των βιβλίων και στοιχείων του φορολογουμένου ως ανακριβών και μετέπειτα ο εξωλογιστικός προσδιορισμός του φόρου οι προσαυξήσεις αυτού κ.ο.κ. - ίδ. και ΕΔΔΑ της 24.9.1997, Γαρυφάλλου ΑΕΒΕ κατά Ελλάδος, 93/1996/712/909 και ΣτΕ 689/2009 καθώς και σχετικό άρθρο μας εδώ), που έχουν, επί της ουσίας, ποινικό χαρακτήρα με στόχο την ηθική αποδοκιμασία του διοικουμένου. Αυτό συμβαίνει ιδίως στις περιπτώ-

σεις εκείνες που τα πρόστιμα ή το τελικώς οφειλόμενα ποσά φόρου (συνήθως μετά από εξωλογιστικό προσδιορισμό) είναι υπέρογκα και υφίσταται, άνευ άλλου τινός, αδυναμία του διοικούντος να προβεί στην εξόφλησή τους, μη διαφέροντας, επί της ουσίας, από τις χρηματικές ποινές του κλασικού ποινικού δικαίου.

Η νομολογία, δε, του ΕΔΔΑ (Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων) και ΔΕΕ (Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης) μέσα από σειρά αποφάσεων (ΕΔΔΑ: Engel και λοιποί κατά Ολλανδίας, Zolotukhin κατά Ρωσίας, Ruotsalainen κατά Φινλανδίας, Haarvig κατά Νορβηγίας, Nykanen κατά Φινλανδίας, Osterlund κατά Φινλανδίας, Kiiveri κατά Φινλανδίας, Tarason κατά Ουκρανίας, Καπετάνιος κατά Ελλάδος, Σισμανίδης - Σιταρίδης κατά Ελλάδος, Α και Β κατά Νορβηγίας, Velkon κατά Βουλγαρίας ΔΕΕ: C 117/2020 - Bpost SA Autherite belge de la concurrence) έχει ερμηνεύσει τις ως άνω διατάξεις των ευρωπαϊκών συμβάσεων διαμορφώνοντας κριτήρια με βάση τα οποία κάθε φορά θα δημιουργείται από τον εθνικό δικαστή κρίση περί συνδρομής διοικητικής κύρωσης η οποία, επί της ουσίας, λειτουργεί ως ποινή, αποκλειόμενης, ως εκ τούτου, της επιβολής έτερης με βασικότερα κριτήρια α) τη φύση και του βαθμού της σοβαρότητας της κύρωσης που έχει υποστεί ή κινδυνεύει να υποστεί ο ενδιαφερόμενος {ίδ. σχετικώς απόφαση του ΕΔΔΑ της 30.4.2015 στην Υπόθεση Καπετάνιος και λοιποί κατά Ελλάδας κατά την οποία «Επιπλέον, το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι ο ποινικός χαρακτηρισμός μιας διαδικασίας εξαρτάται από το βαθμό της αυστηρότητας της επαπειλούμενης κύρωσης (Engel et autres, ό.π., § 82), και όχι από τη βαρύτητα της τελικώς επιβληθείσας κύρωσης (Dubus SA c. France, no. 5242/04, § 37, 11 Ιουνίου 2009)}. Στην περίπτωση αυτή, το άρθρο 97 του Ν 1165/1918 προέβλεπε ότι, το επιβληθέν πολλαπλό τέλος θα μπορούσε να ανέλθει στο δεκαπλάσιο του οφειλόμενου φόρου ή δασμού. Εάν είχε επιβληθεί το ανωτέρω στην επίδικη περίπτωση, είναι σαφές ότι οι επιπτώσεις στην χρηματοοικονομική κατάσταση των προσφευγόντων θα ήταν ακόμη πιο σοβαρές. [...]»} καθώς και β) τη συνδρομή επαρκούς συνδέσμου κατά χρόνο και ουσία μεταξύ των δύο κυρώσεων με αποτέλεσμα, αν η μία απέχει από την άλλη μεγάλο χρονικό διάστημα, δίχως επίδραση και αλληλοσυμπλήρωση, να τίθεται ζήτημα συνδρομής δεύτερης κυρωτικής με ποινικό χαρακτήρα διαδικασίας {Παράδειγμα: φυσικό πρόσωπο που διατηρεί ατομική επιχείρηση παροχής ηλεκτρολογικών υπηρεσιών λαμβάνει το 2003, κατόπιν εξωλογιστικού προσδιορι-

σμού και λόγω χαρακτηρισμού των βιβλίων του ως ανακριβών, πράξεις προσδιορισμού φόρου με τις σχετικές προσαυξήσεις και τα οικεία πρόστιμα ύψους 3.000.000 €. Τα τελευταία καθίστανται αμετάκλητα το 2009 με την απόρριψη των σχετικών διοικητικών προσφυγών. Στη συνέχεια, το 2016, για την αυτά πραγματικά περιστατικά, ασκείται δίωξη για κακουργηματική φοροδιαφυγή περί παράλειψης υποβολής δήλωσης εισοδήματος φυσικού προσώπου, ήτοι 13 χρόνια μετά την επιβολή των αρχικών κυρώσεων της διοίκησης, με επαπειλούμενες ποινές καθείρξεως. Είναι προφανές ότι σε αυτήν την περίπτωση τόσο η επάχθεια της διοικητικής κύρωσης όσο και η έλλειψη του επαρκούς συνδέσμου κατά χρόνο και ουσία θα πρέπει να οδηγήσουν στην παύση της δεύτερης κατά σειρά ποινικής διαδικασίας λόγω δεδικασμένου κατόπιν, ήδη, επιβληθείσας ποινής).

Οι αποφάσεις των εθνικών δικαστηρίων, ωστόσο, δεν έχουν έως τώρα λάβει υπ' όψιν τους τα ανωτέρω, παρά τις καταδίκες της Ελλάδας για συστηματική παραβίαση των διατάξεων ευρωπαϊκών κειμένων (ίδ. ειδικότερα απόφαση του ΕΔΔΑ της 30.4.2015 στην Υπόθεση Καπετάνιος και λοιποί κατά Ελλάδας) ιδίως, δε, αναφορικά με τις παραβάσεις πριν τις ρυθμίσεις του ν. 4745/2020. Το προαναφερθέν καθώς με τον αμέσως παραπάνω νόμο ο Έλληνας νομοθέτης επέλεξε να θεσμοθετήσει την αναστολή της ποινικής διαδικασίας για φοροδιαφυγή έως την αμετάκλητη ολοκλήρωση της διοικητικής δίχως να ορίζονται οι μετέπειτα συνέπειες στην ποινική δίκη από θετική ή αρνητική έκβαση της τελευταίας (αρ. 68 παρ. 3 ΚΦΔ). Είναι προφανές, ωστόσο, ότι, ιδίως σε περίπτωση καταδίκης σε εξαιρετικώς δυσμενή διοικητική κύρωση, αυτή θα πρέπει να λειτουργήσει ως ποινή, οδηγώντας στην μετέπειτα παύση της ποινικής δίωξης.

