

LEGAL INSIGHTS

ΤΟ ΑΔΙΚΗΜΑ ΤΗΣ ΜΗ ΚΑΤΑΒΟΛΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΩΝ ΕΙΣΦΟΡΩΝ (Α.Ν. 86/1967) – ΟΙ ΑΛΛΑΓΕΣ ΣΤΟ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ ΥΠΟΚΕΙΜΕΝΟ ΤΟΥ ΕΓΚΛΗΜΑΤΟΣ

Γιώργος Ψαράκης

Το 2012 με τον νόμο 4075/2012 (ΦΕΚ Α 89/11.4.2012), τροποποιήθηκε εν μέρει η διάταξη του αδικήματος της μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών (Α.Ν. 86/1967). Προκειμένου για εργοδότες νομικά πρόσωπα (Α.Ε., Ε.Π.Ε κτλ.), αυτουργοί του εν λόγω αδικήματος, στους οποίους ενδέχεται να καταλογιστούν ποινικές ευθύνες για την μη καταβολή, είναι πλέον πληθώρα προσώπων, τα οποία προσδιορίζονται αναλυτικά στον νόμο. Θα πρέπει, όμως, κάθε φορά να εξετάζεται και η ανάθεση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας της πληρωμής για την κατάφαση του εγκλήματος και όχι να καταδικάζονται οι εν γένει διοικητές/διευθυντές/διαχειριστές αποκλειστικά και μόνο λόγω κατοχής της συγκεκριμένης ιδιότητας.

ΙΑΝΟΥΑΡΙΟΣ 2016

Το έγκλημα της μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών του Α.Ν. 86/1967 αποτελεί ένα γνήσιο έγκλημα παράλειψης¹. Τούτο συνεπάγεται ότι απαραίτητη προϋπόθεση για την πλήρωση της αντικειμενικής υπόστασης (και απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάφαση του εγκλήματος) είναι η δυνατότητα ενέργειας εκ μέρους του παραλείποντος να ενεργήσει δράστη. Αν η ενέργεια την οποία παραλείπει ο υπαίτιος δεν είναι καν δυνατόν να υλοποιηθεί από τον ίδιο, δεν πληρούται η αντικειμενική υπόσταση του γνήσιου εγκλήματος παράλειψης. Παράλειψη των αδυνάτων, παράλειψη χωρίς δυνατότητα ενέργειας, είναι αδιανόητη.

Μεταφέροντας τη γενική αυτή θέση στο έγκλημα της μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έννοια της παράλειψης, στο πλαίσιο του εργοδότη-νομικού προσώπου, δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί εφόσον το διωκόμενο πρόσωπο δεν είχε αντικειμενικά καμία δυνατότητα να προβεί σε καταβολή των ασφαλιστικών εισφορών εκ μέρους του νομικού προσώπου· εφόσον, δηλ., το διωκόμενο πρόσωπο εκ της θέσης του αντικειμενικά δεν είχε ποτέ την δυνατότητα να προβεί σε πληρωμές, να αποφασίσει, ή έστω να συναποφασίσει, την διενέργεια πληρωμών ασφαλιστικών εισφορών.

¹ βλ. ενδεικτικά ΑΠ 955/2006 και ΑΠ 858/2011.

Το 2012, η συγκεκριμένη διάταξη του νόμου που προβλέπει το έγκλημα της μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών, τροποποιήθηκε, αναφορικά με το ενεργητικό υποκείμενο του εγκλήματος στα νομικά πρόσωπα, ως εξής:

Για εργοδότες μη φυσικά πρόσωπα, που δεν καταβάλλουν ασφαλιστικές εισφορές υπέρ του ΙΚΑ - ΕΤΑΜ ή των φορέων ή κλάδων ή λογαριασμών των οργανισμών των οποίων τις εισφορές εισπράττει ή συνεισπράττει το ΙΚΑ - ΕΤΑΜ, ως αυτουργοί των αδικημάτων του παρόντος άρθρου θεωρούνται:

