



ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ  
ΕΥΡΩΣΥΣΤΗΜΑ

ΑΝΑΜΝΗΣΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ

ΛΕΩΝΙΔΑ  
ΓΕΩΡΓΑΚΟΠΟΥΛΟΥ

II

ΚΕΝΤΡΟ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ  
ΕΡΕΥΝΑΣ ΚΑΙ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ





ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ  
ΕΥΡΩΣΥΣΤΗΜΑ

ΑΝΑΜΝΗΣΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ

ΛΕΩΝΙΔΑ  
ΓΕΩΡΓΑΚΟΠΟΥΛΟΥ

II

ΚΕΝΤΡΟ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ  
ΕΡΕΥΝΑΣ ΚΑΙ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ





**ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ**  
**ΕΥΡΩΣΥΣΤΗΜΑ**

ΑΝΑΜΝΗΣΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ

**ΛΕΩΝΙΔΑ**

**ΓΕΩΡΓΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**

ΓΙΑ ΤΑ 85 ΧΡΟΝΙΑ ΑΠΟ ΤΗ ΓΕΝΝΗΣΗ ΤΟΥ

**II**

**ΣΥΝΤΑΚΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ**

**Καθ. Δημήτριος Τζουγανάτος**  
Μέλος του Νομικού Συμβουλίου της Τράπεζας Ελλάδος

**Βασίλειος Κωτσοβίλης**  
Διευθυντής Νομικών Υπηρεσιών

**Θεόδωρος Κοντοβαζαϊνίτης**  
Αναπληρωτής Διευθυντής Νομικών Υπηρεσιών

**Επικ. Καθ. Ελευθέριος Βόγκλης**  
Προϊστάμενος Τμήματος Θεμάτων Εποπτείας Πιστωτικού Συστήματος  
της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών

**ΚΕΝΤΡΟ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ**  
**ΕΡΕΥΝΑΣ ΚΑΙ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ**

**ΑΘΗΝΑ 2016**

*Οι μελέτες απηχούν αποκλειστικά τις απόψεις των συγγραφέων  
και δεν δεσμεύουν την Τράπεζα της Ελλάδος.  
Τυχόν λάθη ή παραλείψεις βαρύνουν τους ίδιους.*

Αναμνηστικός Τόμος για τον Λεωνίδα Γεωργακόπουλο  
Commemorative Volume for Leonidas Georgakopoulos  
Gedächtnisschrift für Leonidas Georgakopoulos  
Volume Mémorial pour Leonidas Georgakopoulos

Συντονισμός έκδοσης:  
Κέντρο Πολιτισμού, Έρευνας και Τεκμηρίωσης

Ηλεκτρονική σελιδοποίηση, εκτύπωση και βιβλιοδεσία:  
Ίδρυμα Εκτύπωσης Τραπεζογραμματίων και Αξιών της Τράπεζας της Ελλάδος,  
Τμήμα Εκτύπωσης Ειδικών Προϊόντων

Τυπώθηκε τον Σεπτέμβριο του 2016

#### **ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ**

Κέντρο Πολιτισμού, Έρευνας και Τεκμηρίωσης  
Ελ. Βενιζέλου 21, 102 50 Αθήνα  
Τηλ. 210 320 3562

ISBN: 978-960-7032-72-0  
978-960-7032-73-7 (set)  
978-960-7032-75-1 (online)  
978-960-7032-76-8 (online set)

© 2016 - ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ

## Τόμος Ι

## Περιεχόμενα

ΑΘΑΝΑΣΙΟΥ Λ. ΦΟΙΒΟΣ, Περί της νομικής και οικονομικής μεταχείρισης των τραπεζικών καταθέσεων ως επενδύσεων .....	1
BASEDOW JÜRGEN, <i>Bail-in</i> und internationales Vertragsrecht – Kollisionsrechtliche Notizen zur Europäischen Bankenunion.....	21
BINDER JENS-HINRICH, The position of creditors under the BRRD .....	37
ΒΟΓΚΛΗΣ Γ. ΕΛΕΥΘΕΡΙΟΣ, Η απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς στο παράδειγμα του εμπορικού δικαίου και ειδικά των τραπεζικών συμβάσεων .....	63
ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Σ. ΑΠΟΣΤΟΛΟΣ, Η υποχρέωση πίστης της τράπεζας κατά την πιστοδότηση επιχειρήσεων που βρίσκονται σε κρίση.....	91
ΔΕΛΟΥΚΑ-ΙΓΓΛΕΣΗ ΚΟΡΝΗΛΙΑ/ΑΡΓΥΡΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ, Η μεταφορά της έδρας των εταιριών και η 14η εταιρική Οδηγία .....	117
DIMITRIΟΥ Ε. CHRISTOFOROS, Discharging monetary obligations by bank transfer .....	141
ΔΟΚΑ Γ. ΜΑΡΙΑ, Οι περιορισμοί του ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου στην ανώνυμη εταιρία .....	167
FRAGOS NIKOLAOS, Das neue griechische Einlagensicherungsrecht in Folge der Umsetzung der Richtlinie 2014/49/EG über Einlagensicherungssysteme.....	195
GEORGAKOPOULOS NICHOLAS/SULLIVAN FRANK JR./ GEORGAKOPOULOS DIMITRI, An Index of Fluidity of Judicial Coalitions .....	215
GIOTAKI JENNY (ZOE), “Shadowbanks” within banking groups: legal, accounting and prudential perspectives.....	231
GORTSOS V. CHRISTOS, The Evolution of European Banking Law: from the principle of national treatment to the European Banking Union ...	259
HOPT J. KLAUS/ROTH MARKUS, Die Treuepflicht des Vorstands der Aktiengesellschaft .....	293
ΚΑΡΑΚΩΣΤΑΣ ΙΩΑΝΝΗΣ, Νομική θεμελίωση της προστασίας του περιβάλλοντος στο ιδιωτικό δίκαιο .....	311
ΚΑΡΑΜΑΝΑΚΟΥ ΕΛΕΝΗ, Η ευθύνη του αντιπροσώπου του μετόχου κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου .....	323
ΚΑΡΑΤΖΕΝΗΣ Δ. ΦΩΤΙΟΣ, Ενημέρωση σε περίπτωση απόκτησης ή διάθεσης σημαντικών συμμετοχών από μητρικές και ελεγχόμενες επιχειρήσεις (άρθρα 9 επόμ. Ν. 3556/2007) .....	347
KININH I. ΕΦΗ, Οι <i>break-up-fee</i> συμφωνίες στις εξαγορές επιχειρήσεων.....	377

ΚΛΑΜΑΡΗΣ Κ. ΝΙΚΟΛΑΟΣ, Είναι ο «Ειδικός Εκπρόσωπος» από πλευράς νομικής του φύσεως μη δικαιούχος ή μη υπόχρεος διάδικος; Σκέψεις επί ενός δικονομικού κύκλου προβλημάτων υπό την αλληλοσυγκριτική οπτική γωνία του ελληνικού και του γερμανικού δικαίου .....	395
ΚΟΤΣΙΡΗΣ Ε. ΛΑΜΠΡΟΣ, Απαιτήσεις από χρηματοδοτική μίσθωση και η μεταχείρισή τους στις πλειοψηφίες επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης.....	417
ΛΑΔΑΣ Ν. ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ, Στεγαστικά δάνεια σε ελβετικό φράγκο· μια πρακτική προσέγγιση .....	427
ΛΕΚΚΑΣ Κ. ΓΕΩΡΓΙΟΣ, Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί χρηματοπιστωτικών μέσων και επί πιστωτικών απαιτήσεων και καλή πίστη .....	451
ΛΕΛΕΝΤΖΗ Χ. ΑΘΑΝΑΣΙΑ, Η διαφάνεια των τραπεζικών συναλλαγών: σύστημα προστασίας και αρμοδιότητες.....	469
ΛΙΒΑΔΑ Κ. ΧΡΙΣΤΙΝΑ, Η επίδραση των νόμων 3723/2008 και 3864/2010 στην εταιρική διακυβέρνηση των ελληνικών πιστωτικών ιδρυμάτων τα οποία έλαβαν κρατική ενίσχυση .....	499
ΜΑΡΚΟΥΛΑΚΗΣ Γ. ΜΙΧΑΗΛ, Σκέψεις περί της ικανότητας διαδίκου των ειδικών λογαριασμών .....	521
ΜΕΡΣΙΝΗΣ ΘΕΜΙΣΤΟΚΛΗΣ, Διορθωτική της συμβάσεως λειτουργία της ΑΚ 288 – Η περίπτωση της ομαδικής ασφαλίσεως προσωπικού.....	543
METALLINOS ALEXANDER, Applicable law on companies and other legal entities – The current state of play in Greek private international law .....	551
ΜΙΚΡΟΥΛΕΑ ΑΛΕΞΑΝΔΡΑ/ΒΕΡΒΕΣΟΣ ΝΙΚΟΛΑΟΣ, Ζητήματα αρμοδιότητας και σύγκρουσης συμφερόντων κατά την αναδιάρθρωση ομίλων επιχειρήσεων .....	573
ΜΙΧΑΛΟΠΟΥΛΟΣ Ν. ΓΕΩΡΓΙΟΣ, Η προστασία του αποκτώντος τρίτου μετά την έναρξη διασυννοιακής διαδικασίας αφερεγγυότητας σύμφωνα με τον Κανονισμό 1346/2000 .....	589



## Τόμος II

## Περιεχόμενα

ΜΠΟΤΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΣΤΑΣ, Η χρήση προνομιακής πληροφορίας ως ειδικής μορφής σύγκρουση συμφερόντων .....	609
MUSCAT BERNADETTE, The Regulation of Close-out Netting at a Turning Point? .....	621
ΟΡΦΑΝΙΔΗΣ ΤΣ. ΓΕΩΡΓΙΟΣ, Διαιτησία και πτώχευση.....	643
ΠΑΠΑΓΙΑΝΝΗ ΣΠ. ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ, <b>Όψεις τραπεζικών εργασιών στο Βυζάντιο: τό κεφάλαιο του Έπαρχικού Βιβλίου</b> .....	671
ΠΑΠΑΘΑΝΑΣΟΠΟΥΛΟΥ Γ. ΣΟΦΙΑ, Σύνοψη αναφορά στην Οδηγία Φ II και στην ενσωμάτωσή της στο εθνικό δίκαιο με τον ν. 4364/2016 .....	677
ΠΑΠΑΝΙΚΟΛΑΟΥ Π. ΚΥΡΙΑΚΟΣ, Η Τράπεζα της Ελλάδος ως διοικητική αρχή εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων .....	705
ΠΕΛΛΕΝΗ-ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ ΑΝΘΗ, Ζητήματα κοινού τραπεζικού λογαριασμού (Γνωμοδότηση) .....	715
ΠΕΡΑΚΗΣ ΕΥΑΓΓΕΛΟΣ, Η έννοια των αποθεματικών του άρθρου 3 § 4 στ. α΄ κ.ν. 2190/1920.....	727
ΡΟΚΑΣ Ν. ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ, Οι πρόσφατες τροποποιήσεις στη διαδικασία εξυγίανσης με το Ν. 4336/2015 και η συνάρμοσή τους με τη Σύσταση της Επιτροπής για μια νέα προσέγγιση στην αφερεγγυότητα .....	739
ΡΟΚΑΣ Κ. ΝΙΚΟΛΑΟΣ, Προϋποθέσεις αστικής και ποινικής ευθύνης μελών ΔΣ και διευθυντικών στελεχών πιστωτικών ιδρυμάτων επί χορηγήσεως πιστώσεων .....	765
SCHMIDT KARSTEN, Der deutsche “Vertragskonzern”: tauglich für internationalen Rechtsvergleich? – Eine Annäherung – .....	785
SCOUTERIS C. BASIL/ATHANASSIOU L. PHOEBUS, National central bank tasks and the boundaries of the ECB Governing Council’s powers under Article 14.4 of the Statute: State of play and future prospects .....	797
ΣΙΝΑΝΙΩΤΗ-ΜΑΡΟΥΔΗ ΑΡΙΣΤΕΑ, Ζητήματα διαχειριστικής εξουσίας εκκαθαριστή της ομόρρυθμης εταιρίας .....	819
ΣΟΜΠΟΛΟΥ Π. ΑΝΘΗ, Η μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου υπό το πρίσμα του νέου νόμου 4364/2016 για τη Φερεγγυότητα II .....	827
ΣΟΥΦΛΕΡΟΣ ΕΥΡ. ΗΛΙΑΣ, Η υπόθεση Paribas (μετέπειτα «Banque Artesia», μετέπειτα «Dexia Bank Belgium») κατά Τράπεζας της Ελλάδος και οι αρχές του αμέσου αποτελέσματος των οδηγιών, της σύμφωνης προς το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο ερμηνείας τους και της ευθύνης του κράτους (ή των κρατικών φορέων) προς αποζημίωση λόγω παράβασης του ενωσιακού δικαίου –	

Σχόλια και σκέψεις με αφορμή την απόφαση του ΔΕΚ της 27.10.2005 (υπόθεση C-329/03) και τις αποφάσεις 1492/2008 του Αρείου Πάγου και 4172/2001 του Εφαθ.....	851
ΣΠΥΡΙΔΩΝΟΣ Π. ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ, Η νομική οντότητα ως νέος θεσμός του εταιρικού δικαίου.....	897
STEPHANOU A. CONSTANTIN, Le nouveau droit européen en matière de redressement et de résolution bancaire .....	923
ΣΩΤΗΡΟΠΟΥΛΟΣ Δ. ΓΕΩΡΓΙΟΣ, Ζητήματα σχετικά με τις προκαταβολές μετόχων για μελλοντική αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου και την εκπρόθεσμη καταβολή των εισφορών (γνωμ.).....	945
ΤΑΣΙΚΑΣ Δ. ΑΠΟΣΤΟΛΟΣ, Μεταβίβαση απαιτήσεων από πώληση δανείων μετά τον ν. 4354/2015.....	959
ΤΖΑΚΑΣ Λ. ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ-ΠΑΝΑΓΙΩΤΗΣ, Η αστική ευθύνη εκ της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου στις διεθνείς συναλλαγές .....	1017
ΤΖΙΒΑ ΕΦΗ, Ο «νέος» Κώδικας Τραπεζικής Δεοντολογίας. Quo vadis? .....	1037
ΤΖΟΥΓΑΝΑΤΟΣ Ν. ΔΗΜΗΤΡΗΣ, Τα εταιρικά δικαιώματα στην πτώχευση κεφαλαιουχικής εταιρίας: Το ζήτημα της ένταξής τους στο σχέδιο αναδιοργάνωσης (άρθρα 107-131 ΠτωχΚ) και η σχέση μεταξύ πτωχευτικού και εταιρικού δικαίου .....	1061
ΤΟΥΝΤΟΠΟΥΛΟΣ Δ. ΒΑΣΙΛΗΣ, Εξαγορά επιχείρησης από εργαζομένους.....	1083
ΤΣΙΜΠΑΝΟΥΛΗΣ Γ. ΔΗΜΗΤΡΗΣ, Το οικονομικό περιβάλλον ως παράγων εξελικτικής διαμόρφωσης εταιρικών μορφών: Η περίπτωση του πιστωτικού συνεταιρισμού .....	1103
ΤΣΟΛΑΚΙΔΗΣ Ν. ΖΑΦΕΙΡΙΟΣ, Οι έλεγχοι κινήσεως κεφαλαίων (capital controls) στο ελληνικό τραπεζικό σύστημα το δεύτερο εξάμηνο του 2015.....	1135
ΦΑΣΟΥΛΑ ΡΕΑ, Η υποχρέωση πίστης (duty of loyalty) του θεματοφύλακα χρηματοπιστωτικών μέσων .....	1155
ΧΑΣΑΠΗΣ Σ. ΧΡΗΣΤΟΣ, Η μεθοδολογία της πλήρωσης του κενού στη σύμβαση δανείου ελβετικού φράγκου κατόπιν της αναγνώρισης ως άκυρου του σχετικού ΓΟΣ περί υπολογισμού της ισοτιμίας μετατροπής .....	1183
ΦΑΡΟΥΔΑΚΗΣ ΓΙΩΡΓΟΣ, Το παλίμψηστο Καταστατικό: προς μια νομική ιστορία και θεωρία της Τράπεζας της Ελλάδος .....	1199
Βιογραφικό σημείωμα του Καθηγητή Λεωνίδα Γεωργακόπουλου .....	1223
Βιβλία του Καθηγητή Λεωνίδα Γεωργακόπουλου.....	1125

Κώστας Μποτόπουλος\*

## Η χρήση προνομιακής πληροφορίας ως ειδικής μορφής σύγκρουση συμφερόντων

Το δίκαιο της κεφαλαιαγοράς γνωρίζει τρεις ειδικές περιπτώσεις που θα μπορούσαν να ενταχθούν στη γενικότερη έννοια της «σύγκρουσης συμφερόντων»: α) την ανάγκη αποφυγής τέτοιου είδους σύγκρουσης κατά την ενάσκηση της εταιρικής διαχείρισης εκ μέρους των υπεύθυνων προσώπων στις εισηγμένες εταιρίες (ν. 3016/2002, άρθρα 3 και, εμμέσως, 6<sup>1</sup>), β) τη χρήση προνομιακής πληροφορίας από όργανα ή πρόσωπα που μπορούν να την αποκτήσουν λόγω της θέσης ή της σχέσης τους με εισηγμένες εταιρίες (άρθρα 3 έως 6, 10 έως 13 και 19 του ν. 3340/2005, γ) τις ειδικές υποχρεώσεις εκ μέρους όσων επαγγελματικά «μελετούν» τις εισηγμένες εταιρίες, είτε είναι «αναλυτές» (άρθρο 14 ν. 3340) είτε δημοσιογράφοι (άρθρο 7, παρ. 2 γ του ν. 3340).

Στο παρόν κείμενο θα ασχοληθώ με τη δεύτερη και μακράν πιο σημαντική μορφή σύγκρουσης συμφερόντων, νοούμενη ως εκμετάλλευση της δυνατότητας απόκτησης και χρήσης πληροφορόρησης μη προσβάσιμης στο ευρύτερο επενδυτικό κοινό. Ο σκοπός δεν είναι τόσο να προσθέσω κάτι νέο από θεωρητική άποψη στην ήδη πλούσια ελληνική βιβλιογραφία για την προνομιακή πληροφορόρηση<sup>2</sup>, όσο να συμβάλω με έναν

\* Διδάκτορας Συνταγματικού Δικαίου, πρ. Πρόεδρος της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς.

- Εφόσον δεν προβλέπεται στο νόμο ποινή για «παράβαση» του άρθρου 3, ο μόνος τρόπος να αντιμετωπιστεί αυτή η σύγκρουση συμφερόντων είναι μέσω του θεσμού του εσωτερικού ελέγχου, όπως διαγράφεται στην παρ. 6. Βλ. ως μοναδικές σχετικές αποφάσεις Διοικητικό Εφετείο Αθηνών (ΔΕφΑθ) 117-118/2015.
- Βλ. ιδίως, α) υπό το καθεστώς του π.δ. 95/32: Λίβος, «Παράνομη αξιοποίηση απόρρητων πληροφοριών από insider», *Νομικό Βήμα*, 1990 – Μιχαλόπουλος, «Καταχρηστική εκμετάλλευση εμπιστευτικών πληροφοριών στο Χρηματιστήριο», σε *Ανώνυμη Εταιρία και Κεφαλαιαγορά*, 1991 – Παπαγιάννης, «Το έννομο καθεστώς των κατόχων εμπιστευτικών πληροφοριών», *Κριτική Επιθεώρηση*, 1994 – Αψούρης, «Το αδίκημα της παράνομης αξιοποίησης εμπιστευτικών πληροφοριών στο Χρηματιστήριο», *Ελληνική Δικαιοσύνη*, 1995 – Γεωργακόπουλος, «Η δημιουργία τεχνητής ζήτησης στο Χρηματιστήριο ως κατάχρηση εμπιστευτικών πληροφοριών και λόγος ευθύνης κατά το π.δ. 53/1992», *Νομικό Βήμα*, 1999 – Παπαντώνης, «Η απαγόρευση κατάχρησης εμπιστευτικών πληροφοριών», *Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου*, 1999 – Ζέκος, «Ο ρόλος της οικονομίας στην κατάχρηση εμπιστευτικών πληροφοριών στις χρηματιστηριακές συναλλαγές», *Δίκαιο Εταιριών και Επιχειρήσεων*, 2002 – Χριστιανός, «Η προστασία του επενδυτή ως καταναλωτή στο κοινωνικό δίκαιο: από την απαγόρευση εκμετάλλευσης εμπιστευτικών πληροφοριών στην απαγόρευση εκμετάλλευσης της αγοράς», *Ελληνική Δικαιοσύνη*, 2002 – Αντωνόπουλος, «Κατάχρηση εμπιστευτικών πληροφοριών στις χρηματιστηριακές συναλλαγές», *Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου*, 2005 – Γιαννουλάτος, «Επιβεγμένα ζητήματα νομολογίας και νομοθεσίας προ της ισχύος του νόμου 3340/2005», *Νομικό Βήμα*, 2010, β) υπό το καθεστώς του ν. 3340/2005: Βελέντζας, «Προστασία της Κεφαλαιαγοράς από πράξεις προσώπων που κατέχουν προνομιακές πληροφορίες και πράξεις χειραγώγησης της αγοράς», *Επιθεώρηση Τραπεζικού και Χρηματιστηριακού Δικαίου*, 2006 – Λιβαδά, «Η έννοια της προνομιακής πληροφορίας υπό το ισχύον κοινωνικό ρυθμιστικό πλαίσιο για την κατάχρηση αγοράς», *Κοινωνικό Δίκαιο και Εμπορικό Δίκαιο*, 2007 – Κουλιούρας, «Η δημοσιοποίηση προνομιακών πληροφοριών κατά το ν. 3340/2005», *Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου*, 2009 – Κιννή, «Η έννοια της εμπιστευτικής πληροφορίας στο δίκαιο της κεφαλαιαγοράς», *Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου*, 2012.

διπλό εκ των έσω προβληματισμό, που απορρέει από την ενασχόλησή μου με τα σχετικά ζητήματα κατά τη διάρκεια της θητείας μου ως Προέδρου της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς: πώς συναντιέται η έννοια με την πράξη και τι φως ρίχνει επάνω τους το συσσωρευμένο και όχι πάντα ευθύγραμμο νομολογιακό corpus.

## Τα στοιχεία της έννοιας και των απαγορεύσεων

Εκείνο που προσπαθούν να αποτρέψουν και που μεριμνούν να τιμωρήσουν οι επίμαχες διατάξεις είναι να γίνει χρήση ειδικής, βάσει θέσης ή σχέσης, πληροφόρησης σχετικά με στοιχεία, κινήσεις ή προοπτικές εισηγμένων εταιριών. Αποτρεπτέα και τιμωρητέα είναι συνεπώς η χρήση (και όχι, σε αντιδιαστολή με το άλλο μεγάλο χρηματιστηριακό αδίκημα του ν. 3340, η «κατάχρηση») της πλεονεκτικής θέσης που αντικειμενικά διαθέτουν κάποια πρόσωπα σε σχέση με τους λοιπούς δραστηριοποιούμενους στη χρηματιστηριακή αγορά<sup>3</sup>. Το προνόμιο συνίσταται στη δυνατότητα απόκτησης οφέλους από πληροφορία που δεν είναι, και δεν δύναται λόγω της φύσης της να είναι, γνωστή στο ευρύτερο επενδυτικό κοινό. Η απαγόρευση εκτείνεται σε πρόσωπα και σε πράξεις.

Τα πρόσωπα που καθορίζονται στο νόμο είναι εκείνα που «δύνανται να γνωρίζουν», (α) λόγω ιδιότητας (μέλη των διοικητικών, διευθυντικών ή εποπτικών οργάνων – άρθρο 3, παρ. 1, στοιχ. α του ν. 3340 – ή μέτοχοι εισηγμένων εταιριών – άρθρο 3, παρ. 1, στοιχ. β ή (β) λόγω πρόσβασης σε ειδική πληροφόρηση «κατά την άσκηση της εργασίας, του επαγγέλματος ή των καθηκόντων τους» – άρθρο 3, παρ. 1, στοιχ. γ του ν. 3340: τέτοιοι μπορούν να είναι οι κατ' επάγγελμα διαμεσολαβητές στην κατάρτιση συναλλαγών, δηλαδή τα μέλη των χρηματιστηριακών εταιριών κάθε μορφής – άρθρο 6, παρ. 3 του ν. 3340, οι έχοντες αποκτήσει την πληροφόρηση λόγω «εγκληματικής», κατά το στοιχ. δ της παρ. 1 του άρθρου 3 του ν. 3340, αλλήλ και γενικώς κάθε παράνομης, δραστηριότητας, τρίτοι των οποίων η γνώση δεν είναι τυχαία ή ευκαιριακή αλλήλ συνδέεται κατά κάποιον τρόπο με το επάγγελμα ή το χώρο δραστηριοποίησής τους (δικηγόροι, ελεγκτές και άλλες τέτοιες ειδικότητες), καθώς και κάθε πρόσωπο που «γνωρίζει ή όφειλε να γνωρίζει» (άρθρο 5 του ν. 3340) ότι η πληροφορία που έχει στη διάθεσή του συνιστά προνομιακή πληροφορία (π.χ στενός συγγενής ή φίλος ή συνεργάτης διευθυντικού στελέχους). Οι παραπάνω ειδικές κατηγορίες προσώπων θα μπορούσαν να καταταγούν σε δύο γενικότερες και οι δυνάμει κάτοχοι προνομιακής πληροφορίας να χωριστούν σε «πρωτογενείς» και «δευτερογενείς» γνώστες ή σε "insiders" και "knowers"<sup>4</sup>, ανάλογα με το αν η ду-

3 Β.Τουντόπουλος, *Δίκαιο Κεφαλαιαγοράς*, 2015, σελ. 316, όπου και σχετική νομολογία του ΔΕΚ.

4 Οι πρώτοι χαρακτηρισμοί είναι του Τουντόπουλου, ό.π., σελ. 317 και 319, οι δεύτεροι δικοί μου. Για τον όρο "insiders" και τη χρήση του, βλ. και Γ. Ψαρουδάκη, «Μεταξύ γνώσης και βούλησης του insider», *Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου*, 2010.

νατότητα απόκτησης της πληροφορίας βασίζεται σε ειδική θέση εντός εισηγμένης εταιρίας ή σε εξωτερική εγγύτητα με τέτοια εταιρία.

Με τη θέση σε εφαρμογή του ν. 3340 κατέστη σαφές ότι, σε αντιδιαστολή με το προηγούμενο νομοθετικό πλαίσιο του π.δ. 53/1992, που κάλυπτε μόνο φυσικά πρόσωπα<sup>5</sup>, η απαγόρευση χρήσης προνομιακής πληροφορίας αφορά πλέον, δύναμει ρητής αναφοράς στην παρ. 2 του άρθρου 3 του ν. 3340, τόσο φυσικά όσο και νομικά πρόσωπα – τα τελευταία καθιστάμενα υπεύθυνα διαμέσου των φυσικών προσώπων που συμμετείχαν στις επίμαχες αποφάσεις. Αυτό σημαίνει στην πράξη ότι πλέον, τόσο σε επίπεδο αποφάσεων της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς όσο και σε επίπεδο δικαστικών αποφάσεων, κατηγορούμενοι για χρήση προνομιακής πληροφορίας μπορεί να είναι εταιρίες ή πρόσωπα που συμμετέχουν ή όχι σε αυτές ή και εταιρίες και πρόσωπα συντρεχόντως. Κανόνας παραμένει πάντως, για ένα αδίκημα που έχει εκ φύσεως «προσωπικό» χαρακτήρα, οι αρμόδιες διοικητικές και δικαστικές αρχές να συνεχίζουν να στρέφονται κατά προτεραιότητα κατά φυσικών προσώπων.

Για να προσδιοριστεί, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, ότι τα κατηγοριοποιούμενα από το νόμο πρόσωπα είναι πράγματι κάτοχοι προνομιακής πληροφορίας απαιτείται πάντοτε απόδειξη και χωρεί πάντοτε ανταπόδειξη: καθιερώνεται «μαχητό τεκμήριο γνώσης», κατά την έκφραση της ίδιας της εισηγητικής έκθεσης του ν. 3340<sup>6</sup>. Απλός ισχυρισμός περί μη γνώσης δεν είναι αρκετός, η μη αυτόματη θέσπιση αιτιώδους συνάφειας μεταξύ κατοχής και χρήσης της πληροφορίας δεν σημαίνει ότι η μη χρήση εμφανίζεται ως περισσότερο πιθανή – με άλλα λόγια «η αρχή του τεκμηρίου αθωότητας δεν απαγορεύει το ειδικό τεκμήριο του νόμου περί κατοχής της προνομιακής»<sup>7</sup>. Επιπλέον, όσο χαλαρώνει ο «δεσμός με τη γνώση» – κατά μήκος της διάκρισης “insiders” και “knowers” – τόσο χαλαρώνει και το τεκμήριο: ειδικά για τα «άλλα πρόσωπα» του άρθρου 5 του ν. 3340 η απόδειξη ότι δεν συνέτρεξε γνώση εμφανίζεται ευχερέστερη<sup>8</sup>. Αντίθετα, για στενά συνδεδεμένα με την εταιρία πρόσωπα, π.χ μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, η νομολογία μοιάζει να αναγνωρίζει τόσο ένα «τεκμήριο γνώσης λόγω ιδιότητας» («ως μέλος του ΔΣ γνώριζε ή πάντως όφειλε να γνωρίζει ότι η πληροφορία – περί εξαγοράς – ήταν

5 Βλ. Συμβούλιο της Επικρατείας (ΣτΕ) 1203/2006, 216/2013, η δεύτερη μάλιστα με αναφορά και στο μεταγενέστερο και νυν ισχύον νομοθετικό πλαίσιο.

6 Παρατηρείται νομολογιακή αμφισημία, εάν το τεκμήριο ίσχυε και υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς του π.δ. 53/1992. Η ΔΕΦΑΘ 1749/2006 είχε αποφανθεί: «για τα (φυσικά) πρόσωπα του άρθρου 3 παρ. 1 του π.δ. 53/1992 θεσπίζεται μαχητό τεκμήριο γνώσης των εμπιστευτικών πληροφοριών». Στην ίδια κατεύθυνση οι ΣτΕ 230-231-232/2009. Αντίθετες οι ΣτΕ 1819-1820/2010: «με την προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 3 του π.δ. 53/1992 δεν θεσπίζεται κανένα τεκμήριο γνώσης των εμπιστευτικών πληροφοριών εκ μέρους των εκεί αναφερόμενων προσώπων...».

7 Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ), C-45/08, «απόφαση Spector». Βλ. Βερβεσός, «Η απαγόρευση χρησιμοποίησης εμπιστευτικών πληροφοριών μετά την απόφαση Spector του ΔΕΚ», *Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών*, 2010.

8 Δ. Αυγιντίδης, *Δίκαιο Κεφαλαιαγοράς*, 2011, σελ. 319, όπου και νομολογιακή αναφορά.

προνομιακή»<sup>9</sup>) όσο και ένα «τεκμήριο μη σύμπτωσης» («το γεγονός ότι το μέλος του ΔΣ κατείχε ήδη την πληροφορία κατά τον κρίσιμο χρόνο και προέβη σε αγορά μετοχών δεν μπορεί να θεωρηθεί συμπτωματικό»)<sup>10</sup>.

Αυτά που δεν επιτρέπεται να κάνουν όλοι οι παραπάνω «δυννητικά γνωρίζοντες» είναι: (α) να χρησιμοποιήσουν<sup>11</sup> τις προνομιακές πληροφορίες για προσπορισμό οφέλους μέσω άμεσων ή έμμεσων συναλλαγών στο πεδίο της χρηματιστηριακής αγοράς (μέσω «απόκτησης ή προσπάθειας απόκτησης ή διάθεσης χρηματοπιστωτικών μέσων», κατά τη διατύπωση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 3 του ν. 3340), (β) να ανακοινώνουν τις πληροφορίες αυτές σε άλλο πρόσωπο (άρθρο 4, στοιχ. α του ν. 3340) και (γ) να δίνουν συμβουλές ή κατευθύνσεις (άρθρο 4, στοιχ. β του ν. 3340) κάνει λόγο για «συστάσεις» ή «παρακίνηση») με επίκεντρο τις προνομιακές πληροφορίες.

Ειδική μορφή απαγορευμένης πράξης αποτελεί η μη γνωστοποίηση στις ακόλουθες περιπτώσεις: (α) οι εταιρίες, μέσω των νόμιμων οργάνων και διαδικασιών τους, οφείλουν να δημοσιοποιούν «χωρίς υπαίτια βραδύτητα», δηλαδή αμέσως και χωρίς καν όχληση διοικητικής αρχής<sup>12</sup>, τις προνομιακές πληροφορίες που τους αφορούν (άρθρο 10 του ν. 3340), (β) τα πρόσωπα που ασκούν διευθυντικά καθήκοντα οφείλουν να γνωστοποιούν στην εταιρία τους – και εκείνη στην Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς – τις συναλλαγές τους που αφορούν τίτλους της εταιρίας (άρθρο 13 του ν. 3340), (γ) οι επαγγελματίες του χώρου («τα πρόσωπα που διαμεσολαβούν κατ' επάγγελμα στην κατάρτιση συναλλαγών») οφείλουν να ειδοποιούν αμέσως την Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς, σε περίπτωση που έχουν υπόνοιες για την παραβίαση των διατάξεων για την προνομιακή πληροφορία (άρθρο 17 του ν. 3340). Είναι σαφές ότι η μη τήρηση των υποχρεώσεων γνωστοποίησης, η οποία μπορεί να αναβληθεί

9 ΔΕΦΑΘ 1962/2013. Το τεκμήριο μάλιστα αυτό υπερκαλύπτει και πιθανό ισχυρισμό ότι πρόσωπο με διευθυντικά καθήκοντα, την περίοδο που μπορούσε να λάβει γνώση της προνομιακής πληροφορίας, «βρισκόταν αλλού», αφού κάτι τέτοιο «δεν επηρεάζει τη γνώση του ως προς τα κρίσιμα εταιρικά συμβάντα, ενόψει της εκμηδένισης των αποστάσεων με τα σύγχρονα μέσα γρήγορης και άμεσης επικοινωνίας (ιντερνέτ, τηλέφωνα, κ.λπ.) σε συνδυασμό με την ιδιότητά του ως εκτελεστικού μέλους του ΔΣ...», ΔΕΦΑΘ 1383/2013. Το «τεκμήριο γνώσης λόγω ιδιότητας» έχει θεωρηθεί ότι λειτούργει και στην περίπτωση του υπευθύνου του εσωτερικού ελέγχου μιας εταιρίας: ΔΕΦΑΘ 3445/2007. Το ίδιο και για τον Γενικό Διευθυντή βάσει της ΔΕΦΑΘ 1383/2013. Ενδιαφέρουσα για τη σχέση τεκμηρίου – απόδειξης είναι η ΔΕΦΑΘ 2391/2008, σύμφωνα με την οποία «το γεγονός που παραδέχθηκε (ο κατηγορούμενος – Διευθύνων Σύμβουλος εταιρίας) απολογούμενος στο Δικαστήριο, ότι δηλαδή αποτελούσε αμοιβή του η αγορά των συγκεκριμένων μετοχών, αποδεικνύει την ύπαρξη σε κάθε περίπτωση κέρδους που δεν είναι σίγουρο ή βέβαιο στις χρηματιστηριακές συναλλαγές, εκτός βεβαίως αν γνωρίζει ο δικαιούχος εμπιστευτικές πληροφορίες που θα του απέφεραν βέβαιο κέρδος, όπως έγινε στην προκείμενη περίπτωση». Παρότι η αποκόμιση κέρδους δεν είναι αναγκαίο στοιχείο για τη στοιχειοθέτηση παράβασης των διατάξεων περί προνομιακής πληροφορίας, μπορεί να βοηθήσει στην απόδειξη (βλ. και ΕφΑΘ 5733/2007), ενώ αποτελεί και παράγοντα για την επιμέτρηση.

10 ΔΕΦΑΘ 1962/2013. Βλ. επίσης ΔΕΦΑΘ 2117/2013, όπου ο συνδυασμός της ιδιότητας του Προέδρου του ΔΣ και της έντονης συναλλακτικής δραστηριότητάς του κατά την κρίσιμη περίοδο καθιστά «επιχειρήματα ουσιαστικά μη χρήζοντα απαντήσεως» τα περί μη γνώσης και μη πωλήσεως μετοχών από συγγενείς ή πωλήσεως μέρους μόνο του μετοχικού του πακέτου από τον ίδιο».

11 Ειδική μορφή χρήσης αποτελεί η εκ των έσω γνώση ότι συμφωνία που είχε συναφθεί δεν ανταποκρινόταν στις αληθείς προθέσεις των αποφασίζοντων και άρα δεν επρόκειτο να υλοποιηθεί. Βλ. ΕφΑΘ (Τριμελές Πλημμελήματων) 5733/2007.

12 ΣτΕ 60/2014.



μόνο υπό τους όρους του άρθρου 11 του ν. 3340, συνιστά μια πιο «αντικειμενική» και αυτόματα επερχόμενη<sup>13</sup>, αλλήλ συγχρόνως και με μικρότερη θεσμική απαξία παράβαση σε σχέση με τη χρήση προνομιακής πληροφορίας για τον προσπορισμό οφέλους – και αυτό είναι κάτι που παγίως λαμβάνουν υπόψη τους οι αποφάσεις της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς.

Με όλους τους παραπάνω τρόπους – αλλήλ μόνο με αυτούς – διά πράξεων και παραλείψεων, ο νομοθέτης θεωρεί ότι συντελείται η χρήση της ειδικής γνώσης και την απαγορεύει. Δέχεται ωστόσο ότι υφίστανται περιπτώσεις («ασφαλείς λιμένες» κατά την ορολογία του δικαίου της κεφαλαιαγοράς) στις οποίες ο δεσμός αυτός κάμπτεται λόγω της φύσης και του σκοπού των συντελούμενων πράξεων. Τέτοια περίπτωση, όσον αφορά την προνομιακή πληροφορία, είναι η αναφερόμενη στην παρ. 3 του άρθρου 3 του ν. 3340, στην οποία εμπίπτουν «συναλληλαγές που πραγματοποιούνται από πρόσωπο προς εκπλήρωση υποχρέωσης», όταν η σχετική υποχρέωση απορρέει από συμφωνία που είχε συναφθεί πριν από την απόκτηση της προνομιακής πληροφορίας<sup>14</sup>. Στο νομοθετικό αυτό «λιμένα», η νομολογία προσέθεσε άλλον έναν, τη λεγόμενη «πραγμάτωση ιδίων επιχειρηματικών σχεδίων»: μια πληροφορία δεν μπορεί να θεωρηθεί προνομιακή για το πρόσωπο που την προκάλεσε ως γεγονός, ενώ, επιπλέον, «γνώση μοιρασμένη δεν δημιουργεί προνόμιο»<sup>15</sup>.

Κάθε σχετική με εισηγμένη εταιρία πληροφορία που έρχεται σε γνώση κάποιου “insider” ή “knower” δεν αποτελεί ωστόσο αυτομάτως προνομιακή πληροφορία

13 ΔΕΦΑΘ 2468/2013: «οι παραβάσεις των διατάξεων του άρθρου 13 του ν. 3340 στοιχειοθετούνται ανεξάρτητα από το αν συντρέχουν οι αντικειμενικές προϋποθέσεις του δόλου ή της αμέλειας του παραβαίνοντος αυτές και οι οποίες λαμβάνονται υπόψη μόνο για την επιμέτρηση της επιβαλλόμενης κύρωσης», ΔΕΦΑΘ 2967/2007: «η υποχρέωση γνωστοποίησης δεν αίρεται από το γεγονός ότι το πρόσωπο ήταν εκτελεστικός πρόεδρος χωρίς εξουσίες εκπροσώπησης, εφόσον ο νόμος δεν διακρίνει σχετικώς». Σύμφωνα με τη ΔΕΦΑΘ 3348/2013, ακόμα και μια μέρα υπέρβασης της προθεσμίας γνωστοποίησης του άρθρου 13 επιφέρει αυτομάτως ποινή – για την επιμέτρηση βεβαίως ο χρόνος της καθυστέρησης έχει σημασία. Η παράβαση υπέρβασης δεν αίρεται εάν απουσίαζε ο υπόχρεος ούτε καλύπτεται από μεταγενέστερη δημοσιοποίηση (ΔΕΦΑΘ 817/2014).

14 Κατά τον Τουντόπουλο, ό.π., σελ. 330, η ρύθμιση δικαιολογείται από το γεγονός ότι δεν υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της κατοχής της προνομιακής πληροφορίας και της χρήσης αυτής.

15 Βλ. ΣτΕ 3133/2008, όπου παρατίθεται επί λέξει η από 10.5.2007 απόφαση/απάντηση του ΔΕΚ σε προδικαστικό ερώτημα που είχε τεθεί με τη ΣτΕ 1915/2004: «όταν όλοι οι συμβαλλόμενοι είναι κάτοχοι της αυτής πληροφορίας, **βρίσκονται σε σχέση ισότητας και η πληροφορία παύει να είναι γι’ αυτούς εμπιστευτική** στο πλαίσιο εκτέλεσης της αποφάσεως που ελήφθη από την ομάδα τους» και «στην περίπτωση κατά την οποία οι κύριοι μέτοχοι και μέλη του διοικητικού συμβουλίου μιας εταιρίας συμφωνούν να προβούν μεταξύ τους σε χρηματιστηριακές πράξεις επί των κινητών αξιών της εταιρίας αυτής, με σκοπό την τεχνητή στήριξη της τιμής της μετοχής της, είναι κάτοχοι εμπιστευτικής πληροφορίας, την οποία **δεν εκμεταλλεύονται ενσυνείδητως** προβαίνοντας στις πράξεις αυτές». Προς την ίδια κατεύθυνση και η ΣτΕ 1210/2009: «δεν είναι εμπιστευτικές οι πληροφορίες που έχουν **ως πηγή τους ίδιους τους συναλληλασμένους** και ως εκ τούτου δεν εμπίπτουν στην έννοια του κατόχου εμπιστευτικής πληροφορίας πρόσωπα τα οποία, κατόπιν συνεννοήσεως, προβαίνουν σε συναλληλαγές μεταξύ τους με σκοπό την τεχνητή διόγκωση της τιμής των μεταβιβαζομένων κινητών αξιών». Άλλο ζήτημα βέβαια είναι ότι «η συμπαιγνία για τεχνητή διόγκωση της τιμής μετοχής» μπορεί να μη γεννά – ή μάλλον να «σκοτώνει» – εμπιστευτική πληροφορία, δεν παύει όμως να συνιστά παράνομη δραστηριότητα υπαγόμενη στις διατάξεις του ν. 3340 περί χειραγώγησης αγοράς (Βλ. ΣτΕ 1210/2009, όπου διαπιστώνεται, υπό καθεστώς του π.δ. 53/1992, ότι προνομιακή πληροφορία και χειραγώγηση «αποτελούν δύο αυτοτελείς διοικητικές παραβάσεις της νομοθεσίας περί κεφαλαιαγοράς, οι οποίες δεν έχουν μεταξύ τους τη σχέση ειδικού προς γενικό, αλλήλ εκάστη των οποίων έχει ίδια αντικειμενική υπόσταση και επισύρει ίδια ποινή, ανεξαρτήτως αν αυτές, κατά περίπτωση, στηρίζονται στην ίδια ιστορική αιτία»).

κατά την έννοια του νόμου. Το άρθρο 6 του ν. 3340 καθορίζει τις τέσσερεις προϋποθέσεις<sup>16</sup> που πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά ώστε μια πληροφορία να θεωρείται προνομιακή: (α) το συγκεκριμένο της πληροφορίας<sup>17</sup>, (β) η μη δημοσιοποίησή της<sup>18</sup>, (γ) η σχέση με χρηματιστηριακές πράξεις ή καταστάσεις (να «αφορά, άμεσα ή έμμεσα, έναν εκδότη», δηλαδή μια εισηγμένη εταιρία, «ή ένα ή περισσότερα χρηματοπιστωτικά μέσα»<sup>19</sup>) και (δ) η δυνατότητα σημαντικής επιρροής στην τιμή της μετοχής της εταιρίας ή στην εν γένει χρηματιστηριακή πορεία της εταιρίας, το να πρόκειται δηλαδή για πληροφορία, που αν ήταν γνωστή στο ευρύτερο κοινό, θα μπορούσε να επηρεάσει αφενός την τιμή της μετοχής και αφετέρου τον – ρητά κατονομαζόμενο στο στοιχ. δ της παρ. 1 του άρθρου 6 του ν. 3340, αλλά μη οριζόμενο – «συνετό επενδυτή» στις επενδυτικές αποφάσεις του. Είναι προφανές ότι από όλα τα στοιχεία, τα δύο καθοριστικά, εκείνα που δίνουν υπόσταση στην έννοια της προνομιακής πληροφορίας αλλά και από τα οποία εξαρτάται η ασφάλεια δικαίου και η εξασφάλιση της ισότητας των επενδυτών<sup>20</sup>, είναι ο συγκεκριμένος χαρακτήρας και ο αντίκτυπος στην τιμή της μετοχής. Αυτά τα δυο στοιχεία, κάθε άλλο παρά αυτονόητα ή μονοσήμαντα στην πρόσληψή τους, μοιραίο ήταν να διαπλησθούν, επίσης όχι ευθύγραμμα και μονοσήμαντα, από τη νομολογία.

## Η νομολογιακή διάπλαση της πράξης

Σε ορισμένα ερμηνευτικά ζητήματα η νομολογία κράτησε σταθερή γραμμή και δημιουργεί ασφάλεια δικαίου. Είναι βέβαιο ότι η «κατάσταση» στην οποία αναφέρεται το στοιχ. αα της παρ. 1 του άρθρου 6 αφορά κάθε εταιρική πράξη, σημαντική ή λιγότερο σημαντική<sup>21</sup>, την πρόθεση εκτέλεσής τους, το ξεκίνημα, το σταμάτημα, ακόμα και τη ματαίωσή τους<sup>22</sup>, αλλά και πράξεις που έχουν σχέση με τα διευθύ-

16 Η κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 19 του ν. 3340 απόφαση 3/347/2005 του Διοικητικού Συμβουλίου της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς εξειδικεύει τις τέσσερεις προϋποθέσεις αυξάνοντας την – ενδεικτική – περιπτώσιολογία, αλλά χωρίς να διαφοροποιεί τη νομική βάση

17 Φήμες ή διαδόσεις δεν συνιστούν συγκεκριμένες πληροφορίες (ΔΕΦΑΘ 976/2001), το ίδιο και οι εκτιμήσεις, όπως προβλέψεις για υποτίμηση ή υπερτίμηση της τιμής μετοχής (ΔΕΦΑΘ 2733 και 2735/2008, ΣτΕ 2634-35-36/2005).

18 Το κρίσιμο στοιχείο εδώ είναι η δημοσιοποίηση να γίνεται σε ευρύ ή δυνητικά ευρύ, και πάντως ανοικτό, κύκλο προσώπων – βλ. ΔΕΦΑΘ 976/2001. Συνεντεύξεις, road shows, ιδιωτικές αναφορές δεν αίρουν το χαρακτήρα της προνομιακής – βλ. Τουντόπουλο, ό.π., σελ. 323

19 Γνώση συνεπώς, έστω και εκ των έσω αποκτημένη και μη προσβάσιμη στο ευρύ κοινό, περί γενικών οικονομικών εξελίξεων, έστω και με χρηματιστηριακές επιπτώσεις, δεν συνιστά προνομιακή πληροφορία.

20 Βλ. αιτιολογική σκέψη 1 της Οδηγίας 2003/124/ΕΚ, που ενσωματώθηκε στην ελληνική τάξη με το νόμο 3340/2005.

21 Εξαγορά ή πρόθεση εξαγοράς μετοχών άλλης εταιρίας (ΔΕΦΑΘ 1962/2013), συγχώνευση ή ακύρωση συγχώνευσης (ΔΕΦΑΘ 2117/2013), υποβολή προσφοράς και πλειοδοσία σε διαγωνισμό (817/2014), συνομολόγηση με υλοποίηση ή μη υλοποίηση επιχειρηματικής συμφωνίας (ΔΕΦΑΘ 2391/2008), διαπραγματεύσεις για συνεργασία μεταξύ εταιριών είτε καταλήξουν είτε δεν καταλήξουν σε αποτέλεσμα (ΔΕΦΑΘ 60/2014, ΔΕΦΑΘ 1749/2006, ΔΕΦΑΘ 656/2008).

22 Η μη πλήρωση αίρεσης δεν αίρει το χαρακτήρα προνομιακής πληροφορίας (ΔΕΦΑΘ 817/2014), το αν είναι τελική ή οριστική η συμφωνία δεν έχει επιρροή επί του χαρακτηρισμού της σχετικής πληροφορίας ως προνομιακής (ΔΕΦΑΘ 60/2014).



νοντα την εταιρία πρόσωπα<sup>23</sup>. Είναι επίσης σαφές και απαρέγκλιτο ότι οι παράνομες πράξεις και οι απαγορεύσεις, ιδίως όσον αφορά το άρθρο 13 του ν. 3340 και την υποχρέωση προσώπων που ασκούν διευθυντικά καθήκοντα να γνωστοποιούν τις συναλλαγές που διενεργούν, έχουν αντικειμενικό χαρακτήρα: δεν ενδιαφέρει ούτε ο δόλος, ούτε τα κίνητρα, ούτε ο βαθμός εκμετάλλευσης της προνομιακής πληροφορίας<sup>24</sup>. Είναι επίσης ξεκάθαρο ότι παράνομη χρήση προνομιακής πληροφορίας είναι δυνατόν να συντελεστεί μέσω (παραπληντικών) οικονομικών καταστάσεων<sup>25</sup>, κάτι που μπορεί να έχει ως συνέπεια ότι με την ίδια αντικειμενική αιτία μια εταιρία μπορεί να ελεγχθεί και να τιμωρηθεί για δύο αδικήματα: παράβαση της υποχρέωσης διαφάνειας και ορθής ενημέρωσης του επενδυτικού κοινού (ν. 3556/2007) και χρήση προνομιακής πληροφορίας (εφόσον συντρέχουν φυσικά οι υπόλοιπες προϋποθέσεις της).

Δύο είναι τα κύρια ζητήματα που προκάλεσαν και συνεχίζουν να προκαλούν διχογνωμία σε θεωρία και νομολογία και να επηρεάζουν την υπαγωγή συγκεκριμένων περιστατικών στην έννοια της προνομιακής πληροφορίας: α) το «αποσπαστό» των πράξεων, αν δηλαδή μπορεί να χαρακτηριστεί προνομιακή πληροφορία που αφορά ένα επιμέρους στάδιο και όχι το αποτέλεσμα μιας τελειωθείσας διαδικασίας και β) το «εύλογο», όσον αφορά τον συγκεκριμένο χαρακτήρα μιας πληροφορίας και στην επιρροή της στην οικονομική αξία μιας μετοχής και μιας εταιρίας.

Το ζήτημα του αποσπαστού πήγε αρχικά να κλείσει, προς τη σωστή κατεύθυνση, με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου στην «υπόθεση Endesa»<sup>26</sup>, δεν αποκλείεται όμως στο μέλλον να ξανανοίξει στη βάση της στάσης που πήρε το Συμβούλιο της Επικρατείας στο προτελευταίο επεισόδιο του σίριαλ «Finansbank»<sup>27</sup>. Η «υπόθεση Endesa» περιστρεφόταν γύρω από την έναρξη, διεξαγωγή, αλλήλ όλοκληρωση διαπραγματεύσεων για υπογραφή επιχειρηματικής συμφωνίας μεταξύ μεγάλου ελληνικού ομίλου και του ισπανικού ομίλου που έδωσε το όνομά του στην υπόθεση. Η Διοίκηση του ελληνικού ομίλου αποφάσισε την έναρξη μετασχηματισμών και εταιρικών αναδιαρθρώσεων ενόψει της συμφωνίας, υπέγραψε σχετικό Μνημόνιο Συνεργασίας, ακολούθως Τελική Συμφωνία για την πλήρωση ορισμένων όρων

23 Απόφαση ΔΣ για τεχνητή διόγκωση μετοχής (ΣτΕ 1210/2009), πρόθεση για εκποίηση μετοχών (ΣτΕ 1203/2006), χορήγηση ή ανάκληση εντολών πώλησης ή αγοράς μετοχών (ΣτΕ 230/2009), αγορά ιδίων μετοχών (ΔΕφΑθ 2806/2007), παραίτηση ή αποχώρηση μελών ΔΣ (ΔΕφΑθ 3445/2007 –το ότι η αποχώρηση του προέδρου ΔΣ συνιστά προνομιακή πληροφορία δέχτηκε και η «απόφαση Geltl» του ΔΕΕ, βλ. παρακάτω, καθώς και υποσημ. 28).

