

ΕΠΟΙΔ

Επισκόπηση Οικονομικού Δικαίου

Τετράμηνη Περιοδική Νομική Έκδοση

Μελέτες

- Σιδηροκαστρίτη Α. *Η φορολογία στα σύννεφα: οι προκλήσεις του υπολογιστικού νέφους (cloud computing)*
- Σκιαδόπουλος Σ. *Κατάλληλη & Συμβατή Πληροφόρηση κατά την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών*

Νομολογία

- ΔΕφΘεσ 680/2019 *Η αρχή της τυπικότητας στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων
[σημ. Πουσίνη Σ.]*
- ΜΠρΘεσσαλ.
18.12.2020 *Εγγραφή προσημείωσης υποθήκης στη βάση προσωρινής διαταγής
[σημ. Σταυρουλάκη Δ.]*
- ΜΠρΝάξου 94/2021 *Αγωγή γεωμετρικών μεταβολών στο κτηματολόγιο*
- ΜΠρΚαβ 309/2020 *Διορισμός προσωρινής διοίκησης σε ΕΠΕ*



Μάιος-Αύγουστος 2021 • Αρ. Τεύχους 10

Έκδοση της Ένωσης Οικονομικού Δικαίου

Copyright © Ένωση Οικονομικού Δικαίου, Αύγουστος 2021

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας έκδοσης, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και ο Εκδότης.

Περιεχόμενα

A. Μελέτες

- 6 **Η φορολογία στα σύννεφα: οι προκλήσεις του υπολογιστικού νέφους (cloud computing)**
Σιδηροκαστρίτη Αγγελική
Δικηγόρος, Υπ. Διδάκτωρ Νομικής ΑΠΘ
- 24 **Κατάλληλη & Συμβατή Πληροφόρηση κατά την παροχή Επενδυτικών Υπηρεσιών: Ζητήματα τυποποιημένης ενημέρωσης και απαλλαγή από την υποχρέωση πληροφόρησης**
Σπυρίδων Σκιαδόπουλος
Δικηγόρος, ΜΔΕ ΑΠΘ

B. Νομολογία

- 38 **Δεφθεσ 680/2019 (Τμήμα Γ' . Ακυρ.): Η υποχώρηση υπό προϋποθέσεις της αρχής της τυπικότητας στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων**
[σημ. Πουσίνη Σ.]
Σωτηρία Πουσίνη
Μόνιμη Υπάλληλος ΥΠΕΣ, Νομικός, ΜΔΕ, ΜΑ
- 48 **ΜΠρΘεσσαλ. 18.12.2020: Η προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο αίτησης ασφαλιστικών μέτρων για την εγγραφή προσημείωσης**
[σημ. Σταυρουλάκη Δ.]
Δημητρία Σταυρουλάκη
Δικηγόρος, ΜΔΕ ΑΠΘ
- 54 **ΜΠρΝάξου 94/2021: Ζητήματα παραδεκτού της κτηματολογικής αγωγής για τη διόρθωση γεωμετρικών στοιχείων**
- 58 **ΜΠρΚαβάλας 309/2020: Διορισμός προσωρινής διοίκησης σε ΕΠΕ**

ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ ΕΚΔΟΣΗΣ

Διεύθυνση Έκδοσης
Κουρμπέτης Σταύρος
Πετράς Ιωάννης
Σιδηρόπουλος Γεώργιος

Συντακτική Επιτροπή
Ντόντη Κωνσταντίνα
Παπαγεωργίου Γεώργιος
Πρινωτάκης Παναγιώτης

Συνεργάτες Έκδοσης
Πουσίνη Σωτηρία
Σιδηροκαστρίτη Αγγελική
Σκιαδόπουλος Σπυρίδων
Σταυρουλάκη Δημητρία

Ψηφιακή επιμέλεια
Γαζής Αλέξανδρος

ISSN 2623-4742

Ιστοσελίδα
www.economiclaw.gr

Επικοινωνία
epoid.info@gmail.com
contact-form@economiclaw.gr

ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΣΤΗΝ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Η «Επισκόπηση Οικονομικού Δικαίου» δέχεται άρθρα, μελέτες και σχολιασμένες ή μη δικαστικές αποφάσεις, που είναι πρωτότυπες και δεν έχουν δημοσιευθεί σε άλλο έντυπο ή αποστέλλονται ως προδημοσίευση και σχετίζονται με ζητήματα του οικονομικού δικαίου με επιστημονικό και πρακτικό ενδιαφέρον. Τα άρθρα και οι μελέτες παρακαλούμε να μην υπερβαίνουν τις 6.000 λέξεις και οι σχολιασμένες δικαστικές αποφάσεις τις 3.000 λέξεις. Κάθε κείμενο προς δημοσίευση παρακαλούμε να χωρίζεται σε περισσότερες ενότητες, με τους αντίστοιχους τίτλους και να συνοδεύεται από μια σύντομη περίληψη στα ελληνικά και στα αγγλικά, η οποία θα δημοσιεύεται στον διαδικτυακό τόπο του περιοδικού.

Τα προς δημοσίευση κείμενα θα αξιολογούνται από την Συντακτική Επιτροπή, η οποία έχει την διακριτική ευχέρεια να προχωρήσει στην δημοσίευσή τους ή μη, επιλέγοντας ελεύθερα τον χρόνο και την σειρά δημοσίευσής τους.

Παρακαλούμε όπως αποστείλετε τα κείμενα σας σε ηλεκτρονική μορφή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην διεύθυνση epoid.info@gmail.com

Οι μελέτες της παρούσας έκδοσης έχουν τύχει επιμελούς επιστημονικής επεξεργασίας. Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτές είναι προσωπικές και εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις απόψεις της Ένωσης Οικονομικού Δικαίου και της Συντακτικής Επιτροπής. Δεν αποτελούν δε, σε καμία περίπτωση, παροχή νομικών συμβουλών και η Ένωση Οικονομικού Δικαίου δεν φέρει ευθύνη για οιαδήποτε προκληθείσα ζημία εξ αυτών.

Σημείωμα της Συντακτικής Επιτροπής

Δίκαιο και Οικονομία ανέκαθεν δύο κλάδοι αλληλεπιδρώντες και πάντοτε εξαρτώμενοι άμεσα ο ένας από τον άλλο. Η Επισκόπηση Οικονομικού Δικαίου, επιχειρεί να αναδείξει τις σύγχρονες εκφάνσεις αυτής της σχέσης, με την παρουσίαση επίκαιρων νομικών θεμάτων, ορισμένα εκ των οποίων ενδεχομένως να μην έχουν τύχει της απαιτούμενης προσοχής. Η παρούσα έκδοση απευθύνεται σε νομικούς και δικηγόρους, που πιστεύουν στην σημασία της μελέτης και της εμβάθυνσης στην ανωτέρω σχέση για λόγους επιστημονικούς και επαγγελματικούς. Έχοντας έναν τέτοιο προσανατολισμό, η Συντακτική Επιτροπή θα επιμελείται μια νομικά επίκαιρη και ενδιαφέρουσα για τον σύγχρονο νομικό και δικηγόρο της πράξης έκδοση.

Ευχόμαστε καλή ανάγνωση,

Η Διεύθυνση Έκδοσης,

Σταύρος Κουρμπέτης

Ιωάννης Πετράς

Γεώργιος Σιδηρόπουλος

Αθήνα, Αύγουστος 2021

Α. Μελέτες

Η φορολογία στα σύννεφα: οι προκλήσεις του υπολογιστικού νέφους (cloud computing)

Αγγελική Σιδηροκαστρίτη,
Δικηγόρος, Υπ. Διδάκτωρ Νομικής ΑΠΘ

1. Εισαγωγή

Τα τελευταία χρόνια η ψηφιοποίηση της οικονομίας απασχολεί όλο και περισσότερο τις φορολογικές αρχές, το νομοθέτη και τη διεθνή επιστημονική κοινότητα. Καθώς η συζήτηση κινείται γύρω από την προϊούσα ενοποίηση των εθνικών αγορών μέσω του Διαδικτύου και τις προκλήσεις για τα φορολογικά συστήματα, τίθεται το ζήτημα της συμβατότητας των κανόνων φορολόγησης, κυρίως εκ των Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας κατά το Πρότυπο του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ), και ακολούθως των εθνικών κανόνων, με τις νέες συναλλακτικές μορφές και τις νέες συνθήκες στην παγκόσμια αγορά.

Στο παρόν άρθρο εστιάζουμε στις υπηρεσίες του cloud computing και τις πρακτικές συνέπειες που έχει η εκτεταμένη χρήση τους για τη φορολόγηση του παραγόμενου εισοδήματος. Πρώτα, θα προσπαθήσουμε

να αναλύσουμε την έννοια και τον τρόπο λειτουργίας του cloud computing, ώστε στη συνέχεια να εξετάσουμε το πεδίο φορολόγησής των υπηρεσιών αυτών και τη συμβατότητα των υφιστάμενων κανόνων φορολόγησης.

2. Τι είναι το υπολογιστικό νέφος (cloud computing) και ποιες είναι οι λειτουργίες του;

Ο όρος «υπολογιστικό νέφος» (cloud computing) συνοψίζει το σύνολο των υπολογιστικών πόρων και τη διάθεση αυτών απομακρυσμένα στους χρήστες μέσω του Διαδικτύου από έναν κεντρικό πάροχο σε πραγματικό χρόνο. Η έννοια εμπεριέχει πληθώρα ευέλικτων εργαλείων υπό τη μορφή λογισμικού (software), υπολογιστικών υποδομών (computing infrastructure) και επεξεργαστικής ισχύος, εφαρμογές (applications), διακομιστές (servers), εργαλεία προγραμματισμού (developer tools), κ.α., που επιτρέπουν την αποθήκευση,

επεξεργασία και το διαμοιρασμό δεδομένων μέσω Διαδικτύου¹.

Το Εθνικό Πληροφοριακό Σύστημα Έρευνας και Τεχνολογίας (Ε.Π.Σ.Ε.Τ.) δίνει τον παρακάτω περιεκτικό ορισμό του cloud computing ως: «[την] κατ' αίτηση διαδικτυακή, κεντρική διάθεση υπολογιστικών πόρων (όπως δίκτυο, εξυπηρετητές, εφαρμογές και υπηρεσίες) με υψηλή ευελιξία, ελάχιστη προσπάθεια από το χρήστη και υψηλή αυτοματοποίηση»², κατά τον ορισμό του Ινστιτούτου Προτύπων και Τεχνολογίας (National Institute of Standards and Technology, “NIST”) των Ηνωμένων Πολιτειών³.

Σχετικός είναι και ο ορισμός των αυτοματοποιημένων ψηφιακών υπηρεσιών (automated digital services, “ADS”) που δίνει ο ΟΟΣΑ μέσω της Δράσης 1 του προγράμματος BEPS, στη θετική λίστα των οποίων εντάσσονται και οι υπηρεσίες cloud computing⁴. Ο ορισμός των ADS⁵ αποτελείται από δύο μέρη που χαρακτηρίζουν τις υπηρεσίες αυτές:

¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/el/MEMO_12_713

² <http://www.epset.gr/el/content/y-pologistiko-nefos-cloud-computing>

³ <https://www.nist.gov/news-events/news/2011/10/final-version-nist-cloud-computing-definition-published>

⁴ Βλ. κατωτέρω υπό 5.4.2 σχετικά με τη φορολογική αντιμετώπιση των ADS.

⁵ OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, σελ. 20, <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>

- «αυτοματοποιημένες», καθώς μετά το στήσιμο (set up) του συστήματος μέσω του οποίου παρέχονται οι υπηρεσίες απαιτείται ελάχιστη ανθρώπινη παρέμβαση εκ μέρους του παρόχου της υπηρεσίας για την συνέχιση της παροχής, που πλέον βασίζεται στον εξοπλισμό και τα συστήματα του παρόχου, σε αντιδιαστολή με την αναγκαία αλληλεπίδραση μεταξύ των δύο, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η συμμετοχή ανθρώπων στη δημιουργία και τη λειτουργία του συστήματος, και
- «ψηφιακές», δηλαδή όσες παρέχονται μέσω του Διαδικτύου ή άλλου ηλεκτρονικού δικτύου και όχι σε φυσικές εγκαταστάσεις.

Στη θετική λίστα των ADS, μαζί με τις υπηρεσίες υπολογιστικού νέφους συμπεριλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, οι πλατφόρμες κοινωνικών δικτύων, οι μηχανές αναζήτησης και οι υπηρεσίες ψηφιακού περιεχομένου. Ενδιαφέρον έχει ότι στην αρνητική λίστα περιλαμβάνονται εξατομικευμένες επαγγελματικές υπηρεσίες, εξατομικευμένες υπηρεσίες διδασκαλίας, η διαδικτυακή πώληση αγαθών και υπηρεσιών εκτός των ADS, η πώληση υλικών αγαθών ανεξαρτήτως της συνδεσιμότητάς του σε δίκτυο (Internet of Things, “IoT”) και υπηρεσίες παροχής πρόσβασης στο Διαδίκτυο ή άλλο ηλεκτρονικό δίκτυο.

Στην ίδια πηγή περιέχεται και ξεχωριστός ορισμός των υπηρεσιών cloud

computing, σύμφωνα με τον οποίο υπηρεσίες υπολογιστικού νέφους νοείται «η παροχή διαδικτυακής πρόσβασης σε τυποποιημένους υπολογιστικούς πόρους, συμπεριλαμβανομένων των υποδομή ως υπηρεσία, πλατφόρμα ως υπηρεσία και λογισμικό ως υπηρεσία»⁶. Είναι σημαντική, λοιπόν, για την υπαγωγή σε μία από τις λίστες η προσεκτική προσέγγιση των παρεχόμενων υπηρεσιών κατά περίπτωση, αφού είναι πιθανό ψηφιακές υπηρεσίες που παρέχονται διαδικτυακά μέσω ενός τυποποιημένου συστήματος υπολογιστικού νέφους να εκφεύγουν του ορισμού των ADS, άρα και του cloud computing εάν προϋποθέτουν εκτεταμένη ανθρώπινη παρέμβαση για την παραμετροποίηση του συστήματος, της πλατφόρμας ή του λογισμικού, προκειμένου να ανταποκρίνονται στις ανάγκες συγκεκριμένου χρήστη (όπως στην πρόσληψη σχεδιαστή εφαρμογών για την ανάπτυξη εφαρμογής για την εκτέλεση συγκεκριμένης, εξειδικευμένης λειτουργίας, π.χ. στην περίπτωση ανάπτυξης εφαρμογής για την παρακολούθηση υποθέσεων σε ένα δικαστήριο). Οι υπηρεσίες αυτές προσιδιάζουν σε υπηρεσίες επαγγελματία, συγκεκριμένα μηχανικού, οπότε εμπίπτουν στην αρνητική

⁶ Ό.π., σελ. 31, η μετάφραση στα Ελληνικά από τη γράφουσα. Ο ΟΟΣΑ αναφέρει ως παραδείγματα τις υπηρεσίες αποθήκευσης, βάσης δεδομένων, δικτύωσης, φιλοξενίας ιστοσελίδων, παροχής περιεχομένου, εφαρμογών και λογισμικού και τις υπολογιστικές υπηρεσίες.

λίστες και εξαιρούνται από το πεδίο των ADS, άρα και της λύσης φορολογικής αντιμετώπισης υπό τη Δράση 1 του ΟΟΣΑ.

Οι υπηρεσίες υπολογιστικού νέφους καλύπτουν ευρύτατο πεδίο εργασιών και αποδίδονται με το ακρωνύμιο «x-ως-Υπηρεσία» (x-as-a-Service), δηλαδή οτιδήποτε ως Υπηρεσία μέσω των υποδομών του νέφους⁷. Τρία μοντέλα διακρίνουμε στη βάση του cloud computing:

(α) Λογισμικό ως Υπηρεσία (Software-as-a-Service, SaaS): Η προσφορά λογισμικού ως υπηρεσία αποτελεί μοντέλο υπηρεσίας υπολογιστικού νέφους βάσει του οποίου το λογισμικό φιλοξενείται κεντρικά από τον πάροχο και διατίθεται στο κοινό μέσω Διαδικτύου. Η υπηρεσία αντιστοιχεί σε μια συμφωνία παροχής άδειας απομακρυσμένης χρήσης λογισμικού, που στο πλαίσιο αυτό δεν διατίθεται κατά τον παραδοσιακό τρόπο ενσωματωμένο σε φυσικό μέσο (π.χ. CD), ούτε ηλεκτρονικά προς εγκατάσταση στο υπολογιστικό σύστημα του χρήστη. Το προσφερόμενο λογισμικό είναι προσπελάσιμο μέσω των υποδομών cloud του παρόχου, με αποτέλεσμα να μην απαιτείται εγκατάσταση τοπικά στο υπολογιστικό σύστημα του χρήστη, ενώ είναι δυνατή και η πρόσβαση σε αυτό μέσω πολλαπλών συσκευών

⁷ Βλ. https://en.wikipedia.org/wiki/As_a_service, όπου παρατίθεται λίστα με παραδείγματα των πιο γνωστών υπηρεσιών cloud computing.

(πολυκαναλική χρήση, multi-tenant use⁸), μέσω ενός φυλλομετρητή (web browser). Ο χρήστης δεν έχει πρόσβαση στον κώδικα του λογισμικού και τις παραμέτρους του, παρά μόνο στην έκταση που δίνεται από τον πάροχο η δυνατότητα προσαρμογής και παραμετροποίησής του. Παραδείγματα SaaS είναι τα Google Apps, Dropbox, DocuSign, Netflix, Zoom.

(β) Πλατφόρμα ως Υπηρεσία (Platform-as-a-Service, PaaS): Το μοντέλο της πλατφόρμας ως υπηρεσία αναφέρεται στην παροχή εξοπλισμού, λειτουργικού συστήματος, λογισμικού, εφαρμογών και διαφόρων δυνατοτήτων μέσω της υποδομής του υπολογιστικού νέφους. Συνήθως τα εργαλεία αυτά χρησιμοποιούνται για σκοπούς προγραμματισμού και δημιουργίας εφαρμογών. Με την ίδια λογική του SaaS, ο χρήστης της πλατφόρμας δεν έχει δυνατότητα ελέγχου των υποδομών του παρόχου (π.χ., server, δίκτυο, αποθηκευτικό χώρο), παρά μόνο όσων παραμέτρων, εφαρμογών και εργαλείων επιτρέπει ο πάροχος εντός του υπολογιστικού περιβάλλοντος της πλατφόρμας. Είναι ελεύθερος, ωστόσο, να «τρέχει» λογισμικό και εφαρμογές στην πλατφόρμα. Γνωστές πλατφόρμες που προσφέρονται ως υπηρεσία είναι οι AWS Lambda, Dokku και Zoho Creator.

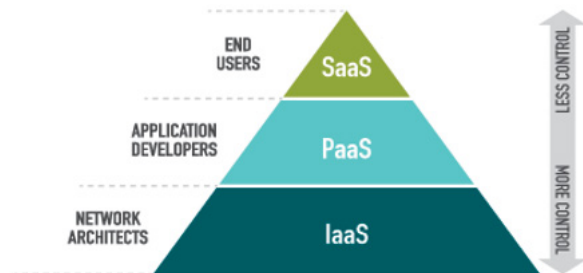
(γ) Υποδομή ως Υπηρεσία (Infrastructure-as-a-Service, IaaS): Το μοντέλο της υπολογιστικής υποδομής ως υπηρεσία, γνωστό και ως εξοπλισμός-ως-υπηρεσία (hardware-as-a-service), αποτελεί καινοτομία που παρέχει στο χρήστη υπολογιστικούς πόρους/διεπαφές, όπως αποθηκευτικό χώρο (database), δίκτυο, ισχύ, ρυθμίσεις προστασίας, διακομιστές (servers), τα οποία μπορεί να χρησιμοποιήσει για σκοπούς προγραμματισμού (παραδείγματα IaaS, Google Cloud Infrastructure, Microsoft Azure, Amazon Web Services). Ο πάροχος διαθέτει τους πόρους αυτούς μέσω εξοπλισμού/υλικού εγκατεστημένου σε κέντρα δεδομένων (data centers)⁹, σε οποιοδήποτε μέρος του κόσμου. Η πρόσβαση στις υποδομές γίνεται μέσω του υπολογιστικού νέφους και ο χρήστης έχει τη δυνατότητα να εγκαθιστά σε αυτές λειτουργικό σύστημα, εφαρμογές και λογισμικό της επιθυμίας του. Παρομοίως, ο χρήστης δεν έχει δυνατότητα διαχείρισης των υποδομών, παρά μόνο αξιοποίησης των δυνατοτήτων που του προσφέρονται.

Τα μοντέλα αυτά είναι συχνά συμπληρωματικά, καθώς η λειτουργία και χρήση ενός συχνά συνδυάζει ή προϋποθέτει την παροχή και των υπολοίπων δυνατοτήτων-υπηρεσιών, ενώ ταυτόχρονα παρουσιάζουν ευρεία εξειδίκευση με νέες ειδικότερες μορφές των τριών

⁸ <http://saas.ekt.gr/content/benefits>

⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/Cloud_computing

βασικών να εμφανίζονται προς εξυπηρέτηση συγκεκριμένων αναγκών. Η αρχιτεκτονική των μοντέλων απεικονίζεται συχνά σε μορφή πυραμίδας με τρία επίπεδα:



Εικόνα 1. Η πυραμίδα των υπηρεσιών cloud¹⁰

3. Ποιοι είναι οι πάροχοι υπηρεσιών υπολογιστικού νέφους;

Στο υπολογιστικό περιβάλλον του cloud εμπλέκονται και μεσολαβούν πολλά πρόσωπα με ξεχωριστούς ρόλους, όπως αυτός του παρόχου, του μεσίτη και του χρήστη της υπηρεσίας, του ελεγκτή και του μεταφορέα νέφους. Κρίσιμοι για το παρόν είναι οι ρόλοι του παρόχου και του χρήστη του νέφους.

Συγκεκριμένα, πάροχος των υπηρεσιών νέφους μπορεί να είναι ένα φυσικό πρόσωπο ή νομική οντότητα. Ρόλος του είναι να καθιστά διαθέσιμες στους χρήστες τις υπηρεσίες, εξασφαλίζοντας παράλληλα ότι υπάρχει η απαραίτητη υποδομή και ότι έχουν γίνει οι κατάλληλες ρυθμίσεις προκειμένου ο χρήστης να έχει πρόσβαση στα προσφερόμενα προγράμματα, λογισμικό,

¹⁰ <https://www.codematters.online/demystifying-azure-paas/cloud-computing-pyramid-iaas-paas-saas/>

εργαλεία, κ.α., σε συνάρτηση με τη μορφή του συγκεκριμένου μοντέλου.

Ανάλογα με το μοντέλο και τη δραστηριότητα την οποία επιθυμεί να επιτελέσει ο χρήστης, μπορεί να εμπλέκονται και να μεσολαβούν περισσότερα πρόσωπα/πάροχοι, όπως στην περίπτωση του SaaS, όπου πάροχος του λογισμικού μπορεί να είναι διαφορετικός από τον πάροχο της πλατφόρμας και τρίτος ο πάροχος της υποδομής.

Εν προκειμένω, βασικοί πάροχοι υπηρεσιών υπολογιστικού νέφους είναι οι μεγάλες τεχνολογικές εταιρείες, όπως οι πιο γνωστές Google, Amazon, Facebook, Apple και Microsoft (“GAFAM”), οι οποίες έχουν επενδύσει στην ανάπτυξη συστημάτων υπολογιστικού νέφους. Πολλές από αυτές τις υπηρεσίες cloud χρησιμοποιούνται εκτεταμένα καθημερινά σε προσωπικό και επαγγελματικό επίπεδο διευκολύνοντας μέσω της ψηφιοποίησης και της φορητότητας την επιτέλεση πολλών εργασιών.

