



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



Αρμόδια: Δρ. Βασιλική Μπάλου
Βοηθός Συνήγορος του Καταναλωτή

Εισηγητές:

1. Δρ. Ζέτα Θεοχαροπούλου
Ειδική Επιστήμονας, Νομικός
2. Διονύσιος Ραυτόπουλος
Ειδικός Επιστήμονας, Οικονομολόγος

Αθήνα, 5 Ιουλίου 2010
Αριθ. Πρωτ. : 1526

ΠΡΟΣ:

1. ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ Α.Ε.Π.Ε.Υ
Σοφοκλέους 7-9
105 59 Αθήνα

2. Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΟΝΤΑ

ΚΟΙΝ.:

1. Υπουργείο Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Εμπορικής Ναυτιλίας
Γενική Γραμματεία Καταναλωτή
Διεύθυνση Προστασίας Καταναλωτή
Τμήμα Β'
Πλατεία Κάνιγγος
101 81 Αθήνα

2. Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς
Κολοκοτρώνη 1 και Σταδίου
105 62 Αθήνα

ΕΓΓΡΑΦΗ ΣΥΣΤΑΣΗ

(Άρθρο 4 παρ. 5 ν. 3297/2004)

Στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων μας, κατ' άρθρο 4 παρ. 5 του ν. 3297/2004 (ΦΕΚ 259 Α'), με σκοπό τη συναινετική επίλυση της διαφοράς που ανέκυψε, κατόπιν της από 13.7.2009 αναφοράς του Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΟΝΤΟΣ (αριθ. πρωτ. εισερχ. 2451Α), μεταξύ του εν λόγω καταναλωτή και της ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ Α.Ε.Π.Ε.Υ, σας αποστέλλουμε την παρούσα για να σας γνωρίσουμε τα κάτωθι:

Α. Ιστορικό

Κατόπιν ενδελεχούς ελέγχου του φακέλου της υπό κρίση διαφοράς και μετά τη συνάντηση προς επίτευξη συμβιβασμού που έλαβε χώρα στα γραφεία της Αρχής, στις 14.10.2009, διαπιστώνουμε τα ακόλουθα:

1. Η Ανεξάρτητη Αρχή «Συνήγορος του Καταναλωτή» δέχθηκε στις 13 Ιουλίου 2009, την αναφορά του Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΟΝΤΟΣ, στην οποία δόθηκε ο αριθ. πρωτ. 2451Α. Με το από 15.7.2009 (αριθ. πρωτ. Β/5134) έγγραφό μας διαβιβάστηκε στη ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ η παραπάνω αναφορά και ζητήθηκε να εκθέσει τις απόψεις της. Με το από 4.8.2009 έγγραφό της, το οποίο έλαβε αριθ. πρωτ. εισερχ. Β/5439/4.8.2009, η ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ εξέθεσε τις απόψεις της. Στη συνέχεια, με το από 16.9.2009 (αριθ. πρωτ. Β/5999) έγγραφό μας, κλήθηκαν τα εμπλεκόμενα μέρη να προσέλθουν για την επίτευξη συμβιβασμού στις 14.10.2009, ημέρα Τετάρτη και ώρα 13.00 μ.μ. στα γραφεία της Αρχής, όπου υπογράφηκε Πρακτικό Συνάντησης με αριθμ. πρωτ. Β/6612/14.10.2009 από όλα τα εμπλεκόμενα μέρη, με το οποίο η ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ δεσμεύτηκε να επανεξετάσει την υπόθεση του Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΟΝΤΟΣ και να ενημερώσει σχετικά την Αρχή μέχρι τις 2.11.2009. Με το από 2.11.2009 (αριθ. πρωτ. εισερχ. Β/6908) έγγραφό της, η ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ αιτήθηκε κι έλαβε παράταση της ανωτέρω προθεσμίας έως τις 16.11.2009. Με το από 16.11.2009 (αριθ. πρωτ. εισερχ. Β/7183) έγγραφό της, η εταιρία ενέμεινε στις απόψεις που διατύπωσε με το από 4.8.2009 υπόμνημά της (αρ.πρωτ.εισερχ.Β/5439) και δεν επιτεύχθηκε συμβιβαστική επίλυση της διαφοράς.

Ειδικότερα, στην ως άνω έγγραφη καταγγελία του, ο Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΩΝ, αναφέρει ότι είχε συμφωνήσει το 2006 την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών από την καταγγελλόμενη εταιρία και μετέφερε στην παραπάνω εταιρία το υπάρχον χαρτοφυλάκιό του (€250.000), ενώ σταδιακά κατέθεσε κι επιπλέον χρηματικά ποσά (€90.000). Ωστόσο, κατά τη σύναψη της συμφωνίας ενώ υπεγράφη σχετική σύμβαση παροχής επενδυτικών υπηρεσιών, δεν υπεγράφη το παράρτημα αυτής που αφορά στους γενικούς όρους παροχής επενδυτικών υπηρεσιών, αναπόσπαστο μέρος της συμφωνίας. Συνεπώς, για τους εν λόγω όρους ο καταγγέλλων δεν έλαβε γνώση. Εν συνέχεια, ο Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΩΝ εξουσιοδότησε την εταιρία να διαχειρίζεται τους λογαριασμούς margin και παραγών που δημιούργησε μετά από υπόδειξη της ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ. Επίσης, ο Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΩΝ παραχώρησε προς τον υπάλληλο της ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ, κ. Π..., πληρεξούσιο που όπως ενημερώθηκε ήταν απαραίτητο για τη διευκόλυνση της διαχείρισης του χαρτοφυλακίου του. Το σχετικό έντυπο, όπως ισχυρίζεται ο καταγγέλλων, του δόθηκε προεκτυπωμένο από την εταιρία, το οποίο και υπέγραψε.

Το Μάρτιο του 2009 ο καταναλωτής ζήτησε από την εταιρία πλήρη κι αναλυτική ενημέρωση αναφορικά με το χαρτοφυλάκιό του από όπου διαπίστωσε ότι: α) υπήρχε σημαντική αναντιστοιχία μεταξύ των ενημερώσεων που λάμβανε όλο το προηγούμενο διάστημα από τον προστηθέντα υπάλληλο της καταγγελλόμενης εταιρίας κ. Π... και της πραγματικής του θέσης η οποία είχε σχεδόν μηδενιστεί, β) από την κίνηση των χρηματικών διαθεσίμων, είχε πραγματοποιηθεί σημαντικός αριθμός αναλήψεων (μικρών κυρίως ποσών) από τον προστηθέντα της εταιρίας κ. Π... μέσω του ταμείου της ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ κάνοντας χρήση του παρεσχεθέντος πληρεξουσίου χωρίς όμως να αποδίδονται τα τελικά ποσά στον καταναλωτή και τέλος, γ) υπήρχε σημαντικός αριθμός πράξεων, τόσο στο

λογαριασμό μετρητοίς όσο και στους λογαριασμούς margin και παραγώγων για τους οποίους δεν ενημερώθηκε ποτέ, τόσο από την εταιρία όσο κι από τον προστηθέντα της, κ. Π....

2. Περαιτέρω, από τη σύγκριση των εγγράφων που μας προσκόμισε η καταγγελλόμενη εταιρία (αρ.πρωτ.εισερχ. Β/2778/18.05.2010) με ένα δείγμα αυτών που ελάμβανε ο καταγγέλλων από τον κ. Π..., προστηθέντα της καταγγελλόμενης εταιρίας, μέσω φαξ (αρ.πρωτ.εισερχ. Β/6628/15.10.2009), προκύπτουν οι ακόλουθες διαφορές ως προς την οικονομική κατάσταση του επενδυτή και την ενημέρωση της οικονομικής του θέσης που αυτός ελάμβανε:

α) Στις 23.1.2008, σύμφωνα με την ενημέρωση που έλαβε ο καταγγέλλων από τον προστηθέντα της καταγγελλόμενης εταιρίας, η καθαρή του θέση στον υπολογαριασμό «ΧΑΑ ΒΑΣΙΚΟΣ» ανερχόταν σε €284.148,2 (κατέχοντας έντεκα διαφορετικούς τίτλους μετοχών) σε αντίθεση με τα επίσημα στοιχεία της καταγγελλόμενης εταιρίας, σύμφωνα με τα οποία στις 23.1.2008 ο επενδυτής δεν κατείχε καμία μετοχή στο συγκεκριμένο υπολογαριασμό, ενώ η συνολική του καθαρή θέση ανερχόταν σε μόλις €72,75.