δ) Εξάλειψη αξιοποιήσιμου λόγω παραγραφής του αδικήματος της φοροδιαφυγής:

- Χρόνος παραγραφής για αδικήματα που τελούνται μετά την 22η.12.2020:

Στο αρ. 55Α παρ. 2 ΚΦΔ (μετά τις τροποποιήσεις που υπέστη το τελευταίο με το ν. 4764/2020) ως προς τον χρόνο έναρξης της παραγραφής των φορολογικών αδικημάτων ορίζεται ότι «*Η παραγραφή των εγκλημάτων του παρόντος νόμου αρχίζει από το πέρας του χρονικού διαστήματος εντός του οποίου η φορολογική διοίκηση μπορεί, σύμφωνα με το αρ. 36 (ίδ. αυτό ανωτέρω) να προβεί σε έκδοση πράξης διοικητικού, εκτιμώμενου, ή διορθωτικού προσδιορισμού φόρου, εκτός κι αν έχει, ήδη, εκδο-*

θεί τέτοια πράξη, οπότε η παραγραφή των εγκλημάτων αρχίζει από την έκδοση της πράξης αυτής». Η διάταξη αυτή εισήχθη στον ΚΦΔ με το αρ. 163 του ν. 4764/2020 με αποτέλεσμα να καταλαμβάνει όλα τα εγκλήματα φοροδιαφυγής που τελούνται από την έναρξη εφαρμογής αυτού, ήτοι την 22η.12.2020 και έπειτα. Σύμφωνα, δε, με το άρθρο 111 του ΠΚ τα κακουργήματα για τα οποία απειλείται στο νόμο ποινή πρόσκαιρης κάθειρξης παραγράφονται μετά από 15 έτη, ενώ τα πλημμελήματα μετά από 5. Καθίσταται αντιληπτό, συνεπώς, πώς στα αδικήματα φοροδιαφυγής, με βάση το ισχύον δίκαιο, κατά παρέκκλιση από το γενικό κανόνα του αρ. 112 ΠΚ («Η προθεσμία παραγραφής αρχίζει από το χρόνο τέλεσης της αξιόποινης πράξης, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά»), η έναρξη της παραγραφής δεν εκκινεί από το χρόνο τέλεσης της πράξης (που α) για το αδίκημα της μη υποβολής δήλωσης εισοδήματος είναι η τελευταία ημέρα της προθεσμίας που κάθε έτος προς τούτο, β) για το αδίκημα της μη απόδοσης ΦΠΑ είναι η τελευταία ημέρα του επόμενου μήνα εντός του οποίου έπρεπε να γίνει η δήλωση για την περίοδο που αφορά, γ) για το αδίκημα της έκδοσης πλαστών ή εικονικών φορολογικών στοιχείων είναι ο χρόνος σύνταξης τους από τον εκδότη τους και δ) για το αδίκημα της αποδοχής πλαστών ή εικονικών φορολογικών στοιχείων είναι ο χρόνος που ο λήπτης τους τα παραλαμβάνει προκειμένου να τα καταχωρήσει στα λογιστικά του βιβλία), αλλά από το χρόνο που η διοίκηση εκδίδει τη διοικητική πράξη για τον οφειλόμενο φόρο ή όταν χάνει πια το σχετικό δικαίωμα προς βεβαίωση, κατά τα ειδικώς εκτιθέμενα και ανωτέρω στο αρ. 36 ΚΦΔ.

- Χρόνος παραγραφής για αδικήματα που τελούνται πριν την 22η.12.2020 και σχετικός προβληματισμός:

Η διαφοροποίηση, εξάλλου, του χρόνου τέλεσης του αδικήματος της φοροδιαφυγής από το χρόνο εκκίνησης της προθεσμίας παραγραφής προβλεπόταν ανέκαθεν στα φορολογικά αδικήματα. Τούτο καθώς η διάταξη του αρ. 55Α του ΚΦΔ (όπως προστέθηκε με το αρ. 3 παρ. 4 του ν. 4337/2015) και ισχύσε έως την ψήφιση του ν. 4547/2020 (έναρξη ισχύος: 6.11.2020) όριζε ότι «Η παραγραφή των εγκλημάτων του παρόντος νόμου αρχίζει από την τελεσίδικα της απόφασης επί της προσφυγής που ασκήθηκε ή σε περίπτωση μη άσκησης προσφυγής από την οριστικοποίηση της φορολογικής εγγραφής λόγω παρόδου της προθεσμίας άσκησης προσφυγής». Το αμέσως προαναφερόμενο άρθρο, όμως, πριν την απόκτηση της ως άνω

ισχύουσας μορφής του με το ν. 4764/2020, είχε αρχικώς τροποποιηθεί με το αρ. 32 παρ. 3 του 4547/2020 το οποίο κατήργησε την ως άνω διάταξη περί παραγραφής των φορολογικών αδικημάτων. Περαιτέρω, με το αρ. 92 του ίδιου νόμου (4547/2020) καταργήθηκε από τον ΚΦΔ η παρ. 2 του αρ. 68 στην οποία περιλαμβανόταν όμοια ρύθμιση περί την εκκίνηση του χρόνου παραγραφής με το επίσης τροποποιηθέν αρ. 55Α. Έτσι, όμως, καταργήθηκαν οι διατάξεις του ΚΦΔ (55Α και 68 παρ. 2) που προέβλεπαν την διαφοροποίηση του χρόνου τέλεσης της πράξης φοροδιαφυγής από το χρόνο εκκίνησης της παραγραφής, με αποτέλεσμα, ενόψει και της αρχής της αναδρομικής ισχύος του ευμενέστερου νόμου, για τα αδικήματα που τελέστηκαν έως τη ψήφιση του ν. 4567/2020 (22.12.2020), η παραγραφή να εκκινεί από το χρόνο τέλεσης της φοροδιαφυγής και όχι από χρόνο μεταγενέστερο, κατόπιν επανόδου στις γενικές ρυθμίσεις του Ποινικού Κώδικα. Αυτό σημαίνει στην πράξη ότι τα αδικήματα φοροδιαφυγής που έχουν τελεστεί πριν την 22η. 12.2020 παραγράφονται ταχύτερα με προφανείς ευνοϊκές συνέπειες για τον κατηγορούμενο.