24 Όλα αυτά τα στοιχεία, πάντως, μαζί με το ενδεχόμενο όφελος που αποκομίζεται από τη χρήση της προνομιακής πληροφορίας αποτελούν παράγοντες που λαμβάνονται υπόψη κατά την επιμέτρηση της ποινής.

25 ΔΕφΑθ 4479/2013, ΔΕφΑθ 1383/2013, ΔΕφΑθ 1774/2013. Από τις αποφάσεις αυτές προκύπτει ότι, για να συντρέξει γένεση προνομιακής πληροφορίας από οικονομικές καταστάσεις, απαιτείται γνώση του περιεχομένου των οικονομικών καταστάσεων προ της δημοσίευσής τους, γνώση περί σημαντικών αποκλίσεων των αναφερομένων στις οικονομικές καταστάσεις σε σχέση με την πραγματικότητα και μη σχετική ενημέρωση του επενδυτικού κοινού, είτε με ειδική ανακοίνωση είτε με διόρθωση/αναθεώρηση των οικονομικών καταστάσεων. Για το «συγκεκριμένο» της πληροφορίας, η σχετική νομολογία απαιτεί συναγωγή με σχετική βεβαιότητα, μη αρκούμενη σε εκ των υστέρων επιβεβαίωση.

26 ΔΕφΑθ 60/2014.

27 Στ 317/2014. Το ΔΕφΑθ, στο οποίο παραπέμφθηκε η αναιρεθείσα απόφαση, ακολούθησε τις δεσμευτικές για αυτό αποφάνσεις του ΣτΕ με την 6588/2014.

του Μνημονίου, ενέκρινε τη δομή και τις προϋποθέσεις της συνεργασίας και, από κοινού με τον ισπανικό όμιλο, ανακοίνωσε τη σύναψη στρατηγικής συμμαχίας στην Ελλάδα. Ασχέτως της τελικής έκβασης, η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς έκρινε ότι τόσο οι διαπραγματεύσεις περί τη συνεργασία, οι οποίες κατέληξαν στην υπογραφή του Μνημονίου, όσο και ο επεληθών εταιρικός μετασχηματισμός εντός του ελληνικού ομίλου, αποτελούσαν προνομιακή πληροφορία, την οποία η υπαγόμενη στον έλεγχο εταιρία όφειλε να γνωστοποιήσει αμέσως, κάτι που (παρανόμως) δεν έπραξε. Από την πλευρά της η εταιρία πρόβαλε ως κύρια επιχειρήματα ότι οι διαπραγματεύσεις που έλαβαν χώρα ήταν μεν «σχετικώς προχωρημένες», όχι όμως τελικές, ότι οι συμφωνίες που υπογράφηκαν δεν ήταν «οριστικές ή δεσμευτικές» και ότι η δημοσιοποίηση των πληροφοριών ήταν αναγκαία λόγω της συμφωνίας εμπιστευτικότητας που είχε συναφθεί μεταξύ των μερών κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων.

Στη σημαντική απόφαση 60/2014, το Διοικητικό Εφετείο έκρινε ότι: (α) οι επίμαχες πληροφορίες δεν είναι ανάγκη να είναι οριστικές για να είναι δεσμευτικές: οι έννοιες της οριστικότητας και της δεσμευτικότητας είναι διαφορετικές και για τη στοιχειοθέτηση του «συγκεκριμένου» χαρακτήρα μιας πληροφορίας κρίσιμη – και αρκετή – είναι η δεσμευτικότητα, νοούμενη ως «οριστική κατάληξη των μερών ως προς συγκεκριμένα σημεία» μιας ευρύτερης συμφωνίας, (β) τα συγκεκριμένα γεγονότα που είχαν συμφωνηθεί κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων, ως το σημείο που αυτές είχαν προχωρήσει, επέτρεπαν τη συναγωγή συμπερασμάτων σχετικά με την επίπτωσή τους στην τιμή της μετοχής, (γ) η μη γνώση όλων των λεπτομερειών της επιχειρηματικής συμφωνίας ή του στρατηγικού σχεδίου του ομίλου δεν αποτελεί στοιχείο που αίρει τον προνομιακό χαρακτήρα της πληροφορίας, (δ) η ύπαρξη συμφωνίας εμπιστευτικότητας δεν αίρει την υποχρέωση δημοσιοποίησης της πληροφορίας, εφόσον αυτή έχει το χαρακτήρα προνομιακής, ε) εφόσον τα επιμέρους στάδια μιας σύνθετης διαδικασίας έχουν αυτοτέλεια (όπως η σύναψη Μνημονίου και η Τελική Συμφωνία επί των όρων του Μνημονίου), τότε η πληροφορία για την πορεία καθενός από αυτά τα στάδια είναι, εφόσον συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις του νόμου, προνομιακή και γεννά αντίστοιχη αυτοτελή υποχρέωση της εταιρίας για άμεση δημοσιοποίηση της (η οποία μάλιστα υποχρέωση απαιτεί την παροχή «συγκεκριμένων πληροφοριών και όχι γενικόλογων ανακοινώσεων»).

Όλες οι ανωτέρω αποφάνσεις, ιδίως δε η σχετική με τη δυνατότητα γένεσης προνομιακής πληροφορίας σε κάθε επιμέρους στάδιο σύνθετης διαδικασίας διαπραγματεύσεων, εναρμονίζονται πλήρως με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως συμπεκνωμένα εκφράστηκε στην «υπόθεση Geltl»<sup>28</sup>. Το γεγονός ότι οι

28 ΔΕΕ C-19/11, «Marcus Geltl κατά Daimler AEG». Βλ. Παπαδόπουλος, «Η Οδηγία για την κατάχρηση της αγοράς και η έννοια της εμπιστευτικής πληροφορίας» στην Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 2012. Για την ίδια απόφαση, αλλά και γενικώς για τις παρατηρήσεις μου σε αυτό το τμήμα του παρόντος άρθρου, αντίλησα πολλά χρήσιμα στοιχεία από το εσωτερικό σημείωμα της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς με εισήγηση των Μ. Μερσίν. Είναι ιδιαίτερα κρίσιμο ότι η «απόφαση Geltl» ενσωματώθηκε σχεδόν πλήρως στο νέο Κανονι-

επιχειρηματικές διαπραγματεύσεις είναι συχνά μακροχρόνιες και περίπλοκες, το ότι κάθε επιμέρους στάδιό τους δημιουργεί ή παγιώνει καταστάσεις και γεγονότα με προφανή επιρροή στην πορεία μιας εταιρίας και στην τιμή της μετοχής της, καθώς και ότι θα καμπτόταν η ασφάλεια δικαίου και η ισότητα των επενδυτών εάν γινόταν δεκτό ότι μόνο με την ολοκλήρωση της διαδικασίας θα γεννιόταν προνομιακή πληροφορία, άρα τότε μόνο θα έπρεπε να ενημερωθεί το επενδυτικό κοινό – όλα αυτά τα στοιχεία συνιστούν λόγους και επιχειρήματα ικανά να «κλειδώσουν» την ορθή ερμηνεία περί του αποσπαστού των πράξεων: το αν είναι οριστικές ή πλήρως νομικά δεσμευτικές οι ενδιάμεσες αποφάσεις δεν παίζει ρόλο, εφόσον είναι αυτοτελείς. Για να θεωρηθούν αυτοτελείς, άρα «αποσπαστές», οι ενδιάμεσες αποφάσεις/στάδια δεν χρειάζεται να είναι γνωστές σε όλες τους τις λεπτομέρειες, αρκεί να προκύπτει ο σκοπός και το αποτέλεσμα τους. Ενδεχόμενες «συμφωνίες εμπιστευτικότητας» δεν αίρουν την υποχρέωση δημοσιοποίησης, ιδίως από τη στιγμή που η πληροφορία διέρρευσε, οπότε γεννάται υποχρέωση γνωστοποίησης από τον κάτοχο της προνομιακής<sup>29</sup>.

Τη συζήτηση ξανάνοιξε εμμέσως, όπως προειπώθηκε, η απόφαση 317/2014 του Συμβουλίου της Επικρατείας, με τη χρήση των από πρώτη άποψη ελάχιστα δυσοίωνων λέξεων «από μόνη της»: κρίνοντας ότι, σε περίπτωση υποβολής από μεγάλο ελληνικό τραπεζικό όμιλο δεσμευτικής πρότασης εξαγοράς τουρκικής τράπεζας, η προσφορά αυτή δεν επιτρέπει «από μόνη της τη συναγωγή συμπερασμάτων για πιθανή επίπτωση στην τιμή της μετοχής της *πριν τουλάχιστον πραγματοποιηθεί η εξαγορά*», το ανώτατο διοικητικό δικαστήριο δημιουργεί δύο κρίσιμα ρήγματα στη νομολογία του ΔΕΕ: αμφισβητεί τη «θεωρία των σταδίων» (εφόσον, αν χρειαζόταν να φθάσουμε στο τέλος, δηλαδή στην πραγματοποίηση της αγοράς, για ποια αυτοτέλεια σταδίων μιλάμε) και κλονίζει τη βασική αρχή – της λογικής καταρχάς και της Οδηγίας για την κατάχρηση αγοράς στη συνέχεια – ότι «εύλογο» δεν σημαίνει «σίγουρο». Στο ερώτημα «για να υπάρξει προνομιακή πληροφορία απαιτείται βεβαιότητα για την επέλευση γεγονότων ή απλώς εύλογη πιθανολόγηση των επιπτώσεων τους;», το ΣτΕ φαίνεται να παίρνει τον πρώτο, και κατά τη γνώμη μου αδιέξοδο, δρόμο.

Αντίθετα από την κρίση της εφετειακής απόφασης για την ίδια υπόθεση<sup>30</sup>, το ΣτΕ έκρινε ότι η προσφορά του ελληνικού τραπεζικού ομίλου για την εξαγορά της τουρκικής τράπεζας, παρότι ήταν σοβαρή και προχωρημένη (και μάλιστα, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η εξαγορά υλοποιήθηκε), δεν αποτελεί προνομιακή πληροφορία,

σμό 596/2014 για την κατάχρηση αγοράς (MAR), που θα τεθεί σε εφαρμογή από τις 3 Ιουλίου 2016. Στο άρθρο 7 παρ. 2 του κανονισμού ορίζεται ότι: «...στην περίπτωση μιας παρατεταμένης διαδικασίας που αποσκοπεί σε ή έχει ως αποτέλεσμα συγκεκριμένη κατάσταση ή συγκεκριμένο γεγονός, μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά συγκεκριμένη πληροφορία η εν λόγω μελλοντική κατάσταση ή το εν λόγω μελλοντικό γεγονός, καθώς επίσης και τα επιμέρους στάδια της διαδικασίας αυτής, τα οποία συνδέονται με την πρόκληση ή την πραγματοποίηση της εν λόγω μελλοντικής κατάστασης ή μελλοντικού γεγονότος». Στην δε παρ. 3 του ίδιου άρθρου διευκρινίζεται ότι: «Ένα επιμέρους στάδιο μιας παρατεταμένης διαδικασίας θα θεωρείται ότι συνιστά προνομιακή πληροφορία αν πληροί αφ' εαυτού τα κριτήρια προνομιακής πληροφορίας που αναφέρονται στο παρόν άρθρο».

29 Έτσι η ΔΕφΑθ 60/2014.

30 ΔΕφΑθ 2883/2008.

επειδή αφενός «δεν ήταν τελική ούτε νομικά δεσμευτική» (αφού «μετά την υποβολή της ακολούθησαν έντονες διαπραγματεύσεις»), αφετέρου η «υποβολή της συγκεκριμένης δεσμευτικής<sup>31</sup> προτάσεως εξαγοράς δεν επέτρεπε από μόνη της τη συναγωγή συμπερασμάτων». Το «από μόνη της» αναλύεται πιο κάτω ως εξής: «[Το Εφετείο] δεν εξηγεί γιατί μόνη η πληροφορία περί υποβολής της εν λόγω δεσμευτικής προσφοράς επέτρεπε τη συναγωγή συμπερασμάτων για την επίπτωση του γεγονότος αυτού στην τιμή της εταιρίας», καθώς η ουσιαστική εκτίμηση για «την αναμενόμενη σε περίπτωση θετικής έκβασης των διαπραγματεύσεων σημαντική αύξηση του μεγέθους της αιτούσας... αφενός είναι υποθετική (ως *στηριζόμενη στην άδηλη κατά το χρόνο υποβολής της εν λόγω προσφοράς, εκδοχή της θετικής εκβάσεως των διαπραγματεύσεων*), αφετέρου δε... δεν αιτιολογείται». Με δούρειο ίππο την αιτιολογία, το Συμβούλιο της Επικρατείας διέπραξε, κατά τη γνώμη μου, μεθοδολογικό και νομικό ατόπημα, μεταφέροντας την αντιπαράθεση στο χώρο των ουσιαστικών περί μελλοντικών αποτελεσμάτων κρίσεων – το Εφετείο είχε αντίθετα θεωρήσει ότι η υποβολή της προσφοράς εξαγοράς επέτρεπε τη συναγωγή επενδυτικών συμπερασμάτων από οποιονδήποτε συνετό επενδυτή χωρίς να απαιτείται να έχουν διευκρινισθεί όλα τα στοιχεία (όροι χρηματοδότησης, έλεγχοι, νομικοί όροι, εγκρίσεις από εποπτικές αρχές) που επικαλείτο η ελληνική τράπεζα.

Η νομική λογική θα επέβαλλε στο Δικαστήριο να επικεντρωθεί στο «ευλόγως» του νόμου και όχι στην πληρότητα των αποδεικτικών στοιχείων για κάτι που είναι εκ φύσεως αδύνατο να αποδειχθεί πλήρως. Ακριβώς επειδή η προνομιακή πληροφορία αφορά πάντα μελλοντικές εξελίξεις και συνδέεται εγγενώς με κάποιο βαθμό αμφιβολίας (οι insiders ή οι knowers μαθαίνουν κάτι πριν από όλους τους άλλους και πριν αυτό που έμαθαν επιφέρει τα τελικά αποτελέσματά του στον οικονομικό κόσμο), ο νομοθέτης απαιτεί «εύλογη» και όχι «πλήρη», ούτε καν «υψηλή», πιθανολόγηση. Το ΔΕΕ έχει νομολογήσει ότι «η φράση που ευλόγως μπορεί να αναμένεται»<sup>32</sup> καλύπτει «μελλοντικές καταστάσεις και γεγονότα, των οποίων η επέλευση αποδεικνύεται, βάσει συνολικής εκτιμήσεως των διαθέσιμων στοιχείων, *ρεαλιστική*»<sup>33</sup>. Και τι πιο ρεαλιστικό από το να υπολογίζεις ότι η διείδυση μιας ελληνικής τράπεζας σε μια μεγάλη αγορά μιας αναπτυσσόμενης γειτονικής χώρας θα δυναμώσει μάλλον παρά θα αποδυναμώσει την επιχειρηματική υπόσταση και τις προοπτικές της και θα έχει θετική μάλλον παρά αρνητική επίπτωση στην τιμή της με-

31 Ο αναγνώστης θα παρατήρησε ασφαλώς τη μετάβαση, από φράση σε φράση της απόφασης, από τη «μη νομική δεσμευτικότητα» στη «δεσμευτικότητα» της ίδιας πράξης, δηλαδή της πρότασης εξαγοράς.

32 Φράση η οποία συναντάται πανομοιότυπα και στο άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 2003/124 και στο στοιχείο αα της παρ. 1 του άρθρου 6 του ν. 3340/2005.

33 «Υπόθεση Geltl», ό.π. υποσημ. 28. Βλ και σχόλια Μερσίν, Τουντόπουλου, ό.π. Στη «νέα MAR» (βλ. υποσημ. 28), το έχοντας υπόψη υπ' αριθμ. 16 χρησιμοποιεί άμεσα δανεισμένη από την ως άνω νομολογία διατύπωση: «Το επιμέρους στάδιο μιας παρατεταμένης διαδικασίας μπορεί αφ' εαυτού να συνιστά μια υφιστάμενη κατάσταση ή γεγονός ή να υπάρχει *ρεαλιστική προοπτική* ότι θα υπάρξει ή θα συμβεί βάσει μιας συνολικής εκτίμησης των παραγόντων που επενεργούν τη δεδομένη χρονική στιγμή».

τοχής της; Πόσο μάλλον, προκαλείται σχεδόν κανείς να προσθέσει, όταν η επιχειρηματική αυτή εξέλιξη και ο θετικός αυτός αντίκτυπος είχαν ήδη λάβει χώρα όταν αποφάσιζε το Δικαστήριο.

Η ερμηνεία αυτή – η μόνη δυνατή – του «εύλογου» συνδέεται άρρηκτα και με την έννοια του «συνετού επενδυτή» που χρησιμοποιεί σε άλλο σημείο των συναφών διατάξεων<sup>34</sup> τόσο ο κοινοτικός όσο και ο εθνικός νομοθέτης. «Συνετός επενδυτής», πάντα σύμφωνα με την απόφαση *Geltl*, είναι αυτός που βασίζει τις επενδυτικές αποφάσεις του στις πληροφορίες που ήδη διαθέτει, συνεκτιμώντας πρώτα τις «πιθανότητες επελεύσεως» του γεγονότος το οποίο αφορά η προνομιακή πληροφορία και ακολούθως τον «αναμενόμενο αντίκτυπο» του γεγονότος. «Εύλογος», «πιθανότητες», «αναμενόμενος αντίκτυπος» – και όλα αυτά ενόψει εξασφάλισης της εμπιστοσύνης των επενδυτών στην ακεραιότητα της αγοράς: πόσο πιο σαφές να καταστήσει η Οδηγία και η ευρωπαϊκή νομολογία ότι το πρωταρχικό στην αντιμετώπιση της προνομιακής πληροφορίας δεν είναι η βεβαιότητα υλοποίησής της στον πραγματικό κόσμο αλλά η μη χρήση ή η έγκαιρη δημοσιοποίηση της;

Ως την «απόφαση *Finansbank*» η νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων αμφισβητηντευόταν ως προς την ερμηνεία του «ευλόγου». Σε ορισμένες περιπτώσεις ακολουθήθηκε ο ορθός και συμβατός με τις ευρωπαϊκές κατευθύνσεις νομικός δρόμος: «Τα γεγονότα που γνώριζε ο προσφεύγων οδηγούν στο συμπέρασμα ότι οι διαπραγματεύσεις είχαν προχωρήσει σε σημείο που *ευλόγως* μπορούσε να αναμένεται ότι θα υπάρξει συμφωνία για την πώληση μεγάλου αριθμού μετοχών, η οποία είναι ευνόητο ότι θα επηρέαζε την τιμή της συγκεκριμένης μετοχής, διότι το ποσοστό του μετοχικού κεφαλαίου που επρόκειτο να πωληθεί ήταν σημαντικό» (αναζήτηση της λογικής συνέπειας και όχι της πλήρους απόδειξης)<sup>35</sup>. Επίσης, σε πιο θεωρητικό επίπεδο: «μια πληροφορία θεωρείται «προνομιακή» εφόσον επιτρέπει τη *συναγωγή συμπερασμάτων* σχετικά με την πιθανή επίπτωση αυτής της κατάστασης ή του γεγονότος στις τιμές χρηματοπιστωτικών μέσων ή των συνδεδεμένων με αυτά παράγωγων χρηματοπιστωτικών μέσων και *δεν απαιτείται να αποδειχθεί ότι πράγματι επηρεάστηκε η τιμή της μετοχής*» (το κρίσιμο είναι η ευλόγως αναμενόμενη δυνατότητα επηρεασμού και όχι ο εν τοις πράγμασι επηρεασμός)<sup>36</sup>.

Άλλες αποφάσεις, αντίθετα, είχαν ήδη ανακαλύψει τον ολισθηρό δρόμο της «πλήρους απόδειξης»: «από κανένα στοιχείο δεν συναγόταν το μέγεθος που θα είχε η τυχόν αναπροσαρμογή», «κανένα στοιχείο δεν παρατίθεται από το οποίο να προκύπτει ότι κατά το χρόνο που έλαβε χώρα η ως άνω ανακοίνωση η πορεία του χρηματιστηριακού δείκτη ήταν *εξαιρετικά θετική*», «προκύπτει ότι η τιμή της μετοχής δεν ήταν *θεαματικά ανοδική*, αλλήλ εντός των συνήθων διακυμάνσεων ... , η δε πτώση της

34 Κατά το ν. 3340/2005, το «εύλογο» συναρτάται με το κατά πόσο μια πληροφορία είναι συγκεκριμένη, ενώ ο «συνετός επενδυτής» με την επίπτωση επί της τιμής

35 ΔΕΦΑΘ 1749/2006.

36 ΔΕΦΑΘ 4479/2013.

*θα μπορούσε να αποδοθεί στην από... ανακοίνωση και όχι σε αυτή της...»<sup>37</sup>. Επίσης, «πληροφορία η οποία, εάν γινόταν δεκτή, θα οδηγούσε αυτή και μόνον το μέσο επενδυτή σε διαμόρφωση γνώμης η οποία θα μπορούσε να επηρεάσει τη συμπεριφορά του ως προς τη μετοχή της εταιρίας», «η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς [...] δεν απέδειξε ότι δεν θα πραγματοποιηθεί τελικώς η μεταβίβαση...»<sup>38</sup>. Κι ακόμα: «Από μόνο το γεγονός αυτό, δηλαδή της εκ των υστέρων διαπίστωσης της θετικής εξέλιξης στα κέρδη της προσφεύγουσας δεν μπορεί να συναχθεί μετά βεβαιότητας, ούτε εύλογα σε κάθε περίπτωση προκύπτει [...] ότι η αύξηση θα εξελισσόταν τόσο θετικά [...] γεγονός που οπωσδήποτε γνώριζαν τα αρμόδια όργανα της προσφεύγουσας εταιρίας, ώστε να κατείχαν πράγματι συγκεκριμένη προνομιακή πληροφορία»<sup>39</sup>. Στην τελευταία περίπτωση έχουμε πολλαπλά πρωθύστερα και λογικά άλματα: όχι μόνο αναζητείται η βεβαιότητα, αλλά και το γεγονός ότι το αποτέλεσμα που δεν μπορούσε μετά βεβαιότητας να προβλεφθεί τελικά επήλθε, χρησιμοποιείται ως επιχείρημα υπέρ της αβεβαιότητάς του.*

Η εφαρμογή των κανόνων περί προνομιακής πληροφορίας στην πράξη θα ήταν πιο απλή και πιο ορθή, εάν τα ελληνικά δικαστήρια ακολουθούσαν παγίως το δρόμο της «σύμφωνης με το πνεύμα του θεσμού και του νόμου ερμηνείας»: ο συνδυασμός της ιδιότητας του insider ή του knower με την εκ μέρους αυτού του προσώπου έντονη συναλλακτική συμπεριφορά κατά την κρίσιμη περίοδο αποτελεί ισχυρό τεκμήριο για την ύπαρξη προνομιακής πληροφορίας. Το «συγκεκριμένο» μιας πληροφορίας δεν πρέπει να ταυτίζεται με τη βέβαια μελλοντική μετατροπή της πληροφορίας σε γεγονός. Εφόσον αυτό που απαιτείται είναι η ρεαλιστική πιθανολόγηση της επέλευσης του γεγονότος το οποίο αφορούσε η προνομιακή πληροφορία, καθώς και των επιπτώσεών του επί της τιμής της μετοχής, το νομικά κρίσιμο δεν είναι να αποδειχθεί πλήρως η επέλευση, αλλά ο δεσμός, της αρχικής πληροφορίας με την απόκτηση παράνομου πλεονεκτήματος από τον κάτοχό της. Είναι μια σειρά από βήματα που τα δικαστήρια, με πρώτο το Συμβούλιο της Επικρατείας, οφείλουν να κάνουν, ειδικά μετά την «απόφαση Finansbank», εάν θέλουν να ξεκαθαρίσουν το τοπίο και να μην υποπέσουν σε μια ιδιότυπη μορφή σύγκρουσης συμφερόντων: σύγκρουση με τη λογική και με τον προστατευτικό σκοπό θεσμών και διατάξεων που κάθε άλλο παρά αποκλειστικά εθνικό χαρακτήρα έχουν. Ιδίως τώρα που, μετά τη θέση σε εφαρμογή της «νέας MAR», ο κοινοτικός νομοθέτης, χωρίς τη διαμεσολάβηση πλέον του εθνικού, δείχνει ακόμα πιο ξεκάθαρα το δρόμο.

37 ΔΕΦΑΘ 2806/2007.

38 ΔΕΦΑΘ 656/2008.

39 ΔΕΦΑΘ 1774/2013.



Bernadette Muscat\*

## The Regulation of Close-out Netting at a Turning Point?

### The Concepts of Netting and Close-out Netting

In its simplest form, netting is the process by which reciprocal claims owing by two parties may be compensated or reconciled with each other so that only one net amount is payable by one party to the other, unless the claims totally extinguish each other. Netting has evolved from the more traditional concept of set-off, which is the cancelling of mutual claims or cross demands. The objects of netting are mainly twofold. First, it serves to reduce the risk of counterparty exposures and thus is purported to protect the stability and integrity of the 'netting community' and, indirectly, others dependent on this community. Secondly, it also reduces transaction costs, including the costs of resorting to credit facilities and giving collateral or other security to cover gross exposures. Mainly for these reasons, netting as a technique is ideally suited for use in the financial markets.

Derived from the concept of netting, close-out netting is today recognised as one of the most important devices used in the financial markets to reduce exposure to risk since it entitles market participants upon the occurrence of an event triggered by the close-out provisions of an agreement to terminate outstanding obligations and decrease the multiple amounts due between the parties to a net exposure. Typically, close-out netting is a process created by contract. The close-out netting mechanism of a standard netting contract comes into operation either by a notification sent by one party upon the occurrence of a pre-defined event, such as default or insolvency of its counterparty or it is triggered automatically upon the occurrence of that event. The mechanism extends to existing or future financial obligations between the parties that are contractually included in the netting contract. Upon close-out, all outstanding obligations are terminated and the value of each is determined in terms of a valuation mechanism defined in the netting contract itself. The aggregate value of all obligations is calculated to achieve one single payment obligation which is the only amount required to be settled.

A close-out netting mechanism typically comprises three steps: (i) termination of the transactions or obligations subject to the relevant close-out netting provi-

---

\* The author is the Head of the Legal Department of the Central Bank of Malta. Views expressed in this article are the personal views of the author and may not necessarily be the views of the Central Bank of Malta.

sion following a trigger event, (ii) valuation in monetary terms of the closed-out transactions or obligations and (iii) determination of a net balance (sometimes called the netting proper) to be paid by one of the parties to the other.<sup>1</sup> In the *termination* phase the non-defaulting party closes all outstanding obligations normally through an acceleration of the maturity periods.<sup>2</sup> Acceleration refers to the situation where an obligation becomes due and payable before the contractually agreed date. Termination as a functional mechanism extends to a number of open transactions between the parties which are covered by the relevant close-out netting arrangement and are outstanding upon the occurrence of a pre-defined event, as in the case of a default or the insolvency of the counterparty. Termination is a right given to the non-defaulting party typically exercised by notification given to the other party upon the occurrence of a pre-defined event, unless the parties have agreed on automatic termination and this is permitted by national law. The termination may relate to obligations under more than one financial contract which are, for instance, linked by a master-master netting agreement. In such a case, whilst the unsettled financial contracts may be terminated, the netting agreement itself should not be terminated for the close-out netting agreement to function properly.<sup>3</sup>

In the *valuation* phase the method of determining the value of each transaction being terminated is, unless otherwise restricted by mandatory national law, executed in accordance with the calculation mechanism stipulated in the netting contract, typically representing the market value or replacement cost of the terminated transactions. The valuation phase aims to transform the outstanding obligations, which may be either payment or delivery obligations (such as obligations to deliver securities or commodities) into obligations of monetary value. Under the pre-defined valuation mechanism, the value of the closed-out transactions is aggregated and determined in a single currency.

In the *determination of the net balance*, the positive values, i.e. those due to the non-defaulting party, and the negative values, i.e. those due from the non-defaulting

- 
- 1 Ian Annetts and Edward Murray, 'Set-off, Netting, and Alternatives to Security', in Prentice, D. & Reisberg, A., *Corporate Finance Law in the UK and EU*, (Oxford University Press, 2012) at p 269; Marcel Peeters, 'On Close-Out Netting', in Keijser, T (ed.), *Transnational Securities Law*, (Oxford University Press, 2014) at p 59; International Swaps and Derivatives Association, Inc (ISDA), *The Importance of close-out netting – ISDA Research Notes* (Number 1, 2010) at p 3; Rory Derham, *Derham on the Law of Set-off*, (Oxford University Press, 2010) at p 761; Miguel Virgós & Francisco Garcimartín, 'Close-out netting, Insolvency and Resolution of Financial Institutions in the EU: A Conflict of Laws Analysis' in Santen, B. & van Offeren, D (eds.), *Perspectives on International Insolvency Law: A Tribute to Bob Wessels*, (Wolters Kluwer Business, 2014) at p 153.
  - 2 This step is sometimes called *early termination* as it occurs prior to the scheduled termination dates of the outstanding obligations. See David L Mengle, 'Close-out Netting and Risk Management in Over-the-Counter Derivatives', An ISDA and Fordham University Paper (June 1, 2010) at p 3.
  - 3 UNIDROIT, *Report on the need for an international instrument on the enforceability of close-out netting in general and in the context of bank resolution*, (Study LXXVIII, March 2011) at p 73.



party, are netted against each other in order to determine a final close-out amount. The determination of a net balance is the 'pure' netting phase in the close-out netting process<sup>4</sup> and involves the calculation of losses and gains over the whole series of mutual transactions and their aggregation to form a single net amount. This aggregation of values thus reduces the various obligations arising under the individual transactions into one single payment obligation which is due by one party to the other. The same result may be achieved through novation when the parties agree that upon termination of all open transactions, a new obligation arises representing the relevant aggregate value of the old obligations.<sup>5</sup> In the case of insolvency, if this net amount is positive for the insolvent party, the solvent party must pay.<sup>6</sup> If, by contrast, the solvent party is 'in-the-money', the insolvent party will not pay but the solvent party becomes general creditor in the amount of the calculated balance, if not covered by collateral.<sup>7</sup>

As a general rule, the close-out netting process forms the core of standard master agreements used by market participants and members of industry representative organisations<sup>8</sup> in relation to securities repurchase or lending agreements and derivatives contracts. The basic principle sustaining these agreements is that the obligations they govern form a bundle that should not be dismantled in order to make it possible for the aggregate value of all unperformed obligations to be computed and converted into one single (net) payment obligation.<sup>9</sup> Taking as an example Section 1(c) of the 2002 ISDA Master Agreement, this principle will be phrased as follows:

**"Single Agreement.** All Transactions are entered into in reliance on the fact that this Master Agreement and all Confirmations form a single agreement between the parties (collectively referred to as this "Agreement"), and the parties would not otherwise enter into any Transactions."

4 See Marcel Peeters, 'On Close-Out Netting', in Keijser, T (ed.), *Transnational Securities Law*, (Oxford University Press, 2014) at p 59.

5 UNIDROIT, *Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions*, (Study LXXVIII C, 2013) at p 16.

6 The non-defaulting party which is 'out-of-the-money' may refuse to pay the insolvent party if a so-called 'walk-away clause' has been incorporated into the netting agreement, where this clause is enforceable under the applicable national laws. Netting agreements which include a walk-away clause are typically not recognised by regulatory standards in relation to balance sheet netting for capital adequacy purposes.

7 Philipp Paech, 'Close-out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws', LSE Law, Society & Economy Working Papers 14/2014 at p 7.

8 See, for example, the International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA) Master Agreements of 1992 and 2002 available at < <http://www.isda.org/publications/isdamasteragrmnt.aspx>>; the Global Master Repurchase Agreement of the International Capital Market Association (ICMA) available at < <http://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/short-term-markets/Repo-Markets/global-master-repurchase-agreement-gmra/>>; and the Global Master Securities Lending Agreement of the International Securities Lending Association available at < <http://www.isla.co.uk/gmsla/98-masteragreements/138>>.

9 Philipp Paech, 'Systemic risk, regulatory powers and insolvency law – The need for an international instrument on the private law framework for netting', (2010) Working Paper Series No 116 Institute for Law & Finance, University of Frankfurt at p 22.

It is the parties to the netting contract that determine the termination events which trigger the close-out netting mechanism. The events consist in one of the parties defaulting on one or more of its obligations, or in its entering into insolvency proceedings, including the appointment of a state administrator or authority to manage the assets of the failing party. A termination event could also refer to external circumstances such as the impossibility of performing an obligation under one of the provisions of the financial netting contract or the downgrading in credit rating of one of the parties after its merger with another company.

The event of insolvency is frequently mentioned as the most important trigger for the mechanism of close-out netting because it is upon insolvency that the more serious risks, in particular systemic risks, are deemed to arise. Systemic risk is the risk that the failure of one participant to pay or deliver will cause other participants to be unable to meet their obligations when due, giving rise to a chain reaction or domino effect. It has been stated that given legally enforceable netting arrangements, the failure of a large financial institution will diminish exposure to systemic risk if gross claims against the failed institution could be netted out to a smaller fraction.<sup>10</sup>

A number of jurisdictions worldwide have granted recognition to close-out netting and have enacted laws which permit the enforceability of a financial netting contract following the commencement of insolvency proceedings.<sup>11</sup> The phrase 'in accordance with its terms' is the term commonly used to denote the standard of enforceability recommended for close-out netting provisions. This standard features in Principle 6 of the study published by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) on Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions. In relation to the operation of close-out netting provisions, it is stipulated in Principle 6 (1) of the said UNIDROIT Principles that:

"The law of the implementing State should ensure that a close-out netting provision is enforceable *in accordance with its terms*. In particular, the law of the implementing State:

(a) should not impose enforcement requirements beyond those specified in the close-out netting provision itself..."<sup>12</sup> (Emphasis added).

In the explanatory text to Principle 6 of the UNIDROIT Principles it is stated that the operation of close-out provisions should be governed by the terms agreed by the parties, both before and after the commencement of insolvency proceedings and,

10 Bank for International Settlements (BIS), *Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten Countries* (the "Lamfalussy Report"), (November 1990) at p 6.

11 According to information published by ISDA, there are over forty jurisdictions which provide for the enforceability of netting contracts in the light of the application of insolvency laws. The list of these jurisdictions is available on the ISDA website at <<http://www2.isda.org/functional-areas/legal-and-documentation/opinions/>>. For an overview of global netting laws see Philip R Wood, *Set-off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (Sweet & Maxwell 2007) at p 132 *et seq*.

12 UNIDROIT Study LXXVIII C, *Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions*, (2013) Principle 6 at p 4.

as a general rule, the implementing States should not impair the operation of close-out netting provisions by imposing restrictions under national laws and regulations, neither in the form of general rules nor through specific rules directed against close-out netting.<sup>13</sup> This implies that close-out netting rights should be exercised on the basis of a private contract and, generally speaking, are subject to party autonomy.<sup>14</sup>

## EU Close-out Netting Regulation

In the EU, the substantive regulation of netting, netting contracts or netting provisions features in Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement systems (the “Settlement Finality Directive”)<sup>15</sup> and Directive 2002/47/EC on financial collateral arrangements (the “Financial Collateral Directive”)<sup>16</sup>.

The Settlement Finality Directive was adopted in 1998 and may be considered as the first EU legal act to harmonise aspects of netting. The Directive applies to a designated payment system and securities settlement system<sup>17</sup> for the execution of cash or securities transfer orders whose participants are credit institutions and investment firms, or EU branches of foreign credit institutions and investment firms, public authorities or publicly guaranteed undertakings, a central counterparty, a settlement agent, a clearing house or a system operator.<sup>18</sup> A Member State may decide that an indirect participant may be considered as a participant if this is justified on systemic grounds.<sup>19</sup> This Directive aims to reduce systemic risk associated with operating and participating in payment and securities settlement systems, in particular risks associated with the insolvency of a participant in a system.<sup>20</sup> To this

13 *Ibid.* at p 48.

14 Ole Böger, ‘Close-out netting provisions in private international law and international insolvency law (Part I) (2013) 18(2) Uniform Law Review 232, 240.

15 Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems, [1998] OJ L 166/45, as amended by Directive 2009/44/EC, [2009] OJ L146/37, Regulation (EU) No 648/2012, [2012] OJ L 201/1 and Regulation (EU) No 909/2014, [2014] OJ L 257/1.

16 Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements, [2002] OJ L 168/43, as amended by Directive 2009/44/EC, [2009] OJ L 146/37, and Directive 2014/59/EU, [2014] OJ L 173/190.

17 A system is defined in Article 2(a) of the Directive to consist of a formal arrangement between three or more participants (excluding the system operator of that system, a possible settlement agent, a possible central counterparty, a possible clearing house or a possible indirect participant and excluding an arrangement entered into between inter-operable systems) with common rules and standardised arrangements for the clearing or execution of transfer orders between the participants designated by a Member State as covered by the Directive.

18 See Article 2(f).

19 In terms of Article 2(g) an indirect participant has a contractual relationship with a participant in a system executing transfer orders which enables the indirect participant to pass transfer orders through the system, provided that the indirect participant is known to the system operator.

20 This is confirmed by the European Commission in its Evaluation Report on the Directive: “The SFD was the Community legislator’s response to the concerns identified by the Committee on Payment and Securities Systems (CPSS) under the auspices of the Bank for International Settlements regarding systemic risk.” See Report from the Commission, *Evaluation report on the Settlement Finality Directive 98/26/EC (EU 25)*, (27.3.2006) COM(2005) 657 final/2 at p 3.

end, it provides for the finality and irrevocability of transfer orders once they are entered into a system, notwithstanding the insolvency of one or more system participants. This is achieved by a number of rules stipulated in the Directive. Thus, system participants are not entitled to revoke a transfer order that has been entered into a system, neither can a third party's action result in a transfer order being revoked.<sup>21</sup> Insolvency proceedings cannot be given retroactive effect on the rights and obligations of participants arising from their participation in a system earlier than the moment of opening of the insolvency proceedings<sup>22</sup>. Collateral security<sup>23</sup> provided by a participant to a system in connection with liabilities arising from that system or provided to a central bank cannot be affected by the opening of insolvency proceedings against that participant.<sup>24</sup>

The Directive applies both to net and gross settlement systems, the latter typically settling on a real-time basis. The Directive stipulates that netting<sup>25</sup> is legally enforceable, whether it is bilateral or multilateral, notwithstanding the insolvency of a participant in a system. In terms of Article 3:

"1. Transfer orders and netting shall be legally enforceable and binding on third parties even in the event of insolvency proceedings against a participant, provided that the transfer orders were entered into the system before the moment of opening of such insolvency proceedings as defined in Article 6(1). This shall apply even in the event of insolvency proceedings against a participant (in the system concerned or in an interoperable system) or against the system operator of an interoperable system which is not a participant.

Where transfer orders are entered into a system after the moment of opening of insolvency proceedings and are carried out within the business day, as defined by the rules of the system, during which the opening of such proceedings occur, they shall be legally enforceable and binding on third parties only if the system operator can prove that, at the time that such transfer orders become irrevocable, it was neither aware, nor should have been aware, of the opening of such proceedings.

---

<sup>21</sup> See Article 3.

<sup>22</sup> See Article 7.

<sup>23</sup> Collateral security has been widely defined in Article 2(m) to include all realisable assets, including financial collateral referred to in Article 1(4)(a) of the Financial Collateral Directive provided under a pledge, a repurchase agreement or otherwise. In terms of Article 1(4)(a) of the Financial Collateral Directive, financial collateral consists of cash, financial instruments (mainly shares and negotiable bonds) and credit claims.

<sup>24</sup> See Article 9(1).

<sup>25</sup> Netting is defined in Article 2(k) as the conversion into one net claim or one net obligation of claims and obligations resulting from transfer orders which a participant issues or receives from other participants with the result that only a net claim can be demanded or a net obligation owed. The reference to transfer orders in the definition of netting indicates that the reference is primarily to settlement netting. However, under the Directive netting is also given features of insolvency close-out netting in the sense that the insolvency of one of the participants, as in the case of insolvency close-out netting, should not inhibit the effectiveness of netting transfer orders in relation to that participant in order to arrive at one net amount, provided the conditions of the Directive are fulfilled. Thus, notwithstanding the insolvency of one of the participants, the other participants can "close-out" against it and "set-off" amounts owed against each other.

2. No law, regulation, rule or practice on the setting aside of contracts and transactions concluded before the moment of opening of insolvency proceedings as defined in Article 6(1) shall lead to the unwinding of a netting. [...]"

Under Article 6(1), the moment of opening of insolvency proceedings is the moment when the relevant judicial or administrative authority handed down its decision. Insolvency proceedings comprise any collective measure that involves a suspension of payments, including liquidation and reorganisation measures, but does not include a crisis prevention measure or a crisis management measure taken under Directive 2014/59/EU establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (the "Bank Recovery and Resolution Directive" or "BRRD")<sup>26</sup>.

Article 3 establishes three important rules in relation to netting. First, as a general rule netting should be enforceable if transfer orders are entered into a system before the moment of opening of insolvency proceedings. This rule protects netting from the application of national insolvency law. Thus, it protects against cherry-picking powers<sup>27</sup> where applicable and, when read in conjunction with Article 7, abolishes the effects of the zero-hour rule<sup>28</sup> applicable under the insolvency rules of some national insolvency laws. Second, if transfer orders are entered into a system after the opening of insolvency proceedings, netting is enforceable subject to conditions, namely the system operator should not be aware of the opening of insolvency proceedings and settlement (by netting or in gross) of the transfer orders is completed on the same business day. Third, there can be no unwinding or reversibility of netting if transfer orders entered the system before the opening of insolvency proceedings. This rule is important for the finality of transfer orders and for systemic risk, and seeks to avoid that the insolvency of a system participant leads to other system participants being short of liquidity or securities at the time of settlement. Although netting, in the circumstances considered above, may not be unwound, the legal validity and enforceability of the underlying transaction is not protected under the Directive. If suc-

26 Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/30/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council, [2014] OJ L 173/190. This exclusion was introduced by Article 68(1) of the BRRD.

27 See the *Encyclopaedia of Banking Law, Division F2 The Effect of Insolvency on Banking and Finance Transactions*, edited Andrew McKnight (Butterworths Lexis Nexis) where in paras 25-35 cherry-picking is defined as the right of the administrator or liquidator to decide, on a contract-by-contract basis, which particular contracts should be disclaimed and which should be pursued. This may result in a situation where the administrator or liquidator may choose to disclaim one or more contracts with a party but continue with one or more contracts with the same party as these might be more profitable to the insolvent party. In such circumstances the solvent party may find itself in the position of being obliged to continue to perform under contracts which are unfavourable to it, whilst having to prove in the insolvency proceedings the loss suffered as a consequence of the disclaimed contracts.

28 This rule brings forward the commencement of insolvency proceedings to 0:00 hours of the day of the decision to open insolvency proceedings.

cessfully challenged, the beneficiary of the transfer order might have to restore the value (of cash or securities) that was transferred to it.<sup>29</sup>

Further harmonisation in the regulation of netting was achieved in 2002 by means of the Financial Collateral Directive. This Directive introduces an EU framework for financial collateral and seeks to improve the legal certainty and simplicity in the enforceability of financial collateral arrangements concluded between specified financial market participants. In terms of this Directive Member States are obliged not to make the creation, validity, perfection, enforceability or admissibility of a financial collateral arrangement dependent on the performance of any formal act, provided that the collateral taker in effect has possession or control of the collateral. Member States must also ensure that collateral takers are able to realise financial collateral by sale or appropriation of the collateral and by setting off their value against the relevant financial obligations.

The scope of the Directive is broadly speaking limited by two aspects, namely its material and personal scope. Article 1 the Directive establishes a regime applicable to financial collateral arrangements where the parties include any of the following entities: (i) a public authority (excluding publicly-guaranteed undertakings), (ii) a central bank, the European Central Bank, the Bank for International Settlements, a multilateral development bank, the International Monetary Fund and the European Investment Bank, (iii) a financial institution subject to prudential supervision including a credit institution, an investment firm, a financial institution, an insurance undertaking, an assurance undertaking, an undertaking for collective investment in transferable securities (UCITS) and a management company, (iv) a central counterparty, settlement agent or clearing house, including similar institutions acting in the futures, options and derivatives markets and legal persons who act in a trust or representative capacity on behalf of persons that include bondholders or holders of other forms of securitised debt, and (v), at the option of Member States, a person other than a natural person, including unincorporated firms and partnerships, provided that the other party is an institution as defined above. Thus, the Directive excludes from the personal scope of the Directive natural persons and legal persons, though the latter may be included at the option of Member States, if they are dealing with any of the entities covered by the Directive.

In terms of the material scope of the Directive, it is stated in Article 1(5) that the Directive applies to financial collateral arrangements which may be evidenced in writing or in a legally equivalent manner. A financial collateral arrangement is

---

29 This is evident from Recital (13) which provides as follows: "Whereas nothing in this Directive should prevent a participant or a third party from exercising any right or claim resulting from the underlying transaction which they may have in law to recovery or restitution in respect of a transfer order which has entered a system, e.g. in case of fraud or technical error, as long as this leads neither to the unwinding of netting nor to the revocation of the transfer order in the system".

defined in Article 2(a) as a title transfer type of arrangement such as a repo or a security type of arrangement such as a pledge whether or not these are covered by a master agreement or general terms and conditions. In terms of Article 1(4), the financial collateral must consist of cash, financial instruments or credit claims. Member States may also exclude from the scope of the Directive credit claims where the debtor is a consumer or a micro or small enterprise.<sup>30</sup>

Close-out netting is regulated by Article 7 of the Financial Collateral Directive. Article 2(n) defines a close-out netting provision as a provision of a financial collateral arrangement or of an arrangement of which a financial collateral arrangement forms part. Recital (14) stipulates that close-out netting provisions are being protected under the Directive as they enable market participants “to manage and reduce their credit exposures arising from all kinds of financial transactions on a net basis, where the credit exposure is calculated by combining the estimated current exposures under all outstanding transactions with a counterparty [...]”. It is evident that the primary scope for protecting close-out netting provisions under the Financial Collateral Directive is to safeguard their risk mitigation function. The approach is therefore inclined towards the protection of the private benefits accruing to parties of a close-out netting agreement.

Article 7 postulates a close-out netting protection clause which, at first glance, appears to grant full recognition to party autonomy in the formulation and enforceability of close-out netting provisions. Article 7 obliges Member States to ensure that close-out netting provisions can take effect in accordance with their terms notwithstanding the commencement or continuation of winding-up proceedings or reorganisation measures in respect of either of its parties and notwithstanding any purported assignment, judicial or other attachment or other disposition in respect of such rights. In order for a close-out netting to be effective in its own terms it is important that the collateral provision is drafted so as to provide clearly for those events which will trigger its applicability. The enforceability of close-out netting rights should not be subject to prior notice or to the approval of any court, public officer or other person or any other procedural requirement, unless agreed by the parties.

The enforceability of financial collateral arrangements in an insolvency situation, including of close-out netting provisions of which they form part, is further regulated by Article 8. Under this Article, financial collateral provisions may not be

---

30 Article 3(3) provides *inter alia* that Member States have to ensure that debtors of the credit claims may validly waive their rights of set-off vis-à-vis the creditors of the credit claims and vis-à-vis persons to whom the creditor assigned, pledged or otherwise mobilised the credit claim as collateral, but this is without prejudice to any national law on unfair terms in consumer contracts (which may prohibit waiving any rights of set-off). The possibility of the debtor to set-off the credit claims provided as collateral might compromise the position of the collateral taker. Therefore debtors (excluding consumers who continue to be protected under national consumer laws to exercise rights of set-off against their creditors) may validly waive the right of set-off by way of agreement and this should prevail over any conflicting provisions of national law.



declared invalid on the sole basis that they came into existence or the financial collateral was provided: (i) on the day of the commencement of winding-up proceedings or reorganisation measures, but prior to the order or decree making that commencement, or (ii) in a prescribed period prior to the commencement of such proceedings or measures or by reference to the making of any order or decree or the taking of any other action or occurrence of any other event in the course of such proceedings or measures. This provision would therefore protect close-out netting provisions from cherry-picking powers or suspect periods or zero-hour rules.

Article 8 also protects financial collateral arrangements which come into existence on the day of, but after the moment of the commencement of, winding-up proceedings or reorganisation measures if the collateral taker can prove that he was not aware, nor should have been aware, of the commencement of such proceedings or measures.<sup>31</sup> According to Keijser, the burden of proof lies with the counterparty of the insolvent party to prove that it did not know and should not have known about the insolvency. It will be almost impossible to prove this once the information about the insolvency becomes publicly available, because it is assumed that a counterparty ought to have known about it. There may be a time-frame in national law between the declaration of the opening of insolvency proceedings by the court and the actual publication of those proceedings.<sup>32</sup> It could be presumed that in such circumstances the counterparty was acting in good faith.

It would seem that the Financial Collateral Directive provides full protection to party autonomy in the enforceability of close-out netting provisions except for certain limitations which may be imposed under national law. One reference is made in Article 4(6) which provides that Article 7 is without prejudice to any requirements under national law to the effect that the realisation or valuation of financial collateral and the calculation of the relevant financial obligations must be conducted in a commercially reasonable manner. According to Peeters, this requirement would, in general, be already set in the close-out netting provision concluded between the parties, in particular if the parties have resorted to a master agreement, and should therefore not constitute an additional obstacle to the party autonomy principle. In addition, Recital (15) provides that the Directive is without prejudice to any restrictions or requirements under national law on bringing into account claims, on obli-

31 Paech comments that this provision leaves a number of implementation options to Member States. Thus, Member States may retain reservations regarding the enforceability of close-out netting arrangements, such as prior knowledge. The relevant applicable criteria such as the definition of 'knowledge' may differ depending on the jurisdiction, as there is no harmonised, exhaustive definition of relevant criteria. Paech states that it may be unclear whether the judge of the *forum* will apply the reservations prescribed by the *forum* law even if the law applicable to the relevant close-out netting agreement is foreign. See Philipp Paech, 'Close-out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws', LSE Law, Society & Economy Working Papers 14/2014 at p 24.

32 Thomas Keijser, *Financial Collateral Arrangements: The European Collateral Directive from a Property & Insolvency Law Perspective: an Academic Essay in Law*, (Kluwer Legal Publishers, 2006) at p324.



gations to set-off or on netting, for example relating to their reciprocity or the fact that they have been concluded prior to when the collateral taker knew or ought to have known of the commencement (or of any mandatory legal act leading to the commencement) of winding-up proceedings or reorganisation measures in respect of the collateral provider.<sup>33</sup> As a result of these provisions, it has been stated that the Financial Collateral Regulation does not offer complete certainty in the close-out netting provisions falling under its scope of application. For instance, national law can impose mutuality or reciprocity as requirements for close-out netting. It is equally possible that national law has a say on the issue whether a claim comes into existence prior to the moment that the insolvent party's counterparty came to know or ought to have known of the insolvency, or after that moment. This would be the case of rules on voidable preferences which aim to restrain giving a creditor a preferential position to the detriment of all other creditors. On the other hand, it is uncertain whether Recital (15) allows national law to impose requirements that the obligations being netted must be of the same kind. Thus, it is doubtful whether national law could determine whether cash and securities can be netted out under a repo or a securities lending contract. Keijser is of the opinion that to allow this to be determined by national law would go against the general aim of Recital (14) and Article 7 which are intended to guarantee the enforceability of close-out netting provisions in contracts that relate to cash and different kinds of securities such as a repo agreement.<sup>34</sup> However, it is arguably doubtful whether these provisions of the Financial Collateral Directive can be so widely interpreted as to cover instances of cross-product netting arising under master-master netting agreements such as the Cross-Product Netting Master Agreement which may go beyond the confines of this Directive.<sup>35</sup>

A significant change in relation to the role played by party autonomy in the enforceability of close-out netting provisions has been brought into effect by the BRRD in 2014. Article 118 of the BRRD amends the Financial Collateral Directive by adding a new paragraph to Article 1 of the latter Directive which provides that Articles 4 to 7 are disapplied in relation to any restriction on the enforcement of financial collateral arrangements or any restriction on the effect of a security financial

33 According to Paech, Recital (15) recognises the concerns of national policy makers on losing control over national policies regarding the relationship of the insolvent estate with its creditors, in particular on the scope of the close-out netting provision in relation to the *pari passu* principle notably by defining details of the scope of avoidance and similar powers of the insolvency practitioner or insolvency court. Recital (15) therefore allows Member States to retain restrictions on netting. He states that the precise effect of this 'soft' safeguard is unclear except to send a message that Member States agree to reserve certain questions regarding the enforceability of close-out netting for the *forum law*. See Philipp Paech, 'Close-out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws', LSE Law, Society & Economy Working Papers 14/2014 at p 20.