β) Στις 4.3.2008, σύμφωνα με την ενημέρωση που έλαβε ο καταγγέλλων από τον προστηθέντα της καταγγελλόμενης εταιρίας, η συνολική του καθαρή θέση ανερχόταν σε €262.497 (κατέχοντας οκτώ διαφορετικούς τίτλους μετοχών στον υπολογαριασμό «ΧΑΑ ΒΑΣΙΚΟΣ») σε αντίθεση με τα επίσημα στοιχεία της καταγγελλόμενης εταιρίας, σύμφωνα με τα οποία στις 4.3.2008 ο επενδυτής δεν κατείχε καμία μετοχή στο συγκεκριμένο υπολογαριασμό, ενώ η συνολική του καθαρή θέση ανερχόταν σε μόλις €41,94.

γ) Στις 25.11.2008 σύμφωνα με την ενημέρωση που έλαβε ο καταγγέλλων από τον προστηθέντα της καταγγελλόμενης εταιρίας, η καθαρή του θέση στον υπολογαριασμό «ΧΑΑ ΒΑΣΙΚΟΣ» ανερχόταν σε €225.742 (κατέχοντας 10 διαφορετικούς τίτλους μετοχών), ενώ στον υπολογαριασμό «EUROMARGIN» ανερχόταν σε €36.504,66 (κατέχοντας 2 διαφορετικούς τίτλους μετοχών) σε αντίθεση με τα επίσημα στοιχεία της καταγγελλόμενης εταιρίας, σύμφωνα με τα οποία στις 25.11.2008 ο επενδυτής δεν κατείχε καμία μετοχή σε κανέναν από τους δυο σχετικούς υπολογαριασμούς, ενώ η συνολική του καθαρή θέση ανερχόταν σε μόλις €2.454,09 (ρευστά διαθέσιμα στο ταμείο).

Μάλιστα, η σχετική ενημέρωση που έλαβε ο καταγγέλλων μέσω φαξ από τον προστηθέντα της καταγγελλόμενης εταιρίας για τη θέση του στις 23.1.2008 στάλθηκε από το φαξ της καταγγελλόμενης εταιρίας στις 24.1.2008 και ώρα 12:50μμ, γεγονός που στοιχειοθετεί την ευθύνη της εταιρίας για πράξεις του προστηθέντος υπαλλήλου της. Οι λοιπές δύο προαναφερθείσες ενημερώσεις αποστέλλονταν προς τον καταγγέλλοντα από εξωτερικό φαξ γενικής εξυπηρέτησης καταστήματος που γειτνιάζει με την καταγγελλόμενη εταιρία.

Ως προς τη γνησιότητα, βέβαια, των παραπάνω εγγράφων που μας προσκόμισε ο καταγγέλλων, η Αρχή μας δεν είναι σε θέση να αποφανθεί, διότι δεν είναι αρμόδια για να διενεργήσει σχετικό έλεγχο επί της γνησιότητας αυτών. Ωστόσο, θεωρούμε ότι θα πρέπει να καταγραφούν οι διαφορές, διότι υπέπεσαν στην αντίληψη της Αρχής.

3. Επιπλέον, πέραν της ψευδούς πληροφόρησης που ελάμβανε από τον προστηθέντα της καταγγελλόμενης εταιρίας, που οδήγησε στην εκμηδένιση του χαρτοφυλακίου του, ο καταγγέλλων επισημαίνει και συνάμα καταγγέλλει ότι από την κίνηση των χρηματικών διαθεσίμων που εκ των υστέρων έλαβε προκύπτει πλήθος αναλήψεων

χρημάτων που έγιναν από το ταμείο της εταιρίας κι ελήφθησαν από τον κ. Π..., προστηθέντα της εταιρίας, με χρέωση του πιστωτικού υπολοίπου του λογαριασμού του, τα οποία ουδέποτε του αποδόθηκαν.

Ειδικότερα, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του καταγγέλλοντα τους οποίους αποδέχτηκε η καταγγελλόμενη εταιρία (αρ.πρωτ.εισερχ.Β/5439/04.08.2009), βάσει των παραστατικών του ταμείου για τις ανωτέρω εισπράξεις μετρητών, προκύπτουν τα ακόλουθα:

α) Οι σχετικές αναλήψεις είχαν γίνει από τον προστηθέντα της εταιρίας, ο οποίος εισέπραττε τα ανωτέρω ποσά σε μετρητά από το ταμείο της καταγγελλόμενης εταιρίας, για λογαριασμό του καταγγέλλοντα. Η συχνότητα και ο όγκος των σχετικών αναλήψεων ήταν ιδιαίτερα μεγάλος. Τα σχετικά δε παραστατικά έφεραν την υπογραφή του προστηθέντος με την ένδειξη «βάσει πληρεξουσιότητας», γεγονός που αποδεικνύει ότι η εταιρία, επέτρεπε εν γνώσει της, την εν θέματι συμπεριφορά του προστηθέντος της, έχοντας σχετικώς δώσει οδηγίες στους ταμίες της να κάνουν δεκτή τη χρήση τέτοιων εξουσιοδοτήσεων για την είσπραξη μετρητών πελατών της από υπαλλήλους της.

β) Ορισμένες μάλιστα εκ των ανωτέρω αναλήψεων δεν έγιναν με μετρητά αλλά με επιταγή η οποία εκδόθηκε όχι στο όνομα του καταγγέλλοντος αλλά σε αυτό του προστηθέντος της εταιρίας (ποσού 10.000 ευρώ στις 6.12.2007).

B. Νομικό πλαίσιο και υπαγωγή της υπό κρίση περίπτωσης

1. Σύμφωνα δε με την Υ.Α.122/1997 που αφορά στον Κώδικα Δεοντολογίας Επιχειρήσεων Παροχής Επενδυτικών Υπηρεσιών, που εφαρμόζοταν και στην καταγγελλόμενη εταιρία κατά τη διάρκεια της συμφωνίας με τον καταγγέλλοντα, προβλέπεται ως Τρίτη Αρχή ότι: *“(γ) Οι εταιρίες που κατά το νόμο παρέχουν επενδυτικές υπηρεσίες και τα απασχολούμενα από αυτές φυσικά και νομικά πρόσωπα οφείλουν να ενημερώνονται σχετικά με την οικονομική κατάσταση, τους στόχους και την εμπειρία των πελατών τους στον τομέα των επενδύσεων ούτως ώστε να παρέχουν τις κατάλληλες επενδυτικές συμβουλές.”*

Για δε την εξειδίκευση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την εν λόγω αρχή και για τα ενδεικνύομενα μέτρα για την εκπλήρωση των σχετικών υποχρεώσεων των εταιριών που απορρέουν από αυτήν, προβλέπονταν στην παράγραφο 6 του εν λόγω Κώδικα Δεοντολογίας τα ακόλουθα:

“6.1 Όταν μία εταιρία παρέχει αμέσως η εμμέσως επενδυτική συμβουλή σε πελάτες ευθύνεται, σύμφωνα με την τρίτη αρχή, για την καταλληλότητα της παρεχόμενης συμβουλής ως προς τον πελάτη. Η καταλληλότητα της συμβουλής συναρτάται τόσο προς τον πελάτη όσο και προς τον επενδυτικό του στόχο για κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Η εταιρία ευθύνεται για την ενημέρωση του πελάτη, με τρόπο εύλογο καταληπτό, ως προς τα ειδικά χαρακτηριστικά των επενδυτικών του επιλογών, εφιστώντας σε κάθε περίπτωση την προσοχή του στους αναλαμβανόμενους κινδύνους, το κόστος και τη ρευστότητα της επένδυσης, την επίπτωσή της στη διάρθρωση του χαρτοφυλακίου επενδύσεών του, τα χαρακτηριστικά που την διαφοροποιούν από άλλες επενδύσεις τις οποίες έχει κάνει ο πελάτης προηγουμένως, καθώς και κάθε άλλο στοιχείο που θα ήταν απαραίτητο σε επενδυτή με τα χαρακτηριστικά του συγκεκριμένου πελάτη για τη διαμόρφωση της επενδυτικής του απόφασης.