Έντονος, ωστόσο, προβληματισμός έχει γεννηθεί εξ αφορμής του περιεχομένου της μεταβατικής διάταξης του αρ. 96 του ν. 4745/2020 (με τίτλο: Μεταβατική διάταξη για την αναστολή των ποινικών υποθέσεων»). Η τελευταία ορίζει ότι οι διατάξεις του αρ. 32 του ίδιου νόμου, μεταξύ των οποίων και αυτή που καταργεί τη ρύθμιση της παραγραφής του αρ. 55Α ΚΦΔ, εφαρμόζονται για αδικήματα που τελούνται από την έναρξη ισχύος του ν. 4745/2020 (ήτοι την 6.11.2020) με αποτέλεσμα να υποστηρίζεται ότι για τα αδικήματα που τελούνται πριν την 6η.11.2020 εξακολουθεί να εφαρμόζεται το καταργηθέν αρ. 55Α που απαιτεί για την εκκίνηση της προθεσμίας παραγραφής την οριστικοποίηση της φορολογικής εγγραφής, ακόμη και μετά την κατάργηση της κατά όμοιου περιεχομένου παρ. 2 του αρ. 68 ΚΦΔ. Η θέση αυτή επικυρώθηκε και με την όλως πρόσφατη υπ' αριθμ. 95/2022 απόφαση του Αρείου Πάγου, προφανώς με σκοπό την αποφυγή της παραγραφής σειράς αδικημάτων. Η τελευταία επικαλέστηκε ανεπαρκώς την παραδοσιακή βούληση του νομοθέτη στα φορολογικά εγκλήματα ο χρόνος έναρξης της παραγραφής του αδικήματος να μη συμπέπει με το χρόνο τέλεσης της πράξης, παραβλέποντας ακόμη και το ίδιο το γράμμα του ως άνω μεταβατικού νόμου που ρυθμίζει τα ζητήματα αναστολής των ποινικών από 6.11.2020 και όχι παραγραφής.

Την ορθή λύση, ωστόσο, της συντομότερης παραγραφής των φορολογικών αδικημάτων πριν την έναρξη εφαρμογής του ν. 4567/2020 αποδέχθηκαν αποφάσεις των δικαστηρίων της ουσίας με επαρκή αιτιολογία. Έτσι με την υπ' αριθμ. 1493/2020 απόφαση του ΜονΠλημΣερ εξαλείφθηκε το αξιόποινο λόγω παραγραφής και έπαυσε η ποινική δίωξη για φοροδιαφυγή φερόμενη ως τελεσθείσα το έτος 2013. Η τελευταία διαλαμβάνει επί λέξει τα εξής «Η αστοχία του νομοθέτη είναι προφανής. Δεν μπορεί στη μία διάταξη (αρ. 92 ν. 4745/2020) να καταργούνται τόσο η παρ. 3 του αρ. 55 ΚΦΔ όσο και η παρ. 2 του αρ. 68 ΚΦΔ, όμως στη μεταβατική διάταξη του αρ. 96 να γίνεται διάκριση και να θεωρείται ότι επειδή το αρ. 55 α ΚΦΔ καταργήθηκε με το αρ. 32 παρ. 3 ν. 4745/2020, καταργήθηκε μόνο για εκείνες τις πράξεις που τελούνται από την ημερομηνία δημοσίευσης του νόμου (6.11.2020) και εντεύθεν, ενώ αντίθετα εξακολουθεί να ισχύει και δεν είναι καταργημένη για τις πράξεις που τελέστηκαν μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης του νόμου 4745/2020. Με αυτό τον τρόπο ο νομοθέτης παραβιάζει την καθιερωμένη με το αρ. 4 παρ. 1 Συντάγματος αρχή της ισότητας. Η αντιμετώπιση με αυτό τον τρόπο του κοινού νομοθέτη δεν είναι δικαιολογικά ορθή καθώς δημιουργεί υπόλογους έναντι της δικαιοσύνης, δύο ταχυτήτων. {...} Ο νομοθέτης δεν μπορεί με μία μεταβατική διάταξη να απαγορεύσει την αναδρομική εφαρμογή του επεικέστερου ποινικού νόμου. {...} Κατά λογική και νομική, λοιπόν, ακολουθία των ανωτέρω και δεκτής γενομένης της ένστασης του συνηγόρου υπεράσπισης, η ως άνω πλημμεληματική πράξη του κατηγορουμένου έχει εξαιρεθεί με παραγραφή καθόσον από τον ως άνω χρόνο που φέρεται ότι αυτή τελέστηκε (1.1.2013 31.12.2013) μέχρι τις 30.11.2020, οπότε συζητήθηκε η υπόθεση ενώπιον του Δικαστηρίου, συμπληρώθηκε ο χρόνος της πενταετούς παραγραφής, χωρίς να υπολογίζεται ο χρόνος αναστολής, αφού δεν έχει αρχίσει η κύρια διαδικασία, λόγω της μη εμπρόθεσμης (27.7.2020) επίδοσης του κλητηρίου θεσπίσματος εντός της πενταετίας και συνεπώς πρέπει να παυθεί οριστικά η ποινική δίωξη κατά του για το αδίκημα του αρ. 66 παρ. 1 β και 3 περ. β υποπερ. αα ν. 4174/2013».

ε) Καταλληλότερες ελαφρυντικές περιστάσεις: Στην περίπτωση που ο κατηγορούμενος για φοροδιαφυγή δεν καταφέρει να απαλλαγεί από το αδίκημα και εκδοθεί σε βάρος του καταδικαστική απόφαση έχει τη δυνατότητα να μειώσει την επιβαλλόμενη ποινή κατά αρ. 83 ΠΚ (έτσι: αντί για την ποινή της κάθειρξης τουλάχιστον δέκα (10)

ετών, επιβάλλεται φυλάκιση τουλάχιστον δύο (2) ετών ή κάθειρξη έως οκτώ (8) έτη, αντί για την ποινή της κάθειρξης επιβάλλεται φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους ή κάθειρξη έως οκτώ (8) έτη, αντί για την ποινή της κάθειρξης έως δέκα (10) έτη επιβάλλεται φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους ή κάθειρξη έως έξι (6) έτη, σε κάθε άλλη περίπτωση, ο δικαστής μειώνει την ποινή ελεύθερα έως το ελάχιστο όριό της) προβάλλοντας τα ελαφρυντικά που προβλέπονται στο αρ. 84 ΠΚ. Συγκεκριμένα το τελευταίο ορίζει ως ελαφρυντικές περιστάσεις τις ακόλουθες: α) το σύννομο βίο του κατηγορούμενου έως την τέλεση της πράξης ο οποίος δεν αποκλείεται αν ο τελευταίος έχει καταδικαστεί για ελαφρύ πλημμέλημα, β) την ώθηση στην πράξη του από μη ταπεινά αίτια ή μεγάλη ένδεια ή απειλή ή από την επιβολή προσώπου στο οποίο οφείλει υπακοή ή τελεί σε σχέση εξάρτησης, γ) την ώθηση στην πράξη από ανάρμοστη συμπεριφορά του παθόντος ή από άδικη πράξη σε βάρος του, δ) το ότι επέδειξε ειλικρινή μετάνοια και επιδίωξε να άρει ή να μειώσει τις συνέπειες της πράξης του, ε) το ότι συμπεριφέρθηκε καλά για μεγάλο διάστημα μετά την πράξη του ακόμη και κατά την κράτηση του, στ) η μη εύλογη διάρκεια της ποινικής δίκης που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του κατηγορουμένου.