34 See Thomas Keijser, *Financial Collateral Arrangements: The European Collateral Directive from a Property & Insolvency Law Perspective: an Academic Essay in Law*, (Kluwer Legal Publishers, 2006) at p 303.

35 For instance, the Financial Collateral Directive does not appear to cover instances where deposits may be netted against repo agreements. Moreover, in most instances master-master netting agreements may not form part of a financial collateral arrangement, even if this clause is widely interpreted.

collateral arrangement, any close-out netting or set-off provision imposed under the BRRD or to similar restrictions imposed under the laws of Member States to facilitate the orderly resolution of supervised entities. The BRRD also amends Article 9a to provide that the Financial Collateral Directive is without prejudice, *inter alia*, to the provisions of the BRRD. The effect of these amendments is to subordinate the application of the provisions of the Financial Collateral Directive to those of the BRRD as will be seen below.

## Close-out Netting Rights Revisited

It is increasingly the case that the insolvency and resolution of credit institutions are subjected to special insolvency regimes administered by competent administrative authorities. In terms of the World Bank 2001 Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditors Rights Systems credit institutions are different from other market participants because a safe and sound banking system is indispensable for sustainable economic growth. Moreover, credit institutions are vulnerable to destructive panics caused by a sudden loss of public confidence which would lead to so-called “bank runs” whereby depositors rush to withdraw their deposits from a distressed credit institution.<sup>36</sup> Another reason given by the World Bank for the special treatment of credit institutions is related to the interconnectedness of these institutions with other domestic and international financial institutions whereby the inability of one sufficiently interconnected credit institution to honour its obligations could affect the health of other financial institutions resulting in a systemic crisis both within and across borders. It is therefore considered to be necessary that the prudential regulation and resolution of credit institutions are driven by financial stability considerations.<sup>37</sup>

36 The World Bank Group, *The World Bank Principles and Guidelines for Effective Creditor Rights and Insolvency Systems*, (April 2001), Annex I at para 2. According to the World Bank, this loss of confidence in financial soundness mainly stems from the traditional role of credit institutions in intermediating between short-term demand deposits and medium- and long-term loans with the result that a distressed credit institution may not be able to meet demands for deposit withdrawals, thereby becoming illiquid. *Ibid.* para 4 at p 63.

37 In a 2009 report which updates the concerns expressed in the World Bank 2001 report in relation to the failure of banks, the IMF and the World Bank sum up these financial stability considerations to refer to the smooth functioning of payment and settlement systems, the protection of the depositing public, and the preservation of the credit intermediation function. It is acknowledged in this report that bank failure can produce a much wider spectrum of negative consequences than the failure of non-bank entities. Thus, the inability of a credit institution to execute payments will lead to the disruption of the operation of payment and securities settlement systems, thereby affecting the interbank market and liquidity in the banking system. A bank failure will bring a social crisis since by far the deposit base of credit institutions consists of individual depositors who are only protected by a deposit insurance scheme, if available, which is funded either by the state treasury or the rest of the banking industry. Finally, the interruption of transactions and the loss of public confidence in the banking sector that a bank failure can produce may all converge to trigger a systemic crisis, disrupting the intermediation functions of the banking system. See IMF & World Bank, *An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, (April 17, 2009), at p 16.

It has been stated that this shift in the purpose of insolvency law in relation to credit institutions puts pressure on the relationship between bank insolvency law and general insolvency law. For instance, normal insolvency law remains directed at the liquidation of the insolvent business and the maximisation of credit value, whereas bank insolvency law is directed at both the preservation of certain assets and functions, such as insured deposits and critical services, and the controlled liquidation of all other assets of the credit institution.<sup>38</sup>

Following the financial crisis of the 2008 and 2009, banking regulators and legislators recognised that speedy solutions were required to resolve financial difficulties in larger credit institutions, whilst maintaining the continued performance of their critical functions, and this could be achieved by resorting to administrative rather than judicial processes.<sup>39</sup> In response to this need, the EU adopted two important (and linked) legal acts, namely the Single Resolution Mechanism Regulation<sup>40</sup> and the Bank Recovery and Resolution Directive. Both legal acts adopt a common EU framework of rules and powers for regulators to intervene and manage credit institutions in difficulty, intended to achieve five objectives, namely ensuring the continuity of critical functions, avoiding financial instability and maintaining market discipline, protecting public funds by minimising reliance on public financial support, protecting depositors and investors, and protecting client funds and client assets.<sup>41</sup> In terms of Article 37(3) of the BRRD, resolution tools<sup>42</sup> include the sale of business to a third party, the powers to set up a bridge institution to hold the business of the institution pending a sale to a

38 Matthias Haentjens, 'National Insolvency Law in International Bank Insolvencies', Hazelhoff Research Paper Series No. 4 (14 May 2014) at p 3. Haentjens notes two consequences of this pressure in the relationship between general insolvency law and bank resolution law. From a theoretical perspective, it may endanger the coherence of relevant national systems of law which can thus affect the efficiency, transparency and rationality of a legal system. Thus, any incoherence between bank resolution rules and insolvency law may undermine the equality, legal certainty and rationality of a legal system. From a practical perspective, as a matter of legal interpretation, bank resolution rules will be deemed to be embedded in the general insolvency regime and hence the latter regime will remain applicable in the case of a *lacuna* in the specific bank resolution rules. *Ibid.* at p 4.

39 Peter King & Alexander Wood, 'The EU Recovery and Resolution Directive: preventing another financial crisis', (November 2013) Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 641, 641.

40 Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 [2014] OJ L225/1.

41 See Article 31(2). It may not be possible to meet all objectives when exercising resolution powers. Thus, it may not be feasible to protect depositors without recourse to public funds. The resolution authority's task is therefore to balance competing objectives by means of subjective judgments. See Peter King & Alexander Wood, 'The EU Recovery and Resolution Directive: preventing another financial crisis', (November 2013) Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 641, 641.

42 In terms of Article 32(1), resolution powers can only be used if all of the following conditions are met: (i) the institution is failing or is likely to fail, defined under Article 32(4) to include not only traditional insolvency standards such as inability to pay debts as they fall due and balance sheet insolvency, but also failure to maintain sufficient regulatory capital and a situation where public financial support is needed to prevent serious disturbance to the economy of a Member State or to preserve financial stability; (ii) there is no reasonable prospect that any other action, including the use of the regulator's powers, would avoid failure; and (iii) resolution action is necessary in the public interest.

third party, a power to separate assets (into good and bad assets) and transfer them into two or more vehicles, and bail-in, *i.e.* the write-down and conversion powers in relation to liabilities in accordance with Article 43.

The Regulation grants powers to the Resolution Board established under this Regulation to intervene in respect of a credit institution or investment firm regulated under the Banking Union, whilst the Directive regulates the measures that may be taken by national resolution authorities in respect of credit institutions and investment firms<sup>43</sup> in the EU single market which are outside the Banking Union. The provisions regulating close-out netting arrangements are contained in the Bank Recovery and Resolution Directive but these apply to resolution measures taken by both the Single Resolution Board set up under the Regulation, as well as national resolution authorities required to be established in terms of the BRRD.

The BRRD is the EU's response to the recommendations made by the Basel Committee on Banking Supervision and the Financial Stability Board for legislators to impose a moratorium on the enforcement of contractual early termination rights to strengthen the effectiveness of resolution tools. This recommendation is based on a reconsideration of close-out netting following the recent financial crisis that the unrestricted exercise of close-out netting rights pursuant to the taking of reorganisation measures may hamper the effectiveness of these measures, potentially undermining the stability of the financial markets.<sup>44</sup>

In general terms, the BRRD interferes with close-out netting provisions in two ways. First it gives resolution authorities the statutory powers to trigger the application of those provisions in order to apply the bail-in tool in relation to derivatives. Second, it excludes the rights of the counterparty to trigger the application of those provisions in order to enhance the effectiveness of other resolution tools, in particular the transfer of business. These powers granted to resolution authorities are counter-balanced by important safeguards. One important safeguard is referred to in Recital (95) of the BRRD which states that in order to preserve legitimate capital market arrangements in the event of the transfer of some, but not all, of the assets, rights and liabilities of a failing institution, it is appropriate to include safeguards to prevent the splitting of linked liabilities, rights and contracts with the same counterparty covered by *inter alia* close-out netting agreements so that resolution authorities are bound to transfer all linked contracts within a protected arrangement or leave them all with the residual failing institution. The balance sought to be achieved by the BRRD between on the one

43 In terms of Article 1(1)(a) to (e) of the BRRD, the Directive applies to credit institutions and investment firms including their branches established outside the EU, financial holding companies, mixed financial holding companies, mixed-activity holding companies and financial institutions which are subsidiaries to any of the foregoing.

44 Basel Committee on Banking Supervision, *Report and recommendations of the cross-border bank resolution group*, (March 2010), Recommendation 9 at p 42; Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, (October 2011) Section 4 at p 10.

hand, protecting the effectiveness of resolution measures in order to safeguard financial stability and, on the other, preserving the reliability of, and risk mitigation factor attained through, close-out netting, will be examined below.

## Scope of the Limitation of Close-out Netting Rights

The first provision of the BRRD which takes into account close-out netting arrangements in the exercise of resolution powers is Article 49. This Article regulates the exercise of the write-down and conversion tool (*i.e.* the bail-in tool<sup>45</sup>) in relation to derivatives and gives power to the resolution authority to itself exercise the termination and valuation rights under existing close-out netting agreements.<sup>46</sup> Article 49 aims to allow resolution authorities to freely exercise the write-down and conversion powers in relation to derivatives<sup>47</sup> but at the same time sets out two safeguards in favour of close-out netting arrangements.

First, the resolution authorities may exercise these powers only upon or after the closing-out of the derivatives. This protects the single agreement concept found in most netting agreements, in particular master agreements, and thus aims to protect the “all-or-nothing” approach in relation to linked liabilities in a close-out netting agreement in order to protect the determination of the net balance element. It also protects the management of risk exposure sought to be achieved in netting agreements. Moreover, it is only upon closing out that the resolution authority can determine whether a derivative contract gives rise to a liability and what is its exact amount.<sup>48</sup> The resolution authority is thus given power to itself exercise the right to terminate a close-out netting agreement since it is presumed that the solvent

45 The bail-in tool, as opposed to bail-out, means that losses suffered by a distressed institution are not paid by taxpayers but by its shareholders or other stakeholders such as creditors. The bail-in tool, which should meet the conditions of Articles 43 and 44 of the BRRD, is said to satisfy a double test: (i) it must respect, as far as possible, the insolvency statutory order of priorities and the *pari passu* treatment of creditors, and (ii) it must leave no creditor worse off than if the failed entity had gone into formal insolvency proceedings. See Francisco Garcimartín, ‘Resolution Tools and Derivatives’, in Haentjens, M, & Wessels, B (eds.), *Bank Recovery and Resolution, A Conference Book* (Eleven International Publishing, 2014) at p 182.

46 The BRRD gives power to the resolution authority to extend the list of liabilities excluded from bail-in on a case-by-case basis on the grounds listed in Article 44(3) which includes the prevention of a severe disruption of financial markets. Thus, when the scope of financial stability is best served by preserving the derivatives business of a failing institution, resolution authorities are expected not to exercise bail-in in respect of derivatives. The power of exclusion is to be exercised ‘in exceptional circumstances’ and when this is ‘strictly necessary and proportionate’ to achieve the continuity of critical functions and core business.

47 In fact, this provision has been criticised as only providing generalised principles, leaving a substantial degree of discretion to resolution authorities, which may not be conducive to a level playing field in the exercise of this resolution tool. See Victor de Sèrière, ‘Bail-in: Some Fundamental Questions’, in Haentjens, M, & Wessels, B (eds.), *Bank Recovery and Resolution, A Conference Book* (Eleven International Publishing, 2014) at p 171.

48 This is the case since the application of bail-in powers to derivatives may only be conceived when the failing institution is ‘out-of-the-money’. See Francisco Garcimartín, ‘Resolution Tools and Derivatives’, in Haentjens, M, & Wessels, B (eds.), *Bank Recovery and Resolution, A Conference Book* (Eleven International Publishing, 2014) at p 187.

counterparty may be reluctant to do so if it stands to lose from the close-out or if the resolution measure does not trigger the close-out mechanism under the agreement as, in terms of the provisions of the BRRD, it is not a trigger event.

Second, this Article protects the valuation clauses of netting arrangements and provides that where derivative transactions are subject to a netting agreement, their valuation shall be determined by the resolution authority or an independent valuer “on a net basis in accordance with the terms of the netting agreement”. It is clear that the EU legislator has attempted, to the extent possible, to preserve the terms imposed by the netting agreement and to retain intact the netting mechanism insofar as regards valuation of derivatives as stipulated under the netting agreement. Even the European Banking Authority, when exercising its delegated powers under this Article to adopt regulatory standards specifying methodologies on the valuation of derivatives, is to take into account the methodology for close-out set out in any relevant netting agreement.

Another relevant provision is Article 68 which affects the trigger aspect of close-out netting provisions required to initiate the termination phase. This Article first regulates the relationship between the exercise of resolution measures under the BRRD with the netting provisions of the Settlement Finality Directive and the Financial Collateral Directive by providing that a crisis prevention measure or a crisis management measure taken in relation to an entity under the Directive does not constitute an enforcement event within the meaning of the Financial Collateral Directive or insolvency proceedings within the meaning of the Settlement Finality Directive if substantive obligations under the relevant contract (such as payment or delivery obligations and the provision of collateral) continue to be performed<sup>49</sup>. The effect of this provision is to ensure the continuation of business in relation to payments and security settlement systems and the non-termination of financial collateral arrangements pending any resolution measures to be taken by resolution authorities.

In the same vein, Article 68(3) provides that a crisis prevention measure or a crisis management measure shall not ipso facto make it possible for any party to an agreement to exercise, *inter alia*, any termination, netting or set-off rights, if the substantive obligations under the agreement continue to be performed<sup>50</sup> and is intended to protect the implementation of resolution measures aimed at achieving the continuity of the failing institution or the transfer to a bridge bank or a third party. This clause does not affect the exercise of these rights when this is triggered by events which are not related to the exercise of crisis prevention measures or crisis manage-

---

<sup>49</sup> In terms of Article 68(5), a suspension to perform certain obligations or to restrict the enforcement of security interests or to temporarily suspend termination rights exercised by the resolution authority under Articles 69 to 71 is not deemed to constitute non-performance of a contractual obligation for the purpose of Article 68.

<sup>50</sup> It is questionable if this condition restricts the termination of contracts on the grounds of cross-default of specified entities which are related to the institution under resolution but are not themselves subject to resolution measures.

ment measures. This provision applies as a mandatory rule within the meaning of Article 9 of Regulation No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)<sup>51</sup> and as a result will apply irrespective of the law governing the netting agreement. Otherwise, by choosing a foreign law, it would be relatively easy for the parties to avoid the application of these powers. This has the effect that a court in an EU Member State is bound to reject the parties' characterisation of a resolution measure as a contractual enforcement event in their contract, notwithstanding that the applicable law of the contract is the law of a third non-EU country. It does not, however, eliminate the risk of incompatible parallel judgments in cases where the resolution forum is an EU Member State and the solvent counterparty brings an action to enforce contractual termination provisions in the court of the third country.

Article 71 empowers resolution authorities to temporarily suspend termination rights under a contract with an institution under resolution from the publication of the notice of the resolution action until midnight of the business day following this publication, provided that payment and delivery obligations continue to be performed. This is intended to allow the resolution authority a time frame within which to decide whether to transfer the obligations covered by the netting agreement to a bridge institution. The temporary suspension, which cannot be extended, is accompanied by certain safeguards. First, during that period, the payment and delivery obligations of the solvent counterparties are also suspended and only become due immediately upon expiry of the suspension period, and, second, the BRRD explicitly provides that the obligations of the institution under resolution will become due immediately upon expiry of the suspension period.<sup>52</sup> In order to ensure the effectiveness of these measures, the BRRD gives resolution authorities an equivalent power of suspension that may be invoked in respect of the enforcement of security interests.<sup>53</sup>

This Article provides for the following exceptions or qualifications to the temporary suspension of termination rights:

(a) In order to protect the finality of transfer orders in a payment or securities settlement system, this Article provides that the suspension of termination rights does not apply to systems or operators of systems designated for the purposes of the Settlement Finality Directive, central counterparties or central banks.<sup>54</sup> Otherwise, there could result a major liquidity problem in ensuring overall settlement on the business day affected.

51 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), [2008] OJ L 177/6. Article 9 provides, *inter alia*, that provisions regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of any contractual governing law.

52 See Article 69.

53 See Article 70.

54 See Article 71(3).



(b) A counterparty may exercise termination rights under a contract before the end of the suspension period if it receives notice from the resolution authority that the rights and liabilities covered by the contract shall, in fact, not be transferred to another entity neither will they be subject to the write down or conversion tool.<sup>55</sup>

(c) In the event of a transfer of contractual rights and liabilities, termination rights may be exercised at the end of the expiry of the suspension period, subject to the provisions of Article 68<sup>56</sup>, only on the occurrence of any continuing or subsequent enforcement event by the transferee entity.<sup>57</sup> This assures the new acquirer that those contracts will not be immediately terminated after the transfer.

(d) If the contractual rights and liabilities remain with the institution under resolution and the resolution authority has not exercised the write down or conversion tools, the counterparty may proceed to exercise termination rights under the terms of the contract at the end of the expiry of the suspension period.<sup>58</sup>

A visible effort has been made by the EU legislator to safeguard the close-out netting mechanism of financial contracts and to interfere only in a way which is strictly necessary for the effectiveness of resolution measures. A further consideration is taken into account in Article 71(6) which imposes an obligation on resolution authorities to have regard to the impact of the exercise of imposing a temporary suspension on the orderly functioning of the financial markets. Thus, there is a clear understanding that the exercise of powers is not absolute and a balancing of interests has to take place continuously. Arguably, this implies that the resolution authority has to consider whether the suspension of termination rights by private creditors vis-à-vis an institution under resolution could affect these creditors in a way which may have a negative impact on the stability of the financial sector.

The BRRD grants further protection to netting agreements under the provisions of Articles 76 to 80. Article 76 imposes an obligation on Member States to safeguard a number of arrangements, including netting arrangements, the details of which are further specified in Articles 77 to 80. Of relevance to netting arrangements is Article 77 which prohibits the transfer of some, but not all, of the rights and liabilities that are protected under, *inter alia*, a netting arrangement between the institution under resolution and its counterparties. This is complemented by Article 78 which provides that the transfer of secured obligations is legally ineffective unless the related security arrangements, together with the security assets, are also transferred to the new entity. Article 77 also prohibits the modification or termination of rights and liabilities protected under a netting arrangement. This

<sup>55</sup> See Article 71(4).

<sup>56</sup> The link with Article 68 presumably refers to the mandatory rule that the taking of resolution action in itself cannot *ipso facto* lead to triggering the termination of the netting agreement.

<sup>57</sup> See Article 71(5)(a).

<sup>58</sup> See Article 71(5)(b).



Article explains that rights and liabilities are to be treated as protected under such an arrangement if parties are entitled to set-off or net those rights and liabilities. An exception arises in respect of deposits covered by a national deposit guarantee scheme which may be extracted by the resolution authority from the rest of the assets, rights and liabilities to ensure their availability for regulatory purposes. In the context of payment and securities settlement systems, Article 80 provides that no transfer of assets or exercise of power by a resolution authority to cancel or modify the terms of a contract should result in the modification or unenforceability of netting under the Settlement Finality Directive.

Before concluding this paper, a brief word on the applicable position on resolution measures under United States law may be relevant for comparative law purposes. Title II of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act<sup>59</sup> (the “Dodd-Frank Act”) creates a new insolvency regime for large, interconnected financial companies (including credit institutions and other institutions engaged in financial activity such as lending, investment service, insurance business and dealer brokerage) whose failure could lead to financial instability in the US. The Dodd-Frank Act prohibits relevant counterparties from terminating, liquidating or netting out their position solely by reason of the appointment of the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) as receiver until 5.00 p.m. eastern time on the next business day following the date of appointment of the FDIC.<sup>60</sup> This contrasts with the stricter rule under the BRRD which provides that any resolution action should not *ipso facto* trigger contractual termination clauses. The Dodd-Frank Act also precludes counterparties from exercising any such contractual rights after receiving notice that their financial contract has been transferred to another financial institution.<sup>61</sup> The FDIC is required to notify the counterparty of any such transfer by 5.00 p.m. eastern time on the next business day following the date of appointment of the FDIC.<sup>62</sup> The shorter timeframes set by the Dodd-Frank Act afford more certainty to counterparties in the early days of receivership and are intended to avoid the firesales faced by Lehman Brothers when it filed for bankruptcy.

## Conclusion

Originally developed as a financial market technique, close-out netting has today evolved into a widely recognised legal process involving three basic steps:

<sup>59</sup> Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (June 21, 2010) (Pub.L. 111-203, H.R. 4173).

<sup>60</sup> See Section 210(c)(10)(B)(i)(I).

<sup>61</sup> See Section 210(c)(10)(B)(i)(II).

<sup>62</sup> See Section 210(c)(10)(A).

termination, valuation and determination of a net balance. Close-out netting forms the core element of master agreements and is typically based on the single agreement concept, whereby all transactions entered into under the agreement are considered in aggregate when computing the close-out amount.

Legislative initiatives have been taken in various jurisdictions to promote the enforcement of close-out netting arrangements, in particular to insulate these from the application of insolvency law. Thus, in the EU the Settlement Finality Directive protects the enforceability of the netting of transfer orders in payment and securities settlement systems notwithstanding the insolvency of a participant and the Financial Collateral Directive provides for the enforceability of close-out netting provisions in accordance with their terms even upon insolvency, although national law still regulates the conditionality of close-out netting.

Following the financial crisis and the enhanced consideration given to the stability of the banking sector, the BRRD brought a shift in the regulation of close-out netting for credit institutions and investment firms. The main change regards the imposition of a temporary stay on the exercise of close-out netting rights by a resolution authority pending the transfer of transactions of the institution under resolution to a third party entity. It may be considered, however, that the practical impact of the regulatory stay is unlikely to be substantial. Many counterparties might, in any event, have chosen to wait and see whether effective resolution measures could be put into place, given the widespread perception that this would be likely to reduce risk and loss of value for all stakeholders. In addition, a number of safeguards have been put in place. Thus, the suspension only applies if all payment and delivery obligations continue to be performed. The suspension period is brief with the intention of not affecting the value of the transferred transactions. If the transactions covered by the close-out netting provision are transferred, the resolution authority may not “cherry-pick” and has to transfer all or none of the transactions. This protects the single agreement concept of close-out netting arrangements. The netting counterparty is free to terminate the transactions if the transferee entity fails to perform the payment or delivery obligations under the netting agreement. In the end, the netting counterparty may find itself in a better position if the transfer takes place since it is presumably dealing with a healthier entity which should better protect the value of the transactions covered by the netting arrangement and keeps intact the hedging position entered into by that counterparty.

Credit institutions and investment firms have been singled out for special treatment in case of failure or pending failure. Given the special function performed by these institutions, the temporary stay has been imposed in recognition of the fact that financial stability considerations should be given due precedence over party autonomy relating to the exercise of termination rights. The question arises whether future developments will extend the category of institutions which will be similarly

regulated in case of distress and whether the restrictions on party autonomy will extend beyond the temporary stay on termination rights that is currently being implemented in a number of jurisdictions. This will bring the relationship between contractual close-out netting rights and insolvency laws in the financial markets under more pressure and may lead to further re-consideration of the role to be given to party autonomy in the face of a pending failure of a financial market participant.



## Διαιτησία και πτώχευση

### Ι. Εισαγωγή

Στη δικαστηριακή πρακτική ανακύπτει ενίοτε το ζήτημα αν η κήρυξη προσώπου σε κατάσταση πτώχευσης επηρεάζει σε σχέση με την πτωχευτική περιουσία τυχόν υπάρχουσα ρήτρα διαιτησίας για μέλλουσες διαφορές, τυχόν συμφωνία διαιτησίας για υφιστάμενη ήδη διαφορά ή τυχόν αρξάμενη δίκη διαιτησίας. Το θέμα έχει αποτελήσει αντικείμενο θεωρητικής ενασχολήσεως<sup>1</sup>. Ο ΚΠολΔ δεν προβλέπει σχετικώς ρύθμιση. Η διάταξη του άρθρ. 286γ για τη βίαιη διακοπή της δίκης σε περίπτωση πτωχεύσεως διαδίκου αναφέρεται στη δίκη ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων. Επίσης, το θέμα δεν ρυθμίζεται, ευθέως τουλάχιστον, από τον Πτωχευτικό Κώδικα (ν. 3588/2007), υπό την έννοια ότι γίνεται ειδική αναφορά για επίδραση ή μη της πτωχεύσεως σε συμφωνία διαιτησίας ή σε διαιτητική δίκη. Η ρύθμιση του άρθρ. 25 ΠτωΧΚ για την αναστολή των ατομικών καταδιώξεων φέρεται κατά τη διατύπωσή της να είναι προσανατολισμένη στη συνήθη περίπτωση της δίκης ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων με την απαγόρευση ασκήσεως αγωγής ή συνεχίσεως δίκης και ασκήσεως ή εκδικάσεως ένδικων μέσων.

Νομολογία και σύγχρονη θεωρία ακολουθούν διαφορετικούς δρόμους. Η νομολογία υιοθετεί τη θέση ότι μετά την κήρυξη της πτωχεύσεως δεν υφίσταται δυνατότητα ενάρξεως ή συνεχίσεως διαιτητικής δίκης<sup>2</sup>. Αντίθετη και σε κάθε περίπτωση όχι ενιαία είναι η άποψη της θεωρίας που κατά βάση εκκινεί από τη θέση ότι η πτώχευση δεν επηρεάζει το κύρος της διαιτητικής συμφωνίας. Αλληλαγή στη στάση της νομολογίας φαίνεται να σηματοδοτεί η έκδοση της υπ' αριθμ. 2234/2009 αποφάσεως του Αρείου Πάγου<sup>3</sup>. Η διαιτητική απόφαση που εκδόθηκε παρά την κήρυξη διαδίκου σε πτώχευση δεν είναι ακυρωτέα κατ' εφαρμογή της διατάξεως του άρθρ. 897 αριθμ. 6 ΚΠολΔ.

\* Καθηγητής Πολιτικής Δικονομίας στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών.

1 Βλ. *Ελ. Σκαλίδη*, Το Πτωχευτικό Δικαστήριο, 1980, σελ. 132 επόμε. *Θ. Λιακόπουλο*, Η επίδραση της πτώχευσης στη διαιτησία, ΕΕμπΔ 1987, 329 επόμε. *Κ. Καλαβρού*, Η εξουσία κρίσης των διαιτητών, Θεμελιώδη ζητήματα του δικαίου της διαιτησίας, 1988, σελ. 122 επόμε. *Καϊση Αθ.*, Ακύρωση διαιτητικών αποφάσεων, β' έκδ. 1989, σελ. 104 επόμε. *Στ. Κουσουύλη*, Η επίδραση της πτωχεύσεως στη διαιτησία, στο έργο: Θεμελιώδη προβλήματα διαιτησίας, Β. Θεωρία, 1996, σελ. 141 επόμε. Βλ. επίσης *Κουσουύλη*, Η επίδραση της πτωχεύσεως στη συμφωνία διαιτησίας, στο έργο: Ενθύμημα Άλκη Αργυριάδη, 1995, 507 επόμε.

2 Βλ. πχ. ΑΠ 63/1921 Θ ΛΒ', 289· 103/1924 Θ ΛΕ' 514-515· 1183/1985 ΕΕΝ 1986, 418-419· 1188/1985.

3 ΑΠ 2234/2009 ΕλλΔνν 2010, 411-412= ΕφΑΔ 2010, 458 επόμε., με κριτικές παρατηρήσεις Κόμνιου.

Ο Καθηγητής Λεωνίδας Γεωργακόπουλος υπογράμμιζε πάντα στα έργα του τη σπουδαιότητα της δικονομικής θεώρησης και επεδείκνυε ιδιαίτερο ενδιαφέρον για δικονομικής φύσεως ζητήματα<sup>4</sup>, ώστε ενδείκνυται, συγχρόνως και ως ελάχιστη ένδειξη ευγνωμοσύνης, η ενασχόληση με το θέμα για τη σχέση διαιτησίας και πτωχεύσεως στο πλαίσιο ενός αφιερώματος στη μνήμη του.

## II. Η θέση επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση κατ' άρθρ. 46α και 46β ν. 1892/1990 και η σύμβαση διαιτησίας

1. Το προγενέστερο δίκαιο γνώριζε στο πεδίο της συλλογικής αναγκαστικής εκτελέσεως την ειδική εκκαθάριση επιχειρήσεων κατ' άρθρ. 46 α του ν. 1892/1990 που συμπλήρωνε την ειδική εκκαθάριση του άρθρ. 46 ν. 1892/1990. Η ρύθμιση είχε εισαχθεί με το ν. 2000/24-12-1991 «Για την αποκρατικοποίηση, απλούστευση των διαδικασιών εκκαθάρισης, ενισχύσεως των κανόνων ανταγωνισμού και άλλες διατάξεις» και γνώρισε μέχρι την κατάργησή της με την εισαγωγή του Πτωχευτικού Κώδικα (άρθρ. 181 ν. 3588/2007) πυκνή πρακτική εφαρμογή. Νομολογία και θεωρία είχαν διαβλέψει το σκοπό της ειδικής εκκαθαρίσεως στην ικανοποίηση των δανειστών<sup>5</sup> και στη διάσωση και συνέχιση της επιχειρήσεως μέσω της πωλήσεως του ενεργητικού της επιχειρήσεως, ει δυνατόν εν συνόλῳ ή ως αυτοτελών λειτουργικών επιχειρηματικών ενοτήτων, μέσω της δράσεως του εκκαθαριστή<sup>6</sup>. Η εισηγητική έκθεση του ν. 2302/1995, που τροποποίησε το ν. 2000/1991, συνόψιζε εύστοχα τους σκοπούς της εκκαθαρίσεως του άρθρ. 46α στη θέση για εκποίηση του ενεργητικού της επιχειρήσεως ως συνόλου μέσω του εκκαθαριστή προς το σκοπό ικανοποίησης των πιστωτών. Η ειδική εκκαθάριση του άρθρ. 46 και 46α ν. 1892 είχε γίνει αντιληπτή ως ειδικότερη ρύθμιση σε σχέση με την πτώχευση, οι εργασίες της οποίας αναστέλλονταν<sup>7</sup>. Η θέση επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση συντελείτο με δικαστική απόφαση. Αρμόδιο ήταν το Εφετείο της έδρας της επιχειρήσεως που αποφαινόταν σε πρώτο και τελευταίο βαθμό (άρθρ. 9 παρ. 1 ν. 1386/1983, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 1947/1991).

2. Κρίσιμη για τις συνέπειες που επαγόταν η θέση επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση ήταν η διάταξη του άρθρ. 9 ΙΙΙ ν. 1386/1983. Στη διάταξη αυτή παρέπεμπαν οι ρυθμίσεις της παρ. 1 άρθρ. 46 ν. 1890/1990 και των παρ. 1 και 12 του άρθρ. 46α ν. 1892/1990. Κατά τη διάταξη του άρθρ. 9 παρ. 3 ν. 1386/1983: «3. Με τη δημο-

4 Βλ. π.χ. Λ. Γεωργακόπουλου, Το Δίκαιον των Διαρκών Ενοχών, 1979, σελ. 216 επόμ. ΝοΒ 1975, 222 επόμ., και 376 επόμ. (για τα ασφαλιστικά μέτρα στις σχέσεις μετόχου και ανωνύμου εταιρείας και στο δίκαιο της βιομηχανικής ιδιοκτησίας αντιστοίχως).

5 ΟΔΑΠ 10/2006 ΕΕμπΔ 2006, 444 επόμ.

6 ΑΠ 17/2000 ΕΕμπΔ 2000, 367. Ν. Ρόκας, Στοιχεία πτωχευτικού δικαίου, 1997, σελ. 79. Λ. Γεωργακόπουλος, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, πτώχευση-εξυγίανση, 1997, σελ. 265. Γέσιου-Φαίτση, ΔΕΕ 2001, 494.

7 Βλ. π.χ. ΕφΑθ 6052/2001 ΕλλΔνη 2002, 204-205.

*σίευση της απόφασης του Εφετείου, που ορίζεται ο εκκαθαριστής, παύει αυτόματα η εξουσία των οργάνων διοίκησης της εταιρείας ή η τυχόν προσωρινή διοίκηση του Ο.Α.Ε., αναστέλλεται η περαιτέρω πτωχευτική διαδικασία, απαγορεύεται η αναγκαστική εκτέλεση και η λήψη προσωρινών, συντηρητικών ή προφυλακτικών μέτρων και αναστέλλονται οι τυχόν εκκρεμείς σχετικές διαδικασίες. Η διοίκηση, διαχείριση και εκπροσώπηση της επιχείρησης ανήκει στον εκκαθαριστή...».*

Κατά την κρατούσα γνώμη<sup>8</sup>, με τη δημοσίευση της αποφάσεως για διορισμό εκκαθαριστή έπαυε η εξουσία διοικήσεως των οργάνων της εταιρείας και η διοίκηση περριχόταν στον εκκαθαριστή<sup>9</sup>.

3. Στη νομολογία και θεωρία ήταν αμφισβητούμενο το θέμα για τη θέση του διοριζόμενου ειδικού εκκαθαριστή, ιδίως σε σχέση με τη διεξαγωγή δικών με την υποστήριξη πλειόνων απόψεων. Με βάση και τη διατύπωση του νόμου (άρθρ. 9 παρ. ΙΙΙ ν. 1386/1983), η μάλιστα κρατούσα γνώμη δεχόταν ότι ο εκκαθαριστής ήταν δικαστικός εκπρόσωπος της επιχείρησης και όχι διάδικος, προφανώς με την έννοια του μη δικαιούχου και μη υπόχρεου διαδίκου<sup>10</sup>. Σχετική και σαφής ήταν και η χρονικώς μεταγενέστερη διάταξη του άρθρ. 46β παρ. 3 ν. 1892/1990. Ο εκκαθαριστής εκπροσωπούσε δικαστικώς και εξωδικώς την υπό εκκαθάριση τεθείσα επιχείρηση, ενώ οι μέχρι τότε εκπρόσωποι αυτής όφειλαν να ενημερώσουν τον εκκαθαριστή για τις εκκρεμείς δίκες. Βεβαίως, συγχρόνως είχε γίνει δεκτό ότι ο εκκαθαριστής ασκούσε τη διοίκηση, διαχείριση και εκπροσώπηση της επιχείρησης όχι ως εταιρικό όργανο αλλά ως δημόσιος λειτουργός και δη κατά διορισμό από το Εφετείο<sup>11</sup>. Περαιτέρω απαντούσε και η άποψη που θεωρούσε ότι ο εκκαθαριστής ενεργεί εν γένει στο πλαίσιο διαδικασιών συλλογικής αναγκαστικής εκτελέσεως σε σχέση με τη διεξαγωγή δικών ως μη δικαιούχος ή μη υπόχρεος διάδικος<sup>12</sup>. Τέλος, απήχηση βρήκε στη νομολογία και θεωρία η άποψη ότι η εταιρεία εξακολουθούσε παρά τη θέση της επιχείρησης σε εκκαθάριση να εκπροσωπείται από τα καταστατικά της όργανα, νομιμοποιούμενη ενεργητικά και παθητικά. Εκπροσώπηση από τον εκκαθαριστή λάμβανε χώρα μόνο στο μέτρο που αυτό ήταν αναγκαίο για τις εργασίες της εκκαθαρίσεως<sup>13</sup>. Σε συμφωνία προς την άποψη αυτή είχε κριθεί ότι η θέση επιχείρησης σε εκκαθάριση δεν επέφερε διακοπή ή αναστολή εκκρεμών διαγνωστικών δικών<sup>14</sup>

8 Βλ. π.χ. ΑΠ 340/1993 ΝοΒ 42, 996.

9 Βλ. για το θέμα Γ. Ορφανίδη, Εξουσία διαθέσεως και υποβολή αιτήσεως για θέση επιχερήσεως σε εκκαθάριση κατ' άρθρο 46 και 46α ν. 1892/1990, στον τόμο: Αφιέρωμα στην Πελαγία Γέσιου-Φαίτση, τ. ΙΙ σελ. 999 (1009 επόμ.) =ΕΕμμΠΔ 2007, 24 επόμ. Κατά την ορθότερη γνώμη, η κατά νόμο απαγόρευση της λήψης διοικητικών μέτρων κατά προσώπου ή επιχερήσεως θα πρέπει προς αποφυγήν ατόπων να συμβαδίζει με την απώλεια της εξουσίας διαθέσεως των καταστατικών οργάνων ή του φορέως της επιχερήσεως. Για το νομικό καθεστώς των άρθρ. 46 και 46α ν. 1892/1990 καταβλήθηκε από το γράφοντα ερμηνευτική προσπάθεια προς την κατεύθυνση αυτή (δ.π., σελ. 1010 επόμ.). Ο σύγχρονος νομοθέτης αποτύπωσε τη θέση αυτή στη διάταξη του άρθρ. 103 παρ. 1 ΠτωχΚ.

10 ΑΠ 36/2001. ΕφΘεσ. 3120/1999 ΔΕΕ 2000, 629.

11 Βλ. ΑΠ 1504/2002 ΔΕΕ 2003, 178· ΕφΑθ 4444/2000 ΕλλΔνη 2002, 804-805.

12 Βλ. Θ. Λιακόπουλο, ΕΕμμΠΔ 1983, 207· Κ. Κεραμέα, ΕΕμμΠΔ 1988, 150.

13 Έτσι ιδίως Π. Μάζης, Η ειδική εκκαθάριση των προβληματικών επιχερήσεως, 1998, §§ 14 επόμ. 70, 72.

14 ΑΠ 340/1993 ΕλλΔνη 1994, 398.

και ότι ορθώς τα ένδικα βοηθήματα στρέφονταν κατά της εταιρείας και όχι κατά του εκκαθαριστή<sup>15</sup>. Η άποψη αυτή αμφισβητήθηκε πάντως ως δυνάμενη να οδηγήσει σε ματαίωση του σκοπού της εκκαθαρίσεως<sup>16</sup>, ενώ και ο Άρειος Πάγος υπογράμμισε τη νομοθετική αλληλαγή που επήλθε με το άρθρ. 48 του ν. 1882/1990 στη διάταξη του άρθρ. 9 ΙΙΙ ν. 1386/1983. Με τη διάταξη αυτή αναδιατυπώθηκε η ρύθμιση του άρθρ. 9 ΙΙΙ με περιεχόμενο την παύση της εξουσίας των οργάνων διοικήσεως με τη δημοσίευση της αποφάσεως για ορισμό εκκαθαριστή. Η διοίκηση, διαχείριση και εκπροσώπηση ανήκε έκτοτε στον εκκαθαριστή<sup>17</sup>.

Η μεταγενέστερη ρύθμιση του άρθρ. 46β ν. 1892/1990, όπως προήλθε με το ν. 2334/1995 αποσαφύνισε το ζήτημα ορίζοντας ότι με τη θέση επιχειρήσεως σε εκκαθάριση δεν λαμβάνει χώρα διακοπή των εκκρεμών δικών, όμως την επιχείρηση εκπροσωπεί πλήρως δικαστικώς ο εκκαθαριστής (παρ. 3).

4. Ανεξαρτήτως των διαφορετικών εκδοχών για τη νομική και ιδίως τη δικονομική θέση του εκκαθαριστή δεν υπήρχε αμφισβήτηση ότι η ειδική εκκαθάριση του άρθρ. 46α ν. 1892/1990 παρουσίαζε ιδιομορφίες σε σχέση με το θεσμό της πτωχεύσεως ως μορφής επίσης συλλογικής αναγκαστικής εκτελέσεως. Εγκαίρως, η νομολογία του Αρείου Πάγου αποσαφύνισε ότι η θέση σε εκκαθάριση επιχειρήσεως δεν εμπόδιζε την άσκηση αναγνωριστικών ή και καταψηφιστικών αγωγών κατά της εταιρείας. Η ειδική εκκαθάριση δεν είχε ιδίως στάδιο επαληθεύσεως των πιστώσεων, ώστε κατ' ανάγκη να είναι επιβεβλημένη η προσφυγή στη δικαιοσύνη. Κατά την καθοριστική υπ' αριθ. 16/1994 απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου, η ειδική εκκαθάριση υποκαθίσταται στην κοινή αναγκαστική εκτέλεση, όχι όμως και στη διαδικασία της διαγνωστικής δίκης, ενώ δεν προβλέπεται κατ' αρχήν κάποια ειδική μορφή διαγνωστικής διαδικασίας, όπως εκείνη της επαληθεύσεως των απαιτήσεων κατά την πτωχευτική διαδικασία. Με τη σκέψη αυτή το ανώτατο δικαστήριο έκρινε ότι δεν αποκλείεται η πρόοδος εκκρεμών διαγνωστικών δικών για τα χρέη της επιχειρήσεως ως προς τα οποία ισχύει η αναστολή της εκτελέσεως<sup>18</sup>. Παράλληλα, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχθηκε ότι η υπαγωγή ανώνυμης εταιρείας υπό το καθεστώς ειδικής εκκαθαρίσεως κατά τις διατάξεις του άρθρ. 46α ν. 1892/1990 δεν συνεπάγεται τη λύση της εταιρείας και αφορά την εταιρική επιχείρηση και όχι την εταιρεία ως νομικό πρόσωπο<sup>19</sup>.

5. Στο βαθμό που είναι ελέγχσιμο δεν είχε τεθεί στη νομολογία και θεωρία θέμα αν η υπαγωγή επιχείρησης στην ειδική εκκαθάριση του άρθρ. 46α ν. 1892/1990 επηρέαζε τη διαιτητική συμφωνία που είχε καταρτισθεί μεταξύ του φορέα της επιχείρησης και τρίτου σε σχέση με αξιώσεις που εντάσσονται στο ενεργητικό της επι-

15 ΕφΑθ 3392/1990 ΕλλΔνη 1995, 677-678.

16 Βλ. Απ. Γεωργιάδη, ΔΕΕ 1995, 709 επόμε.

17 ΑΠ 556/1996 ΕΕμηΔ 1997, 342-343.

18 Ήδη ΑΠ 340/1993 ΝοΒ 42, 996 και ΕφΑθ 1961/2000.

19 ΣτΕ 1042/2004 ΝοΒ 52, 1486.



χείρησης, όπως και σε σχέση με προσωπικές (ενοχικές) αξιώσεις κατά του φορέα. Το ίδιο ίσχυε για απαιτήσεις δανειστών κατά του φορέα που ήταν εξασφαλισμένες με εμπράγματα ασφάλεια ή ειδικό προνόμιο (ενέγγυοι ή προνομιούχοι δανειστές). Προφανώς εκλαμβάνονταν ως αυτονόητο ότι η διαιτητική συμφωνία εξακολουθούσε ισχύουσα. Το άρθρ. 46α ν. 1892/1990 δεν εμπεριείχε, με μεμονωμένες εξαιρέσεις, ρυθμίσεις για την τύχη των εκκρεμών συμβάσεων. Όπως προκύπτει από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρ. 46 παρ. 5 και 46α παρ. 2 εδ. 3, με τη δημοσίευση της αποφάσεως του Εφετείου για τη θέση σε εκκαθάριση λύονταν αυτοδικαίως όλες οι υφιστάμενες σχέσεις των εργαζομένων στην υπό εκκαθάριση επιχείρηση. Το ίδιο γινόταν δεκτό για συμβάσεις στις οποίες προείχε ο προσωπικός χαρακτήρας της σχέσεως<sup>20</sup>.

Αντίθετα, ρητή ρύθμιση για τη διαιτησία προς την κατεύθυνση της μη επιρροής της από τη θέση της επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση εμπεριείχε το άρθρ. 46β ν. 1892/1990 που αφορούσε την εκκαθάριση των πολύ μεγάλων επιχειρήσεων με σύνολο οφειλών άνω των πενήντα (50) δισ. δραχμών. Κατά την παρ. 3 του άρθρ. 46β *«Ο εκκαθαριστής εκπροσωπεί δικαστικώς και εξωδίκως την υπό εκκαθάριση τεθείσα επιχείρηση. Η θέση της επιχείρησης υπό εκκαθάριση δεν επιφέρει διακοπή εκκρεμών δικών, συμπεριλαμβανομένων και διαιτησιών, ανεξαρτήτως του σταδίου στο οποίο αυτές βρίσκονται. Οι μέχρι της θέσεως της επιχειρήσεως υπό εκκαθάριση εκπρόσωποι αυτής οφείλουν να παρέχουν στον εκκαθαριστή όλες τις πληροφορίες, τα στοιχεία και τα αποδεικτικά μέσα που είναι απαραίτητα για την επιτυχή υπέρ της επιχειρήσεως έκβαση κάθε δίκης ή διαιτησίας, η οποία είναι ήδη εκκρεμής κατά τα ανωτέρω ή θα ανοίγει στο μέλλον»*.

Το γράμμα του νόμου ήταν σαφές. Καλύπτεται η εκκρεμής διαιτητική δίκη, με την έννοια της μη επιρροής της από την ειδική εκκαθάριση. Κατ'επέκτασιν το ίδιο ίσχυε και για τη μη εισέτι αρξαμένη διαιτητική δίκη. Αν δεν επηρεάζεται η εκκρεμής διαιτητική δίκη συνεπεία της θέσεως της επιχείρησης σε εκκαθάριση, τότε δεν επηρεάζεται και το κύρος της υφιστάμενης συμβάσεως διαιτησίας. Σε κάθε περίπτωση ο νόμος έκανε ρητά λόγο και για διαιτητική δίκη που θα διανοίγει στο μέλλον (άρθρ. 46β παρ. 3). Οι εκπρόσωποι της επιχείρησης μέχρι τη θέση αυτής σε εκκαθάριση όφειλαν να παράσχουν στον εκκαθαριστή όλες τις πληροφορίες, τα στοιχεία και τα αποδεικτικά μέσα που ήταν απαραίτητα στον εκκαθαριστή για την επιτυχή έκβαση της διαιτητικής δίκης που θα εισαγόταν.

Επιβάλλεται αφ' εαυτού το συμπέρασμα ότι η ρύθμιση του άρθρ. 46β ν. 1892/1990 για τη διαιτησία διεκδικούσε εφαρμογή σε όλα τα είδη εκκαθαρίσεως, δηλαδή και αυτών του άρθρ. 46 και 46α ν. 1892/1990. Αν δεν υφίστατο δικαιολογικός λόγος στο πλαίσιο εκκαθαρίσεως του άρθρ. 46β που μπορούσε να επηρεάσει τη διαιτητική συμφωνία, τότε δεν υπήρχε σχετικός λόγος και για εκκαθαρίσεις μι-

20 Βλ. Μάζη, ό.π., § 77.

κρότερης χρηματικής απλώς κλίμακος, όπως ήταν αυτές του άρθρ. 46 και 46α σε σχέση με την εκκαθάριση του άρθρ. 46β.

6. Από τη ρύθμιση για την ειδική εκκαθάριση σε συσχετισμό με τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρ. 46β ν. 1892/1990 μπορούν να διαπιστωθούν για το εδώ ενδιαφέρον θέμα τα εξής: 1. Με τη θέση επιχειρήσεως σε εκκαθάριση επερχόταν απώλεια της εξουσίας διαθέσεως των καταστατικών οργάνων και η εξουσία διαθέσεως αποκτάτο από τον εκκαθαριστή. 2. Ήταν ένα διαφιλονικούμενο θέμα η νομική θέση του εκκαθαριστή ως εκπροσώπου της επιχείρησης ή ως αυτοτελούς οργάνου με την έννοια του μη δικαιούχου και μη υπόχρεου διαδίκου. 3. Το κύρος της συμβάσεως διαιτησίας με ρητή διάταξη δεν επηρεαζόταν από τη θέση επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση. 4. Η θέση της επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση δεν εμπόδιζε την έναρξη της διαιτητικής δίκης ούτε επέφερε διακοπή της εκκρεμούς, ανεξαρτήτως του σταδίου στο οποίο βρισκόταν ούτε υπήρχε άλλης φύσεως επιρροή σ' αυτήν. 5. Ο φορέας της επιχειρήσεως εκπροσωπείτο στη διαιτησία από τον εκκαθαριστή.

Σε ένα επομένως σημαντικό τμήμα της συλλογικής αναγκαστικής εκτελέσεως στην οποία εντάσσεται και η πτώχευση, η θέση επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση δεν επηρέαζε τη διαιτησία. Βεβαίως πτώχευση και ειδική εκκαθάριση διαφοροποιούνταν στο σημείο ότι η εκκαθάριση δεν γνώριζε στάδιο διαγνωστικής διαδικασίας.

Η ρύθμιση του άρθρου 46β με τη ρητή αναφορά για την επιβίωση της διαιτησίας μετά τη θέση επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση δεν έχει συνεκτιμηθεί από θεωρία και νομολογία κατά την αντιμετώπιση του εδώ εξεταζόμενου θέματος. Το θέμα έχει σημασία για την πτώχευση λόγω δύο σημαντικών ομοιοτήτων που παρουσιάζει με την περίπτωση της θέσεως επιχειρήσεως σε εκκαθάριση. Συγκεκριμένα, τα όργανα της επιχειρήσεως έπαυαν να έχουν εξουσία διαθέσεως, η οποία περιερχόταν στον εκκαθαριστή.

### III. Η θέση της νομολογίας και θεωρίας για τη σχέση διαιτησίας και πτωχεύσεως

1. Η θέση της νομολογίας που ανατρέχει στην τρίτη δεκαετία του προηγούμενου αιώνα είναι αρνητική ως προς τη δυνατότητα επιβιώσεως της διαιτησίας μετά την κήρυξη συμβληθέντος μέρους ή διαδίκου σε πτώχευση και συνοψίζεται ως εξής:

1.1. Υφιστάμενης συμφωνίας διαιτησίας ή εκκρεμούς διαιτητικής δίκης, η κήρυξη ενός των μερών σε πτώχευση επιφέρει την παύση της εξουσίας των διαιτητών, αφού πλέον η διαχείριση της περιουσίας παύει ανήκουσα στον πτωχό. Τυχόν απόφαση που εκδίδεται παρά την πτώχευση είναι άκυρη σύμφωνα με την τότε διάταξη του άρθρ. 759 της ΠολΔ/1834. Κατά μείζονα λόγο ματαιούται η συμφωνία διαιτησίας για μέλλουσες διαφορές και δεν μπορεί να εκτελεσθεί όταν μεταγενεστέρως ήθελε ανακύψει διαφορά γιατί

ούτε ο πτωχεύσας ούτε ο σύνδικος δύνανται να προβούν σε εκλογή του προσώπου του διαιτητή<sup>21</sup>.

1.2. Η ρήτρα διαιτησίας ως είδος συμβιβασμού μπορεί να γίνει για όλες τις διαφορές ως προς τις οποίες επιτρέπεται συμβιβασμός και μπορούν οι διάδικοι να διαθέτουν ελευθέρως το αντικείμενο της δίκης. Με την πτώχευση παύει, άλλως μταιούται, η συμφωνία περί διαιτησίας, αφού ο μεν πτωχεύσας στερείται της διαχείρισεως της περιουσίας, ο δε σύνδικος διαχειρίζεται την περιουσία ουχί ελευθέρως αλλήα υπό τους περιορισμούς των σχετικών διατάξεων του Εμπορικού Νόμου<sup>22</sup>.