6.2 Χωρίς αυτό να περιορίζει με οποιονδήποτε τρόπο την ευθύνη των εταιριών (και των καλυπτομένων προσώπων) για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την τρίτη αρχή, συνιστάται ενδεικτικά ότι κάθε εταιρία οφείλει: α) να κατατάσσει τους

πελάτες ανά κατηγορία οικονομικής επιφάνειας και επενδυτικής εμπειρίας και να υιοθετεί διαδικασίες για την παρακολούθηση της παρεχομένης πληροφόρησης ανά κατηγορία, β) να λαμβάνει με τη συμπλήρωση ερωτηματολογίου ή με άλλο έγγραφο μέσο, πριν από την παροχή της συμβουλής και σε περιοδική βάση με συχνότητα όχι μικρότερη του έτους, τα απαραίτητα στοιχεία για την κατηγοριοποίησή τους και τη διαμόρφωση των παρεχομένων προς αυτούς πληροφοριών και συμβουλών, γ) να λαμβάνει με τη συμπλήρωση ερωτηματολογίου ή με άλλο πρόσφορο έγγραφο μέσο, πριν από την παροχή της συμβουλής και σε περιοδική βάση με συχνότητα όχι μικρότερη του έτους, λεπτομερή ενημέρωση για τους επενδυτικούς τους στόχους, (δ) να προσφέρει στους πελάτες της κατά την παροχή της συμβουλής έγγραφη αναλυτική παρουσίαση των επενδυτικών κινδύνων, τουλάχιστον ως προς τις επενδύσεις που επιλέγουν να υλοποιήσουν μέσω αυτής.”

Όπως προκύπτει από τις προαναφερθείσες διατάξεις κι από τα προσκομιζόμενα από την καταγγελλόμενη χρηματιστηριακή εταιρία έγγραφα, στην προκειμένη περίπτωση της υπό κρίση καταγγελίας, υπάρχει μη υπογεγραμμένο από τον επενδυτή ερωτηματολόγιο αναφορικά με το επενδυτικό του προφίλ και τις γνώσεις του σχετικά με τα επενδυτικά προϊόντα. Παρότι η σχέση του επενδυτή με την εταιρία διήρκεσε τρία περίπου χρόνια, δεν υπήρξε καμιά τροποποίηση ή κάποιο νεότερο ερωτηματολόγιο αναφορικά με το επενδυτικό του προφίλ αλλά και τους επενδυτικούς του στόχους.

2. Παράλληλα, σύμφωνα με την παράγραφο 7.2 του Κώδικα Δεοντολογίας των ΕΠΕΥ και του άρθρου 6 της απόφασης 16/262/6.2.2003 του Δ.Σ. της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς (ΦΕΚ Β΄297/13.3.2003), κάθε ΕΠΕΥ υποχρεούται να συνάπτει με τον πελάτη της έγγραφη αναλυτική σύμβαση, από την οποία θα προκύπτουν τα ουσιώδη δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των δύο μερών.

Ωστόσο, μεταξύ του καταγγέλλοντος και της καταγγελλόμενης εταιρίας, ενώ υπεγράφη σχετική σύμβαση παροχής επενδυτικών υπηρεσιών, δεν υπεγράφη το παράρτημα αυτής που αφορούσε στους γενικούς όρους παροχής επενδυτικών υπηρεσιών και αποτελούσε αναπόσπαστο μέρος της σύμβασης. Αποτέλεσμα του γεγονότος αυτού ήταν ο καταγγέλλων να μη λάβει γνώση των γενικών όρων της σχετικής συμφωνίας. Αυτό προκύπτει από τα σχετικά έγγραφα που τέθηκαν υπόψη της Αρχής.

3. Επιπλέον, σύμφωνα με την Υ.Α.122/1997 που αφορά στον Κώδικα Δεοντολογίας Επιχειρήσεων Παροχής Επενδυτικών Υπηρεσιών, που εφαρμοζόταν και στην καταγγελλόμενη εταιρία κατά τη διάρκεια της συμφωνίας με τον καταγγέλλοντα, προβλέπονται τα ακόλουθα:

α) Ως Πρώτη Αρχή ότι “οι εταιρίες και τα καλυπτόμενα πρόσωπα θα λαμβάνουν κάθε ενδεικνύόμενο μέτρο και θα ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους έτσι ώστε να προστατεύονται τα συμφέροντα των πελατών τους και να διασφαλίζεται η εύρυθμη λειτουργία της αγοράς.”

Για δε την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την εν λόγω αρχή, προβλεπόταν στην παράγραφο 4.2 του εν λόγω Κώδικα Δεοντολογίας ότι θα πρέπει να λαμβάνονται τα κατάλληλα μέτρα, ώστε: (...) “(β) να εξασφαλίζονται αποτελεσματικοί μηχανισμοί εσωτερικού ελέγχου των πράξεων που διενεργούν τα όργανα της εταιρίας, (...) (δ) να διασφαλίζεται η διαρκής και τακτική ενημέρωση των πελατών από την εταιρία για σημαντικά γεγονότα τα οποία αφορούν στις παρεχόμενες

από αυτή υπηρεσίες στα πλαίσια συμβατικών σχέσεων και επηρεάζοντα συμφέροντα των πελατών της, (ε) να διασφαλίζεται η διαρκής και επαρκής ενημέρωση του πελάτη για την εξέλιξη των πάσης φύσης υπηρεσιών που του παρέχει η εταιρία, με κάθε προβλεπόμενο από το νόμο, ή τη σύμβασή του με την εταιρία προφορικό και έγγραφο μέσο.”

Επίσης, σύμφωνα με την παράγραφο 4.3 του Κώδικα Δεοντολογίας, οι εταιρίες θα πρέπει να λαμβάνουν “κάθε απαραίτητο μέτρο για τη διασφάλιση ότι τα πάσης φύσης περιουσιακά στοιχεία πελατών τα οποία κατέχουν ή διακινούν δεν θα χρησιμοποιούνται για δικό τους λογαριασμό ή για λογαριασμό ή προς όφελος οποιουδήποτε τρίτου εκτός από τον δικαιούχο πελάτη. Ενδεικτικά, αλλά όχι περιοριστικά, η εταιρία θα εξασφαλίζει ότι: (...) (β) θα τηρούνται λογαριασμοί αξιών και μετρητών ανά πελάτη της και ότι θα ενημερώνονται αμέσως ως προς οποιαδήποτε μεταβολή (...)”.

Επιπλέον, στην παράγραφο 5.1 του σχετικού Κώδικα Δεοντολογίας, προβλεπόταν ότι “χωρίς αυτό να περιορίζει με οποιονδήποτε τρόπο την ευθύνη των εταιριών (και των καλυπτόμενων προσώπων) για την εκπλήρωση κάθε υποχρέωσης που απορρέει από τη δεύτερη αρχή, συνιστάται ενδεικτικά η λήψη μέτρων τα οποία μπορούν να συμβάλλουν στα ακόλουθα: (α) να εξασφαλισθεί η ορθολογική οργανωτική διάρθρωση της εταιρίας, με στόχο: (...) (δδ) την τήρηση ασφαλών και αποτελεσματικών εσωτερικών διαδικασιών υλοποίησης των παρεχομένων εντολών (...)”.

Ομοίως, στην παράγραφο 5.3 του σχετικού νομοθετήματος προβλεπόταν ότι οι εταιρίες θα πρέπει να “διαθέτουν σαφείς έγγραφες εσωτερικές οδηγίες και κανόνες ως προς τη διεκπεραίωση των πάσης φύσης παρεχομένων υπηρεσιών και θα διασφαλίζουν την τήρησή τους από τα καλυπτόμενα πρόσωπα. Οι διαδικασίες και οι κανόνες αυτοί θα προβλέπουν, μεταξύ άλλων, ότι η συνομολόγηση και επιβεβαίωση συναλλαγών δεν θα πραγματοποιούνται από το ίδιο πρόσωπο.”

β) Ως Πέμπτη Αρχή, ότι “οι εταιρίες και τα απασχολούμενα από αυτές φυσικά και νομικά πρόσωπα θα αποτρέπουν τις συγκρούσεις συμφερόντων μεταξύ αυτών και των πελατών τους.”