Αναφορικά με το αδίκημα της φοροδιαφυγής οι συχνότερα προβαλλόμενες ελαφρυντικές περιστάσεις είναι:

α) αυτή του σύννομου βίου (ο οποίος, μετά την ευμενέστερη μεταβολή του ΠΚ το 2019, νοείται ως συμμόρφωση στους νόμους του κράτους δίχως να απαιτείται, ως συνέβαινε στο προγενέστερο δίκαιο, θετική αξιολογική κρίση περί της κοινωνικής και οικογενειακής συμπεριφοράς του δράστη εφόσον αυτή δεν αντίκειται στο θετό δίκαιο και στα προστατευόμενα απ' αυτό έννομα αγαθά - ίδ. και ΟΛΑΠ 2/2002),

β) αυτή της ώθησης στην πράξη από μη ταπεινά αίτια, δηλαδή όχι από κακοβουλία και ευτελή κίνητρα αλλά συνήθως από ένδεια και οικονομική δυσχέρεια αποπληρωμής του βεβαιωθέντος φόρου, ιδίως κατόπιν πτώχευσης του κατηγορουμένου ως ιδιώτη επαγγελματία ή του νομικού προσώπου που αυτός εκπροσωπεί (ιδ. σχετ. υπ' αρ. 1032/2019 απόφαση του Αρείου Πάγου η οποία επικυρώνει την αναγνώριση του ελαφρυντικού των μη ταπεινών αιτίων σε βάρος της κατηγορούμενης για φοροδιαφυγή διαλαμβάνοντας τα ακόλουθα: «Πέραν δε αυτού, η κατηγορούμενη γνωρίζοντας προφανώς τις ευθύνες της απέφευγε την επαφή της με την Δ.Ο.Υ., η οποία

την αναζητούσε συστηματικά για την προσκόμιση των βιβλίων και στοιχείων, όπως αυτά προκύπτουν από την έκθεση ελέγχου. Ενόψει αυτού το γεγονός ότι η κατηγορούμενη μετά την πτώχευση της εταιρείας ζήτησε με ασφαλιστικά μέτρα κατά του συζύγου της την παράδοση των βιβλίων και στοιχείων της εταιρείας "Μ. Τ. ... ΕΕ", αλλά ούτε και αυτό το στοιχείο οδηγεί το Δικαστήριο σε αντίθετη κρίση περί του δόλου της (κατηγορουμένης). Επομένως, απορριπτόμενων όλων των αντίθετων ισχυρισμών της, πρέπει η κατηγορουμένη να κηρυχθεί ένοχη, κατά τα στο διατακτικό διαλαμβανόμενα. Πρέπει, όμως, να αναγνωριστούν στην κατηγορουμένη οι ελαφρυντικές περιστάσεις του άρθρου 84 παρ. 2 β' του Π.Κ., καθόσον αποδείχθηκε ότι αυτή ωθήθηκε στην τέλεση των ανωτέρω πράξεων από μεγάλη ένδεια». Να σημειωθεί, εν προκειμένω, ότι η πτώχευση του δράστη δεν επηρεάζει την ποινική ευθύνη για φοροδιαφυγή (σε αντίθεση με τα όσα συμβαίνουν αναφορικά με το αδίκημα της μη καταβολής χρεών, ιδ. σχετικό άρθρο μας εδώ), αλλά, ως συνέβη ανωτέρω, αποδεικνύει την ένδεια του δράστη και δύναται να αξιοποιηθεί προς αναγνώριση ελαφρυντικού στοιχείου και μείωση της επιβληθείσας ποινής.

γ) αυτή της καλής συμπεριφοράς για μεγάλο διάστημα μετά την πράξη. Συνήθως αυτό το ελαφρυντικό σχετίζεται με την προσπάθεια οικονομικής επανένταξης του δράστη, την καλή οικογενειακή του ζωή και την προσπάθεια κοινωνικής μεταστροφής μετά το αδίκημα της φοροδιαφυγής (ιδ. επ' αυτού υπ' αρ. 843/2020 απόφαση του Αρείου Πάγου με την οποία γίνεται δεκτή αναίρεση για αόριστη και, ως εκ τούτου, εσφαλμένη απόρριψη από το Εφετείο του ελαφρυντικού της μεταγενέστερα καλής συμπεριφοράς παρά την ορισμένη προβολή αυτού ο οποίος έχει ως εξής: «Θα πρέπει δε να ληφθεί υπόψη ότι είμαι ο μοναδικός εργαζόμενος, ως εργάτης πλέον, αφού καταστράφηκα οικονομικά, μιας τριμελούς οικογένειας (σύζυγος και θυγατέρα), η δε θυγατέρα μου πάσχει από βαρύτατη ψυχολογική νόσο (νευρική ανορεξία) και τη φροντίζω αποκλειστικά εγώ. Σχετικά προσκομίζω: 1) Την βεβαίωση εθελοντικής προσφοράς εργασίας του Δή-

μου ..., σε δράσεις για τη στήριξη ευπαθών ομάδων πληθυσμού και υλοποιήθηκαν μέσα σε δύο έτη. 2) Επιστολές της οργάνωσης "ΤΟ ..." κατ' έτη 2012 και 2017 με τις οποίες απευθυνόμενες σε μένα εκφράζει τις ευχαριστίες της για την χορηγία βιολογικών απορρυπαντικών. 3) Ένα από τα πολλά δελτία ποσοτικής παραλαβής της οργάνωσης "ΤΟ ..." για τα είδη καθαριότητας που προσφέρω. 4) Ευχαριστήρια επιστολή του Αστυνομικού Τμήματος Θερμαϊκού για προσφορά ειδικών απορρυπαντικών στο τμήμα».