4. Ποια είναι τα βασικά χαρακτηριστικά και τα πλεονεκτήματα του υπολογιστικού νέφους;

Εκ προοιμίου θα πρέπει να επισημανθεί ότι η ανάπτυξη των υπηρεσιών cloud και η δομή αυτών αποσυνδέουν την παροχή των υπηρεσιών από την προϋπόθεση τοπικής

εγγύτητας και φυσικής αλληλεπίδρασης με τον πάροχο, που μέχρι πρόσφατα περιόριζαν τη δυνατότητα διάδοσης και επέκτασης των «παραδοσιακών» υπηρεσιών εκτός δικτύου. Η μετάβαση αυτή είναι σταδιακή και αντιστοιχεί στη μεταβολή των αναγκών και των συνθηκών ανταγωνισμού μέσω της ανάπτυξης της τεχνολογίας της πληροφορίας και, ειδικότερα, του Διαδικτύου.

Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα των προγραμμάτων λογισμικού (software)¹¹. Παρακολουθούμε ότι η διανομή λογισμικού σε φυσικά μέσα αντικαταστάθηκε από την ηλεκτρονική διάθεση αυτού, βαίνοντας πλέον προς τη σταδιακή υποκατάσταση από το μοντέλο του SaaS. Από την πρώτη στη δεύτερη φάση παρατηρείται αλλαγή του μέσου διάθεσης από την ενσωμάτωση ενός αντιγράφου του προγράμματος σε φυσικό μέσο, όπως CD, στη λήψη ενός ηλεκτρονικού αντιγράφου προς εγκατάσταση στο υπολογιστικό σύστημα του χρήστη. Ακολουθώντας, η μεταβολή οδηγεί σε μεγαλύτερο αυτοματισμό με μοντέλο του SaaS.

Η διάδοση και η ελκυστικότητα των δυνατοτήτων του cloud computing εξηγείται αν αναλογιστούμε τα βασικά χαρακτηριστικά της νέας τεχνολογίας:

¹¹ Στο παρόν δεν γίνεται αναφορά στην παροχή άδειας χρήσης του λογισμικού μέσω συμβάσεων παροχής άδειας χρήσης (licensing agreement, royalties), αλλά στην παροχή της δυνατότητας λειτουργίας του προγράμματος μέσω της χρήσης αντιγράφου.

- Παροχή υπηρεσιών κατόπιν αιτήματος (on-demand), χωρίς φυσική αλληλεπίδραση με τον πάροχο. Ο χρήστης μπορεί να εξυπηρετηθεί οποτεδήποτε με δική του πρωτοβουλία (Διαθεσιμότητα).

- Εκτεταμένη και ευκολότερη προσβασιμότητα στους υπολογιστικούς πόρους μέσω του Διαδικτύου, από οποιαδήποτε συσκευή και οποιοδήποτε τόπο (Πολυκαναλική πρόσβαση και Διασυννοριακότητα).

- Δυνατότητα ταυτόχρονης χρήσης από κοινού με περισσότερους χρήστες

- Οι υπηρεσίες και οι πόροι του cloud computing προσαρμόζονται γρήγορα στη ζήτηση και τις ανάγκες των χρηστών και αντίστοιχα διαμορφώνονται οι δυνατότητες και το κόστος των υπηρεσιών (Ελαστικότητα και Κλιμακωσιμότητα). Οι πάροχοι μπορούν να προσφέρουν και να αποσύρουν αντίστοιχα τις υπηρεσίες, ενώ αντίστοιχα διαμορφώνονται και οι λειτουργικές τους δαπάνες χωρίς να απαιτείται προϋπολογισμός δαπανών για το μέγιστο φορτίο.

- Το κόστος της υπηρεσίας διαμορφώνεται ανάλογα με το είδος της. Συνήθως στις περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών από επιχειρήσεις σε καταναλωτές (Business to Consumer, B2C) είναι δωρεάν με δυνατότητα επέκτασης των δυνατοτήτων επί πληρωμή (freemium), ενώ προς επιχειρήσεις (Business to Business, B2B) συνήθως κοστολογούνται βάσει αλγορίθμου ανάλογα με την πραγματική

χρήση σε πόρους και ισχύ, χάρη το μετρήσιμο των υπολογιστικών πόρων¹². Επιπλέον είναι δυνατή η καταβολή βάσει μηνιαίων, ετήσιων ή άλλων πακέτων με τη μέθοδο της πληρωμής κατά τη χρήση (pay-as-you-go).

5. Πεδίο φορολόγησης των υπηρεσιών υπολογιστικού νέφους

Το υπολογιστικό νέφος αποτελεί τεχνολογική καινοτομία των τελευταίων ετών με υψηλή ζήτηση και συνεχή εξέλιξη. Οι υπηρεσίες του cloud computing κερδίζουν έδαφος έναντι των παραδοσιακών υπηρεσιών που παρέχονταν με φυσική παρουσία, διαμορφώνοντας ένα πλαίσιο πιο σύνθετο από εκείνο του ηλεκτρονικού εμπορίου (e-commerce). Η μετεξέλιξη αυτή αποτελεί πρόκληση για το φορολογικό νομοθέτη που καλείται να εντάξει στο φορολογικό σύστημα τις συναλλαγές που λαμβάνουν χώρα στο ψηφιακό περιβάλλον και συνήθως διατρέχουν περισσότερες από μία έννομες τάξεις.

Αφετηρία του προβληματισμού είναι ότι οι υφιστάμενοι φορολογικοί κανόνες εθνικής, ενωσιακής και διακρατικής προέλευσης (κυρίως οι διμερείς συμβάσεις αποφυγής διπλής φορολογίας) δεν είναι (πάντα)

συμβατοί με τις δραστηριότητες στο υπολογιστικό νέφος, καθιστώντας έτσι τη διαχείριση των νέων συναλλαγών πρόκληση φορολογικής οργάνωσης. Νομοθέτηση νέων κανόνων ή ερμηνεία των υφιστάμενων, οποιαδήποτε προσέγγιση και αν επιλεγεί οφείλει να λάβει υπόψη την ψηφιοποίηση και τη διασυνοριακότητα των ψηφιακών συναλλαγών ως κυρίαρχα χαρακτηριστικά που τις διαμορφώνουν δυναμικά. Το ως άνω ζήτημα αφορά τόσο την επιβολή φόρου στη συναλλαγή (κυρίως το Φόρο Προστιθέμενης Αξίας), αλλά και τη φορολογική αντιμετώπιση του εισοδήματος από τις ως άνω δραστηριότητες. Το δεύτερο συστατικό απασχολεί το παρόν άρθρο.

5.1 Υφιστάμενοι κανόνες φορολόγησης και εφαρμογή

Το cloud computing προσφέρει απεριόριστες δυνατότητες παροχής υπηρεσιών σε παγκόσμια κλίμακα, διαμορφώνοντας ένα πλέγμα συναλλαγών, με αντικείμενο κυρίως άυλα αγαθά, και συναλλασσόμενων, όπου πάροχος και χρήστης αντικαθιστούν τον πωλητή και τον αγοραστή ή τον πάροχο και το λήπτη. Το εισόδημα παράγεται είτε ως αντίτιμο από την παροχή των υπηρεσιών ακολουθώντας τη μέθοδο pay-as-you-go, είτε/ και από τις διαφημίσεις που παρουσιάζονται στο χρήστη κατά τη διάρκεια της χρήσης των

¹² José Ángel Gómez Requena, 'Tax Treaty Characterization of Income Derived from Cloud Computing and 3D Printing and the Spanish Approach', (2018), 46, Intertax, Issue 5, pp. 408-421, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/46.5/TAXI2018041>, σελ. 410

υπηρεσιών. Η καινοτομία και πολυπλοκότητα των νέων μορφών συναλλαγής δυσχεραίνει την υπαγωγή τους στους υπάρχοντες κανόνες που αδυνατούν να ρυθμίσουν πολλές πτυχές ή αγνοούν την ύπαρξη νέων φορολογικών σχέσεων. Πολλά κράτη και διεθνείς οργανισμοί έχουν αναγνωρίσει το κενό στο οποίο εμπίπτει πληθώρα συναλλακτικών σχέσεων, εκδίδοντας κατευθυντήριες γραμμές ή νομοθετώντας από κοινού ή ξεχωριστά.

Δύο είναι οι κρίσιμες προεκτάσεις του φόρου εισοδήματος με τις οποίες θα ασχοληθούμε: ο εντοπισμός της πηγής/χαρακτηρισμός του εισοδήματος και η κατανομή της εξουσίας φορολόγησης σε διασυνοριακές περιπτώσεις. Για τον εντοπισμό της πηγής και το χαρακτηρισμό του εισοδήματος θα πρέπει πρώτα να ταυτοποιήσουμε τη χαρακτηριστική παροχή σε κάθε σύμβαση. Η διαδικασία αυτή απαιτεί προσεκτική ανάλυση των επιμέρους δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που μεταβιβάζονται βάσει της σχετικής σύμβασης. Στόχος του παρόντος άρθρου δεν είναι πάντως να καταλήξει σε ένα εξαντλητικό συμπέρασμα σχετικά με τον τρόπο φορολόγησης του εισοδήματος από υπηρεσίες cloud computing, δεδομένου ότι κάτι τέτοιο δεν θα ήταν δυνατό εξαιτίας της ποικιλομορφίας των ψηφιακών υπηρεσιών και των σχετικών συμβάσεων. Κάθε περίπτωση θα πρέπει να εξετάζεται *per se* ξεκινώντας από τις ειδικές συμφωνίες

των μερών, υπό το φως και της κατά περίπτωση εφαρμοστέας διμερούς σύμβασης αποφυγής διπλής φορολογίας σε περιπτώσεις διασυνοριακών συναλλαγών.

5.2 Εντοπισμός της πηγής και χαρακτηρισμός του εισοδήματος

Για το χαρακτηρισμό του εισοδήματος από φορολογικής άποψης χρησιμοποιείται η παρακάτω διάκριση: εισόδημα από επαγγελματική δραστηριότητα, από δικαιώματα ή από κεφάλαιο. Οι εν λόγω κατηγορίες αναφέρονται στο Πρότυπο Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας του ΟΟΣΑ¹³ (ειδικά τα άρθρα 7, 12 και 13), το οποίο επιλέγεται εδώ ως κείμενο αναφοράς λόγω της χρήσης του για τη διαμόρφωση και την ερμηνεία των συμβάσεων αποφυγής διπλής φορολογίας. Στην πράξη, ωστόσο, πληρωμές σχετικές με συναλλαγές στο cloud εμπίπτουν τις περισσότερες φορές - λόγω της ενσωμάτωσης τέτοιων συναλλαγών στο πλαίσιο της εμπορικής δραστηριότητας του παρόχου¹⁴ - στην κατηγορία εισοδήματος είτε από εμπορική δραστηριότητα (αρ. 7 ΟΟΣΑ, “business profits”), είτε από δικαιώματα

¹³ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

¹⁴ Technical Advisory Group on Treaty Characterisation of Electronic Commerce Payments, Tax Treaty Characterisation Issues Arising from E-Commerce Report to Working Party No. 1 Of the OECD Committee on Fiscal Affairs, σελ. 4, παρ. 8-9

(αρ. 12 ΟΟΣΑ, “royalties”), εάν αφορούν την ειδική περίπτωση που το αντίτιμο αντιστοιχεί στην παραχώρηση άδειας χρήσης¹⁵, υπό την έννοια της εμπορικής εκμετάλλευσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας¹⁶, και όχι τόσο συχνά στην κατηγορία του κεφαλαίου, αφού δεν έχουν ως στόχο, ούτε εκ των πραγμάτων προκύπτει, πλήρης αποξένωση του παρόχου από τα δικαιώματα επί του λογισμικού ή των συστατικών του hardware.

Παρακάτω θα μας απασχολήσει το μοντέλο του Λογισμικού ως Υπηρεσία, της Πλατφόρμας ως Υπηρεσία και της Υποδομής ως Υπηρεσία. Παρότι η αναφορά τους ως «Υπηρεσίες» δίνει μια κατεύθυνση ως προς το είδος της παροχής, είναι απαραίτητο να εξετάσουμε με λεπτομέρεια τα χαρακτηριστικά και τον τρόπο λειτουργίας τους, ώστε να καταλήξουμε ως προς την πηγή του παραγόμενου εισοδήματος. Οι απαντήσεις στο ερώτημα σχετικά με την χαρακτηριστική παροχή θα είναι σημαντικές

¹⁵ Για τον ορισμό των δικαιωμάτων, βλ. αρ. 12 παρ. 2 του Προτύπου Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας του ΟΟΣΑ: «Ο όρος «δικαιώματα» όπως χρησιμοποιείται στο παρόν Άρθρο σημαίνει πληρωμές οποιουδήποτε είδους που λαμβάνονται ως αντίτιμο για τη χρήση, ή το δικαίωμα χρήσης, οποιουδήποτε δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας επί λογοτεχνικού, καλλιτεχνικού, επιστημονικού έργου, συμπεριλαμβανομένων κινηματογραφικών ταινιών, οποιασδήποτε πατέντας, σήματος, σχεδίου ή μοντέλου, πλάνου, μυστικής φόρμουλας ή διαδικασίας, ή για πληροφορίες που αφορούν βιομηχανική, εμπορική ή επιστημονική εμπειρία» (μετάφραση της γράφουσας από τα Αγγλικά), OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

¹⁶ OECD (2019), “The Tax Treatment of Software”, in Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/690foe4a-en>, παρ. 44.

τελικά για την υπαγωγή σε συγκεκριμένη κατηγορία και την απόδοση της εξουσίας φορολόγησης σε συγκεκριμένη έννομη τάξη.

5.2.1 Λογισμικό ως υπηρεσία (SaaS)

Οι συναλλαγές με αντικείμενο το λογισμικό αποτέλεσαν τη βάση ανάδειξης του προβληματισμού σχετικά με τη φορολόγηση των ψηφιακών συναλλαγών. Η απάντηση σε αυτό δίνεται μέσω της ακόλουθης συλλογιστικής πορείας.

Το πρώτο βήμα είναι η αναγνώριση της χαρακτηριστικής παροχής μέσω των μεταβιβαζόμενων δικαιωμάτων, από την οποία εξαρτάται ακολούθως ο χαρακτηρισμός του εισοδήματος. Στην πράξη, οι συνηθέστερες μορφές συναλλαγών έχουν ως αντικείμενο την παροχή δικαιώματος χρήσης του λογισμικού ως σύνολο δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας (copyright), την πλήρη μεταβίβαση δικαιωμάτων επί του λογισμικού, ή την παροχή μόνο άδειας χρήσης (license) από το μεμονωμένο χρήστη στο πληροφοριακό του σύστημα. Αντίστοιχα, το αντίτιμο για την παροχή άδειας χρήσης του λογισμικού ως σύνολο δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας αποτελεί καταβολή δικαιωμάτων (άρθρο 12 ΟΟΣΑ), σε αντίθεση με τη μεταβίβαση όλων των δικαιωμάτων επί του λογισμικού που αποτελεί εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα (άρθρο 7

ΟΟΣΑ) ή εισόδημα από κεφάλαιο (άρθρο 13 ΟΟΣΑ, “capital gains”).

Σύμφωνα με τα παραπάνω, το μοντέλο «Λογισμικό ως Υπηρεσία» (SaaS) έχει ως αντικείμενο τη χρήση του λογισμικού από μεμονωμένο χρήστη. Ωστόσο, ο χρήστης δεν αποκτά αντίγραφο του λογισμικού που στη συνέχεια θα εγκαταστήσει στον υπολογιστή του, αλλά αντίθετα ο πάροχος του λογισμικού το καθιστά διαθέσιμο σε κεντρική βάση δεδομένων (στο cloud), χωρίς όμως να είναι απαραίτητη η εγκατάστασή του στο πληροφοριακό σύστημα του χρήστη. Επομένως, ο χρήστης δεν αποκτά το λογισμικό ως σύνολο δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας προς χρήση κατά τα προβλεπόμενα σε μια σύμβαση δικαιόχρησης (licensing), που θα παρήγαγε εισόδημα από δικαιώματα και, προφανώς, ούτε αποκτά πλήρη δικαιώματα επί του λογισμικού, όπως θα συνέβαινε σε μια σύμβαση αγοραπωλησίας. Πράγματι, το μοντέλο SaaS παρέχει περιορισμένο δικαίωμα χρήσης του λογισμικού από μεμονωμένο χρήστη. Επομένως, το προϊόν της συναλλαγής αποτελεί εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα.

Αξίζει να σημειώσουμε ότι η παροχή λογισμικού ως υπηρεσία διαφέρει από τη συνήθη περίπτωση πώλησης αντιγράφου του λογισμικού, στην έκταση που πλέον πρόσβαση σε αυτό δίνεται από μια κεντρική βάση και όχι

από το πληροφοριακό σύστημα του χρήστη όπου θα ήταν εγκατεστημένο το αντίγραφο του λογισμικού. Το χαρακτηριστικό αυτό, δηλαδή της «συγκέντρωσης» του λογισμικού σε έναν κεντρικό διακομιστή (server) αντί του διαμοιρασμού αντιγράφων στους χρήστες, έχει συνέπειες που αφορούν τον τόπο παροχής της υπηρεσίας, άρα και την κατανομή της εξουσίας φορολόγησης του παραγόμενου εισοδήματος.

5.2.2. Πλατφόρμα ως υπηρεσία (PaaS)

Το μοντέλο PaaS προσφέρει στους χρήστες απομακρυσμένη πρόσβαση στην πλατφόρμα και τα απαραίτητα εργαλεία hardware και software (π.χ. λειτουργικό σύστημα, γλώσσες προγραμματισμού, διακομιστή, δίκτυο, αποθηκευτικό χώρο, βάση δεδομένων) για την ανάπτυξη, χρήση, φιλοξενία και διατήρηση εφαρμογών λογισμικού. Ο χρήστης της πλατφόρμας δεν έχει δυνατότητα ελέγχου των υποδομών του παρόχου, παρά μόνο των εφαρμογών που δημιουργεί ο ίδιος και όσων παραμέτρων, εφαρμογών και εργαλείων εντός του υπολογιστικού περιβάλλοντος επιτρέπει ο πάροχος. Το μοντέλο Πλατφόρμα ως Υπηρεσία αποτελεί ειδικότερη λειτουργία του Λογισμικού ως Υπηρεσία υπό την έννοια χρήσης λογισμικού με ειδικότερο σκοπό τη δημιουργία και την παροχή μιας

ολοκληρωμένης ψηφιακής πλατφόρμας για την επιτέλεση εργασιών προγραμματισμού.

Αντίστοιχα με ό,τι αναφέρθηκε παραπάνω για την περίπτωση του SaaS, στην έκταση που την πλατφόρμα (άρα και την παρεχόμενη υπηρεσία) συνθέτουν στοιχεία λογισμικού, αντικείμενο της παροχής είναι η χρήση της πλατφόρμας και όχι η εκμετάλλευση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας επί των στοιχείων λογισμικού. Για το λόγο αυτό, το εισόδημα από την παροχή τέτοιων υπηρεσιών κατά κανόνα δεν θεωρείται εισόδημα από δικαιώματα, αλλά από επιχειρηματική δραστηριότητα.

5.2.3 Υποδομή ως Υπηρεσία (IaaS)

Οι υπηρεσίες του μοντέλου «Υποδομή ως Υπηρεσία» (IaaS) έχουν ως αντικείμενο τη διάθεση ψηφιακών και φυσικών υπολογιστικών πόρων ως υποδομή για την εκτέλεση ψηφιακών διεργασιών, κυρίως την εγκατάσταση λογισμικού και εφαρμογών με σκοπό τον προγραμματισμό, έναντι αντιτίμου. Αντίστοιχα με την περίπτωση του SaaS, συνήθως ο χρήστης δεν έχει δικαίωμα ελέγχου και διάθεσης των υποδομών παρά μόνο χρήσης τους στο μέτρο που απαιτείται για τη λειτουργία και τον έλεγχο του υπολογιστικού συστήματος, των εφαρμογών

που ο ίδιος εγκαθιστά¹⁷ και των δεδομένων που αποθηκεύει. Αφού, λοιπόν, αντικείμενο είναι η περιορισμένη χρήση της υποδομής, το εισόδημα θεωρείται προερχόμενο από επιχειρηματική δραστηριότητα. Εξάλλου, από το σκοπό και στο πλαίσιο των ως άνω μοντέλων δεν νοείται συνήθως μεταβίβαση πλήρους δικαιώματος ιδιοκτησίας επί των στοιχείων που συνθέτουν τη χαρακτηριστική παροχή, ώστε το αντίτιμο να θεωρηθεί ως εισόδημα από κεφάλαιο.

Η εξέταση της δυνατότητας υπαγωγής στην κατηγορία του εισοδήματος από δικαιώματα δεν είναι σχετική για την περίπτωση αυτή, καθώς, όπως αναλύθηκε παραπάνω για τα δύο άλλα μοντέλα, ο χρήστης δεν αποκτά δικαίωμα εκμετάλλευσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας επί των στοιχείων, αλλά μόνο το δικαίωμα πρόσβασης σε και χρήσης των δυνατοτήτων των ψηφιακών και φυσικών υποδομών και του περιεχομένου τους.

Ωστόσο, δεδομένου ότι κάθε σχετική σύμβαση είναι σωστό να αναλύεται *per se* προκειμένου να βρούμε τη γνήσια πρόθεση των μερών για το αντικείμενο της συναλλαγής και να μην περιοριζόμαστε από το χαρακτηρισμό ως σύμβαση IaaS, θα ήταν αυθαίρετος ο εκ των

¹⁷ The NIST Definition of Cloud Computing Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, Peter Mell, Timothy Grance, Special Publication 800-145, National Institute of Standards and Technology, Σεπτέμβριος 2011, σελ. 2

προτέρων αποκλεισμός το δίχως άλλο της ένταξης στην κατηγορία του εισοδήματος από δικαιώματα, αφού ειδικά για το μοντέλο IaaS, έχει υποστηριχθεί. Παρότι από τον ορισμό των δικαιωμάτων του αρ. 12 παρ. 2 του Προτύπου ΟΟΣΑ του 2017 και την ανάλυσή του από το Σχολιαστικό Κείμενο που το συνοδεύει¹⁸ δεν εμπίπτει σε αυτόν το δικαίωμα χρήσης υπολογιστικών υποδομών, προηγούμενη έκδοση του Προτύπου ΟΟΣΑ του 1977, βάσει της οποίας έχουν συναφθεί διμερείς συμβάσεις που ισχύουν και σήμερα, περιείχε στον ορισμό «[για] τη χρήση ή το δικαίωμα χρήσης βιομηχανικού, εμπορικού ή επιστημονικού εξοπλισμού»^{19,20}. Εάν, λοιπόν, η Σύμβαση Αποφυγής Διπλής Φορολογίας, η οποία ισχύει στη συγκεκριμένη περίπτωση διακρατικής παροχής υπηρεσιών IaaS περιέχει αυτόν τον ορισμό, εξαρτάται από τις προβλέψεις στη σχετική σύμβαση μεταξύ παρόχου – χρήστη ο χαρακτηρισμός του εισοδήματος²¹. Σημαντικό ρόλο στην απόφαση υπέρ του χαρακτηρισμού

ως εισόδημα από δικαιώματα, σύμφωνα και με τη Τεχνική Συμβουλευτική Ομάδα του ΟΟΣΑ²², παίζουν παράγοντες όπως η φυσική εξουσία και ο έλεγχος του χρήστη επί του εξοπλισμού, τυχόν σημαντικό οικονομικό ή ιδιοκτησιακό συμφέρον του χρήστη επί του εξοπλισμού, η παροχή υπηρεσιών από τον πάροχο μέσω του εξοπλισμού μόνο στο χρήστη ή σε οντότητες που σχετίζονται με αυτόν και το ύψος της αντιπαροχής, το οποίο δεν πρέπει να ξεπερνά ουσιωδώς την αξία εκμίσθωσης του εξοπλισμού για την ίδια χρονική περίοδο.