Για δε την εξειδίκευση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την εν λόγω αρχή και για τα ενδεικνύομενα μέτρα για την εκπλήρωση των σχετικών υποχρεώσεων των εταιριών που απορρέουν από αυτήν, προβλέπονταν στην παράγραφο 8 του εν λόγω Κώδικα Δεοντολογίας τα ακόλουθα:

“(...) 8.1 Οι υποχρεώσεις που απορρέουν από την πέμπτη αρχή αφορούν τόσο στην πληροφόρηση που πρέπει να παρέχουν οι εταιρίες στους πελάτες τους, κατά την έναρξη της συμβατικής τους σχέσης και κατά τη διάρκειά της, όσο και σε πράξεις, κατά τα άλλα νόμιμες, που οι εταιρίες και τα άλλα καλυπτόμενα πρόσωπα οφείλουν να αποφεύγουν, στο βαθμό που μπορούν να προκαλέσουν βλάβη στα συμφέροντα των πελατών. Ειδικότερα: (...) (γ) οι εταιρίες οφείλουν να εξασφαλίζουν ότι περιουσιακά στοιχεία του πελάτη τα οποία βρίσκονται στη κατοχή τους δεν θα χρησιμοποιούνται από αυτές, συνδεδεμένα μὲ αυτές πρόσωπα ή τρίτους, π.χ. άλλους πελάτες της, με τρόπο που να μην είναι εκ των προτέρων ρητά εγκεκριμένος από τον πελάτη και διαφανής ως προς τα οικονομικά οφέλη πελάτη, εταιρίας ή τρίτων, αντιστοίχως. (...)”

8.3 Χωρίς αυτό να περιορίζει με οποιονδήποτε τρόπο την ευθύνη των εταιριών (και των καλυπτομένων προσώπων) για την εκπλήρωση κάθε υποχρέωσης που απορρέει από την πέμπτη αρχή, συνιστάται ότι κάθε εταιρία οφείλει: (...) (ε) να υιοθετεί διαδικασίες που να εξασφαλίζουν ότι δεν θα χρησιμοποιούνται περιουσιακά στοιχεία του πελάτη από την εταιρία, καλυπτόμενα πρόσωπα ή τρίτους, (π.χ. άλλους πελάτες της), με τρόπο που να μην είναι εκ των προτέρων εγκεκριμένος από τον πελάτη με έγγραφη συναίνεσή του.

Σε περίπτωση που για την παροχή των υπηρεσιών απαιτείται να περιέλθουν τα περιουσιακά στοιχεία σε τρίτο πρόσωπο επί του οποίου κατά την εύλογη κρίση της η εταιρία δεν ασκεί αποτελεσματικό έλεγχο, η εταιρία οφείλει να δεσμεύει το τρίτο πρόσωπο με έγγραφη σύμβαση ως προς την υποχρέωσή του να μην επιτρέπει να χρησιμοποιούνται περιουσιακά στοιχεία του πελάτη από οποιονδήποτε με τρόπο που να μην είναι εκ των προτέρων εγκεκριμένος από τον πελάτη με έγγραφη συναίνεσή του."

γ) Ως Έβδομη Αρχή, ότι "οι εταιρίες και τα απασχολούμενα από αυτές φυσικά και νομικά πρόσωπα οφείλουν να λειτουργούν μέσα στα πλαίσια της νομοθεσίας που ρυθμίζει την άσκηση των δραστηριοτήτων τους, έτσι ώστε να προστατεύονται τα συμφέροντα των πελατών τους και να εξασφαλίζεται η ομαλή λειτουργία της αγοράς."

Για δε την εξειδίκευση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την εν λόγω αρχή και για τα ενδεικνυόμενα μέτρα για την εκπλήρωση των σχετικών υποχρεώσεων των εταιριών που απορρέουν από αυτήν, προβλέπονταν στην παράγραφο 10 του εν λόγω Κώδικα Δεοντολογίας τα ακόλουθα:

"10.1 Οι εταιρίες και κάθε καλυπτόμενο πρόσωπο θα λειτουργούν πάντοτε και ως προς κάθε επί μέρους στοιχείο των δραστηριοτήτων τους σύμφωνα με τις ισχύουσες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις και τις σχετικές υποδείξεις των αρμοδίων οργάνων και αρμοδίων αρχών.

10.2 Χωρίς αυτό να περιορίζει με οποιονδήποτε τρόπο την ευθύνη των εταιριών και κάθε καλυπτόμενου προσώπου για την εκπλήρωση υποχρέωσης που απορρέει από την έβδομη αρχή, συνιστώνται ενδεικτικά τα ακόλουθα: (α) οι εταιρίες και οι λειτουργίες τους θα πρέπει να είναι οργανωμένες με τρόπο ώστε να είναι ευχερής η τήρηση των υποχρεώσεών τους. Η οργάνωση μεταξύ άλλων θα περιορίζει τη διακριτική ευχέρεια υπαλλήλων και συνεργατών στο βαθμό που αυτή θα μπορούσε να οδηγήσει σε παράβαση του ισχύοντος κανονιστικού πλαισίου. Η οργάνωση θα αποσκοπεί στη διασφάλιση της δυνατότητας αποτελεσματικής άσκησης διοικητικού ελέγχου και εποπτείας επί των πράξεων των υπαλλήλων και συνεργατών και στη λειτουργία της εταιρίας βάσει σαφών, πλήρων και επαρκών διαδικασιών, (β) οι εταιρίες θα έχουν στη διάθεσή τους διαρκή και πλήρη πληροφόρηση για το νομικό πλαίσιο, όπως ισχύει και όπως εκάστοτε διαμορφώνεται, τόσο ως προς τα θέματα καθημερινής λειτουργίας όσο και ως προς τα θέματα διοίκησης που αντιμετωπίζονται στο επίπεδο του διοικητικού συμβουλίου της εταιρίας, (γ) θα διενεργείται τακτικός περιοδικός έλεγχος των διαδικασιών και συμβάσεων των εταιριών ως προς την εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους, (δ) οι εταιρίες θα διαθέτουν επαρκή και αποτελεσματικά συστήματα εσωτερικού ελέγχου αλλά και ελέγχου επί των συνεργατών της εταιρίας ώστε να εξασφαλίζεται η τήρηση των διαδικασιών και των άλλων υποχρεώσεών των εταιριών που απορρέουν από το νομικό πλαίσιο, (...) (ε) οι εταιρίες θα λαμβάνουν κάθε απαραίτητο μέτρο για τη διασφάλιση της νόμιμης προστασίας των συμφερόντων των πελατών τους, ενδεικτικά ως προς την προστασία των απορρήτων ή εμπιστευτικών πληροφοριών τους και των περιουσιακών τους στοιχείων, (η) σε περίπτωση που η εκτέλεση εντολής πελάτη προσκρούει σε απαγορευτική διάταξη νόμου, η εταιρία θα ζητά από τον πελάτη συμπληρωματικές πληροφορίες ως προς την εντολή και σχετική γνωμάτευση νομικού συμβούλου. Η εταιρία δεν θα εκτελεί εντολή πελάτη ως προς τη νομιμότητα της οποίας διατηρεί (ή θα όφειλε να διατηρεί) επιφυλάξεις παρά τη λήψη των παραπάνω προβλεπόμενων συμπληρωματικών πληροφοριών και νομικής συμβουλής, (...) ια) οι εταιρίες θα διαθέτουν ειδική υπηρεσία εσωτερικού ελέγχου της οποίας θα προΐσταται πρόσωπο με επαρκή ειδικά προσόντα και πείρα που θα αναφέρεται κατ'ευθείαν στο

διοικητικό συμβούλιο της εταιρίας και η οποία θα εποπτεύει την τήρηση από την εταιρία των διατάξεων της νομοθεσίας περί κεφαλαιαγοράς.”

Όπως προκύπτει από τις προαναφερθείσες διατάξεις, στην προκειμένη περίπτωση της υπό κρίση καταγγελίας, τόσο η διοίκηση της εταιρίας όσο κι ο μηχανισμός εσωτερικού ελέγχου δεν είχαν αναπτύξει τις κατάλληλες διαδικασίες, ώστε να επισημαίνονται έγκαιρα και να προλαμβάνονται πιθανοί κίνδυνοι, τόσο απέναντι σε επενδυτές πελάτες, όσο και προς την ίδια την εταιρία, ενώ και οι υφιστάμενες δομές δεν λειτούργησαν αποτελεσματικά ώστε να αποτρέψουν τη ζημία του επενδυτή.

Πιο αναλυτικά, αρχικά δεν εντόπισαν την απουσία υπογραφής στο παράρτημα της σύμβασης παροχής επενδυτικών υπηρεσιών που αφορούσε στους γενικούς όρους παροχής επενδυτικών υπηρεσιών και αποτελούσε αναπόσπαστο μέρος της σύμβασης αυτής. Αποτέλεσμα του γεγονότος αυτού ήταν ο καταγγέλλων να μη λάβει γνώση των γενικών όρων της σχετικής συμφωνίας.