III. Αντί επιλόγου: Απ' όσα εκτέθηκαν ανωτέρω κατέστη αντιληπτό πώς για τη νόμιμη δίωξη του αδικήματος της φοροδιαφυγής απαιτείται η τήρηση σειράς διατυπώσεων και διαδικασιών, ιδίως διοικητικής φύσεως. Το προαναφερθέν καθώς πρόκειται για ένα αδίκημα άρρηκτα συνδεδεμένο με το διοικητικό - κρατικό μηχανισμό και, φυσικά, την ανάγκη αποφυγής διπλής απαξιολόγησης των ίδιων πραγματικών περιστατικών σε βάρος του αυτού προσώπου που προέρχονται, κατά κανόνα, από την εξέλιξη της διοικητικής διαδικασίας (εξ αυτού του λόγου και η απαίτηση συνδρομής θετικών και αρνητικών προϋποθέσεων δίωξης: υποβολή μήνυσης από αρμόδια διοικητικά πρόσωπα, μη παραγραφή του φορολογικού δικαιώματος και, ως εκ τούτου, νόμιμη διενέργεια ελεγκτικών πράξεων προσδιορισμού φόρου, μη επιβολή προγενέστερης ποινής από διοικητικό δικαστήριο για το αυτό αδίκημα κ.ο.κ.). Η συνεχής νομοθετική παραγωγή, δε, ιδίως όσον αφορά τις διατάξεις περί παραγραφής του αδικήματος και την εν γένει δικονομική του αντιμετώπιση, γεννά σειρά προβληματισμών και δυσχερειών. Ωστόσο μέσω ενδελεχούς μελέτης και ορθής προσέγγισης των μεταβολών, πάντα με γνώμονα την προάσπιση των δικαιωμάτων του εκ προοιμίου ασθενέστερου μέρους - κατηγορουμένου και την εξυπηρέτηση του οικείου νομοθετικού σκοπού, επιτυγχάνεται ή διαμόρφωση της κατάλληλης για κάθε περίπτωση υπερασπιστικής γραμμής.

ΕΣΩΤΕΡΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΜΕΛΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ Α.Ε. ΚΑΙ ΑΣΚΗΣΗ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΙΚΗΣ ΑΓΩΓΗΣ

Αρετή Κολοκοτρώνη
ΜΔΕ

Νοέμβριος 2022

Στο άρθρο 102 του νεοσύστατου Νόμου 4548/2018 για τις ανώνυμες εταιρίες, θεμελιώνεται η ευθύνη των μελών του διοικητικού συμβουλίου της εταιρείας για κάθε πράξη ή παράλειψή τους κατά παράβαση των καθηκόντων τους, είτε από δόλο είτε από αμέλεια, που επιφέρει ζημία στην εταιρεία. Στις περιπτώσεις αυτές γεννάται αξίωση αποζημίωσης της εταιρίας εις βάρος τους, ασκώντας την λεγόμενη "εταιρική αγωγή". Με τις προϋποθέσεις, τις συνέπειες και τη διαδικασία άσκησης της εν λόγω αγωγής θα ασχοληθούμε στο παρόν άρθρο.

1. Ορισμός

Με το όρο "Εταιρική Αγωγή" νοείται η αγωγή που ασκεί η ανώνυμη εταιρεία κατά των μελών της διοικήσεως της προς αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε από τις πράξεις ή παραλείψεις τους κατά παράβαση των καθηκόντων τους. Οι διατάξεις των άρθρων 102 έως 108 του Ν. 4548/2018 που αφορούν την ευθύνη των μελών του Δ.Σ. αντικατέστησαν τα άρθρα 22α και 22β του προϊσχύοντος Ν.2190/1920.

Στις ανώνυμες εταιρίες των σύνολο των εξουσιών εκπροσώπησης και διαχείρισης της εταιρίας ασκείται από το διοικητικό συμβούλιο αυτής (άρθρ. 86§1, 96 και 97 Ν.4548/2018). Σε αντιστάθμισμα των εξουσιών των μελών του Δ.Σ., ο νομοθέτης, στο άρθρο 102§1 Ν. 4548/2018 όρισε ότι: **«Κάθε μέλος του διοικητικού συμβουλίου ευθύνεται έναντι της εταιρείας για ζημία που αυτή υφίσταται λόγω πράξης ή παράλειψης που συνιστά παράβαση των καθηκόντων του».**

Από την ανωτέρω διάταξη προκύπτει ότι τα μέλη του ΔΣ της ανώνυμης εταιρείας ευθύνονται έναντι της εταιρείας για τη ζημία που αυτή υφίσταται λόγω πράξης ή παράλειψής τους που συνιστά παράβαση των καθηκόντων τους, συνεπεία πταίσματός τους από δόλο ή από αμέλεια, κατά την διοίκηση των εταιρικών υποθέσεων, παραβιάζοντας τις υποχρεώσεις τους που επιβάλλονται από την σύμβαση μεταξύ αυτών και της εταιρείας, τη νομοθεσία και το καταστατικό της εταιρείας, αλλά και την αυτοτελή υποχρέωση πίστεως που υπέχουν, ώστε να υποστεί η εταιρία σημαντικές απώλειες με μείωση της εταιρικής περιουσίας (βλ. ΕφΑΘ 5626/2020). Ως διάταξη αναγκαστικού δικαίου αποκλείει την εισαγωγή όρων στο καταστατικό ή στη σύμβαση πρόσληψης, με τους οποίους μειώνεται ή αποκλείεται εντελώς η ευθύνη τους.

Πρόκειται βέβαια, σε κάθε περίπτωση για εσωτερική ευθύνη, δηλαδή για ευθύνη του μέλους του ΔΣ έναντι της ίδιας της εταιρίας και όχι έναντι των μετόχων ή τρίτων. Οι

κατ' ιδίαν μέτοχοι της ανώνυμης εταιρείας, τυχόν υφιστάμενοι έμμεση ζημία, που μπορεί να συνίσταται στην πτώση της χρηματιστηριακής αξίας των μετοχών ή τη μείωση της εσωτερικής αξίας τους ή τη διανομή μικρότερου μερίσματος, δεν έχουν και αυτοί παράλληλα αξίωση αποζημίωσης για τη ζημία τους αυτή, διότι δεν είναι οι αμέσως από την αδικοπραξία ζημιωθέντες. **Αυτοτελή αξίωση αποζημίωσης δύναται να έχουν οι μέτοχοι, μόνο όταν η ζημιόγonos πράξη των τελευταίων, αυτοτελώς θεωρούμενη, συνιστά συγχρόνως και παράνομη επέμβαση στην υπόσταση του μετοχικού δικαιώματος, συνιστά δηλαδή και ως προς τους μετόχους αδικοπραξία, από την οποία απορρέει άμεση και αυτοτελής υποχρέωση προς αποζημίωση (βλ. ΑΠ 1214/2021, ΕφΑΘ 2337/2018).**