Τέλος, ένα ακόμη ζήτημα που τίθεται σε σχέση με το μοντέλο αυτό αφορά την πιθανότητα δημιουργίας μόνιμης εγκατάστασης στον τόπο όπου βρίσκονται οι παρεχόμενες υποδομές (δεδομένου ότι στο IaaS οι υπηρεσίες αφορούν τη χρήση υλικών αγαθών) και αποτελεί ειδικότερη διάσταση της κατανομής της φορολογικής εξουσίας. Ωστόσο, το θέμα αυτό δεν θα αναλυθεί περαιτέρω στο παρόν άρθρο.

5.3 Σύνθετες συμβάσεις

Οι συμβάσεις cloud computing συνήθως εμπεριέχουν ένα σύνολο υπηρεσιών προερχόμενων και από τα τρία μοντέλα, το οποίο διαμορφώνει την τελικά παρεχόμενη υπηρεσία. Η μορφή των συμβάσεων

¹⁸ Βλ. παραπάνω υποσημ. 10

¹⁹ OECD (1977), Model Double Taxation Convention on Income and Capital 1977, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264055919-en>, αρ. 12 παρ. 2, βλ. και OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, Σχολιαστικό κείμενο για το αρ. 12, παρ. 9

²⁰ Η Επιτροπή Οικονομικών Υποθέσεων του ΟΟΣΑ αποφάσισε τη διαγραφή του μέρους αυτού του ορισμού καθώς θεωρήθηκε ότι παρέπεμπε σε εισόδημα από μίσθωση εξοπλισμού το οποίο θα πρέπει να υπόκειται στους κανόνες για το εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα και όχι από δικαιώματα.

²¹ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, βλ. Σχολιαστικό κείμενο για το αρ. 12, παρ. 9.1

²² Technical Advisory Group on Treaty Characterisation of Electronic Commerce Payments, Tax Treaty Characterisation Issues Arising from E-Commerce Report to Working Party No. 1 Of the OECD Committee on Fiscal Affairs, σελ. 12-13, παρ. 27-28

αυτών δυσχεραίνει την ταυτοποίηση της χαρακτηριστικής παροχής και συνακόλουθα την κατηγοριοποίηση και το φορολογικό χειρισμό του παραγόμενου εισοδήματος, καθώς διαφορετικές υπηρεσίες θα ήταν πιθανό να τύχουν διαφορετικής φορολογικής μεταχείρισης βάσει των ειδικών συμφωνιών κάθε επιμέρους σύμβασης παροχής υπηρεσιών και υπό την εφαρμοζόμενη Σύμβαση Αποφυγής Διπλής Φορολογίας.

Κατευθύνσεις σχετικά με τη διαχείριση των μικτών συμβάσεων βρίσκουμε στο Σχολιαστικό Κείμενο του αρ. 12 του Προτύπου του ΟΟΣΑ, το οποίο αναφέρεται στις συμβάσεις λογισμικού²³. Εκεί προβλέπεται ότι το συνολικό συμφωνηθέν αντίτιμο θα πρέπει να καταταμηθεί στις επιμέρους παροχές που προβλέπει η σύμβαση σύμφωνα με τις πληροφορίες που παρέχονται ή σε εύλογα μέρη, ώστε καθένα από αυτά τα μέρη να τύχει της κατάλληλης φορολογικής μεταχείρισης. Κατ' εξαίρεση, όμως, όταν μία από τις υπηρεσίες μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί μακράν τον κύριο σκοπό της σύμβασης και τα υπόλοιπα μέρη είναι μόνο βοηθητικά και σε μεγάλο βαθμό άνευ σημασίας²⁴, επιφυλάσσεται και σε εκείνα η μεταχείριση της κύριας παροχής. Με την προσέγγιση

αυτή, η εξαίρεση είναι εφαρμοστέα (αυστηρά περιοριστικά) στην περίπτωση που από τη σύμβαση προκύπτει μία μόνο κύρια παροχή-σκοπός και όλες οι άλλες παροχές είναι βοηθητικής φύσης και άνευ σημασίας²⁵.

Η μέθοδος που προτείνει το Πρότυπο του ΟΟΣΑ έχει επικρατήσει· εντούτοις υποστηρίζεται ότι επιβάλλει μεγάλο διαχειριστικό βάρος στα συμβαλλόμενα μέρη και δυσκολεύει τις φορολογικές αρχές, ειδικά στην περίπτωση που τα επιμέρους στοιχεία της σύμβασης τυγχάνουν διαφορετικής φορολογικής μεταχείρισης, και ότι παραβλέπει μορφές συναλλαγών που εμφανίζονται στην πράξη όπως συμβάσεις που περιλαμβάνουν περισσότερες από μία κύριες παροχές συνοδευόμενες από δευτερεύουσες υπηρεσίες που συνδέονται άμεσα και αδιάσπαστα με καθεμία από αυτές²⁶, με αποτέλεσμα να παραβιάζονται οι αρχές της βεβαιότητας και

²⁵ Η κατεύθυνση αυτή, ως εξαίρεση, θα πρέπει να ερμηνεύεται στενά και να εφαρμόζεται περιορισμένα. Ως προς αυτό, Alexandra Bal, 'The Sky's the Limit - Cloud-based Services in an International Perspective', (2014), Bulletin For International Taxation, September 2014, IBFD, σελ. 516, η οποία επισημαίνει ότι ακόμη και αν από την ανάλυση της σύμβασης προκύπτει μία κύρια παροχή και επιμέρους υπηρεσίες που δεν συνδέονται εγγενώς με την κύρια παροχή, δηλαδή μπορούν να αποτελέσουν το αντικείμενο ξεχωριστής σύμβασης, τότε η εξαίρεση δεν εφαρμόζεται και καθεμία υπηρεσία θα πρέπει να αντιμετωπίζεται ξεχωριστά.

²⁶ José Ángel Gómez Requena, 'Tax Treaty Characterization of Income Derived from Cloud Computing and 3D Printing and the Spanish Approach', (2018), 46, Intertax, Issue 5, pp. 408-421, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/46.5/TAXI2018041>, σελ. 416, Kjærsgaard, L. F. (2019). Allocation of the Taxing Right to Payments for Cloud Computing-as-a-Service. World Tax Journal, 11(3). https://research.ibfd.org/#/doc?url=/collections/wtj/html/wtj_2019_03_int_3.html, σελ. 7

²³ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, Σχολιαστικό Κείμενο για το αρ. 12, παρ. 17.

²⁴ Ό.π., Σχολιαστικό Κείμενο για το αρ. 12, παρ. 11.6

ισότητας του φόρου, καθώς διαφορετικές παροχές υπάγονται στη φορολογική μεταχείριση της κύριας παροχής, σε αντίθεση με την περίπτωση που θα εξετάζονταν ως αντικείμενο ξεχωριστής σύμβασης.

Ειδικότερο είναι το πεδίο της πρόβλεψης περί μεταχείρισης συνδυασμού παρεχόμενων υπηρεσιών της πρότασης του ΟΟΣΑ υπό τη Δράση 1 του Σχεδίου BEPS σχετικά με τη φορολόγηση των ψηφιακών υπηρεσιών²⁷. Οι περιπτώσεις που αναφέρονται αφορούν υπηρεσίες που παρέχονται με τρόπο που τις καθιστά μη διακριτές μεταξύ τους και: α) εμπίπτουν κατά ένα μέρος στον ορισμό των ADR ενώ κατά το άλλο μέρος όχι (π.χ. όταν απαιτείται εξειδικευμένη συμβουλή από ειδικό για την παροχή κατά ένα μέρος της κατά τα άλλα τυποποιημένης ψηφιακής υπηρεσίας²⁸), ή β) παρέχονται σε συνδυασμό με ένα φυσικό αγαθό που τις συνοδεύει [π.χ. όταν συνοδεύονται με συσκευή που συνδέεται στο Διαδίκτυο (IoT)]. Η προσέγγιση που προτείνεται είναι η παρεχόμενη υπηρεσία να αξιολογείται ως σύνολο, όπου το επικρατούν μέρος χαρακτηρίζει την παροχή συνολικά, εφόσον οι επιμέρους υπηρεσίες δεν είναι κατ' αυτές αναγνωρίσιμες και διακριτές μεταξύ

τους. Στην αντίθετη περίπτωση, θα πρέπει να εξετάζεται ξεχωριστά για κάθε παροχή αν εμπίπτει από μόνη της στον ορισμό των ADR. Μένει, ωστόσο, να διερευνηθεί και να αποκρυσταλλωθεί μετά την εφαρμογή της πρότασης στην πράξη το όριο μετά το οποίο θα θεωρείται ότι συγκεκριμένη παροχή αποτελεί το ουσιώδες/επικρατούν μέρος της παροχής.

5.4. Κατανομή φορολογικής εξουσίας

5.4.1. Γενικοί κανόνες κατά το Πρότυπο του ΟΟΣΑ

Σύμφωνα με τα παραπάνω, το εισόδημα από την παροχή υπηρεσιών cloud computing μπορεί κατά περίπτωση να χαρακτηριστεί ως εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα ή δικαιώματα και σπάνια από κεφάλαιο. Καθεμία από τις κατηγορίες αυτές προσδιορίζεται στο Πρότυπο Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας του ΟΟΣΑ, βάσει του οποίου κατανέμεται η φορολογική εξουσία μεταξύ των εμπλεκόμενων κρατών (Συμβαλλόμενα Μέρη κατά το Πρότυπο). Αυτό που έχει σημασία στην πράξη είναι ότι ο χαρακτηρισμός του εισοδήματος κατά συγκεκριμένο τρόπο έχει σημαντικό αντίκτυπο στη φορολογική του μεταχείριση και, κατά

²⁷ OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, σελ. 36, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>

²⁸ Βλ. παραπάνω υπό 2 σχετικά με τον ορισμό που δίνεται στις υπηρεσίες cloud computing στο πλαίσιο της πρότασης

συνέπεια, στο φορολογικό σχεδιασμό των παρόχων των υπηρεσιών.

Αρκεί να σκεφτούμε ότι σύμφωνα με το αρ. 7 παρ. 1 του Προτύπου ΟΟΣΑ, το εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα φορολογείται στο κράτος της εγκατάστασης της επιχείρησης, εκτός αν η δραστηριότητα στο κράτος της πηγής εκτελείται μέσω μόνιμης εγκατάστασης στο κράτος αυτό, οπότε το κράτος της πηγής έχει εξουσία φορολόγησης του ποσού που παράγεται από τη δραστηριότητα που λαμβάνει χώρα εκεί. Από την άλλη πλευρά, το εισόδημα από δικαιώματα φορολογείται στο κράτος εγκατάστασης του δικαιούχου και όχι στο κράτος της πηγής, ενώ αν ο δικαιούχος δραστηριοποιείται στο κράτος πηγής των δικαιωμάτων μέσω μόνιμης εγκατάστασης και τα δικαιώματα συνδέονται με και καταβάλλονται στη μόνιμη εγκατάσταση, τότε εφαρμόζονται οι διατάξεις του αρ. 7 για το εισόδημα από επαγγελματική δραστηριότητα²⁹. Στις σπάνιες περιπτώσεις που κριθεί ότι το εισόδημα αποτελεί κέρδος από μεταβίβαση κεφαλαίου, τότε αυτό φορολογείται μόνο στο κράτος του πωλητή (αρ. 13 παρ. 5 Προτύπου ΟΟΣΑ).

Η διαφοροποίηση της φορολογικής μεταχείρισης ανάλογα με την πηγή του

εισοδήματος δίνει την ευκαιρία και τα εργαλεία στον πάροχο να οργανώσει τη δραστηριότητά του με τρόπο που να του αποφέρει το μεγαλύτερο φορολογικό πλεονέκτημα. Η δυνατότητα χειραγώγησης της φορολογικής αντιμετώπισης του εισοδήματος (εδώ από υπηρεσίες cloud computing) εντάσσεται από τον ΟΟΣΑ στο ευρύτερο πρόγραμμα κατά της διάβρωσης της φορολογικής βάσης και της μεταφοράς κερδών (base erosion and profit shifting, BEPS project), με τη Δράση 1 του οποίου επιχειρείται η ανάλυση και εξεύρεση μέτρων για την αντιμετώπιση των φορολογικών προκλήσεων από την ψηφιακή οικονομία³⁰.

5.4.2. Το πλαίσιο των προτάσεων του ΟΟΣΑ περί αναθεώρησης των κανόνων κατανομής φορολογικής εξουσίας – Ειδικά οι υπηρεσίες cloud computing

Οι υπηρεσίες cloud computing λαμβάνονται υπόψη στο πλαίσιο της πρότασης του ΟΟΣΑ υπό τη Δράση 1 του προγράμματος BEPS για μια ενοποιημένη προσέγγιση των ζητημάτων φορολόγησης των επιχειρηματικών μοντέλων υψηλής ψηφιοποίησης (highly digital business models) για τα οποία προτείνεται η υιοθέτηση ενός νέου, κοινού συνδέσμου φορολόγησης που θα στηρίζεται κυρίως στις πωλήσεις και

²⁹ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, αρ. 12 παρ. 3

³⁰ OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

όχι στη φυσική παρουσία των επιχειρήσεων σε ορισμένη έννομη τάξη³¹. Εν προκειμένω, οι υπηρεσίες cloud computing κατατάσσονται στη θετική λίστα των αυτοματοποιημένων ψηφιακών υπηρεσιών (“ADS”, automated digital services)³² η οποία περιλαμβάνει πολυεθνικές επιχειρήσεις που παράγουν κέρδη από:

- την παροχή ψηφιακών υπηρεσιών,
 - τη νομιματοποίηση των δεδομένων (data monetization)³³,
 - την αλληλεπίδραση με τους χρήστες,
 - τη συμβολή αυτών σε δεδομένα ή περιεχόμενο (content),
 - την παρακολούθηση της δραστηριότητας των χρηστών και την εκμετάλλευση των αντίστοιχων δεδομένων,
- με συστηματικό και σταθερό τρόπο προς ευρύ και παγκόσμιο καταναλωτικό κοινό ή χρήστες, εξ αποστάσεως, με περιορισμένες ή άνευ κτηριακών εγκαταστάσεων.

Η προτεινόμενη από τον ΟΟΣΑ φορολογική μεταχείριση εξειδικεύεται ανάλογα με το είδος του πελάτη, αν πρόκειται δηλαδή περί μεμονωμένου αγοραστή ή επιχείρησης. Στην

περίπτωση του μεμονωμένου αγοραστή ο κανόνας είναι η φορολόγηση στη χώρα της συνήθους εγκατάστασης του αγοραστή, ενώ για τις επιχειρήσεις ο τόπος όπου η επιχείρηση κάνει χρήση της υπηρεσίας. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον έχει το γεγονός ότι ο ΟΟΣΑ παρέχει επιπλέον κατευθυντήριες οδηγίες για τον εντοπισμό της δικαιοδοσίας σύμφωνα με τα παραπάνω. Έτσι, προτείνει όπως ο εντοπισμός της συνήθους διαμονής του αγοραστή γίνεται σύμφωνα με το προφίλ χρήστη που διαμορφώνεται μέσω διαθέσιμων πληροφοριών, όπως αρχικά τη διεύθυνση που εντοπίζεται μέσω της διεύθυνσης IP του χρήστη ή των δεδομένων γεωγραφικού εντοπισμού του (geolocation) (π.χ. δεδομένα από GPS ή από τη χρήση Wi-fi) και, αν τα δεδομένα αυτά είναι αναξιόπιστα ή ανύπαρκτα, κατά σειρά, η διεύθυνση τιμολόγησης του πελάτη, το πρόθεμα του αριθμού τηλεφώνου που έδωσε κατά τη συναλλαγή, οι πληροφορίες σχετικά με τη διαμονή που έδωσε ο ίδιος ο πελάτης ή κάθε άλλη διαθέσιμη σχετική πληροφορία. Ακολούθως, αν δεν είναι δυνατή η εξεύρεση της συνήθους διαμονής του αγοραστή, τότε προτάσσεται κατά σειρά η διεύθυνση τιμολόγησης, η τοποθεσία γεωεντοπισμού, ή η τοποθεσία της διεύθυνσης IP του πελάτη. Ως προς την επιχειρηματική χρήση των υπηρεσιών, ενδείξεις αποτελούν κατά σειρά η τοποθεσία όπου οι εργαζόμενοι της

³¹ OECD (2019), Public consultation document Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

³² OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, σελ. 19, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>.

³³ Για τον όρο «data monetization», https://en.wikipedia.org/wiki/Data_monetization

επιχείρησης κάνουν χρήση της παροχής, η τοποθεσία όπου η επιχείρηση διατηρεί δραστηριότητα όπως προκύπτει από την τοποθεσία των γραφείων και τη διεύθυνση που περιέχεται στην εμπορική συμφωνία και/ή τα στοιχεία που δόθηκαν για φορολογικούς λόγους (όπως για το ΦΠΑ), ή οποιαδήποτε άλλη πληροφορία είναι διαθέσιμη για τον εντοπισμό της τοποθεσίας των εργαζόμενων της επιχείρησης που κάνουν χρήση της υπηρεσίας.

Φαίνεται, λοιπόν, ότι μαζί με τους κανόνες και το σύνδεσμο φορολόγησης προτείνεται, καθώς είναι τελικά απαραίτητος, ο εκσυγχρονισμός και των σχετικών συνδέσμων εύρεσης της τοποθεσίας του φορολογούμενου, δεδομένων και των μέσων και συνθηκών υπό τις οποίες λαμβάνουν χώρα οι ψηφιακές συναλλαγές στο πλαίσιο αυτό. Θα πρέπει, ωστόσο, να αναμένουμε τυχόν προβλήματα κατά την εφαρμογή των κριτηρίων αφού είναι π.χ. ως γνωστόν δυνατή η απόκρυψη της διεύθυνσης IP ή η χρήση εναλλακτικής διεύθυνσης σε δικαιοδοσία που ουδεμία σχέση έχει με την τοποθεσία του χρήστη. Σε αυτό το ενδεχόμενο ακόμη και το τελευταίο κριτήριο θα καθίστατο αλυσιτελές για την επιβολή του φόρου. Αλλά και για την περίπτωση της επιχειρηματικής χρήσης της υπηρεσίας, ο εντοπισμός των εργαζόμενων που κάνουν χρήση αυτής δεν είναι πάντα ευχερής και ακριβής

λόγω της δυνατότητας διαμοιρασμού της παρεχόμενης υπηρεσίας (όπως η πρόσβαση λογισμικό ή εφαρμογή) από την οντότητα που συναλλάσσεται με τον πάροχο σε επιμέρους οντότητες ενός γκρουπ ή σε επιμέρους ομάδες εργαζομένων σε πολλαπλές τοποθεσίες μέσω του εσωτερικού δικτύου. Επιπλέον θα πρέπει να σκεφτούμε αν δημιουργούνται θεωρητικά και πρακτικά ερωτήματα συμβατότητας με τους κανόνες μόνιμης εγκατάστασης, και τελικά για τη σχέση του παρόχου με την έννομη τάξη του χρήστη στην οποία θα φορολογείται για το εισόδημα που αποκτά εκεί από την παροχή της υπηρεσίας, είτε αυτή είναι συνεχής είτε μεμονωμένη.

6. Συμπεράσματα

Στο επίκεντρο της ανάλυσης σχετικά με τις φορολογικές προκλήσεις του cloud computing βρίσκεται τελικά η κατανομή της φορολογικής εξουσίας μεταξύ των εμπλεκόμενων έννομων τάξεων. Από εκεί απορρέουν και ειδικότερα ζητήματα, όπως η διαχείριση συνδυασμένων υπηρεσιών, η φύση των κριτηρίων εύρεσης της δικαιοδοσίας και η καταλληλότητά τους, όπως και η θεμελίωση μόνιμης εγκατάστασης από την ψηφιακή δραστηριότητα του παρόχου σε ορισμένη έννομη τάξη. Για την απάντηση πάντως πλέον πρέπει να εξετάσουμε ειδικότερες προεκτάσεις όπως η φορολογική αντιμετώπιση των δεδομένων

και το φορολογικό χαρακτηρισμό για σκοπούς άμεσης φορολόγησης (nexus, data, characterization)³⁴ που θέτουν το θεμελιώδες για τα φορολογικά συστήματα ερώτημα σχετικά με τη δυνατότητα φορολόγησης των οικονομικών δραστηριοτήτων στην έννομη τάξη όπου παράγεται η αξία (value creation). Η σχέση δε του cloud computing με την τελευταία αυτή έκφραση του προγράμματος BEPS του ΟΟΣΑ είναι προφανής αν αναλογιστούμε τη συμβολή του στην ψηφιοποίηση της οικονομίας.

³⁴ Ό.π., σελ. 146, παρ. 10.3

Κατάλληλη & Συμβατή Πληροφόρηση κατά την παροχή Επενδυτικών Υπηρεσιών: Ζητήματα τυποποιημένης ενημέρωσης και απαλλαγή από την υποχρέωση πληροφόρησης

Σπυρίδων Σκιαδόπουλος,
Δικηγόρος, ΜΔΕ ΑΠΘ

I. Εισαγωγικά στοιχεία

A1. Υποχρέωση κατάλληλης και συμβατής πληροφόρησης

Κάθε επενδυτής δικαιούται πάντοτε να λαμβάνει από την επιχείρηση επενδύσεων έναν βασικό πυρήνα μη εξατομικευμένων πληροφοριών για βασικά ζητήματα όπως λόγου χάρη τη δομή και λειτουργία της επιχείρησης επενδύσεων, το κόστος και τον τρόπο χρέωσης, γενικούς κινδύνους και άλλα. Αυτό το δικαίωμα αποκρυσταλλώνεται στο άρθρο 24 παρ. 4 του ν. 4514/2018¹ το οποίο επιβάλλει η ελάχιστη πληροφόρηση να αφορά : α) την επιχείρηση επενδύσεων και τις υπηρεσίες της, β) τα χρηματοπιστωτικά μέσα και τις προτεινόμενες επενδυτικές στρατηγικές, καθώς και κατάλληλη καθοδήγηση και προειδοποιήσεις σχετικά με τους κινδύνους που συνδέονται με τις επενδύσεις στα εν λόγω χρηματοπιστωτικά μέσα ή με την υιοθέτηση

των εν λόγω επενδυτικών στρατηγικών, γ) τους τύπους εκτέλεσης και δ) το κόστος και τις σχετικές παρεπόμενες επιβαρύνσεις.

Επιπλέον, το άρθρο 25 παρ. 3 συμπληρώνει ότι «..... όταν οι ΑΕΠΕΥ² παρέχουν άλλες επενδυτικές υπηρεσίες πλην των μνημονευόμενων στην παράγραφο 2, ζητούν από τον πελάτη ή το δυνητικό πελάτη να παρέχει πληροφορίες σχετικά με τις γνώσεις και την εμπειρία του στον επενδυτικό τομέα που σχετίζεται με τη συγκεκριμένη τύπο του προσφερόμενου ή ζητούμενου προϊόντος³ ή υπηρεσίας, ώστε να μπορούν οι ΑΕΠΕΥ να εκτιμήσουν κατά πόσο η σκοπούμενη επενδυτική υπηρεσία ή προϊόν ενδείκνυται για τον πελάτη».

