

Απόφαση **10 / 2013** (ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ, ΠΟΛΙΤΙΚΕΣ)

Αριθμός 10/2013

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΟΥ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ

ΣΕ ΤΑΚΤΙΚΗ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συγκροτήθηκε από τους Δικαστές της Β' Σύνθεσης: Ρένα Ασημακοπούλου, Πρόεδρο Αρείου Πάγου, Θεοδώρα Γκοϊνή, Χαράλαμπο Δημάδη, Γεώργιο Γιαννούλη, Αντιπροέδρους, Βασίλειο Φούκα, ΒιολέτταΚυττέα, Αντώνιο Αθηναίο, Δημήτριο Μαζαράκη, Παναγιώτη Ρουμπή, Ανδρέα Δουλγεράκη, Κωνσταντίνο Φράγκο, Γεώργιο Αδαμόπουλο, Κωνσταντίνο Τσόλα, Δημήτριο Κράνη, Ανδρέα Ξένο, Δημήτριο Κόμη, Αντώνιο Ζευγώλη, Ερωτόκριτο Καλούδη, Ασπασία Καρέλλου, Αργύριο Σταυράκη - Εισηγητή, Ειρήνη Κιουρκτσόγλου-Πετρουλάκη, Δήμητρα Λεοντάρη-Μπουρνάκα, Ιωάννη Χαμηλοθώρη, Χρυσούλα Παρασκευά, Μιχαήλ Αυγουλέα, Βασίλειο Καπελούζο, Χαραλαμπία Σίμου, Παναγιώτη Χατζηπαναγιώτη και Πάνο Πετρόπουλο, Αρεοπαγίτες (κωλυομένων των λοιπών Δικαστών της σύνθεσης).

Συνήλθε σε δημόσια συνεδρίαση στο κατάστημά του στις 17 Ιανουαρίου 2013, με την παρουσία του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου Ιωάννη-Σπυρίδωνα Τέντε και της Γραμματέως Χριστίνας Σταυροπούλου για να δικάσει την υπόθεση μεταξύ:

Της καλούσας - αναιρεσείουσας: Κοινοπραξίας "ΑΚΤΩΡ Α.Τ.Ε. - SIEMENS A.G. - H.F WIEBE GmbH&Co KG", νόμιμα εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στο ..., αναδόχου του έργου: "Κατασκευή Επιδομής, Σηματοδότησης, Τηλεδιοίκησης και Τηλεπικοινωνιών για τη γραμμή Σ.Κ.Α - Κιάτου, έργα ασφαλείας για τη γραμμή Ελευσίνα - Κιάτο και η/μ εργασιών σηράγγων (Α.Δ 279)", και των απαρτιζόντων αυτήν μελών, ήτοι της εταιρίας "ΑΚΤΩΡ Α.Τ.Ε", νόμιμα εκπροσωπούμενης που εδρεύει στη ..., της εταιρίας "SIEMENS A.G", νόμιμα εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στο ..., της εταιρίας "WIEBE GmbH&CoKG", νόμιμα εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στο ..., η οποία εκπροσωπήθηκε από την πληρεξούσια δικηγόρο της Στυλιανή Αδάμ.

Της καθ' ής η κλήση - αναιρεσίβλητης: Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία "ΕΡΓΑ Ο.Σ.Ε Α.Ε", νόμιμα εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στην Αθήνα και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία εκπροσωπήθηκε από τους πληρεξούσιους δικηγόρους της Χαρίκλεια Τζέλλη και Κωνσταντίνο Χριστοδούλου.

Η ένδικη διαφορά άρχισε με την από 12 Φεβρουαρίου 2007 προσφυγή της ήδη αναιρεσείουσας, που κατατέθηκε στο Εφετείο Αθηνών. Εκδόθηκε η 5505/2008 απόφαση του ίδιου Δικαστηρίου, την αναίρεση της οποίας ζητεί η αναιρεσείουσα με την από 4 Μαΐου 2009 αίτησή της, επί της οποίας εκδόθηκε η 1258/2011 απόφαση του Α2' Πολιτικού Τμήματος του Αρείου Πάγου, που παρέπεμψε στην Τακτική Ολομέλεια του Αρείου Πάγου τους δεύτερο και τρίτο λόγους της από 4.5.2009 αιτήσεως της κοινοπραξίας "ΑΚΤΩΡ ΑΤΕ - SIEMENS A.G - H.F WIEBE GmbH&CoKG" για αναίρεση της 5505/2008 αποφάσεως του Πενταμελούς Εφετείου Αθηνών. Μετά την πιο πάνω απόφαση και την από 22 Μαΐου 2012 κλήση της καλούσας, η προκείμενη υπόθεση φέρεται στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου τούτου.