- α) Στις ημεδαπές ανώνυμες εταιρίες, οι πρόεδροι των Δ.Σ., οι διευθύνοντες ή εντεταλμένοι ή συμπράττοντες σύμβουλοι, οι διοικητές, οι γενικοί διευθυντές ή διευθυντές και γενικά κάθε πρόσωπο εντεταλμένο είτε άμεσα από το νόμο είτε από ιδιωτική βούληση είτε με δικαστική απόφαση στη διοίκηση ή διαχείριση αυτών. Αν ελλείπουν όλα τα παραπάνω πρόσωπα, ως αυτουργοί θεωρούνται τα μέλη των διοικητικών συμβουλίων των εταιριών αυτών, εφόσον ασκούν πράγματι προσωρινά ή διαρκώς ένα από τα καθήκοντα που αναφέρονται πιο πάνω.
- β) Στις ομόρρυθμες ή ετερόρρυθμες εταιρείες, οι ομόρρυθμοι εταίροι.
- γ) Στις περιορισμένης ευθύνης εταιρίες, οι διαχειριστές αυτών και όταν ελλείπουν ή απουσιάζουν αυτοί, ο κάθε εταίρος.
- δ) Στους συνεταιρισμούς και στις ενώσεις τους, οι πρόεδροι, αντιπρόεδροι και διευθύνοντες σύμβουλοι αυτών.
- ε) Στη συμπλοιοκτησία, ο κάθε συμπλοιοκτήτης κατά το ποσοστό συμπλοιοκτησίας.
- στ) Στα ιδρύματα, σωματεία, συλλόγους και επιτροπές εράνων οι πρόεδροι αυτών.
- ζ) Στα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και στους οργανισμούς κοινής ωφελείας οι πρόεδροι ή οι διοικητές αυτών.
- η) Στις πολυκατοικίες, οι διαχειριστές.
- θ) Στους ιερούς ναούς, τα μέλη των εκκλησιαστικών συμβουλίων που εκπροσωπούν το ναό.
- ι) Στις αλλοδαπές επιχειρήσεις γενικά και στους κάθε είδους αλλοδαπούς οργανισμούς, ως αυτουργοί θεωρούνται οι διευθυντές ή αντιπρόσωποι ή πράκτορες, που έχουν στην Ελλάδα και τους εκπροσωπούν νομίμως.

8. Στις κοινοπραξίες, κοινωνίες, αστικές, συμμετοχικές ή αφανείς εταιρίες και στις ενώσεις προσώπων που δεν αποτελούν σωματείο, ως αυτουργοί των αδικημάτων του άρθρου 1 του α.ν. 86/1967 (Α 136) θεωρούνται οι εκπρόσωποί τους και αν ελλείπουν αυτοί, τα μέλη τους. Όταν στα μέλη αυτών περιλαμβάνονται και νομικά πρόσωπα ή αλλοδαπές επιχειρήσεις ή αλλοδαποί οργανισμοί, ως αυτουργοί θεωρούνται οι κατά νόμο υπεύθυνοι των συμπραττόντων μελών-νομικών προσώπων, εφαρμοζομένων αναλόγως των διατάξεων της προηγούμενης παραγράφου.

9. Οι αυτουργοί των παραγράφων 7 και 8 τιμωρούνται εφόσον κατά το χρόνο διάπραξης του αδικήματος είχαν την ιδιότητα αυτή.

Παρατηρείται ότι η διατύπωση του νόμου είναι αρκετά ευρεία, με αποτέλεσμα να υποβάλλονται μηνύσεις από τον αρμόδιο ασφαλιστικό φορέα κατά προσώπων που ναι μεν έχουν μία από τις παραπάνω ιδιότητες, δεν έχουν, όμως, καμία δυνατότητα καταβολής καθότι δεν είναι επιφορτισμένα με την συγκεκριμένη αρμοδιότητα καταβολής ασφαλιστικών εισφορών. Επομένως, θα πρέπει να εξετάζεται σε κάθε περίπτωση αν οι αρμοδιότητες που έχουν μεταβιβαστεί από την εταιρεία σε κάθε πρόσωπο είναι ορισμένες ή όχι. Θα πρέπει να ερευνάται

αν οι αρμοδιότητες αυτές αφορούν στην επιμέλεια όλων των εταιρικών ζητημάτων (άρα και των ασφαλιστικών υποχρεώσεων της εταιρείας) ή αναφέρονται σε εξειδικευμένα θέματα (π.χ. διορισμός διευθυντή ο οποίος είναι και πολιτικός μηχανικός, για την επίβλεψη των έργων της τεχνικής εταιρείας). Εφόσον αναφέρονται σε εξειδικευμένα ζητήματα που δεν άπτονται της οικονομικής διαχείρισης και ειδικότερα της καταβολής ασφαλιστικών εισφορών, θα πρέπει το διωκόμενο πρόσωπο να απαλλάσσεται.