2. Προϋποθέσεις

Οι προϋποθέσεις λοιπόν που αναφέρθηκαν ανωτέρω θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά. Έτσι, μόνη η επέλευση της ζημίας δεν αρκεί για τη γέννηση της ευθύνης αλλά θα πρέπει αυτή να στηρίζεται σε πράξη ή παράλειψη που έγινε κατά παράβαση των καθηκόντων του μέλους του διοικητικού συμβουλίου. Για τον λόγο αυτό, σύμφωνα με τον νόμο δεν υφίσταται ευθύνη για αποζημίωση, ακόμη και αν επέλθει ζημία:

α) αν το υπαίτιο πρόσωπο αποδείξει ότι κατέβαλε κατά την άσκηση των καθηκόντων του την επιμέλεια του συνετού επιχειρηματία που δραστηριοποιείται σε παρόμοιες συνθήκες, λαμβάνοντας υπόψη την ιδιότητα του κάθε μέλους και τα καθήκοντα που του έχουν ανατεθεί κατά το νόμο, το καταστατικό ή με απόφαση των αρμοδίων εταιρικών οργάνων (102§2) ή

β) όταν οι πράξεις ή παραλείψεις του στηρίζονται σε σύννομη απόφαση της Γ.Σ (102§4) ή

γ) όταν αφορούν εύλογη επιχειρηματική απόφαση που

ελήφθη με καλή πίστη, με βάση επαρκή για τις συγκεκριμένες συνθήκες πληροφόρηση και με αποκλειστικό κριτήριο την εξυπηρέτηση του εταιρικού συμφέροντος (102§4). Μόνη η επέλευση ζημίας ή του αναληφθέντος επιχειρηματικού κινδύνου δεν συνιστά οπωσδήποτε κακή εκπλήρωση των διαχειριστικών καθηκόντων του Δ.Σ., η οποία να έχει ως συνέπεια τη δημιουργία υποχρεώσεως για αποζημίωση, καθόσον η φύση των επιχειρηματικών αποφάσεων και σχεδίων ενέχουν πάντοτε τον κίνδυνο της αποτυχίας. Επομένως, εφόσον τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου έλαβαν εύλογη επιχειρηματική απόφαση με καλή πίστη και αποκλειστικώς προς εξυπηρέτηση του εταιρικού συμφέροντος και πριν δράσουν, έλαβαν επίσης όλες τις αναγκαίες πληροφορίες και εστάθμισαν με σύνεση τους αναλαμβανόμενους κινδύνους, με βάση τα υπάρχοντα κατά τον χρόνο λήψεως της αποφάσεως δεδομένα, δεν υπέχουν ευθύνη, έστω κι αν η εταιρία υπέστη ζημία, καθόσον το διοικητικό συμβούλιο πρέπει να έχει ευρύ πεδίο διακριτικής ευχέρειας ως προς τις επιχειρηματικές επιλογές του, η δε ανάληψη μιας λογικής διακινδυνεύσεως («ρίσκου») είναι θεμιτή και επιβεβλημένη σε μια εμπορική επιχείρηση (βλ. ΕφΘεσσαλ 775/2016).

Αρνητική επίσης προϋπόθεση αποτελεί το να μην έχει χωρήσει παραίτηση από τις αποζημιωτικές αξιώσεις της εταιρείας με απόφαση του ΔΣ για απαλλαγή του Δ.Σ από την ευθύνη, από αμέλεια (όχι από δόλο) ή συμβιβασμός. Επίσης, το δικαστήριο μπορεί να θεωρήσει ότι δεν υφίσταται ευθύνη προκειμένου για πράξεις ή παραλείψεις που στηρίζονται σε εισήγηση ή γνώμη ανεξάρτητου οργάνου ή επιτροπής, που λειτουργεί στην εταιρεία, σύμφωνα με το νόμο (102§4).

Σε κάθε περίπτωση πάντως η ευθύνη του υπαίτιου προσώπου είναι νόθος αντικειμενική, καθώς το πταίσμα του καταρχήν τεκμαίρεται, και το ίδιο φέρει το βάρος να αποδείξει ότι συντρέχει μια από τις περιπτώσεις που αποκλείει την ευθύνη του. Όπως άλλωστε αναφέρεται και στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4548/2018, (σελ.19) «*Η §2 αναφέρεται στην κατανομή του βάρους απόδειξης σε σχέση με την τήρηση του μέτρου επιμέλειας της §1. Με τη συγκεκριμένη ρύθμιση, η απόδειξη σε σχέση με την τήρηση του υποκειμενικού μέτρου επιμέλειας βαρύνει το μέλος του Δ.Σ. Δεδομένης της διπλής λειτουργίας του κριτηρίου της αμέλειας η κατανομή του συγκεκριμένου βάρους απόδειξης διευκολύνει επίσης την εταιρεία όσον αφορά την απόδειξη της αντικειμενικής υπόστασης του διαχειριστικού πταίσματος*».

Επιπλέον, θα πρέπει να αναφερθεί πως την ίδια έχουν και όλα τα πρόσωπα στα οποία έχουν παραχωρηθεί νομίμως, σύμφωνα με το άρθρο 87 Ν. 4548/2018 εξουσίες εκπροσώπησης ή διαχείρισης της εταιρίας (102§5).

3. Εταιρική Αγωγή - Διαδικασία

Εφόσον λοιπόν πληρούνται οι ως άνω προϋποθέσεις, όπως αυτές αναλύθηκαν, η αξίωση αποζημίωσης που γεννάται στο πρόσωπο της εταιρίας και σε βάρος του υπαίτιου προσώπου ασκείται με τη λεγόμενη εταιρική αγωγή, την οποία στρέφει η ίδια η εταιρία κατά του ευθυνόμενου προσώπου και έχει ως αίτημα την καταβολή αποζημίωσης για την ανόρθωση της επελευθέρωσης ζημίας. **Η άσκηση πάντως των αξιώσεων από την ανώνυμη εταιρία είναι καταρχήν δυνητική, σταθμίζοντας σε κάθε περίπτωση το εταιρικό συμφέρον, με εξαίρεση τις περιπτώσεις όπου την άσκηση της εταιρικής αγωγής αιτείται η πλειοψηφία των μετόχων.**