Κατά τη συζήτηση της υπόθεσης αυτής, που εκφωνήθηκε από το πινάκιο, οι διάδικοι παραστάθηκαν όπως σημειώνεται πιο πάνω. Οι πληρεξούσιοί τους ανέπτυξαν και προφορικά τους σχετικούς ισχυρισμούς τους, που αναφέρονται και στις προτάσεις τους, και ζήτησαν, η μεν της αναιρεσείουσας την παραδοχή της αιτήσεως αναίρεσεως, οι δε της αναιρεσιβλήτου την απόρριψή της, καθένας δε την καταδίκη του αντιδίκου του στη δικαστική δαπάνη.

Ο Εισαγγελέας πρότεινε οι παραπεμπόμενοι στην Ολομέλεια δεύτερος και τρίτος λόγοι της κρινόμενης αιτήσεως αναίρεσεως να κριθούν αβάσιμοι.

Κατόπιν αυτών η Πρόεδρος έδωσε εκ νέου το λόγο στους πιο πάνω πληρεξουσίου των διαδίκων, οι οποίοι αναφέρθηκαν σε όσα προηγουμένως είχαν αναπτύξει.

Κατά την 30 Μαΐου 2013, ημέρα που συγκροτήθηκε το παρόν δικαστήριο προκειμένου να διασκεφθεί την ανωτέρω υπόθεση, ήταν απόντες οι Αρεοπαγίτες Βασίλειος Φούκας, Κωνσταντίνος Φράγκος, Γεώργιος Αδαμόπουλος και Κωνσταντίνος Τσόλας, οι οποίοι δήλωσαν κώλυμα αρμοδίας, παρισταμένων πλέον των δεκαπέντε (15) μελών εκ των συμμετασχόντων στη συζήτηση της υπόθεσης, κατ' άρθρο 23 παρ. 2 του ν.1756/1988, όπως ισχύει μετά την τροποποίηση με το άρθρο 44 του ν.3659/2008.

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΝΟΜΟ

Ι. Με την υπ' αριθμ. 1258/2011 απόφαση του Α2 Πολιτικού Τμήματος του Αρείου Πάγου παραπέμφθηκαν στην Τακτική Ολομέλεια κατά τα άρθρα 563 παρ.2β' του ΚΠολΔ και 23 παρ.2 του ν.1756/1988/Κώδικας Οργανισμού Δικαστηρίων κ.λπ., όπως ισχύει, ως ζητήματα γενικότερου ενδιαφέροντος, οι δεύτερος και τρίτος, από το άρθρο 559 αρ.1 και 19 (και οι δύο) του ΚΠολΔ, λόγοι της από 4-5-2009 αιτήσεως της κοινοπραξίας "ΑΚΤΩΡ Α.Τ.Ε.-SIEMENS A.G.-H.F. WIEBE GmbH&Co KG" για αναίρεση της υπ' αριθμ. 5505/2008 αποφάσεως του Πενταμελούς

Εφετείου Αθηνών. Ήδη με την από 22-5-2012 κλήση της αναιρεσεύουσας κοινοπραξίας φέρονται νόμιμα προς συζήτηση ενώπιον της παρούσης Τακτικής Ολομέλειας οι ως άνω παραπεμφθέντες λόγοι αναιρέσεως.