Εν συνεχεία, δεν εντόπισαν την ύπαρξη του ανυπόγραφου αναλυτικού ερωτηματολογίου αναφορικά με το επενδυτικό προφίλ του επενδυτή και τους επενδυτικούς του στόχους, ώστε να καθίσταται βέβαιη η βούληση του επενδυτή να προχωρήσει σε επενδύσεις ιδιαίτερα μεγάλου ρίσκου που απαιτούν σημαντική εμπειρία. Δεν καθίσταται επίσης σαφές αν ο επενδυτής γνώριζε την ύπαρξη του συγκεκριμένου ερωτηματολογίου ή συμπληρώθηκε εν αγνοία του.

Επίσης, τόσο η διοίκηση όσο και ο εσωτερικός ελεγκτής δεν έθεσαν θέμα σύγκρουσης συμφερόντων αναφορικά με την παροχή πληρεξουσίου από επενδυτή-πελάτη προς τον υπάλληλο διαχειριστή της επενδυτικής του μερίδας, κ. Π..... Η εξουσιοδότηση αυτή -που δόθηκε εν γνώση και με ανοχή της χρηματιστηριακής εταιρίας- παρείχε στον προστηθέντα της καταγγελλόμενης εταιρίας τη δυνατότητα (τυπική και ουσιαστική) πέρα από τη διάρθρωση του χαρτοφυλακίου να διαχειρίζεται κατά το δοκούν τα ρευστά διαθέσιμα του επενδυτή καθώς και τη δανειακή του επιβάρυνση (λογαριασμό margin) χωρίς να απαιτείται οποιαδήποτε προηγούμενη εντολή ή επιβεβαίωση από τον επενδυτή.

Παρά τους κινδύνους που παρουσίαζε η συγκεκριμένη πρακτική, τόσο η διοίκηση όσο και ο εσωτερικός ελεγκτής δεν παρακολούθησαν, κατά τη διενέργειά τους, τις εν λόγω συναλλαγές (αγορές-πωλήσεις και διαχείριση ρευστών διαθεσίμων) και τη γενικότερη πορεία της σχέσης, ώστε να επιβεβαιώσουν τη νομιμότητά τους και να αποτρέψουν πιθανή ζημία του επενδυτή. Επίσης, δεν όρισαν ούτε εφάρμοσαν αυστηρότερες διαδικασίες στη διενέργεια των συναλλαγών και στη διαχείριση της περιουσίας του επενδυτή, δεδομένου ότι ο διαχειριστής του χαρτοφυλακίου είχε ουσιαστικά υποκαταστήσει πλήρως τον επενδυτή σε κάθε στάδιο των εσωτερικών διαδικασιών παραβλέποντας κάθε πιθανή δικλείδα ασφαλείας.

Επίσης, ο εσωτερικός εκλεκτής κι ο υπεύθυνος ταμείου της εταιρίας δεν εντόπισαν και δεν προέβησαν στις κατάλληλες ενέργειες (ενημέρωση του επενδυτή και επιβεβαίωση των πράξεων) παρότι σημαντικός αριθμός αναλήψεων ακόμα και ιδιαίτερα μικρών ποσών (€40) διενεργούνταν από το ταμείο της χρηματιστηριακής με ιδιαίτερα μεγάλη συχνότητα και μάλιστα όταν τα χρήματα μέσω πληρεξουσίου τα λάμβανε υπάλληλος της χρηματιστηριακής και διαχειριστής του επενδυτή. Η πρακτική αυτή δεν είναι η συνήθης, όταν ένας επενδυτής επιθυμεί να κάνει ανάληψη χρημάτων από την επενδυτική του μερίδα. Το ίδιο ασυνήθεις ήταν και ο όγκος και η συχνότητα της εν λόγω πρακτικής. Και σε αυτήν την περίπτωση πάλι, οι δομές και οι διαδικασίες εσωτερικού ελέγχου, διάκρισης και σεβασμού των εσωτερικών διαδικασιών της εταιρίας αποδείχθηκαν ιδιαίτερα σαθρές.

4. Περαιτέρω, οι προαναφερθείσες διατάξεις της νομοθεσίας περί επιχειρήσεων παροχής επενδυτικών υπηρεσιών και περί δεοντολογίας και επαγγελματικής συμπεριφοράς των εν λόγω επιχειρήσεων συνιστούν διατάξεις νόμου, τεθειμένες τόσο προς το σκοπό της εύρυθμης λειτουργίας της κεφαλαιαγοράς όσο και προς το σκοπό της ατομικής προστασίας των επενδυτών. Ο σχετικός Κώδικας Δεοντολογίας αποτελεί νόμο, κανονιστικό κείμενο που ίσχυε βάσει ρητής νομοθετικής εξουσιοδότησης και η αποδοχή του περιεχομένου του δεν εξαρτάτο από τη συναίνεση των προσώπων, τα οποία αφορούσε (άρθρο 7 του Ν. 2396/1996, με το οποίο παρασχέθηκε εξουσιοδότηση στον Υπουργό Εθνικής Οικονομίας για την κύρωση σχεδίου κώδικα που θα συντάσσετο από επιτροπή αποτελούμενη από εκπροσώπους των αρμοδίων φορέων).

Επομένως, η παράβαση των παραπάνω κανόνων δεοντολογίας στοιχειοθετεί αδιοπρακτική ευθύνη, υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 914 ΑΚ, καθόσον πρόκειται για παραβίαση ενός τιθέμενου κανόνα ουσιαστικού δικαίου, ταγμένου στην προστασία της περιουσίας τρίτων. Επομένως, η παράβαση των συγκεκριμένων διατάξεων θεμελιώνει εν προκειμένω το παράνομο της συμπεριφοράς της καταγγελλόμενης εταιρίας κατά τις διατάξεις περί αδιοπραξιών (ΑΚ 914 επ.).

Επιπλέον, η καταγγελλόμενη εταιρία επέτρεψε τη διενέργεια παράνομων πράξεων εις βάρος του καταγγέλλοντος. Είναι προφανές από τα ανωτέρω ότι η καταγγελλόμενη εταιρία στερείτο επαρκούς συστήματος εσωτερικού ελέγχου, αφού σε κάθε περίπτωση επέτρεψε στον υπάλληλό της να ενεργεί για λογαριασμό του καταγγέλλοντος βάσει μη επιτρεπόμενης πληρεξουσιότητας. Ουδόλως δε αντέδρασε στις παρανομίες οι οποίες επαναλαμβάνονταν για μεγάλο χρονικό διάστημα, ενώ γνώριζε η καταγγελλόμενη εταιρία και όφειλε να γνωρίζει ότι αυτή η πρακτική, που εξυπηρετούσε τα συμφέροντά της, μπορούσε να θέσει σε μεγάλο κίνδυνο την περιουσία του καταγγέλλοντος.

Επομένως, η συγκεκριμένη πλημμελής συμπεριφορά της καταγγελλόμενης εταιρίας αποτελεί, συγχρόνως, παράβαση της γενικής υποχρέωσης πρόνοιας, ασφάλειας και προστασίας που υπέχει ο πάροχος επενδυτικών υπηρεσιών έναντι του επενδυτή – πελάτη του και η οποία απορρέει από το γενικότερο πνεύμα της νομοθεσίας περί επαγγελματικής συμπεριφοράς των παρόχων επενδυτικών υπηρεσιών έναντι των πελατών τους αλλά και από τις γενικές ρήτρες που καθιερώνουν τις αρχές της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών, οι οποίες διέπουν την εφαρμογή των συμβάσεων παροχής επενδυτικών υπηρεσιών.

Περαιτέρω, ιδωμένη υπό το πρίσμα των συνθηκών της συγκεκριμένης περιπτώσεως και ιδίως εξ επόψεως: α) της σχέσεως δικαιολογημένης εμπιστοσύνης που υπήρχε μεταξύ καταγγέλλοντος και της καταγγελλόμενης εταιρίας, β) της επαγγελματικής θέσεως της καταγγελλόμενης εταιρίας, γ) των αυξημένων κινδύνων που εγκυμονεί η διενέργεια μη εγκεκριμένων από τον πελάτη συναλλαγών για τις αποταμιεύσεις του πελάτη, δ) της πληροφοριακής ασυμμετρίας υπέρ της καταγγελλόμενης εταιρίας σε σχέση με την αγορά των επενδυτικών υπηρεσιών και σε σχέση με τις υποχρεώσεις προστασίας του επενδυτή ε) της ιδιότητας της καταγγελλόμενης εταιρίας ως σοβαρού και φερέγγυου χρηματοδοτικού οργανισμού, η προαναφερθείσα πλημμελής και παράνομη συμπεριφορά της συνιστά παράβαση των χρηστών ηθών, υπό την έννοια της ΑΚ 919.

5. Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 922 του ΑΚ, "ο κύριος ή ο προστήσας κάποιον άλλον σε μια υπηρεσία ευθύνεται για τη ζημία που ο υπηρέτης ή ο προστηθείς προξένησε σε τρίτον παράνομα κατά την υπηρεσία του". Ο κ. Π..., υπάλληλος της εταιρίας ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ και διαχειριστής του χαρτοφυλακίου του Χ καταγγέλλοντας, αποτελεί προστηθέντα της εταιρίας κι επομένως, η καταγγελλόμενη εταιρία ευθύνεται για τη ζημία που ο πρώτος προξένησε παράνομα στον καταγγέλλοντα κατά την υπηρεσία του.

Ειδικότερα, "από το άρθρο 922 ΑΚ που ορίζει ότι ο κύριος ή ο προστήσας άλλον σε υπηρεσία ευθύνεται για τη ζημία που ο υπηρέτης ή ο προστηθείς προξένησε σε τρίτον παράνομα, κατά την υπηρεσία του, προκύπτει ότι για την ίδρυση ευθύνης του προστήσαντος από την αδικοπραξία του προστηθέντος πρέπει ο τελευταίος να τελεί υπό τις εντολές και οδηγίες του προστήσαντος από την αδικοπραξία του προστήσαντος ως προς τον τρόπο εκπληρώσεως των καθηκόντων του, προς τις οποίες και να είναι υποχρεωμένος να συμμορφώνεται. Από την ίδια διάταξη συνάγεται ότι ο προστήσας ευθύνεται για τις ζημιές που προξένησε ο προστηθείς σε τρίτον όχι μόνον κατά την εκτέλεση της ανατεθείσας σ' αυτόν υπηρεσίας, αλλά και κατά κατάχρηση της υπηρεσίας του, η οποία υφίσταται, όταν η ζημιογόνος πράξη τελέστηκε εντός των ορίων και καθηκόντων που ανατέθηκαν στον προστηθέντα ή επ' ευκαιρία ή εξ αφορμής της υπηρεσίας, αλλά κατά παράβαση των εντολών και οδηγιών που δόθηκαν σ' αυτόν ή καθ' υπέρβαση των καθηκόντων του, εφόσον μεταξύ της ζημιογόνου ενέργειας του προστηθέντος και της υπηρεσίας που ανατέθηκε σ' αυτόν υπάρχει εσωτερική συνάφεια. Σχέση προστήσεως υπάρχει όταν, στο πλαίσιο υφιστάμενης μεταξύ δύο προσώπων (φυσικών ή νομικών) δικαιοπρακτικής ή οποιασδήποτε άλλης βιοτικής σχέσεως, διαρκούς ή ευκαιριακής, το ένα από τα πρόσωπα αυτά (προστήσας) αναθέτει στο άλλο (προστηθέντα), με ή χωρίς αμοιβή, την εκτέλεση ορισμένης υπηρεσίας, υλικής ή νομικής φύσεως, η οποία αποβλέπει στη διεκπεραίωση υποθέσεων και γενικότερα στην εξυπηρέτηση των επαγγελματικών, οικονομικών ή άλλων συμφερόντων του πρώτου και κατά την οποία ο δεύτερος υπόκειται στον έλεγχο ή έστω στις γενικές οδηγίες και εντολές ή μόνο στην επίβλεψη του πρώτου. Πάντως, όταν η εκτέλεση μιας υπηρεσίας έχει ανατεθεί σε πρόσωπα με εξειδικευμένες επιστημονικές ή τεχνικές γνώσεις, ο άνω έλεγχος δεν είναι απαραίτητο να εκτείνεται στον τρόπο εργασίας των εν λόγω προσώπων, ως προς τον οποίο άλλωστε ο κύριος της υποθέσεως, ελλείψει των σχετικών γνώσεων, δεν είναι σε θέση να τα ελέγξει, αλλά μπορεί και αρκεί (ο έλεγχος) να αφορά στην παροχή οδηγιών, έστω και γενικού περιεχομένου, ως προς τον τόπο, τον χρόνο και τους λοιπούς όρους εργασίας των ειδικευμένων προσώπων." (ΑΠ 1768/2009, ΔΕΕ 5/2010, 577, βλ. ομοίως, ΑΠ 993/1993, 959/2004, 1507/2005, 1353/2007).

Σύμφωνα με την ανωτέρω νομολογία, η εφαρμογή του άρθρου 922 του ΑΚ προϋποθέτει τα ακόλουθα:

- α) σχέση προστήσεως, η οποία υπάρχει όταν ο προστήσας διατηρεί το δικαίωμα να δίδει οδηγίες στον προστηθέντα, σε σχέση με τον τρόπο εκπληρώσεως κατά το χρόνο τέλεσης της πράξης
- β) ενέργεια του προστηθέντος παράνομη και υπαίτια, πληρούσα τις προϋποθέσεις του άρθρου 914 ΑΚ και
- γ) η ενέργεια αυτή του προστηθέντος να έγινε κατά την εκτέλεση της υπηρεσίας που του έχει ανατεθεί ή επ' ευκαιρία ή εξ αφορμής της υπηρεσίας του ή ακόμη και κατά κατάχρηση της υπηρεσίας του αυτής. Η κατάχρηση υπηρεσίας υπάρχει όταν η ζημιογόνος πράξη τελέστηκε καθ' υπέρβαση των ορίων των καθηκόντων του προστηθέντος και κατά παράβαση των εντολών και οδηγιών του

προστήσαντος, εφόσον μεταξύ της ζημιολόγου πράξης και της υπηρεσίας που είχε ανατεθεί στον προστηθέντα, υφίσταται "εσωτερική συνάφεια" υπό την έννοια ότι η πράξη δεν μπορούσε να υπάρξει χωρίς την πρόσθηση ή ότι η τελευταία αποτέλεσε το αναγκαίο μέσο για την τέλεση της αδικοπραξίας και ο ζημιωθείς τρίτος δεν γνώριζε την κατάχρηση, ούτε όφειλε να γνωρίζει.

Όλες οι παραπάνω προϋποθέσεις συντρέχουν στην περίπτωση του καταγγέλλοντος και στη σχέση της καταγγελλόμενης εταιρίας με τον κ. Π..., καθώς ο τελευταίος είναι υπάλληλος της εταιρίας και χρησιμοποιήθηκε από αυτήν για την παροχή στον καταγγέλλοντα επενδυτικών υπηρεσιών. Ο δε κ. Π... ενήργησε παράνομα και υπαίτια επ' ευκαιρία της υπηρεσίας που του είχε ανατεθεί από την καταγγελλόμενη εταιρία.

6. Περαιτέρω, στην υπό κρίση περίπτωση εφαρμόζονται οι διατάξεις του Ν.2251/1994, διότι βάσει του άρθρου 1 παρ. 4 στοιχ. α' του Ν.2251/1994, ως καταναλωτής δύναται να θεωρηθεί κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο συναλλάσσεται στο πλαίσιο της αγοράς αγαθών και υπηρεσιών προς εξυπηρέτηση των επαγγελματικών και μη αναγκών του, αρκεί να αποτελεί τον τελικό αποδέκτη του παρεχόμενου αγαθού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας και να συντρέχει στο πρόσωπό του η έλλειψη της ικανότητας για επαρκή αυτοπροστασία, υπό την έννοια της δυνατότητας αποτιμήσεως του επενδυτικού κινδύνου. Πρωταρχικά, στην έννοια του καταναλωτή δύναται να υπαχθεί ο «ιδιώτης πελάτης», ως προς τον οποίο τεκμαίρεται (*a contrario* από το άρθρο 2 παρ. 1 στοιχ. 8 του ν. 3606/2007 σε συνδυασμό με το άρθρο 2 παρ.1 στοιχ. 7 του ίδιου νόμου) ότι δεν διαθέτει την απαραίτητη εμπειρία και γνώση σε σχέση με τις επενδυτικές συναλλαγές. Στην επενδυτική αυτή κατηγορία εμπίπτει κι ο καταγγέλλων βάσει του άρθρου 2 παρ. 8 σε συνδυασμό με το άρθρο 6 του ν. 3606/2007.