1.3. Από το συνδυασμό των διατάξεων 867 ΚΠολΔ για τις δυνάμενες να υπαχθούν σε διαιτησία διαφορές και 535 ΕμπΝ για τη στέρνηση της διοικήσεως της πτωχευτικής περιουσίας ως αποτέλεσμα της κηρύξεως της πτωχεύσεως συνάγεται η παύση της ισχύος της συμφωνίας περί διαιτησίας<sup>23</sup>. Απόφαση που εκδίδεται μετά την κήρυξη της πτωχεύσεως είναι ακυρώσιμος κατ' άρθρο 897 αριθμ. 2 ΚΠολΔ<sup>24</sup>, δηλαδή για το λόγος ότι εκδόθηκε ενώ η συμφωνία για τη διαιτησία είχε παύσει ισχύουσα.

2. Ανευρίσκεται όμως και η αντίθετη θέση στη νομολογία. Η πτώχευση δεν επιφέρει παύση της ισχύος της διαιτητικής αποφάσεως<sup>25</sup>. Περαιτέρω, οι διατάξεις των άρθρ. 286 επόμ. ΚΠολΔ δεν εφαρμόζονται στη διαιτητική δίκη στην οποία ισχύει το ανακριτικό σύστημα και το διαιτητικό δικαστήριο υποχρεούται να δικάσει τη διαφορά ακόμη και αν απουσιάζουν όλοι οι διάδικοι (άρθρ. 887 παρ.1)<sup>26</sup>.

3. Διαχρονικώς κυμαινόμενη είναι η άποψη της θεωρίας. Στο παρελθόν, υπό το καθεστώς του εμπορικού νόμου, γινόταν δεκτή η θέση του Αρείου Πάγου κατά την οποία με την πτώχευση παύει η συμφωνία διαιτησίας ή, αν έχει ήδη αρχίσει η διαιτητική δίκη, η εξουσία των διαιτητών με αποτέλεσμα την παύση της διαδικασίας<sup>27</sup>. Η νεώτερη θεωρία, επίσης υπό το καθεστώς του Εμπορικού Νόμου, τάχθηκε υπέρ της διατηρήσεως της ισχύος της συμφωνίας περί διαιτησίας. Ο Καθηγητής Λιακόπουλος, από τον οποίο προέρχεται και η πιο διεξοδική συμβολή για το θέμα, κατέληξε στη θέση ότι η συμφωνία δεν λύεται με την πτώχευση, η προσφυγή όμως σε διαιτησία

21 ΑΠ 63/1921 Θ ΑΒ', 289 με αντίθετη σημείωση της συντάξεως. Επίσης, εν μέρει με την ίδια αιτιολογία ΑΠ 103/1924 Θ ΑΕ', 514.

22 ΑΠ 103/1924 ό.π.

23 ΑΠ 1183/1985 ΕΕΝ 1986, 418 επόμ. Ομοίως ΑΠ 1188/1985.

24 ΕφΘεσ 411/1984 Αρμ 1985, 47-48. Βλ. και ΕφΑθ 476/1971 ΑρμΝ 1971, 138 (139).

25 ΕφΑθ Δ 16, 208 (209).

26 ΑΠ 2234/2009, ό.π.

27 Αναστασιάδης, Ελληνικών Εμπορικών Δίκαιον, τ. Γ, 1938, σελ. 290, σημ. 3. Κ. Ρόκας, Πτωχευτικόν Δίκαιον, 9η έκδ., 1973, σελ. 187. Ροδόπουλος, Πτωχευτικόν Δίκαιον, 2η έκδ. 1968, άρθρ. 533 αριθμ. 24. Ομοίως Γ. Βερβενιώτης, Διαιτητική πραγματογνωμοσύνη, 1985, σελ. 184. Καϊσας, Ακύρωση διαιτητικών αποφάσεων, σελ. 106. Ενίοτε καταγράφεται απλώς η θέση της νομολογίας. Βλ. Κεραμέα-Κονδύλη-Νίκα (-Φουστουκό), ΚΠολΔ, άρθρ. 867 αριθμ. 5. Μαντάκου, Η κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στη διεθνή συναλλαγή, 1998, σελ. 221-222 υποσημ. 318 που αξιολογεί ωστόσο αρνητικά τη νομολογιακή εξέλιξη («αυθαίρετη δημιουργία ενός επιπλέον λόγου παύσεως ισχύος της διαιτητικής συμφωνίας»). Βλ. επίσης Αναπαλάκη-Τριανταφυλλίδη, Εφαρμογές Πολιτικής Δικονομίας, 2 Β, [52] αριθμ. 35.

ή η συνέχιση της διαιτητικής διαδικασίας επηρεάζεται από την αρχή της αναστολής των ατομικών διώξεων<sup>28</sup>. Τη θέση για την κάλυψη της διαιτησίας από την αναστολή των ατομικών διώξεων ασπάσθηκε και ο Γεωργακόπουλος<sup>29</sup>. Άλλοι συγγραφείς υποστήριξαν την άποψη ότι η συμφωνία δεσμεύει το σύνδικο που στο πλαίσιο της γενικής νομιμοποιητικής του λειτουργίας θα πρέπει, κατά το άρθρο 534 ΕμπΝ, να διεξαγάγει τη διαιτητική δίκη<sup>30</sup>. Παράλληλα υποστηρικτές βρήκε και η άποψη για την αναλογική εφαρμογή του άρθρ. 286 παρ. γ ΚΠολΔ στη διαιτητική δίκη<sup>31</sup> όπως επίσης η γνώμη ότι η διαιτητική συμφωνία εξακολουθεί να ισχύει με την προϋπόθεση ότι ο σύνδικος θα λάβει την έγκριση του εισηγητή της πτωχεύσεως<sup>32</sup>. Ανευρίσκεται επίσης η άποψη για την εγκυρότητα της συμβάσεως διαιτησίας παρά την πτώχευση με επίκληση του χαρακτήρα των διαφορών ως ιδιωτικού δικαίου<sup>33</sup>.

Υπό το καθεστώς του ΠτωχΚ διατυπώνεται εν μέρει η ίδια άποψη για την εγκυρότητα της συμβάσεως διαιτησίας και το μη επηρεασμό αυτής από την κήρυξη της πτωχεύσεως<sup>34</sup>. Αξιοπρόσεκτη είναι επίσης η άποψη ότι υπό τον ΠτωχΚ η δυνατότητα υπαγωγής διαφορών σε διαιτητική επίλυση και ιδιαίτερα για επαλήθευση μιας πτωχευτικής αξίωσης, μπορεί να μην είναι δυνατή αν γίνει δεκτό ότι το πτωχευτικό δικαστήριο έχει το μονοπώλιο της εκδίκασης των αντιρρήσεων κατά το άρθρ. 95 ΠτωχΚ (*vis attractiva concursus*)<sup>35</sup>.

#### IV. Προπαρασκευαστικές εργασίες του ΚΠολΔ

Στις προπαρασκευαστικές εργασίες του ΚΠολΔ δεν απαντώνται, ευθέως τουλάχιστον, αναφορές για το εδώ ενδιαφέρον θέμα, καίτοι ο ΚΠολΔ ρυθμίζει τη διαιτησία (άρθρ. 867 επόμ.) και γνωρίζει την πτώχευση ως λόγο διακοπής της δίκης (άρθρ. 286). Η εισήγηση Οικονομόπουλου αναφέρεται στην αδυναμία κατάρτισεως διαιτησίας για διαφορές που αναφέρονται σε δικονομικού δικαίου σχέσεις και στην αδυναμία κατάρτισεως συμφωνίας από τον πτωχέυσαντα ή το σύνδικο<sup>36</sup>. Σε άλλο σημείο αναφέρεται

28 Λιακόπουλος, ΕΕμπΔ 1987, 329 (341-342). Σύμφωνος ο Κουσουλής, Η επίδραση της πτωχεύσεως στη διαιτησία, ό.π., σελ. 141 (155). Για αναστολή των ενεργειών της διαιτησίας, χωρίς όμως συσχετισμό με την αρχή της αναστολής των ατομικών διώξεων, έκανε λόγο και ο Σκαλίδης, Το Πτωχευτικό Δικαστήριο, 1980, σελ. 134.

29 Γ. Γεωργακόπουλος, Εγχειρίδιο Εμπορικού δικαίου, τ. 1 τεύχος 3 § 9 IV 1. Κατά της θέσεως για παύση της συμφωνίας διαιτησίας και ο Καϊσάν, ό.π., σελ. 106.

30 Έτσι Καλαβρός, ό.π., σελ. 125-126.

31 Υπέρ της αναλογικής εφαρμογής του άρθρ. 286 παρ. γ ΚΠολΔ στη διαιτητική δίκη Καϊσάν, ό.π., σελ. 107. Γ. Βερβενιώτης, Διαιτητική πραγματογνωμοσύνη 1981, σελ. 185. Αντίθετοι ως προς την εφαρμογή του άρθρ. 286γ στη διαιτητική δίκη Κοτσάρης, ό.π., παρ. 99 υποσ. 111 και Λιακόπουλος, ό.π., σελ. 339 υποσ. 25.

32 Έτσι Μπέης, Πολιτική Δικονομία, άρθρ. 868, σελ. 133.

33 Βλ. προς την κατεύθυνση αυτή Κοτσάρη, Πτωχευτικό δίκαιο, 4η έκδ. 1994, § 289.2. Βλ. επίσης Σταυρόπουλο, ΕρμΚ-ΠολΔ, άρθρ. 946, 5α ΚΠολΔ/1968. Κίσαρά, Ενοχικές Δεσμεύσεις της εξουσίας διαθέσεως, 1999, σελ. 553.

34 Βλ. Κοτσάρη, Πτωχευτικό δίκαιο, 2008, παρ. 368. Ψυχομάνη, Πτωχευτικό δίκαιο, 2011, παρ. 1589. Βλ. επίσης Σπυριδάκη, Πτωχευτικό δίκαιο, 2008 XII, 6.3· Μαργαρίτη/Μαργαρίτη, ΕρμΚΠολΔ, άρθρ. 885 αριθμ. 2.

35 Έτσι Περάκης, Πτωχευτικό δίκαιο, 2010, σελ. 185.

36 ΣχΠολΔ V 286 και 288.

ότι από τη συμφωνία διαιτησίας υποχρεούνται οι συμβληθέντες, οι κληρονόμοι και εν γένει οι καθολικοί διάδοχοι αυτών να εκπληρώσουν τις υποχρεώσεις που απορρέουν απ' αυτήν, όχι όμως τρίτοι όπως και οι ειδικοί διάδοχοι των συμβληθέντων<sup>37</sup>.

Από τις αναφορές αυτές αφήνεται να συναχθεί μια μάλλον αρνητική θέση ως προς τη δυνατότητα επιβίωσης της διαιτητικής συμφωνίας μετά την κήρυξη της πτωχεύσεως. Σ' αυτό συνηγορούν οι απόψεις για αδυναμία καταρτίσεως συμφωνίας από το σύνδικο που θα πρέπει να θεωρηθεί ότι επεκτείνεται και στη σύμβαση ορισμού διαιτητών και για τη μη δέσμευση τρίτου ή του ειδικού διαδόχου από υπάρχουσα συμφωνία διαιτησίας.

Αναπτύξεις δεν εμπεριέχονται, στο βαθμό που είναι ελέγξιμο και στη μονογραφία του Οικονομόπουλου για τη διαιτησία, καίτοι ήταν γνωστή η σχετική αρνητική νομολογία του Αρείου Πάγου των ετών 1921-1924<sup>38</sup>.

## V. Προβαλλόμενα επιχειρήματα

Στη συνέχεια θα εξετασθούν ως προς τη βασιμότητά τους ορισμένα επιχειρήματα που προβάλλονται υπέρ ή κατά της επιβίωσης της συμφωνίας διαιτησίας μετά την πτώχευση.

### 1. Απώλεια της εξουσίας διαθέσεως

Κατά τη διάταξη του άρθρ. 17 παρ. 1 ΠτωχΝ ο οφειλέτης από την κήρυξη της πτωχεύσεως στερείται αυτοδικαίως της διοίκησης της περιουσίας του που περιέρχεται στο σύνδικο. Γίνεται λόγος για πτωχευτική απαλλοτρίωση. Από την άλλη πλευρά, προϋπόθεση για την έγκυρη κατάρτιση συμφωνίας περί διαιτησίας είναι η εξουσία των μερών για ελεύθερη διάθεση του αντικειμένου της διαφοράς (άρθρ. 867). Ως γνωστόν, η εξουσία διαθέσεως γίνεται αντιληπτή με αντικειμενική και υποκειμενική έννοια. Με αντικειμενική έννοια η εξουσία διαθέσεως αναφέρεται στην ύπαρξη εννόμου σχέσεως που είναι δεκτική διαθέσεως από τα μέρη, ενώ υποκειμενικώς σημαίνει την ικανότητα του συμβαλλομένου να προβεί μόνος του ή με τη συνδρομή των τυχόν αυξημένων προϋποθέσεων που απαιτούνται κατά το θετικό δίκαιο στην επιχείρηση της διαθετικής πράξεως<sup>39</sup>. Οι δύο πτυχές της εξουσίας διαθέσεως αποτυπώνονταν με σαφήνεια στις διατάξεις των άρθρ. 106 και 107 ΠολΔ.

Η πτυχή της εξουσίας διαθέσεως επηρέασε την αντιμετώπιση του εδώ εξεταζόμενου θέματος. Με επίκλησή της η νομολογία αιτιολόγησε, όπως αναφέρθηκε παραπάνω, τη

37 ΣχΠολΔ V 290.

38 Γεωργίου Οικονομόπουλου, Η διαιτησία κατά το εν Ελλάδι ισχύον Δίκαιον, τ. Α, 1937.

39 Βλ. για το θέμα Κουσουλή, ό.π., Βλ. επίσης για τις έννοιες και τον προβληματισμό Γ. Ορφανίδη, Η ομολογία στην πολιτική δίκη, 1987, σελ. 191 επόμε. και 206 επόμε.

θέση για την παύση της συμφωνίας. Υπό το καθεστώς του ΚΠολΔ απαντάται ωστόσο ενίοτε μια σύγχυση της εξουσίας διαθέσεως υπό αντικειμενική και υποκειμενική έποψη. Από το συνδυασμό των διατάξεων του άρθρ. 867 ΚΠολΔ για τις δυνάμενες να υπαχθούν σε διαιτησία διαφορές και του άρθρ. 2 αν. 635/1337 για την πτωχευτική απαλληλοτρίωση αντλείται η συνέπεια της παύσεως ισχύος της συμφωνίας περί διαιτησίας<sup>40</sup>. Όμως, με την επιφύλαξη εφαρμογής τυχόν αρχών του πτωχευτικού δικαίου, με την πτώχευση αυτό που αλληλάζει είναι η εξουσία διαθέσεως με την υποκειμενική διάσταση, υπό τη έννοια ότι αυτή απόλλεται για τον οφειλέτη. Η έννομη σχέση και η εξ αυτής προκύπτουσα διαφορά δεν επηρεάζονται από την πτώχευση και την καταλλήλότητά τους να αποτελέσουν αντικείμενο διαιτησίας. Σε σχέση με την υποκειμενική διάσταση της εξουσίας διαθέσεως η θέση της νομολογίας θα ήταν επίσης ορθή, αν η στέρξη της εξουσίας δεν συνδυαζόταν, όπως συμβαίνει στην περίπτωση της αναγκαστικής ή συντηρητικής κατασχέσεως, με τη σχετική απώλεια της εξουσίας διαθέσεως που επιφέρουν (άρθρ. 715 παρ. 1, 958 παρ. 1, 997 παρ. 1 και 3), με ταυτόχρονη περιέλιξή της σε άλλο πρόσωπο. Δεν αποκλείεται βεβαίως στη θέση της νομολογίας να ενυπάρχει η παραδοχή ότι ο σύνδικος στον οποίον περιέρχεται η εξουσία διαθέσεως δεν δύναται ως εκ των καθηκόντων του να προβεί στις επόμενες ενέργειες που απαιτούνται για τη διεξαγωγή της διαιτησίας. Τη θέση αυτή εξέφραζαν με σαφήνεια οι υπ' αριθμ. 63/1921 και 103/1924 αποφάσεις του Αρείου Πάγου. Ο σύνδικος της πτωχεύσεως δεν μπορεί να προβεί στην εκλογή του προσώπου του διαιτητή, αφού «εκπροσωπών τους δανειστές διαχειρίζεται την περιουσίαν και διατίθησι ταύτην ουχί ελευθέρως αλλ' υπό τους περιορισμούς των σχετικών διατάξεων του Εμπορικού Νόμου»<sup>41</sup>.

Ενώ δεν αμφισβητείται ότι απαιτείται η ύπαρξη εξουσίας διαθέσεως (άρθρ. 76 παρ. 2, 98 ΚΠολΔ) για την κατάρτιση συμφωνίας διαιτησίας, αμφισβητείται αντίθετα το χρονικό σημείο κατά το οποίο θα πρέπει να υφίσταται η εξουσία αυτή. Το θέμα έχει σημασία ενόψει και του γεγονότος ότι συνήθως θα πρόκειται για κατάρτιση διαιτητικής ρήτηρας. Αυτό σημαίνει ότι μπορεί μέχρι την εμφάνιση διαφοράς να παρεμβληθεί ικανό χρονικό διάστημα. Κατά μια άποψη, η διαιτητική συμφωνία για μέλλουσες διαφορές τελεί υπό την αναβλητική αίρεση της εμφανίσεως διαφοράς ώστε το θέμα θα πρέπει να αντιμετωπισθεί με την προοπτική αυτή. Κατ' άλλη άποψη, η εξουσία διαθέσεως θα πρέπει να υπάρχει κατά τον χρόνο καταρτίσεώς της, ενώ τρίτη άποψη υποστηρίζει ότι η εξουσία διαθέσεως πρέπει να υπάρχει και κατά το χρόνο υποβολής της υποθέσεως στους διαιτητές. Μια τέταρτη άποψη αποβλέπει στο χρόνο που καθίσταται ενεργός η συμφωνία και απαιτεί επομένως τη συνδρομή της εξουσίας διαθέσεως κατά το χρόνο διορισμού των διαιτητών και της έναρξης της διαιτητικής διαδικασίας<sup>42</sup>.

40 ΑΠ 1183/1985, ό.π., 1185/1985

41 Θ ΛΕ' 514, και Θ ΛΒ' 289.

42 Βλ. κατά σειρά για τις τέσσερις απόψεις *Καθαβρό*, ό.π., σελ. 124 επόμε., *Λιακόπουλο*, ό.π., σελ. 337-338, *Καϊση*, ό.π., σελ. 106 και *Κουσουλή*, ό.π., σελ. 142 και 151 επόμε.



Το θέμα έχει πρακτική σημασία. Αν αρκεί λ.χ. να υφίσταται η εξουσία διαθέσεως κατά την κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας, τότε κατ' αρχήν υπάρχει μια δεσμευτική συμφωνία αδιαφόρως του θέματος αν η εξουσία διαθέσεως πρέπει να υφίσταται και στα μεταγενέστερα στάδια της διαιτητικής διαδικασίας. Η άποψη αυτή είναι και η ορθότερη. Υφίσταται μια συντελεσμένη σύμβαση αδιαφόρως αν αφορά μελλήοντικές διαφορές. Ισχύει το ίδιο που γίνεται δεκτό για τη σύμβαση διεθνούς δικαιοδοσίας ή παρεκτάσεως για μέλλουσες διαφορές. Με την κατάρτισή της εγκαθιδρύεται η εξουσία του διαιτητικού δικαστηρίου και αποκλείεται η δικαιοδοσία των τακτικών δικαστηρίων. Η χρονική εγγύτητα προς τυχόν διαιτητική δίκη δεν έχει σημασία<sup>43</sup>. Η σύμβαση αναπτύσσει άμεση, διαθετική ενέργεια ενώ δημιουργείται και η ένσταση υπαγωγής της υπόθεσης στη διαιτησία με τη μορφή αρνητικής ενέργειας (άρθρο 263)<sup>44</sup>. Στην ίδια διαπίστωση συνηγορεί η ρύθμιση του άρθρ. 868 ΚΠολΔ<sup>45</sup>.

Η θέση ότι αρκεί να υφίσταται η εξουσία διαθέσεως κατά τον χρόνο καταρτίσεως της διαιτητικής ρήτηρας ή συμφωνίας από τον μετέπειτα πτωχό αναπτύσσει πρακτική σημασία ιδίως στην περίπτωση την οποία για οποιοδήποτε λόγο ήθελε περατωθεί η πτωχευτική διαδικασία (άρθρ. 125 παρ. 2, 164 επόμε. ΠτωχΚ)<sup>46</sup> ή ανακληθεί η απόφαση που κήρυξε την πτώχευση (άρθρ. 57 ΠτωχΚ). Στα γεγονότα που επιφέρουν τη βίαιη διακοπή της δίκης δεν εντάσσεται μόνο η πτώχευση αλλήλ και η επικύρωση πτωχευτικού συμβιβασμού ή η αποκατάσταση του πτωχού (άρθρ. 286 γ ΚΠολΔ). Εξ' άλλου, η θεώρηση αυτή αποκλείει την ακύρωση της διαιτητικής αποφάσεως για το λόγο ότι έπαυσε να ισχύει η συμφωνία διαιτησίας (άρθρ. 897 αριθ. 2 ΚΠολΔ).

Περαιτέρω επιβεβαιωτική για την παραπάνω προσέγγιση είναι η εκτεθείσα και προϋπάρξασα ρύθμιση για την ειδική εκκαθάριση του άρθρ. 46β ν. 1892/1990. Η κατά τη θέση της επιχειρήσεως σε ειδική εκκαθάριση υπάρχουσα ρήτρα ή συμφωνία διαιτησίας διατηρούσε δυνάμει ρητής διατάξεως το κύρος της και στήριζε τη μέλλουσα διαιτητική δίκη, καίτοι τα όργανα της επιχειρήσεως είχαν απολήσει την εξουσία διαθέσεως με την έκδοση της αποφάσεως που έθετε την επιχείρηση σε ειδική εκκαθάριση.

Από τη σύμβαση διαιτησίας πρέπει να διακριθεί η σύμβαση για τον ορισμό των διαιτητών<sup>47</sup> όπως και η έναρξη και διεξαγωγή της διαιτητικής δίκης. Δεν αμφισβητείται ότι και για τη διαιτητική δίκη απαιτείται ως διαδικαστική προϋπόθεση

43 Βλ. ιδίως *Baumgärtel*, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 1972, σελ. 242 επόμε.

44 Vgl. *H.J. Hellwig*, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, 1968, σελ. 52 επόμε. *Schlosser*, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, 1968, σελ. 91-92. *Baumgärtel*, ό.π., σελ. 232 επόμε. και 242 επόμε. *Wagner*, *Prozessverträge*, 1998, σελ. 254. *Rosenberg-Schwab-Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 172 II.

45 Βλ. επιβεβαιωτικά ΣχΠολΔ V, 284 («...ουδείς λόγος συντρέχει να διακριθούν οι δύο συμβάσεις... Η συμφωνία διά της οποίας συνομοлогείται η διά διαιτησίας ή ύστερ μέλλουσών διαφορών αι οποίαι ενδέχεται να προκύψουν εκ τινός εννόμου σχέσεως σκόπιμον είναι να έχη τα αυτά αποτελέσματα με την σύμβασιν διά της οποίας συνομοлогείται διαιτησία δι' υφισταμένas διαφοράs»).

46 Βλ. εύστοχα *Λιακόπουλλο*, ό.π., σελ. 334. Επίσης ΕφΑθ 7124/1984 Δ 16, 208 (209) (παύση εργασιών πτωχεύσεως).

47 ΟλΑΠ 750/1986, [μειοψ.] Δ 1987, 553 (556). Βλ. επίσης *Καλαθρό*, ό.π., σελ. 65 επόμε.

η ικανότητα διεξαγωγής της δίκης<sup>48</sup> που αντιστοιχεί κατά βάση στην ικανότητα διαθέσεως του ουσιαστικού δικαίου<sup>49</sup>. Ορθότερη εμφανίζεται η άποψη ότι και η συμφωνία για ορισμό των διαιτητών απαιτεί εξουσία διαθέσεως ενόψει της στενής σχέσεως που παρουσιάζει με τη συμφωνία διαιτησίας και ανεξαρτήτως του εριζόμενου θέματος της νομικής φύσεώς της. Επιβεβαιωτική είναι η ρύθμιση του άρθρ. 49 ΕισΝΚΠολΔ ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η εκπλήρωση των προϋποθέσεων για την κατάρτιση της συμβάσεως διαιτησίας μπορεί να θεωρηθεί ότι ισχύει και για τη συμφωνία ορισμού διαιτητού και ανεξαρτήτως της εφαρμογής του κανόνος του άρθρ. 281 ΑΚ με τη μορφή της απαγόρευσης του *venire contra factum proprium*. Ο πτωχεύσας λ.χ. δεν μπορεί να καταρτίσει εγκύρως σύμβαση ορισμού διαιτητών. Όμως, η συμφωνία διορισμού διαιτητών μπορεί να καταρτισθεί από το σύνδικο που έχει και την ικανότητα διεξαγωγής της δίκης<sup>50</sup>. Δεν υφίσταται επομένως αντίφαση ανάμεσα στη θέση για τη μη παύση της συμφωνίας διαιτησίας με την πτώχευση και την ανάγκη υπάρξεως εξουσίας διαθέσεως και για τις υπόλοιπες φάσεις της διαιτητικής διαδικασίας που μπορεί να υπάρχει στο πρόσωπο του συνδίκου.

Για την ανάγκη υπάρξεως ουσιαστικής εξουσίας διαθέσεως και ικανότητας διεξαγωγής της δίκης καθ' όλη τη διάρκεια της διαιτητικής δίκης δεν απαιτείται η θέωρηση ότι η κατάρτιση της συμφωνίας, ο διορισμός διαιτητών και η ίδια η διεξαγωγή της δίκης συγκροτούν μορφές διαθέσεως του διαγνωστέου δικαιώματος και έμμεση τουλάχιστον διάθεση του ουσιαστικού δικαιώματος<sup>51</sup>. Η διεξαγωγή της διαιτητικής δίκης συνιστά διάθεση στον ίδιο κατά κανόνα βαθμό που συνιστά και η δίκη ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων, με εξαίρεση την περίπτωση που οι διαιτητές έχουν την εξουσία να κρίνουν κατά δικαία κρίση<sup>52</sup> (άρθρ. 890 παρ. 1). Με εξαίρεση τις δεσμευτικές, αμέσως διαθετικές, πράξεις των διαδίκων, η δίκη συνιστά «διάθεση» στο βαθμό που οδηγεί σε ένα δεσμευτικό μέσω του ουσιαστικού δεδικασμένου αποτέλεσμα<sup>53</sup>. Περαιτέρω, η παλαιότερη νομολογία του Αρείου Πάγου δεν αξίωνε εξουσία διαθέσεως μέχρι την ενεργοποίηση της διαιτητικής διαδικασίας<sup>54</sup>. Απλώς, δεν δεχόταν ότι ο σύνδικος μπορούσε να συμπράξει στο διορισμό των διαιτητών. Για το λόγο ότι η συμφωνία διαιτησίας δεν συνιστά κατ' ανάγκη διάθεση, αμφισβητείται άλλωστε αν η σύμβαση διαιτησίας υπόκειται σε πτωχευτική ανάκληση. Θεωρείται ότι κατά κανόνα ελλείπει η δυνατότητα βλάβης των λοιπών δανειστών<sup>55</sup>.

48 *Rosenberg-Schwab-Gottwald*, Zivilprozeßrecht, § 46 I 1. *Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, § 41 II 4.

49 *Schwab-Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005 κεφ. 16 αριθ. 49.

50 Βλ. *Καϊση*, ό.π., υποσημ. 200. Βλ. όμως και *Καθαβρό*, ό.π., σελ. 123 υποσ. 373.

51 Έτσι *Κουσουήνης*, ό.π., σελ. 151.

52 Βλ. και *Wagner*, Prozessverträge, σελ. 582.

53 Βλ. και *Blomeyer*, ό.π., § 41 II 4.b. Βλ. και *Λιακόπουλο*, ό.π., σελ. 338, κατά τον οποίο η ενεργοποίηση της διαιτησίας συμφωνίας και η διεξαγωγή της δίκης δεν αποτελούν διάθεση.

54 Έτσι όμως *Κουσουήνης*, ό.π., σελ. 142-143.

55 Βλ. *Luke*, Z郑 101, 92 (97).



## 2. Vis attractiva concursus

Με τον όρο αυτό δηλώνεται η συγκέντρωση όλων των δικών που αφορούν την πτώχευση στο πτωχευτικό δικαστήριο. Το πτωχευτικό δικαστήριο έχει αποκλειστική δικαιοδοσία για όλες τις διαφορές και υποθέσεις που παρουσιάζουν κάποια σχέση με την πτώχευση, αδιαφόρως αν πρόκειται για πτωχευτικές απαιτήσεις, αξιώσεις του οφειλέτη, δίκες ανακλήσεως, υποθέσεις που αφορούν την πτώχευση αυτήν καθ' εαυτήν (άρθρ. 53 ΠτωχΚ «...αναφύονται από την πτώχευση και λόγω της κήρυξης της»). Πρόκειται για ένα εξαιρετικό δίκαιο<sup>56</sup>. Η καθιέρωση αποκλειστικής λειτουργικής αρμοδιότητας πτωχευτικού δικαστηρίου επηρεάζει το προκείμενο θέμα με την έννοια ότι αποκλείει την ενεργοποίηση διαιτητικών συμφωνιών που είχαν συναφθεί πριν από την πτώχευση όσο και την κατάρτιση νέων συμφωνιών μετά την πτώχευση, ενώ θέτει το θέμα για την τύχη των εκκρεμών διαιτητικών δικών. Για το λόγο αυτό αλληλωστε αλληλοδαπές μελέτες που αναφέρονται στο θέμα της σχέσεως διαιτησίας και πτωχεύσεως πραγματεύονται το ζήτημα και από την οπτική γωνία του αν καθιερώνεται vis attractiva concursus<sup>57</sup>.

Έως πρότινος το θέμα δεν είχε εξετασθεί στο ελληνικό δίκαιο με την προοπτική αυτή, με εξαίρεση αναπτύξεις τμήματος της θεωρίας<sup>58</sup>. Υπό τον Πτωχευτικό Κώδικα υφίσταται ικανός λόγος για την ένταξη στον προβληματισμό του στοιχείου αυτού. Οι αντιρρήσεις κατά τη διαδικασία της επαληθεύσεως εκδικάζονται πλέον σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρ. 95 παρ. 2 ΠτωχΚ «από κοινού στο σύνολό τους» από το πτωχευτικό δικαστήριο που δικάζει κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας με έκθεση του εισηγητή. Οι αντιρρήσεις, έως τότε, εκδικάζονταν κατά τις γενικές διατάξεις από το αρμόδιο καθ' ύλην δικαστήριο<sup>59</sup>.

Αποκλειστική αρμοδιότητα του πτωχευτικού δικαστηρίου με την παραπάνω έννοια δεν καθιερώνεται ωστόσο με τον ΠτωχΚ, κάτι που προκύπτει και από τη διάταξη του άρθρ. 53 ΠτωχΚ. Το δικαστήριο έχει αρμοδιότητα για τις διαφορές που ειδικά ορίζονται στον Κώδικα και για όσες αναφύονται από την πτώχευση και λόγω της κήρυξης της. Ήδη η διατηρηθείσα και μετά την εισαγωγή του ΠτωχΚ ρύθμιση του άρθρ. 286γ ΚΠολΔ για τη βίαιη διακοπή της δίκης φανερώνει ότι τμήμα των δικών δεν καταργείται συνεπεία της κηρύξεως της πτωχεύσεως. Η διακοπή προϋποθέτει δυνατότητα επαναλήψεως της δίκης. Περαιτέρω, δεν πρέπει να αμφισβητείται ότι αγωγές του οφειλέτη κατά τρίτων με αντικείμενο αξιώσεις ή πράγματα που εμπίπτουν στην πτωχευτική περιουσία εκδικάζονται από το καθ' ύλην αρμόδιο δι-

56 Βλ. *Hahn*, Die gesamten Materialien zu Reichs-Justizgesetzen, τ. 4, Materialien zur Konkursordnung 1881 (ενανέκδ. 1983), σελ. 271.

57 Βλ. *Jestaedt*, Schiedsverfahren und Konkurs, 1985, σελ. 48 επόμε. και 114 επόμε. Επίσης *Leipold*, ZJP, 2010, 90 (91). *Lücke* ZJP 101, 92(96). *Berger*, ZInsO 2009, 1033(1034). *Flöther*, Auswirkungen des inländischen Insolvenzverfahrens auf Schiedsverfahren und Schiedsabrede, 2001, σελ. 61 επόμε.

58 Βλ. *Περάκη*, Πτωχευτικό δίκαιο § 32 VII και προηγούμενως *Κουσουλή*, ό.π., σελ. 149-150.

59 Βλ. *Κοτσίρη*, Πτωχευτικό δίκαιο, 4η έκδοση, αριθμ. 289. Επίσης *Βερβασό* Δ 2, σελ. 235 επόμε.

καστήριο. Το ίδιο ισχύει για τα διωκτικά μέτρα των ενέγγυων πιστωτών που εκφεύγουν κατά βάση των περιορισμών του Πτωχευτικού Κώδικα (άρθρ. 26 παρ. 2). Παρόμοια είναι η κατάσταση σε σχέση με το δικαίωμα αποχωρισμού (άρθρ. 37 ΠτωχΚ) και τη διεκδίκηση του τιμήματος κατά τη διάταξη του άρθρ. 38 παρ. 2. Η αξίωση προς αποχωρισμό ασκείται κατά του συνδίκου με βάση τις γενικές διατάξεις (άρθρ. 37 παρ. 2 ΠτωχΚ).

Προκύπτει επομένως μια μερική μόνο εφαρμογή του κανόνος της *vis attractiva concursus* υπό τον ΠτωχΚ. Η διαπίστωση όμως αυτή δεν σημαίνει ότι ο κανόνας για τη συγκέντρωση των πτωχευτικών δικών στερείται οποιαδήποτε πρακτική σημασία. Ως έχει η διατύπωση του άρθρ. 95 ΠτωχΚ, θα πρέπει για το στάδιο της εκδίκασης των αντιρρήσεων να αποκλεισθεί η δυνατότητα της διαιτητικής δίκης. Με τη ρύθμιση σκοπείται η ενιαία εκδίκαση όλων των αντιρρήσεων στο πλαίσιο της εκούσιας δικαιοδοσίας που εκλαμβάνεται ως προσήκουσα λόγω της ταχύτητας και της απλότητάς της, ενώ παράλληλα καθιερώνονται περαιτέρω αποκλίσεις προς την κατεύθυνση αυτή (άρθρ. 95 παρ. 2, 54-55 ΠτωχΚ). Η ρύθμιση καταλαμβάνει ως εκ της γενικότητάς της και αξιώσεις που υπάγονται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων<sup>60</sup>, κάτι που επιβάλλεται και πρακτικώς λόγω των πολύ σύντομων προθεσμιών που τίθενται στο νόμο (άρθρ. 95 παρ. 2 ΠτωχΚ). Ο ν. 4336/2015 κατέστησε μάλιστα αυστηρότερο το νομικό πλαίσιο για την αναγγελία και επαλήθευση απαιτήσεων. Δεν προβλέπεται μόνο η τηρητέα διαδικασία, κάτι που θα επέτρεπε τον προβληματισμό αν υφίσταται χώρος για εκδίκαση των αντιρρήσεων στο πλαίσιο διαιτητικής δίκης, αλλά καθορίζεται μια αποκλειστική αρμοδιότητα. Το γεγονός ότι αφορά ιδιωτικές αξιώσεις και ότι ο σύνδικος ή ο πιστωτής μπορούν να παραιτηθούν από τις προβλεπόμενες αντιρρήσεις δεν ασκεί νομική επιρροή στο σημείο αυτό. Η εξουσία διαθέσεως είναι κρίσιμη για τη δυνατότητα υπαγωγής των αντιρρήσεων στη διαιτησία<sup>61</sup>, όχι όμως για το θέμα της λειτουργικής αρμοδιότητας.

Ένα τέτοιο αποτέλεσμα, δηλαδή η θεμελίωση της αρμοδιότητας του πτωχευτικού δικαστηρίου, εμφανίζεται βεβαίως σε σχέση με τη συμφωνία διαιτησίας αποδέξιμο – ακόμη και στη βάση του προηγούμενου νομικού καθεστώτος, κατά το οποίο οι αντιρρήσεις εκδικάζονταν από το καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο – στο βαθμό που οι αντιρρήσεις προέρχονται από άληθον πιστωτή. Ο πιστωτής προβάλλει τις αντιρρήσεις εξ ιδίου δικαιώματος και όχι ως ασκών δικαιώματα του οφειλέτη και επομένως δεν έχει υποχρέωση σεβασμού της υπάρχουσας διαιτητικής συμφωνίας που έχει καταρτίσει. Η διαιτητική απόφαση προσβάλλεται δυσχερώς με συνδρομή λόγων που δεν στοιχειοθετούνται ευχερώς (άρθρ. 897 ΚΠολΔ), ώστε και για το λόγο αυτό δεν είναι αξιωματικό για τον τρίτο να στερηθεί την τακτική δικαιοσύνη, υπαγόμενος στη διαιτησία<sup>62</sup>.

60 Βλ. όμως *Περάκη*, ό.π., § 52 Γ III 1. Βλ. επιβεβαιωτικά BGHZ 71, 163 (164).

61 Υπό την πτυχή αυτή αντιμετωπίζει το θέμα ο *Kotárpás*, ό.π., § 368 αριθ. 61. Ομοίως *Ψυχογιάνης*, ό.π., § 1589.

62 Βλ. *Lüke*, ZJP 101, 92(100). *Leipold*, ZJP 2010, 90(92) που αναφέρεται και στην παθολογία που ανακύπτει αν δεσμεύεται ο σύνδικος, όχι όμως ένας τρίτος πτωχευτικός πιστωτής από τη σύμβαση διαιτησίας.

Αν όμως οι αντιρρήσεις δεν μπορούν να εισαχθούν προς εκδίκαση στη διαιτησία, τότε το ίδιο ισχύει και για την προσφυγή στη διαιτησία μετά την κήρυξη της πτώχευσης. Δεν υφίσταται διαφορά αν η αμφισβήτηση μιας απαιτήσεως είχε ήδη εκδηλωθεί πριν από την πτώχευση ή λάβει χώρα μετά την πτώχευση ή κατά το στάδιο της επαληθεύσεως των απαιτήσεων. Αρκεί ότι υπήρξε κήρυξη της πτώχευσης, κάτι που δεν αποκλείει την αμφισβήτηση της απαιτήσεως κατά τη διαδικασία της επαληθεύσεως.

Η ρύθμιση του άρθρ. 95 ΠτωχΚ είναι προσαρμοσμένη στην περίπτωση κατά την οποία στο πλαίσιο της πτωχευτικής διαδικασίας αμφισβητείται το πρώτον απαίτηση πιστωτή. Αν αντίθετα πριν από την πτώχευση έχει διανοιγεί δίκη μεταξύ οφειλέτη και πιστωτή με το ίδιο αντικείμενο και είναι εκκρεμής, τότε λόγιοι οικονομίας της δίκης αλλήλα και προστασίας των συμφερόντων των διαδίκων επιβάλλουν κατ'αρχήν<sup>63</sup> τη συνέχιση της εκκρεμούς δίκης και τη μη έναρξη νέας<sup>64</sup>. Αυτό είναι ιδιαιτέρως σαφές, αν η ανάγκη εκδικάσεως των αντιρρήσεων ανακύψει σε προχωρημένο στάδιο της εκκρεμούς ήδη δίκης ή ακόμη και στο δεύτερο βαθμό<sup>65</sup>. Τα αποτελέσματα της μέχρι τότε δίκης θα πρέπει να διασωθούν. Στην περίπτωση αυτή, υποχωρεί η θέση για την ενιαία εκδίκαση των αντιρρήσεων. Αν η εκκρεμής δίκη αφορά διαιτητικό δικαστήριο, τότε θα πρέπει για την ταυτότητα του νομικού λόγου να μπορεί να συνεχισθεί χωρίς τον περιορισμό της *vis attractiva concursus*. Είναι αδιάφορο αν η αμφισβήτηση αφορά μόνο την απαίτηση για την οποία είναι εκκρεμής η διαιτητική δίκη ή αν υφίστανται αντιρρήσεις και για άλλες απαιτήσεις πιστωτών. Επέρχεται κατ' ανάγκη μια διάσπαση της διαδικασίας. Η συγκεκριμένη θέση ισχύει βεβαίως για απαιτήσεις που υπόκεινται στην υποχρέωση επαληθεύσεως κατά τις προβλέψεις του ΠτωχΚ.

Διαφορετικό είναι το θέμα του επιτυχούς ή μη χαρακτήρος της ρυθμίσεως του άρθρ. 95 ΠτωχΚ. Θα μπορούσαν να διατυπωθούν εύλογες αντιρρήσεις. Πιστωτές που εμπλέκονται ακουσίως σε μία πτωχευτική διαδικασία στερούνται των εγγυήσεων της τακτικής διαδικασίας και οι απαιτήσεις τους, αδιαφόρως αν αμφισβητούνται από το σύνδικο ή άλλους πιστωτές, κρίνονται με μια διαδικασία που δεν είναι προσαρμοσμένη στην εκδίκαση ιδιωτικών διαφορών. Επίσης, δεν επιτρέπεται το ένδικο μέσο της αναιρέσεως (άρθρ. 94 παρ. 2 ΠτωχΚ), με αποτέλεσμα το ανώτατο δικαστήριο της χώρας να στερείται του απαιτούμενου και για την ενότητα της νομολογίας ελέγχου<sup>66</sup>. Αυτό ισχύει όταν συγχρόνως για άλλες, ήσσονος ενδεχόμενα σημασίας, πτωχευτικές υποθέσεις επι-

63 Βλ. σχετικώς για τους λόγους που επιβάλλουν τη συνέχιση του αρχαιμένου δικαστικού αγώνα *Jonas*, Die Konkursfeststellung in ihrer prozessualer Durchführung, 1907, σελ. 39 επόμε. *Hahn*, ό.π., σελ. 328.

64 Βλ. για το θέμα αυτό Γ. *Ορφανίδη*, Οι προθεσμίες ενδίκων μέσων κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2009, σελ. 363.

65 Βλ. σχετικώς τη νομολογία του Αρείου Πάγου για την κατ' αναίρεση δίκη, (Γ. *Ορφανίδη*, ό.π., σελ. 363-364).

66 Βλ. ήδη για την επιχειρηματολογία αυτή *Hahn*, ό.π., σελ. 272. Η ίδια νομοθετική αστοχία παρατηρείται στις δίκες περί την εκτέλεση με βάση το ν. 2335/2015 (άρθρ. 937 1 β ΚΠολΔ). Είναι χαρακτηριστικό ότι έρευνα της Εταιρείας Δικαστικών Μελετών για την κατάσταση της Ελληνικής Δικαιοσύνης κατέδειξε για το δικαστικό έτος 2014-2015 ότι 29,5 % των αιτήσεων αναιρέσεως έγιναν, εν όλω ή εν μέρει, δεκτές με οριστικές αποφάσεις των Τμημάτων (βλ. *Μαργαρίτη Μ.*, στον σχετικό τόμο της Εταιρείας Δικαστικών Μελετών, Συμβολή για την αποτελεσματικότητα της Δικαιοσύνης, 2015 σελ. 51 επόμε.). Η πολιτεία θα πρέπει να αντλήσει συμπεράσματα από τις διαπιστώσεις αυτές. Βλ. για το ζήτημα προσφάτως Γ. *Ορφανίδη*, «Το ένδικο μέσο της αναιρέσεως στο επίκεντρο της μεταρρυθμιστικής κινήσεως», στο έργο: Τόμος προς τιμή του Καθηγητή Ν. Κ. Κλάμαρη, 2016 (υπό έκδοση).

τρέπεται αναίρεση, σε σχέση μάλιστα με τους πρακτικά σημαντικούς λόγους αναίρεσης του άρθρ. 559 αριθμ. 1 και 19 (άρθρ. 55 ΠτωχΚ). Ανάλογες αντιρρήσεις δικαιολογούνται για τις πτωχεύσεις μικρού αντικειμένου. Αποφαινεται αμετακλήτως ο εισηγητής για πιστώματα έως 80.000<sup>67</sup> ευρώ(!).

### 3. Η ενδεχόμενη δέσμευση του συνδίκου

Η θεωρία εξέτασε το θέμα αν διατάξεις του πτωχευτικού δικαίου επιφέρουν τη λύση της συμβάσεως διαιτησίας ή επιτρέπουν στο σύνδικο τη λύση της<sup>68</sup>. Δεν αμφισβητείται στο μεταξύ ότι ο καθολικός ή ο ειδικός διάδοχος του οφειλέτη δεσμεύεται από τη σύμβαση της διαιτησίας<sup>69</sup>. Στην ημεδαπή και αλλοδαπή νομολογία και θεωρία η σύμβαση διαιτησίας θεωρείται μάλιστα ως ιδιότητα της αξιώσεως με την έννοια της αντίστοιχης διατάξεως του άρθρ. 458 ΑΚ, ώστε τυχόν εκχώρησή της να συνεπάγεται δέσμευση στη διαιτητική συμφωνία<sup>70</sup> για τον εκδοχέα. Το ουσιαστικό ζήτημα της δεσμεύσεως ή μη του συνδίκου από τη συμφωνία περί διαιτησίας δεν μπορεί να εξαρτηθεί από το αμφιλεγόμενο θέμα για τη νομική φύση της ιδιότητας του συνδίκου ως εκπροσώπου του οφειλέτη ή ως ασκούντος δημόσιο λειτούργημα<sup>71</sup> με την έννοια ότι στην πρώτη περίπτωση ο σύνδικος δεσμεύεται άνευ ετέρου από τη συμφωνία περί διαιτησίας. Μια τέτοια λύση θα μπορούσε να θεωρηθεί εννοιοκρατική.

Ο ΠτωχΚ εκκινεί από τη θέση ότι οι υπάρχουσες συμβάσεις κατ' αρχήν διατηρούνται και μετά την κήρυξη της πτωχεύσεως (άρθρ. 28 επόμ.). Γίνεται δεκτό ότι η σύμβαση διαιτησίας δεν αποτελεί μια αμφοτεροβαρή σύμβαση ως προς την οποία ο σύνδικος έχει δικαίωμα εκπληρώσεως ή μη (άρθρ. 28-29)<sup>72</sup>. Αυτό ισχύει έστω και αν από τη σύμβαση διαιτησίας προκύπτουν υποχρεώσεις των μερών να συμβάλλουν

67 Για το δικαστικό έτος 2011-2012, στο πλαίσιο της έρευνας της Εταιρείας Δικαστικών Μελετών (έρευνα του Εφέτη Κ. Γκαλιάτσου για το Εφετείο Αθηνών), ποσοστό 58,25% των εκδικασθεισών εφέσεων έγιναν δεκτές. Βλ. επίσης για τα ποσοστά ευδοκίμησης και απορρίψεως εφέσεων στα Εφετεία Αθηνών, Θεσσαλονίκης, Πειραιώς και στα Πολυμελή Πρωτοδικεία ως δευτεροβάθμια δικαστήρια Αθηνών, Θεσσαλονίκης και Κορίνθου τα στατιστικά στοιχεία που παρατίθενται στον ίδιο τόμο από τους *Βαρβέρη/Ματθαίου/Κοριατοπούλου*, ό.π., 48 επόμ.

68 Βλ. *Λιακόπουλο*, ό.π., 339-340.

69 Βλ. ΟλΑΠ 176/1976, ΝοΒ 24, 706. ΑΠ 980/1986, ΕΕΝ 1987, 347-348. 1400/2008 ΕλλΔνη 2009, 1357. ΕφΑθ 6920/1985 ΝοΒ 1996, 231-232. Βλ. επίσης την απόφαση του γερμανικού αναιρετικού δικαστηρίου (BGH) της 5.5.1977, BGHZ 68, 356 (359). Για λόγο ότι ο καταστών ασκεί τα δικαιώματα του οφειλέτη του από τη ρήτρα διαιτησίας σε σχέση με την απαίτηση καταβλήνεται και ο ίδιος (βλ. ΟλΑΠ 16/2002 ΕλλΔνη 2002, 1007 επόμ. Ομοίως BGH KTS 1962, 234. NJW 1987, 651 επόμ.).

70 Βλ. ΟλΑΠ 176/1976, ΝοΒ 24, 706. ΜονΠΑθ 2690/1976 ΝοΒ 25, 220. *Αν. Γεωργιάδης*, Ενοχικό Δίκαιο παρ. 22 αρ. 51 σημ. 53. BGH, BGHZ 71, 1 62 (165). NJW 1979, 2566 (2568). DWW 2000, 271 (272). Σύμφωνος ο *Leipold*, ZfP 2010, 90 (92). Μν πειστικό θεωρεί αντίθετα το επιχείρημα ο *Haas*, ZfP 126, 115 (117).

71 Βλ. για το θέμα *Περάκη*, ό.π., § 25 με πλούσιες παραπομπές. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 1992, σελ. 287 επόμ. *Smid*, DZWIR 1993, 485 (489-490).

72 Βλ. *Λιακόπουλο*, ό.π. Επίσης γερμανικό αναιρετικό δικαστήριο (BGH), απόφαση της 28.2.1957 BGHZ 24, 16 (18), θέση που αποτελεί τη σταθερή άποψη νομολογίας και θεωρίας (ήδη RGZ 137, 109 [111]). Εξ άλλου το δικαίωμα επιλογής του συνδίκου που προβλέπει ο πτωχευτικός νόμος συμβάσεων θεωρείται ότι αποτελεί δικαίωμα που ανήκει στο σύνδικο και καλύπτει ανάγκη της πτωχεύσεως. Δεν ανήκε δηλαδή αρχικώς στον οφειλέτη και μετέπειτα πτωχό. Ως εκ τούτου δεν μπορεί να αποτελέσει περιεχόμενο συμφωνίας των μερών και κατ' επέκτασιν συμφωνίας διαιτησίας (βλ. προσφάτως BGH ZfP 2013, 111 [114]). Επίσης BGH WJWW-RR 2008, 558(560) για το δικαίωμα ανακλήσεως.

στη διεξαγωγή της διαιτησίας<sup>73</sup>. Ως αμφοτεροβαρείς θεωρούνται εν προκειμένω οι συμβάσεις με ουσιαστικού δικαίου περιεχόμενο<sup>74</sup>. Περαιτέρω, η σύμβαση διαιτησίας δεν αποτελεί σύμβαση με προσωπικό χαρακτήρα με την έννοια του άρθρ. 31 παρ. 2 ΠτωχΚ, ώστε να επέρχεται με την κήρυξη της πτωχεύσεως η λύση της. Επί του δικονομικού πεδίου ως προσωποπαγής πράξη εθεωρείτο λ.χ. ο όρκος, επακτός ή δικαστικός (άρθρ. 421 και 431 ΚΠολΔ/1971). Σχέση εντολής με το παραδοσιακό περιεχόμενο (ΑΚ 713) δεν υφίσταται επίσης με τους διαιτητές. Ο διαιτητής δεν είναι εντολοδόχος του διαδίκου που τον διόρισε (άρθρ. 881, 883 παρ. 2, 890), ασκεί δικαιοδοτικό έργο και η απόφαση του εξοπλίζεται με δεδικασμένο (άρθρ. 896).

Ορθότερη εμφανίζεται επομένως η θέση ότι ο σύνδικος υπεισέρχεται στη θέση του οφειλέτη και υποδέχεται τη σύμβαση διαιτησίας ως υφίσταται<sup>75</sup>. Η θεώρηση αυτή επιβεβαιώνεται εν μέρει και από τη διάταξη του άρθρ. 286γ ΚΠολΔ. Ο σύνδικος αποκτά την εξουσία διαχείρισης και διάθεσης της περιουσίας του οφειλέτη (άρθρ. 17). Η ίδια συνέπεια επιβάλλεται και από την προεκτεθείσα διάταξη του άρθρ. 46 β παρ. 3 ν. 1892/1990. Στον εκκαθαριστή θα έπρεπε να παρασχεθούν τα στοιχεία και τα αποδεικτικά μέσα που ήταν απαραίτητα για την επιτυχή υπέρ της επιχειρήσεως έκβαση της διαιτησίας που ήταν εκκρεμής ή θα άνοιγε στο μέλλον.