II. Η αναιρεσεύουσα Κοινοπραξία, ανάδοχος του δημόσιου έργου "Κατασκευή Επιδομής, Σηματοδότησης, Τηλεδιοίκησης και Τηλεπικοινωνιών για τη γραμμή Σ.Κ.Α.- Κιάτου, έργα ασφαλείας για τη γραμμή Ελευσίνα-Κιάτο και η/μ εργασιών σηράγγων (Α.Δ. 279)", με την από 12-2-2007 προσφυγή της ενώπιον του Πενταμελούς Εφετείου Αθηνών, ζήτησε, μεταξύ των άλλων, να αναγνωρισθεί ότι η αναιρεσίβλητη ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία "ΕΡΓΑ Ο.Σ.Ε. Α.Ε."- καθ'ης η προσφυγή, κυρία του έργου (εργοδότης), υποχρεούται να της καταβάλει το ποσό των 483.758,40 ευρώ ως τόκους υπερημερίας λόγω καθυστέρησης πληρωμής της αντίστοιχης αμοιβής της για το αναφερόμενο εκτελεσθέν έργο (πέντε λογαριασμοί από τους υποβληθέντες έξι) , υπολογισμένους (τους τόκους) βάσει της οδηγίας 2000/35/ΕΚ, που ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το π.δ. 166/2003, και του άρθρου 423 του Α.Κ., επικουρικά δε ότι η καθ'ης οφείλει τόκους υπερημερίας σύμφωνα με το ισχύον για τους ιδιώτες ποσοστό τόκων υπερημερίας, άλλως σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ.10 του ν.1418/1984. Το Πενταμελές Εφετείο έκανε εν μέρει δεκτή την προσφυγή και αναγνώρισε ότι η αναιρεσίβλητη οφείλει στην αναιρεσεύουσα τόκους υπερημερίας για τους υποβληθέντες τρίτον, τέταρτο και έκτο λογαριασμούς, που εξοφλήθηκαν εκπροθέσμως, ποσού, αντίστοιχα (των λογαριασμών), 818.935,29 (ανεξόφλητο υπόλοιπο), 8.432.046,21 και 9.644.902,25 ευρώ, ίσους (τους τόκους υπερημερίας) με το 85% του τόκου των εξαμηνιαίων εντόκων γραμματίων του Δημοσίου κατά τον χρόνο της υπερημερίας, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ.10 του ν.1418/1984 που ορίζει στο ποσοστό αυτό τους τόκους υπερημερίας για την καθυστέρηση πληρωμής του εργολαβικού ανταλλάγματος στα δημόσια έργα, και αφού δέχθηκε (το Εφετείο), κατά το ενδιαφέρον εδώ μέρος της αναιρεσιβαλλομένης, ότι α) ως προς το ποσοστό του τόκου υπερημερίας τον οποίο ζητούσε η αναιρεσεύουσα με την προσφυγή της δεν έχει εφαρμογή η Οδηγία 2000/35/ΕΚ, που ενσωματώθηκε στην Ελληνική έννομη τάξη με το π.δ. 166/2003 και την οποία, ως ευνοϊκότερη, είχε επικαλεστεί η αναιρεσεύουσα, για τον λόγο ότι η επίδικη εργολαβία συνήφθη μεν μετά την πάροδο της προθεσμίας προσαρμογής της ελληνικής νομοθεσίας στην ανωτέρω οδηγία, πριν όμως από την έναρξη της ισχύος του ως άνω προεδρικού διατάγματος, και ότι β) το επικουρικό αίτημα της αναιρεσεύουσας-προσφεύγουσας να υπολογισθεί ο τόκος υπερημερίας σύμφωνα με το ισχύον για τους ιδιώτες ποσοστό είναι απορριπτό ως μη νόμιμο, αφού

προσक्रούει στην προρρηφθείσα ειδική διάταξη του άρθρου 5 παρ.10 του ν.1418/1984, με την οποία ρυθμίζεται ο τόκος υπερημερίας σε χαμηλότερα ποσοστά και η οποία, θεσπισθείσα για λόγους δημοσίου συμφέροντος, δεν αντιβαίνει στις διατάξεις του Συντάγματος, της ΕΣΔΑ και του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ίδιας Συμβάσεως, όπως είχε υποστηρίξει η προσφεύγουσα. Τις παραδοχές αυτές της αναιρεσιβαλλομένης προσβάλλει η αναιρεσείουσα με τους παραπεμφθέντες στην Ολομέλεια ως άνω λόγους αναιρέσεως.