Εκ των συνδυασμό των ανωτέρω άρθρων συνάγεται πως υπάρχει υποχρέωση **ελάχιστης (κατάλληλης) πληροφόρησης** εκ των μελών και ελάχιστης έρευνας σχετικά

² Ανώνυμη Εταιρία Παροχής Επενδυτικών Υπηρεσιών, και στο παρόν θα φέρει το ίδιο νόημα με τον όρο «επιχείρηση επενδύσεων»

³ Το παλαιό άρθρο 25 αναφερόταν σε «χρηματοπιστωτικό μέσο» και όχι «προϊόν»

¹ Προηγούμενο άρθρο 25 παρ. 3 του ν. 3606/2007

με τις ατομικές δεξιότητες του επενδυτή ώστε σε ένα σημείο να είναι δυνατή η παροχή κατάλληλων πληροφοριών και επιπλέον η παροχή επαρκών γενικών πληροφοριών (π.χ. ανακεφαλαιοποίηση ορισμένης επιχείρησης κτλ).

Οι υποχρεώσεις διαφώτισης, ενημέρωσης και συμβουλής διέπει όλο το φάσμα της συναλλακτικής σχέσης μεταξύ πελάτη και επιχείρησης επενδύσεων, ειδικά αν η επιχείρηση επενδύσεων είναι τράπεζα. Η ένταση αυτών των υποχρεώσεων ασφαλώς δεν οριοθετούνται a priori⁴, αλλά εξειδικεύονται κατά περίπτωση, ενώ πλείστοι συγγραφείς έχουν επιχειρήσει να προτείνουν διάφορα κριτήρια για τον καλύτερο προσδιορισμό αυτών των υποχρεώσεων.

Καταρχάς, **υφίσταται ανάγκη ενημέρωσης**, η οποία εδράζεται στην αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, καθώς κάθε πρόσωπο που προβαίνει σε μια συναλλαγή είναι υπεύθυνο για τις πράξεις του και για το εάν η συναλλαγή αποβεί κερδοφόρα ή όχι. Συνεπώς θα πρέπει να παρέχονται γενικές πληροφορίες και ο κάθε επενδυτής δικαιούται πάντοτε να ζητήσει από την επιχείρηση επενδύσεων έναν βασικό πυρήνα μη εξατομικευμένων πληροφοριών για θεμελιώδη ζητήματα της συναλλαγής, όπως πχ η δομή και λειτουργία

⁴ Γ.Γεωργιάδης, Οι υποχρεώσεις της τράπεζας για ενημέρωση, διαφώτιση και παροχή συμβουλών στον πελάτη, ΧρΙΔ 2008, σελ 870

της, το κόστος και ο τρόπος χρέωσης, οι γενικοί κίνδυνοι συναλλαγής και άλλα.

Ανάγκη διαφώτισης υπάρχει οπωσδήποτε στην περίπτωση που υπάρχει ανισότητα μεταξύ του υπόχρεου προς ενημέρωση και του προσώπου εκείνου που δεν διαθέτει τις απαιτούμενες εξειδικευμένες γνώσεις⁵ ή πάντως όταν μπορεί να διαπιστωθεί ότι υφίσταται σχετική ανάγκη ενημέρωσης. Δηλαδή σε μια μακροχρόνια συναλλακτική σχέση, όπου αμφότερα τα μέρη γνωρίζουν τις ανάγκες του πελάτη είναι επόμενο να αναμένεται μια περισσότερο προσωποποιημένη πληροφόρηση παρά όταν τα μέρη συμβάλλονται για μια μοναδική συναλλαγή. Σε κάθε περίπτωση, η έκταση των ως άνω υποχρεώσεων (ενημέρωσης και διαφώτισης) προσδιορίζεται από την ανάγκη προστασίας του συγκεκριμένου πελάτη, λαμβάνοντας υπόψη τόσο το βαθμό γνώσεων του όσο και τους αντικειμενικούς κινδύνους της συναλλαγής⁶. Δηλαδή, η επιχείρηση επενδύσεων δύναται να μην παρέχει σχετικές πληροφορίες εάν θεωρεί ορθώς⁷ πως η ανάγκη παροχής τους δεν είναι

⁵ Αυγητίδης Δημήτριος, Δίκαιο Κεφαλαιαγοράς, 2014, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη σελ 121 επ.

⁶ Αυγητίδης, ο.π. σελ 121

⁷ Η ορθή κρίση της τράπεζας δύναται να προκύψει είτε μέσω της δήλωσης του ίδιου του πελάτη, η εκτέλεση παρόμοιων συναλλαγών στο πρόσφατο χρονικό διάστημα ή όταν ο πελάτης εκτελεί τις συναλλαγές αναφανδόν και λειτουργεί κατά «μόνας», ειδικά όταν βασίζεται σε συναλλαγές μέσω διαδικτύου κτλ, Γ.Γεωργιάδης, ο.π. σελ 870

δικαιολογημένη⁸, αλλά και αντίστροφα ο πελάτης δεν δύναται να ζητήσει την παροχή εκτεταμένης ενημέρωσης, όταν εκείνος δεν χρήζει προστασίας.

Ο ν.4514/2018 διαχωρίζει τις πληροφορίες σε : α) εξατομικευμένες και β) σε υπερατομικές (ή αφηρημένες πληροφοριακές). Μορφή εξατομικευμένης πληροφορίας είναι η επενδυτική συμβουλή, η οποία συνδυάζει τις συνθήκες της αγοράς αλλά και την προσωπικότητα του επενδυτή. Αντίθετα, οι μη εξατομικευμένες πληροφορίες δεν συνυπολογίζουν την προσωπικότητα του επενδυτή. Η παροχή εξατομικευμένων πληροφοριών δεν θεωρείται υποχρέωση των μελών, εκτός αν έχει καταρτιστεί ειδική σύμβαση παροχής επενδυτικών συμβουλών.

Όσον αφορά την ορθότητα των πληροφοριών, θεωρείται αυτονόητο πως δεν είναι δυνατόν να επαληθευτούν όλες οι αξιολογικές κρίσεις συμβουλές που ένα μέλος του Χρηματιστηρίου παρέχει, ειδικά στις συνθήκες της αγοράς, καθώς σωρεία αστάθμητων παραγόντων είναι δυνατόν να ανατρέψουν την οποιαδήποτε στρατηγική βασισμένη σε γεγονότα και επομένως η επέλευση ή μη του επενδυτικού κινδύνου και η επιτυχής επιχειρηματική κίνηση είναι αμφίβολα. Ουσιαστικά όταν γίνεται αναφορά στην ορθότητα των πληροφοριών,

αυτή αφορά την επαλήθευση τους μέσα από αξιόπιστες πηγές.

Όσον αφορά την πληρότητα, η επιχείρηση επενδύσεων οφείλει να μεταδώσει στον πελάτη της όλες εκείνες τις αντικειμενικές πληροφορίες, που θα μπορούσαν να επηρεάσουν με οποιοδήποτε τρόπο την επενδυτική απόφαση. Εφόσον αυτό δεν είναι δυνατόν να διασφαλισθεί κατά τη στιγμή της ενημέρωσης, είτε θα πρέπει να καταστήσει σαφές ότι τα στοιχεία που παρουσιάζονται στον πελάτη δεν είναι αντικειμενικά και αξιόπιστα, είτε ότι η επιχείρηση επενδύσεων δεν είναι σε θέση να εκθέσει σωστά τις πληροφορίες, λόγω ελλείψεων. Η πληρότητα επιτυγχάνεται με τη σαφή παράθεση των στοιχείων, τα οποία θα πρέπει να επεξηγηθούν επαρκώς, λαμβάνοντας υπόψη την προσωπικότητα του επενδυτή, την οικονομική κατάσταση, το βιοτικό και μορφωτικό του επίπεδο⁹.

A.2. Υποχρεώσεις ενημέρωσης κατά την παροχή διαφορετικών επενδυτικών υπηρεσιών

Όταν τα μέλη παρέχουν επενδυτικές συμβουλές ή διαχειρίζονται χαρτοφυλάκιο, οφείλουν να προβαίνουν σε έλεγχο

⁸ Γ.Γεωργιάδης, ο.π. σελ 870

⁹ Ν.Ρόκας & Χ. Γκόρτσος, Στοιχεία Τραπεζικού Δίκαιου, Δημόσιο & Ιδιωτικό Τραπεζικό Δίκαιο, 2012, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, σελ 321 επ.

καταλληλότητας¹⁰ της αιτούμενης υπηρεσίας και του χρηματοπιστωτικού προϊόντος με το οποίο θα συναλλαχτεί ο πελάτης έχοντας ως κριτήρια το επίπεδο γνώσης του, την εμπειρία του, αλλά και την ηλικία, την περιουσιακή, την οικογενειακή και την επαγγελματική του κατάσταση, τους επενδυτικούς του στόχους, όπως και την προθυμία του για διακινδύνευση. Είναι αναγκαίο δηλαδή να λαμβάνεται υπόψη αυτό που προσδιορίζεται ως «το προφίλ» του επενδυτή.

Περαιτέρω, όταν πρόκειται για παροχή άλλου είδους επενδυτικών υπηρεσιών, πλην της παροχής συμβουλών ή της διαχείρισης χαρτοφυλακίου, οι επιχειρήσεις επενδύσεων πρέπει να ζητούν πληροφορίες σχετικά με την πείρα και τη γνώση του επενδυτή σε σχέση με το προσφερόμενο ή ζητούμενο χρηματοπιστωτικό μέσο, ώστε να μπορέσουν να κρίνουν αν αυτό είναι κατάλληλο για το συγκεκριμένο πελάτη, ασκώντας έτσι και έλεγχο συμβατότητας. Σε περίπτωση που θα κρίνουν ότι το συγκεκριμένο είδος επένδυσης δεν είναι κατάλληλο γι' αυτόν, οφείλουν, να τον προειδοποιήσουν για την ακαταλληλότητα του¹¹. Επιβάλλονται επομένως εκτεταμένες υποχρεώσεις στις επιχειρήσεις επενδύσεων σε σχέση με τη χορήγηση, αλλά και την άντληση πληροφοριών¹², από τον επενδυτή,

γ'αυτό και πρέπει να συγκεντρώνονται οι πληροφορίες πάντοτε με τη διαδικασία συμπλήρωσης λεπτομερούς ερωτηματολογίου. Εξάλλου, οι ως άνω κανόνες δεοντολογίας των ΑΕΠΕΥ αποβλέπουν κατά πρώτιστο λόγο στην προαγωγή του δημοσίου συμφέροντος για διατήρηση της εμπιστοσύνης του κοινού στην εύρυθμη και αποτελεσματική λειτουργία της ελληνικής και των λοιπών ευρωπαϊκών κεφαλαιαγορών και όχι στην επιβολή υποχρεώσεων ιδιωτικού δικαίου για εξατομικευμένη προστασία του κάθε μεμονωμένου πελάτη τους¹³. Ωστόσο, υποστηρίζεται και η άποψη ότι η υποχρέωση των διαμεσολαβούντων χρηματοπιστωτικών φορέων για βέλτιστη εκτέλεση κατά την παροχή των υπηρεσιών τους παράγει και έννομες συνέπειες ιδιωτικού δικαίου για τις σχέσεις μεταξύ φορέα επενδυτικών υπηρεσιών και πελάτη-επενδυτή¹⁴. Κύριο επιχείρημα, που συντείνει προς την άποψη αυτή, είναι ότι η προστασία της κεφαλαιαγοράς ως θεσμού και η ατομική προστασία του επενδυτή λειτουργούν ως συγκοινωνούντα δοχεία, καθώς η μεν καλή λειτουργία της κεφαλαιαγοράς εμπεδώνει την εμπιστοσύνη των επενδυτών, ενώ η ελλιπής ατομική προστασία των επενδυτών διαταράσσει την εμπιστοσύνη τους, γεγονός που είναι

10 Ν.Ρόκας & Χ. Γκόρτσος, ο.π. σελ 320

11 Ν.Ρόκας & Χ. Γκόρτσος, ο.π. σελ 320

12 Τουντόπουλος, Η ευθύνη των ΕΠΕΥ έναντι των επενδυτών για παράλειψη πληροφόρησης στα πλαίσια

των συμβάσεων απλής λήψης και εκτέλεσης εντολών (execution only business), ΔΕΕ 5/2001, σελ 486

13 Αυγητίδης, ο.π. σελ 121

14 Αυγητίδης ο.π., σελ 332

βέβαιο ότι αποβαίνει σε βάρος της καλής λειτουργίας της.

B. Η τυποποιημένη ενημέρωση

Η επιβαλλόμενη στις επιχειρήσεις επενδύσεων παροχή στον επενδυτή σαφούς, πλήρους, κατανοητής και αντικειμενικής πληροφόρησης σε σχέση με επενδυτικές συμβουλές και υπηρεσίες, επιτρέπεται να γίνει είτε προφορικά, όπως συνήθως συμβαίνει, είτε σε τυποποιημένη μορφή¹⁵.

Η ευρεία χρήση της τυποποιημένης ενημέρωσης, ωστόσο αφήνει ερωτηματικά σχετικά με το πόσο πραγματικά είναι ταιριαστή με την μεγάλη ποικιλία των «επενδυτικών προσωπικοτήτων». Η επιχείρηση επενδύσεων οφείλει να ελέγχει την εμπειρία και τη γνώση του πελάτη ή του δυνητικού πελάτη στον επενδυτικό χώρο, την χρηματοοικονομική του κατάσταση, τους επενδυτικούς του στόχους, την προσωπικότητα του και να προτείνει ταιριαστές προτάσεις για την κάθε ξεχωριστή επενδυτική περίπτωση. Αυτές οι πληροφορίες υποδεικνύουν την καταλληλότητα της υπηρεσίας σε σχέση με τον κάθε επενδυτή, ενώ ειδικότερα στον έλεγχο συμβατότητας, η επιχείρηση επενδύσεων ζητά από τον επενδυτή ορισμένες πληροφορίες σχετικά

με τις επενδυτικές του γνώσεις, ώστε να συμπεράνει με ποιον τρόπο μπορεί να υποδείξει την ακαταλληλότητα της υπηρεσίας προς το πρόσωπο του¹⁶. Η πρακτική των επιχειρήσεων επενδύσεων (ειδικά των τραπεζών) να ενημερώνουν τον πελάτη για τους κινδύνους με βιαστικό και πρόχειρο τρόπο, ειδικά όταν περιέχονται δυσνόητοι επενδυτικοί όροι **αποτελεί παραβίαση του νόμου ν. 4514/2018 (άρθρο 24 παρ.5)**, παρά το γεγονός ότι ορίζει πως **η πληροφόρηση μπορεί να είναι τυποποιημένη, ουδέποτε όμως βιαστική**. Ειδικότερα, σε πλείστες περιπτώσεις τα ραντεβού με τους υπαλλήλους της Τράπεζας διαρκούν λίγα λεπτά, οι όροι μελετώνται εν τάχει, ενώ πολλές φορές η ενημέρωση έπεται της υπογραφής της υπηρεσίας υπό μορφή προτυποποιημένων συμβάσεων παροχής επενδυτικών υπηρεσιών και παραλαβής δελτίων πληροφόρησης πελατών. Επιπρόσθετα, η Τράπεζα μνημονεύει συνήθως στις ανωτέρω προτυποποιημένες συμβάσεις πως υπό προϋποθέσεις απαλλάσσονται από την ευθύνη έρευνας των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών ενός πελάτη τους¹⁷. Ναι

¹⁶ Εάν ο επενδυτής δεν παράσχει πληροφορίες σχετικά με την γνώση του, ή εάν οι πληροφορίες κριθούν ανεπαρκείς, το μέλος οφείλει να τον προειδοποιήσει πως η απόφαση που θα ληφθεί σχετικά με την ακαταλληλότητα της παρεχόμενης υπηρεσίας δεν θα είναι πλήρης (Οδηγία 2004/39/ΕΚ, άρθρο 19)

¹⁷ Προτυποποιημένη ΣΥΜΒΑΣΗ ΠΑΡΟΧΗΣ ΕΠΕΝΔΥΤΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ της NBG Securities «..... επί μη πολύπλοκων Χρηματοπιστωτικών Μέσων, η Εταιρία δεν υπόκειται στις νόμιμες διατάξεις περί ελέγχου συμβατότητας, ήτοι δεν υποχρεούται να εκτιμά

¹⁵ άρθρο 25 παρ.3 και παρ.4 ν.4514/2018

μεν επιτρέπεται η προτυποποιημένη παράδοση ενημέρωσης, για την ταχύτητα των συναλλαγών, κατανοώντας πως η επιχείρηση επενδύσεων συμβάλλεται με χιλιάδες πελάτες καθημερινώς και είναι εκ των πραγμάτων αδύνατη η διαπραγμάτευση με κάθε πελάτη ξεχωριστά, ωστόσο απαγορεύει την μονομερή, μη αντικειμενική προσυμβατική ενημέρωση, η οποία δεν καλύπτεται από την έγγραφη ενημέρωση, χωρίς καμία απολύτως ή ελάχιστη προφορική επεξήγηση του βαθμού και της έκτασης του κινδύνου που επρόκειτο να αναλάβει.

Οι ευρωπαϊκές Οδηγίες, που μεταφέρθηκαν στην εσωτερική έννομη τάξη, αποβλέπουν μεν στη μέγιστη εναρμόνιση των Κρατών μελών, υπό την έννοια της απαγόρευσης θέσπισης από τα κράτη μέλη πρόσθετων υποχρεώσεων σε βάρος των ΑΕΠΕΥ, εκτός από εξαιρετικές περιπτώσεις, πλην όμως δεν εξαντλούνται όλα τα ζητήματα, όπως συμβαίνει επί παροχής από ΕΠΕΥ τυποποιημένης πληροφόρησης, την οποία ο πελάτης δεν είναι σε θέση να αναγνώσει ή κατανοήσει, διότι

κατά πόσο η εκάστοτε σχεδιαζόμενη υπηρεσία ή το Χρηματοπιστωτικό Μέσο είναι κατάλληλο για τον Πελάτη, λαμβανομένων υπόψη των γνώσεων και της εμπειρίας του στον αντίστοιχο επενδυτικό τομέα. Ο Πελάτης δηλώνει ότι έλαβε γνώση των μη πολύπλοκων χρηματοπιστωτικών μέσων, όπως αυτά διαλαμβάνονται αναλυτικά στο Παράρτημα ΙΙΙ της Σύμβασης, και γνωρίζει και αποδέχεται ότι οι επ' αυτών υπηρεσίες εκτέλεσης ή λήψης και διαβίβασης εντολών του εκ μέρους της Εταιρίας θα παρέχονται σε αυτόν χωρίς προηγούμενη αξιολόγηση της συμβατότητάς τους, καθώς και ότι, ως προς αυτές τις υπηρεσίες, δεν καλύπτεται από την αντίστοιχη προστασία των σχετικών κανόνων επαγγελματικής συμπεριφοράς της Εταιρίας.»

έχει περιορισμένες γραμματικές γνώσεις, οπότε έρχεται σε συμπλήρωση το εθνικό δίκαιο και η εφαρμογή της γενικής αρχής της καλόπιστης εκπλήρωσης της παροχής (άρθρο 288 ΑΚ). Με βάση την αρχή αυτή η επιχείρηση επενδύσεων δεν θεωρείται ότι έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της που απορρέουν από τα άρθρα 24 και 25 του ν. 4514/2018 με μόνη την παροχή στον επενδυτή τυποποιημένης ενημέρωσης¹⁸, όταν υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες επιβάλλεται και η προφορική και αναλυτική ενημέρωση του επενδυτή. Η προφορική ενημέρωση θα πρέπει να συγκεντρώνει όλα τα ως άνω κατά τον νόμο στοιχεία και δεν αναπληρώνεται ούτε συμπληρώνεται από την τυποποιημένη ενημέρωση, πολύ περισσότερο στην περίπτωση που ο επενδυτής αδυνατεί για λόγους αντικειμενικούς να αναγνώσει ή κατανοήσει τους όρους της επένδυσης και εύλογα αρκείται να δείχνει εμπιστοσύνη στην προφορική πληροφόρηση. Συνεπώς, επί ταυτόχρονης παροχής τυποποιημένης και προφορικής ενημέρωσης, χωρίς τη διευκρίνιση ότι η τελευταία περιορίζεται σε συγκεκριμένα κεφάλαια ή στοιχεία της επένδυσης, δεν θεωρείται πως καλύπτεται η υποχρέωση πληροφόρησης.

Συνεπώς, οι ανωτέρω διατάξεις εισάγουν την αρχή της διαφύλαξης των συμφερόντων

18 ΑΠ 1028/2015, ΔΕΕ 7/2016 και areiospagos.gr

του πελάτη, που υπαγορεύει προς τα μέλη, όταν παρέχουν πληροφορίες σχετικά με παρεχόμενες επενδυτικές υπηρεσίες¹⁹, συμπεριλαμβανομένων των διαφημιστικών εντύπων, οι πληροφορίες αυτές, θα πρέπει να διευκρινίζουν : α) τον βαθμό επικινδυνότητας της παρεχόμενης επενδυτικής υπηρεσίας, β) τον τρόπο και τον χρόνο παροχής της, γ) την αξία της παρεχόμενης υπηρεσίας, δ) την ελευθερία δράσης που αφήνεται στον ζημιωθέντα στο πλαίσιο της υπηρεσίας, ε) το αν ο ζημιωθείς ανήκει σε κατηγορία μειονεκτούντων ή ευπρόσβλητων προσώπων²⁰ και στ) το αν η παρεχόμενη υπηρεσία αποτελεί εθελοντική προσφορά του παρέχοντος.

II. Απαλλαγή από υποχρέωση πληροφόρησης

Σύμφωνα με το άρθρο 25 παρ. 4 του ν.4514/2018 εισάγεται η δυνατότητα απαλλαγής της επιχείρησης επενδύσεων από την υποχρέωση να συλλέξει πληροφορίες για τον πελάτη, εφόσον παρέχονται επενδυτικές υπηρεσίες με πρωτοβουλία του πελάτη²¹,

19 Σημειωτέον προβλέπεται υποχρέωση των ΑΕΠΕΥ παροχής ειδικής πληροφόρησης; σε περίπτωση που επενδυτική υπηρεσία προσφέρεται μαζί με άλλη υπηρεσία ή προϊόν ως μέρος πακέτου ή ως προϋπόθεση για την ίδια συμφωνία ή πακέτο.

20 Όπου «μειονεκτούν πρόσωπο» σημαίνει κάθε πρόσωπο του οποίου οι προοπτικές είναι αισθητά μειωμένες, εξαιτίας ενός προσηκόντως; αναγνωρισμένου σωματικού ή πνευματικού μειονεκτήματος. «Ευπρόσβλητο πρόσωπο» χαρακτηρίζονται οι ευπαθείς κοινωνικές ομάδες.

21 Παλαιό άρθρο 25 παρ. 6 ν.3606/2007

και εφόσον πελάτης έχει ενημερωθεί πως η επιχείρηση επενδύσεων δεν υποχρεούται να εξετάσει την καταλληλότητα και συμβατότητα του μέσου/τίτλου με τον πελάτη-επενδυτή. Ειδικότερα, δεν συντρέχει η υποχρέωση διερεύνησης του επενδυτικού προφίλ του πελάτη, όταν η σύμβαση που συνάπτεται είναι απλή υπηρεσία λήψης και εκτέλεσης εντολής²².