Η άποψη για την υπεισέλευση του συνδίκου στη θέση του οφειλέτη θα πρέπει να συνδυασθεί με το δικαίωμα του συνδίκου να αρνηθεί την ύπαρξη εγκύρου συμβάσεως με βάση τις διατάξεις του αστικού κώδικα, να προσβάλει τη συμφωνία λόγω ελλειψιών βουλήσεως<sup>76</sup> ή και να την καταγγείλει, αν υφίσταται, με βάση την πτωχευτική περιουσία, οικονομική αδυναμία του να ανταποκριθεί στα έξοδα της διαιτησίας ή αν για οποιοδήποτε λόγο δεν μπορεί να αξιωθεί από το σύνδικο η είσοδος σε διαιτητική δίκη<sup>77</sup>. Η κρατούσα γνώμη δέχεται ακόμη την ένταξη της συμφωνίας διαιτησίας στις πράξεις που είναι ανακλητές αν έγιναν εντός της υπόπτου περιόδου<sup>78</sup>.

Στη θεωρία υποστηρίζεται και η άποψη ότι ο σύνδικος δεν δεσμεύεται από τη σύμβαση διαιτησίας, ενώ ως προς τις δικονομικές συμβάσεις θα πρέπει να του ανα-

73 Βλ. *Habscheid*, KTS 1955, 33 (34). *Hellwig*, ό.π., σελ. 53.

74 Βλ. *Jestaedt*, ό.π., σελ. 66-67. Βλ. όμως *Prütting*, Festschrift für Görg, 2010, σελ. 371(373) που επιχειρηματολογεί με το δικαίωμα επιλογής του συνδίκου και θεωρεί έγκυρη τη συμφωνία μόνο αν ενάγει ο σύνδικος.

75 Βλ. σχετικώς και αντιπροσωπευτικά την απόφαση του γερμανικού αναιρετικού δικαστηρίου της 20.11.2003 ZInsO 2004, 88-89, με πολυάριθμες παραπομπές. Επίσης προσφάτως BGH NJW-RR 2008, 558 επόμε., NJW 2009, 1747 (1748) και ZJP 2013, 111 (113). Βλ. επίσης *Gerhardt*, Festschrift für K. Schmidt, 2009, σελ. 457 (464). *Smid*, ό.π., 490, αν και με διαφορετική αιτιολογία. *Haas*, ZJP 2013, 115 (116-117).

76 Βλ. BGH KTS 1966, 246 (248). Το Δικαστήριο δέχεται τη δυνατότητα επικλήσεως της μη καταρτίσεως συμφωνίας διαιτησίας λόγω ελλείψεως συμπτώσεως δηλώσεων βουλήσεως ή προσβολής της συμφωνίας λόγω ελλειψιών βουλήσεως, ακόμη και μετά την κατάθεση της διαιτητικής αποφάσεως στο αρμόδιο δικαστήριο.

77 Βλ. για την ενδιαφέρουσα αυτή νομολογιακή εξέλιξη ήδη BGH NJW 1964, 1129 επόμε. Επίσης BGH, απόφαση της 14.09.2000 *Betriebs-Berater* (BB), 2001, Beilage 6, σελ. 17 επόμε.. Επίσης στην ίδια θέση *Risse*, Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit des Klägers, σελ. 11 επόμε. Ακόμη *Flöther*, DZWIR 2004, 163. *Heidbrink/Marie-Christine Gräfin von der Groeben*, ZIP 2006, 265(266). *Haas*, ZJP 2013, 115 (118). Βλ. όμως αντίθετα και ΑΠ 738/2001 EEN 2002, 715 επόμε.

78 Βλ. *Γεωργακόπουλο*, ό.π., σελ. 59 («Μία σύμβαση διαιτησίας μπορεί να είναι επιζήμια λόγω δικαστικών δαπανών»). *Λιακόπουλο*, ό.π., σελ. 340.

γνωρισθεί, όπως και για τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, δικαίωμα επιλογής. Η θέση αυτή αιτιολογείται με το επιχείρημα ότι ο σύνδικος δεν είναι διάδοχος του οφειλέτη και αναλαμβάνει τις συμβάσεις του οφειλέτη μόνο προς το σκοπό πραγmatώσεως της υπεγγυητικής ευθύνης της περιουσίας. Κατά την άποψη αυτή, εξαίρεση μπορεί να γίνει δεκτή και να επιτρέπεται διαιτησία για τα δικαιώματα ως προς τα οποία υφίσταται δυνατότητα αποχωρισμού<sup>79</sup>. Ανάλογη κατ' αποτέλεσμα είναι και η θέση της νομολογίας στο βαθμό που θεωρεί ότι η σύμβαση διαιτησίας, η εξουσία διορισμού διαιτητών<sup>80</sup> και η αρξαμένη διαιτητική δίκη, παύουν με την κήρυξη της πτωχεύσεως.

Ωστόσο, οι ρυθμίσεις των άρθρ. 29 επόμε. Πτωχ με το δικαίωμα εκπληρώσεως, δεν προσιδιάζουν στη σύμβαση διαιτησίας, ενώ ο σύνδικος πτωχεύσεως και αν ακόμη δεν αποτελεί διάδοχο του οφειλέτη, διαχειρίζεται τις έννομες σχέσεις του, όπως αυτές στο μεταξύ έχουν διαμορφωθεί. Εκτός τούτου η διατήρηση της συμφωνίας διαιτησίας δεν είναι κατ' ανάγκη αντίθετη στην πτώχευση ως καθεστώς υπεγγυότητας της περιουσίας του οφειλέτη στους δανειστές.

Παράλληλα, καθίσταται σαφές ότι ακόμη και στη βάση της εδώ αποκρουόμενης απόψεως για τη μη δέσμευση του συνδίκου από υπάρχουσα ρήτρα ή συμφωνία ή αρξαμένη διαιτητική δίκη, θέμα παύσεως της διαιτητικής ρήτρας ή επηρεασμού της διαιτητικής διαδικασίας δεν τίθεται, αν ήθελε υπάρξει μεταβίβαση της συμβατικής σχέσεως (άρθρ. 33 ΠτωχΚ), για την οποία έχει συμφωνηθεί διαιτησία ή ανάθεση της διοίκησης της πτωχευτικής περιουσίας στον οφειλέτη (άρθρ. 18) ή αποφασισθεί εκποίηση της επιχείρησης ως συνόλου κατ' άρθρ. 19 ΠτωχΚ. Περαιτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό ότι θέμα παύσεως της συμβάσεως διαιτησίας δεν τίθεται αν ο σύνδικος αποφασίσει την εκπλήρωση της εκκρεμούς συμβάσεως για την οποία έχει συμφωνηθεί διαιτησία (άρθρ. 29 ΠτωχΚ).

Σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις εγκύρως δρομολογείται ή συνεχίζεται η διαιτητική δίκη. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου πρέπει να γίνει δεκτό ότι αν ο σύνδικος αποφασίσει τη μη εκπλήρωση, τότε τυχόν υπαναχώρηση του αντισυμβαλλομένου από την ουσιαστική σύμβαση, συμπαρασύρει και τη σύμβαση διαιτησίας που έχει καταρτισθεί<sup>81</sup>.

## VI. Η υπ' αριθμ. 2234/2009 απόφαση του Αρείου Πάγου

Ο Άρειος Πάγος δέχθηκε με την ως άνω απόφαση ότι με την πτώχευση αναστέλλεται η διαιτητική δίκη δυνάμει των σχετικών διατάξεων του Εμπορικού Νόμου για την αναστολή των ατομικών διώξεων. Όμως αν αυτό δεν λήβει χώρα, τότε η εκδιδόμενη

79 Häsemeyer, *Insolvenzrecht* 2007, Rdnr. 13.28, *Jäger/Windel*, *InsO*, §80, αριθμ. 249. Βλ. επίσης *Dahl/Thomas*, *NZI* 2012, 534 επόμε., *M. Brickmann*, *NZI* 2012, 735 επόμε.

80 ΑΠ 63/1921, 103/1924 ό.π.

81 Βλ. όμως *Περάκη*, ό.π., παρ. 41 Γ VI.



απόφαση δεν υπόκειται σε ακύρωση λόγω αντιθέσεώς της προς τις διατάξεις της δημόσιας τάξης (άρθρ. 897 αριθ. 6). Συνδύασε τη θέση αυτή με την μη εφαρμογή των διατάξεων για τη βίαιη διακοπή της δίκης στη διαιτητική διαδικασία. Στη διαιτητική δίκη ισχύει το ανακριτικό σύστημα και εκδικάζεται η διαφορά και εν απουσία όλων των διαδίκων. Με τη θέση αυτή, ο Άρειος Πάγος φέρεται να αποδέχεται εμμέσως ότι η συμφωνία διαιτησίας δεν παύει ισχύουσα με την κήρυξη κάποιου μέρους σε πτώχευση. Γίνεται λόγος για αναστολή των ατομικών διώξεων που έπρεπε να επέλθει, κάτι που για αρξαμένη δίκη σημαίνει την αδυναμία συνεχίσεώς της. Η δίκη, δηλαδή, δεν καταργείται και δεν τίθεται εκποδών το θεμέλιό της που είναι η συμφωνία περί διαιτησίας. Δεν παύει η εξουσία των διαιτητών, έτσι ώστε να μην είναι δυνατή η συνέχιση της διαιτησίας.

Εδώ καταφαίνεται και η διαφορά με την έως τότε νομολογία που έκανε λόγο για παύση εξουσίας των διαιτητών και για κατάπαυση της διαιτησίας. Οι διαιτητικές αποφάσεις που εκδίδονταν παρά την πτώχευση ήταν στη βάση της μέχρι πρότινος νομολογίας άκυρες κατ' άρθρ. 759 ΠολΔ ή ακυρώσιμες κατ' άρθρο 897 αριθμ. 8 ΚΠολΔ. Κατά τη διάταξη του άρθρ. 759 ΠολΔ, έφεση ήταν περιττή, μεταξύ άλλων, αν ο διαιτητής εξέδιδε απόφαση μετά την παρέλευση του «κατά τα άρθρα 111 και 121 αριθ. 1 ορισμένου χρόνου κ.λπ.». Εδώ είχε ενταχθεί και η περίπτωση της πτωχεύσεως. Με μεγαλύτερη σαφήνεια αναφέρθηκε υπό το καθεστώς του ΚΠολΔ το Εφετείο Θεσσαλονίκης στην παραπάνω αναφερθείσα απόφασή του (υπό ΙΙΙ) στη συνδρομή λόγου ακυρώσεως κατ' άρθρ. 897 αριθμ. 2 ΚΠολΔ για την έκδοση της αποφάσεως μετά την παύση ισχύος της διαιτητικής συμφωνίας.

Ο Άρειος Πάγος δεν αναφέρεται βεβαίως ρητά στο θέμα της διατηρήσεως της ισχύος της διαιτητικής συμφωνίας μετά την πτώχευση, κάτι που είχε δεχθεί η προσβληθείσα με την αίτηση αναιρέσεως απόφαση του Εφετείου Αθηνών που οδήγησε στην έκδοση της υπ' αριθμ. 2234/2003 αποφάσεως του Αρείου Πάγου. Με το περιεχόμενο αυτό το Εφετείο υιοθέτησε μια αποκλίνουσα άποψη από τη μέχρι τότε κρατούσα θέση της νομολογίας.

Αντίθετα, μη πειστική μπορεί να θεωρηθεί η αναφορά του Αρείου Πάγου στη μη εφαρμογή στη διαιτητική δίκη των διατάξεων του ΚΠολΔ για τη διακοπή της δίκης και η αιτιολογία προς τούτο. Κατ' αρχήν αφού η απόφαση δέχεται αναστολή της δίκης συνεπεία της κηρύξεως του διαδίκου σε πτώχευση, θέμα βίαιης διακοπής κατά το πρότυπο του ΚΠολΔ (άρθρ. 286) δεν μπορεί να τεθεί. Οι δύο λύσεις αλληλοαποκλείονται. Περαιτέρω, στη διαιτητική δίκη δεν ισχύει, αν δεν συμφωνηθεί, το ανακριτικό σύστημα. Την ευθύνη για την επίκληση των κρίσιμων πραγματικών ισχυρισμών έχουν και εδώ τα μέρη. Εξάλλου, η δυνατότητα εκδικάσεως της υποθέσεως και όταν απουσιάζουν οι διάδικοι (άρθρ. 897 παρ. 1), δεν σημαίνει ότι και γεγονότα όπως η πτώχευση ή ο θάνατος ενός των διαδίκων δεν επηρεάζουν εξ αυτού του λόγου την πορεία της διαιτητικής δίκης<sup>82</sup>.

82 Βλ. πάντως μια αντιστοίχου περιεχομένου επιχειρηματολογία από το γερμανικό αναιρετικό δικαστήριο για τη μη εφαρμογή των διατάξεων για τη διακοπή της δίκης στη διαιτητική δίκη RGZ 62, 24 (25).

Είναι άλλο θέμα η εκούσια απουσία των διαδίκων από τη διαιτητική δίκη και άλλο η επίπτωση σ' αυτήν συμβάντων όπως η πτώχευση ή ο θάνατος διαδίκου.

## VII. Η προσήκουσα λύση

Η έως τώρα αντιμετώπιση του θέματος παρουσιάζει την αδυναμία ότι δεν συνεκτιμά τις διάφορες κατηγορίες πτωχευτικών υποθέσεων που απαιτούν διαφορετική μεταχείριση<sup>83</sup>. Σε άλλο σημείο καταβλήθηκε προσπάθεια διακρίσεως των πτωχευτικών υποθέσεων σε σχέση με την επίδραση της πτωχεύσεως στην προθεσμία ενδίκων μέσων. Θα πρέπει να υπάρξει διάκριση ανάμεσα στις αγωγές του οφειλέτη κατά τρίτων, στις προσωπικές αγωγές των πτωχευτικών πιστωτών, στις αγωγές των ενέγγυων πιστωτών κατά του οφειλέτη, στις αγωγές του οφειλέτη ως ενέγγυου πιστωτή κατά τρίτων όπως επίσης στις αγωγές που αφορούν δικαιώματα αποχωρισμού του πράγματος από την πτωχευτική περιουσία (άρθρ. 33 επόμ.). Παράλληλα, υφίστανται οι αγωγές από ή κατά του πτωχού που δεν αφορούν την πτωχευτική περιουσία<sup>84</sup>. Στην πράξη απαντώνται κυρίως αγωγές των πτωχευτικών δανειστών και των ενέγγυων πιστωτών κατά του οφειλέτη, αλλιά και αγωγές του οφειλέτη κατά τρίτων. Ως προς τις ενεργητικές αγωγές με ενάγοντα τον οφειλέτη και τις αγωγές των ενέγγυων δανειστών κατά τρίτων, τυχόν πτώχευση του οφειλέτη επιφέρει τη συνέπεια της διακοπής της δίκης (άρθρ. 286γ ΚΠολΔ) με τη συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων. Η ρύθμιση του άρθρ. 286γ ΚΠολΔ εφαρμόζεται στις περιπτώσεις εκείνες για τις οποίες δεν ισχύει η αναστολή των δικωτικών μέτρων ως αποτέλεσμα της πτωχεύσεως (άρθρ. 25, παρ. 1 ΠτωχΚ). Εδώ εντάσσονται οι περιπτώσεις τις οποίες προβλέπει το άρθρο 26 παρ. 2 ΠτωχΚ για τους ενέγγυους πιστωτές. Το πεδίο εφαρμογής του άρθρ. 26 παρ. 2 ΠτωχΚ συμπίπτει με αυτό που ίσχυε στο παρελθόν για τη διάταξη του άρθρ. 534 ΕμπΝ «...πάσα κατά του πτωχεύσαντος αγωγή... παν μέτρον εκτελέσεως... εξακολουθούσιν ή επιχειρούνται κατά μόνον των συνδίκων»<sup>85</sup>. Αντίθετα, οι προσωπικές αγωγές των πτωχευτικών δανειστών αναστέλλονται κατ' άρθρ. 25 παρ. 1 ΠτωχΚ με την έννοια ότι απαγορεύεται η έναρξη ή η συνέχιση δικών.

Με τις λύσεις για τη βίαιη διακοπή και την αναστολή της δίκης αποδίδονται δύο από τις πιθανές δυνατότητες επιρροής που μπορεί νομοτεχνικώς να έχει η κήρυξη της πτωχεύσεως στη δίκη. Οι δύο αυτές δυνατότητες συνυπάρχουν θεωρητικώς με τη λύση της μη υπάρξεως επιρροής της πτώχευσης στη δίκη, όπως και με τη λύση για την κατάργηση της δίκης ως συνέπεια της πτωχεύσεως. Για την επιλογή των δύο τελευταίων λύσεων απαιτείται νομοθετική πρόβλεψη που δεν υφί-

83 Εξάιρεση συνιστά η ερμηνευτική προσέγγιση του *Λιακόπουλου*, ό.π. σελ. 333-334.

84 Βλ. Γ. Ορφανίδη, Οι προθεσμίες ενδίκων μέσων κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2009, σελ. 338 επόμ. και σελ. 360-361.

85 Γ. Ορφανίδης, ό.π., σελ. 340 επόμ.



σταται σήμερα. Αντίθετα, στο πρόσφατο παρελθόν η παρ. 3 του άρθρ. 46β του ν. 1892/1990 προέβλεπε ρητώς ότι εκκρεμείς δίκες δεν διακόπτονταν ούτε αναστέλλονταν.

Τα παραπάνω διεκδικούν εφαρμογή και στο πλαίσιο της διαιτητικής δίκης.

Η ενιαία, για όλες τις κατηγορίες των υποθέσεων, αντιμετώπιση του θέματος από τη θεωρία αποτελεί ενδεχόμενα και το λόγο για τον οποίο διατυπώνονται θέσεις που δεν αφήνονται να εναρμονισθούν ή να εναρμονισθούν ευχερώς μεταξύ τους. Έτσι υποστηρίζεται<sup>86</sup> λ.χ. ότι η συνύπαρξη πτωχευτικής και διαιτητικής δίκης μπορεί να οδηγήσει σε αντιφατικές αποφάσεις και γι' αυτό προτείνεται ως λύση η αναλογική εφαρμογή της διατάξεως του άρθρ. 286γ. Όμως, η διάταξη του 286γ ισχύει μόνο για τις δίκες των ενέγγυων πιστωτών και δεν αναφέρεται στις προσωπικές αγωγές. Υποστηρίζεται περαιτέρω η άποψη ότι η συμφωνία που καταρτίσθηκε πριν από την πτώχευση δεν διατηρεί την ισχύ της, όμως τυχόν αρξάμενη διαδικασία διακόπτεται κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρ. 286γ<sup>87</sup>. Ανεύρίσκεται η θέση ότι η δίκη που δεν επηρεάζεται από την αναστολή των ατομικών διώξεων συνεχίζεται από το σύνδικο σε συνδυασμό με την άποψη ότι η ρύθμιση του άρθρ. 286γ ΚΠολΔ δεν εφαρμόζεται στη διαιτητική δίκη. Όμως ελλείπει διάταξη<sup>88</sup> που επιτρέπει την άνευ ετέρου συνέχιση της διαιτητικής δίκης από το σύνδικο. Επίσης, απαντάται η επιχειρηματολογία με τη διάταξη του άρθρ. 534 ΕμπΝ, όπως ίσχυε, με στοιχεία γενικότητας προκειμένου να αιτιολογηθεί η δέσμευση του συνδίκου από τη συμφωνία διαιτησίας και η υποχρέωσή του για διεξαγωγή της δίκης.<sup>89</sup> Όμως η συγκεκριμένη ρύθμιση του προγενέστερου δικαίου ίσχυε μόνο για τους ενέγγυους πιστωτές.

## 1. Διαιτητική ρήτρα, έναρξη διαιτητικής δίκης και πτώχευση

Η απώλεια της εξουσίας διαθέσεως δεν οδηγεί κατά τα ανωτέρω αναφερθέντα στη λύση της ρήτρας διαιτησίας. Είναι αρκετό ότι κατά το χρόνο συνομολογήσεώς της υφίσταται. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν υφίσταται έγκυρη συμφωνία, όταν δεν υφίσταται εξουσία διαθέσεως κατά τον χρόνο καταρτίσεως, αποκτάται όμως μεταγενέστερα. Θα πρέπει να καταρτισθεί εκ νέου συμφωνία περί διαιτησίας. Περαιτέρω, σε σχέση με τη ρήτρα διαιτησίας είναι άγνωστο ποιες διαφορές θα ανακύψουν στο μέλλον, ώστε δεν είναι δυνατό να κριθεί εκ προοιμίου αν αυτές θα καταλαμβάνονται από τους περιορισμούς της πτωχευτικής διαδικασίας και ιδίως την αναστολή των ατομικών διώξεων.

<sup>86</sup> Βλ. *Καϊση*, ό.π., σελ. 107.

<sup>87</sup> Έτσι *Βερβενιώτης*, ό.π., σελ. 184-185 ως προς τη διαιτητική πραγματογνωμοσύνη.

<sup>88</sup> Βλ. *Λιακόπουλο*, ό.π., σελ. 339 που ορθά περιορίζει την απορριπτική του θέση για τη διάταξη του άρθρ. 286γ στις περιπτώσεις που δεν καταλαμβάνονται από την αναστολή.

<sup>89</sup> Βλ. *Καλαθρό* ό.π. σελ. 126. Κατ' αποτέλεσμα *Μπένς*, Πολιτική Δικονομία ό.π., σελ., 133. *Παϊσίδου*, Η διακοπή και η επανάληψη της δίκης κατά τον ΚΠολΔ, 2001, σελ. 35 και *Κτσαράς*, ό.π., σελ. 553.

1.1. Αν προκληθεί διαφορά και πρόκειται για αξίωση του οφειλέτη κατά τρίτου ή για αξίωση ενέγγυου πιστωτή ή πρόκειται για δικαίωμα αποχωρισμού, τότε υφίσταται ή η διαδικασία κατά τις «γενικές διατάξεις» (άρθρ. 26 παρ. 1, 37 παρ. 7 ΠτωχΚ) ή, αν υπάρχει συμφωνία διαιτησίας, η διαιτητική οδός με διάδικο και στις δύο περιπτώσεις το σύνδικο. Δεν υφίσταται λόγος παραμερισμού της διαιτητικής συμφωνίας στο βαθμό που δεν ισχύει η αναστολή των ατομικών διώξεων. Η θέση αυτή συνδυάζεται με τη δυνατότητα του συνδίκου για απαλλοτρίωση από την ύπαρξη της συμφωνίας, αν υφίστανται οι λόγοι που αναφέρθηκαν παραπάνω (υπό V3). Το θέμα καθίσταται σαφέστερο, αν η διαιτητική συμφωνία καταρτισθεί από τον οφειλέτη μετά τη δημιουργία της διαφοράς, όταν δηλαδή έχει καταστεί σαφές ότι η διαφορά δεν εμπίπτει στην αναστολή των διωκτικών μέτρων.

1.2. Αν αντίθετα το αντικείμενο της διαιτητικής δίκης εμπίπτει στην πτωχευτική περιουσία, τότε δεν είναι δυνατή η έναρξη της διαιτητικής δίκης λόγω της καταλήψεως της από την αναστολή των διωκτικών μέτρων. Η αξίωση θα πρέπει να ασκηθεί με αναγγελία στην πτώχευση (89 επόμ. ΠτωχΚ)<sup>90</sup> και σε περίπτωση διατυπώσεως αντιρρήσεων να επαληθευθεί μέσω της προβλεπόμενης πτωχευτικής διαδικασίας (άρθρ. 93 επόμ.). Στο ίδιο αποτέλεσμα συνηγορεί και η αρχή της συγκεντρώσεως όλων των πτωχευτικών δικών (*vis attractiva concursus*). Όπως τονίσθηκε παραπάνω, αν απαγορεύεται η εισαγωγή των αντιρρήσεων στη διαιτησία, τότε θα πρέπει να απαγορεύεται και η έναρξη διαιτητικής δίκης για την ίδια απαίτηση. Μετά τη διατύπωση αντιρρήσεων, η *vis attractiva concursus* απαιτεί την εισαγωγή των αντιρρήσεων «από κοινού στο σύνολό τους» ενώπιον του πτωχευτικού δικαστηρίου (άρθρ. 95 παρ. 2 ΠτωχΚ). Αντίθετα, υπό το προηγούμενο καθεστώς του ΕμπΝ θα ήταν δυνατή η έναρξη διαιτητικής δίκης «ως το καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο» για τις αντιρρήσεις<sup>91</sup>, δεν θα ήταν όμως πάλι δυνατή η έναρξή της πριν από τη διατύπωση αντιρρήσεων. Θα καταλαμβάνονταν από το μέτρο της αναστολής των ατομικών διώξεων.

Το επιχείρημα ότι η διαιτητική δίκη, αν ήθελε θεωρηθεί επιτρεπτή, θα διεξαχθεί με διάδικο το σύνδικο και όχι τον ίδιο τον πτωχό δεν επηρεάζει τη νομική κατάσταση. Αδιάφορο είναι επίσης το στοιχείο αν ο σύνδικος είχε ήδη αρνηθεί την ύπαρξη της απαιτήσεως του δανειστή, ώστε να είναι βέβαιο ότι θα ακολουθήσει δικαστικός αγώνας. Μη κρίσιμο είναι και το επιχείρημα ότι η έκβαση της διαιτητικής δίκης, έστω και αν αυτή περιβάλλεται με δεδικασμένο (άρθρ. 896 ΚΠολΔ) δεν αποστερεί κατά την ορθότερη γνώμη<sup>92</sup> από τους λοιπούς δανειστές τη δυνατότητα να αμφισβητήσουν την απαίτηση του δανειστή (άρθρ. 95 παρ. 1). Η απλότητα της διαδικασίας και η

90 Ο πιστωτής πρέπει να αναφέρει μεταξύ άλλων στην αναγγελία του το είδος και την αιτία της απαιτήσεως του (άρθρ. 91 παρ. 2 ΠτωχΚ). Βλ. σχετικώς και την περίπτωση που έκρινε το γερμανικό αναιρετικό για την έννοια της απαιτήσεως στην αναγγελία κατά την πτώχευση BGHZ 173, 103 επόμ., θέση όμως που στο μεταξύ εγκατέλειψε (BGH WM 2016, 46). Το ζήτημα αφορά τη σχέση αξιώσεων από σύμβαση και αδικαιολόγητο πλουτισμό.

91 *Κοτσίρης*, ό.π., 4η έκδ. παρ. 289 αριθ. 2.

92 Το θέμα εκφεύγει των ορίων της παρούσας μελέτης. Βλ. από τη νομολογία ΕφΑθ 476/1971, ΑρΧΝ 1971, 138 (139). Εφ'Απαρίσσης Θ, ΜΔ 85 επόμ. Βλ. για τη σχέση του σημείου αυτού με τη θεματική *Lüke*, ZJP 101, 92 (93).

ανάγκη συγκέντρωσης του συνδίκου στο έργο της πτώχευσης επιβάλλουν την ενάσκηση της αξιώσεως μέσω της αναγγελίας στην πτώχευση.

Με την αναστολή των διωκτικών μέτρων, ως συνέπεια της πτωχεύσεως, η διαιτητική συμφωνία δεν παύει ισχύουσα. Υφίσταται και ενεργοποιείται, αν εκληίψουν οι λόγοι που εμπόδισαν την ενεργοποίησή της, ή.χ. αν ήθελε υπάρξει ανάκληση της πτωχεύσεως ή ανάθεση της διοικήσεως της πτωχευτικής περιουσίας στον οφειλέτη (άρθρ. 18 ΠτωχΚ)<sup>93</sup>.

Το θέμα της επιρροής ή μη της πτωχεύσεως στη σύμβαση διατησίας δεν υπόκειται εξάλλου στην εξουσία διαθέσεως των μερών. Τα συμβαλλήσιμα μέρη δεν μπορούν να συμφωνήσουν εγκύρως ότι δεν θα υπάρξει παύση συμφωνίας διατησίας αν η έννομη τάξη, ως συνέπεια της πτωχεύσεως, προβλέπει την παύση ή να συμφωνήσουν τη μη διακοπή της δίκης ή τη συνέχισή της με διάδικο τον πτωχό. Αντίθετα, θεωρείται έγκυρη η συμφωνία κατά την οποία η σύμβαση διατησίας δεν δεσμεύει το σύνδικο<sup>94</sup>.

Περαιτέρω, η αδυναμία ενάρξεως της διαιτητικής δίκης και, όπως θα αναπτυχθεί παρακάτω, η αυτοδίκαιη αναστολή της εκκρεμούς διαιτητικής δίκης ως συνέπειες της πτωχεύσεως, δεν συνεπάγονται κατάργηση της συμφωνίας διατησίας ως άνευ αντικείμενου πλέον<sup>95</sup>. Δεν αποκλείεται η εμφάνιση συμβάντων που θα επιτρέψουν αργότερα την έναρξη ή τη συνέχιση της διαιτητικής δίκης.

## 2. Διατητική δίκη και πτώχευση

Απαιτείται και εδώ η διάκριση των διαφόρων κατηγοριών πτωχευτικών υποθέσεων. Εισαγωγικώς πρέπει να τονισθεί ότι θέμα τυχόν επιρροής της πτωχεύσεως στη διαιτητική δίκη μπορεί να τεθεί μόνο αν η πτώχευση επήλθε πριν από το τέλος της συζητήσεως, μετά την οποία εκδίδεται η συζήτηση (arg. από το άρθρ. 286)<sup>96</sup>. Αν η πτώχευση επήλθε μετά την τελευταία συζήτηση, θέμα επιρροής δεν τίθεται.

2.1. Αν αντικείμενο της διαιτητικής δίκης είναι αξιώσεις του οφειλέτη ή αξιώσεις των ενέγγυων δανειστών ή δικαιώματα αποχωρισμού, τότε δεν τίθεται θέμα αναστολής των ατομικών διώξεων με την έννοια της μη συνεχίσεως της εκκρεμούς δίκης. Η δίκη θα συνεχισθεί με διάδικο το σύνδικο<sup>97</sup>. Οι δίκες αυτές, καίτοι εκφεύγουν των περιορισμών της πτωχεύσεως, ενδιαφέρουν την πτώχευση αφού μπορούν

93 Βλ. επιβεβαιωτικά τις περιπτώσεις που έκρινε το γερμανικό αναιρετικό RGZ 116, 369 (371) και BGH MDR 1967, 565.

94 Βλ. BGH ZInsO 2004, 88. Βλ. και RGZ 62, 24, κατά την οποία είναι έγκυρη η συμφωνία των μερών για εφαρμογή των κανόνων του ΚΠολΔ στη διαιτητική δίκη.

95 Βλ. για το επιχείρημα αυτό *Smid*, DZWIR 1999, 485 (490).

96 Βλ. επιβεβαιωτικά την απόφαση του Εφετείου Αθηνών στην υπόθεση για την οποία εκδόθηκε η υπ' αριθ. 2234/2009 απόφαση του Αρείου Πάγου, ΕφΑΔ 2010, 458 (459). Αντίθετα ΕφΑθ 476/1971 ΑρΧΝ 1971, 138-139. («...και προ της υπογραφής της αποφάσεως των διαιτητών ή του επιδαιτητή...»). RGZ 62, 24 (25).

97 Περίπτωση ενέγγυου πιστωτή αφορούσε η υπόθεση που έκρινε το γερμανικό αναιρετικό δικαστήριο RGZ 137, 109 (111). Ομοίως BGH InsO 2004, 88.

να οδηγήσουν σε επαύξηση των εντακτέων στην πτωχευτική περιουσία στοιχείων<sup>98</sup>. Περαιτέρω, η απώλεια της εξουσίας διαθέσεως αντιστοιχεί επί δικονομικού πεδίου κατά βάση στην απώλεια της ικανότητας διεξαγωγής της δίκης. Το γεγονός αυτό επιβάρυνε να αποδοθεί νομική σημασία στην πτώχευση που λαμβάνει χώρα κατά τη διάρκεια της διαιτητικής δίκης, αφού, αν συνεχισθεί η δίκη με διάδικο τον πτωχό και εκδοθεί απόφαση του διαιτητικού δικαστηρίου, η απόφαση θα πάσχει. Θα υφίσταται έλλειψη νομίμου εκπροσωπήσεως που συνιστά λόγο αναψηλαφήσεως (άρθρ. 544 αριθμ. 2) και κατ' επέκταση λόγο ακυρώσεως της διαιτητικής αποφάσεως (άρθρ. 897 αριθ. 8)<sup>99</sup>. Η εξέλιξη αυτή θα πρέπει επομένως να προληφθεί. Διανοίγονται προς αποτροπή αυτής της εξελίξεως οι δυνατότητες της αυτοδίκαιης διακοπής της δίκης, της βίαιης διακοπής αυτής κατά το πρότυπο του άρθρ. 286γ ΚΠολΔ και η αυτοδίκαιη υπεισέλευση του συνδίκου στη δίκη χωρίς διακοπή. Για την πρώτη και τρίτη λύση απαιτείται ρητή πρόβλεψη στο νόμο. Η τρίτη λύση ίσχυε, όπως τονίσθηκε, σε σχέση με την ειδική εκκαθάριση του άρθρ. 46β ενώ την πρώτη λύση γνωρίζει ρητά το γερμανικό δίκαιο (παρ. 240). Επιβάρυνεται η αναλογική εφαρμογή του άρθρ. 286γ ΚΠολΔ στη διαιτητική δίκη που εφαρμόζεται ούτως ή άλλως σε σχέση με τις δίκες ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων μόνο για τις εδώ εξεταζόμενες περιπτώσεις<sup>100</sup>. Αν δεν διακόπτεται αυτοδικαίως αντίστοιχη δίκη ενώπιον των τακτικών δικαστηρίων, δεν υφίσταται λόγος για διαφορετική μεταχείριση της διαιτητικής δίκης. Αυτοδίκαιη διακοπή και βίαιη διακοπή της δίκης αποτελούν διαφορετικές τεχνικές για την αντιμετώπιση του ίδιου θέματος. Η αυτόματη υπεισέλευση του συνδίκου στη διαιτητική δίκη αποτελεί τη θέση που επικρατεί στο γερμανικό δίκαιο. Υποστηρίζεται εκεί στη βάση της θέσεως ότι δεν ισχύει στη διαιτητική δίκη η ρύθμιση για διακοπή της δίκης<sup>101</sup> που προβλέπεται για τις δίκες ενώπιον τακτικών δικαστηρίων. Το θέμα της διακοπής δεν μπορεί επίσης να αφηθεί στην κρίση του διαιτητικού δικαστηρίου<sup>102</sup>.

Βίαιη διακοπή της δίκης πρέπει να υπάρξει και για το λόγο ότι δεν βρίσκει εφαρμογή στη διαιτητική δίκη η ρύθμιση του άρθρ. 101 ΚΠολΔ που διασώζει το κύρος της εκδιδόμενης αποφάσεως<sup>103</sup>.

98 Βλ. Ορφανίδη, ό.π., σελ.349.

99 Βλ. BGH απόφαση της 29/01/2009 Z郑 2010, 85 (87) = NJW 2009, 1747 (1748). Ήδη BGH MDR 1967, 565. Ευστόχως τονίσθηκε ότι δικονομικώς δεν έχει σημασία αν ως διάδικος φέρεται ο οφειλέτης, ενώ είχε εισέλθει στη δίκη ο σύνδικος (BGH NJW 2009, 1747 (1748) με σύμφωνες παρατηρήσεις *Leipold* (Z郑 2010, 90 [93])). Βλ. για μια αντίστοιχη προσέγγιση στο ελληνικό δίκαιο συνιστώσα *falsa demonstratio*, Γ. Ορφανίδη, ό.π., σελ 351.

100 Βλ. και *Kalathros*, ό.π., 125-126 αν και στη βάση της παραδοχής ότι η διάταξη του άρθρ 534 ΕμπΔ ίσχυε για όλες τις δίκες, ενώ κατά την ορθή ερμηνεία ίσχυε μόνο για τις δίκες των ενέγγυων πιστωτών.

101 Βλ. ήδη RGZ 62, 24 (25). BGH KTS 1966, 247. BGH Z郑 2010, 85 (89)= NJW 2009, 1747(1749). Η θέση αυτή αιτιολογήθηκε με το επιχείρημα ότι η δικονομία δεν προβλέπει ρύθμιση ενώ παράλληλα οι διατάξεις για τη διακοπή και επανάληψη της δίκης λόγω πτωχεύσεως δεν ταιριάζουν στη διαιτητική δίκη που χαρακτηρίζεται από έλλειψη τυπικότητας και τη διαμόρφωση της διαδικασίας κατά την κρίση του διαιτητικού δικαστηρίου.

102 Βλ. όμως *Κουσουλή*, ό.π., σελ. 157. *Παϊσίδου* ό.π., σελ. 35. Βλ. και *Jestaedt*, Schiedsverfahren und Konkurs, 1985, σελ. 21 επόμ.

103 Βλ. για τον προβληματισμό Γ. Ορφανίδη, ό.π., σελ. 350 επόμ.

Η ελλειμματικότητα της αποφάσεως που θα εκδοθεί με διάδικο τον πτωχό προστατεύει αρκούντως τους πτωχευτικούς δανειστές. Από την άλλη μεριά διανοίγεται η δυνατότητα εγκρίσεως της δίκης από το σύνδικο<sup>104</sup>, ενώ αντίθετα δεν υφίσταται εν προκειμένω η δυνατότητα προστασίας του συνδίκου και των πτωχευτικών πιστωτών μέσω του θεσμού της επαληθεύσεως των απαιτήσεων. Η κατηγορία αυτή των απαιτήσεων εκφεύγει της διαδικασίας επαληθεύσεως.

2.2. Αν η διαιτητική δίκη έχει αντικείμενο ενοχικές αξιώσεις κατά του οφειλέτη, τότε καταλαμβάνεται από την αναστολή των ατομικών διώξεων με την έννοια της αδυναμίας συνεχίσεώς της (άρθρ. 25 ΠτωχΚ). Η εκκρεμής δίκη αναστέλλεται αυτοδικαίως και άνευ ετέρου<sup>105</sup>. Τυχόν συνέχισή της με διάδικο τον πτωχό καθιστά την απόφαση ακυρωτέα κατά τις διατάξεις των άρθρ. 897 αριθμ. 8 και 544 αριθμ. 2 ΚΠολΔ. Για το αποτέλεσμα αυτό δεν απαιτείται η εξέταση του θέματος, αν η αρχή της αναστολής των ατομικών διώξεων αποτελεί κανόνα δημοσίας τάξεως με την έννοια του άρθρ. 33 ΑΚ<sup>106</sup> ή αν η ρύθμιση του άρθρ. 286γ ΚΠολΔ, όπως τονίστηκε, εφαρμόζεται και στο πλαίσιο της διαιτητικής δίκης. Η ρύθμιση του άρθρ. 286γ εφαρμόζεται μόνο για δίκες με αξιώσεις του οφειλέτη εναντίον τρίτων ή ενέγγυων πιστωτών<sup>107</sup>.

Η περαιτέρω πορεία της διαιτητικής δίκης είναι συνάρτηση της διατυπώσεως ή μη αντιρρήσεων κατά τη διαδικασία της επαληθεύσεως. Αν δεν διατυπωθούν αντιρρήσεις, τότε η εκκρεμής διαιτητική δίκη θα πρέπει να θεωρηθεί διεκπεραιωθείσα. Καθίσταται άνευ αντικειμένου μέσω της αποδοχής της απαιτήσεως και της επαληθεύσεως της (άρθρ. 93 ΠτωχΚ)<sup>108</sup>. Αν διατυπωθούν αντιρρήσεις, τότε σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω (υπό V2), αυτές θα πρέπει να εισαχθούν στο διαιτητικό δικαστήριο προς το σκοπό της διαφυλάξεως των μέχρι τότε αποτελεσμάτων της διαιτητικής δίκης. Δεν ενδείκνυται και δεν είναι αξιόσιμη για το δανειστή η εκ νέου έναρξη δικαστικού αγώνα κατ' άρθρ. 95 παρ. 2 ΠτωχΚ. Η δίκη βεβαίως θα συνεχισθεί με διάδικο το σύνδικο που δεσμεύεται από τη σύμβαση διαιτησίας. Αν αντίθετα οι αντιρρήσεις προέρχονται από άλλον ή και από άλλον πιστωτή, τότε οι αντιρρήσεις θα εισαχθούν στο πτωχευτικό δικαστήριο. Ο πιστωτής δεν δεσμεύεται από τη συμφωνία διαιτησίας. Αν όμως οι πιστωτές παρέλειψαν την προβολή αντιρρήσεων, τότε δεσμεύονται από το αποτέλεσμα της διαιτητικής δίκης ανάμεσα στο σύνδικο και τον πιστωτή.

104 Βλ. την περίπτωση που έκρινε το γερμανικό αναιρετικό BGH MDR 1967, 565.

105 Βλ. για την έννοια της αναστολής Γ. Ορφανίδη, *ό.π.*, σελ. 355.

106 ΑΠ 2234/2009, *ό.π.* Ο Άρειος Πάγος αποφάνθηκε αρνητικά. Ενδιαφέρον παρουσιάζει το γεγονός ότι το ίδιο έτος (2009) το γερμανικό αναιρετικό δέχθηκε ότι η ρύθμιση για την αναγγελία και επαλήθευση των πτωχευτικών απαιτήσεων αποτελεί μέσο για τη διασφάλιση της ισότητας και κοινής ικανοποίησης των πιστωτών από την πτωχευτική περυσία. Η αρχή αυτή ανήκει στον πυρήνα του πτωχευτικού δικαίου και αποτελεί κανόνα δημόσιας τάξης (BGH ZZP 2010, 85[88]).

107 Γ. Ορφανίδη, *ό.π.*, σελ. 341 επόμ.

108 Βλ. Γ. Ορφανίδη, *ό.π.*, σελ. 362.

### 3. Κατάρτιση συμφωνίας διαιτησίας από το σύνδικο

Ο σύνδικος, καίτοι έχει εξουσία διαθέσεως, δεν δύναται να καταρτίζει συμφωνία διαιτησίας για προϋφιστάμενες έννομες σχέσεις. Αυτό είναι αυτονόητο για απαιτήσεις που καταλαμβάνονται από την απαγόρευση των διωκτικών μέτρων και τον αποκλειστικό χαρακτήρα της διαδικασίας επαληθεύσεως. Το ίδιο ισχύει όμως και για τις δίκες που εκφεύγουν των περιορισμών της πτωχεύσεως, όπως είναι οι ενεργητικές δίκες με δανειστή τον πτωχό και αυτές με τους ενέγγυους δανειστές. Η διαιτητική δίκη δεν παρέχει τις εγγυήσεις της τακτικής δίκης<sup>109</sup>.

Διαφορετικό είναι όμως το θέμα για συμβάσεις που συνάπτει ο σύνδικος (άρθρ. 30, 78, 84 ΠτωχΚ). Απαιτήσεις που προκύπτουν από τέτοιες συμβάσεις ικανοποιούνται ως ομαδικές<sup>110</sup>. Η διαιτητική συμφωνία που καταρτίζει ο σύνδικος είναι έγκυρη.

### 4. Κατάρτιση συμφωνίας διαιτησίας από τον οφειλέτη.

Στερούμενος εξουσία διαθέσεως ο οφειλέτης δεν δύναται να καταρτίσει συμφωνία διαιτησίας. Τέτοια δυνατότητα αποκτά, αντίθετα, αν του ανατεθεί με απόφαση του πτωχευτικού δικαστηρίου η διοίκηση της πτωχευτικής περιουσίας και δεν υπάρχει σχετικός περιορισμός (άρθρ. 18 ΠτωχΚ) ή αν του επιτραπεί η συνέχιση της επιχειρηματικής δραστηριότητας (άρθρ. 78 ΠτωχΚ).

### 5. Κατάρτιση συμφωνίας διαιτησίας εντός της υπόπτου περιόδου

Ο Καθηγητής Γεωργακόπουλος υποστήριξε την άποψη ότι η σύμβαση διαιτησίας ως παρακολούθημα της εξουσίας ελεύθερης διάθεσης του αντικειμένου της δίκης υπαγόταν στη ρύθμιση του άρθρ. 538 ΕμπΝ, αν είχε καταρτισθεί εντός της υπόπτου περιόδου. Η σύμβαση διαιτησίας μπορεί να είναι επιζήμια λόγω δικαστικών δαπανών<sup>111</sup>. Η ίδια θέση υποστηρίζεται διεθνώς<sup>112</sup>. Θα πρέπει όμως να γίνεται επίκληση και να αποδεικνύεται ότι οι προϋποθέσεις της ανακλήσεως αφορούν τη σύμβαση διαιτησίας αυτήν καθ' εαυτήν<sup>113</sup>. Ο αντισυμβαλλόμενος δηλαδή πρέπει να γνωρίζει ότι ο οφειλέτης είχε παύσει τις πληρωμές του και η πράξη της συνομολογήσεως συμβάσεως διαιτησίας ήταν επιζήμια για την ομάδα των πιστωτών (άρθρ. 43 παρ. 1

109 ΣχΠολΔ τ. V 288. *Αναστασιάδης*, Ελληνικόν Εμπορικόν Δίκαιον, τ. Γ, 1938, § 501 αριθμ. 2. *Σκαλίδης*, ό.π., σελ. 134. *Καΐσης*, ό.π., σελ. 105. Βλ. όμως *Λιακόπουλο*, ΕΕμπΔ 1987, 329 (341). *Καλαβράς*, ό.π., 122. *Κουσουλή*, Διαιτησία, Ερμηνεία κατ' άρθρο, άρθρ. 867 ΙΙΙ 9. *Μπέν*, Πολιτική Δικονομία, άρθρ. 869 3.3 1. *Κιτσαρά*, ό.π., σελ. 553.

110 Βλ. *Περάκη* ό.π., παρ. 31 Η 1.

111 *Γεωργακόπουλο*, ό.π., σελ. 59. Βλ. επίσης *Λιακόπουλο*, ό.π., σελ. 340. ΠρΠειρ 4369/1962, ΝοΒ 11, 488= ΕΕμπΔ ΙΔ, 366. Βλ. σχετικώς *Ροδόπουλο*, ό.π., άρθρ. 538 αριθμ. 21. Βλ. και την αναιρεθείσα απόφαση του ΕφΛαρίσιος 44/1918 Θ ΛΒ, 289 (290).

112 Βλ. τις αποφάσεις του γερμανικού αναιρετικού δικαστηρίου RGZ 137, 109 (111) και BGH ZInsO 2004, 88.

113 BGH ZInsO 2004, 88. Βλ. σχετικώς και *Jestaedt*, ό.π., σελ. 65 επόμ. *Lüke*, ZJP 101, 92 (97). *Flöther*, DZWIR 2004, 162 (163).

ΠτωχΚ)<sup>114</sup>. Αυτό δεν είναι άνευ ετέρου ευχερές<sup>115</sup>. Το επιζήμιο μπορεί πάντως να κριθεί σε σχέση με τους όρους της διαιτητικής συμφωνίας, ήλ. αν προβλέπεται μη δέσμευση του διαιτητικού δικαστηρίου από το ουσιαστικό δίκαιο, αλλήλ και γενικώς με την έννοια ότι η διαιτητική δίκη δεν εξοπλίζεται με τις ίδιες δικονομικές εγγυήσεις όπως η δίκη στα τακτικά δικαστήρια<sup>116</sup>. Η προσβολή της διαιτητικής αποφάσεως είναι ιδιαίτερος περιορισμένη (άρθρ. 897).

Είναι αυτονόητο ότι η προστασία της ανακλήσεως δεν απαιτείται για την άποψη που θεωρεί ότι η σύμβαση διαιτησίας παύει ισχύουσα με την κήρυξη της πτωχεύσεως<sup>117</sup>. Επίσης, μειώνεται η σημασία του προβληματισμού, αν ήθελε υιοθετηθεί η εδώ υποστηριζόμενη άποψη ότι η έναρξη της διαιτητικής δίκης και η εκδίκαση των αντιρρήσεων καταλαμβάνονται από την αρχή της αναστολής των ατομικών διωκτικών μέτρων και της *vis attractiva concursus* αντίστοιχα.

## Συμπεράσματα :

Από τα παραπάνω προκύπτουν τα εξής συμπεράσματα :

1. Η κήρυξη προσώπου σε πτώχευση δεν επηρεάζει το κύρος της διαιτητικής συμφωνίας ή της διαιτητικής ρήτηρας.
2. Αν πρόκειται για διαφορές που καταλαμβάνονται από τις αρχές της συγκεντρώσεως των πτωχευτικών δικών (*vis attractiva concursus*) και της αναστολής των ατομικών διώξεων, δεν είναι δυνατή η έναρξη διαιτητικής δίκης. Αντίθετα, είναι δυνατή η προσφυγή στη διαιτησία αν πρόκειται για αξιώσεις ενέγγυων πιστωτών ή για αξιώσεις του οφειλέτη κατά τρίτων.
3. Αντιρρήσεις που προβάλλονται κατά την επαλήθευση απαιτήσεων εισάγονται αποκλειστικά στο πτωχευτικό δικαστήριο με εξαίρεση την περίπτωση κατά την οποία για την ίδια απαίτηση έχει διανοιγεί και είναι εκκρεμής διαιτητική δίκη.
4. Αν αντικείμενο της διαιτητικής δίκης είναι αξιώσεις του οφειλέτη ή αξιώσεις των ενέγγυων πιστωτών ή δικαιώματα αποχωρισμού πράγματος, δεν τίθεται θέμα αναστολής των ατομικών διώξεων. Η εκκρεμής δίκη συνεχίζεται με διάδικο το σύνδικο και εφαρμόζεται αναλογικώς η διάταξη του άρθρ. 286γ ΚΠολΔ. Αντίθετα, αν αντικείμενο της διαιτητικής δίκης είναι ενοχικές αξιώσεις των πτωχευτικών πιστωτών, η δίκη αναστέλλεται αυτοδικαίως.
5. Είναι περιορισμένη η ικανότητα του συνδίκου ή του πτωχού να προβεί σε κατάρτιση συμβάσεως διαιτησίας.

<sup>114</sup> ΠρΠειρ 4369/1962, ό.π.

<sup>115</sup> Βλ. και *Περάκη*, ό.π., § 40 IV 3.

<sup>116</sup> Βλ. *Lüke*, ZPR 101, 92 (99 και 100).

<sup>117</sup> Βλ. όμως *Γεωργακόπουλο* ό.π., σεβ. 59 (αφ' ενός) και σεβ. 77 (αφ' ετέρου).





Ἐλευθερία Σπ. Παπαγιάννη\*

## “Οψεις τραπεζικῶν ἐργασιῶν στό Βυζάντιο: τό κεφάλαιο τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου

### Περὶ τραπεζιτῶν

Τό *Ἐπαρχικόν Βιβλίον* τοῦ αὐτοκράτορα Λέοντος ΣΤ΄ τοῦ Σοφοῦ ἀποτελεῖ νομοθέτημα, ἐκδεδομένο τό ἔτος 912, τό ὁποῖο περιλαμβάνει διατάξεις γιά τόν τρόπο λειτουργίας ὀρισμένων ἐπαγγελματικῶν σωματείων στήν Κωνσταντινούπολη<sup>1</sup>. Ἡ ὀνομασία του ὀφείλεται στό ὅτι ἀπευθύνεται στόν Ἐπαρχο τῆς Πόλεως<sup>2</sup>, ἀξιωματοῦχο πού ἦταν ἀρμόδιος γιά τήν ἄσκηση ἐποπτείας στίς ἐπαγγελματικές συντεχνίες τῆς Κωνσταντινουπόλεως καί γενικότερα γιά τήν εὐρυθμὴ λειτουργία τῆς ἀγορᾶς. Στό παρελθόν εἶχα τήν εὐκαιρία, μέ ἀφορμή τίς ποινικά κολλάσιμες παραβιάσεις τῶν κανόνων τῆς ἀγορᾶς ἀπό ἐμπόρους, νά ἀσχοληθῶ διεξοδικά μέ τίς συντεχνίες πού περιλαμβάνονται στό *Ἐπαρχικό Βιβλίον*<sup>3</sup>. Ἀπό τήν ἔρευνα ἐξαιρέθηκε –μεταξύ ἄλλων<sup>4</sup>– ἡ συντεχνία τῶν *τραπεζιτῶν*, στήν ὁποία εἶναι ἀφιερωμένο τό τρίτο κεφάλαιο τοῦ *Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου*, μέ τήν αἰτιολογία ὅτι οἱ ἐργασίες τους ἀποτελοῦσαν, ὅπως θά φανεῖ καί στή συνέχεια, ἰδιόμορφη δραστηριότητα, ἡ ὁποία, τουλάχιστον μέ τά δεδομένα τῆς ἐποχῆς, ἦταν ὑπερβολικό νά χαρακτηρισθεῖ ἐμπορική<sup>5</sup>. Μέ τήν εὐκαιρία λοιπόν τῆς ἔκδοσης τόμου στή μνήμη τοῦ καθηγητῆ Λεωνίδα Γεωργακόπουλου –πού ὑπῆρξε δάσκαλός μου καί στόν ὁποῖο ὀφείλω πολλὰ– ἀποφάσισα νά ἀσχοληθῶ σήμερα μέ μιά ἀρχέγονη μορφή τραπεζικῶν ἐργασιῶν, δεδομένου μάλιστα ὅτι ὁ ἀείμνηστος καθηγητής ἀφιέρωσε μεγάλο μέρος τῆς διδακτικῆς, ἐρευνητικῆς καί ἐπαγγελματικῆς του δραστηριότητας στό τραπεζικό δίκαιο.