III. Από τις διατάξεις του άρθρου 189 παρ.3 και ήδη 249 παρ.1 και 3 της Ενοποιημένης Απόδοσης της Συνθήκης της ΕΟΚ προκύπτει ότι οι οδηγίες αποτελούν παράγωγο κοινοτικό δίκαιο και δεσμεύουν κάθε κράτος-μέλος της Κοινότητας, στο οποίο απευθύνονται, καθόσον αφορούν το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα (αρχή της αποτελεσματικότητας), αλλά αφήνουν την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών. Γι'αυτό, απευθύνονται κατ' ανάγκην όχι απ'ευθείας προς τους ιδιώτες, θεσπίζοντας δικαιώματα και υποχρεώσεις τους, αλλά μόνο προς τα κράτη-μέλη, αφού μόνον αυτά έχουν την δυνατότητα να λάβουν τα μέτρα με τα οποία θα καταστεί δυνατή η επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος. Αν η οδηγία περιέχει κανόνες σαφείς και ορισμένους, δεκτικούς απευθείας εφαρμογής (δηλ. χωρίς αιρέσεις ή περιθώρια επιλογής), η παράλειψη του εθνικού νομοθέτη να την εκτελέσει εμπρόθεσμα συνεπάγεται την άμεση ισχύ της στην εσωτερική έννομη τάξη του κράτους μέλους που είναι ο παραλήπτης της οδηγίας. Η ισχύς της, όμως, εκτείνεται μόνο κατά του κράτους μέλους που παρέλειψε να την καταστήσει εθνικό δίκαιο και των αντίστοιχων κρατικών φορέων. Δεν εκτείνεται και στις σχέσεις μεταξύ των ιδιωτών, είναι δηλ. κάθετη και όχι οριζόντια. Η οριζόντια ισχύς της ολοκληρώνεται μόνο με την έκδοση πράξης του εθνικού νομοθέτη που μετατρέπει την οδηγία σε κανόνα του εσωτερικού δικαίου (ΟλομΑΠ 31/2009, 19/2007). Κατά πάσαν περίπτωση όμως και κατ'εφαρμογήν του εθνικού δικαίου, είτε πρόκειται για προγενέστερες ή μεταγενέστερες της οδηγίας διατάξεις, οι εθνικές αρχές, συμπεριλαμβανομένων των δικαστηρίων, των κρατών μελών κατά την ερμηνεία του εθνικού δικαίου, στα πλαίσια της συνεργασίας των κρατών μελών με την ΕΕ και της διασφάλισης του πεδίου εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου κατά τα άρθρα 10, 249 παρ. 3 της ΣυνθΕΟΚ και 28 του Συντάγματος, έχουν την υποχρέωση να εξασφαλίζουν την πλήρη αποτελεσματικότητα του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένων και των οδηγιών, έστω και αν αυτές δεν έχουν ακόμη μεταφερθεί στο εσωτερικό δίκαιο, εφόσον είναι αρκούντως ακριβείς και ανεπιφύλακτες ή στα σημεία που είναι ακριβείς και ανεπιφύλακτες

(ΟλομΑΠ31/2009, 18/2006, απόφαση ΔΕΚ της 24-5-2012 C-97/11, σκέψεις 28, 29, 33, υπόθεση ΔΕΚ της 5-10-2004 C-397/01 έως C-403/01). Ως προς την προαναφερθείσα, ειδικότερα, άμεση ισχύ της Οδηγίας έναντι του Κράτους μέλους, στον όρο "Κράτος" υπάγεται και το κράτος ως εργοδότης (απόφαση ΔΕΚ της 26-10-1986, Marshall, 152/84, Συλλ.1986.749), καθώς και οι οργανισμοί στους οποίους, ασχέτως της νομικής τους μορφής, έχει ανατεθεί με πράξη της δημόσιας αρχής η παροχή υπηρεσιών δημόσιου συμφέροντος, υπό την εποπτεία της αρχής αυτής (απόφαση ΔΕΚ της 12-7-1990, Foster κ.α., C-188/89, Συλλ 1990. I-3313, σκέψη 20), δεν μπορεί δε το κράτος μέλος που δεν εξέδωσε εγκαίρως τα μέτρα μεταφοράς της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο να αντιτάσσει κατά του φυσικού ή νομικού προσώπου την παράλειψη συμμορφώσεώς του στην οδηγία (ΔΕΚ, υπόθεση 8/81, Becker, Συλλ 1982.53 σκέψεις 21-24), και η επίκληση από το φυσικό ή νομικό πρόσωπο της οδηγίας έχει ως συνέπεια την μη εφαρμογή κανόνα εθνικού δικαίου που είναι αντίθετος προς τις διατάξεις της οδηγίας (ΔΕΚ 20-4-1999, Skandia, C-241/97, Συλλ 1999.1-1879, σκέψη 57).