Επιπλέον, η καταγγελλόμενη εταιρία αποτελεί πρόσωπο «παρέχων υπηρεσίες», κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ.4, εδ.β' Ν.2251/1994, ως παρέχουσα ανεξάρτητες υπηρεσίες στο πλαίσιο της ασκήσεως της επαγγελματικής της δραστηριότητας. Και αυτό γιατί η καταγγελλόμενη εταιρία κατά την παροχή των επενδυτικών υπηρεσιών της δεν υπόκειται σε συγκεκριμένες οδηγίες εκ μέρους του εκάστοτε πελάτη της, ιδίως στην περίπτωση ενός πελάτη, όπως του καταγγέλλοντος, που δεν διαθέτει ειδικές γνώσεις ώστε να είναι σε θέση να απευθύνει υποδείξεις. Αντιθέτως, η καταγγελλόμενη εταιρία όφειλε εν προκειμένω να δεσμευθεί μόνο από τα προσωπικά χαρακτηριστικά του καταγγέλλοντος στα οποία όφειλε να προσαρμόσει τις υπηρεσίες της, γεγονός το οποίο παρέλειψε να πράξει.

Σύμφωνα δε με το άρθρο 8 παρ.1 Ν.2251/1994, "*ο παρέχων υπηρεσίες ευθύνεται για κάθε περιουσιακή ζημία ή ηθική βλάβη που προκάλεσε παράνομα και υπαίτια, με πράξη ή παράλειψή του, κατά την παροχή αυτών στον καταναλωτή. Ως παρέχων υπηρεσίες νοείται όποιος, στο πλαίσιο της άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας παρέχει υπηρεσία, κατά τρόπο ανεξάρτητο*". Στη δε παρ.3 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι "*ο ζημιωθείς υποχρεούται να αποδείξει τη ζημία και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της παροχής της υπηρεσίας και της ζημίας*". Στην παρ.4 του ως άνω άρθρου προβλέπεται ότι "*ο παρέχων υπηρεσίες φέρει το βάρος της απόδειξης για την έλλειψη παρανομίας και υπαιτιότητάς του. Για την έλλειψη υπαιτιότητας λαμβάνονται υπόψιν η ευλόγως προσδοκώμενη ασφάλεια και το σύνολο των ειδικών συνθηκών και ιδίως: α) η φύση και το αντικείμενο της υπηρεσίας, ιδίως σε σχέση με το βαθμό επικινδυνότητάς της, β) η παρουσίαση και ο τρόπος παροχής της, γ) ο χρόνος παροχής της, δ) η αξία της παρεχόμενης υπηρεσίας, ε) η ελευθερία δράσης που καταλείπεται στο ζημιωθέντα στο πλαίσιο της υπηρεσίας (...)*".

Προϋποθέσεις για τη θεμελίωση ευθύνης σε βάρος του παρέχοντος υπηρεσίες, βάσει του εν λόγω άρθρου, είναι: 1) παροχή ανεξαρτήτων υπηρεσιών στα πλαίσια άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, 2) παράνομη πράξη ή παράλειψη και υπαιτιότητα του παρέχοντος υπηρεσίες κατά την παροχή υπηρεσίας, η οποία υπαιτιότητα τεκμαίρεται, διότι εισάγεται νόθος αντικειμενική ευθύνη και ο παρέχων έχει το βάρος της απόδειξης της έλλειψής της. Η παράνομη συμπεριφορά του παρέχοντος δεν συναρτάται με το πραγματικό περιεχόμενο της υποχρέωσής του προς αποφυγή των κινδύνων, αλλά με την έλλειψη ασφάλειας των υπηρεσιών που θεμιτά δικαιούται να αναμένει ο καταναλωτής, καθώς και με την οικοδόμηση της εμπιστοσύνης του στη συγκεκριμένη αγορά υπηρεσιών, ήτοι με την παραβίαση της υποχρέωσης πρόνοιας και ασφάλειας που όφειλε κατά το νόμο ή την καλή πίστη κατά τις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις και μπορούσε να λάβει μέσα στη σφαίρα επιρροής του κάτω από ομαλές προβλέψιμες συνθήκες, σε τρόπο ώστε οι παρεχόμενες από αυτόν υπηρεσίες, χρησιμοποιούμενες από τον καταναλωτή, να μην θέτουν σε κίνδυνο τα συμφέροντα του τελευταίου και ιδίως την ακεραιότητα της πίστης και της ασφαλούς παροχής υπηρεσιών, που τελικά είναι το προστατεύσιμο δικαίωμα. (βλ. ΠολΠρΘεσσαλ. 4481/2009, ΝΟΜΟΣ).

Ως **εulόγως** δε **προσδοκώμενη ασφάλεια** θα πρέπει να εννοηθεί εκείνη, την οποία αναμένει θεμιτώς ο μέσος καταναλωτής από εκπρόσωπο του συγκεκριμένου κλάδου υπηρεσιών, ο οποίος τηρεί τις συναλλακτικές υποχρεώσεις που ισχύουν για την επιστήμη και την τέχνη του.

Υποχρεώσεις, η μη τήρηση των οποίων θα μπορούσε να συνιστά αποτυχία παροχής της εύλογα προσδοκώμενης ασφάλειας και επομένως, παράνομη και υπαίτια παροχή υπηρεσιών (εδώ εντάσσεται και η παράλειψη κατά την παροχή υπηρεσιών, που καθιστά την παροχή της υπηρεσίας ελαττωματική), είναι κι εκείνες που υπαγορεύονται κυρίως από τη γενική διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ (που επιτάσσει την τήρηση των επιταγών της καλής πίστης—με την έννοια της ευθύτητας και της εντιμότητας, που απαιτούνται στις συναλλαγές—κατά τη λειτουργία της ενοχικής σχέσης) και απορρέουν από τις **γενικότερες συναλλακτικές υποχρεώσεις πρόνοιας και ασφάλειας** των συμφερόντων τρίτων, κυρίως εκείνων που τελούν σε «γνωσιολογικό και οργανωτικό έλλειμμα σε σχέση με το εξειδικευμένο επάγγελμα του παρέχοντος» (βλ. *Γ.Δέλλιο*, Το τεκμήριο υπαιτιότητας του παρέχοντος υπηρεσίες, ΑΡΜ 2004, σελ. 189, *Γ.Τριανταφυλλάκη*, Η ευθύνη των ΕΠΕΥ έναντι των επενδυτών για παράλειψη πληροφόρησης ή παροχή εσφαλμένων συμβουλών, ΧρΙΔ 2001, σελ. 17).

Περαιτέρω, η διάταξη του άρθρου 8 του Ν.2251/1994 περιέχει ειδικότερο κανόνα έναντι των γενικών διατάξεων του Αστικού Κώδικα, ο οποίος εντασσόμενος στο γενικότερο σύστημα θεμελιώσεως αστικής ευθύνης, διαμορφώνει την ενοχή που καταλαμβάνεται από αυτόν κατά τρόπο, ώστε κύριο χαρακτηριστικό της να είναι η απομάκρυνση από την αρχή της υποκειμενικής ευθύνης μέσω της αντιστροφής του σχετικού βάρους αποδείξεως. Σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ.4 Ν.2251/1994, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 10 παρ.3 Ν.3587/2007, η αντιστροφή αυτή του αποδεικτικού βάρους επεκτείνεται αναγκαίως και στο μέγεθος της παρανομίας, διότι παραλλήλως των εννοιολογικών διακρίσεων μεταξύ αυτής και του πταίσματος που δεν αμφισβητούνται και εξακολουθούν να υφίστανται, η προσέγγιση των σχετικών όρων θεμελιώσεως της ευθύνης από την οπτική της αμέλειας επιδρά στην συγκρότηση του περιεχομένου της τελευταίας κατά τρόπο, ώστε μέσω της χρήσεως της συγκεκριμένης έννοιας να αποτυπώνεται και η εκδήλωση μιας μορφής παράνομης συμπεριφοράς (βλ. ΑΠ 1227/2007, *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο,

Γενικό Μέρος, έκδ. 1999, σελ.656-657, *Ι.Καράκωστα* σημ. σε ΕφΑθ 4495/2002, ΔΕΕ 2004, σελ.206-207).