Διαδικαστικά, η σύμβαση λήψης και διαβίβασης εντολών αποτελεί σύνθετη επενδυτική υπηρεσία και διακρίνεται από δύο στάδια. Το πρώτο στάδιο περιλαμβάνει τη λήψη της εντολής για την αγορά ή πώληση χρηματοπιστωτικού μέσου, ενώ το δεύτερο τη διαβίβαση της εντολής αυτής προς εκτέλεση²³. Η διαβίβαση εντολών, ως υπηρεσία, εξαντλείται στην λήψη και τη διαβίβαση των εντολών για τις σχετικές εκτελούμενες συναλλαγές, ενώ η εκτέλεση των εντολών για λογαριασμό του επενδυτή είναι αυτοτελής και ζητά θετική ενέργεια. Βασική υποχρέωση της επιχείρησης επενδύσεων προς τον επενδυτή είναι η διαβίβαση της εντολής προς το Χρηματιστήριο, διατηρώντας παράλληλα ένα κατάλληλα οργανωμένο περιβάλλον για την καλύτερη διαφύλαξη των συμφερόντων των πελατών. Τα μέλη οφείλουν να τους ενημερώσουν εφόσον συναντήσουν ουσιώδη δυσχέρεια που μπορεί να επηρεάσει

22 Τουντόπουλος, (execution only business), ο.π. , σελ 481

23 Ν.Ρόκας & Χ. Γκόρτσος, ο.π. , σελ 323

την ορθή εκτέλεση των εντολών τους, αμέσως μόλις λάβουν γνώση της δυσχέρειας. Εφόσον υπάρχουν συγκρίσιμες (ταυτόσημες) εντολές εκτελούνται με την χρονική σειρά που λήφθηκαν, εκτός εάν τα χαρακτηριστικά ή οι συνθήκες της αγοράς δεν το επιτρέπουν ή εάν τα συμφέροντα του πελάτη απαιτούν διαφορετικό χειρισμό. Τυχόν αθέμιτη χρήση των πληροφοριών περί εκκρεμών εντολών απαγορεύεται και μάλιστα τα μέλη λαμβάνουν όλα τα εύλογα μέτρα για να αποφευχθεί η τυχόν κατάχρηση.

Η σχέση αυτή δεν προϋποθέτει αυξημένη εμπιστοσύνη μεταξύ επιχείρησης επενδύσεων και πελάτη, αλλά η επιχείρηση επενδύσεων μόνο διευκολύνει τον επενδυτή κατά τη διαβίβαση της εντολής, χωρίς να ελέγχει την ορθή ή όχι επενδυτική απόφαση, χωρίς να προτείνει η ίδια λύσεις και λαμβάνει ιδιότητα προστηθέντος ή βοηθού εκπλήρωσης, και άρα σε πρώτο στάδιο δεν θεμελιώνεται ευθύνη εκ του 334²⁴ ή 922 ΑΚ. Συνεπώς, και καθώς η επιχείρηση επενδύσεων δεν συνδέεται με τον επενδυτή με σχέση εμπιστοσύνης, δεν συντρέχει υποχρέωση²⁵

24 ΑΠ 1359/2013 : « Αλλά ούτε και στην διάταξη του άρθρου 334 ΑΚ μπορεί να θεμελιωθεί ευθύνη... διότι η αδικοπραξία...δεν έλαβε χώρα κατά την εκπλήρωση της παροχής από προϋφιστάμενη ενοχής της χρηματοπιστωτικής εταιρίας προς τον ζημιωθέντα πελάτη της...»

25 ΑΠ 446/2010 : « Και τούτο, διότι υπό τις συνθήκες αυτές δεν αναπτύσσεται μία προσωπική σχέση εμπιστοσύνης ανάμεσα στα δύο μέρη, η οποία επιτρέπει στην τράπεζα να επηρεάσει την επενδυτική βούληση του πελάτη της. Τόσο η απλή λήψη και διαβίβαση εντολών για κατάρτιση συναλλαγών σε χρηματοπιστωτικά μέσα,

ελέγχου καταλληλότητας κατ'άρθρ. 25 παρ. 3 4514/2018 (παλαιό 25 παρ.4 ν.3606/2007)²⁶. Ωστόσο φαίνεται υποστηρίξιμη η ύπαρξη σιωπηρώς καταρτισθείσας σύμβασης παροχής επενδυτικών συμβουλών, πράγμα που αναλύεται εκτενώς κατωτέρω. Μετά την εκτέλεση της εντολής ουδεμία υποχρέωση ενημέρωσης του πελάτη υπάρχει, ενώ η περιορισμένη ευθύνη της ΕΠΕΥ προκύπτει και από το χαρακτήρα της υπηρεσίας, ως μη επιδιώκουσα το βέλτιστο αποτέλεσμα²⁷ αλλά και από το γεγονός ότι εισπράττει μειωμένη προμήθεια²⁸. Η υπηρεσία της εκτέλεσης εντολής αφορά την απλή εκτέλεση εντολών, και θεωρείται πως μόνο η διαβίβαση της εξυπηρετεί το συμφέρον του πελάτη με το καλύτερο τρόπο, χωρίς να χρειάζεται να λάβει πρόσθετα μέτρα. Συνεπώς, όταν η εντολή του πελάτη θεωρείται εκτέλεση της εντολής έχει γίνει με βάση το καλύτερο συμφέρον του πελάτη και δεν αναζητούνται ευθύνες της επιχείρησης επενδύσεων²⁹. Είναι επιτρεπτή

όσο και η εκτέλεση εντολών για κατάρτιση συμβάσεων αγοράς ή πώλησης χρηματοπιστωτικών μέσων για λογαριασμό πελατών αποτελούν επενδυτικές υπηρεσίες με την έννοια του Ν. 3606/2007 (άρθρο 4 παρ. 1 περ. α & β). Χωρίς όμως τη συμβατική ανάληψη της παροχής επενδυτικών συμβουλών η τράπεζα δεν οφείλει να παράσχει στον πελάτη της συμβουλευτικές υπηρεσίες.»

26 Νομικό Βήμα 2015, τόμος 63, σελ. 2021, σχόλιο της υπ'αριθμ. 5027/2015 από Στέργιο Σπυρόπουλο

27 Υπ'αριθμ. 1/452/1-1-2007 Απόφαση ΕΚ Κεφάλαιο 5, όπου περιγράφονται τρόποι κατάλληλων διαδικασιών τα οποία να αυξάνουν την πιθανότητα επίτευξης βέλτιστου αποτελέσματος, με γνώμονα όμως την εντολή του πελάτη.

28 ΝοΒ 2015, σελ 2022, Τουντόπουλος, ο.π. σελ 438

29 Κεντρικός σκοπός της παραγράφου αποτελεί ο περιορισμός της ευθύνης των μελών, ειδικά όταν δεν έχουν ανάμειξη στην συναλλαγή. Η Αιτιολογική Έκθεση του Νόμου, καθώς και η Κοινοτική Οδηγία 37/2004/

και η πριν την παροχή της επενδυτικής υπηρεσίας παραίτηση³⁰ του επενδυτή από την αξίωση προς λήψη τέτοιων παροχών αλλά και η εκ των προτέρων μονομερής απαλλαγή της ΑΕΠΕΥ από τη προσφορά αυτών³¹.

Ο περιορισμός αυτής της υποχρέωσης μπορεί να θεμελιωθεί δογματικά σε δύο βασικά επιχειρήματα.

- Η παροχή της λήψης και διαβίβασης εντολών βασίζεται κυρίως σε ηλεκτρονικά συστήματα και η παροχή εξατομικευμένων πληροφοριών από τις επιχειρήσεις επενδύσεων προς τους επενδυτές, ελλείπει της προσωπικής επαφής αλλά και της αμεσότητας της διαδικασίας, καθίσταται πρακτικά αδύνατη.
- Η επιχείρηση επενδύσεων εισπράττει σαφώς μικρότερη προμήθεια και συνεπώς αυτό συμβάλει στην δικαιολόγηση των περιορισμένων υποχρεώσεων της³².

Ωστόσο σε αυτό το σημείο θα πρέπει να αναλογιστούμε πραγματικά την ratio της ανωτέρω απαλλαγής από την ευθύνη, τον τρόπο που πραγματικά χρησιμοποιείται από την αγορά, καθώς και την ανισομέρεια

δυνάμεων μεταξύ παραγόντων της χρηματαγοράς και του επενδυτή.

Η χρηματαγορά καλωσορίζει ιδιώτες και μεσαίους επενδυτές, καθώς χρειάζεται εκείνοι να διαθέσουν τα κεφάλαια τους σε αυτή προκειμένου να τονώσουν ή να διατηρήσουν την ρευστότητα της³³. Από τη μεριά τους οι επενδυτές επιθυμούν να συμμετέχουν κυρίως με την ελπίδα του κέρδους.

Διάφορα κριτήρια μπορούν να επηρεάσουν την λήψη μιας επενδυτικής απόφασης (συντηρητισμός, πεποιθήσεις κτλ), τα οποία αποτελούν αντικείμενα ενός κλάδου της χρηματοοικονομικής επιστήμης, της «Συμπεριφορικής Χρηματοοικονομικής» (Behavioral Finance). Σύμφωνα με τη ψυχολόγο Lola Lopes³⁴ τα βασικά συναισθήματα που προσδιορίζουν την ανάληψη κινδύνου από τους επενδυτές είναι ο φόβος και η ελπίδα. Ειδικά ο φόβος αποτελεί το κύριο χαρακτηριστικό των μικρών και μεσαίων επενδυτών, οι οποίοι προτιμούν να επαφίενται σε κινήσεις που είτε οι περισσότεροι λοιποί επενδυτές επιχειρούν (herding) είτε προσπαθούν να ακολουθήσουν τις υποδείξεις και γραμμές ενός παράγοντα

ΕΚ δεν ορίζουν τον σκοπό, λαμβάνοντας ως δεδομένη τη συστημική του ερμηνεία, ως δηλαδή βοηθητικό της ασφάλειας και ταχύτητας των συναλλαγών.

³⁰ Αθανασία Χ. Λελεντζή, ΑΝΑΜΝΗΣΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ ΛΕΩΝΙΔΑ ΓΕΩΡΓΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, Τράπεζα της Ελλάδας, Κέντρο Πολιτισμού Έρευνας και Τεκμηρίωσης, ΑΘΗΝΑ 2016, σελ 469

³¹ Καραγκουνίδης Απόστολος, Προστασία του επενδυτή στο δίκαιο των επενδυτικών υπηρεσιών, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2007, σελ 509

³² Τουντόπουλος, ο.π. 2015, σελ. 438

³³ <https://investingnews.com>, <https://www.investopedia.com/university/beginner-trading-fundamentals>, <https://www.investopedia.com/university/beginners-guide-to-trading-futures>

³⁴ Lola L. Lopes, Between Hope and Fear: The Psychology of Risk, Advances in Experimental Social Psychology, Academic Press, Volume 20, 1987, σελ 255 επ.

της χρηματαγοράς με μεγαλύτερη εμπειρία, βεβαιότητα και εχέγγυα.

Σε πλείστες των περιπτώσεων, οι επιχειρήσεις επενδύσεων δεν παρέχουν σαφή και εύληπτη αποτύπωση των περίπλοκων συμβατικών ρητρών προς τους πελάτες τους, η κατανόηση των οποίων προϋποθέτει ειδικές τεχνικές γνώσεις. Αντιστρόφως, παρέχουν εν τοις πράγμασι προτροπές, συμβουλές και συστάσεις, ωστόσο παραβιάζοντας την υποχρέωση συμμόρφωσης με την επιταγή της διαφάνειας³⁵, καθώς στις συμβάσεις επενδυτικών υπηρεσιών αποτυπώνεται μια διαφορετική υπηρεσία απότι παρέχεται, συνήθως εκείνη της λήψης και διαβίβασης εντολών ή της απλής εκτέλεσης εντολών³⁶. Επί της ουσίας χρησιμοποιώντας τον φόβο των μικρών και μεσαίων επενδυτών τους δεσμεύουν σε συμβατικά κείμενα που δεν περιγράφουν επακριβώς την παρεχόμενη επενδυτική υπηρεσία ή την περιγράφει επακριβώς, αλλά εν συνεχεία τους παρέχουν μια διαφορετική υπηρεσία.

Κάνοντας χρήση και της παραπάνω απαλλαγής, η μη έρευνα του επενδυτικού προφίλ του πελάτη επιτρέπει στις επιχειρήσεις επενδύσεων είτε να επικαλεσθούν εμμέσως άγνοια σχετικά με την πιθανή σύγκρουση

συμφερόντων του πελάτη τους είτε να παρέχουν ένα γενικό πλαίσιο ενημέρωσης που δεν καλύπτουν τις πραγματικές ανάγκες ενημέρωσης του πελάτη, ούτε διασφαλίζουν σε ικανοποιητικό βαθμό την αποφυγή διακινδύνευσης των συμφερόντων των πελατών.

Τα ανωτέρω συμβαίνουν είτε για την ταχύτητα των συναλλαγών (λήψη ταχείας επενδυτικής απόφασης), είτε διότι οι επιχειρήσεις επενδύσεων επιθυμούν να μην φέρουν ευθύνες πληροφόρησης, είτε διότι επιζητούν ενδεχομένως ίδιο κέρδος³⁷.

III. Η θεωρία της σιωπηρώς καταρτισθείσας σύμβασης επενδυτικών συμβουλών

Προς περιορισμό της κατάχρησης της ανωτέρω απαλλαγής από την πληροφόρηση, έχει προταθεί και αξίζει να εξετασθεί η πιθανότητα ύπαρξης σιωπηρώς καταρτισθείσας σύμβασης παροχής επενδυτικών συμβουλών μεταξύ πελάτη και επιχείρησης επενδύσεως, κάνοντας αξιολόγηση της συμπεριφοράς των δυο μερών³⁸. Αυτό προτείνεται καθώς σκοπός της απαλλαγής³⁹ της ρύθμισης του άρθρου

³⁷ Εφαθ 787/2013, ΑΠ 1028/2015

³⁸ Μλώλος, Αξιολογήσεις πιστοληπτικής ικανότητας και υποχρεώσεις ενημέρωσης των τραπεζών κατά τη διάθεση ομολόγων του Δημοσίου, ΧΡΙΑΔ 2015, σελ. 13

³⁹ Διάπτης, Ευθύνη τραπεζών και εποπτικών αργών έναντι καταθετών και επενδυτών, στο 19ο Παν/νιο

³⁵ ΟΛΑΠ 15/2007

³⁶ Σκιαδόπουλος, Διαφοροποίηση συμβουλής και πληροφoρίας κατά την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών, ΕπΟΙΔ, Τεύχος 2/2020 σελ. 86 επ

25 παρ. 4 ν. 4514/2018 που ταυτίζεται με εκείνη του άρθρου 25 παρ. 6 ν. 3606/2007 είναι ουσιαστικά η απόπειρα του ενωσιακού νομοθέτη να αντιμετωπίσει με συστηματικό τρόπο την κατακόρυφη χρήση των νέων τεχνολογιών και του διαδικτύου, από τα οποία κατά κανόνα λείπει η προσωπική επαφή πελάτη και φορέα εκτέλεσης ή είναι σε μεγάλο βαθμό αυτοματοποιημένη⁴⁰. Χαρακτηριστικές περιπτώσεις αυτοματοποιημένης συναλλαγής είναι το *direct broking* ή το *phone broking*, κατά τα οποία ο πελάτης επιλέγει ο ίδιος που θα επενδύσει, με καταβολή μειωμένης προμήθειας, γεγονός που δικαιολογεί τις περιορισμένες υποχρεώσεις και ευθύνες της επιχείρησης επενδύσεων.

Η κρατούσα νομολογία, ασχολήθηκε εμμέσως με το ζήτημα, και δεν δέχθηκε ότι στις περιπτώσεις πώλησης Ομολόγων Ελληνικού Δημοσίου (ΟΕΔ) μπορεί να θεμελιωθεί ύπαρξη σιωπηρώς κατηρητισμένη σύμβαση επενδυτικών συμβουλών, συμπεριλαμβάνοντας τες στον τομέα των αυτοματοποιημένων συναλλαγών δηλαδή, και άρα παρέλκει η ανάγκη για ειδική και εξατομικευμένη πληροφόρηση, ωστόσο έχει πράγματι θεμελιωθεί σποραδικά ύπαρξη ευθύνης της Τράπεζας/επιχείρησης επενδύσεων για μη πληροφόρηση, κατά τις

γενικές διατάξεις του 288 και 914 ΑΚ. Πιο συγκεκριμένα, η πρόσφατη νομολογία (Μον. ΠρΑθ 5027/2015, Μον.ΠρΑθ 5057/2015, ΠολΠρωτ.Αθ 2564/2015) θεωρούσε πως εφόσον οι τράπεζες είχαν περιορισθεί και μόνο στην εκτέλεση εντολών για την αγορά άυλων ομολογιακών τίτλων, δεν δίδονται επενδυτικές συμβουλές και άρα δεν υπάγονταν στις υποχρεώσεις του άρθρου 25 παρ. 1-5 ν.3606/2007 αλλά υπάγονταν στις εξαιρέσεις του άρθρου 25 παρ. 6 (νέου 25 παρ.4). Συγκεκριμένα, όπως αναφέρει η απόφαση Μον.Πρωτ.Αθ 5027/2015 : «*Έτσι η υποχρέωση ελέγχου της καταλληλότητας ενός χρηματοπιστωτικού μέσου για τον συγκεκριμένο εκάστοτε πελάτη βαρύνει την τράπεζα μόνον κατά την παροχή επενδυτικών συμβουλών και τη διαχείριση χαρτοφυλακίου (άρθρο 25 παρ. 4 Ν. 3606/2007). Αντίθετα, αν η τράπεζα απλώς και μόνον παρέχει την υπηρεσία της εκτέλεσης εντολών πελατών ή της λήψης και διαβίβασης εντολών, όπως στην προκειμένη περίπτωση, πρέπει μόνον να προχωρήσει στον προβλεπόμενο στην παρ. 5 του άρθρου 25 του Ν. 3606/2007 έλεγχο συμβατότητας και να ειδοποιήσει σχετικά τον πελάτη. Τούτο όμως ισχύει μόνον αν δε συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 6 του άρθρου 25 του ν. 3606/2007. Και τούτο, γιατί επί συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών, η τράπεζα απαλλάσσεται και από τον έλεγχο συμβατότητας*». Σχετικά τον ίδιο δρόμο

Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Αθήνα 2010, σελ. 238

⁴⁰ Σπυράκος, Δάνεια σε συνάλλαγμα και προστασία του οφειλέτη, ΔΕΕ 8-9/2015, σελ 828

υιοθετεί και η υπ' αριθμ. 2724/2015 απόφαση Ειρηνοδικείου Αθηνών, δεχόμενη πως δεν υπάρχει σύμβαση επενδυτών συμβουλών, άρα και υποχρέωση συμβατής πληροφόρησης, απαλλάσσοντας την τράπεζα από οποιαδήποτε υποχρέωση ενημέρωσης κατά τον χρόνο πώλησης ΟΕΔ. Δεν ενδιαφέρει ποιο συμβαλλόμενο μέρος είχε την πρωτοβουλία για την διαφώτιση σχετικά⁴¹ με την μεταφορά των χρημάτων σε ΟΕΔ, αντίθετα κρίσιμη είναι η έναρξη της σχετικής συζήτησης, χωρίς την παρεπόμενη συμφωνία αμοιβής του μέλους του Χρηματιστηρίου.

Ωστόσο, και προς υποστήριξη της απόψεως για σιωπηρή κατάρτιση σύμβασης επενδυτικών συμβουλών, σε αποδεικτικό επίπεδο, και ακολουθώντας την κοινή λογική⁴², είναι απίθανο οι πελάτες, οι οποίοι δεν διαθέτουν ειδικές γνώσεις επί χρηματιστηρίων, ακόμη και εάν προσέτρεξαν στις τράπεζες προκειμένου να ενημερωθούν ή να αποκτήσουν και να διαχειριστούν χρηματοπιστωτικά μέσα τα οποία δεν κατανοούν πλήρως, να μην επιζήτησαν συζήτηση και συμβουλές ως προς τα γενικά χαρακτηριστικά των ομολόγων, αλλά και

⁴¹ Πρόσφατες αποφάσεις γερμανικής και αυστριακής νομολογία έχουν ως δεδομένο την ύπαρξη (ρητής ή σιωπηρής) σύμβασης παροχής επενδυτικών συμβουλών, δικαιώνοντας κατόχους ελληνικών κρατικών ομολόγων για πλημμέλειες της τράπεζας LG Duisburg, απόφ. 31-7-2012, 3 Ο 38/12, Μπώλος, ο.π. σελ 20

⁴² Μπώλος, αναφερόμενος σε αγορές Ομολόγων του Ελληνικού Δημοσίου από επενδυτές, πριν την απόφαση να αναμειχθεί και ο ιδιωτικός τομέας (PSI) ο.π. σελ 19

των κινδύνων που διέτρεχαν, ειδικά σε μια περίοδο κατά την οποία η οικονομική πορεία των τραπεζών και της χώρας ήταν και είναι ιδιαίτερα επισφαλής.

Περαιτέρω, παρά την απόφαση της ΕΚ 1/452/1-11-2007, η οποία ορίζει πως η τράπεζα συνάπτει με τον πελάτη εγγράφως σύμβαση παροχής επενδυτικών συμβουλών, γίνεται δεκτό κατά πάγια νομολογία πως η έλλειψη έγγραφου τύπου δεν οδηγεί σε ακυρότητα της σύμβασης, καθώς η σύναψη της δεν ανήκει στις *expressis verbis* συμβάσεις⁴³. Ο έγγραφος τύπος δεν είναι συστατικός (και επομένως η σύμβαση είναι άτυπη και αποδεικνύεται με κάθε μέσο) αλλά χρησιμοποιείται για διευκόλυνση των μερών και η μη τήρηση του δεν επηρεάζει την ισχύ της σύμβασης, όμως συνιστά μόνο διοικητική παράβαση της ΑΕΠΕΥ και επιφέρει διοικητικές κυρώσεις.

Δεχόμενοι την αντίθετη άποψη, περί μη κατάρτισης σιωπηρής σύμβασης παροχής επενδυτικών συμβουλών, δεν λαμβάνουμε υπόψη τον εξαιρετικό χαρακτήρα της διάταξης του άρθρου 25 παρ.4 ν. 4514/2018, και οδηγούμαστε σε αξιολογικές κρίσεις αντίθετες με εκείνες του ενωσιακού νομοθέτη, καθώς μετακυλιεται η υποχρέωση διαφώτισης και ενημέρωσης από τη σφαίρα των τραπεζών/επιχείρηση επενδύσεων στους πελάτες τους, χωρίς να υφίσταται για τους τελευταίους

⁴³ Σκιαδόπουλος, ο.π. σελ. 87 επ

κάποιου είδους *ex lege* υποχρέωσης, δημιουργώντας «βολικό» έδαφος για τις τράπεζες και αποδυναμώνοντας τη θέση των ιδιωτών επενδυτών⁴⁴. Ήδη υπάρχει νομολογία που δέχεται την κατάρτιση σιωπηρής σύμβασης επενδυτικών συμβουλών, όταν αυτή προκύπτει ευθαρσώς από την συμπεριφορά των μερών⁴⁵.

IV. Συμπερασματικές Σκέψεις

Η οικονομική κρίση, η εμφάνιση της αγοράς των κρυπτονομισμάτων και η συνεχής ανατροπή του τραπεζοφιλικού περιβάλλοντος έχουν επιφέρει την ανάγκη ο ιδιώτης να συμμετέχει στην αγορά, όχι ως μέσο διασποράς του κίνδυνου, αλλά ως κεντρικός παίκτης.

Ο επενδυτής δεν θα πρέπει να αποθαρρύνεται από το να διεκδικήσει τα δικαιώματά του, και η θέσπιση ενός ειδικού προστατευτικού πλέγματος υπέρ του θα συμβάλει στην δημιουργία κλίματος ασφάλειας στις συναλλαγές⁴⁶. Ο επενδυτής, θα πρέπει να έχει επαρκή κάλυψη και σε προσυμβατικό αλλά και σε μετασυμβατικό στάδιο, ειδικά στο σημερινό επενδυτικό περιβάλλον, όπου ο κίνδυνος υπερ-πληροφόρησης είναι

εμφανής, και σκοπύμως πολλοί παράγοντες της χρηματαγοράς προσπαθούν τεχνηέντως να εκμεταλλευτούν τη διαπραγματευτική ανισότητα που υπάρχει.