IV. Κατά την έννοια του άρθρου 559 αρ.1 του ΚΠολΔ υπάρχει παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου που δημιουργεί τον αντίστοιχο λόγο αναιρέσεως όταν το δικαστήριο της ουσίας δεν εφαρμόζει κανόνα δικαίου του οποίου, ενόψει των πραγματικών παραδοχών του δικαστηρίου, συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής, ή εφαρμόζει τέτοιο κανόνα, του οποίου, ενόψει των ίδιων παραδοχών, δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής, καθώς και όταν εφαρμόζει εσφαλμένα τον κανόνα δικαίου (ΟλομΑΠ 31/2009). Εξάλλου, με το π.δ. 166/2003 προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία στην Οδηγία 2000/35/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 29-6-2000 για την καταπολέμηση των καθυστερήσεων πληρωμών στις εμπορικές συναλλαγές (άρθρ. 1 π.δ.166/2003). Κατά το άρθρο 2 του διατάγματος αυτού οι διατάξεις του εφαρμόζονται στις πληρωμές που έχουν χαρακτήρα αμοιβής από εμπορική συναλλαγή, κατά δε το άρθρο 3 αρ.1 του ίδιου διατάγματος "εμπορική συναλλαγή" είναι κάθε συναλλαγή μεταξύ επιχειρήσεων ή μεταξύ επιχειρήσεων και δημοσίων αρχών, η οποία συνεπάγεται την παράδοση αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών έναντι αμοιβής (άρθρ. 2 αρ.1 οδηγίας 2000/35). Το ίδιο άρθρο 3 αρ.1α' του π.δ. 166/2003 διαλαμβάνει ότι "δημόσια αρχή" είναι κάθε αναθέτουσα αρχή, όπως ορίζεται στα αναφερόμενα προεδρικά διατάγματα για τις δημόσιες συμβάσεις, μεταξύ των οποίων και εκείνες των δημοσίων έργων (π.δ. 334/2000, ΦΕΚ Α' 279). Από την τελευταία αυτή διάταξη, σε συνδυασμό με την 19η αιτ. σκέψη της οδηγίας 2000/35/ΕΚ, όπου ορίζεται ότι "Η παρούσα οδηγία θα πρέπει να απαγορεύει την