Εξάλλου, και στο πλαίσιο του συναφούς εγκλήματος της μη καταβολής δεδουλευμένων (Α.Ν. 690/1945) γίνονται δεκτά τα ως άνω. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την περιγραφή του εν λόγω εγκλήματος, ποινικές κυρώσεις επιβάλλονται σε οιονδήποτε εργοδότη ή διευθυντή ή επιτετραμμένο ή με οιονδήποτε τίτλο εκπρόσωπο οιασδήποτε επιχείρησης. Ωστόσο, έχει γίνει πολλακίς δεκτό από θεωρία και νομολογία ότι για να τελεσθεί το έγκλημα του Α.Ν. 690/1945 θα πρέπει να καταφάσκει και η ανάθεση ή συν-ανάθεση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας πληρωμής μισθών στον δράστη του εγκλήματος. Στο πλαίσιο, επομένως, του εγκλήματος της μη καταβολής δεδουλευμένων υποκείμενα του εγκλήματος μπορούν να είναι λ.χ.:

- α) ο γενικός διευθυντής της Ανώνυμης εταιρίας, επιτετραμμένος για τις οικονομικές υποθέσεις της (ΑΠ 784/1974, ΠοινΧρον ΚΕ' 133),
- β) ο διευθύνων σύμβουλος της Ανώνυμης εταιρείας που διορίζεται από το Διοικητικό Συμβούλιο και εντεταλμένος σύμβουλος για την καταβολή των αποδοχών στους μισθωτούς (ΑΠ 159/1975 ΠοινΧρον ΚΕ' 555»),
- γ) ο εν γένει επιφορτισμένος με την πληρωμή των μισθών των εργαζομένων, κάτω από οποιαδήποτε ιδιότητα,
- δ) ο νομίμως διορισθείς από το διοικητικό συμβούλιο της εταιρείας και εντεταλμένος σύμβουλος για την καταβολή των αποδοχών στους μισθωτούς (ΑΠ 159/1975).

Ακόμα, όμως, και σε συναφή εγκλήματα «υπερμερίας», όπως αυτό της μη καταβολής Φ.Π.Α, πρόσφατα ο Άρειος Πάγος απεφάνθη με την ΑΠ 225/2015, ότι υποκείμενο του εγκλήματος μπορεί να είναι ένας εκ των εκπροσώπων της εταιρείας, εφόσον του έχει ανατεθεί η συγκεκριμένη αρμοδιότητα απόδοσης στο δημόσιο των παρακρατουμένων φόρων.

Το ίδιο σκεπτικό τελικά ακολουθείται, βάσει πρόσφατης νομολογίας, και στο έγκλημα της μη καταβολής ασφαλιστικών εισφορών. Παρατηρούμε στην ΑΠ 517/2015: “*Ειδικότερα, υπάρχει ασάφεια, αφού, ενόψει ότι πρόκειται για εργοδότηδα ανώνυμη εταιρεία, δεν διευκρινίζεται στην απόφαση αν ο ως άνω κατηγορούμενος [αναπληρωτής διευθύνων σύμβουλος της εταιρείας κατά το καταστατικό] αναπλήρωνε τον διευθύνοντα σύμβουλο , κατά τον ενδιαφέροντα πιο πάνω κρίσιμο [ένδικο] χρόνο, λόγω κωλύματος αυτού στην εκτέλεση των καθηκόντων του, ώστε να ανακύπτει νομική του [πρώτου] υποχρέωση να παρακρατεί τις εργατικές εισφορές και να τις αποδίδει μαζί με τις εργοδοτικές εισφορές της εταιρείας στο ΙΚΑ, μόνη δε η αναφερόμενη στο σκεπτικό ιδιότητα αυτού ως αντιπροέδρου και αναπληρωτού διευθύνοντος συμβούλου δεν καθιστά και αυτόν υπόχρεο καταβολής των ως άνω εισφορών*”.

Για περισσότερες πληροφορίες επικοινωνήστε μαζί μας:

ΓΙΑΝΝΑΤΣΗΣ ΚΑΙ ΨΑΡΑΚΗΣ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ

WWW.YIANNATSI.GR

38, ΚΑΡΝΕΑΔΟΥ, ΚΟΛΩΝΑΚΙ

106 76, ΑΘΗΝΑ

ΕΛΛΑΔΑ

T: (+30) 210 7231076

F: (+30) 210 7231075