Αναλυτικότερα, το διοικητικό συμβούλιο, σύμφωνα με το άρθρο 103 Ν. 4548/2018, το οποίο είναι το μόνο αρμόδιο όργανο, έχει, καταρχήν, την ευχέρεια, ανάλογα με το συμφέρον της εταιρίας τη δεδομένη στιγμή να αποφασίσει, αυτοβούλως, αν θα ασκήσει την εταιρική αγωγή. Άλλωστε, όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση του Νόμου: «*Η άσκηση της εταιρικής αγωγής εμπίπτει καταρχήν στη διαχειριστική αρμοδιότητα του Δ.Σ, το οποίο οφείλει να την ασκεί κατά τρόπο που συνάδει προς το εταιρικό συμφέρον. Επομένως, τυχόν μη ενάσκηση των εταιρικών αξιώσεων θα πρέπει να δικαιολογείται από το εταιρικό συμφέρον. Η διάταξη παρέχει στο Δ.Σ την ευχέρεια να σταθμίσει το εταιρικό συμφέρον με βάση τα δεδομένα της συγκεκριμένης περίπτωσης και να αποφασίσει ενδεχομένως είτε την καθυστέρηση της άσκησης ή και την παράλειψη της άσκησης των εταιρικών αξιώσεων, εφόσον τούτο προκρίνεται από το εταιρικό συμφέρον στη δεδομένη περίπτωση. Πράγματι, το εταιρικό συμφέρον ενδέχεται υπό τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης να αντιτίθεται προφανώς στην άσκηση των αξιώσεων, αν η σύγκριση ωφέλειας και ζημίας είναι αρνητική (π.χ. όταν υπάρχει κίνδυνος έντονης αρνητικής δημοσιότητας σε βάρος της εταιρείας ή ανάλωσης των προσαφθειών και των πόρων της σε μακροχρόνιο και αμφίβολης έκβασης δικαστικό αγώνα, ιδίως ενόψει της αφερεγγυότητας της αντίδικης πλευράς κ.λπ.)*».

Πάντως, η υπερβολικά γενική και αφηρημένη έννοια του

«εταιρικού συμφέροντος» και το συχνά δυσδιάκριτο περιεχόμενο αυτού, υπάρχει σοβαρή περίπτωση να αφήσει χώρο στην πράξη για καταχρηστικές πρακτικές από πλευράς Δ.Σ., το οποίο επικαλούμενο δήθεν εταιρικό συμφέρον να αποφεύγει την άσκηση εταιρικής αγωγής (βλ. ΜΕΦΠειρ 132/2020). **Σε κάθε περίπτωση, το Δ.Σ αποφασίζει τι ακριβώς θα πράξει με δικό του κίνδυνο, θα οφείλει δε, να είναι σε θέση να εξηγήσει για ποιο λόγο δεν έχει προχωρήσει στην άσκηση των αξιώσεων (βλ. ΕΦΑΘ 5626/2020).**

Εφόσον πάντως το Διοικητικό Συμβούλιο δεν προχωρήσει στην άσκηση της αγωγής την άσκησή της δύναται να αιτηθεί το 1/20 του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας (ποσοστό το οποίο μπορεί να μειωθεί με καταστατική πρόβλεψη) αντί του 1/10 που προέβλεπε το άρθρο 22β του Ν.2190/1920 (άρθρ. 104§1). Οι μέτοχοι που εκπροσωπούν το ανωτέρω ποσοστό μειοψηφίας δικαιούνται στην περίπτωση αυτή να υποβάλουν εγγράφως προς το Δ.Σ. αίτηση με αντικείμενο την άσκηση των αξιώσεων της εταιρείας στην οποία θα αναφέρουν τις πληροφορίες που κατέχουν ως προς τα πραγματικά περιστατικά που στοιχειοθετούν, κατά την κρίση τους, την ευθύνη των μελών του Δ.Σ. και τη ζημία της εταιρείας, θέτοντας παράλληλα εύλογη προθεσμία (η οποία δε μπορεί να είναι μικρότερη του ενός μηνός) εντός της οποίας θα πρέπει το Δ.Σ. να αποφανθεί επί του σχετικού αιτήματος.

Ωστόσο, και στην περίπτωση αυτή, το Δ.Σ. δεν είναι υποχρεωμένο να προχωρήσει στη διαδικασία αυτή εάν κρίνει ότι η άσκηση της αγωγής αντιβαίνει το εταιρικό συμφέρον. Δύναται να αποφασίσει ενδεχομένως (κάτω από συγκεκριμένες συνθήκες) είτε την καθυστέρηση ή ακόμη και την παράλειψη της άσκησης της εταιρικής αγωγής, εφόσον τούτο επιβάλλεται με γνώμονα το εταιρικό συμφέρον στη δεδομένη περίπτωση και συγκυρία. Το Δ.Σ. αποφασίζει επί του αιτήματος των μετόχων αφού λάβει υπόψη του τις παρατηρήσεις και εξηγήσεις των μελών εκείνων του Δ.Σ. που κατονομάζονται στην αίτηση των μετόχων. Αυτό σημαίνει ότι η αίτηση της μειοψηφίας πρέπει να γνωστοποιηθεί στα μέλη του Δ.Σ. στα οποία αποδίδεται ευθύνη. Ωστόσο, τα μέλη του Δ.Σ. που κατονομάζονται στην αίτηση δεν έχουν δικαίωμα ψήφου στη συνεδρίαση του Δ.Σ. για τη λήψη απόφασης επί του αιτήματος των μετόχων. Σε κάθε περίπτωση η απόφαση πρέπει να κοινοποιείται στους αιτούντες.

Αντίθετα βέβαια, το Δ.Σ. έχει την υποχρέωση για άσκηση της αγωγής εάν υποβληθεί εγγράφως αίτηση για την

άσκησή της από την πλειοψηφία των μετόχων της εταιρείας (δηλαδή το ήμισυ και πλέον του καταβεβλημένου μετοχικού κεφαλαίου), οπότε το Δ.Σ. υποχρεώνεται να προβεί αμελλητί στην άσκηση της αγωγής, σύμφωνα με το άρθρο 104§4, χωρίς να υπέχει υποχρέωση γνωστοποίησης της αίτησης στα μέλη που θεωρούνται υπεύθυνα (βλ. ΕΦΑΘ 5626/2020). Στην περίπτωση αυτή το Δ.Σ. δεν μπορεί να αρνηθεί την άσκηση των εταιρικών αξιώσεων, προβάλλοντας ως λόγο τη στάθμιση του εταιρικού συμφέροντος.

4. Διορισμός Ειδικού Εκπροσώπου

Εάν το Δ.Σ. απορρίψει εν όλω ή μερικώς την αίτηση της μειοψηφίας ή ολιγωρεί έχοντας παρέλθει άπρακτη η προθεσμία που έχει τεθεί ή δεν μπορεί να λάβει απόφαση επί της αιτήσεως ελλείψει απαρτίας (π.χ. εξαιτίας κωλύματος ψήφου πολλών μελών του Δ.Σ. που κατονομάζονται στην εν λόγω αίτηση της μειοψηφίας) ή δεν ασκεί αμελλητί την αγωγή παρόλο που το ζήτησε εγγράφως η πλειοψηφία των μετόχων, τότε στις περιπτώσεις αυτές (άρθρ. 105§1), η πλειοψηφία των μετόχων που υπέβαλαν το αίτημα για ενεργοποίηση της διαδικασίας άσκησης της εταιρικής αγωγής (η πλειοψηφία της μειοψηφίας που ενεργοποιήθηκε, δηλαδή, κάθε φορά) μπορούν να ζητήσουν από το Μονομελές Πρωτοδικείο τον διορισμό ειδικού εκπροσώπου για την άσκηση της εταιρικής αγωγής κατά των μελών του Δ.Σ. και τη διεξαγωγή της οικείας δίκης μέχρι την αμετάκλητη περάτωσή της.