κατάχρηση της ελευθερίας των συμβάσεων εις βάρος του δανειστή (...). Όταν ο κύριος ανάδοχος επιβάλλει στους προμηθευτές και τους υπεργολάβους του όρους πληρωμής οι οποίοι δεν δικαιολογούνται από τους όρους που ισχύουν γι' αυτόν, αυτοί μπορούν να θεωρηθούν ως παράγοντες που συνιστούν μια τέτοια κατάχρηση (...), αλλά και την 22η αιτ. σκέψη της οδηγίας, όπου ορίζεται ότι "Η παρούσα οδηγία θα πρέπει να διέπει όλες τις εμπορικές συναλλαγές, μεταξύ των κυρίων αναδόχων και των προμηθευτών και υπεργολάβων τους, ανεξαρτήτως του εάν αυτές διενεργούνται μεταξύ ιδιωτικών ή δημοσίων επιχειρήσεων ή μεταξύ επιχειρήσεων και δημοσίων αρχών (...). Κατά συνέπεια θα πρέπει επίσης να διέπει όλες τις εμπορικές συναλλαγές μεταξύ των κυρίων αναδόχων και των προμηθευτών και υπεργολάβων τους", προκύπτει ότι στην προαναφερθείσα έννοια της "εμπορικής συναλλαγής", των άρθρων 3 του π.δ. 166/2003 και 2 της οδηγίας 2000/35 εμπίπτει και η εκτέλεση δημοσίων έργων. Τούτο άλλωστε ρητώς ορίζεται ήδη στην 11η αιτ. σκέψη της οδηγίας 2011/ΕΕ της 16-2-2011 (αναδιατύπωση διατάξεων οδηγίας 2000/35), κατά την οποία "στην παράδοση αγαθών και στην παροχή υπηρεσιών έναντι αμοιβής που εμπίπτουν στην παρούσα οδηγία θα πρέπει επίσης να συμπεριληφθούν η σχεδίαση και η εκτέλεση δημοσίων έργων και κτιρίων και τα έργα πολιτικών μηχανικών". Περαιτέρω, όπως ορίζεται στο άρθρο 9 του π.δ. 166/2003, η ισχύς του διατάγματος αυτού αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, επομένως από την 5-6-2003 (ΦΕΚ Α 138/5-6-2003), εξαιρούνται δε του διατάγματος οι συμβάσεις που έχουν συναφθεί πριν από την ημερομηνία της ισχύος του. Σύμφωνα δε (όμως) με το άρθρο 6 παρ.1 και 3 της Οδηγίας 2000/35 τα κράτη μέλη θέτουν σε ισχύ τις αναγκαίες νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις για να συμμορφωθούν με την παρούσα οδηγία πριν από τις 8 Αυγούστου 2002, κατά δε τη μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο τα κράτη μέλη μπορούν να εξαιρούν μεταξύ των άλλων και τις συμβάσεις που έχουν συναφθεί πριν από τις 8 Αυγούστου 2002. Από τα αμέσως ανωτέρω προκύπτει ότι η ειρημένη Οδηγία 2000/35/ΕΚ ενσωματώθηκε στο Ελληνικό δίκαιο την 5-6-2003 (έναρξη ισχύος π.δ. 166/2003), ήτοι μετά την παρέλευση της προθεσμίας προσαρμογής (μέχρι 8-8-2002) που όριζε η οδηγία, εξαιρέθηκαν δε της εφαρμογής του π.δ. 166/2003 οι συμβάσεις που είχαν συναφθεί προ της ισχύος του π.δ. 166/2003, ενώ κατά την Οδηγία μπορούσαν να εξαιρεθούν οι συμβάσεις που είχαν συναφθεί μέχρι την 8-8-2002, κατά τα προεκτεθέντα. Στο άρθρο 4 του π.δ. 166/2003 για τον τόκο σε περίπτωση καθυστέρησης πληρωμής (αρθρ.3 παρ.1γ-δ' Οδηγίας 2000/35) ορίζεται μεταξύ των άλλων ότι ο δανειστής δικαιούται τόκους εφόσον α) έχει εκπληρώσει τις συμβατικές και νόμιμες