\* Καθηγήτρια Ἱστορίας Δικαίου, Νομική Σχολή Πανεπιστημίου Αθηνών.

1 Ἐκδοση *Joh. Koder*, *Das Eparchenbuch Leons des Weisen*. [Corpus Fontium Historiae Byzantinae, XXXIII.] Wien 1991 (στό ἑξῆς: EB). Βλ. καί *Τ.Γ. Κόλλιας-Μ. Χρόνη*, *Τό Ἐπαρχικόν Βιβλίον Λέοντος ΣΤ΄ τοῦ Σοφοῦ*, Ἀθήνα 2010 καί *Σπ. Τρωιάνος*, *Οἱ πηγές τοῦ βυζαντινοῦ δικαίου*, Ἀθήνα-Κομοτηνὴ 2011, σ. 301-305, με τήν παλαιότερη βιβλιογραφία.

2 Βλ. γιά τό ἀξίωμα *Κόλλιας-Χρόνη*, ὁ.π., σ. 14-25.

3 Βλ. *Ἐλ. Σπ. Παπαγιάννη*, «Ἀγοραῖα» παραστρατήματα τῶν βυζαντινῶν ἐμπόρων, στό: *Ἐγκλημα καί Τιμωρία στό Βυζάντιο* (ἐπιμ. Σπ. Τρωιάνος), Ἀθήνα 1997, σ. 235-255.

4 Πρόκειται γιά τίς συντεχνίες τῶν *ταβουλητῶν* (δηλαδή τῶν συμβολαιογράφων) καί τῶν *ἐργολᾶβων*, στοὺς ὁποίους εἶναι ἀφιερωμένα τό πρῶτο καί τό εἰκοστό δεύτερο κεφάλαιο τοῦ *Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου*.

5 Βλ. *Παπαγιάννη*, ὁ.π., σ.236-238.

Ὁ ὅρος *τραπεζίτης* – πού στό τρίτο κεφάλαιο τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου ἐναρμόζεται στό κείμενό του μέ τόν ὅρο *καταλλήλακτης*<sup>6</sup>, δηλαδή ἀργυραμοιβός – ἀπαντᾷ ἤδη ἀπό τή ρωμαϊκή περίοδο καί συνδέεται μέ τήν «τράπεζα», τήν ὁποία οἱ παραπάνω ἐπαγγελματίες χρησιμοποιοῦσαν γιά τίς ἐργασίες τους. Τό τραπέζι αὐτό μποροῦσε νά ἀποτελεῖ μέρος ἑνός καταστήματος ἢ νά στήνεται σέ διάφορα σημεῖα τῶν πόλεων μέ ἐμπορική σημασία<sup>7</sup>. Τό κεφάλαιο γιά τοὺς τραπεζίτες – πού εἶναι ἀπό τά συντομότερα καί ἐλλειπτικότερα τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου – δέν ἀναφέρει – ἀντίθετα ἀπ' ὅ,τι παρατηρεῖται γιά ἄλλα ἐπαγγέλματα<sup>8</sup>, συγκεκριμένο καί ὑποχρεωτικό ὥρο ἀσκησης τῶν ἐργασιῶν τους. Εἶναι πάντως πολύ πιθανό, ὁ κύριος τόπος παροχῆς τῶν ὑπηρεσιῶν τους νά ἦταν ἡ Μέση, μιά μεγάλη κεντρική λεωφόρος μέ διπλές στοές<sup>9</sup>. Ἐκτός ἀπό ἄλλες μαρτυρίες, τό γεγονός αὐτό συνάγεται καί ἀπό τό δεύτερο κεφάλαιο τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου, τό ὁποῖο ἀφορᾷ τή συγγενή συντεχνία τῶν *ἀργυροπρατῶν*, δηλαδή τῶν χρυσοχόων, πού ἀσκοῦσαν ἐκεῖ τή δραστηριότητά τους<sup>10</sup>. Στή βιβλιογραφία ἔχει ἀλλήλωστε ἐπισημανθεῖ ἡ στενή σχέση αὐτῶν τῶν δύο συντεχνιῶν καί ἔχει ἐκφρασθεῖ ἡ ἄποψη, ὅτι μέχρι τόν 10ο αἰῶνα ταυτίζονταν, μέ τήν ἔννοια ὅτι οἱ ἀργυροπράτες ἀσχολοῦνταν ἐκτός ἀπό τήν ἀγορά, μεταπώληση καί ἐπεξεργασία χρυσοῦ, ἀργύρου καί πολύτιμων λίθων καί μέ τραπεζικές – ὅπως θά δοῦμε ὀρθότερα *κολληυβιστικές* – ἐργασίες<sup>11</sup>.

Ἡ ἄποψη αὕτη εἶναι, κατά τή γνώμη μου, ἐξαιρετικά γενικευμένη καί ὄχι ἰδιαιτέρως ἐπιτυχής, γιατί ὑπάρχουν πηγές σύμφωνα μέ τίς ὁποῖες, ἀκόμη καί στήν Κωνσταντινούπολη τοῦ 10ου αἰῶνα, μαρτυρεῖται «...ἄλυτη συνάφεια πρακτικῆς ἀπό τή χρυσοχοῖα ὡς τήν τραπεζική»<sup>12</sup>. Πιστεύω, λοιπόν, πῶς ὁ διαχωρισμός πού ἐμφανίζει τό Ἐπαρχικό Βιβλίον δέν ἀπνηχεῖ ἀπολύτως τήν πραγματικότητα, ἀλλῆλα συνδέεται μέ τοὺς στόχους τοῦ νομοθετήματος, γιά μιά ἀγορά ἀπόλυτα ρυθμισμένη καί γενικά, καί ὡς πρὸς τό ζήτημα τῶν αὐστηρὰ προκαθορισμένων πηλασιῶν ἀσκησης ἐπαγγελματικῆς δραστηριότητας. Χαρακτηριστικό παράδειγμα ἀποτελεῖ ἡ διακίνηση καί ἐπεξεργασία τοῦ μεταξιοῦ, μέ τήν ὁποία ἀσχολοῦνταν πέντε τουλάχιστον συντεχνίες μέ αὐστηρὰ καθορι-

6 EB 3.1,4,6 (*τραπεζίτης*): 3.2,3,5 (*καταλλήλακτης*).

7 Βλ. G. Dagron, Ἡ ἀσκήσιμη οἰκονομία ἀπὸ τόν 7ο ἕως τόν 12ο αἰῶνα, στό: Οἰκονομικὴ Ἱστορία τοῦ Βυζαντίου (γενικὴ ἐπιμέλεια Ἀγγελικὴ Ε. Λαΐου), Ἀθήνα 2006, τ. Β', σ. 43-140 (ἐδῶ: σ. 99-100).

8 Βλ. EB 9.7 (γιά τοὺς *ὀθωνιοπράτες* ἢ *μιθανεῖς*, πού κατασκεύαζαν καί πωλοῦσαν λινα ὑφάσματα): 10.1 (γιά τοὺς *μυρεψοὺς*, πού ἐμπορεύονταν ἀρώματα, μπαχαρικά, εἶδη βαφικῆς καί γενικά πράγματα πού δέν ζυγίζονταν μέ τό καντάρι, ἀλλῆλα μέ τὴ ζυγαριά): 15.5 (γιά τοὺς *προβατεμπορούς*): 16.2,3 (γιά τοὺς *χοιρεμπορούς*): 17.1 (γιά τοὺς *ἰχθυοπράτες*): 21.3,8 (γιά τοὺς *θόθρους*, πού ἦταν ἐκτιμητές μεγάλων ζώων, *Κόλια-Χρόνη*, δ.π., σ. 274-275[1]).

9 Βλ. G. Dagron, δ.π., σ. 100. Γιά τὴ Μέση βλ. καί τὸν *ἴδιο*, Ἡ γέννηση μιᾶς πρωτεύουσας. Ἡ Κωνσταντινούπολη καί οἱ θεσμοὶ της ἀπὸ τὸ 330 ὡς τὸ 451 (μετάφραση: Μ. Λουκάκη), Ἀθήνα 2000, σ. 111, 614.

10 EB 2.10: «*Μὴ ἔχειν κελεύμενον ἐξουσίαν χρυσοχόον οἶκοι ἐργάζεσθαι χρυσὸν ἢ ἀργυρον, ἀλλ' ἐν τοῖς ἐργαστηρίοις τῆς Μέσης...*». Γιά τήν ταύτιση τῶν *ἀργυροπρατῶν* μέ τοὺς *χρυσόχους*, βλ. καί *Κόλια-Χρόνη*, δ.π., σ. 78(1).

11 Βλ. B. Παπαγιάννη-Σαλαπασιδίου, Οἱ συντεχνίες τῶν ἀργυροπρατῶν καί τραπεζιτῶν στό Βυζάντιο, Βυζαντινὰ 17 (1997) 439-447 (ἐδῶ: 439-440, 445).

12 Βλ. Dagron, δ.π., (σημ. 7), σ. 104-105 καί πρβλ. *Κόλια-Χρόνη*, δ.π., σ. 79(1)

σμένες ἀρμοδιότητες<sup>13</sup>, πού ἡ ὑπέρβασή τους συνεπαγόταν ποινικό κολλασμό<sup>14</sup>. Στό σημείο αὐτό ὅμως πρέπει καί νά παρατηρηθεῖ ὅτι τέτοιου εἵδους συνέπειες δέν προβλέπονταν στήν περίπτωση τῶν ἀργυροπρατῶν καί τῶν τραπεζιτῶν καί – ἂν ἡ ἔλληψις αὐτή δέν ὀφείλεται στά γνωστά κενά τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου<sup>15</sup>– ὁ ἀπόλυτος διαχωρισμός τῶν ἀρμοδιοτήτων τους δέν ἐνδιέφερε ἰδιαιτέρως τόν νομοθέτη. Ἀπό τήν πηγή μας γίνεται πάντως σαφές ὅτι ἔργο τῶν βυζαντινῶν *τραπεζιτῶν ἢ καταλληλακτῶν* ἀποτελοῦσε ἡ μετατροπή νομισμάτων<sup>16</sup>, γιά τήν ὁποία ἦταν καί οἱ μόνοι ἀρμόδιοι, δεδομένου ὅτι οἱ ἔμποροι ἦταν ὑποχρεωμένοι νά παρουσιάζουν τά χάλκινα νομίσματα πού συγκέντρωναν σέ αὐτούς<sup>17</sup>.

Μία σφαιρική εἰκόνα γιά τίς προϋποθέσεις εἰσδοχῆς στή συντεχνία τῶν τραπεζιτῶν, τό ἀντικείμενο τῶν ἐργασιῶν τους καί τίς εὐθύνες τους δίδει ἤδη ἡ πρώτη παράγραφος τοῦ τρίτου κεφαλαίου τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου:

*Ὁ τραπεζίτης προβληθῆναι μέλλων μαρτυρεῖσθω παρ' ἐντίμων καί χρησίμων ἀνδρῶν οἰκειομένων αὐτὸν μηδὲν πράττειν παρὰ τὰ διατεταγμένα, τὸ μὴ τὰ νομίσματα ἢ τὰ μιηιاریσια ξέειν μήτε τέμνειν ἢ παραχαράττειν, μήτε δοῦλλον ἴδιον ἀντ' αὐτοῦ ἐν τῇ τραπεζῇ καθιστᾶν τὴν πραγματείαν ποιοῦμενον, εἰ τυχὸν αὐτὸς ἔν τισι πρὸς καιρὸν ἀσχολεῖσθαι δουλείαις, ὥς ἂν μὴ παρ' αὐτῶν τὰ τῆς τέχνης κιβδηλεύοιτο. Εἰ δέ τις εὐρεθῇ μὴ οὕτω ποιῶν, ποινὴν τὴν διὰ χειρὸς τομὴν ὑποστήσεται<sup>18</sup>.*

Γιά νά γίνει ἥλοιπὸν κάποιος μέλος τῆς συντεχνίας τῶν τραπεζιτῶν, ἔπρεπε νά ἔχει συστάσεις ἀπὸ ἀξιόπιστα πρόσωπα, τά ὁποῖα θά ἐγγυόνταν πὼς θά ἀσκοῦσε μέ εὐσυνειδησία τά καθήκοντά του. Ἀπὸ τό κείμενο δέν προκύπτει, ἂν αὐτά τά πρόσωπα προέρχονταν ὅπωςδὴποτε ἀπὸ τὴ συντεχνία<sup>19</sup> ἢ ἀρκοῦσε νά εἶναι εὐσυνείδητοι πολῖτες – κατὰ τὴ γνώμη μου πάντως μᾶλλον ἴσχυε τό δεύτερο<sup>20</sup>. Τό Ἐπαρχικὸ Βιβλίον ἀλλήλωσε ἀναφέρει ρητά τοὺς ἐγγυητές ὡς μέλη τῆς συντεχνίας μόνον μιά φορά – σχετικὰ μέ τους *βεστιοπρατές*<sup>21</sup>, δηλαδή τοὺς πωλητές

13 Γιά τίς συντεχνίες τοῦ μεταξιοῦ καί τὴ διάκριση τῶν ἀρμοδιοτήτων τους, βλ. ἀναλυτικὰ D. Simon, Die byzantinischen Seidenzünfte, Byzantinische Zeitschrift 68 (1975) 23-46· γενικά γιά τὴν ποινικοποίηση τοῦ ἀνταγωνισμοῦ στοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου, βλ. Παπαγιάννη, ὁ.π. (σημ. 3), σ. 238-241. Γιά τὸν αὐστηρὸ καθορισμὸ τῆς ἐπαγγελματικῆς δραστηριότητος βλ. καί τῆς *ιδίας*, Τὰ τρόφιμα στὸν ἀγορανομικὸ κώδικα τοῦ Λέοντος ΣΤ' Σοφοῦ (Ἐπαρχικὸν Βιβλίον), σὺν: Ἀσφάλεια τροφίμων καί δίκαιο (ἐπιμ. Ἀ. Μπρεδήμας), Ἀθήνα-Κομοτηνὴ 2007, σ. 21-34 (ἐδῶ σ. 23-28) καί παραπάνω σημ. 8.

14 Βλ. π.χ. EB 4.7· 5.1· 6.1, 14· 7.1· 8.6.

15 Γιά τό ζήτημα αὐτό βλ. Τρωιάνος, ὁ.π. (σημ. 1), σ. 304-305.

16 Βλ. Dagron, ὁ.π. (σημ. 7), σ. 100.

17 Βλ. π.χ. EB 9.5, 10.4. Ὁ ἀποθησαυρισμὸς χάλκινων νομισμάτων ἀπαγορευόταν, γιά νά μὴ γίνεται κερδοσκοπία μέ βάση πιθανὲς ἀλλαγὲς στὶς ἰσοτιμίες.

18 EB 3.1.

19 Ἔτσι ὁ Ἀ. Χριστοφιλόπουλος, Τὸ Ἐπαρχικὸν Βιβλίον Λέοντος τοῦ Σοφοῦ καί αἱ συντεχνίαι ἐν Βυζαντίῳ, Ἀθήναι 1935 (ἀνατ. Ἀθήνα 2000), σ. 50.

20 Βλ. καί Κόλλια-Χρόνη, ὁ.π., σ. 65-66(5).

21 EB 4.5: «Ὁ ὀφείλων ἐν τῇ βεστιοπρατικῇ καταλεχθῆναι ἐπιστήμῃ μαρτυρεῖσθω πρότερον ἐν τῷ ἐπάρχῳ παρὰ πέντε προσώπων τῶν ἐκ τῆς αὐτῆς ἐπιστήμης τοῦ εἶναι ἄξιον ἐν τῇ αὐτῇ τέχνῃ...».

μεταξωτῶν ἐνδυμάτων<sup>22</sup> – ἐνῶ ἡ ἀνάγκη παροχῆς ἐγγυήσεων ἐμφανίζεται γιὰ ἀρκετές συντεχνίες μέ ποικίλης ἀρμοδιότητες<sup>23</sup>. Ὁ ἀπαιτούμενος ἀριθμός τῶν ἐγγυητῶν καθορίζεται σέ πέντε γιὰ τίς συντεχνίες τῶν *ἀργυροπρατῶν*<sup>24</sup>, τῶν *βεστιοπρατῶν*<sup>25</sup> καί τῶν *σηρικαρίων*<sup>26</sup>. Ἡ ἀνάγκη γιὰ συστάσεις ἐνόψει τῆς ἐγγραφῆς σέ συντεχνία<sup>27</sup> καί ὁ καθορισμός τῶν ἐγγυητῶν σέ πέντε<sup>28</sup> πρέπει πάντως μᾶλλον νά ἴσχυαν γενικά γιὰ τήν εἰσδοχή στίς συντεχνίες. Ὅπως προκύπτει ἀπό διάφορα κεφάλαια τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου, ὁ ἐλεγχος τῶν συστάσεων καί ἡ καταγραφή στά μητρώα τῶν συντεχνιῶν γινόταν ἀπό τόν Ἐπαρχο τῆς Πόλεως<sup>29</sup>. Στήν ἐπιλογή αὐτή δέν ἀναφέρεται ρόλος γιὰ τά μέλη τῆς συντεχνίας. Γενικότερα, ἀλλήλωστε, στό Ἐπαρχικό Βιβλίο δέν υπάρχουν σχετικές ἀναφορές, ἐκτός ἀπό τά ἰσχύοντα στή συντεχνία τῶν συμβολαιογράφων, γιὰ τοὺς ὁποίους περιγράφεται μέ λεπτομέρειες ἡ διαδικασία ἐγγραφῆς<sup>30</sup>.

Ἡ καλή μαρτυρία γιὰ τήν ἐντιμότητα ἐνός τραπεζίτη ἦταν ἀναγκαία γιὰ τήν προστασία τοῦ νομίματος ἀπό κιβδηλεύση ἢ παραχάραξη τόσο ἀπό τόν ἴδιο ὅσο καί ἀπό δοῦλο του, ἄν αὐτός ἀπουσίαζε ἀπό τήν «τράπεζά» του, ἀναθέτοντάς του τήν ἀσκηση τῶν ἔργων του. Ἐκτός ἀπό τήν παρασκευή νοθευμένων ἢ πηλαστῶν χρημάτων, μέθοδο κιβδηλοποίησης ἀποτελοῦσε καί τό ἡλιμάρισμα ἢ τό ψαλίδισμα τῆς περιφέρειας τῶν χρυσῶν *νομισμάτων* καί τῶν ἀσημένιων *μιλιαρισίων*<sup>31</sup>, μέ σκοπό τήν οἰκιοποίηση τοῦ πολύτιμου μετάλλου<sup>32</sup>. Εἶναι χαρακτηριστικό ὅτι καί γιὰ τά παραπτώματα αὐτά, καθὼς καί γιὰ τήν ἐγκατάληψη τῆς τράπεζας σέ δοῦλο, ὁ τραπεζίτης τιμωρεῖται μέ ἀκρωτηριασμό τοῦ χειριοῦ<sup>33</sup>, κάτι πού στή δεύτερη περίπτωση φαίνεται ἐκ πρώτης ὄψεως ὑπερβολικό, φανερώνει ὅμως, κατὰ τή γνώμη μου, πὼς ἡ πρακτική νά ἀφήνεται ἡ ἐκτέλεση τραπεζικῶν ἐργασιῶν σέ ἀναρμόδια πρόσωπα καί οἱ σχετικές παρενέργειες ἦταν συχνό φαινόμενο, πού ἔπρεπε νά παταχθεῖ μέ αὐστηρότητα. Δέν ἀποκλείεται ἀκόμη τραπεζίτες, πού ἐπιδίδονταν σέ παραχαράξεις, νά ἰσχυρίζονταν ὅτι αὐτοὶ ἦταν ἀμέτοχοι στό ἐγκλήμα καί αὐτό εἶχε διαπραχθεῖ ἀπό δοῦλο κατὰ τήν ἀπου-

22 Βλ. *Κόλλια-Χρόνη*, ὁ.π., σ. 100(1).

23 Βλ. ΕΒ 6.6 (γιὰ τοὺς *μεταξοπράτες*, δηλαδή τοὺς ἐμπόρους ἀκατέργαστου μεταξιοῦ, βλ. *Κόλλια-Χρόνη*, ὁ.π., σ.122[1]): 8.13 (γιὰ τοὺς *σηρικαρίους*, δηλαδή τοὺς ράφτες μεταξωτῶν ἐνδυμάτων, βλ. *Κόλλια-Χρόνη*, ὁ.π., σ. 146[1]): 12.2 (γιὰ τοὺς *σαπωνοπράτες*) καί 16.1 (γιὰ τοὺς *χοιρεμπόρους*).

24 Βλ. ΕΒ 2.9.

25 Βλ. παραπάνω σημ. 23.

26 Βλ. ΕΒ 8.13, γιὰ τοὺς *σηρικαρίους* παραπάνω σημ. 21.

27 Βλ. καί Ἐ. Παπαγιάννη, Βυζαντινὴ νομοθεσία καί οἰκονομικὴ δραστηριότητα κατὰ κοινωνικὰς τάξεις, στό: *Οἰκονομικὴ Ἱστορία κ.λπ.* (βλ. σημ. 7), τ. Γ' σ. 283-296 (ἐδῶ: σ. 287).

28 Βλ. *Χριστοφιλόπουλο*, ὁ.π., σ. 50-51.

29 Βλ. π.χ. ΕΒ 4.5, 7.3, 12.2, 21.7.

30 Βλ. ΕΒ 1.1-3.

31 Βλ. *Β. Πέννα*, Βυζαντινὸ νόμισμα καί παραχαράκτες, στό: *Ἐγκλήμα καὶ τιμωρία κ.λπ.* (βλ. σημ. 3), σ. 273-292 (ἐδῶ: σ. 276).

32 Βλ. *Πέννα*, ὁ.π., σ. 280-283.

33 Γιὰ τήν ποινὴ τοῦ ἀκρωτηριασμοῦ βλ. *Σπ. Τρωιάνος*, Οἱ ποινές στό βυζαντινὸ δίκαιο, *Ἐγκλήμα καὶ τιμωρία κ.λπ.* (βλ. σημ. 3), σ. 13-65 (ἐδῶ: σ. 31-35, βλ. εἰδικὰ γιὰ τὸν ἀκρωτηριασμό τοῦ χειριοῦ στό Ἐπαρχικὸ Βιβλίο σ. 35).

σία τους. Ὅσον ἀφορᾷ τὴν ποινὴ τοῦ ἀκρωτηριασμοῦ τοῦ χεριοῦ, σημειώνεται ὅτι ἐδῶ ἐπαναλαμβάνεται ἡ ρύθμιση τῆς Ἐκκλησιᾶς τῶν Ἰσαύρων γιὰ τοὺς παραχαράκτες, γιὰ τοὺς ὁποίους πάντως τὸ ἰουστινιάνειο δίκαιο προέβλεπε θανατική ποινὴ<sup>34</sup>.

Προφανῶς – καὶ πάλι γιὰ τὴν προστασία τοῦ νομίσματος – μέ ἀκρωτηριασμὸ τοῦ χεριοῦ τιμωροῦνταν οἱ τραπεζίτες, ὅταν δέν κατήγγειλαν στὸν Ἐπαρχο ...*τοὺς ἐν ταῖς πηλατείαις καὶ ρύμαις ἰσταμένους σακκουληρίου...*<sup>35</sup> – δηλαδή τοὺς πηλόνόδιους ἀργυραμοιβοὺς<sup>36</sup> πού προφανῶς δέν εἶχαν «τράπεζα», ἀλλῆλὰ μετέφεραν κέρματα μέσα σέ σάκκους<sup>37</sup>. Οὔτε ὅμως καὶ οἱ ἴδιοι οἱ τραπεζίτες ἐπιτρεπόταν νά στέλνουν ὑπαλλήλους τοὺς ἐφοδιασμένους μέ χρυσὰ ἢ χάλκινα νομίσματα γιὰ νά τὰ ἀνταλλάσσουν ...*ἐν ταῖς πηλατείαις καὶ ρύμαις...* καὶ ἔτσι νά ἀποκομίζουν κέρδος, ἐνῶ ἀπαγορευόταν νά ἐγκαταλείπουν τὴν «τράπεζά» τους, ἀκόμη καὶ γιὰ παροχὴ ὑπηρεσιῶν στὸν αὐτοκράτορα ἢ ὅταν ἐκεῖνος διένειμε χρήματα στὸν λαὸ σέ γιορτές καὶ ἐπετεῖους<sup>38</sup>. Γιὰ τίς τελευταῖες αὐτές παραβάσεις δέν τοὺς ἐπιβαλλόταν πάντως ἀκρωτηριασμός τοῦ χεριοῦ, ἀλλῆλὰ δαρμός καὶ κούρεμα συνδυασμένα μέ δήμευση<sup>39</sup>. Ἡ προσωπικὴ εὐθύνη τοῦ τραπεζίτη γιὰ τὴν καλὴ λειτουργία τῆς «τράπεζας» του καὶ ὁ ἐκ τῶν προτέρων ἀποκλεισμός δικαιοδογιῶν γιὰ παρατυπίες ἄλλων, οἱ ὁποῖες τοῦ εἶχαν διαφύγει, προκύπτει καὶ ἀπὸ τὴν ὑποχρέωσή του νά ἀπασχολεῖ, κάθε φορά πού τοποθετοῦσε τὰ χάλκινα νομίσματα σέ στήλινες, μόνον δύο ὑπαλλήλους, πού γιὰ τὸ ἥθος τοὺς ἐγγυόταν ὁ ἴδιος. Ἄν πάντως παρατηρεῖτο κάποια παράβαση ἀπὸ ὑπάλληλο, οἱ ποινές τοῦ δαρμοῦ, τοῦ κουρέματος καὶ τῆς δήμευσης ἐπιβάλλονταν τόσο σ' αὐτόν ὅσο καὶ στὸν τραπεζίτη<sup>40</sup>.

Δύο ἀπὸ τίς ἑξὶ παραγράφους τοῦ τρίτου κεφαλαίου τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου ἐμφανίζονται πάντως, ἐκ πρώτης ὄψεως τουλάχιστον, ἀντιφατικές. Συγκεκριμένα ἡ τρίτη παράγραφος ἀναφέρει ὅτι οἱ τραπεζίτες ἦταν ὑποχρεωμένοι – μέ τὴν

34 Βλ. Πέννα, ὁ.π., σ. 281, 288-290.

35 Βλ. ΕΒ 3.2. Τὴν ἐπιβολὴ πάντως στὴν περίπτωση αὐτὴ τῆς ποινῆς τοῦ ἀκρωτηριασμοῦ τοῦ χεριοῦ θεωρεῖ ἄνιση γιὰ τὴν πράξη, δηλαδή τὴν παράλειψη, τοῦ τραπεζίτη καὶ ἄσχετη μέ τὴν ἀντικειμενικὴ ὑπόσταση τοῦ ἐγκλήματος ὁ Σπ. Τρωιάδος, Τὸ ποινικὸ σύστημα τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου, στί: Ἀνοχὴ καὶ καταστολὴ στοὺς μέσους βυζαντινοὺς χρόνους-Μνήμη Λένου Μαυρομμάτη, Ἀθήνα 2002, σ. 277-283 (ἐδῶ: σ. 279).

36 Βλ. Κόλλια-Χρόνη, ὁ.π., σ. 91[8].

37 Βλ. Φ. Κουκουλῆς, Βυζαντινὸν βίος καὶ πολιτισμός, τ. Β1, Ἀθήνα (ἀνὰτ. χ. ἔτ.), σ. 227-228.

38 ΕΒ 3.6: «Οὐκ ὀφείλουσιν οἱ τραπεζίται διδόναι τοῖς ὑπ' αὐτοὺς λογάριον εἴτε νομῖον καὶ προϊστὰν ἐν ταῖς πηλατείαις καὶ ρύμαις τὸ παρ' αὐτῶν εἰσδεχόμενοι κέρδος, ἀλλ' οὐδὲ ἐν καιρῷ κορηγίας εἴτε βασιλικῆς δουλείας ἢ τὰς τραπεζὰς καὶ ὑπαναχωρεῖν, εἰ δέ τις φωραθεῖν ταῦτα ποιῶν, τυπτόμενος καὶ κουρευόμενος εἰσκομιζέσθω». Γιὰ τὰ λογάρια, πού δηλώνουν τὰ χρυσὰ νομίσματα, τὰ νομῖα, πού δηλώνουν τὰ χάλκινα καὶ τίς βασιλικὲς κορηγίες, βλ. Κόλλια-Χρόνη, ὁ.π., σ. 91[9,10,11].

39 Γιὰ τίς ποινές τοῦ δαρμοῦ, τῆς κουρᾶς καὶ τῆς δήμευσης βλ. Τρωιάδος, Οἱ ποινές κ.λπ. (παραπάνω σημ. 3), σ. 36-38, 45-47· ἐιδικὰ γιὰ τὴν δήμευση, πού στὸ Ἐπαρχικὸ Βιβλίο δηλώνεται μέ τὸν ὅρο *εἰσκομιζέσθω*, βλ. καὶ Τρωιάδος, Τὸ ποινικὸ σύστημα κ.λπ. (παραπάνω σημ. 35), σ. 282.

40 ΕΒ 3.4.: «Οφείλει ἕκαστος τῶν τραπεζιτῶν ἀνὰ δύο κεκτῆσθαι ὑπηρετούμενους αὐτῷ εἰς τὴν ἐπισώρευσιν τῶν νομίων οἰκειομένων παρ' αὐτοῦ ὡς ἂν, εἴ τις αὐτὸν φωραθεῖν παρὰ τὰ διατεταγμένα διαπραττόμενος, ὁ προσησάμενος αὐτὸν ἅμα τοῦτ' αἰς προηλθεῖσαις καθυποβάλλῃται ποιναῖς». Γιὰ τὰ νομῖα, βλ. σημ. 38.

ἀπειλή ποινῆς δαρμοῦ, κουρέματος καὶ δήμευσης – νά δέχονται τὸ γνήσιο ἀσημένιο νόμισμα, πού ἀπεικόνιζε τὸν αὐτοκράτορα καὶ δέν ἦταν ψαλιδισμένο στὴν καθορισμένη τιμὴ του, ...τὸ δὲ ἄλλῳ πως ἔχον κατὰ τὴν αὐτοῦ τιμάσθω ποιότητα...<sup>41</sup>, ἐνῶ ἡ πέμπτη προβλέπει ὅτι τιμωροῦνταν μέ δαρμό κούρεμα καὶ ἐξορία<sup>42</sup>, ἂν δέχονταν ψαλιδισμένα χρυσά ἢ ἀσημένια νομίσματα καὶ δέν τὰ παρουσίαζαν μαζί μέ αὐτοὺς πού τὰ διακινοῦσαν στόν Ἐπαρχο<sup>43</sup>. Πῶς ἰσχυροῦσαν νά δεχθοῦν μιλιαρίσια κατώτερης ποιότητας; Καί ἐδῶ μπορεῖ νά ἀποδώσει κανεὶς τὸ πρόβλημα στὴ βιαστική δημοσίευση τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου καὶ στὴ συνένωση διάφορων κειμένων ἀπὸ τὴν ὁποία προέκυψε<sup>44</sup>. Θεωρῶ ὅμως πιθανή καὶ μία ἄλλη ἐξήγηση: τὰ μιλιαρίσια κατώτερης ποιότητας, πού ἀναφέρονται στὴν τρίτη παράγραφο, νά μὴν εἶχαν ὑποστῇ κιβδηλοποίηση, ἀλλὰ ἀπλῶς φθορά ἀπὸ τὴ χρήση<sup>45</sup> ἢ νά ἀποτελοῦσαν δείγματα νομισμάτων μικρότερου βάρους ἀπὸ ἐπαρχιακὰ νομισματοκοπεῖα<sup>46</sup>.

Ἡ παραπάνω περιγραφή τῶν δυνατοτήτων πού εἶχαν οἱ τραπεζίτες τῆς Κωνσταντινουπόλεως νά ἀποκομίζουν παράνομο κέρδος ἀπὸ τὴν ἐπαγγελματική τους δραστηριότητα, καθιστᾷ ἀπολύτως κατανοητό ὅτι τὸ κύριο προσόν πού ἀπαιτεῖ γι' αὐτοὺς ὁ ἀγορανομικός κώδικας τοῦ 10ου αἰῶνα ἦταν ἡ ἐντιμότητα. Τό σέ ποιό βαθμό πάντως ὁ ἔλεγχος τοῦ ἥθους καὶ οἱ ἀπειλές γιὰ ποινές μᾶλλον βαριές καὶ ἀτιμωτικές συνέβαλαν στὴν πρόληψη τῶν ἀδικημάτων αὐτῶν, δέν μᾶς εἶναι γνωστό. Οἱ λαϊκές δοξασίες βέβαια συστηματικά τοὺς ἀποδίδουν κλοπές καὶ παραχαράξεις<sup>47</sup>. Μήπως ὅμως καὶ σήμερα γιὰ ὅλα τὰ δεινὰ τῆς ἐλληνικῆς οἰκονομίας δέν ὑποτίθεται πῶς φταῖνε οἱ «κακοὶ τραπεζίτες»;

41 EB 3.3: «Οἱ καταλλήλakai μὴ διαρεῖτωσαν τὸ μιλιαρίσιον τὸ ἀκίβδηλον τὸν βασιλικὸν ἔχον χαρακτῆρα καὶ μὴ παρακεκομμένον, ἀλλ' ἰσοτίμως ἀνά εἴκοσι καὶ τέσσαρας ὀβολοὺς λαμβανέτωσαν αὐτό· τὸ δὲ ἄλλῳ πως ἔχον κατὰ τὴν τοῦτου τιμάθω ποιότητα. Οἱ δὲ μὴ οὕτω ποιοῦντες τυπτόμενοι καὶ κουρευόμενοι εἰσκομιζέσθωσαν». Γιὰ τὴν ἰσοτιμία τοῦ ἀσημένιου μιλιαρισίου μέ 24 χάλκινα νομίσματα βλ. M. Hendy, *Studies in the Byzantine Monetary Economy*, c. 300-1450, Cambridge 1985, σ. 504-506, γιὰ τὸ χωρίο, καὶ σ. 253, καθὼς καὶ C. Morrisson, *Τὸ βυζαντινὸ νόμισμα: παραγωγή καὶ κυκλοφορία*, στό: Οἰκονομικὴ ἱστορία (βλ. παραπάνω σημ. 7), σ. 41-131 (ἐδῶ: σ. 56). Γιὰ τὸν ὅρο εἰσκομιζέσθω, βλ. παραπάνω σημ. 39.

42 Γιὰ τὴν ποινὴ τῆς ἐξορίας, βλ. Τρωιάνος, *Οἱ ποινές κλπ.* (παραπάνω σημ. 3), σ. 38-41.

43 EB 3.5: «Ὁ καταλλήλaktis κεκομμένον νόμισμα ἢ μιλιαρίσιον δεχόμενος εἰ οὐκ ἐμφανίσει τοῦτο τῷ ἐπάρχῳ μετὰ καὶ τοῦ κεκτημένου αὐτό, τυπτόμενος καὶ κουρευόμενος ἐξοριζέσθω».

44 Βλ. σημ. 15.

45 Βλ. Morrisson, ὁ.π. (σημ. 41), σ. 83-84.

46 Βλ. Πέννα, ὁ.π. (σημ. 3), σ. 285-286 καὶ Morrisson, ὁ.π., σ. 76-80.

47 Βλ. Dagron, ὁ.π. (σημ. 7), σ. 100.



## Σύντομη αναφορά στην Οδηγία Φ II και στην ενσωμάτωσή της στο εθνικό δίκαιο με τον ν. 4364/2016

### I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Με τον ν. 4364/2016 (στο εξής αναφερόμενος ως «ο Νόμος») εναρμονίστηκε το εθνικό μας δίκαιο με τις διατάξεις της Οδηγίας 2009/138/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με την ανάληψη και την άσκηση δραστηριοτήτων ασφάλισης και αντασφάλισης Φερεγγυότητα II<sup>1</sup> (στο εξής αναφερόμενη ως «η Οδηγία Φ II» ή «η Οδηγία»), ενώ από την 01.01.2016 το ν.δ. 400/1970 έπαυσε να ισχύει (άρθρο 278 του Νόμου).

Ουσιαστικώς για πρώτη φορά μετά από την εισαγωγή του ν.δ. 400/1970 εισάγεται τόσο μεγάλη μεταβολή του εποπτικού πλαισίου, ώστε με ασφάλεια να μπορούμε να πούμε ότι το δίκαιο της εποπτείας της ιδιωτικής ασφάλισης βρίσκεται σε κομβικό σημείο. Οι εφαρμοστές του σχετικού τομέα του δικαίου καλούνται να προσαρμοστούν στο νέο πλαίσιο, αφήνοντας πίσω το νομοθετικό αυτό διάταγμα που ισχύσε – με πολλές τροποποιήσεις<sup>2</sup> είναι αλήθεια – επί σαράντα πέντε έτη.

Η υποχρεωτική εφαρμογή της Οδηγίας Φ II για όλα τα κράτη-μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης<sup>3</sup> ορίστηκε για την ως άνω ημερομηνία, κατά το άρθρο 311 αυτής,

\* Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος, LL.M, ΜΔΕ.

1 Ο Νόμος δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Α' 13/05-02-2016. Ο όρος "Φερεγγυότητα II" (Φ II) χρησιμοποιήθηκε για το πλαίσιο βελτίωσης της φερεγγυότητας της ασφαλιστικής αγοράς και έδωσε την ονομασία Φερεγγυότητα I στο προηγούμενο καθεστώς, δηλαδή στις Οδηγίες που ρύθμιζαν προηγουμένως τη λειτουργία των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων και κυρίως τις Οδηγίες ασφαλίσεων Ζωής και Ζημιών 2002/83/ΕΚ και 2002/13/ΕΚ αντιστοίχως, *Gabrielle O' Donovan*, "Solvency II, Stakeholder Communications and Change", Ashgate Publishing Ltd, 2011 (2nd Edition), σελ. 1 επ. Έως σήμερα (Μάιος 2016) η Οδηγία Φ II τροποποιήθηκε με πέντε Οδηγίες με πλέον ουσιαστική την τροποποίησή της με την Οδηγία Omnibus II 2014/51/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Απριλίου 2014. Για την κωδικοποιημένη (ανεπισήμως – μη δεσμευτική) μορφή της βλ. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1452697985381&uri=CELEX%3A02009L0138-20150331>. Η παρούσα μελέτη λαμβάνει υπόψη αυτή την κωδικοποιημένη μορφή της Οδηγίας. Ο όρος «Φερεγγυότητα II» (ΦII) είναι ευρύτερος της Οδηγίας, καθώς αφορά όλο το ρυθμιστικό πλαίσιο που ιδρύεται με βάση την Οδηγία αυτή στην εποπτεία των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων [βλ. την Πρόταση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής COM (2007) 361 final 2007/0143 (COD) στην ιστοσελίδα [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007PC\\_0361&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007PC_0361&from=EN)]. Για τους όρους αυτούς βλ. και *Ιωάννης Κ. Ρόκας*, «Solvency II Εποπτεία των (Αντ)ασφαλιστικών Επιχειρήσεων», Κριτικές παρατηρήσεις Σχόλια κατ' άρθρο στον ν. 4364/2016», Εκδόσεις Σάκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2016 σελ. 8.

2 Για τις τροποποιήσεις του ν.δ. 400/1970 βλ. *Ιωάννης Κ. Ρόκας*, «Ασφαλιστικός Κώδικας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2012 (3η έκδοση), σελ. 155 επ.

3 Αλλά και τα κράτη μέλη του ΕΟΧ: τη Νορβηγία, την Ισλανδία και το Λίχτενστάιν.



όπως αυτό τροποποιήθηκε και ισχύει<sup>4</sup>, συνεπώς ορθώς ο Έλληνας νομοθέτης με το άρθρο 284 του Νόμου όρισε – με την εξαίρεση ορισμένων διατάξεων που ισχύουν από τη δημοσίευσή τους στο ΦΕΚ<sup>5</sup> – ως ημερομηνία ενάρξεως ισχύος αυτού την 01-01-2016<sup>6</sup>.

Το ν.δ. 400/1970 διείπε την – διαρκή τακτική ή και έκτακτη – εποπτεία των ασφαλιστικών και ανασφαλιστικών επιχειρήσεων, αλλιά και τον έλεγχο της χρηστής συναλλακτικής συμπεριφοράς αυτών έναντι των ασφαλισμένων (νομική εποπτεία)<sup>7</sup>. Το διάταγμα προέβλεπε ήδη την άσκηση της εποπτείας με τη συμμετοχή και τη συνεργασία των εποπτευομένων επιχειρήσεων, οι οποίες καλούνταν να τηρήσουν μια σειρά από υποχρεώσεις (βλ. ενδεικτικώς τα άρθρα 7, 8, 15, 15α του ν.δ. 400/1970), αλλιά ήταν πιο δύσκαμπτο όσον αφορά την επιλογή από τις ίδιες τις επιχειρήσεις του τρόπου εξασφάλισης της φερεγγυότητάς τους, με προσαρμογή στο εταιρικό τους προφίλ και στην έκθεσή τους σε πολλαπλούς κινδύνους, οι οποίοι γίνονται όλο και πιο περίπλοκοι με την εξέλιξη της σχετικής αγοράς.

Η εποπτική προσέγγιση αλλιάζει πλέον με τον ν. 4364/2016, καθώς κύριο στοιχείο της εποπτείας καθίσταται η εγκαθίδρυση διαδικασιών αποτελεσματικής αξιολόγησης ευρύτερων κινδύνων που περιβάλλουν τη δράση των ασφαλιστικών και ανασφαλιστικών επιχειρήσεων. Στο πρώτο μέρος της παρούσης θα γίνει μια προσπάθεια συνοπτικής παρουσίασης της διαδικασίας εκδόσεως της Οδηγίας που συνδέεται άμεσα με τον μηχανισμό του ευρύτερου πλαισίου της Φερεγγυότητας II, καθώς τον μηχανισμό αυτόν καλείται να έχει υπόψη του ο εφαρμοστής του νέου δικαίου. Στο δεύτερο μέρος προσεγγίζουμε τον νέο Νόμο και τα κυριότερα σημεία μεταβολής του εθνικού μας δικαίου, περιορίζοντας την αναφορά μας σε θέματα σχετικά με τους τρεις πυλώνες διαμορφώσεως της Οδηγίας οι οποίοι αφορούν ρυθμίσεις σχετικώς με α) τις ποσοτικές απαιτήσεις φερεγγυότητας (Πυλώνας Α'), β) τις ποιοτικές απαιτήσεις φερεγγυότητας-διακυβέρνησης (Πυλώνας Β') και γ) τις απαιτή-

4 Με την Οδηγία 2013/58/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Δεκεμβρίου 2013 μετατέθηκε ο χρόνος ενάρξεως εφαρμογής της Οδηγίας από την 01.01.2014 για την 01.01.2016, ημερομηνία που όριζε και η ήδη προετοιμαζόμενη τότε Οδηγία (Omnibus II) 2014/51/ΕΕ. Προηγούμενως με την Οδηγία 2012/23/ΕΕ, είχε μετατεθεί η αρχική ημερομηνία εφαρμογής της Οδηγίας Φ II από την 01.11.2012 για την 01.01.2014.

5 Σύμφωνα με το άρθρο 284 παρ. Α' εδάφιο β' συγκεκριμένες διατάξεις τίθενται σε ισχύ με τη δημοσίευση του Νόμου στο ΦΕΚ δηλαδή την 5η Φεβρουαρίου 2016: άρθρα 144 (ενημέρωση εποπτικών αρχών των άλλων κρατών μελών), άρθρα 221 έως και 248 (εξυγίανση και εκκαθάριση) και άρθρο 272 (σταδιακή εφαρμογή για μεγέθη υπολογισμού φερεγγυότητας).

6 Για την ισχύ Οδηγιών της Ε.Ε. στα κράτη-μέλη ανεξάρτητα από τον χρόνο εισαγωγής τους στο εθνικό δίκαιο βλ. αναλυτικά *Alberto Santa Maria*, "European Economic Law", Wolters Kluwer Law & Business, 2014, Third Edition, σελ. 132 επ. και *Paul Craig and Grainne de Burca*, "EU LAW, Text, Cases and Materials", Oxford University Press, 2008 σελ. 279 επ. Για την περίπτωση αναδρομικότητας του Νόμου όταν ο ίδιος το ορίζει βλ. ενδεικτικώς *Απόστολος Γεωργιάδης*, «Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου», Δ' έκδοση (2012), Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, σελ. 31 επ.

7 *Ι. Κ. Ρόκας*, «Ασφαλιστικό Δίκαιο», Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σελ. 187 επ. Για βαθύτερη ανάλυση του καθεστώτος εποπτείας των ασφαλιστικών επιχειρήσεων κατά το ν.δ. 400/1970 βλ. ως πολύ αναλυτικό το σύγγραμμα του ίδιου «Ιδιωτική Ασφάλιση» (11η έκδοση), Αθήνα, Κομοτηνή, 2006 και για το καθεστώς των Ενωσιακών Οδηγιών της Φερεγγυότητας Ι βλ. και *Kremers, Schoenmaker and Wierts*, "Financial Supervision in Europe", Ministry of Finance – The Netherlands, 2003, σελ. 15 επ.

σεις πληροφόρησης και διαφάνειας (Πυλώνας Γ'), που διέπουν πλέον τις ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις<sup>8</sup>. Η παρούσα μελέτη δεν θα αναφερθεί στις νέες ρυθμίσεις σχετικά με ειδικότερα θέματα λειτουργίας, δραστηριοποίησας και αδειοδοτήσας των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων, τη δραστηριοποίηση αυτών μέσω ΕΠΥ ή υποκαταστημάτων, τις ασφαλιστικές συμβάσεις<sup>9</sup>, την εξυγίανση και εκκαθάριση των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων και τους Ομίλους, τα οποία θα μπορούσαν να τύχουν κάθε ένα από μόνο του αντικείμενο ξεχωριστής μελέτης.

## II. Επιμέρους ζητήματα της Οδηγίας Φ II

### 1. Σκοπός των ρυθμίσεων της Οδηγίας

Η Οδηγία Φ II εντάσσεται στο πλέγμα των κανόνων που αποσκοπούν στην εγκαθίδρυση ενός κοινού και βελτιωμένου νομικού πλαισίου για την άσκηση των (αντ)ασφαλιστικών δραστηριοτήτων από τις ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις<sup>10</sup>, έως και την εξυγίανση και εκκαθάριση αυτών, σε ολόκληρη την εσωτερική αγορά<sup>11</sup>. Για τη διαμόρφωση της Οδηγίας ελήφθησαν υπόψη οι πλέον πρόσφατες εξελίξεις στο πλαίσιο της Διεθνούς Ενώσεως Ασφαλιστικών Εποπτών<sup>12</sup>,

8 Ευρωπαϊκή Επιτροπή MEMO/15/5734 στην ιστοσελίδα [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-5734\\_el.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5734_el.htm) και *Gabrielle O' Donovan*, όπ.παρ., σελ. 4 όπου παρατίθεται σχετικός πίνακας για τους τρεις πυλώνες : quantitative requirements, qualitative requirements, disclosure requirements.

9 *Ιωάννης Κ. Ρόκας*, «Παρατηρήσεις επί των αλλαγών που φέρνει στο νόμο για την Ασφαλιστική Σύμβαση το Σχέδιο νόμου προσαρμογής προς την Οδηγία 2009/138 για την κρατική εποπτεία επί των ασφαλιστικών επιχειρήσεων» ΝοΒ τ. 63 σελ. 1874 επ.

10 Βλ. στην ελληνική βιβλιογραφία *Ιωάννης Κ. Ρόκας*, «Solvency II Εποπτεία των (Αντ)ασφαλιστικών Επιχειρήσεων, Κριτικές παρατηρήσεις Σχόλια κατ' άρθρο στο ν. 4364/2016» Εκδόσεις Σάκκουλη, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2016, *Μυρτώ Χαμπάκη*, *Solvency II «Η μεγάλη εικόνα»*, εκδόσεις insurance innovation 2015, *Ιωάννης Φαρσάρωτας – Σωτήριος Κλήμης*, «Εξελίξεις στο θεσμικό και λειτουργικό πλαίσιο εποπτείας των φορέων ιδιωτικής ασφάλισης Φερεγγυότητα II (Solvency II)» στο περιοδικό *Epsilon*, τ. 7, 2013, *Άρτεμις Στάη*, «Τα βασικά χαρακτηριστικά του Solvency II και οι σημαντικότερες αλλαγές που θα επιφέρει στο υφιστάμενο καθεστώς της ιδιωτικής ασφάλισης στην Ελλάδα», Εισήγηση Οκτώβριος 2011 στην Διημερίδα της Ε.Ν.Δ.Ι.Α.Ε.Τ.Α. με θέμα «Τροχαία Ατυχήματα και Ιδιωτική Ασφάλιση, Αστικά, Ποινικά και Δικονομικά Ζητήματα μετά και τις τελευταίες νομοθετικές ρυθμίσεις», Πρακτικά (Νομική Βιβλιοθήκη), σελ. 112 επ. και *Αριστέα Σινανιώτη-Μαρούδη*, «Η Φερεγγυότητα των Ασφαλιστικών Επιχειρήσεων (Solvency II)», Εισήγηση, Νοέμβριος 2011, 23ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου του ΣΕΕ – Πρακτικά (Νομική Βιβλιοθήκη), σελ. 645 επ.

11 Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 2 και 3 της Οδηγίας. Συγκεκριμένα, η Οδηγία χαρακτηρίζεται στην αιτιολογική σκέψη 11 αυτής ως «*ουσιαστές μέσο για την εγκαθίδρυση της ενιαίας εσωτερικής αγοράς*» (σημ. στον ασφαλιστικό τομέα). Ακόμη συμβάλλει στην ενίσχυση του καθεστώτος ενιαίας αδείας και εποπτείας της επιχειρήσεως στο κράτος-μέλος καταγωγής.

12 Βλ. για την εν λόγω Διεθνή Ένωση International Association of Insurance Supervisors (IAIS) *Ζωή Β. Γιωτάκη*, «Το πλαίσιο λειτουργίας της ασφαλιστικής επιχειρήσεως: Μία υπόθεση Κοινοτικού Δικαίου» στην Επ.Δικ.Ι.Α. τεύχος 1/2007 σελ. 27 επ. Για τις επικαιροποιημένες Βασικές Αρχές Ασφάλισης (Insurance Core Principles) της εν λόγω Ένωσης, βλ. <http://iaisweb.org/index.cfm?event=getPage&model=25224>. Σημειώνεται ότι πολλή από τις αρχές αυτές τίθενται στην Οδηγία αποτελώντας ένα παρόμοιο εποπτικό πλαίσιο.