⁴⁴ Μπόλος, ο.π. σελ 20

⁴⁵ ΕφΑΘ 4934/2015, ΑΠ 1041/2018

⁴⁶ Τσαχιδής, «Το ζήτημα της τιτλοποίησης και πώλησης των απαιτήσεων από δάνεια του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων και σχετικοί προβληματισμοί», ΝοΒ 2018. 382 επ.

B. Νομολογία

680/2019 ΔΕφΘεσ (Τμήμα Γ'. Ακυρ.): Η υποχώρηση υπό προϋποθέσεις της αρχής της τυπικότητας στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων [σημ. Πουσίνη Σ.].

680/2019 ΔεφΘεσ (Τμήμα Γ'. Ακυρ.)
20.12.2019

Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ., Εμμανουήλ Μιχελακάκης και Μαρία Έλληνα, Εφέτες Δ.Δ.

«Και ναι μεν από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν σε δημόσιο διαγωνισμό απορρέει υποχρέωση διαφάνειας και παράλειψης ασαφειών δυναμένων να οδηγήσουν σε παρανόηση όρων του διαγωνισμού, η οποία αναφέρεται κατ' αρχήν στα έγγραφα του διαγωνισμού, προεχόντως δε την Διακήρυξη αυτού, σύμφωνα και με όσα έχουν γίνει νομολογιακώς δεκτά από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (σχετ. μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 29-4-2004, C-496/99, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, της 27ης Νοεμβρίου 2001, C-285/99

και C-286/99, Lombardini και Mantovani, Συλλογή 2001, σ. I-9233, σκέψη 37, και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, Συλλογή 2003, σ. I 6351, σκέψη 73), τούτο, όμως, και αν έτι εκτείνεται και επί των εν γένει, πλην των εγγράφων του διαγωνισμού, ενεργειών της Αναθέτουσας Αρχής, **τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση του δικαιολογημένου της παραπλάνησης, το οποίο εκτιμάται ενόψει των ιδιαίτερων συνθηκών της περίπτωσης, όσο και του προσώπου του ενδιαφερομένου φορέα.** Στην προκειμένη, ωστόσο, περίπτωση η ίδια η Διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, περιέχει ρήτρα ρητή, σαφή και αναντίλεκτη περί της ώρας λήξης της υποβολής προσφορών, για την οποία ουδεμία εύλογη αμφιβολία γεννάται, **ώστε δεν καταλείπεται πεδίο υποχώρησης της εφαρμογής της διέπουσας τους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας.** Ούτε, άλλωστε, μπορεί ευλόγως να γίνει δεκτό ότι,

*μία επιχείρηση, όπως η αιτούσα, η οποία, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, μετέχει σε διαγωνισμούς, για την ανάθεση της παροχής υπηρεσιών αποτελούντων αντικείμενο των εργασιών της, αγνοεί τόσο την προέχουσα σημασία των διατάξεων της Διακήρυξης ως προς τον καθορισμό των προθεσμιών του διαγωνισμού, όσο και την αναγκαία διαδικασία παράτασης των εν λόγω προθεσμιών, ιδίως δε δημοσίευσης των σχετικών αποφάσεων, διά της οποίας λαμβάνουν γνώση άπαντες οι ενδιαφερόμενοι, μέχρι, μάλιστα, του σημείου ώστε να υπολαμβάνει ότι απλή καταχώριση στοιχείων στο ΕΣΗΔΗΣ υποκαθιστά άνευ ετέρου το ρητό περιεχόμενο της Διακήρυξης. Κατά μείζονα δε λόγο η ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ στοιχείων διαφοροποιουμένων ως προς όρους της Διακήρυξης, όπως εν προκειμένω η ημερομηνία και ώρα λήξης υποβολής των προσφορών, δεν παρίστατο ικανή να παραπλανήσει την αιτούσα ως προς τον χρόνο λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών, **ενόψει της όλως πρόσφατης, δημοσιευθείσης δε στο ΕΣΗΔΗΣ και κοινοποιηθείσης σε όλους τους υποψηφίους, απορρίψεως αιτημάτων παρατάσεως αυτής, συνοδευόμενης από την υπενθύμιση της κατά τη Διακήρυξη ισχύουσας καταληκτικής ώρας...** Απορρίπτει την αίτηση.»*

Σημείωμα: Η υποχώρηση υπό προϋποθέσεις της αρχής της τυπικότητας στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων

I. Η κριθείσα υπόθεση

Το ζήτημα που απασχόλησε το ακυρωτικό δικαστήριο ήταν εάν η εκπροθέσμως-καθ' υπέρβαση της ρητά προβλεπόμενης στη σχετική Διακήρυξη ώρας- υποβληθείσα προσφορά θα έπρεπε άνευ ετέρου να απορριφθεί σύμφωνα με την ισχύουσα στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας. Ως καταληκτική ώρα υποβολής προσφορών στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) είχε οριστεί εκ παραδρομής από την Αναθέτουσα Αρχή διαφορετική ώρα (17:45:20), τρεις περίπου ώρες μετά από την ώρα που ρητώς και με σαφήνεια οριζόταν στη διακήρυξη του ηλεκτρονικού διαγωνισμού (15:00). Δεδομένου ότι τα εσφαλμένως ορισθέντα στοιχεία της διακήρυξης στο ΕΣΗΔΗΣ σχετικά με την ώρα λήξης υποβολής των προσφορών δεν οφείλονταν παρά σε σφάλμα (*lapsus calami*) της ίδιας της Αναθέτουσας Αρχής, η τελευταία αποφάσισε η εκπροθέσμως υποβληθείσα προσφορά να γίνει οδηγήσει σε αποκλεισμό αυτής, αλλά να γίνει μολαταύτα δεκτή με βάση την αρχή της χρηστής διοίκησης και την αρχή

της επιείκειας, ως ειδικότερη έκφανση της ανωτέρω αρχής, δεδομένου ότι αφενός τα στοιχεία του τεύχους της διακήρυξης (καθώς και των διευκρινιστικών απαντήσεων που δόθηκαν στη συνέχεια από την Αναθέτουσα Αρχή) σχετικά με την καταληκτική ώρα υποβολής προσφορών και αφετέρου τα καταχωρημένα στο ΕΣΗΔΗΣ στοιχεία ομοίως σχετικά με την καταληκτική ώρα υποβολής προσφορών, λόγω εσφαλμένης καταχώρησης από την Αναθέτουσα Αρχή στο ΕΣΗΔΗΣ, ήταν αντιφατικά μεταξύ τους και συνεπώς ο όρος της διακήρυξης σε ό,τι αφορά την καταληκτική ώρα υποβολής προσφορών κατέστη αμφίσημος.

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία έκανε δεκτή την εκπρόθεσμη προσφορά, κατόπιν άσκησης σχετικής προδικαστικής προσφυγής, ακυρώθηκε με την αριθμ. 783,784/2018 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ-30 Κλιμάκιο). Στη συνέχεια ασκήθηκε αίτηση ακύρωσης κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία απορρίφθηκε με την αριθμ.680/2019 ΔΕφΘεσ απόφαση (Τμήμα Γ' Ακυρωτικό).

II. Οι συγκρουόμενες αρχές στην 680/2019 ΔΕφΘεσ (Τμήμα Γ'. Ακυρ.)

1. Η αρχή της τυπικότητας

Όπως είναι γνωστό, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας κάθε απόκλιση από τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού ανάθεσης δημόσιας σύμβασης αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (Πράξη VI Τμήμα ΕΛΣυν 70/2006). Η διακήρυξη ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (Πράξεις VI Τμήμα ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (Πράξεις IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Στην εθνική έννομη τάξη επικράτησε αρχικά μια αυστηρή αντίληψη της αρχής της τυπικότητας¹. Ωστόσο, σταδιακά έγινε δεκτό

¹ Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή σε επιστολή της προς τις Ελληνικές Αρχές, με αφορμή τον αποκλεισμό του μειοδότη για επουσιώδη λόγο, αναφορικά με την εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς έγραφε: «Πρόκειται περί της επιδείξεως ακραιφνούς τυπολατρίας, βασιζόμενης σε μια «επινοηθείσα» και ουδόλως υπό της νομολογίας του ΔΕΚ καταξιωμένης γενικής αρχής της ούτω αποκαλούμενης «αρχής της τυπικότητας», η οποία δίδει

ότι η αρχή της τυπικότητας κάμπτεται από τις αρχές της επείκειας, της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας που διέπουν όλη τη διοικητική δράση και είναι απόρροια του κράτους δικαίου.

2. Η αρχή της αναλογικότητας, η αρχή της χρηστής διοίκησης και η αρχή της επείκειας

Η τυπικότητα της διαδικασίας, η οποία επιβάλλεται από την ίδια τη νομοθεσία (κοινοτική και εθνική), υποστηρίζεται ότι συχνά εξισορροπείται από την αρχή της αναλογικότητας. Αντιστάθμισμα και απαραίτητο ζεύγμα της αρχής της νομιμότητας υποστηρίζεται ότι αποτελεί η αρχή της χρηστής διοίκησης, καθώς προσδίδει την απαραίτητη ευελιξία στην άκαμπτη αρχή της νομιμότητας. Μέσω της αρχής της χρηστής διοίκησης επιτυγχάνονται η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της επείκειας ².

Η αναλογικότητα, η οποία αναγνωρίζεται ως συνταγματική αρχή στο άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος, ως ιδέα παραπέμπει στις έννοιες το μέτρου, του ορθολογισμού και

την δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να δύνανται να αποκλείσουν προσφορές κατά παράβαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων», Κ. Καφτάνη, Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς Ακραιφνής τυπολατρία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας; Διδικ, 2012/3, 545-563 (σ.545).

² Ιω. Πέρβου, Η χρηστή διοίκηση ως αρχή και ως δικαίωμα στην εθνική και ευρωπαϊκή έννομη τάξη, ΤοΣ 3-4/2014, 641 επ. (σ.644).

της ισορροπίας. Η αρχή της αναλογικότητας μπορεί να εξειδικευθεί ως μία επιταγή για λελογισμένη χρήση κάθε εξουσίας³ και προϋποθέτει έναν αξιακό προσανατολισμό της έννομης τάξης προς την ιδέα της ουσιαστικής δικαιοσύνης⁴. Ως αρχή του ενωσιακού δικαίου εισήχθη μέσω της νομολογίας του ΔΕΕ ως θεμελιώδης αρχή που διέπει την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων⁵ και κατοχυρώνεται πλέον ρητά στο άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24, ενώ συγκαταλέγεται στις αρχές που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων και σε εθνικό επίπεδο (ν.4412/2016, άρθρο 18). Σύμφωνα με όσα επιτάσσει η αρχή, οι εθνικές αρχές των κρατών μελών οφείλουν κάθε φορά να λαμβάνουν μέτρα με τις μικρότερες δυνατές επιπτώσεις στην οικονομική δραστηριότητα. Η αρχή της αναλογικότητας αφορά το όριο της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής ως προς την ανάθεση δημόσιας σύμβασης⁶, ενώ ο έλεγχος των

³ Αν. Μανιτάκης, Κράτος Δικαίου και έλεγχος Συνταγματικότητας των Νόμων, 1994, σ.288, όπως αναφέρεται σε Κ. Μανωλάκογλου, Η αρχή της αναλογικότητας ως τεχνική του δικαστικού ελέγχου πράξεων διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης, (2011) Διαθέσιμο σε: www.constitutionalism.gr, προσπελάστηκε στις 30-9-2020.

⁴ Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, Η αρχή της αναλογικότητας στο δημόσιο δίκαιο, 1989, σ.11, G. Gerapetritis, Proportionality in Administrative Law, 1997, p.56.

⁵ βλ. αποφ. ΔΕΕ της 16ης.12.2008, Μηχανική, C-213/07, σκ.48 και 61, της 19ης.5.2009, Assitur, C-538/07, σκ.21 και 23, της 23ης.12.2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili, C-376/08, σκ.33, καθώς και της 22ας.10.2015, Impresa Edilux και SICEF, C-425/14, σκ.29.

⁶ Β. Χατζηγιαννάκης (2019), Η δυνατότητα συμπλήρωσης, διευκρίνισης ή και τροποποίησης

ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης προσδιορίζεται συγκεκριμένα⁷.

III. Η *in concreto* στάθμιση μεταξύ των συγκρουόμενων αρχών

Το μονίμως ανακύπτον πρόβλημα στους δημόσιους διαγωνισμούς, το οποίο απασχολεί τις αναθέτουσες αρχές και τους αρμόδιους ελεγκτικούς μηχανισμούς δεν είναι παρά το εξής⁸: Πώς να ενεργεί κανείς σε περίπτωση σύγκρουσης μεταξύ των αρχών που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και πώς να βρει κανείς λύση όταν απαιτείται να τις σταθμίσει, καθώς και σε ποια αρχή πρέπει κανείς να δώσει προτεραιότητα. Η σχέση μεταξύ της αρχής της τυπικότητας με αυτή της οικονομικότητας, αποτελεί συχνά μία προβληματική σχέση⁹.

προσφοράς στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων υπό το φως της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Ν. 4412/2016, διαθέσιμο σε: <https://ec-law.gr>, προσπελάστηκε στις 30-9-2020.

7 Ο έλεγχος των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό με τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων, γ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος, και δ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης. Επ. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τομ.2, 13η έκδοση, 2010, σ.514.

8 Ig. Soltes, President of the Court of Audit of the Republic of Slovenia (2004-2013), *Formality vs 3 e principles in public procurement*, pp 2181-2188 (p.2181).

9 Ig. Soltes, ό.π., p.2184.

Η νομοθεσία, όπως είναι γνωστό, δεν μπορεί να θεσπίσει κανόνες για κάθε έννομη κατάσταση. Για το λόγο αυτό, προκειμένου να πραγματοποιήσει την απαραίτητη στάθμιση ο δικαστής, καθίσταται πολύ σημαντική η γνώση τόσο των βασικών αρχών οι οποίες διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις, όσο και των αρχών που έχουν γίνει θεμελιώδεις κοινές αξίες του νομικού πολιτισμού μας, όπως είναι ιδίως η αρχή της αναλογικότητας¹⁰.

Σε ό,τι αφορά την κριθείσα υπόθεση, ο αποκλεισμός της εκπροθέσμως υποβληθείσας προσφοράς, η οποία παρουσίαζε σφάλμα το οποίο ταυτιζόταν απολύτως με το σφάλμα που παρουσίαζε το ηλεκτρονικό σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ) και το οποίο, με τη σειρά του, οφειλόταν σε ομολογημένη υπαιτιότητα της Αναθέτουσας Αρχής, μπορεί να υποστηριχθεί ότι καταρχήν δεν απηχεί το κοινό περί δικαίου αίσθημα και την ιδέα της ουσιαστικής δικαιοσύνης. Η απόφαση φαίνεται να αποκλίνει από την πάγια σχετική γενική νομολογία, σύμφωνα με την οποία από ενέργειες ή παραλείψεις, οι οποίες οφείλονται σε υπαιτιότητα της Διοίκησης, δεν επιτρέπεται να επέλθουν δυσμενή αποτελέσματα σε βάρος των διοικουμένων με βάση την αρχή της χρηστής διοίκησης (ΑΠ 1170/1980, ΣτΕ 3472/1989, 4056/1990, 1216/1992, 903/1999, 3823/2000, 2161/2001, 980/2002,

10 Ig. Soltes, ό.π., p.2182.

3874/2005, 1471/2007), αλλά και από την ειδική σε ό,τι αφορά τις δημόσιες συμβάσεις νομολογία, σύμφωνα με την οποία η αυστηρή ερμηνεία των εγγράφων του διαγωνισμού προϋποθέτει τη σαφήνεια αυτών (ΕφΑθ 1959/1970, ΕφΘεσ.501/87, ΣτΕ ΕΑ 423, 424, 425/2011)¹¹.

Υπό το πρίσμα, όμως, του κανόνα της *ad hoc* στάθμισης μεταξύ των γενικών αρχών οι οποίες διέπουν τους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, η απόφαση του δικαστηρίου είναι οπωσδήποτε δογματικά ορθή, καθόσον διαθέτει ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία με αναφορά στα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά. Προκειμένου το δικαστήριο να αποφασίσει τη στάθμιση μεταξύ δύο αρχών σε περίπτωση σύγκρουσης, εφόσον δεν είναι θεμιτή η αφηρημένη στάθμιση μεταξύ των αρχών και μόνο η *in concreto* στάθμιση μεταξύ των δύο αρχών με βάση τα υπόψη πραγματικά περιστατικά είναι επιτρεπτή, η λύση δεν μπορεί παρά να αναζητηθεί -όπως και έγινε- στη νομολογία του ΔΕΕ και στις αφηρημένες γενικές έννοιες, όπως είναι αυτές της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της έννοιας του ευλόγως ενημερωμένου συμμετέχοντα στο διαγωνισμό. Το δικαστήριο έκρινε ότι η

¹¹ Ενδεικτικά, σχετικές και οι αποφάσεις/πράξεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά τον προσυμβατικό έλεγχο: Πράξη Ε' Κλιμ. 366/2018, Πράξη Ε' Κλιμ.647/2018, απόφαση VI Τμ.215/2019 και οι αποφάσεις της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) κατά το προδικαστικό στάδιο: 77/2018, 80/2018 και 195/2018.

υποχώρηση της διέπουσας τους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας (υπέρ της εφαρμογής της αρχής της χρηστής διοίκησης σε περίπτωση οικείου σφάλματος της Διοίκησης ή τυχόν άλλης αρχής) τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση του δικαιολογημένου της παραπλάνησης, το οποίο εκτιμάται *in concreto* ενόψει των ιδιαίτερων συνθηκών της περίπτωσης, όσο και του προσώπου του ενδιαφερομένου φορέα και έκρινε εν προκειμένω ότι δεν καταλείπεται πεδίο υποχώρησης της αρχής της τυπικότητας.

Η κοινοτική, αλλά και η εθνική νομολογία έχει θεσπίσει το κριτήριο του «ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα», ήτοι του μέσου διαγωνιζομένου με την αντίστοιχη εμπειρία και τη συνήθη επιμέλεια¹². Αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει κριθεί από το ΔΕΕ¹³, ότι «τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζομένους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο

¹² Αποφάσεις ΔΕΕ της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom (Συλλογή 2003, σκέψη 57), και Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta σκέψη 111, ΔΕΕ C-368/2010, ΣτΕ 112/2011, ΕΣ 168, 189, 399, 409/2012, αλλά και ΔΕΕ O-599/2010.

¹³ σκ. 42 της Απόφασης SIAC Construction (C-19/00, EU: C: 2001: 553).

τρόπο.». Εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο (στο πλαίσιο άσκησης της προδικαστικής παραπομπής του άρθρου 267 ΣΛΕΕ) να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του τεκμηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζομένου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια¹⁴.

Σύμφωνα με την σχολιαζόμενη απόφαση έγινε δεκτό ότι «*απλή καταχώριση στοιχείων στο ΕΣΗΔΗΣ (δεν) υποκαθιστά άνευ ετέρου το ρητό περιεχόμενο της Διακήρυξης*» και «*(η) υποχρέωση διαφάνειας και παράλειψης ασαφειών δυναμένων να οδηγήσουν σε παρανόηση όρων του διαγωνισμού, η οποία αναφέρεται κατ' αρχήν στα έγγραφα του διαγωνισμού, προεχόντως δε την Διακήρυξη αυτού..., τούτο, όμως, και αν έτι εκτείνεται και επί των εν γένει, πλην των εγγράφων του διαγωνισμού, ενεργειών της Αναθέτουσας Αρχής...*». Παρατηρείται, λοιπόν, ότι εκφράζεται καταρχήν διστακτικότητα σε ό,τι αφορά την εξίσωση προς τη Διακήρυξη του διαγωνισμού των ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας, τα οποία χρησιμοποιήθηκαν. Συνεπώς, τα (εσφαλμένως) καταχωρηθέντα

στοιχεία στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπολαμβάνονται ως απλές ενέργειες και όχι ως (ισότιμα με τη διακήρυξη) έγγραφα του διαγωνισμού.

Ιδιαίτερη έμφαση δίνεται στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ στην ηλεκτρονική επικοινωνία κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων μεταξύ μεταξύ των αναθετουσών αρχών και των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων¹⁵. Η αρχική υπόθεση είναι ότι όλη η επικοινωνία και η ανταλλαγή πληροφοριών διεξάγεται χρησιμοποιώντας ηλεκτρονικά μέσα. Η Οδηγία απαιτεί την ηλεκτρονική υποβολή των προκηρύξεων και πλήρη,

¹⁵ Σύμφωνα με τις αιτιολογικές σκέψεις υπ' αριθμ. 63 και 64 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ «(63) Τα ηλεκτρονικά μέσα πληροφοριών και επικοινωνιών μπορούν να απλουστεύσουν σε μεγάλο βαθμό τη δημοσίευση συμβάσεων και να ενισχύσουν την αποτελεσματικότητα και τη διαφάνεια των διαδικασιών προμήθειας. Θα πρέπει να αποτελέσουν τον συνήθη τρόπο επικοινωνίας και ανταλλαγής πληροφοριών στις διαδικασίες προμήθειας, δεδομένου ότι ενισχύουν σημαντικά τις δυνατότητες των οικονομικών φορέων να συμμετέχουν σε διαδικασίες προμήθειας σε ολόκληρη την εσωτερική αγορά.», «(64) Διευκρινίζεται ωστόσο ότι η χρήση άλλων μέσων επικοινωνίας θα πρέπει να περιορίζεται στα στοιχεία εκείνα του διαγωνισμού για τα οποία δεν απαιτούνται ηλεκτρονικά μέσα επικοινωνίας». Αντιστοίχως, στην αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016 υπογραμμίζεται ότι: «Τα οφέλη από τη δημιουργία μιας ενιαίας μοναδικής πύλης δημοσιότητας δημοσίων συμβάσεων σε εθνικό επίπεδο είναι πολλαπλά, καθώς με τον τρόπο αυτό θα διασφαλιστεί υψηλός βαθμός διαφάνειας, επαρκής δημοσιότητα κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, ενώ συγχρόνως παρέχεται στις επιχειρήσεις ένα αξιόπιστο και εύχρηστο εργαλείο για την αναζήτηση επιχειρηματικών ευκαιριών που προσφέρονται στον δημόσιο τομέα. Επιπρόσθετα, η χρήση ενός ενιαίου συστήματος δημοσιότητας των δημοσίων συμβάσεων και των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων θα συμβάλει στη δημιουργία μιας ενιαίας ηλεκτρονικής βάσης δεδομένων των δημοσίων συμβάσεων και θα χρησιμεύσει ως το βασικό μέσο για την εξαγωγή αξιόπιστων στατιστικών στοιχείων...».

¹⁴ βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ.54, 55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ.71.

απεριόριστη και ελεύθερη ηλεκτρονική πρόσβαση των εγγράφων της σύμβασης κατά τον χρόνο δημοσίευσης της προκήρυξης στην Ε.Ε., καθώς και ηλεκτρονική επικοινωνία και ανταλλαγή πληροφοριών σε ό,τι αφορά ολόκληρη την επικοινωνία για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης με ορισμένες εξαιρέσεις¹⁶.

Η ραγδαία ανάπτυξη του Διαδικτύου και των Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ) προσέγκυσε το κανονιστικό ενδιαφέρον του ενωσιακού νομοθέτη σε επίπεδο διάφορων διοικητικών διαδικασιών, συμπεριλαμβανομένων των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Είναι γεγονός ότι η χρήση ηλεκτρονικών εργαλείων διαχείρισης των δημοσίων συμβάσεων (e-procurement) αυξάνει την προσβασιμότητα και την αμεροληψία της διαδικασίας σύναψης των συμβάσεων¹⁷. Γίνεται, επίσης, δεκτό ότι η χρήση των εργαλείων αυτών αυξάνει, επίσης, την αποδοτικότητα και την αποτελεσματικότητα των δημοσίων συμβάσεων, μέσω της τυποποίησης της διαδικασίας και της αύξησης του ανταγωνισμού¹⁸.