υποχρεώσεις του και β) δεν έχει εισπράξει εγκαίρως το οφειλόμενο ποσό, εκτός εάν δεν υπάρχει ευθύνη του οφειλέτη για την καθυστέρηση (παρ.3), και ότι το ύψος του τόκου υπερημερίας που είναι υποχρεωμένος να καταβάλει ο οφειλέτης υπολογίζεται με βάση το επιτόκιο που εφαρμόζει η Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα στην πιο πρόσφατη κυρία πράξη αναχρηματοδότησης, η οποία πραγματοποιείται πριν από την πρώτη ημερολογιακή ημέρα του οικείου εξαμήνου ("επιτόκιο αναφοράς"), προσαυξημένο κατά επτά εκατοστιαίες μονάδες ("περιθώριο"), εφόσον δεν ορίζεται διαφορετικά στη σύμβαση, το δε επιτόκιο αναφοράς που ισχύει στην πρώτη ημερολογιακή ημέρα του οικείου εξαμήνου εφαρμόζεται και για τους επόμενους έξι μήνες (παρ.4). Η τελευταία αυτή διάταξη του άρθρου 3 παρ.1γ-δ' της Οδηγίας 2000/35/ΕΚ ως προς το δικαίωμα του δανειστή στους τόκους υπερημερίας και ιδίως ως προς το ύψος του σχετικού επιτοκίου, όπως από αυτήν προκύπτει, περιέχει κανόνες σαφείς και ορισμένους, χωρίς αιρέσεις ή περιθώρια επιλογής, και επομένως δεκτικούς απευθείας εφαρμογής έναντι των κρατών μελών (ήδη *ad hoc* υπόθεση ΔΕΚ της 24-5-2012 C-97/11, σκέψεις 36, 37, 38) και εν προκειμένω του Ελληνικού κράτους, το οποίο δεν μπορεί να αντιτάξει στο φυσικό ή νομικό πρόσωπο την παράλειψή του να συμμορφωθεί εγκαίρως, εντός δηλαδή της προθεσμίας προσαρμογής, προς την οδηγία. Επομένως η ένδικη σύμβαση, που συνήφθη την 21-5-2003, ήτοι μετά την κατά τα ανωτέρω πάροδο της προθεσμίας ενσωμάτωσης της οδηγίας 2000/35 στην ελληνική έννομη τάξη (8-8-2002) αλλά πριν από την ενσωμάτωσή της στο Ελληνικό δίκαιο (5-6-2003, έναρξη ισχύος π.δ. 166/2003), μεταξύ δε της αναιρεσίβλητης, ως δημόσιου φορέα, και της αναιρεσείουσας κοινοπραξίας, δηλαδή όχι μεταξύ ιδιωτών, διέπεται ως προς το κρίσιμο εν προκειμένω ζήτημα του ποσοστού τόκου υπερημερίας από τις ανωτέρω διατάξεις της Οδηγίας 2000/35/ΕΚ, στις οποίες υπάγεται και των οποίων (διατάξεων) συνέτρεχαν, υπό τις πραγματικές παραδοχές του Εφετείου, οι προϋποθέσεις εφαρμογής, κατ' αποκλεισμόν των διατάξεων του άρθρου 5 παρ.10 του ν.1418/1984. Επομένως το Εφετείο, που δεν εφήρμοσε τις ειρημένες διατάξεις του άρθρου 3 παρ.1γ-δ' της Οδηγίας 2000/35/ΕΚ (άρθρ. 4 παρ.4 π.δ. 166/2003), αλλά την μη εφαρμοστέα εν προκειμένω διάταξη του άρθρου 5 παρ.10 του ν. 1418/1984, παραβίασε τις ουσιαστικού δικαίου αυτές διατάξεις, όπως βάσιμα υποστηρίζει η αναιρεσείουσα με τον πρώτο από τους παραπεμφθέντες, δεύτερον δε του αναιρετηρίου, από το άρθρο 559 αρ.1 (όχι και 19), λόγω αναιρέσεως.

IV.- Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω και κατά παραδοχήν του ως άνω δευτέρου, από τον αρ.1 του άρθρου 559 του ΚΠολΔ, λόγου του αναιρετηρίου πρέπει να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, να παραπεμφθεί η υπόθεση προς περαιτέρω

εκδίκαση στο ίδιο δικαστήριο, συγκροτούμενο από άλλους δικαστές (άρθρ.580 παρ.3 του ΚΠολΔ), να συμψηφισθούν δε τα δικαστικά έξοδα των διαδίκων, επειδή η ερμηνεία των κανόνων δικαίου που εφαρμόστηκαν ήταν ιδιαίτερα δυσχερής (άρθρ.179, 183 του ΚΠολΔ).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναιρεί την υπ' αριθμ. 5505/2008 απόφαση του Πενταμελούς Εφετείου Αθηνών.

Παραπέμπει την υπόθεση προς περαιτέρω εκδίκαση στο ίδιο δικαστήριο, συγκροτούμενο από άλλους δικαστές.

Συμψηφίζει τα δικαστικά έξοδα των διαδίκων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 30 Μαΐου 2013 . Και

Δημοσιεύθηκε στην Αθήνα, σε έκτακτη δημόσια στο ακροατήριό του συνεδρίαση στις 13 Ιουνίου 2013.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