του Συμβουλίου για τα Διεθνή Πρότυπα Χρηματοοικονομικής Πληροφόρησης και της Διεθνούς Αναλογιστικής Ένωσης, που στράφηκαν πρώτοι στην αξιολόγηση των εποπτευομένων εταιρειών με βάση τον κίνδυνο<sup>13</sup>. Η έννοια του κινδύνου είναι πολύ ευρύτερη από αυτήν που ίσχυε, δηλαδή πλέον δεν πρόκειται περί διαχείρισεως μόνο του αναλαμβανόμενου ασφαλιστικού κινδύνου, αλλά του ευρύτερου επιχειρηματικού – συγκυριακού κινδύνου στον οποίο εκτίθενται οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις εν όψει και της συνεχούς αλληλεπιδράσεως διαφορετικών μεταξύ τους αγορών<sup>14</sup>. Η νέα μέθοδος εποπτείας εφαρμοζόμενη από κοινού από όλα τα κράτη-μέλη αναμένεται να οδηγήσει σε μεγαλύτερη εναρμόνιση για την αποτίμηση του ενεργητικού και των υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων των τεχνικών προβλήσεων των εποπτευόμενων επιχειρήσεων, και να καταστήσει το εν λόγω εποπτικό πλαίσιο πιο αποτελεσματικό. Η 16η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας Φ II δίδει τον κύριο στόχο αυτής, καθώς από την επίτευξη αυτού εξαρτάται η επιτυχία των ρυθμίσεων που εισήγαγε: *«Ο κύριος στόχος της ρύθμισης και της εποπτείας του ασφαλιστικού και αντασφαλιστικού κλάδου είναι η κατάλληλη προστασία των αντισυμβαλλομένων και των δικαιούχων... Η χρηματοπιστωτική σταθερότητα και η παγίωση δίκαιων και σταθερών αγορών αποτελούν περαιτέρω στόχους της ρύθμισης και της εποπτείας του ασφαλιστικού και αντασφαλιστικού κλάδου, οι οποίοι θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, χωρίς όμως να υπονομεύουν τον κύριο στόχο»*. Σημαντικό χαρακτηριστικό της Οδηγίας είναι ακόμη ότι πρόκειται περί νομοθέτησης επί των αρχών και όχι επί αυστηρών κανόνων, με τη θεσμοθέτηση του ευρύτερου πλαισίου επί του οποίου πρέπει να λειτουργούν οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις<sup>15</sup>.

Με την παρούσα μελέτη θα καταδειχθεί ότι ο διαρκής στόχος της εποπτείας της ιδιωτικής ασφάλισης, που είναι η προστασία του ασφαλισμένου, πραγματοποιείται με μέσα καινοτόμα – για τον συγκεκριμένο κλάδο τουλάχιστον – και πιθανότατα πιο αποτελεσματικά. Στα θετικά της Οδηγίας συγκαταλέγεται ότι οι περισσότερες των διατάξεών της είναι μέγιστης εναρμόνισης, δηλαδή καθορίζουν το νομικό πλαίσιο που πρέπει να εφαρμοστεί σε όλα τα κράτη-μέλη, τα οποία δεν μπορούν να δια-

13 Αιτιολογική σκέψη 15 της Οδηγίας. Πάντως, ενώ η Οδηγία λαμβάνει υπόψη τις τις εξελίξεις στα πλαίσια της Διεθνούς Ενώσεως Ασφαλιστικών Εποπτών (ΔΕΑΕ, IAIS), υποστηρίζεται ευρέως ότι οι διεργασίες μέχρι την οριστικοποίηση του κειμένου της Οδηγίας, ως ισχύει σήμερα, επηρέασαν τις εργασίες της IAIS, αλλά και την εξέλιξη του εποπτικού πλαισίου στις Η.Π.Α. Βλ. εκτενή αναφορά επί του θέματος *Theresa M. Vaughan and Mark A. Calabria, "International Developments in the Insurance Sector: The Road to the Financial Instability?"*, Cato Institute, 2015, [www.cato.org/workingpapers](http://www.cato.org/workingpapers), σελ. 9 επ.

14 *Μιρτώ Χαμπάκη*, όπ.παρ. σελ. 113 επ., όπου αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι η αξιολόγηση των κινδύνων γίνεται σε πολύ πιο εκτεταμένη προσέγγιση από ό,τι κατά το προηγούμενο πλαίσιο.

15 *Ιωάννης Κ. Ρόκας*, «Solvency II Εποπτεία των (Αν)ασφαλιστικών επιχειρήσεων» σελ. 9 όπου αναλύεται η ιδιότητα των κανόνων που τίθενται με την οδηγία ως κανόνες που βασίζονται σε αρχές (principle based law) και όχι σε κανόνες (rules based law), που ίσχυε στο προηγούμενο καθεστώς δηλαδή την ονομαζόμενη Φ Ι. Ακόμη ότι αυτό το σύστημα εφάρμοζε ήδη η Εποπτική Αρχή του Ην. Βασιλείου (FSA) από δεκαετίας. Έτσι εξηγείται και η διαμόρφωσή της σε πολύπλοκη επίπεδα: το πρώτο επίπεδο είναι οι γενικές αρχές, που εξειδικεύονται από τα επόμενα επίπεδα νομοθέτησης. Βλ. ακόμη και *Μιρτώ Χαμπάκη*, όπ.παρ., σελ. 87 επ.

φοροποιηθούν ή να το συμπληρώσουν ούτε υπέρ αλλήλ ούτε και κατά του καταναλωτή, προκειμένου να εξυπηρετηθεί ο στόχος της βαθύτερης εναρμόνισης, και να προστατευθεί ο ανταγωνισμός των επιχειρήσεων σε όλη την Ε.Ε.<sup>16</sup>. Τούτο αντιπαραβάλλεται με το πλαίσιο της Φερεγγυότητας Ι<sup>17</sup>, που περιλάμβανε οδηγίες ελάχιστης εναρμόνισης, καθώς τα κράτη-μέλη έπρεπε να υιοθετήσουν το πλαίσιο εκείνο ως ελάχιστο, ενώ μπορούσαν να το συμπληρώσουν και να το καταστήσουν πιο αυστηρό, αναλόγως των αναγκών της εθνικής αγοράς. Συνέπεια αυτού του χαρακτηριστικού του προηγούμενου πλαισίου ήταν να δημιουργηθούν – ασφαλιστικές – «αγορές ευκαιρίας», κάτι που θεωρείται ότι καταπολεμάται μέσω της Οδηγίας Φ ΙΙ. Έχει υποστηριχθεί ότι η εφαρμογή της Οδηγίας θα επηρεάσει την ασφαλιστική αγορά τόσο της Ε.Ε. όσο και των Η.Π.Α.<sup>18</sup>. Είναι βέβαιο ότι θα επηρεαστούν επιχειρήσεις τρίτων χωρών με μητρικές ή θυγατρικές ασφαλιστικές επιχειρήσεις εντός της Ε.Ε., ενώ θεωρείται ότι θα καταστήσει αυστηρότερα τα κριτήρια διεθνώς, όσον αφορά την εφαρμογή στον ασφαλιστικό τομέα των κανόνων διαχείρισης κινδύνων και κεφαλαιακής επάρκειας<sup>19</sup>.

Πέραν των αναφερόμενων ανωτέρω ουσιαστικών στόχων της Οδηγίας αξίζει να σημειωθεί και ένα επιπλέον επίτευγμα αυτής, λιγότερο σημαντικό αλλήλ ιδιαίτερα

16 Robin Swain and David Swallow, "The Prudential Regulation of Insurers under Solvency II, Bank of England", Quarterly Bulletin 2015, σελ. 1 επ. και Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report accompanying the proposal for Commission Delegated Regulation (EU) supplementing directive 2009/138/EU of the European Parliament and of the Council on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), Brussels, 2014. Σημειώνεται ότι τα κράτη μέλη σε συγκεκριμένες διατάξεις καλούνται να κάνουν επιλογή εφαρμογής συγκεκριμένου πλαισίου και η δημοσιοποίηση των εν λόγω πληροφοριών γίνεται κατά το άρθρο 31 παράγραφος 2 στοιχείο δ' της Οδηγίας. Φερ' ειπείν η Ελλάδα δεν υιοθέτησε την επιλογή επέκτασης της έννοιας των «μεγάλων κινδύνων» κατά το άρθρο 13 σημείο 27 της Οδηγίας, βλ., στην ιστοσελίδα της Τράπεζας της Ελλάδος, Πίνακα περί των σχετικών επιλογών από τον εθνικό νομοθέτη (χρήση ή μη χρήση της επιλογής): <http://www.bankofgreece.gr/Pages/el/deia/solvencyll.aspx>. Για την ιδιότητα της Οδηγίας πλήρους εναρμόνισης βλ. και Ι. Κ. Ρόκα Solvency II Εποπτεία των (Αν)ασφαλιστικών Επιχειρήσεων όπ. παρ., σελ. 8.

17 Ζωή Β. Γιωτάκη, σελ. 4 επ., όπου γίνεται μια συνοπτική παρουσίαση των τριών γενιών ασφαλιστικών Οδηγιών της Φερεγγυότητας Ι, με ιδιαίτερη επισήμανση στη ριζική τομή που επέφερε «το τρίτο δίδυμο οδηγιών (ζωής και ζημιών) το οποίο άνοιξε ουσιαστικά την αγορά της ασφάλισης στον ανταγωνισμό υιοθετώντας μια σειρά μέτρων». Στο άρθρο (σελ. 12 επ.) γίνεται ακόμη αναφορά στους Ασφαλιστικούς Ομίλους και τους Ομίλους Ετερογενών Χρηματοοικονομικών Δραστηριοτήτων, στη ρύθμιση των οποίων οι διατάξεις των Οδηγιών της Φερεγγυότητας Ι υπήρξαν ελληνικές όσον αφορά την ουσιαστική εναρμόνιση, κάτι που αντιμετωπίστηκε ειδικά ήδη με τις ρυθμίσεις της Οδηγίας Φερεγγυότητα ΙΙ (βλ. άρθρο 212 επ. της Οδηγίας).

18 D. L. Lindberg and D. L. Seifert, "Risk Management in the Insurance Industry: A Comparison of Solvency II to U.S. Insurance Regulations", Journal of Insurance Issues, 2015, 38(2), σελ. 233, 234. Το αντίστοιχο της Φερεγγυότητας ΙΙ εποπτικό καθεστώς στις ΗΠΑ είναι το "Insurance Financial Solvency Framework" [Πλαίσιο Ασφαλιστικής Χρηματοοικονομικής Φερεγγυότητας]. Για τη σχέση της Οδηγίας Φερεγγυότητας ΙΙ με το Δίκαιο των ΗΠΑ βλ. και Theresa M. Vaughan and Mark A. Calabria, "International Developments in the Insurance Sector: The Road to Financial Instability?", όπ. παρ., σελ. 9 επ., όπου αναπτύσσεται η πρόοδος που σημειώνει στο εποπτικό δίκαιο η Οδηγία Φερεγγυότητα ΙΙ, καθώς και το γεγονός ότι, ενώ το δίκαιο των Η.Π.Α. είχε εισαγάγει την προσέγγιση της αξιολόγησης των ασφαλιστικών επιχειρήσεων με βάση τον κίνδυνο από τη δεκαετία του 1990, το Ενωσιακό δίκαιο άργησε καταρχάς να προσαρμοστεί σε αυτήν τη λογική. Σήμερα εντούτοις το ενωσιακό ρυθμιστικό πλαίσιο θεωρείται πρωτοπόρο. Για τις εξελίξεις στο Δίκαιο των ΗΠΑ βλ. John J. Biggs and Matthey Richardson, "Modernizing Insurance Regulation: An overview", John Wiley & Sons Inc. 2014, ProQuest E-library, Wed. 2 October 2015.

19 D. L. Lindberg and D. L. Seifert, όπ.παρ., σελ. 235.

πρακτικό: επιτέλους κωδικοποιήθηκαν οι επιμέρους Οδηγίες που διείπαν την εποπτεία των ασφαλιστικών επιχειρήσεων σε ένα ενιαίο κείμενο, στο οποίο μεγάλος όγκος των προηγούμενων Οδηγιών ενσωματώνεται, ενώ άλλες τροποποιούνται αλλιώς ο κύριος κορμός τους διατηρεί την ισχύ του και επανεισάγεται στο εθνικό δίκαιο με την ενσωμάτωση της Φ II<sup>20</sup>.

## 2. Από τον *Lamfalussy* στον *de Larosière* – Ιστορικό Διαμόρφωσης της Οδηγίας

Το 2001 κατατέθηκε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή από την επιτροπή σοφών υπό τον Alexandre Lamfalussy, έκθεση με την οποία προτάθηκε ένα νέο σύστημα νομοθέτησης του εποπτικού πλαισίου για την εγκαθίδρυση της Ενιαίας Αγοράς. Το νέο σύστημα που προτάθηκε υιοθετήθηκε τόσο από το Συμβούλιο ECOFIN όσο και από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο της Στοκχόλμης στις 23 και 24 Μαρτίου 2001 και έγινε γνωστό ως «*διαδικασία Lamfalussy*», η οποία ακολουθήθηκε και στην περίπτωση της Φερεγγυότητας II<sup>21</sup>.

Ενώ η διαδικασία εκδόσεως της Οδηγίας ήταν στο πέρας της, η χρηματοπιστωτική κρίση των ετών 2007-2008 έφερε στην επιφάνεια σημαντικές αδυναμίες της χρηματοπιστωτικής εποπτείας, τόσο σε συγκεκριμένες περιπτώσεις όσο και στο χρηματοπιστωτικό σύστημα ως σύνολο. Τα εθνικά μοντέλα εποπτείας υπερκεράσθηκαν από τη χρηματοπιστωτική παγκοσμιοποίηση. Η κρίση αποκάλυψε αδυναμίες συνεργασίας, συντονισμού, συνεπούς εφαρμογής της ενωσιακής νομοθεσίας και εμπιστοσύνης μεταξύ εθνικών εποπτικών αρχών. Τον Νοέμβριο του 2008 η Επιτροπή ανέθεσε σε νέα ομάδα σοφών υπό την προεδρία του *Jacques de Larosière* να διατυπώσει συστάσεις σχετικά με τρόπους ενίσχυσης των ευρωπαϊκών εποπτικών ρυθμίσεων με στόχο την αποκατάσταση της εμπιστοσύνης στο χρηματοπιστωτικό σύστημα της Ευρώπης<sup>22</sup>. Η *έκθεση de Larosière* προτείνει μεταξύ άλλων ένα ευρωπαϊκό σύστημα χρηματοπιστωτικής εποπτείας με τρεις Ευρωπαϊ-

20 Βλ. Αιτιολογική Έκθεση του Νόμου σελ. 2. Αξίζει να επισημανθεί η εύστοχη αναφορά της *Αριστεάς Σινανιώτη-Μαρούδη* περί του ότι αυτό που ίσχυε ήταν οι Οδηγίες Φ Ι (13 Οδηγίες) μαζί με την Οδηγία 2007/44/ΕΚ, που δεν αφορούσε μόνο την ασφαλιστική αγορά, και έτσι γίνεται λόγος για 14 Οδηγίες (Πρακτικά, σελ. 646).

21 Βλ. *Ζωή Β. Πατάκη*, όπ. παρ., σελ. 15 επ., όπου και εκτεταμένη ανάλυση της διαδικασίας η οποία οδήγησε καταρχάς στην υιοθέτηση της Οδηγίας 2004/39/ΕΚ για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων (MiFID). Για την εφαρμογή της διαδικασίας ειδικώς στην Οδηγία και στο SII, βλ. Πρόταση του κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμού 2015/35 (*Commission Staff Working Document*, 2014, Impact Assessment Report accompanying the proposal for Commission Delegated Regulation EU στην ιστοσελίδα [http://ec.europa.eu/finance/insurance/docs/solvency/solvency2/delegated/141010-impact-assessment\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/insurance/docs/solvency/solvency2/delegated/141010-impact-assessment_en.pdf)) και *Gabrielle O' Donovan*, όπ.παρ., σελ. 11.

22 Κριτική επί των εν λόγω εξελίξεων του θεσμικού πλαισίου των χρηματοπιστωτικών αγορών της Ε.Ε. έχει ασκηθεί από τη Βουλή των Λόρδων του Ην. Βασιλείου (*House of Lords*) – European Union Committee, 5th Report of Session 2014-2015 με θέμα "The post-crisis EU financial regulatory framework: do the pieces fit?" με ημερομηνία δημοσίευσής 02-02-2015 βλ. την ιστοσελίδα <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldcom/103/103.pdf>

κές Εποπτικές Αρχές<sup>23</sup> και ένα Ευρωπαϊκό Συμβούλιο Συστημικού Κινδύνου (ΕΣΣΚ)<sup>24</sup>. Η πρόταση αυτή υιοθετήθηκε στα συμπεράσματα της διάσκεψης της 18ης και 19ης Ιουνίου 2009 από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο και έτσι ιδρύθηκε ένα Ευρωπαϊκό Σύστημα Χρηματοπιστωτικής Εποπτείας (ΕΣΧΕ, ESFS) με τρεις νέες Ευρωπαϊκές Εποπτικές Αρχές (ΕΕΑ, ESAs)<sup>25</sup>. Το 2010, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο εξέδωσαν τρεις κανονισμούς σχετικά με τη σύσταση των ΕΕΑ, μεταξύ των οποίων τον κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 1094/2010 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τη σύσταση της Ευρωπαϊκής Αρχής Ασφαλίσεων και Επαγγελματικών Συντάξεων (στον νόμο αναφέρεται ως ΕΑΑΕΣ – στην παρούσα μελέτη ως ΕΙΟΡΑ). Η εξέλιξη αυτή υπήρξε καθοριστικής σημασίας για τη σημερινή διαμόρφωση του σχετικού με την Οδηγία Φ ΙΙ πλαισίου, καθώς οδήγησε σε ουσιαστική τροποποίηση αυτής και στην εμφατική ένταξη της ΕΙΟΡΑ στον μηχανισμό της<sup>26</sup>.

Πράγματι, από το έτος 2014 και μετά γίνεται λόγος για νέα υλοποίηση της Οδηγίας Φ ΙΙ, και τούτο ιδίως γιατί με την Οδηγία 2014/51/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Απριλίου 2014, γνωστή ως Omnibus ΙΙ, επήλθαν σημαντικές αλλαγές στο αρχικό πλαίσιο αυτής, αναγνωρίζοντας αυξημένες αρμοδιότητες στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή και στη νεοσυσταθείσα ΕΙΟΡΑ. Λόγω των διεργασιών για την προσαρμογή των αρχικών διατάξεων της Οδηγίας Φ ΙΙ σε νεώτερα δεδομένα της αγοράς, η έναρξη εφαρμογής της ορίστηκε για την 01.01.2016<sup>27</sup>, στόχος που έγινε επιτακτικός λόγω της οικονομικής κρίσεως στην οποία βρέθηκε η Ευρωπαϊκή Ένωση<sup>28</sup>. Σημειώνεται ότι η Οδηγία εντάσσεται στο Σχέδιο της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την Ένωση των Κεφαλαιαγορών (Capital Markets Union), που

23 Μία για τον τομέα των τραπεζών (ΕΒΑ), μία για τον τομέα των κινητών αξιών (ΕΣΜΑ) και μία για τον τομέα των ασφαλίσεων και των επαγγελματικών συντάξεων (ΕΙΟΡΑ).

24 Joanne Hindle, "The future of regulation", Journal of Financial Regulation and Compliance, Vol. 17, No 4, 2009, p. 415, 426, όπου γίνεται εκτενής αναφορά στις εξελίξεις του εποπτικού πλαισίου στην Ε.Ε.

25 Σχετικώς με τις τρεις εποπτικές αρχές, δηλαδή την European Bank Authority (ΕΒΑ), την European Security and Market Authority (ΕΣΜΑ) και την European Insurance and Occupational Pensions Authority (ΕΙΟΡΑ) βλ. Alberto Santa Maria, όπ.παρ., σελ. 320 επ., αλλὰ και Report from the Commission to the European Parliament and the Council (Brussels 08-08-2014 COM (2014) 509 Final, Thomas Papadopoulos, "European System of Financial Supervision", Oxford Public International Law, Oxford University Press, 2013 στη Max Planck Encyclopedia of Public International Law 31.10.2014, Martin Merlin, "Le nouveau système européen de Supervision Financière", Revue du Droit de L' Union Européenne, 1-2011, σελ. 17 επ., βλ. και Christos V. Gortsos, "The Crisis-based EU financial regulatory intervention: Are we on the top of the prudential wave?" στην ιστοσελίδα του Συνδέσμου των Ελλήνων Εμπορικολόγων [http://www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1422878727#\\_ftn1](http://www.syneemp.gr/?pgtp=1&aid=1422878727#_ftn1).

26 Για την ανάγκη να τροποποιηθεί η αρχική μορφή της Οδηγίας με την Omnibus ΙΙ βλ. τις αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας 2014/51/ΕΕ (Omnibus ΙΙ) και Gabrielle O' Donovan, όπ.παρ., σελ. 8, όπου δύο είναι οι κύριες αιτίες τροποποιήσεως: α) οι ρυθμίσεις της Συνθήκης της Λισσαβόνας (τέθηκε σε ισχύ την 01-12-2009) μεταξύ των οποίων και οι σχετικές με τις αρμοδιότητες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και β) τα νέα μέτρα Χρηματοοικονομικής Εποπτείας που εισήχθησαν με τον Κανονισμό (ΕΕ) 1094/2010 που εισήγαγε αυξημένες αρμοδιότητες της ΕΙΟΡΑ ιδίως σε σχέση με αυτές της CEIOPS. Για την ιστορική αυτή εξέλιξη στις διεργασίες που οδήγησαν στην υιοθέτηση της Omnibus ΙΙ βλ. και Danielle Pos, Bjorn Schep and Jessica Shouten, 14.04.2014, De Brauw Blackstone Westbroek, "Solvency II: finally final", στην ιστοσελίδα <http://www.debrauw.com/alert/solvency-ii-finally-final/#>

27 Άρθρο 1 Οδηγίας 2013/58/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2013.

28 Robin Swain and David Swallow, Bank of England Quarterly Bulletin 2015, Q2, σελ. 2.



είναι το Σχέδιο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως για την ενοποίηση των χρηματοπιστωτικών αγορών<sup>29</sup>.

Η διαδικασία *Lamfalussy* εφαρμόστηκε στο πλαίσιο Φ II βελτιωμένη λόγω της εκθέσεως *de Larosière*, καθώς θεωρήθηκε ότι μπορεί να επιταχύνει τη θέσπιση των σχετικών κανόνων και ταυτόχρονα την ενοποίηση των εποπτικών πρακτικών. Εν συντομία ακολουθήθηκαν τα εξής: Επίπεδο 1 – Έκδοση του Γενικού Πλαισίου που, στην περίπτωση της Φερεγγυότητας II, περιλαμβάνει την Οδηγία Φερεγγυότητα II (Οδηγία-πλαίσιο), που προτάθηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και υιοθετήθηκε κατά τη διαδικασία της συναπόφασης (*codecision procedure*) μεταξύ Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και Κοινοβουλίου. Επίπεδο 2 – Εκτελεστικές Πράξεις της Επιτροπής – δηλαδή κατ' εξουσιοδότηση αποφάσεις κατά το άρθρο 290 της ΣΛΕΕ, που υιοθετούνται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και αφορούν τεχνικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή του Γενικού Πλαισίου. Στην περίπτωση της Φερεγγυότητας II είναι ο κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμός 2015/35<sup>30</sup> της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Κανονισμός που τροποποιήθηκε ήδη με τον κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμό (ΕΕ) 2016/467 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 30ης Σεπτεμβρίου 2015, κυρίως προκειμένου να μην περιοριστούν οι επενδύσεις των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων σε συγκεκριμένους τομείς. Μεταξύ του δεύτερου και του τρίτου Επιπέδου υφίσταται το Επίπεδο δυόμιση (2.5), καθώς προβλέπεται η έκδοση εκτελεστικών Κανονισμών από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή προς περαιτέρω εξειδίκευση των όσων ορίζει ο ανωτέρω Κανονισμός του επιπέδου 2. Αυτοί αναφέρονται με τον όρο Τεχνικά Πρότυπα (*Technical Standards*), διακρίνονται σε ρυθμιστικά και εκτελεστικά, και εκδίδονται κατά τα άρθρα 290 και 291 ΣΛΕΕ αντιστοίχως<sup>31</sup>. Τα Τεχνικά Πρότυπα συντάσσονται μετά από διαβούλευση και υποβάλλονται από την ΕΙΟΡΑ στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή προκειμένου να περιβληθούν τον τύπο εκτελεστικού κανονισμού και να δημοσιευθούν. Επίπεδο 3 – Σε αυτό το επίπεδο προβλέπεται η δράση της ΕΙΟΡΑ κυρίως, καθώς αφορά τη συνεργασία μεταξύ των εθνικών εποπτικών αρχών με σκοπό την καλύτερη εποπτική προσέγγιση, την ενιαία ενωσιακή πρακτική και την έκδοση κατευθυντηρίων γραμμών και εφαρμοστικών μέτρων<sup>32</sup>, – στο επίπεδο

29 Βλ. Action Plan on Building a Capital Markets Union Communication From the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Έγγραφο της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Βρυξέλλες 30-09-2015, COM (2015) 468, final στην ιστοσελίδα [http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-cmu-action-plan\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-cmu-action-plan_en.pdf) και Jennifer Payne, Elizabeth Howell, "The Creation of a European Capital Market", March 9, 2015 (Research Handbook on the law of the EU's Internal Market Panos Koutrakos and Jukka Snell eds. 2016 Forthcoming) διαθέσιμο στην ιστοσελίδα του SSRN <http://ssrn.com/abstract=2575717>, όπου αναφέρεται ότι η εφαρμογή του Σχεδίου αυτού στοχεύει στην άνθηση των επενδύσεων στην Ε.Ε. και στη διεθνή διασύνδεση αυτών, στη μεγαλύτερη και καλύτερη ροή πλούτου και κεφαλαίου μεταξύ των κρατών-μελών, στη σταθεροποίηση της ευρωπαϊκής οικονομίας και στην ουσιαστικότερη σύγκλιση των αγορών της Ε.Ε.

30 Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35 της 10-10-2014, L12/1 που έχει εκδοθεί δυνάμει 76 εξουσιοδοτικών διατάξεων της Οδηγίας και αφορά και τους τρεις πυλώνες αυτής (αλληλ και την εποπτεία ομίλων και την αρχή της ισοδυναμίας του εποπτικού πλαισίου τρίτων χωρών).

31 Βλ. Για αναλυτική προσέγγιση της διαμόρφωσης της οδηγίας βλ. ακόμη Ιωάννης Κ. Ρόκας «Solvency II, Εποπτεία των (Αν)ασφαλιστικών επιχειρήσεων», σελ. 8 επ. Σχετικά είναι και τα άρθρα 10 και 15 του Κανονισμού ΕΕ 1094/2010.

32 Σχετική και η έκθεση Lloyd's Solvency II & Risk assurance Guidance, January 2015, <https://www.lloyds.com>.



αυτό περιλαμβάνονται οι κατευθυντήριες γραμμές της ΕΙΟΠΑ<sup>33</sup>. Επίπεδο 4 – Διαδικασία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής περί ελέγχου της ορθής ενσωμάτωσης της σχετικής νομοθεσίας από τα κράτη-μέλη.

Συνοψίζοντας όλα τα ανωτέρω πέραν της ίδιας της Οδηγίας, ουσιοδέστατης σημασίας για τον εφαρμοστή του νέου πλαισίου τυγχάνουν: ο κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμός (ΕΕ) 2015/35, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του με τον κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμό 2016/467 της Επιτροπής, οι εκτελεστικοί κανονισμοί της Επιτροπής για τα Τεχνικά Πρότυπα<sup>34</sup>, που έχουν εκδοθεί από την Επιτροπή με βάση μια σειρά από σχετικές εξουσιοδοτικές διατάξεις της Οδηγίας, αλλήλα και οι Κατευθυντήριες γραμμές της ΕΙΟΠΑ<sup>35</sup>.

Οι αναλυτές βλέπουν μεγάλες ομοιότητες των ρυθμίσεων της Οδηγίας με αυτές των Οδηγιών που υιοθέτησαν τους κανόνες της Βασιλείας II (και III), κυρίως λόγω του ότι η Οδηγία διαμορφώνεται στη λογική των τριών πυλώνων<sup>36</sup>. Η θεωρία έχει ήδη αναγνωρίσει πολλή θετική στις ρυθμίσεις της Οδηγίας. Έτσι έχει κριθεί θετική εξέλιξη το ότι υπηρετεί σε μέγιστο βαθμό τον στόχο της Ενιαίας Αγο-

33 Η ΕΙΟΠΑ (European Insurance and Occupational Pensions Authority) ιδρύθηκε με τον Κανονισμό (ΕΕ) 1094/2010 αποτελεί την Ευρωπαϊκή Εποπτική Αρχή για τον τομέα της Ιδιωτικής Ασφάλισης αντικαθιστώντας στον τομέα αυτόν την CEIOPS (Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors), η οποία, όμως, είχε πολύ λιγότερες αρμοδιότητες. Η Αρχή αυτή μετά από διαβούλευση συντάσσει τα σχέδια των Τεχνικών Προτύπων (ρυθμιστικών και εκτελεστικών) και τα υποβάλλει στην Επιτροπή, ώστε να λάβουν τη μορφή εκτελεστικού κανονισμού – βλ. σχετικά άρθρα 10 και 15 του Κανονισμού (ΕΕ) 1094/2010. Σύμφωνα με το άρθρο 16 του ίδιου Κανονισμού : «Για την καθιέρωση συνεπών, αποδοτικών και αποτελεσματικών εποπτικών πρακτικών στο ΕΣΧΕ και την εξασφάλιση της κοινής, ομοιόμορφης και συνεπούς εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, η Αρχή (ΕΙΟΠΑ) εκδίδει κατευθυντήριες γραμμές και συστάσεις με αποδέκτες αρμόδιες αρχές ή χρηματοοικονομικά ιδρύματα». Σημειώνεται ότι για τις κατευθυντήριες γραμμές που έχουν εκδοθεί τηρήθηκε επίσης διαδικασία διαβούλευσης με τους σχετικούς φορείς. Πληροφορίες για τις έως σήμερα 33 κατευθυντήριες γραμμές που έχουν εκδοθεί από την ΕΙΟΠΑ για τη Φερεγγυότητα II, καθώς και τα πρακτικά της διαβούλευσης αυτών, βλ. στην ιστοσελίδα της ΕΙΟΠΑ <https://eiopa.europa.eu/regulation-supervision/guidelines>. Η Τράπεζα της Ελλάδος εξέδωσε σειρά Πράξεων Εκτελεστικής Επιτροπής (ΠΕΕ) με τις οποίες ενσωματώθηκαν οι αντίστοιχες κατευθυντήριες γραμμές και έλαβαν αριθμούς 60 έως 81. Το σύνολο των εν λόγω ΠΕΕ έχει δημοσιευθεί στο τεύχος Β' του ΦΕΚ (αριθ. φύλλων 404 έως 413/19-02-2016 και 425 έως 427 της 22-02-2016) και είναι διαθέσιμες στην ιστοσελίδα της Τράπεζας της Ελλάδος: <http://www.bankofgreece.gr/Pages/el/deia/solvencyll.aspx>.

34 Βλ. την ιστοσελίδα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής όλα τα έως σήμερα εκδοθέντα Τεχνικά Πρότυπα : [http://ec.europa.eu/finance/insurance/solvency/solvency2/index\\_en.htm#technical-standards](http://ec.europa.eu/finance/insurance/solvency/solvency2/index_en.htm#technical-standards).

35 Βλ. έγγραφο European Commission, Brussels, 30-09-2015, C(2015) 6588 final. Η τροποποίηση του κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμού (ΕΕ) 2015/35 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής αφορά την εποπτική αξιολόγηση κεφαλαιακών απαιτήσεων για σειρά κατηγοριών περιουσιακών στοιχείων, που τηρούν ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις και ιδίως σε σχέση με τις επενδύσεις σε έργα υποδομών αλλήλα και σε άλλου είδους επενδύσεις <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2015/EN/3-2015-6588-EN-F1-1.PDF>, βλ. ακόμη Υπόμνημα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (MEMO/15/5734) στην ιστοσελίδα [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-5734\\_el.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5734_el.htm).

36 Για τη σχέση των κανόνων που τίθενται με την Οδηγία, προς τους κανόνες Basel II και Basel III βλ. *Daniela Laas – Caroline Siegel, "Basel III versus Solvency II: An Analysis of the Regulatory Consistency Under the New Capital Standards"*, Working Papers on Risk Management and Insurance no 132, March 2015 και *Nadine Gatzert – Hannah Wesker, "A Comparative Assessment of Basel II/III and Solvency II"*, The Geneva Papers, 2012, 36, σελ. 539 επ. και για το ότι η ομοιότητα αφορά μόνο τη διαμόρφωση των κανόνων και λιγότερο την ουσία των ρυθμίσεων, λόγω των διαφορών που υπάρχουν μεταξύ των αγορών αυτών, βλ. *Gabrielle O' Donovan*, όπ.παρ., σελ. 10. Κριτική προσέγγιση και των δύο συστημάτων έχει γίνει και από το ΔΝΤ, *Ahmed Al-Darwish, Michael Hafeman, Gregorio Impavido, Malcolm Kemp and Padraic O' Malley – IMF Working Paper 2011, "Possible Unintended Consequences of Basel III and Solvency II*, WP/11/187 στην ιστοσελίδα <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2011/wp11187.pdf>.

ράς, ότι σε κάθε περίπτωση οι συνέπειες της Οδηγίας προβλέπεται να αξιολογούνται τακτικά με την άμεση συμμετοχή όλων των αρμοδίων εποπτικών αρχών και των επιχειρήσεων, στα πλαίσια σχετικών ερευνών που διενεργούνται από την ΕΙΟΡΑ και την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, αλλιά και ότι η ίδια η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ανέλαβε την υποχρέωση αξιολόγησης σε τακτά χρονικά διαστήματα των επιπτώσεων που επέρχονται στην αγορά από την εφαρμογή της Οδηγίας. Εντούτοις, έχουν διατυπωθεί και επιφυλάξεις όσον αφορά τις συνέπειες που μπορεί να έχει η Οδηγία, οι οποίες αφορούν ενδεικτικώς τα εξής: τη διαφορετική προσέγγιση της εποπτείας [επειδή θα είναι βασιζόμενη επί αρχών (principle-based) αντί επί συγκεκριμένων κανόνων (rule-based)], τη δυσκολία προσαρμογής των μικρών επιχειρήσεων στις νέες ρυθμίσεις, αλλιά και τους κινδύνους που κρύβει η έκταση της ελευθερίας που δίδεται στην επενδυτική πολιτική των επιχειρήσεων. Οι υπερασπιστές των νέων ρυθμίσεων απαντούν στη σχετική κριτική ότι αφενός μεν οι θετικές συνέπειες υπερτερούν των αρνητικών, αφετέρου δε ότι οι εν λόγω αρνητικές συνέπειες θα αντιμετωπιστούν αφού εφαρμοσθεί η Οδηγία και στα πλαίσια αυτής, ενώ ήδη με την τροποποίησή της με την Omnibus II και την έκδοση του κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμού (ΕΕ) 2016/467 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής που τροποποίησε τον κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμό (ΕΕ) 2015/35, θεωρείται ότι αντιμετωπίζονται τα σημαντικότερα σημεία κριτικής ως προς τις συνέπειες της Οδηγίας στην αγορά<sup>37</sup>.

### III. Επιμέρους ζητήματα του ν. 4364/2016

Με τον ν. 4364/2016<sup>38</sup> επέρχονται ουσιαστικές αλλαγές στο δίκαιο εποπτείας και λειτουργίας των ασφαλιστικών και ανασφαλιστικών επιχειρήσεων στην Ελλάδα, καθώς οι νέες ρυθμίσεις απέχουν πολύ από τις αντίστοιχες του ν.δ. 400/1970<sup>39</sup>. Σε μια σε αδρές γραμμές παρουσίαση του νέου αυτού πλαισίου, θα αναφερθούμε

37 *Herman Cousy*, "Solvabilité II – Un très bref aperçu et quelques points d' interrogation" EUREDIA, 2011, τ. 2, σελ. 196, στο ίδιο τεύχος βλ. και *Damien Lagarde*, "La Directive Solvabilité II, Quelles conséquences dans le domaine social?", EUREDIA, 2011, τ. 2, σελ. 214. *Martin Eling*, *Hato Schmeiser* and *Joan T. Schmit*, "The Solvency II Process: Overview and critical analysis", *Risk management & insurance review*, v. 10 (2007), σελ. 69 επ., όπου υποστηρίζεται μεταξύ των άλλων ότι το ελβετικό αντίστοιχο πλαίσιο είναι πιο ευέλικτο. *Avinash Persaud*, όπ.παρ., σελ. 3. Ανάλυση επί συγκεκριμένων κριτηρίων της Οδηγίας με θετικά αποτελέσματα σε γενικές γραμμές για το νέο πλαίσιο βλ. και σε *René Doff*, "A Critical Analysis of the Solvency II Proposals", *The Geneva Papers*, 2008 (33), p. 93 επ. Μεταξύ άλλων στις θετικές συνέπειες της Οδηγίας αναφέρεται και η ανάπτυξη της αγοράς ανασφάλισης, καθώς υπάρχει η πιθανότητα οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις να στραφούν σε αυτόν τον τομέα για ενίσχυση της φερεγγυότητάς τους βλ. *Eugene N. Gurenko* and *Alexander Itigin* "Reinsurance as Capital Optimization Tool under Solvency II", *The World Bank Finance and Private Sector Development, Non Banking Financial Institutions*, 2013 Policy Research Working Paper, <https://www.openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12188>.

38 Για συνοδικές παρατηρήσεις επί του νέου ν. βλ. *Ιωάννης Κ. Ρόκας*, «Solvency II Εποπτεία των (Αν)ασφαλιστικών Επιχειρήσεων» σελ. 17 επ..

39 Για αναλυτική σύγκριση του πλαισίου της Φ Ι με αυτό της Φ ΙΙ βλ. *Μιρτώ Χαμπάκη*, όπ. παρ., σελ. 161 επ.

στις διατάξεις του Νόμου περιορίζοντας την ύλη μας στα εξής: α) στις Γενικές Διατάξεις του Νόμου που αφορούν τον σκοπό, τους ορισμούς και τις αρχές που διέπουν την άσκηση της Εποπτείας, καθώς καθορίζουν το σύνολο εφαρμογής του νέου Νόμου και β) στις ρυθμίσεις του Νόμου σε σχέση με τους τρεις πυλώνες της Οδηγίας, παρουσιάζοντας αυτές με τη σειρά που ο Νόμος ακολουθεί (κατά τη σειρά των διατάξεων της Οδηγίας), δηλαδή θα αναφερθούμε πρώτα στον β' πυλώνα που αφορά τις απαιτήσεις Εταιρικής Διακυβέρνησης, έπειτα στον γ' πυλώνα που αφορά τη διαφάνεια και τη δημοσιοποίηση των στοιχείων φερεγγυότητας των επιχειρήσεων αυτών, και τέλος στον α' πυλώνα που αφορά τις απαιτήσεις κεφαλαιακής-ποσοτικής φερεγγυότητας των επιχειρήσεων αυτών – δηλαδή την κεφαλαιακή αναβάθμισή τους.

### 1. Σκοπός, ορισμοί και γενικές αρχές της εποπτείας (άρθρα 1-9 και 19-27 του Νόμου, Κεφάλαιο Α')

Όπως προκύπτει από το άρθρο 1 του Νόμου, σκοπός του είναι η ενσωμάτωση στην εθνική νομοθεσία των διατάξεων της Οδηγίας, καθώς και η αντικατάσταση και συμπλήρωση υφιστάμενων διατάξεων της νομοθεσίας ιδιωτικής ασφάλισης, με στόχο την προσαρμογή της στις τρέχουσες εξελίξεις της αγοράς. Ακόμη, στην αιτιολογική έκθεση (σελ. 2) διευκρινίζεται ότι οι πλέον αναλυτικές και τεχνικές διατάξεις του ενωσιακού πλαισίου, θα εισαχθούν στο εθνικό δίκαιο μέσω κανονιστικών αποφάσεων της εποπτείας δυνάμει εξουσιοδοτικών διατάξεων του Νόμου. Για να προσαρμοσθεί το εθνικό δίκαιο στο νέο ενωσιακό χρειάστηκαν διαφοροποιήσεις στους ορισμούς του ν.δ. 400/1970, κυρίως σε σχέση με την εξαρτημένη ασφαλιστική επιχείρηση, τις συμμετοχές<sup>40</sup> και τους ομίλους καθώς εισάγεται η έννοια της «ενδοομιλικής συναλλαγής». Ακόμη ρυθμίζονται για πρώτη φορά ζητήματα σχετικά με την «εξωτερική ανάθεση» (εξωπορισμός) και τη «Λειτουργία» εντός ενός ενιαίου συστήματος διακυβέρνησης των επιχειρήσεων, που είναι (κατά τον σχετικό ορισμό του άρθρου 3 στοιχείο 29 του Νόμου) «κάθε αρμοδιότητα διοίκησης, διαχείρισης, εκπροσώπησης ή ελέγχου συγκεκριμένων εργασιών της». Εδώ σημειώνεται ότι οι λειτουργίες που περιλαμβάνονται κατ' ελάχιστον σε ένα σύστημα διακυβέρνησης και ορίζονται ως βασικές λειτουργίες (κρίσιμες ή σημαντικές) είναι οι εξής τέσσερις: α) η λειτουργία διαχείρισης κινδύνων, β) η λειτουργία κανονιστικής συμμόρφωσης, γ) η λειτουργία εσωτερικού ελέγχου και δ) η αναλογιστική λειτουργία. Ακόμη ορίζονται τα είδη κινδύνων που αξιολογούνται κατά τον υπολογισμό της κεφαλαιακής απαίτησης φερεγγυότητας – για τους οποίους εύκολα

40 Ορίζεται ως «συμμετοχή» η κατοχή τουλάχιστον 20% (αντί για 10% που προβλεπόταν στο ν.δ. 400/1970) του κεφαλαίου ή των δικαιωμάτων ψήφου μιας επιχείρησης, άμεση ή έμμεση μέσω δεσμού ελέγχου (οι ορισμοί των εννοιών της «ειδικής συμμετοχής» και του «ελέγχου» είναι παρόμοιοι με αυτούς του ν.δ. 400/1970),

παρατηρεί κανείς ότι ιδιαίτερα εκτεταμένοι σε σχέση με το προηγούμενο πλαίσιο: «κίνδυνος ανάληψης ασφαλίσεων», «κίνδυνος αγοράς», «πιστωτικός κίνδυνος», «λειτουργικός κίνδυνος», «κίνδυνος ρευστότητας», «κίνδυνος συγκέντρωσης», αλλήλα και δίδονται οι ορισμοί του «επιλέξιμου κεντρικού αντισυμβαλλομένου» εξουσιοδοτημένου ή αναγνωρισμένου κατά τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 648/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, των «Τεχνικών μετριασμού του κινδύνου», των «Αποτελεσμάτων διαφοροποίησης» και του «Εξωτερικού οργανισμού πιστοληπτικών αξιολογήσεων» (ΕCAI)<sup>41</sup>. Οι κλάδοι ασφάλισης ζημιών και ζωής τίθενται στην αρχή στα άρθρα 4 και 5 του Νόμου αντιστοίχως αμέσως μετά τους ορισμούς. Οι ασφαλίσεις ζημιών δεν διαφέρουν από τις αντίστοιχες των ρυθμίσεων του ν.δ. 400/1970<sup>42</sup>, ενώ στις ασφαλίσεις ζωής γίνονται οι εξής διαφοροποιήσεις: οι ασφαλίσεις σωματικών βλαβών, συμπεριλαμβανομένης και της ανικανότητας για επαγγελματική εργασία, θανάτου συνεπεία ατυχήματος, αναπηρίας συνεπεία ατυχήματος ή ασθενείας (κλάδος Ι «Ασφαλίσεις ζωής», υποκλάδος 3)<sup>43</sup> συνάπτονται συμπληρωματικά και ως προς τις ασφαλίσεις ζωής που συνδέονται με επενδύσεις (unit-linked, κλάδος ΙΙΙ, ενώ προηγουμένως ήταν συμπληρωματικά μόνο στους κλάδους Ι1 και Ι2 δηλ. επιβίωσης, θανάτου, τις μικτές ασφαλίσεις θανάτου και επιβίωσης και την ασφάλιση ζωής με επιστροφή του ασφαλιστρού καθώς και τις ασφαλίσεις προσόδων)<sup>44</sup>.

Τα άρθρα 6-7 παρουσιάζουν ενδιαφέρον ως προς τους εξαιρούμενους φορείς από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, ενώ γίνεται ειδική μνεία για τους αλληλοασφαλιστικούς συνεταιρισμούς (άρθρο 7 παρ. 1), ορισμένοι εκ των οποίων, όπως και κατά το ν.δ. 400/1970, υπόκεινται σε ευνοϊκότερες ρυθμίσεις<sup>45</sup>. Ο όρος «εξαιρούμενη [επιχείρηση] λόγω μεγέθους» εισάγεται στο άρθρο 7 παρ. 2 όπου περιγράφο-

41 Που είναι ή οργανισμός αξιολόγησης πιστοληπτικής ικανότητας κατά τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 1060/2009 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου ή κεντρική τράπεζα που εκδίδει πιστωτικές διαβαθμίσεις, οι οποίες εξαιρούνται από την εφαρμογή του εν λόγω κανονισμού.

42 Σχετική είναι η διάταξη του άρθρου 269 παρ. 2 του Νόμου κατά την οποία η άδεια για ασφάλιση υγείας του πρώην κλάδου ζημιών ΙV παρ. 1 του άρθρου 13 του ν.δ. 400/1970 θεωρείται ότι αντιστοιχεί αυτοδικαίως στην άδεια του κλάδου ΙV «Διαρκής ασφάλιση ασθενείας» του άρθρου 5 του Νόμου, ενώ η άδεια για ασφάλιση ατυχημάτων και ασθενείας των ασφαλίσεων κατά ζημιών του άρθρου ΙV παρ. 2 του ν.δ. 400/1970 θεωρείται αυτοδικαίως ως άδεια άσκησης των κλάδων 1 (ατυχήματα) και 2 (ασθενείες) της παρ. 1 του άρθρου 4 του Νόμου. Κατά τα λοιπά η διάταξη του άρθρου 269 παρ. 1 αναφέρει ρητά ότι «κάθε ασφαλιστική επιχείρηση που έχει λάβει άδεια λειτουργίας πριν τις 31-12-2015 θεωρείται αυτοδικαίως ότι κατέχει άδεια λειτουργίας για τους αντίστοιχους κλάδους των άρθρων 4 και 5 [του Νόμου]».

43 Βλ. Ιωάννη Κ. Ρόκα, «Solvency ΙΙ Επικριτική των (Αν)ασφαλιστικών Επιχειρήσεων», σελ. 59 για την κατάταξη του κλάδου αυτού στον κλάδο ΙV ασφαλίσεων ζωής του ν.δ. 400/1970, ενώ η εν λόγω κατάταξη θεωρείται πλέον συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο.

44 Οι ασφαλίσεις ζωής περιλαμβάνουν τόσο τις ασφαλιστικές εργασίες ζωής κλάδων Ι-ΙV όσο και τις εργασίες των κλάδων V-ΙX (εργασίες κεφαλαιοποίησης κ.λπ.).

45 Πρόκειται για τους λεγόμενους μικρούς και όσους έχουν πλήρη ανασφάλιση δηλ. παραπλήσια ρύθμιση με την Φ Ι, βλ. άρθρα 35 επ. ν.δ. 400/1970. Κατά τον χρόνο εκπονήσεως της παρούσης έχουν εκδοθεί οι εξής Πράξεις Εκτελεστικής Επιτροπής (ΠΕΕ) της Τράπεζας της Ελλάδος για τις εξαιρούμενες επιχειρήσεις: ΠΕΕ 85/28-03-2016 και ΠΕΕ 91/25-04-2016 (βλ. τον Πίνακα των ΠΕΕ για τη Φ ΙΙ στην ιστοσελίδα της Τράπεζας της Ελλάδος <http://www.bankofgreece.gr/Pages/el/deia/solvencyII.aspx>).

νται προϋποθέσεις εξαιρέσεως<sup>46</sup>, ενώ ακόμη εισάγονται εξαιρέσεις από τις ασφαλίσεις ζημιών και ζωής. Ακόμη, προβλέπεται μεταβατική ρύθμιση για τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις που λειτουργούν κατά την 01.01.2016 και που επιθυμούν να εξαιρεθούν από το αυστηρό πλαίσιο του Νόμου. Σημειώνεται ότι κατά το άρθρο 269 του Νόμου κάθε ασφαλιστική επιχείρηση, που έχει λάβει άδεια λειτουργίας πριν την 31.12.2015, θεωρείται αυτοδικαίως ότι κατέχει άδεια λειτουργίας για τους αντίστοιχους κλάδους του νέου πλαισίου με ελάχιστες συγκεκριμένες διαφοροποιήσεις σχετικώς με την αυτοδίκαιη αντιστοίχιση των κλάδων «διαρκούς ασφάλισης ασθενείας», «ατυχημάτων» και «ασθενειών» (άρθρο 269 παρ. 1 α' και β' του Νόμου).

Όσον αφορά τους κανόνες ασκήσεως της εποπτείας από την Εποπτική Αρχή (άρθρο 19 του Νόμου) δηλαδή την Τράπεζα της Ελλάδος (άρθρο 3 παρ. 10 του Νόμου) οι διατάξεις της Οδηγίας 2 παρ. 6, 27-33 και 36-39 ενσωματώνονται<sup>47</sup> κατά τρόπο που το εθνικό δίκαιο βελτιώνεται με ρυθμίσεις που προσεγγίζουν τα διεθνή εποπτικά πρότυπα. Έτσι ρητά ορίζεται ότι η εποπτεία αποσκοπεί στην ορθή λειτουργία της αγοράς ασφαλίσεων και ανασφαλίσεων και στη διασφάλιση της διαρκούς συμμορφώσεως των ασφαλιστικών και ανασφαλιστικών επιχειρήσεων με την εκάστοτε ισχύουσα ασφαλιστική νομοθεσία, τόσο κατά τη λειτουργία τους όσο και κατά την ασφαλιστική εκκαθάρισή τους, αλλήλ και κατά την παροχή υπηρεσιών από αυτές και από τους συνεργαζόμενους με αυτές ασφαλιστικούς και ανασφαλιστικούς διαμεσολαβητές και κατά την εφαρμογή της περί υποχρεωτικής ασφάλισης της περι

46 Η εξαίρεση προβλέπεται για μια ασφαλιστική επιχείρηση εφόσον συντρέχουν σωρευτικώς οι εξής προϋποθέσεις: α) τα ακαθάριστα ετήσια εγγεγραμμένα ασφαλιστικά της δεν υπερβαίνουν τα πέντε εκατομμύρια (5.000.000) ευρώ, β) οι συνολικές τεχνικές προβλέψεις της επιχείρησης, σύμφωνα με το άρθρο 51 του Νόμου μη λαμβανομένων υπόψη των ανακτήσιμων ποσών από ανασφαλιστικές συμβάσεις και Φορείς Ειδικού Σκοπού, δεν υπερβαίνουν τα είκοσι πέντε εκατομμύρια (25.000.000) ευρώ, γ) αν η επιχείρηση ανήκει σε όμιλο, οι συνολικές τεχνικές προβλέψεις του ομίλου σύμφωνα με το άρθρο 51 του Νόμου, μη λαμβανομένων υπόψη των ανακτήσιμων ποσών από ανασφαλιστικές συμβάσεις και Φορείς Ειδικού Σκοπού, δεν υπερβαίνουν τα είκοσι πέντε εκατομμύρια (25.000.000) ευρώ, δ) οι δραστηριότητες της επιχείρησης δεν περιλαμβάνουν ασφαλιστικές ή ανασφαλιστικές δραστηριότητες που να καθίστανται κινδύνους ασφάλισης αστικής ευθύνης ή πιστώσεων και εγγυήσεων, εκτός εάν συνιστούν παρεπόμενους κινδύνους κατά την έννοια της παραγράφου 1 του άρθρου 13 του Νόμου, ε) οι τυχόν ανασφαλιστικές εργασίες της επιχείρησης αντιστοιχούν σε ετήσιο όσοδο μικρότερο από πεντακάσιες χιλιάδες (500.000) ευρώ σε όρους ακαθάριστων εγγεγραμμένων ασφαλιστών και σε συνολική τεχνική πρόβλεψη μικρότερη των δύο εκατομμυρίων πεντακασίων χιλιάδων (2.500.000) ευρώ, σε ποσοστό μικρότερο του 10% των συνολικών ακαθάριστων εγγεγραμμένων ασφαλιστών και σε ποσοστό μικρότερο του 10% του συνόλου των τεχνικών της προβλέψεων. Για τους υπολογισμούς της περίπτωσης αυτής, ο νόμος αναφέρει ότι δεν λαμβάνονται υπόψη τα ανακτήσιμα ποσά από ανασφαλιστικές συμβάσεις και Φορείς Ειδικού Σκοπού και στ) η ασφαλιστική επιχείρηση δεν παρέχει υπηρεσίες σε άλλα κράτη-μέλη, είτε υπό καθεστώς εγκατάστασης είτε υπό καθεστώς ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κεφαλαίου Η' του πρώτου μέρους του Νόμου για την Ελεύθερη Εγκατάστασης και την Ελεύθερη Παροχή Υπηρεσιών (άρθρα 115 επ.).