Ο διορισμός ειδικού εκπροσώπου ισοδυναμεί, συνεπώς, με την εισαγωγή, μέσω δικαστικής απόφασης, ενός νέου οργάνου στη διοικητική οργάνωση της Α.Ε. Πρόκειται, συνεπώς, αναμφίβολα για παρέμβαση του δικαστηρίου στην αυτονομία του νομικού προσώπου, η οποία παραμένει συνταγματικά ανεκτή (άρθρ. 5 παρ. 1 Συν), στο βαθμό που έχει προσωρινό και εξαιρετικό χαρακτήρα (βλ. ΕΦΑΘ 5626/2020).

Το Δικαστήριο δέχεται την αίτηση των μετόχων και ορίζει ειδικό εκπρόσωπο, εφόσον δεν συντρέχει προφανώς υπέρτερο συμφέρον της εταιρείας, που να δικαιολογεί τη μη διεξαγωγή δικαστικού αγώνα σε βάρος των μελών του διοικητικού συμβουλίου (άρθρ. 105§2). Από τη διατύπωση του νόμου συνάγεται ότι το Δικαστήριο δε θα αρκестεί στην διαπίστωση της συνδρομής των προϋποθέσεων του νόμου για το διορισμό ειδικού εκπροσώπου, αλλά θα πρέπει να προβεί και σε εξέταση ουσίας, ήτοι στο κατά πόσον δεν συντρέχει προφανώς υπέρτερο και

όχι απλώς υπέρτερο συμφέρον της εταιρείας, που να δικαιολογεί τη μη διεξαγωγή δικαστικού αγώνα σε βάρος των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου. Υποδηλώνεται με αυτό τον τρόπο η βούληση του νομοθέτη να προβαίνει ο δικαστής σε φειδωλή χρήση αυτής της δυνατότητας σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις, κατά τις οποίες επί ενασκήσεως των επίμαχων αξιώσεων το νομικό πρόσωπο θα εκτίθετο σε επαρκώς στοιχειοθετημένο κίνδυνο σημαντικής βλάβης, περιουσιακής ή ηθικής, όπως τρώσης της φήμης, του κύρους και της αξιοπιστίας της, κατά τα άνω (βλ. ΜΕΦΠειρ 132/2020).

Είναι σαφές, βέβαια, ότι ο ειδικός εκπρόσωπος, σε αντίθεση με το διοικητικό συμβούλιο ή το δικαστήριο, δεν μπορεί να αρνηθεί την άσκηση της αγωγής, επικαλούμενος το εταιρικό συμφέρον ή άλλους λόγους (οικονομικής) σκοπιμότητας, αλλά αυστηρά και μόνο ότι κατά τη νομική του εκτίμηση η τυχόν εταιρική αγωγή θα ήταν αβάσιμη (άρθ. 105§6).

5. Παραγραφή

Οι αξιώσεις της εταιρείας παραγράφονται μετά τριετία από την τέλεση της πράξης ή την παράλειψη, δίχως να γίνεται πλέον διάκριση ανάμεσα σε ζημία προκαλούμενη από αμέλεια και σε ζημία προξενούμενη από δόλο, όπως κατά το προγενέστερο δίκαιο. Η έναρξη της παραγραφής τοποθετείται χρονικά από την τέλεση της πράξης ή παράλειψης και όχι από τη γνώση αυτής ή την εμφάνιση των ζημιογόνων αποτελεσμάτων της (βλ. ΑΠ 131/2022).

Περαιτέρω, εισάγεται πρόβλεψη περί αναστολής της τριετούς αυτής παραγραφής σε δύο περιπτώσεις: **α.** Για όσο χρόνο ο υπεύθυνος έχει την ιδιότητα του μέλους του διοικητικού συμβουλίου ή εκείνη του υποκατάστατου (του

Δ.Σ.) οργάνου διοίκησης. Σε κάθε περίπτωση η παραγραφή επέρχεται μετά πάροδο δεκαετίας από την τέλεση της πράξης ή την παράλειψη (102§6) και **β.** Αν έχει υποβληθεί εγγράφως αίτηση της μειοψηφίας (1/20 του μετοχικού κεφαλαίου) προς το Δ.Σ. για την άσκηση της αγωγής. Στην τελευταία περίπτωση η παραγραφή συνεχίζεται μετά την έκδοση της απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου επί της αιτήσεως των μετόχων για διορισμό ειδικού εκπροσώπου προς άσκηση της εταιρικής αγωγής. Πάντως, εάν ο ειδικός εκπρόσωπος, πριν ασκήσει την εταιρική αγωγή, καταλήξει στο συμπέρασμα ότι για οποιοδήποτε λόγο δεν υπάρχει ευθύνη προς αποζημίωση, οι μέτοχοι που ζήτησαν την άσκηση της αγωγής μπορούν να επανέλθουν με νεότερη αίτηση, η παραγραφή όμως στην περίπτωση αυτή δεν αναστέλλεται.

6. Αντί επιλόγου

Οι διατάξεις του άρθρων 102 έως 108 του Ν.4548/2018, που προβλέπουν την ευθύνη των μελών του Δ.Σ. της ανώνυμης εταιρείας, έχουν αφενός αποκαταστατικό αφετέρου προληπτικό χαρακτήρα, διότι με την εφαρμογή τους δεν αποκαθίσταται απλώς η προκληθείσα ζημία, αλλά ωθούνται τα μέλη να συμπεριφέρονται κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με επιμέλεια, προκειμένου να αποφύγουν την προσωπική τους ευθύνη. **Οι εν λόγω διατάξεις αποσκοπούν στην άσκηση ελέγχου στο Δ.Σ. και στοχεύουν στην προστασία της καλής πορείας της εταιρείας, στη διατήρηση της εταιρικής περιουσίας αλλά και στην προστασία αφενός των μετόχων από την έμμεση ζημία που ενδεχομένως θα υποστούν από την πτώση της αξίας της επένδυσής τους, αφετέρου των τρίτων που συναλλάσσονται με την εταιρία.**

PSARAKIS || ΚΕΦΑΛΑΣ
COMMERCIAL LITIGATION



📍 Λυκαβηττού 2
📍 Ακαδημίας 28
Κολωνάκι, 106 71 Αθήνα
T (+30) 2103641214
(+30) 2103646874
M info@psarakislegal.com