Η σχολιαζόμενη απόφαση ενδεχομένως παραγνωρίζει τη σπουδαιότητα που δίδεται σήμερα από τον ενωσιακό νομοθέτη στις νέες ηλεκτρονικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και στον κεντρικό ρόλο που έχουν πλέον σε αυτές οι ηλεκτρονικές επικοινωνίες¹⁹ μεταξύ των αναθετουσών αρχών και των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων. Το δικαστήριο, κατόπιν της απαραίτητης στάθμισης μεταξύ των αρχών που διέπουν τους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων, έκρινε υπέρ της επικράτησης της διακήρυξης έναντι των ηλεκτρονικών στοιχείων του διαγωνισμού και υπέρ της αρχής της τυπικότητας, επιδεικνύοντας, ίσως, μια παραδοσιακή ακόμη αντίληψη.

IV. Τελικές παρατηρήσεις

Είναι γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές συνηθίζουν να επιλέγουν κυρίως την αρχή της τυπικότητας ως την πλέον σημαντική αρχή στις διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων²⁰, κάτι το οποίο, δεν παρατηρείται μόνο στην ελληνική πραγματικότητα. Το ερώτημα,

¹⁶ Public Procurement Audit, The Contact Committee of the Supreme Audit Institutions of the European Union, 2018, par. 13.

¹⁷ Αικ. Σαββαΐδου, Δημοσιονομική Διαφάνεια, 2017, σ.195.

¹⁸ Αικ. Σαββαΐδου, ό.π., σ.195.

¹⁹ Σε ό,τι αφορά τις ηλεκτρονικές επικοινωνίες κατά τις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, στο άρθρο 22 του Ν. 4412/2016 (παράγραφοι 1- 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι «1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 1 του άρθρου 36, όλες οι επικοινωνίες, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών δυνάμει του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του παρόντος άρθρου, των άρθρων 36 και 37 και του Παραρτήματος IV του Προσαρτήματος Α' ..».

²⁰ Ig. Soltes, ό.π., p.2181.

όμως, που φαίνεται να ανακύπτει μετά την αδιάλειπτη, επί πολλές δεκαετίες, στις χώρες της Ε.Ε., εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας, είναι εάν η αυστηρή τήρηση της αρχής της τυπικότητας μπορεί να βελτιώσει την προσπάθεια καταπολέμησης της διαφθοράς ή εάν στην πραγματικότητα απλώς την επιδεινώνει²¹. Αν και οι δημόσιες συμβάσεις οριοθετούνται από ένα ασφυκτικό κανονιστικό πλαίσιο, υποστηρίζεται ότι υπάρχει χώρος για μια ακόμη γενική αρχή, αυτή της αποδοτικότητας²², η οποία μάλιστα μπορεί να αποτελέσει ένα διορθωτικό μηχανισμό εκεί όπου η τυπικότητα της διαδικασίας και η διαφάνεια οδηγούν σε ανορθόδοξα αποτελέσματα²³.

Η παραδοσιακή θεωρία περί της δημόσιας διοίκησης βασίζεται σε μια απόλυτη σύμπτωση της αποδοτικότητας με την πιστή τήρηση νομικών κανόνων²⁴, η οποία, όμως,

ολοένα δίνει τη θέση της σε αρχές όπως αυτή της αποδοτικότητας. Υπό αυτό το πρίσμα, η υποχώρηση της αρχής της τυπικότητας στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων πραγματοποιείται προς ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, κάμψη της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και διευκόλυνση της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος²⁵. Έτσι, η υποχώρηση -υπό προϋποθέσεις- της αρχής της τυπικότητας, μοιάζει να είναι σήμερα λιγότερο απαγορευτική και σχεδόν επιβεβλημένη από το δημόσιο συμφέρον.

**Πουσίνη Σωτηρία,
Μόνιμη Υπάλληλος ΥΠΕΣ,
Νομικός, ΜΔΕ, ΜΑ**

²¹ Ig. Soltes, ό.π., p.2181.

²² Η αρχή της αποδοτικότητας κατοχυρώνεται ως επιμέρους αρχή της αρχής της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης στο άρθρο 27 του Κανονισμού (ΕΚ, Ευρατόμ) αριθμ.1605/2002 του Συμβουλίου της 25ης Ιουνίου 2002 «Για τη θέσπιση του δημοσιονομικού κανονισμού που εφαρμόζεται στο γενικό προϋπολογισμό των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων» (ΕΕ L 248 της 16.9.2002 σ. 1-48), που εκδόθηκε σε εκτέλεση του άρθρου 279 ΣυνθΕΚ (322 ΣΛΕΕ), καθώς και σε εθνικό επίπεδο στο άρθρο 33 του Ν.4270/2014 «Αρχές δημοσιονομικής διαχείρισης και ελοπτείας (ενσωμάτωση της Οδηγίας 2011/85/ΕΕ) – δημόσιο λογιστικό και άλλες διατάξεις».

²³ Αρ. Μαυρομάτη, Δημοσιότητα, Διαφάνεια και Αποδοτικότητα στις δημόσιες συμβάσεις σε Δημόσιες Συμβάσεις-Ν. 4412/2016 Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, 2019, σ.238.

²⁴ Σε ορισμένες περιόδους και σε κοινωνίες σε πρώιμο στάδιο ανάπτυξης, η νομιμότητα επιβάλλεται ως πλέον αποδοτική από την σκοπιμότητα, γιατί μια κοινωνία που δεν έχει κατοχυρώσει ακόμη την θεσμική

της οντότητα, δεν έχει την πολυτέλεια να ενδιαφέρεται για την σκοπιμότητα, δηλαδή για την αποτελεσματικότητα από μια άποψη περισσότερο ουσιαστική και διοικητικά, οικονομικά και κοινωνικά επιβαλλόμενη. Αντιθέτως, όσο περισσότερο κατοχυρωμένο είναι το επίπεδο της δημοκρατίας, τόσο επιβάλλει μικρότερη σύμπτωση με τη δικαιοσύνη αναγκαιότητα. Δ. Στράνης., Η σύλληψη της αποδοτικότητας στο πλαίσιο της Δημόσιας Διοίκησης και ο συνεχής επαναπροσδιορισμός της ως ουσιαστική στοιχεία δημοκρατίας, ΘΠΔΔ 4-5/2012.

²⁵ Όπως αναφέρεται στην έκθεση συνεπιών ρυθμίσεων του Ν.4782/2021 (Α'36) με τον οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 περί (διεύρυνσης της) δυνατότητας συμπλήρωσης των δικαιολογητικών συμμετοχής στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων. Στην έκθεση αναφέρεται επιπλέον ότι «η προτεινόμενη τροποποίηση του άρθρου αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ.3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί».

ΜΠρΘεσσαλ. 18.12.2020: Η προσωρινή
διαταγή στο πλαίσιο αίτησης ασφαλιστικών
μέτρων για την εγγραφή προσημείωσης
[σημ. Σταυρουλάκη Δ.]

ΜΠρΘεσσαλ προσωρινή διαταγή με
ημερομηνία 18.12.2020

Πρόεδρος: Πολυξένη- Μαρία
Παλασσαντοπούλου, Πρόεδρος Πρωτοδικών
Δικηγόροι: Δημητρία Σταυρουλάκη,
Στεφανίδης Παναγιώτης

Άρθρα: ΑΚ 126, 1268, 1274, 1276 και 724
ΚΠολΔ

**ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ. Προσωρινή
διαταγή. Εγγραφή προσημείωσης.
Ασφαλιστικά μέτρα.**

«[...]

- Συζητείται αντιμωλία
- Διατάσσει τη συντηρητική κατάσχεση κάθε κινητής και ακίνητης περιουσίας κάθε δικαιώματος και περιουσιακού στοιχείου καθενός εκ των καθών που βρίσκεται είτε στα χέρια τους είτε στα χέρια τρίτου, μέχρι του ποσού των 132.704,10 ευρώ, καθώς και την εγγραφή προσημείωσης για ποσό 132.704,10 ευρώ επί του ακινήτου με ΚΑΕΚ

....., περιοχή Σερρών,
έως τη συζήτηση της αίτησης και υπό τον όρο
της συζήτησης αυτής».

Σημείωμα: Αποτίμηση της από 18.12.2020 προσωρινής διαταγής του ΜΠρΘεσσαλ

Η προσημείωση, από την άποψη του Ουσιαστικού δικαίου, αποτελεί υποθήκη που τελεί υπό διπλή αναβλητική αίρεση, αυτή της τελεσίδικης επιδίκασης της ασφαλιζόμενης απαίτησης και της εμπρόθεσμης τροπής της σε υποθήκη [ΟΛΑΠ 14/2006, ΝΟΜΟΣ]. η δε τροπή έχει αναδρομικά αποτελέσματα, ανατρέχοντας στο χρόνο εγγραφής της προσημείωσης. Για την τροπή της προσημείωσης σε υποθήκη θα πρέπει η απαίτηση που ασφαλιζεται με την προσημείωση να είναι η ίδια με την απαίτηση που επιδικάζεται με την τελεσίδικη απόφαση στον προσημειούχο δανειστή [ΜΠρΠατρ 185/2021, ΝΟΜΟΣ]. Από πλευράς δικονομικού δικαίου, η προσημείωση υποθήκης συνιστά ασφαλιστικό μέτρο, που παρέχει στο δανειστή, που δεν έχει τίτλο προς εγγραφή υποθήκης, προς εξασφάλιση της απαίτησής του και της μελλοντικής αναγκαστικής εκτέλεσης, τη δυνατότητα να δεσμεύσει ακίνητο του οφειλέτη (ή τρίτου που συναινεί) για να εξασφαλιστεί με αναγκαστική εκτέλεση επ' αυτού η προνομιακή ικανοποίηση χρηματικής ή μετατρέψιμης σε χρήμα απαίτησης του δανειστή, όταν στο

μέλλον εξοπλιστεί με εκτελεστό τίτλο [ΑΠ 251/2020, ΝΟΜΟΣ].

Από το συνδυασμό των άρθρων ΑΚ 1268, 1274, 1276 και 724 ΚΠολΔ, προκύπτει ότι τίτλο για την εγγραφή προσημείωσης συνιστούν η απόφαση ασφαλιστικών μέτρων, η καταψηφιστική οριστική απόφαση αλλά και η διαταγή πληρωμής [Κεραμεύς/ Κονδύλης/ Νίκας (-Κράνης Δ), Ερμηνεία ΚΠολΔ, 2020, 706. 164]. Αμφισβητούμενο παραμένει το ζήτημα της δεσμευτικότητας της προσωρινής διαταγής που λαμβάνεται στο πλαίσιο αίτησης ασφαλιστικών μέτρων για την εγγραφή προσημείωσης, και σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, πώς θα ακολουθήσει διαδικασία εγγραφής στο Υποθηκοφυλακείο ή καταχώρησης στο Κτηματολόγιο, και κυρίως, ποια θα είναι τα έννομα αποτελέσματά της. Αφορμή για τις σκέψεις που θα ακολουθήσουν έδωσε η από 18.12.2020 προσωρινή διαταγή της Δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης, η οποία διέταξε στο πλαίσιο αίτησης ασφαλιστικών μέτρων την εγγραφή προσημείωσης υποθήκης σε ακίνητο του καθ' ού η αίτηση- οφειλέτη καθώς και τη συντηρητική κατάσχεση κάθε κινητής και ακίνητης περιουσίας του μέχρι τη συζήτηση της κύριας αίτησης και υπό τον όρο της συζήτησης της αίτησης αυτής. Η προσωρινή διαταγή, με αυτό το περιεχόμενο, διατηρήθηκε μάλιστα από το δικαστήριο της

αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της αίτησης.

Παλαιότερη άποψη [Βαβούσκος, Η προσημείωσις υποθήκης εις το ελληνικόν δίκαιον υπό το κράτος του νέου ΚΠολΔ ως διεμορφώθη τελικώς ούτος δια του ν.δ. 958/1971, Τιμ. Τ. Καραβά ΙΙ, 1978, σελ 770] υποστήριζε ότι δεν μπορεί να εγγραφεί προσημείωση με προσωρινή διαταγή, καθώς κάτι τέτοιο θα σήμαινε την εξίσωση της προσωρινής διαταγής με την απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων. Το ζήτημα συνέχεται άμεσα με τη νομική φύση της προσωρινής διαταγής, εάν δηλαδή αυτή αποτελεί δικαστική απόφαση σε περίληψη [Μητσόπουλος, Προσωρινή διαταγή επί αιτήσεως εγγραφής προσημείωσης υποθήκης, ΕλλΔνη 24,1137] ή διοικητική πράξη δικαστικού οργάνου [Μπέης, Έννοια και χαρακτήρας των ασφαλιστικών μέτρων, Δ1, 395] ή απλά έναν τίτλο εκτελεστό κατά την έννοια της 904 παρ 2 ΚΠολΔ στερούμενο δικαστικής διάγνωσης [ΑΠ 697/2008, ΧρΙΔ Η', 891 επ, ΟΛΑΠ 17/2009, ΝΟΜΟΣ]. Η σύγχρονη οπτική της νομολογίας [ΑΠ 557/2010, ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 840/2019, ΝΟΜΟΣ], διακρίνει την προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο αίτησης ασφαλιστικών μέτρων για την εγγραφή προσημείωσης από τη δικαστική απόφαση, αφού στερείται της αυθεντικής διάγνωσης της έννομης σχέσης που ρυθμίζει και δεν υποβάλλεται σε δημοσίευση.

Πλέον γίνεται δεκτό ότι για να αναπτύξει αποτελέσματα η προσωρινή διαταγή έναντι τρίτων πρέπει πρώτα να εγγραφεί στα βιβλία κατασχέσεων [ΑΠ 557/2010, ΝΟΜΟΣ], η δε εγγραφή αυτή έχει ως αποτέλεσμα την ακυρότητα μεταγενέστερων πράξεων διάθεσης ή εγγραφής βαρών επί του ακινήτου αυτού κατά την ΑΚ 176 [ΠΠρΑθ 8/2014, ΝΟΜΟΣ]. Από τα παραπάνω προκύπτει, ότι η προσωρινή διαταγή που εκδίδεται επί αίτησης εγγραφής προσημείωσης έχει το περιεχόμενο της απαγόρευσης νομικής περιουσιακής μεταβολής, αποτέλεσμα δηλαδή παρόμοιο με την συντηρητική κατάσχεση [βλ Κατηφόρη, Οι «παρενέργειες» της κατ' άρθρο 691 παρ 5 ΚΠολΔ αποτυπώσεως της προσωρινής διαταγής στα δημόσια βιβλία, ΕΠολΔ 5/2011, 567-571, ο οποίος χαρακτηρίζει την προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο δίκης προσημείωσης και την συντηρητική κατάσχεση ως έννοιας υπάλληλες], εξού και η ανάγκη εγγραφής της στα βιβλία κατασχέσεων κατόπιν καταβολής αναλογικών τελών, όπως ακριβώς προβλέπεται και για την εγγραφή της κατάσχεσης [βλ αντίθετα Κατηφόρη, ό.π., ο οποίος υποστηρίζει την επιβολή πάγιου και όχι αναλογικού τέλους λόγω της σχέσης μείζον- έλασσον της προσωρινής διαταγής με την συντηρητική κατάσχεση].

Όμως, η κρινόμενη από 18.12.2020 προσωρινή διαταγή, δεν είχε το ως άνω περιεχόμενο,

δηλαδή την απαγόρευση της νομικής μεταβολής των περιουσιακών στοιχείων, αλλά την εγγραφή βάρους, προσημείωσης, η οποία μάλιστα στη συνέχεια εγγράφηκε στο αρμόδιο Υποθηκοφυλακείο, στα βιβλία υποθηκών και όχι των κατασχέσεων. Η διάταξη αυτή του δικαστηρίου προβληματίζει για το κατά πόσο μπορεί όντως να στηρίξει η προσωρινή διαταγή την εγγραφή προσημείωσης αλλά και τι αποτελέσματα θα έχει, εάν δηλαδή, εκτός της απαγόρευσης μεταβολής, συστήνεται και εμπράγματο βάρος υπό τη διπλή αναβλητική αίτηση, που θα δώσει στο δανειστή δικαίωμα προνομιακής ικανοποίησης σε περίπτωση τροπής σε υποθήκη, έναντι μάλιστα άλλων ενυπόθηκων δανειστών που τυχόν εγγράψουν μεταγενέστερα το βάρος τους (υποθηκική τάξη).

Από άποψη ουσιαστικού, η προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο αίτησης ασφαλιστικών μέτρων δε συστήνει εμπράγματο βάρος, αλλά έχει αποτελέσματα παρόμοια με τη συντηρητική κατάσχεση δικαίου [ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, αρθρ. 1274 αρ. 23]. χωρίς να λογίζεται ότι η μεταγενέστερη της προσωρινής διαταγής προσημείωση που θα εγγραφεί από τον δανειστή της προσωρινής διαταγής ανατρέχει στο χρόνο της έκδοσης της προσωρινής διαταγής. Με άλλα λόγια, δε δίνεται προτεραιότητα, κατά τη γνώμη αυτή, στη μεταγενέστερη

προσημείωση που θα εγγραφεί ο δανειστής που εξασφάλισε την προσωρινή διαταγή έναντι προσημείωσης άλλου δανειστή που εγγράφηκε στο μεσοδιάστημα μεταξύ της προσωρινής διαταγής και της εγγραφής της προσημείωσης με την τελική απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων. Κατ' άλλη γνώμη [Μητσόπουλος, ΕλλΔνη 31, 1141-1143], η προσωρινή διαταγή εξασφαλίζει προτεραιότητα έναντι μεταγενέστερων προσημείωσης που εγγράφονται κατά τη διάρκεια ισχύος της, καθώς η μεταγενέστερη της διαταγής προσημείωση εξασθενεί έναντι αυτής, εφόσον η προσωρινή έχει καταχωρηθεί στα βιβλία κατασχέσεων [ΑΠ 57/2010, ΝΟΜΟΣ]. Άλλη γνώμη [Ορφανίδης, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, 2004, 426-429] δέχεται ότι η προσωρινή διαταγή, εκτός του ότι καθιστά μη αντιτάξιμες τις μεταγενέστερες αυτής προσημείώσεις, συγχρόνως διασφαλίζει το δικαίωμα προνομιακής ικανοποίησης του δανειστή που πέτυχε την έκδοσή της.

Πάντως, όποια άποψη και να ακολουθήσει κανείς, όλες έχουν κοινό παρονομαστή ότι τίτλος για την εγγραφή της προσημείωσης είναι η τελική απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων και όχι η ίδια η προσωρινή διαταγή. Η διαφοροποίηση των απόψεων έγκειται στα αποτελέσματα της προσωρινής διαταγής, δηλαδή εάν επέρχεται ακυρότητα

των μεταγενέστερων προσημειώσεων και υποθηκών και εάν η προσημείωση που τελικά θα εγγραφεί, θα ανατρέξει στον χρόνο της προσωρινής διαταγής ή όχι. Καμία γνώμη δεν υποστηρίζει ότι η προσωρινή διαταγή μπορεί να αποτελέσει τίτλο για την εγγραφή της προσημείωσης, όπως διέταξε εσφαλμένα η υπό κρίση προσωρινή διαταγή της Δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης. Και αυτό γιατί το συγκεκριμένο ασφαλιστικό μέτρο, που μπορεί να οδηγήσει στην κτήση εμπράγματης ασφάλειας εάν πληρωθεί η διπλή αναβλητική αίρεση, προϋποθέτει δικαιοδοτική κρίση με τη μορφή της απόφασης ασφαλιστικών μέτρων ή της οριστικής καταψηφιστικής απόφασης ή της διαταγής πληρωμής.

Βέβαια, θα μπορούσε να αντιτάξει κανείς ότι, εφόσον ο νόμος στο άρθρο 724 ΚΠολΔ, επιτρέπει την εγγραφή προσημείωσης με μόνη τη διαταγή πληρωμής, έναν εκτελεστό τίτλο για την έκδοση του οποίου δεν προηγείται αντιδικία, γιατί να μην μπορεί να εγγραφεί προσημείωση με τίτλο την προσωρινή διαταγή; Η απάντηση θεωρώ πως θεμελιώνεται τόσο στη νομική φύση της προσωρινής διαταγής, η οποία δεν συνιστά δικαστική απόφαση [βλ ΟΛΑΠ 17/2009, ΝΟΜΟΣ], μπορεί δε να εκδοθεί ενδεχομένως και χωρίς την κλήτευση του καθ' ου, αλλά και στον χαρακτήρα αναγκαστικού δικαίου των διατάξεων του ΑΚ

και του ΚΠολΔ που προβλέπουν ως μόνους τίτλους εγγραφής της προσημείωσης την απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων, την οριστική καταψηφιστική απόφαση και τη διαταγή πληρωμής [ΑΚ 1274, 724 ΚΠολΔ].

Η προσωρινή διαταγή, λοιπόν, που εκδόθηκε από τη Δικαστή του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης και που διέταξε την εγγραφή προσημείωσης είναι προδήλως εσφαλμένη, η δε προσημείωση που εγγράφηκε από το δανειστή αυτόν δε μπορεί να οδηγήσει σε προνομιακή ικανοποίηση έναντι των υπολοίπων, κάτι που μπορεί να προβληθεί κατά τη γνώμη μου στο πλαίσιο ανακοπής κατά του πίνακα κατάταξης [979 ΚΠολΔ]. Εφόσον δε η εγγραφή της προσωρινής διαταγής έγινε στα βιβλία υποθηκών ως προσημείωση και όχι στα βιβλία κατασχέσεων ως απαγόρευση νομικής μεταβολής της περιουσίας, δεν θα επέλθει, κατά τη γνώμη μου, το ακυρωτικό αποτέλεσμα έναντι των μεταγενέστερων της προσωρινής διαταγής βαρών κατά την ΑΚ 176. Άλλωστε, η νομολογία [ΑΠ 557/2010, ΝΟΜΟΣ] επέτρεψε την κατ' εξαίρεση καταχώρηση της προσωρινής διαταγής στα βιβλία κατασχέσεων για λόγους προστασίας των τρίτων αλλά αυτό δε σημαίνει ότι η προσωρινή διαταγή κατέστη μεταγραφτέα πράξη ούτε ότι κατέστη πηγή γένεσης ουσιαστικών αξιώσεων [Απαλαγάκη,

Προσημείωση υποθήκης- Η δικονομική της
θεώρηση, 167].

Δημητρία Σταυρουλάκη,
Δικηγόρος, ΜΔΕ ΑΠΘ

ΜΠρΝάξου 94/2021: Ζητήματα παραδεκτού της κτηματολογικής αγωγής για τη διόρθωση γεωμετρικών στοιχείων

ΜΠρΝάξου 94/2021 (Τακτική Διαδικασία)

Κτηματολογικός Δικαστής: Αικατερίνη Κωστοπούλου

Άρθρα: 6 παρ. 3 περ. ε' και ζ Ν. 2664/1998

ΚΤΗΜΑΤΟΛΟΓΙΟ. Διόρθωση πρώτων εγγραφών. Γεωμετρικές μεταβολές. Παραδεκτό αγωγής άρθρο 6 παρ. 2 Ν. 2664/1998. Τοπογραφικό διάγραμμα γεωμετρικών μεταβολών.

«Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 3 περ. ε' Ν. 2664/1998, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 2 παρ. 4 του ν. 4164/2013 (ΦΕΚ Α' 156/09-07-2013): « Για τη συζήτηση ενώπιον Δικαστηρίου αγωγών και αιτήσεων, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2 και στην παρούσα παράγραφο, προσκομίζεται, με ποινή απαραδέκτου, αντίγραφο κτηματολογικού φύλλου και απόσπασμα κτηματολογικού διαγράμματος του ακινήτου, στο οποίο αφορά η διόρθωση. Σε περίπτωση που το αίτημα της αγωγής ή της αίτησης διόρθωσης

αφορά σε αλλαγές και στα κτηματολογικά διαγράμματα, κατά τη συζήτηση της αγωγής ή της αίτησης και με ποινή απαραδέκτου, αντί του αποσπάσματος του κτηματολογικού διαγράμματος, προσκομίζεται τοπογραφικό διάγραμμα γεωμετρικών μεταβολών, στο οποίο αποτυπώνεται η όποια γεωμετρική μεταβολή επέρχεται με την αιτούμενη διόρθωση. Στην τελευταία περίπτωση προσκομίζεται, με ποινή απαραδέκτου, και η εισήγηση του Κτηματολογικού Γραφείου ή, εάν αυτό δεν έχει συσταθεί και το υφιστάμενο Υποθηκοφυλακείο εξακολουθεί να λειτουργεί μεταβατικά ως Κτηματολογικό Γραφείο της Εταιρείας «ΚΤΗΜΑΤΟΛΟΓΙΟ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» , όπως αυτή μετονομάζεται, για τη συνδρομή των τεχνικών προϋποθέσεων της απεικόνισης της γεωμετρικής μεταβολής που επέρχεται με την αιτούμενη διόρθωση στα κτηματολογικά διαγράμματα. Οι ίδιες προϋποθέσεις ισχύουν και για τη συζήτηση ενώπιον Δικαστηρίου αιτήσεων και προσφυγών που ασκούνται κατά τα άρθρα 18 παρ. 2 και 19 παρ. 2 Ν.2664/1998, για τη διόρθωση προδήλων σφαλμάτων και σφαλμάτων που αφορούν σε γεωμετρικά

στοιχεία των πρώτων κτηματολογικών εγγραφών (ΕφΔωδ 221/2018, ΝΟΜΟΣ)».

Περαιτέρω, με το άρθρο 57 περ. α' του ν. 4602/2019, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4685/2020, προστέθηκε στο ως άνω άρθρο η διάταξη της πε. ζ' εδ. α' σύμφωνα με την οποία, αντί της προσκόμισης του τοπογραφικού διαγράμματος γεωμετρικών μεταβολών και της εισήγησης, για τη συνδρομή των τεχνικών προϋποθέσεων της απεικόνισης της γεωμετρικής μεταβολής της περίπτωσης ε', προσαρτάται με ποινή απαραδέκτου, στο δικόγραφο της αγωγής, της αίτησης ή της προσφυγής που ασκείται και κατατίθεται ενώπιον δικαστηρίου, «σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παραγράφους 2,3 και 8 του άρθρου 6», στην παράγραφο 2 του άρθρου 18 και στην παράγραφο 2 του άρθρου 19, τοπογραφικό διάγραμμα γεωμετρικών μεταβολών, όπου αποτυπώνεται η επερχόμενη με την αιτούμενη διόρθωση γεωμετρική μεταβολή και ο συντάκτης μηχανικός υποχρεούται να δηλώνει, εάν η απεικόνιση στο ίδιο διάγραμμα της γεωμετρικής μεταβολής, είναι τεχνικά εφαρμόσιμη και δεκτική εισαγωγής στην τηρούμενη κτηματολογική βάση. Σε καταφατική περίπτωση, τίθεται επί του εντύπου αντιτύπου του υποβληθέντος (ΤΓΔΜ) που θα προσαρτηθεί στο οικείο δικόγραφο, δήλωση ως εξής: «Το παρόν (ΤΓΔΜ)

υποβλήθηκε ηλεκτρονικά στον ψηφιακό υποδοχέα της βάσης δεδομένων του «Φορέα», έλαβε μοναδικό Κωδικό Ηλεκτρονικού Διαγράμματος (ΚΗΔ).../(ημερομηνία) και η γεωμετρική μεταβολή που απεικονίζεται σε αυτό, είναι τεχνικά εφαρμόσιμη και δεκτική εισαγωγής στην κτηματολογική βάση, σύμφωνα με την «Αναφορά Εφαρμογής» που εκδόθηκε από το σύστημα ηλεκτρονικών ελέγχων της βάσης δεδομένων του Εθνικού Κτηματολογίου για το ίδιο (ΤΓΔΜ) και λήφθηκε υπόψη για την παρούσα δήλωση (ΥΠΕΝ/ΔΝΕΠ/110243/4885 (ΦΕΚ Β' 4765/24-01-2019).

Για το τοπογραφικό διάγραμμα γεωμετρικών μεταβολών διενεργείται, υποχρεωτικά, ηλεκτρονική υποβολή από τον συντάκτη μηχανικό στον ψηφιακό υποδοχέα που λειτουργεί στη βάση δεδομένων του Φορέα «Ελληνικό Κτηματολόγιο», σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 40 του ν. 4409/2016 (Α' 136) και των κανονιστικών πράξεων που έχουν εκδοθεί κατ' εξουσιοδότηση αυτού. Το εκδιδόμενο από την ηλεκτρονική εφαρμογή αποδεικτικό υποβολής του ίδιου άρθρου προσαρτάται με ποινή απαραδέκτου στο οικείο δικόγραφο. Η διάταξη αυτή εφαρμόζεται για τα δικόγραφα που θα κατατεθούν ενώπιον Δικαστηρίων από την 27-01-2020 και μετά, ενώ όσον αφορά στο Ελληνικό Δημόσιο, για τα κατατιθέμενα

από αυτό από 06-04-2020 δικόγραφο, όπως ορίστηκε με το άρθρο 3 της ΥΠΕΝ/ΔΝΕΠ/110243/4885 (ΦΕΚ Β' 4765/24-01-2019), από δε της εκδόσεως της ανωτέρω Υπουργικής Απόφασης καταργείται η υποχρέωση για την προσκόμιση του τοπογραφικού διαγράμματος γεωμετρικών μεταβολών και της εισήγησης για τη συνδρομή των τεχνικών προϋποθέσεων της απεικόνισης της γεωμετρικής μεταβολής για την παραδεκτή συζήτηση ενώπιον δικαστηρίου αγωγών και αιτήσεων των παραγράφων 2,3 και 8 του άρθρου 6 (άρθρο 6 παρ. 3 περ. η ν. 2664/98, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 82 παρ. 1 Ν. 4685/2020). Με την τελευταία αυτή τροποποίηση το απαράδεκτο της συζήτησης κατά το προϊσχύον δίκαιο, το οποίο θα μπορούσε να θεραπευθεί κατ' εφαρμογή μίας εκ των διατάξεων των άρθρων 227, 232 και 254 του ΚΠολΔ, επιτάχθηκε σε απαράδεκτο του αγωγικού δικογράφου, άρα μη θεραπεύσιμο παρά μόνο με άσκηση νέας αγωγής. Τούτο δε προκύπτει σαφώς και από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης η οποία απαιτεί τόσο το τοπογραφικό διάγραμμα γεωμετρικών μεταβολών, όσο και το εκδιδόμενο από την ηλεκτρονική εφαρμογή αποδεικτικό υποβολής αυτού, το οποίο λαμβάνει μοναδικό κωδικό ηλεκτρονικού διαγράμματος (ΚΗΔ) , να προσαρτώνται στην αγωγή, ήτοι να καθίστανται σώμα αυτής, Η προσάρτηση αυτή είναι απαραίτητη μετά την

ως άνω νομοθετική μεταβολή για το ίδιο το αντικείμενο της δίκης, καθώς μετά την επιτυχή υποβολή του (ΤΓΔΜ) στο πληροφοριακό σύστημα και τη λήψη του μοναδικού Κωδικού Ηλεκτρονικού Διαγράμματος (ΚΗΔ), εξάγεται από το σύστημα ηλεκτρονικών ελέγχων « Αναφορά Εφαρμογής» για το οικείο ΚΗΔ που περιέχει τις τιμές που προκύπτουν από την εφαρμογή των γεωμετρικών στοιχείων που αποτελούν περιεχόμενο του (ΤΓΔΜ) και αποδίδουν ακριβώς την επίδικη γεωμετρική μεταβολή, στα γεωτεμάχια, όπως τηρούνται και απεικονίζονται στην τηρούμενη χωρική βάση του Εθνικού Κτηματολογίου(ΥΠΕΝ/ΔΝΕΠ/110243/4885 (ΦΕΚ Β' 4765/24-01-2019). Από το συνδυασμό, συνεπώς, των δύο αυτών εγγράφων προκύπτει ποια είναι η επίδικη γεωμετρική μεταβολή, καθώς και το ότι αυτή είναι σχετικά εφαρμόσιμη και δεκτική εισαγωγής, στην τηρούμενη κτηματολογική βάση.

Με την υπό κρίση αγωγή της [...]. Ωστόσο από τα εκτιθέμενα στο αγωγικό δικόγραφο με τη διωκόμενη διόρθωση των πρώτων εγγραφών επέρχονται μεταβολές στα επίδικα κτηματολογικά διαγράμματα και δεδομένου ότι η υπό κρίση αγωγή με τα ανωτέρω αιτήματα εδράζεται στη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 2 Ν. 2664/1998 και έχει ασκηθεί μετά την 27-01-2020, τυγχάνει, εν προκειμένω, εφαρμογής η διάταξη της περ. ζ' εδ. α' του

ως άνω άρθρου 6 παρ. 3 ν. 2664/1998, το οποίο προστέθηκε με το άρθρο 57 περ. α' του Ν. 4602/2019, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4685/2020, σύμφωνα με το οποίο απαιτείται με ποινή απαραδέκτου να προσαρτάται στο εισαγωγικό δικόγραφο, αφενός τοπογραφικό διάγραμμα γεωμετρικών μεταβολών, όπου αποτυπώνεται η επερχόμενη με την αιτούμενη διόρθωση γεωμετρική μεταβολή και ο συντάκτης μηχανικός υποχρεούται να δηλώνει, εάν η απεικόνιση στο ίδιο διάγραμμα της γεωμετρικής μεταβολής, είναι τεχνικά εφαρμόσιμη και δεκτική εισαγωγής στην τηρούμενη κτηματολογική βάση, διενεργούμενης ηλεκτρονικής υποβολής από τον συντάκτη μηχανικό στον ψηφιακό υποδοχέα, που λειτουργεί στη βάση δεδομένων του φορέα Ελληνικό Κτηματολόγιο, αφετέρου το εκδιδόμενο από την ηλεκτρονική εφαρμογή αποδεικτικό υποβολής [άρθρο 3 § 2 ΥΠΕΝ/ΔΝΕΠ/110243/4885 (ΦΕΚ Β' 4765/24-01-2019)].

Στην προκειμένη όμως, περίπτωση στην υπό κρίση αγωγή προσαρτάται μόνο το από τοπογραφικό διάγραμμα γεωμετρικών μεταβολών, ενώ δεν προσαρτάται το αποδεικτικό ηλεκτρονικής υποβολής αυτού από τον συντάκτη μηχανικό στον ψηφιακό υποδοχέα, που λειτουργεί στη βάση δεδομένων του Φορέα "Ελληνικό Κτηματολόγιο", κατά δε τη σαφή διατύπωση

του νόμου, και ακολούθως με τα αναφερόμενα στην ανωτέρω μείζονα σκέψη, το εκδιδόμενο από την ηλεκτρονική εφαρμογή αποδεικτικό υποβολής πρέπει να προσαρτάται στο οικείο δικόγραφο, επί ποινή απαραδέκτου αυτού κατ' άρθρο 6 παρ. 3 περ. ζ' εδ. τελ. ν. 2664/1998(βλ. και Μαγουλά Γ., Οι κτηματολογικές Εγγραφές, Σάκκουλας, 2021 σε 144-145, Διαμαντόπουλο Γ. –Εθνικό Κτηματολόγιο, κατ' άρθρο ερμηνεία ν.2664/1998, 2020, σελ. 152-153).

Σημειώνεται, επίσης, ότι και το προσαρτώμενο στην υπό κρίση αγωγή από τοπογραφικό διάγραμμα γεωμετρικών μεταβολών δεν φέρει σχετική επισημείωση επ' αυτού, ότι έχει υποβληθεί από τον συντάκτη μηχανικό στον ψηφιακό υποδοχέα που λειτουργεί στη βάση δεδομένων του Φορέα "Ελληνικό Κτηματολόγιο" και έχει λάβει μοναδικό κωδικό ηλεκτρονικού διαγράμματος (ΚΗΔ) (...).»

(Απορρίπτει αγωγή)

**ΜΠρΚαβάλας 309/2020: Διορισμός
προσωρινής διοίκησης σε ΕΠΕ**

**ΜΠρΚαβάλας 309/2020 (Εκούσια
Δικαιοδοσία)**

Δικαστής: Μ. Παρασίδου Πρωτοδίκης

Δικηγόρος: Κ. Κωστούδης

**Άρθρα: 69 ΑΚ, 3, 16 Ν. 3190/1955, 739,
740, 786 ΚΠολΔ**

**ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ. Εταιρεία
Περιορισμένης Ευθύνης, Νόμιμη-
καταστατική διαχείριση, Διορισμός
προσωρινού διαχειριστή, Λόγοι λύσης,
Εκούσια δικαιοδοσία. Παθητική
νομιμοποίηση στη σχετική δίκη.**

«Κατά τη διάταξη του άρθρου 69 ΑΚ που έχει εφαρμογή και στις εμπορικές εταιρίες όπως η ΕΠΕ (άρθρο 3 παρ. 1 Ν. 3190/1955) το Δικαστήριο μόνο σε δύο περιπτώσεις διορίζει προσωρινή διοίκηση του νομικού προσώπου και συγκεκριμένα όταν λείπουν τα πρόσωπα που απαιτούνται για τη διοίκησή του, τούτο δε συμβαίνει σε περίπτωση θανάτου, βαριάς ασθένειας, μακράς απουσίας, απαγόρευσης, ανάκλησης, έκπτωσης, λήξης θητείας, μονίμων διαφωνιών μεταξύ των διοικούντων

και εντεύθεν αδυναμίας λήψης απόφασης κλπ, καθώς και όταν τα συμφέροντα των προσώπων της διοίκησης συγκρούονται προς εκείνα του νομικού προσώπου, όπως συμβαίνει στις περιπτώσεις που αναφέρει το άρθρο 66 ΑΚ και επί αυτοσύμβασης (άρθρο 235 ΑΚ).

Και ναι μεν υποστηρίζεται η άποψη ότι η περίπτωση δικαστικού διορισμού προσωρινών διαχειριστών ΕΠΕ υπάρχει μόνο επί συγκρούσεως συμφερόντων, ενώ επί ελλείψεως διαχειριστών τίθεται σε εφαρμογή η νόμιμη διαδικασία του άρθρου 16 Ν. 3190/1955, δηλαδή η διαχείριση θα ασκείται από όλους τους εταίρους συλλογικώς, τούτο όμως θα μπορούσε να γίνει δεκτό όταν δεν υπάρχουν εντελώς διαχειριστές (θάνατος, παραίτηση) όχι και όταν υπάρχουν μεν, αλλά συντρέχει περίπτωση αδυναμίας νομίμως ή πραγματικής για την άσκηση των καθηκόντων τους. Οπωσδήποτε πάντως θα πρέπει να γίνει δεκτό, ότι η διάταξη του άρθρου 16 του Ν. 3190/1955 λειτουργεί «εάν δεν συμφωνήθηκε άλλως» και έτσι σε περίπτωση ύπαρξης

σχετικής συμφωνίας και αδυναμίας για οποιοδήποτε λόγο λειτουργίας αυτής θα πρέπει να λάβει χώρα διορισμός προσωρινών διαχειριστών κατά το άρθρο 69ΑΚ και δεν θα λειτουργήσει το άρθρο 16 (ΑΠ 294/2009 ΤΝΠ Νόμος). Εξάλλου, κατά την διάταξη του άρθρου 44 παρ. 1 περ. γ' του Ν. 3190/1955 η εταιρεία (Ε.Π.Ε.) λύεται με δικαστική απόφαση εξαιτίας σπουδαίου λόγου με αίτηση κάποιου ή κάποιων από τους εταίρους, που εκπροσωπούν τουλάχιστον το ένα δέκατο του εταιρικού κεφαλαίου. Ο σπουδαίος λόγος πρέπει κατά βάση να αναφέρεται στις σχέσεις της εταιρείας και όχι στο πρόσωπο των εταίρων, εκτός αν στη συγκεκριμένη περίπτωση τα προσωπικά στοιχεία παίζουν πρωτεύοντα ρόλο. Σπουδαίο λόγο λύσης ΕΠΕ αποτελεί η πραγματοποίηση ή η αδυναμία πραγματοποίησης του εταιρικού σκοπού, η μη αποδοτικότητα της εταιρείας, καθώς και η μόνιμη αδυναμία λειτουργίας των εταιρικών οργάνων, όταν απορρέουν από τη διακοπή ή διατάραξη των προσωπικών σχέσεων των διαδίκων και μοναδικών συνεταίρων της ΕΠΕ, εφόσον έτσι η διακοπή ή διατάραξη των προσωπικών σχέσεων μεταξύ των συνεταίρων της υπό λύση ΕΠΕ παίζει πρωτεύοντα και καθοριστικό ρόλο στη λειτουργία των εταιρικών υποθέσεων.

Περαιτέρω η αίτηση του εκπροσωπόντος το ένα δέκατο του εταιρικού κεφαλαίου

εταίρου για λύση της εταιρείας στρέφεται αποκλειστικά κατά της εταιρείας, η οποία έχει την ιδιότητα του διαδίκου στη σχετική δίκη, εκπροσωπούμενη από το διαχειριστή της και όχι κατά των εταίρων αυτής (ΑΠ 1127/1988, ΕφΑθ 2406/2011, ΕφΠειρ 871/2009, ΕφΑθ 4623/1999 ΤΝΠ Νόμος, Β. Αντωνόπουλο Δίκαιο Α.Ε. και Ε.Π.Ε. Δ' έκδ. σελ. 682. Τέλος το δικόγραφο της αίτησης περί διορισμού προσωρινής διοίκησης, δεν απευθύνεται κατά της εταιρείας ή των εταίρων, ούτε κλητεύεται υποχρεωτικά κάποιο πρόσωπο, εκτός αν ο δικαστής, κατά την υποβολή της αίτησης και τον ορισμό δικασίμου, διατάξει αυτοβούλως την κλήτευση προσώπου το οποίο κατά την ανέλεγκτη κρίση του, έχει έννομο συμφέρον από τη δίκη, ορίζοντας συνάμα, την προθεσμία για την κοινοποίησή της στο πρόσωπο αυτό και έτσι προσδίδεται στο τελευταίο η ιδιότητα διαδίκου (ΑΠ 41/2003, ΕφΘεσ 249/2020, ΕφΑιγ 84/2020 ΤΟΝ Νόμος), μη εφαρμοζόμενων των διατάξεων των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 748 ΚΠολΔ, οι οποίες προϋποθέτουν ενεργή διοίκηση (ΜΠρΘεσ 6890/2016, ΜΠρΛαμ 102/2020 ΤΝΠ Νόμος).

Στην προκειμένη περίπτωση η αιτούσα ισχυρίζεται ότι [...]. Ότι η ίδια μετέχει στην εν λόγω εταιρία με εταιρική μερίδα ποσοστού 50% επί του εταιρικού κεφαλαίου, ενώ το υπόλοιπο 50% επί του εταιρικού

κεφαλαίου κατέχει ο εταίρος ότι με την από 25.3.2005 απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των εταίρων ορίστηκε ο τελευταίος μοναδικός διαχειριστής της εταιρίας για το χρονικό διάστημα από την 1.4.2005 έως την 31.3.2009 και ότι μετά τη λήξη της θητείας του οι δύο εταίροι δεν έχουν προβεί σε ορισμό νέου διαχειριστή. Ότι με την με αριθμό απόφαση του Δικαστηρίου αυτού διατάχθηκε η απόδοση του μισθίου που αποτελούσε έδρα της εταιρίας και έκτοτε αυτή έχει σταματήσει κάθε παραγωγική δραστηριότητα και βρίσκεται σε αδράνεια. Ότι η ίδια επιθυμεί τη λύση της εταιρίας, πλην, όμως, ο προαναφερόμενος εταίρος αρνείται να συναινέσει. Ότι κατόπιν τούτων προκειμένου να ασκήσει αγωγή περί λύσης της εταιρίας συντρέχει λόγος να διοριστεί προσωρινός διαχειριστής της ως άνω Ε.Π.Ε. προκειμένου να επιδοθεί σε αυτόν η σχετική αγωγή για λογαριασμό της εταιρίας και να την εκπροσωπήσει στην δίκη που θα ανοιχθεί. Με βάση τα περιστατικά αυτά, ζητά να διοριστεί προσωρινός διαχειριστής της ως άνω εταιρείας το αναφερόμενο στην αίτηση πρόσωπο με αποκλειστική αρμοδιότητα να επιδοθεί σε αυτό για λογαριασμό της εταιρείας η αγωγή περί λύσης της εταιρείας που η ίδια προτίθεται να ασκήσει και να εκπροσωπήσει την εταιρεία στην σχετική δίκη που θα ανοιχθεί.

Με το εν λόγω περιεχόμενο η κρινόμενη αίτηση αρμοδίως εισάγεται προς συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου, κατά την προκείμενη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (άρθρα 739, 740 παρ. 1 και 786 παρ. 1 ΚΠολΔ) είναι νόμιμη στηριζόμενη στις αναφερόμενες στην προηγηθείσα νομική σκέψη διατάξεις και πρέπει να εξεταστεί ως προς την ουσιαστική της βασιμότητα.

[...] Ακόμη αποδείχθηκε ότι ήδη από τον Φεβρουάριο του έτους 2009, οπότε με την με αριθμό απόφαση του Δικαστηρίου αυτού διατάχθηκε η απόδοση στους ιδιοκτήτες-εκμισθωτές του μισθίου που αποτελούσε την επαγγελματική στέγη της εταιρείας λόγω μη καταβολής οφειλόμενων μισθωμάτων, αυτή διέκοψε κάθε παραγωγική δραστηριότητα και έκτοτε βρίσκεται σε αδράνεια, μετά δε τη λήξη της θητείας του διορισθέντος ως άνω καταστατικού διαχειριστή την 1.4.2009 δεν ακολούθησε απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των εταίρων για ορισμό νέου διαχειριστή. Η αιτούσα προτίθεται να ασκήσει αγωγή λύσεως της ανωτέρω ΕΠΕ, για σπουδαίο λόγο συνιστάμενο στην παύση της παραγωγικής δραστηριότητας της εταιρίας, πλην όμως η εταιρία στερείται, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα διαχειριστή, καθόσον η θητεία του καταστατικού διαχειριστή ... έληξε την 1.4.2009, ενώ σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προηγηθείσα νομική

σκέψη, δεν συντρέχει περίπτωση αναβίωσης της συλλογικής διαχείρισης, όπως αυτή προβλέπεται στο άρθρο 16 Ν. 3190/1955, λόγω διαφορετικής πρόβλεψης του τρόπου διαχείρισης στο καταστατικό της εταιρίας [...]. Επομένως συντρέχει νόμιμη περίπτωση να διορισθεί προσωρινώς διαχειριστής της εταιρίας προκειμένου να εκπροσωπήσει την εταιρεία στη δίκη που θα ανοίγει με την άσκηση της προαναφερόμενης αγωγής για τη λύση της κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο διατακτικό.

(Δέχεται την αίτηση.

Διορίζει προσωρινή διαχειρίστρια της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης.)

Copyright © Ένωση Οικονομικού Δικαίου

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.



www.economiclaw.gr