Εξαιτίας της διαλαμβανόμενης στον προαναφερόμενο κανόνα κατανομής βάρους αποδείξεως, στην περίπτωση που η ευθύνη του υπόχρεου αποζημιώσεως θεμελιώνεται στην συγκεκριμένη ρύθμιση, ο δικαιούχος επιβάλλεται να αποδεικνύει τη ζημία, την παροχή των υπηρεσιών προς τον ίδιο και τον υφιστάμενο μεταξύ τους αιτιώδη σύνδεσμο, ενώ ο οφειλέτης την εκ μέρους του έλλειψη εκδηλώσεως παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς, την έλλειψη συνδρομής αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της τελευταίας και της ζημίας ή την εμφάνιση κάποιου λόγου άρσεως ή μειώσεως της ευθύνης του (βλ. *Ι.Καράκωστα*, Προστασία του καταναλωτή, έκδ.1997, σελ.137 επ., *Θ.Κατσά*, σε Δίκαιο προστασίας καταναλωτών II, εκδ.Σάκκουλα, 2008, σελ.1358 επ.).”

Στην υπό κρίση συνεπώς υπόθεση και με βάση τη διατύπωση του άρθρου 8 του Ν.2251/1994, ο νόμιμος λόγος ευθύνης μίας ΕΠΕΥ, όπως εν προκειμένω αποτελεί και η καταγγελλόμενη εταιρία, συνίσταται στην παράνομη και υπαίτια πράξη ή παράλειψη κατά την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών. Η προαναφερθείσα πλημμελής συμπεριφορά της καταγγελλόμενης εταιρίας συνιστά, εν προκειμένω, παράβαση της “ευλόγως προσδοκωμένης ασφαλείας” στο πλαίσιο της σχέσης παροχής επενδυτικών υπηρεσιών. Συγκεκριμένα, η καταγγελλόμενη εταιρία παραβίασε εν προκειμένω τους κανόνες της επιστήμης και τις ιδιαίτερα αυξημένες συναλλακτικές υποχρεώσεις πρόνοιας και ασφάλειας που επιβάλλονται σε αυτήν λόγω της ιδιαίτερης επαγγελματικής και εμπιστευτικής τους ιδιότητας και των αυξημένων κινδύνων που συνεπάγεται η παροχή επενδυτικών υπηρεσιών για την περιουσία των πελατών της, όπως αυτές προβλέπονται από την καλή πίστη (ΑΚ 288) και τους κανόνες επαγγελματικής συμπεριφοράς που διέπουν την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών (άρθρα 25 επ. Ν.3606/2007). Η ασυμβατότητα της συμπεριφοράς της καταγγελλόμενης εταιρίας με το επίπεδο της “ευλόγως προσδοκωμένης ασφαλείας” προκύπτει με σαφήνεια, εφόσον ιδωθεί υπό το πρίσμα των ειδικότερων κριτηρίων που θέτει σχετικά το άρθρο 8 παρ. 4 του Ν.2251/1994, ήτοι: α) της φύσεως και του αντικειμένου της υπηρεσίας της παροχής επενδυτικών υπηρεσιών και, ιδίως της αυξημένης επικινδυνότητάς της για την περιουσία του καταγγέλλοντος που δημιουργείται στην αγορά παραγώγων όπου ο βαθμός επιμέλειας που οφείλει η ΕΠΕΥ να επιδείξει είναι αυξημένος, με αποτέλεσμα να επιβάλλεται ακόμη αυστηρότερη προσήλωση αυτής στην πιστή τήρηση των συναλλακτικών της υποχρεώσεων κατά την παροχή της συγκεκριμένης επενδυτικής υπηρεσίας (βλ. σχετικά *Θ.Κατσά*, όπ.π., σελ.1369) β) της εξωτερικής μορφής της επενδυτικής υπηρεσίας δηλ. της εν γένει παρουσιάσεως της υπηρεσίας από την εταιρία και, ιδίως, η διαβεβαίωση περί της ασφάλειας της παρεχομένης υπηρεσίας χωρίς να τηρήσει η εταιρία την υποχρέωσή της να ενημερώσει πλήρως τον επενδυτή για τους όρους της σχετικής συμφωνίας κατά την υπογραφή της σχετικής σύμβασης, όπου στην προκειμένη περίπτωση ουδέποτε υπογράφει, γ) της ελευθερίας δράσεως που καταλείπεται στον ζημιωθέντα καταγγέλλοντα καταναλωτή κατά την παροχή των συγκεκριμένων επενδυτικών υπηρεσιών, η οποία είναι πολύ περιορισμένη λόγω της παραπληροφόρησής του για την πραγματική του θέση που λάμβανε από τον προστηθέντα της εταιρίας, κ. Π....

Ως προς τη σχέση δε αιτιώδους συνάφειας μεταξύ των παρεχομένων υπηρεσιών από την καταγγελλόμενη εταιρία και του προστηθέντος της με την επελθούσα περιουσιακή ζημία του καταγγέλλοντος, διαπιστώνεται ότι οι παράνομες πράξεις του

προσθηθέντος υπαλλήλου της καταγγελλόμενης εταιρίας και οι παραλείψεις της τελευταίας, όπως εκτέθηκαν και αναλύθηκαν παραπάνω βάσει των κανονιστικών διατάξεων που ίσχυαν κατά την παροχή υπηρεσιών της προς τον καταγγέλλοντα, συνδέονται προφανώς αιτιωδώς με την περιουσιακή ζημία του καταγγέλλοντος (ποσά που εισπράχθηκαν από τον κ. Π... για λογαριασμό του καταγγέλλοντος αλλά δεν αποδόθηκαν στον τελευταίο), διότι χωρίς τις σχετικές ενέργειες της καταγγελλόμενης εταιρίας (παραλείψεις) και του προσθηθέντος της (παράνομες πράξεις), δεν θα είχε υποστεί ο καταγγέλλων κατά λογική αιτιότητα τη σχετική περιουσιακή ζημία.

7. Από τα παραπάνω προκύπτει συρροή γενικής αδικοπρακτικής ευθύνης με την ειδική αδικοπρακτική ευθύνη του άρθρου 8 παρ.1 του Ν.2251/1994 εις βάρος της καταγγελλόμενης εταιρίας. Συνεπώς, η καταγγελλόμενη εταιρία ευθύνεται για παράνομες πράξεις του προσθηθέντα υπαλλήλου της και για παραλείψεις δικές της, βάσει των άρθρων 914, 919, 922 ΑΚ και 8 παρ.1 του Ν.2251/1994 για την περιουσιακή ζημία που προκάλεσε παράνομα και υπαίτια κατά την παροχή των υπηρεσιών της έναντι του καταγγέλλοντα.

Γ. Σύσταση

Ενόψει των ανωτέρω, με σκοπό τη συμβιβαστική επίλυση της υπό κρίση διαφοράς, ο «Συνήγορος του Καταναλωτή»:

Ι. Απευθύνει σύσταση προς τη ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ Α.Ε.Π.Ε.Υ να προβεί σε αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας του Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΟΝΤΟΣ και να επιστρέψει στον καταγγέλλοντα κατ'ελάχιστον τα ποσά που εισπράχθηκαν από τον προσθηθέντα υπάλληλό της κ. Π... για λογαριασμό του καταγγέλλοντος και δεν αποδόθηκαν στον τελευταίο, ως αποζημίωσή του βάσει των άρθρων 914, 919, 922 ΑΚ και 8 παρ.1 του Ν.2251/1994.

ΙΙ. Καλεί την ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ Α.Ε.Π.Ε.Υ και τον Χ ΚΑΤΑΓΓΕΛΛΟΝΤΑ να του γνωστοποιήσουν εγγράφως μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών, εάν αποδέχονται τα διαλαμβανόμενα στην παρούσα έγγραφη σύσταση.

ΙΙΙ. Αποφασίζει ότι σε περίπτωση που η ΣΑΡΡΟΣ ΧΡΗΜΑΤΙΣΤΗΡΙΑΚΗ Α.Ε.Π.Ε.Υ δεν αποδεχθεί τα διαλαμβανόμενα στην παρούσα σύσταση, τότε ο Συνήγορος του Καταναλωτή θα ενεργήσει σύμφωνα με όσα προβλέπονται στην παρ.5 του άρθρου 4 του Ν. 3297/2004 (ΦΕΚ Α' 259/23.12.04).

Ο ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ ΤΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΗ

Ευάγγελος Ζερβέας