47 Αιτιολογικές Σκέψεις της Οδηγίας (18): [...] Προκειμένου να εξασφαλισθεί η αποτελεσματικότητα της εποπτείας, όλες οι ενέργειες των αρμόδιων αρχών θα πρέπει να είναι ανάλογες με τη φύση, την έκταση και την πολυπλοκότητα των κινδύνων που είναι σύμφυτοι με τις ασφαλιστικές ή ανασφαλιστικές επιχειρήσεις, ανεξάρτητα από τη σημασία της συγκεκριμένης επιχείρησης για τη συνολική χρηματοπιστωτική σταθερότητα της αγοράς, (19) Η παρούσα οδηγία δεν θα πρέπει να είναι υπερβολικά επαχθής για τις μικρομεσαίες ασφαλιστικές επιχειρήσεις. Ένα από τα μέσα επίτευξης αυτού του στόχου είναι η σωστή εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας. Η αρχή αυτή θα πρέπει να εφαρμόζεται τόσο στις απαιτήσεις για τις ασφαλιστικές και ανασφαλιστικές επιχειρήσεις όσο και στην άσκηση των εποπτικών εξουσιών και ακόμη (40) Είναι απαραίτητο να προωθηθεί η εποπτική σύγκληση όσον αφορά όχι μόνον τα εποπτικά εργαλεία, αλλά και τις εποπτικές πρακτικές [...].

ασφάλισης οχημάτων νομοθεσίας συμπεριλαμβανομένης (άρθρο 19 του Νόμου). Η διάταξη του άρθρου 19 παρ. 1 πρωτοτυπεί σε σχέση με το ν.δ. 400/1970 ή και τον ν. 3229/2004, καθώς δίδει το γενικό πλαίσιο ασκήσεως της εποπτείας ως εξής: *«Η εποπτεία ασκείται επί τη βάση διερευνητικής και βασισμένης στον κίνδυνο προσέγγισης και περιλαμβάνει κατάλληλο συνδυασμό εποπτικής δράσης εντός και εκτός των χώρων της ασφαλιστικής και αντασφαλιστικής επιχείρησης και είναι ανάλογη προς τη φύση, την πολυπλοκότητα και την κλίμακα των κινδύνων, που κάθε επιχείρηση αναλαμβάνει σύμφωνα με τις δραστηριότητές της»*. Στην παρ. 7 του ίδιου άρθρου προβλέπεται η κανονιστική αρμοδιότητα της Εποπτικής Αρχής να καθορίσει τα δεδομένα με τα οποία θα διασφαλισθεί η συνεπής εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, ιδίως όσον αφορά τις μικρές ασφαλιστικές επιχειρήσεις. Αξιοσημείωτη είναι επίσης η διάταξη του άρθρου 21 του Νόμου κατά την οποία (παρ. 1) *«Η Εποπτική Αρχή ασκεί την εποπτεία σύμφωνα με τις αρχές της εμπιστευτικότητας, της διαφάνειας και της ευθύνης»*. Στην ίδια διάταξη προβλέπεται και η υποβολή ετήσιας έκθεσης στην Βουλή των Ελλήνων. Το άρθρο 23 ορίζει ότι η εποπτεία ασκείται *«σε προληπτική, διορθωτική και καταστατική βάση»* επεξηγώντας ότι η Εποπτική Αρχή δύναται να λαμβάνει όλα τα κατάλληλα και αναγκαία μέτρα, ώστε αφ' ενός οι δραστηριότητες των εποπτευομένων επιχειρήσεων να είναι σύμφωνες με τις νομοθετικές και κανονιστικές ρυθμίσεις και αφ' ετέρου να εξαλειφθεί κάθε ανωμαλία που θα έθιγε τα συμφέροντα των ασφαλισμένων. Επομένως, όπως η Οδηγία, έτσι και ο ν. 4364/2016 θέτει ως απώτερο σκοπό του την προστασία των ληπτών της ασφάλισης, των ασφαλισμένων και των δικαιούχων απαιτήσεων από ασφάλιση. Ο Νόμος ρητά ορίζει στο άρθρο 20 αυτού ότι η Εποπτική Αρχή ασκεί χρηματοοικονομική εποπτεία<sup>48</sup>. Η χρηματοοικονομική εποπτεία περιλαμβάνει για το σύνολο των δραστηριοτήτων της ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής επιχείρησης ή των υποκαταστημάτων ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής επιχείρησης τρίτης χώρας, την εξακρίβωση της κατάστασης της φερεγγυότητάς της, της σύστασης τεχνικών προβλέψεων και της διαμόρφωσης των στοιχείων του ενεργητικού της και των επιλέξιμων ιδίων κεφαλαίων σύμφωνα με τους κανόνες του νέου Νόμου και του ευρωπαϊκού δικαίου. Ειδικά για επιχειρήσεις που ασκούν τον Κλάδο 18 «Βοήθεια» κατά ζημιών, η εποπτεία εκτείνεται και στον έλεγχο των τεχνικών μέσων που διαθέτουν οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις αυτές για την καλή εκτέλεση των εργασιών βοήθειας που έχουν αναλάβει. Ακόμη ορίζεται ότι η Εποπτεία διατηρεί εξουσία προσβάσεως σε όλα τα στοιχεία των εποπτευομένων (άρθρα 11 και 23

48 Αυτή καταρχήν κατά το άρθρο 20 παρ. 2 του Νόμου δεν αφορά τα εγκατεστημένα στην Ελλάδα υποκαταστήματα ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων με έδρα σε άλλο κράτος-μέλος, τα οποία υπάγονται στη χρηματοοικονομική εποπτεία των αρμόδιων αρχών του κράτους-μέλους καταγωγής, ενώ στο άρθρο 20 παρ. 4 ορίζεται ότι *«εάν ο ασφαλιζόμενος κίνδυνος ή η ασφαλιστική υποχρέωση βρίσκεται στην Ελλάδα ή η Ελλάδα είναι κράτος υποδοχής μιας ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής επιχείρησης, και η Εποπτική Αρχή έχει λόγους να θεωρεί ότι οι δραστηριότητες μιας ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής επιχείρησης θα μπορούσαν να αποβούν επιβλαβείς για την οικονομική ευρωστία της, ενημερώνει τις εποπτικές αρχές του κράτους-μέλους καταγωγής της επιχείρησης»*.



του Νόμου). Σημειωτέον η εποπτεία εξακολουθεί να ασκείται και επί των ασφαλιστικών διαμεσολαβητών<sup>49</sup>.

Κομβικής σημασίας και απολύτως καινοτόμο για το εθνικό εποπτικό δίκαιο της ιδιωτικής ασφάλισης είναι το άρθρο 25 του Νόμου, το οποίο ρυθμίζει την Διαδικασία Εποπτικής Αξιολόγησης των επιχειρήσεων (Supervisory Review Process), που και αυτή είναι εντελώς διαφορετική από ό,τι ίσχυε. Έτσι η αξιολόγηση που διενεργείται σε τακτική βάση περιλαμβάνει τα ποιοτικά χαρακτηριστικά του συστήματος διακυβέρνησης της επιχείρησης, τη διαπίστωση των πιθανών κινδύνων στους οποίους αυτή εκτίθεται ή μπορεί να εκτεθεί και την ικανότητα της επιχείρησης να διαγνώσει την έκθεσή της ή την πιθανή έκθεσή της στους εν λόγω κινδύνους, λαμβάνοντας υπόψη και το περιβάλλον στο οποίο η επιχείρηση αυτή λειτουργεί. Η Διαδικασία Εποπτικής Αξιολόγησης βρίσκεται σε άμεση σχέση με τους τρεις πυλώνες εποπτικών απαιτήσεων. Σε αξιολόγηση επομένως υπόκειται η συμμόρφωση των εποπτευομένων ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων ως προς τα εξής: α) το σύστημα διακυβέρνησης, στο οποίο συμπεριλαμβάνεται και η ίδια η αξιολόγηση κινδύνου και φερεγγυότητας, β) τις τεχνικές προβλήψεις, γ) τις κεφαλαιακές απαιτήσεις, δ) τους επενδυτικούς κανόνες, ε) την ποιότητα και την επάρκεια των ιδίων κεφαλαίων αυτών και στ) το τυχόν εφαρμοζόμενο από ασφαλιστική ή αντασφαλιστική επιχείρηση πλήρες ή μερικό εσωτερικό υπόδειγμα. Για τον λόγο αυτόν η Εποπτική Αρχή αξιολογεί η ίδια τους σχετικούς κινδύνους που μπορεί να απειλήσουν την χρηματοοικονομική κατάσταση των εταιρειών: α) αναπτύσσει και διατηρεί κατάλληλα εργαλεία, τα οποία της παρέχουν τη δυνατότητα να επισημαίνει την όποια επιδείνωση της χρηματοοικονομικής κατάστασης μιας ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής επιχείρησης και να παρακολουθεί τον τρόπο επανόρθωσης αυτής της κατάστασης, β) αξιολογεί την επάρκεια των μεθόδων και πρακτικών τις οποίες εφαρμόζουν οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις, προκειμένου να επισημαίνουν τα πιθανά γεγονότα ή τις μελλοντικές μεταβολές στις οικονομικές συνθήκες που θα μπορούσαν να έχουν δυσμενείς επιπτώσεις στη συνολική χρηματοοικονομική τους κατάσταση, γ) αξιολογεί την ικανότητα των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων να αντεπεξέρχονται στην περίπτωση τέτοιων πιθανών γεγονότων ή μελλοντικών μεταβολών στις οικονομικές συνθήκες και δ) απαιτεί από τις ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις να αποκαθιστούν τις αδυναμίες ή τις ελλείψεις που επισημάνθηκαν κατά τη Διαδικασία Εποπτικής Αξιολόγησης (άρθρο 25 παρ. 3 του Νόμου).

Μετά την ολοκλήρωση της Διαδικασίας Εποπτικής Αξιολόγησης η εποπτική αρχή μπορεί και ως *ultimum refugium* μέτρο (αιτιολογική έκθεση σελ. 7), σε εξαιρετικές περιπτώσεις που αναφέρονται αναλυτικά στο άρθρο 26 παρ. 2 του Νόμου, να επι-

49 Σημειώνεται ότι εισήχθη νέο ενωσιακό πλαίσιο για την ασφαλιστική διαμεσολάβηση ή ορθότερα για την διανομή ασφαλιστικών προϊόντων με την Οδηγία (ΕΕ) 2016/97 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 20-01-2016, με την οποία πρέπει να εναρμονισθεί το εθνικό μας δίκαιο έως την 23-02-2018 (άρθρο 42 αυτής).



βάλει με αιτιολογημένη απόφασή της σε ασφαλιστική ή ανασφαλιστική επιχείρηση πρόσθετη κεφαλαιακή απαίτηση, ανάλογα με την καταλληλότητα των μεθόδων που ακολούθησε η επιχείρηση για την αποτελεσματική αντιμετώπιση των κινδύνων, το προφίλ του κινδύνου, αλλά και το σύστημα διακυβέρνησής της<sup>50</sup>. Κατά το άρθρο 27 του Νόμου ρυθμίζεται η εποπτεία των λειτουργιών και των δραστηριοτήτων που έχουν ανατεθεί από τις εποπτευόμενες ασφαλιστικές και ανασφαλιστικές επιχειρήσεις εξωτερικά υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου αυτού. Η ρύθμιση τελεί υπό την επιφύλαξη της διάταξης του άρθρου 37 που διέπει την Εξωτερική Ανάθεση (εξωπορισμό) λειτουργιών της επιχειρήσεως (όπως το άρθρο 38 της Οδηγίας τελεί υπό την επιφύλαξη της εφαρμογής του άρθρου 49 αυτής)<sup>51</sup>. Ο εξωπορισμός προϋποθέτει έγκαιρη προηγούμενη ενημέρωση της Εποπτικής Αρχής, η οποία δύναται να απαγορεύσει αυτόν αν συντρέχει κατ' ελάχιστον μία εκ των ειδικώς αναφερόμενων στην διάταξη περιπτώσεων.

## 2. Σύντομη παρουσίαση των νέων διατάξεων επί τη βάση των τριών πυλώνων της Οδηγίας

### α. Προϋποθέσεις διακυβέρνησης (άρθρα 29-37 του ν. 4364/2016 – β' πυλώνας της Οδηγίας, άρθρο 40 επ.)

Αποτελεί προφανώς νέο δίκαιο για τον κλάδο της ιδιωτικής ασφάλισης η εισαγωγή διατάξεων, με τις οποίες ρυθμίζεται το σύστημα διακυβέρνησης ως θεμελιώδης παράμετρος της χρηστής διοίκησης και διαχείρισης των επιχειρήσεων και ως «περιοχή έντονου εποπτικού ελέγχου» (αιτιολογική έκθεση σελ. 8). Με τις εν λόγω διατάξεις σκοπείται η εγκαθίδρυση του συστήματος που θα εγγυάται τη διαφανή οργανωτική δομή των επιχειρήσεων, αλλά και την επιτυχή ανίχνευση και διόρθωση των αδυναμιών αυτών από τις ίδιες τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις<sup>52</sup>. Διατάξεις που

50 Προβλέπεται η επανεξέταση της απόφασης για επιβολή κεφαλαιακής προσαύξησης από μέρους της Εποπτικής Αρχής τουλάχιστον μία φορά ετησίως, ενώ η Αρχή αίρει το σχετικό μέτρο, όταν διαπιστωθεί ότι η επιχείρηση αποκατέστησε τις ελλείψεις που οδήγησαν στην επιβολή αυτού. Τότε η προσαυξημένη, λόγω πρόσθετης κεφαλαιακής απαίτησης, Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας, αντικαθιστά την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας που κρίθηκε ανεπαρκής.

51 Η διάταξη περιλαμβάνει ειδική απαγόρευση εξωτερικής αναθέσεως κρίσιμων ή σημαντικών λειτουργιών, όταν προκαλείται ή μπορεί να προκληθεί α) μείωση ή υποβάθμιση της ποιότητας του συστήματος διακυβέρνησης της επιχείρησης ή β) αδικαιολόγητη αύξηση λειτουργικού κινδύνου, ή γ) μείωση της ικανότητας της εποπτείας να παρακολουθεί την εκπλήρωση των υποχρεώσεων της αναθέτουσας επιχείρησης ή δ) υπονόμηση της αδιάλειπτης και πλήρους εξυπηρέτησης των εν γένει ασφαλισμένων αυτής.

52 Ενδεικτικώς μπορεί να αναφερθεί κανείς στις εξής αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας για τις εν λόγω ρυθμίσεις: «(29) Ορισμένοι κίνδυνοι μπορούν να αντιμετωπισθούν κατάλληλα μόνο μέσω απαιτήσεων σχετικών με τη διακυβέρνηση και όχι μέσω των ποσοτικών απαιτήσεων τις οποίες αντικατοπτρίζει η απαίτηση κεφαλαίου φερεγγυότητας [...]», «(34) Όλα τα πρόσωπα που αναλαμβάνουν βασικές αρμοδιότητες θα πρέπει να πληρούν τις προϋποθέσεις ικανότητας και ήθους. Ωστόσο μόνο όσοι διαθέτουν καίριες θέσεις θα πρέπει να υπόκεινται σε απαιτήσεις κοινοποίησης προς την αρχή εποπτείας [...]» και «(37) Προκειμένου να εξασφαλισθεί η αποτελεσματική εποπτεία των αρμοδιοτήτων ή δραστηριοτήτων που ανατίθενται υπεργολαβικά, είναι ουσιώδες οι αρχές εποπτείας... να έχουν πρόσβαση σε όλα τα συναφή στοιχεία τα οποία διαθέτει ο υπεργολάβος [...]».

ίσχυαν στο προηγούμενο καθεστώς της Φερεγγυότητας I βελτιώνονται σημαντικά<sup>53</sup>. Το άρθρο 29 του Νόμου καθιστά ρητώς υπεύθυνα για την τήρηση του συνόλου των διατάξεων του νομοθετήματος τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου των ασφαλιστικών και αντισταθμιστικών επιχειρήσεων που προβλέπεται να συμμετέχουν ενεργά και διαθέτοντας ειδικές γνώσεις στη στρατηγική της επιχείρησης<sup>54</sup>, ενώ ταυτοχρόνως οριοθετείται με σχετική ευρύτητα η έννοια των μελών της διοίκησης των επιχειρήσεων αυτών ακολουθώντας διατύπωση ανάλογη – όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση – με αυτήν της διατάξεως του άρθρου 3 του ν. 4261/2014 [Οδηγία 2013/36/ΕΕ (CRD IV)]. Κατά την αιτιολογική έκθεση του Νόμου (σελ. 9): *«θεσπίζεται η ευθύνη του Δ.Σ. των ασφαλιστικών και αντισταθμιστικών επιχειρήσεων για την τήρηση του συνόλου των νέων διατάξεων, καθώς και των κατ' εξουσιοδότηση αυτών εκδιδόμενων αποφάσεων της Εποπτικής Αρχής. Οριοθετείται επίσης με σχετική ευρύτητα η έννοια των μελών διοίκησης στα οποία υπάγονται, εκτός βεβαίως από τα μέλη του Δ.Σ. και κάθε άλλη πρόσωπο το οποίο ασκεί εκτελεστικά καθήκοντα στην επιχείρηση και το οποίο είναι υπεύθυνο και λογοδοτεί στο Δ.Σ. για την καθημερινή διοίκηση της επιχείρησης, περιλαμβανομένων των προσώπων που πράγματι διευθύνουν την δραστηριότητα της επιχείρησης»*.

Το άρθρο 30 του Νόμου προσδιορίζει όπως προκύπτει και από τον τίτλο του *«τις γενικές απαιτήσεις διακυβέρνησης»* και ρυθμίζει με λεπτομερή τρόπο το σύστημα που διασφαλίζει την χρηστή και συνετή διοίκηση των ασφαλιστικών και αντισταθμιστικών επιχειρήσεων. Κύριο στοιχείο αυτού αποτελεί το σαφές οργανόγραμμα με λεπτομερή κατανομή και κατάλληλη διαχωρισμό καθηκόντων, καθώς και η πρόβλεψη αποτελεσματικού μηχανισμού με τον οποίο να διασφαλίζεται η μετάδοση των πληροφοριών εντός της επιχείρησης<sup>55</sup>. Το άρθρο 31 αφορά την *«Καταλληλότητα και αξιοπιστία των μελών της διοίκησης ή των ατόμων που ασκούν εργασίες που περιλαμβάνονται στις βασικές λειτουργίες της επιχείρησης»*. Το καινοτόμο της ρυθμίσεως είναι ότι κάθε πρόσωπο που ασκεί εργασίες που εμπίπτουν στις βασικές λειτουργίες της επιχείρησης, πρέπει να πληροί σε συνεχή βάση τις απαιτήσεις καταλληλότητας και αξιοπιστίας, που στις συγκεκριμένες διατάξεις είναι λεπτομερέστερες από ό,τι ίσχυε με το ν.δ. 400/1970 (βλ. την ΠΕΕ 30/2013)<sup>56</sup>. Το άρθρο 32 με τίτλο *«διαχείριση κινδύνων»* αναφέρεται σε ένα ουσιαστικό κομμάτι

53 Πρόκειται για τα άρθρα 6 παρ. 3 και 3α, 16 και 120 παρ. 1, 2 του ν.δ. 400/1970.

54 Για το ζήτημα αυτό βλ. *Gabrielle O' Donovan*, όπ.παρ., σελ. 14. Σημειώνεται ότι στην αιτιολογική έκθεση αναφέρεται πως η διατύπωση του άρθρου ομοιάζει με αυτήν του άρθρου 3 του ν. 4261/2014 που ενσωμάτωσε την Οδηγία 2013/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (πρόκειται για το εποπτικό πλαίσιο που υιοθέτησε τους κανόνες της Βασιλείας III, Capital Requirements Directive CRD IV σε συνδυασμό με τον Κανονισμό (ΕΕ) 575/2013 – CRR).

55 Η διάταξη επίσης αποτελεί μεγάλη βελτίωση του προηγούμενου θεσμικού πλαισίου, αλλά δεν παρέλκει να σημειωθεί ότι στην ίδια κατεύθυνση, και προκειμένου να προετοιμαστούν οι επιχειρήσεις για το επόμενο στάδιο, είχε εκδοθεί η ΠΕΕ της Τράπεζας της Ελλάδος 30/2013 (ΦΕΚ Β 2556 10.10.2013).

56 Στην παρ. 3 του άρθρου 31 του Νόμου προβλέπεται ότι: *«Οι λειτουργούσες στην Ελλάδα ασφαλιστικές και αντισταθμιστικές επιχειρήσεις κατά την ημερομηνία δημοσίευσης του παρόντος νόμου προβαίνουν σε κοινοποίηση προς την Εποπτική Αρχή των προσώπων της παραγράφου 2 του παρόντος το αργότερο μέχρι την 15.02.2016»*.

της εταιρικής διακυβέρνησης υπό το νέο πλαίσιο. Εισάγονται με την διάταξη αυτήν καινοτόμες ρυθμίσεις, καθώς προβλέπεται η υποχρέωση των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων να διαθέτουν ένα σύστημα διακυβέρνησης ενταγμένο στην οργανωτική τους δομή και στη διαδικασία λήψεως αποφάσεων, με λεπτομερή αναφορά των τομέων που κατ' ελάχιστον αφορούν το σύστημα αυτό. Σημειωτέον ότι η διαχείριση κινδύνων πρέπει να καλύπτει τόσο τους κινδύνους που λαμβάνονται υπόψη στα πλαίσια της Κεφαλαιακής Απαιτήσης Φερεγγυότητας του άρθρου 77 του Νόμου, όσο όμως και τους κινδύνους που δεν λαμβάνονται υπόψη για τον υπολογισμό της εν λόγω απαίτησης. Αξίζει να γίνει αναφορά στις περιοχές – κατά την ορολογία του νόμου και όλου του πλαισίου Φ II – που κατ' ελάχιστον πρέπει να καλύπτει το Σύστημα Διαχείρισης Κινδύνων κατά το άρθρο 32 παρ. 2 του Νόμου: α) την ανάληψη των ασφαλιστικών κινδύνων και το σχηματισμό των τεχνικών προβλέψεων, β) τη διαχείριση του ενεργητικού και του παθητικού, γ) τις επενδύσεις, ιδίως σε παράγωγα και παρόμοιες συναλλαγές, δ) την διαχείριση των κινδύνων ρευστότητας και συγκέντρωσης, ε) την διαχείριση του λειτουργικού κινδύνου και στ) την αντασφάλιση και τις λοιπές τεχνικές μετριασμού του κινδύνου – σημειωτέον ότι για όλες τις περιοχές κινδύνων οι επιχειρήσεις πρέπει να διαθέτουν τις αντίστοιχες έγγραφες πολιτικές. Για την διαμόρφωση του συστήματος Διαχείρισης Κινδύνων λαμβάνονται ειδικώς υπόψη οι διατάξεις των άρθρων 104 επ. του Νόμου σχετικά με τις Επενδύσεις. Το άρθρο 33 τελεί σε άμεση σχέση με το άρθρο 32 του Νόμου, αφού στα πλαίσια του Συστήματος Διαχείρισης Κινδύνων οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις καλούνται να διεξάγουν Ίδια Αξιολόγηση Κινδύνου και Φερεγγυότητας (στην Οδηγία Own Risk and Solvency Assessment, γνωστή και με το αγγλικό ακρωνύμιο ORSA), διενεργούν δηλαδή αξιολόγηση του επιπέδου συμμόρφωσής τους με τις – προβλεπόμενες από τον νέο Νόμο – απαιτήσεις φερεγγυότητας. Η αξιολόγηση αυτή, κατά την παρ. 5 του άρθρου 33, λαμβάνεται υπόψη σε συνεχή βάση στις στρατηγικές αποφάσεις των επιχειρήσεων, ενώ στο άρθρο αυτό ορίζονται τα ελάχιστα δεδομένα των επιχειρήσεων που υπόκεινται σε αξιολόγηση. Τα άρθρα 34 και 35 του Νόμου αφορούν το Σύστημα Εσωτερικού Ελέγχου και την θεσμοθέτηση της αντίστοιχης λειτουργίας των επιχειρήσεων (internal audit). Σκοπός του εσωτερικού ελέγχου είναι κυρίως η παρακολούθηση της επάρκειας των διοικητικών και λογιστικών διαδικασιών αλλήλ και των πολιτικών της επιχείρησης, ενώ ρυθμίζεται και η επεξεργασία των διαπιστώσεων και των συστάσεων λειτουργίας του εσωτερικού ελέγχου από το Διοικητικό Συμβούλιο των επιχειρήσεων. Πάντως, η εν λόγω λειτουργία θεσμοθετείται ως ανεξάρτητη ακόμη και έναντι της διοίκησης των εταιρειών. Το άρθρο 36 αναφέρεται στην αναλογιστική λειτουργία των επιχειρήσεων περιγράφοντας αναλυτικά αυτήν, ενώ το άρθρο 37 ρυθμίζει την εξωτερική ανάθεση (εξωπορισμός – outsourcing του άρθρου 49 της Οδηγίας) ακόμη και κρίσιμων ή σημαντικών λειτουργιών ή εργασιών των επιχειρήσεων, υπό προϋποθέσεις (βλ. και ανωτέρω την αναφορά στο άρθρο 27 του

Νόμου)<sup>57</sup>. Ρυθμίσεις για τις ειδικές συμμετοχές των εταιρειών (απόκτηση – παύση) περιλαμβάνονται στο άρθρο 43 του Νόμου.

β. Πληροφόρηση για εποπτικούς σκοπούς και διαφάνεια λειτουργίας των εποπτευομένων (άρθρο 24 και άρθρα 38-42 ν. 4364/2016 – γ' πυλώνας της Οδηγίας άρθρο 51 επ.)

Το άρθρο 24 του ν. 4364/2016<sup>58</sup> αναφέρεται στην «*Παρεχόμενη πληροφόρηση για εποπτικούς σκοπούς*» και εντάσσεται στον γ' πυλώνα της Οδηγίας, καθώς αφορά την υποχρέωση πληροφόρησης της εποπτείας προκειμένου να αξιολογηθούν τα εξής στοιχεία: α) το σύστημα διακυβέρνησης που εφαρμόζεται, β) οι ασκούμενες ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές δραστηριότητες της εταιρείας, γ) οι κίνδυνοι που αντιμετωπίζει με τα συστήματα διαχείρισης των κινδύνων αυτών, δ) η κεφαλαιακή της δομή ε) οι κεφαλαιακές της ανάγκες προκειμένου η Εποπτική Αρχή να λάβει τις κατάλληλες αποφάσεις σε σχέση με την εποπτευόμενη επιχείρηση (άρθρο 24 παρ. 4). Η συχνότητα υποβολής των πληροφοριών ορίζεται σε κατ' ελάχιστον ετήσια (παρ. 6), ενώ δίδεται η ειδική νομοθετική εξουσιοδότηση στην Εποπτική Αρχή να καθορίσει την φύση και την έκταση των πληροφοριών, καθώς και τον χρόνο υποβολής αυτών είτε σε προκαθορισμένες περιόδους, είτε κατά τον χρόνο προκαθορισμένων γεγονότων είτε κατά την διάρκεια ερευνών σχετικά με την κατάσταση της επιχείρησης. Ως προς τις σχετικές υποχρεώσεις προβλέπεται ευνοϊκότερη μεταχείριση των μικρότερων επιχειρήσεων με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Έτσι προβλέπεται ο περιορισμός ή και η πλήρης εξαίρεση από την υποβολή αναλυτικών για κάθε ένα περιουσιακό στοιχείο πληροφοριών, υπό τις προϋποθέσεις που αναφέρονται στην παρ. 7 του άρθρου 24 του Νόμου<sup>59</sup>. Το όριο που τίθεται κατά την διάταξη του άρθρου 24 παρ. 6 του Νόμου στην εφαρμογή της ευνοϊκής αυτής ρύθμισης, είναι ότι αυτή δεν μπορεί να αφορά ποσοστό μεγαλύτερο από το 20% της αγοράς.

Πλέον καινοτόμο για τον εν λόγω πυλώνα διαμορφώσεως των διατάξεων του Νόμου, πρέπει να θεωρηθεί το άρθρο 38 αυτού, που ρυθμίζει την υποχρέωση των ασφαλιστικών επιχειρήσεων να δημοσιοποιούν ετησίως την «*Έκθεση σχετικά με τη φε-*

57 Βλ. ανάλυση Ιωάννη Κ. Ρόκα, «Solvency II Εποπτεία των (Αν)ασφαλιστικών Επιχειρήσεων», σελ. 141 επ.

58 Ενδεικτικώς μπορεί να αναφερθεί κανείς στις εξής αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας για τις εν λόγω ρυθμίσεις. (23) *Οι εποπτικές αρχές θα πρέπει να είναι σε θέση να λαμβάνουν από τις ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις τις πληροφορίες που είναι απαραίτητες για την άσκηση εποπτείας [...]*, (24) *Οι εποπτικές αρχές του κράτους-μέλους καταγωγής θα πρέπει να είναι υπεύθυνες για την εποπτεία της οικονομικής ευρωστίας των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων. Προς το σκοπό αυτό θα πρέπει να προβαίνουν σε τακτικές αξιολογήσεις και εκτιμήσεις [...]*, (38) *Προκειμένου να εξασφαλισθεί η διαφάνεια, οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις θα πρέπει να δημοσιοποιούν, ήτοι να θέτουν στη διάθεση του κοινού είτε σε έντυπη είτε σε ηλεκτρονική μορφή, δωρεάν, τουλάχιστον κατ' έτος, ουσιαστικές πληροφορίες όσον αφορά τη φερεγγυότητα και τη χρηματοπιστωτική κατάστασή τους...*

59 Τα στοιχεία που εξετάζει η Εποπτική Αρχή για τους σκοπούς των παραγράφων 6 και 7 του άρθρου 24, τίθενται στην παρ. 8 αυτού, όπου μεταξύ άλλων προβλέπεται ειδική ρύθμιση ως προς την διαδικασία υποβολής των στοιχείων για τις επιχειρήσεις που ανήκουν σε όμιλο, λόγω της φύσεως αυτών.

*ρεγγυότητα και τη χρηματοοικονομική κατάσταση»* αυτών (Solvency and Financial Condition Report, SFCR). Η έκθεση αυτή περιλαμβάνει τις ακόλουθες πληροφορίες<sup>60</sup>: α) περιγραφή της δραστηριότητας και των επιδόσεων της επιχείρησης, β) περιγραφή του συστήματος διακυβέρνησης και εκτίμηση για την καταλληλότητα αυτού σε σχέση με το προφίλ κινδύνου της επιχείρησης, γ) περιγραφή, ανά κίνδυνο, του βαθμού έκθεσης, συγκέντρωσης, μείωσης και ευαισθησίας στους κινδύνους, δ) περιγραφή, χωριστά για τα στοιχεία του ενεργητικού, τις τεχνικές προβλέψεις και τις λοιπές υποχρεώσεις, των τεχνικών βάσεων και των μεθόδων που χρησιμοποιούνται για την αποτίμησή τους και ε) περιγραφή της διαχείρισης κεφαλαίων, περιλαμβάνουσα και περιγραφή των ουσιωδών για την αξιολόγηση της χρηματοοικονομικής καταστάσεως των επιχειρήσεων και των ποσών της Κεφαλαιακής Απαίτησης Φερεγγυότητας και της Ελάχιστης Κεφαλαιακής Απαίτησης αυτών. Το άρθρο 39 προβλέπει την υποβολή πληροφοριών προς την ΕΙΟΡΑ, έχει δε σκοπό την ενίσχυση της ανταλλαγής πληροφοριών μεταξύ τοπικών Εποπτικών Αρχών (εποπτική σύγκληση). Στο άρθρο 40 του Νόμου, που σχετίζεται με το άρθρο 38 αυτού, προβλέπονται οι περιπτώσεις κατά τις οποίες μια επιχείρηση μπορεί να μη δημοσιοποιεί προς το κοινό πληροφορίες, όταν επηρεάζεται σημαντικά ο ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων ή υπάρχουν ειδικοί λόγοι απορρήτου. Το άρθρο 41 προβλέπει επιπλέον έκτακτη δημοσιοποίηση στοιχείων σε δύο περιπτώσεις. Πρώτον, ορίζεται ότι όταν εκτιμάται από την Εποπτική Αρχή πως επήλθαν σοβαρές εξελίξεις σε πληροφορίες που επηρεάζουν σημαντικά την συνάφεια αυτών που έχουν δημοσιοποιηθεί σύμφωνα με τα άρθρα 38 και 40 του Νόμου, τότε η Εποπτική Αρχή απαιτεί από την επιχείρηση επιπλέον δημοσιοποίηση στοιχείων αναφορικά με τη φερεγγυότητα και την χρηματοοικονομική κατάστασή της. Για τις ανάγκες της διάταξης προσδιορίζεται η έννοια των σοβαρών εξελίξεων, οι οποίες αφορούν αποκλίσεις από τις δύο σημαντικότερες προϋποθέσεις ποσοτικής φερεγγυότητας των εταιρειών, δηλαδή την Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση και την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας. Δεύτερον, στην διάταξη προβλέπεται η έκτακτη δημοσιοποίηση πληροφοριών σε εθελοντική-εκούσια βάση από τις ίδιες τις ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις. Το άρθρο 42 αφορά την ρύθμιση της λειτουργίας των επιχειρήσεων, ώστε να μπορούν να ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις πληροφόρησης και δημοσιότητας των άρθρων 38, 40 και 41 του Νόμου μέσω κατάλληλων συστημάτων και υποδομών<sup>61</sup>. Σημειωτέον ότι στην παρ. 2 του άρθρου 42 προβλέπεται ως προϋπόθεση της κατά νόμον δημοσίευσης της έκθεσης για τη φερεγγυότητα και τη χρηματοοικονομική κατάσταση της επιχείρησης, η έγκριση της εκ-

60 Ο βαθμός λεπτομέρειας των δημοσιοποιούμενων πληροφοριών καθορίζεται από τη φύση, την κλίμακα και την πολυπλοκότητα των κινδύνων (proportionality and materiality) κατά την αιτιολογική έκθεση του Νόμου (σελ. 11).

61 Βλ. την έκθεση της KPMG "Solvency II A closer look at the evolving process transforming the global insurance industry" (2011), όπου λόγω της διασύνδεσης και αλληλεπίδρασης των κανόνων του γ' πυλώνα με αυτών του β' πυλώνα γίνεται λόγος για ε' πυλώνα. Στη διάταξη του άρθρου 42 προβλέπεται επίσης και *έγγραφο πολιτική* εγκεκριμένη από το Διοικητικό Συμβούλιο της επιχείρησης, μέσω της οποίας να διασφαλίζεται η διαρκής ορθότητα και καταλληλότητα των δημοσιοποιούμενων πληροφοριών.

θέσεως αυτής από το Διοικητικό Συμβούλιο. Είναι προφανές εν όψει των ανωτέρω ότι τα στοιχεία που υποβάλλουν οι εποπτευόμενες επιχειρήσεις στην Εποπτική Αρχή είναι πιο αναλυτικά και λεπτομερή, σε σχέση με τα αντίστοιχα που υποβάλλονταν κατά το ν.δ. 400/1970 (άρθρα 8, 17α, 17β, 19, 55, 57 αυτού) και τις σχετικές κανονιστικές αποφάσεις της Εποπτείας [βλ. απόφαση 138/3/19-12-2008 ΦΕΚ τ. Β' 2577/2008 σε σχέση με τις ασφαλίσεις ζημιών, απόφαση ΕΠΑΘ (ΤτΕ) 3/5/26-01-2011 (ΦΕΚ τ. Β' 706) σε σχέση με την ασφάλιση αυτοκινήτων και ΠΕΕ 30/2013 (ΦΕΚ τ. Β' 2556) σε σχέση με την διοικητική και λογιστική οργάνωση των ασφαλιστικών επιχειρήσεων].

Από τα ανωτέρω συμπεραίνουμε ότι οι πληροφορίες που αποτελούσαν τμήμα του απορρήτου κατά το προηγούμενο καθεστώς<sup>62</sup>, σήμερα με τον ν. 4364/2016 δίδονται με λεπτομέρεια στην δημοσιότητα. Έτσι το κοινό αποκτά πολύ μεγαλύτερη πρόσβαση στα δεδομένα που αποτυπώνουν την πραγματική εικόνα φερεγγυότητας των επιχειρήσεων και εξυπηρετείται πράγματι σε εντυπωσιακό βαθμό η αρχή της διαφάνειας των εν λόγω συναλλαγών, αλλιά και της προστασίας των ασφαλισμένων.

γ. Κανόνες για την αποτίμηση των στοιχείων του ενεργητικού και του παθητικού (άρθρα 50 έως 106 του ν. 4364/2016 – Ποσοτικές απαιτήσεις φερεγγυότητας – α' πυλώνας της Οδηγίας άρθρα 75 επ.)

Κύριας σημασίας και απολύτως νέο πλαίσιο για την λειτουργία των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων, αποτελούν οι διατάξεις υπό το Κεφάλαιο Σ' του νέου Νόμου που αφορούν: α) την αποτίμηση των στοιχείων του ενεργητικού και του παθητικού τους β) τις τεχνικές προβλέψεις αυτών, γ) τα ίδια κεφάλαια και την ταξινόμηση αυτών, δ) την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας και την Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση αυτών και ε) τους επενδυτικούς κανόνες που πρέπει να εφαρμόζουν οι εποπτευόμενες επιχειρήσεις<sup>63</sup>.

Από το άρθρο 50 του Νόμου δίδεται ο βασικός κανόνας που διέπει τη νέα νομοθεσία και όλο το πλαίσιο της Φ II, όσον αφορά την αποτίμηση των στοιχείων του ενεργητικού και του παθητικού. Έτσι ορίζεται ότι αυτά αποτιμώνται στο ποσό για το οποίο μπορούν να μεταβιβαστούν ή να διακανονιστούν αντιστοίχως, μεταξύ επαρκώς πληροφορημένων μερών και με όρους αγοράς. Το άρθρο 51 είναι επίσης καθοριστικής σημασίας καθώς ορίζει ότι οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις

62 Λεπτομερή χρηματοοικονομικά – αναλογιστικά στοιχεία των εν λόγω επιχειρήσεων κατατίθεντο μόνο στην Εποπτική Αρχή και ενέπιπταν στο σύνολό τους στο άρθρο 115 του ν.δ. 400/1970 (επαγγελματικό απόρρητο), το οποίο προβλέπεται εκ νέου κατά το άρθρο 44 του νέου Νόμου.

63 Τα αντίστοιχα άρθρα του ν.δ. 400/1970 καταργούνται, και δεν μιλάμε πλέον α) για τεχνικά και μαθηματικά αποθέματα (άρθρο 7) β) για ασφαλιστική τοποθέτηση (άρθρο 8), γ) για περιθώριο φερεγγυότητας – απαιτούμενο και διαθέσιμο (άρθρο 17α) ή δ) για εγγυητικό κεφάλαιο (άρθρο 17β).



οφείλουν να ανταποκρίνονται σε συνεχή βάση στις υποχρεώσεις τους, έναντι των αντισυμβαλλομένων και των δικαιούχων ασφαρίσματος, προκειμένου να τονιστεί ο εξακολουθητικός και αδιάλειπτος χαρακτήρας συμμορφώσεως των επιχειρήσεων στο επίπεδο φερεγγυότητας που προβλέπει ο Νόμος.

Κατωτέρω παρατίθενται επιγραμματικά οι βασικότερες έννοιες του νέου πλαισίου μέσω των οποίων μπορεί κανείς να έχει μια γενική εικόνα των σχετικών διατάξεων<sup>64</sup>. Οι έννοιες αυτές αντικαθιστούν πλήρως τις αντίστοιχες του ν.δ. 400/1970 για την αξιολόγηση της ποσοτικής φερεγγυότητας των εποπτευόμενων εταιρειών, την οποία ρυθμίζουν με διαφορετική φιλοσοφία ως έχει ήδη αναφερθεί ανωτέρω. Έτσι, το νέο πλαίσιο περιλαμβάνει ρυθμίσεις επί των εξής:

- Των *Τεχνικών Προβλέψεων* καθώς κατά το άρθρο 51 του Νόμου οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις σχηματίζουν και διατηρούν τεχνικές προβλέψεις σε συνεχή βάση για το σύνολο των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών τους υποχρεώσεων, ενώ κατά το άρθρο 52 «*η αξία των τεχνικών προβλέψεων ισούται προς το άθροισμα της βέλτιστης εκτίμησης (των υποχρεώσεων) και του περιθωρίου κινδύνου*»<sup>65</sup>. Κρίσιμο στοιχείο λοιπόν είναι ο υπολογισμός της αξίας των Τεχνικών Προβλέψεων, αξία που προσδιορίζεται με χρήση αξιόπιστων πληροφοριών και παραδοχών, οι οποίες αντικατοπτρίζουν τα χαρακτηριστικά του σχετικού χαρτοφυλακίου. Στο άρθρο 61 προβλέπεται ότι οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις κατά τον υπολογισμό των τεχνικών τους προβλέψεων, ομαδοποιούν τις ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές τους υποχρεώσεις σε ομογενείς ομάδες κινδύνου και τουλάχιστον κατά κατηγορίες δραστηριοτήτων. Στο άρθρο 63 προβλέπεται ότι οι επιχειρήσεις βάσει εσωτερικών διαδικασιών που αναπτύσσουν και διατηρούν, οφείλουν να εξασφαλίζουν ποιοτικά χαρακτηριστικά όπως η καταλληλότητα, η πληρότητα και η ακρίβεια των στοιχείων που χρησιμοποιούν για τον υπολογισμό των τεχνικών προβλέψεων.

- Των *Ιδίων Κεφαλαίων* (άρθρο 66 του Νόμου) που κατέχουν οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις και που πρέπει να αντιστοιχούν στο άθροισμα των *βασικών ιδίων κεφαλαίων*, που προβλέπονται στο άρθρο 67 και των *συμπληρωματικών ιδίων κεφαλαίων*, που προβλέπονται στο άρθρο 68.

- Των *Βασικών Ιδίων Κεφαλαίων* (άρθρο 67 του Νόμου) τα οποία απαρτίζονται από i. τη διαφορά μεταξύ του ενεργητικού και των υποχρεώσεων και ii. τις υποχρεώσεις μειωμένης εξασφάλισης. Σημειώνεται ότι το ποσό της διαφοράς μεταξύ του ενεργητικού και των υποχρεώσεων, μειώνεται κατά το ποσό των ιδίων μετοχών, που κατέχονται από την ασφαλιστική ή αντασφαλιστική επιχείρηση.

64 Για την αναλυτική προσέγγιση των εννοιών αυτών και κυρίως της Κεφαλαιακής Απαιτήσης Φερεγγυότητας (SCR) και της Ελάχιστης Κεφαλαιακής Απαιτήσης (MCR) βλ. *Gabrielle O' Donovan*, όπ. παρ. σελ. 5 επ., *Μυρτώ Χαμπάκη*, όπ. παρ., σελ. 175 επ.

65 Η μετάφραση του όρου της Οδηγίας "*technical provisions*" σε «τεχνικές προβλέψεις» αποτυπώνει επαρκώς τη διαφοροποίηση αυτών ως προς τον τρόπο υπολογισμού και τη μορφή τους σε σχέση με τα «τεχνικά αποθέματα» του ν.δ. 400/1970, βλ. σχετικώς *Μυρτώ Χαμπάκη*, όπ. παρ., σελ. 163.



• Των *Συμπληρωματικών Ιδίων Κεφαλαίων* (άρθρο 68 του Νόμου), τα οποία αποτελούνται από στοιχεία άλλα από αυτά που συγκροτούν τα Βασικά Ίδια Κεφάλαια και μπορούν να προορίζονται για την απορρόφηση ζημιών (άρθρο 68) – ως προς αυτά σημειώνεται ότι «*τα ποσά των συμπληρωματικών ιδίων κεφαλαίων που λαμβάνονται υπόψη για τον προσδιορισμό των ιδίων κεφαλαίων υπόκεινται σε προηγούμενη έγκριση από την Εποπτική Αρχή*» (άρθρο 69 παρ. 1 του Νόμου).

• Των *Πληοναζόντων Κεφαλαίων* (άρθρο 70 του Νόμου): ως τέτοια νοούνται τα συσσωρευμένα κέρδη που δεν έχουν διατεθεί προς διανομή στους αντισυμβαλλομένους και τους δικαιούχους απαιτήσεων από ασφάλιση (άρθρο 70 του Νόμου) – και ορίζεται ότι αυτά δεν θεωρούνται ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές υποχρεώσεις στον βαθμό που πληρούνται τα αναφερόμενα στο άρθρο 72 παρ. 1 κριτήρια (ταξινόμηση στην Tier 1).

• Της *Ταξινόμησης των Ιδίων Κεφαλαίων σε Κατηγορίες* (Tiers, άρθρο 71 επ. του Νόμου): εδώ σημειώνεται ότι τα στοιχεία των ιδίων κεφαλαίων ταξινομούνται κατ'αρχήν από τις ίδιες τις επιχειρήσεις σε τρεις κατηγορίες<sup>66</sup> και η εν λόγω ταξινόμηση εξαρτάται από το εάν είναι στοιχεία βασικών ιδίων κεφαλαίων ή συμπληρωματικών ιδίων κεφαλαίων, καθώς και από τον βαθμό στον οποίο διαθέτουν τα εξής χαρακτηριστικά: α) το στοιχείο είναι διαθέσιμο, ή σε πρώτη ζήτηση καταβλητέο, για την πλήρη απορρόφηση ζημιών στη βάση συνεχούς λειτουργίας της επιχείρησης, καθώς και στην περίπτωση εκκαθάρισης (διαρκής διαθεσιμότητα) και β) σε περίπτωση εκκαθάρισης, το συνολικό ποσό του στοιχείου είναι διαθέσιμο για την απορρόφηση ζημιών και το στοιχείο δεν επιστρέφεται στον κάτοχό του, μέχρις ότου όλες οι άλλες υποχρεώσεις – συμπεριλαμβανομένων των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών υποχρεώσεων προς τους δικαιούχους των αντίστοιχων συμβάσεων – να έχουν ικανοποιηθεί (μειωμένη εξασφάλιση)<sup>67</sup>. Τα Ίδια Κεφάλαια, βασικά και συμπληρωματικά, ταξινομούνται σε τρεις κατηγορίες. Εν προκειμένω σημαντικά είναι τα άρθρα 71-74 του Νόμου. Η κατηγορία (Tier) 1 περιλαμβάνει τα κεφάλαια που διαθέτουν την μεγαλύτερη ικανότητα να απορροφούν ζημιές, και ακολουθούν οι κατηγορίες 2 και 3.

66 Τα ποσά των συμπληρωματικών ιδίων κεφαλαίων που λαμβάνονται υπόψη για τον προσδιορισμό των ιδίων κεφαλαίων υπόκεινται σε προηγούμενη έγκριση από την Εποπτική Αρχή (άρθρο 69 παρ. 1).

67 Στο άρθρο 71 παρ. 2 του Νόμου διαβάζει κανείς τα εξής: «*Κατά την αξιολόγηση του βαθμού στον οποίο τα στοιχεία των ιδίων κεφαλαίων διαθέτουν τα χαρακτηριστικά που ορίζονται στις περιπτώσεις α' και β' της παραγράφου 1 του παρόντος, τόσο επί του εκάστοτε τρέχοντος χρόνου όσο και στο μέλλον, αποδίδεται η δέουσα προσοχή στην οικονομική μέση διάρκεια (duration) του στοιχείου, ιδίως στο εάν το στοιχείο έχει καθορισμένη λήξη ή όχι. Εάν ένα στοιχείο των ιδίων κεφαλαίων έχει καθορισμένη λήξη, τότε λαμβάνεται υπόψη η αποτέλεσμα της σύγκρισης της οικονομικής μέσης διάρκειας του στοιχείου με την οικονομική μέση διάρκεια των υποχρεώσεων ασφάλισης και αντασφάλισης της επιχείρησης (επαρκής οικονομική μέση διάρκεια). Επιπλέον, εξετάζονται οι ακόλουθοι παράγοντες: α) αν το στοιχείο είναι ελεύθερο απαιτήσεων ή κινήτρων εξαγοράς του ονομαστικού ποσού (απουσία κινήτρων εξαγοράς), β) αν το στοιχείο είναι ελεύθερο υποχρεωτικών παγίων εξόδων (απουσία υποχρεωτικών χρηματοοικονομικών εξόδων), γ) αν το στοιχείο είναι καθαρό από οποιοδήποτε θάρος (απουσία θαρών)*». Ο Νόμος θέτει επιπλέον παράγοντες και ειδικότερα κριτήρια για την ταξινόμηση με ειδική αναφορά στην ταξινόμηση των στοιχείων ιδίων κεφαλαίων που αφορούν τις ασφάλειες (άρθρο 74).

• Της *Επιλεξιμότητας* (άρθρο 75 του Νόμου), καθώς εισάγονται ρυθμίσεις για την Επιλεξιμότητα και τα όρια που εφαρμόζονται στις κατηγορίες (Tiers) 1, 2 και 3 των Ιδίων Κεφαλαίων (επιλέξιμα Ίδια Κεφάλαια), με διάκριση σε αυτά που καλύπτουν την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας και αυτά που καλύπτουν την Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας<sup>68</sup>.

• Του κρίσιμου μεγέθους της *Κεφαλαιακής Απαίτησης Φερεγγυότητας* (Solvency Capital Requirement SCR, άρθρο 76 επ. του Νόμου) υπολογιζόμενης με την *τυποποιημένη μέθοδο* (standard formula) ή με *βάση εσωτερικό υπόδειγμα* (internal model) προβλέποντας ότι «οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις διατηρούν επιλέξιμα ίδια κεφάλαια για την κάλυψη της Κεφαλαιακής Απαίτησης Φερεγγυότητας, που υπολογίζεται είτε σύμφωνα με την τυποποιημένη μέθοδο, είτε με τη χρησιμοποίηση εσωτερικού υποδείγματος»<sup>69</sup>. Στα άρθρα 79-86 ρυθμίζεται η εφαρμογή της τυποποιημένης μεθόδου<sup>70</sup>, ενώ στα άρθρα 87-100 ρυθμίζεται η εφαρμογή του εσωτερικού υποδείγματος από τις εποπτευόμενες επιχειρήσεις. Και σε αυτήν την περίπτωση το Διοικητικό Συμβούλιο έχει σημαντικό ρόλο καθώς έχει την ευθύνη για τη θεσμοθέτηση συστημάτων που να διασφαλίζουν τη σωστή λειτουργία του εσωτερικού υποδείγματος σε συνεχή βάση, ενώ η αίτηση για την έγκριση του Εσωτερικού Υποδείγματος ή για την έγκριση μεταγενέστερων σημαντικών αλλαγών αυτού, υποβάλλονται προς την Εποπτική Αρχή και πάλι με την έγκριση του Δ.Σ. της ενδιαφερόμενης εταιρείας. Σημειωτέον ότι οι επιχειρήσεις μπορούν να υπολογίζουν την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας με τη χρήση πλήρους ή μερικού εσωτερικού υποδείγματος μόνο κατόπιν εγκρίσεως από την Εποπτική Αρχή, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στα άρθρα 87 επ. του Νόμου.

• Του επίσης κρίσιμου μεγέθους της *Ελάχιστης Κεφαλαιακής Απαίτησης* (Minimal Capital Requirement MCR, άρθρο 101 επ. του Νόμου), καθώς προβλέπεται ότι οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις καλούνται να διαθέτουν επιλέξιμα

68 Σε σχέση με την *Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας* και την *Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση* των άρθρων 76 επ. και 101 επ. του Νόμου,

69 Για τον υπολογισμό λαμβάνονται υπόψη σε γενικές γραμμές οι εξής αρχές στις οποίες αποτυπώνεται η νέα προσέγγιση των θεμάτων αυτών από την Φ ΙΙ (άρθρο 77 παρ. 1) – οικονομικό κεφάλαιο κινδύνου: α) υπολογίζεται βάσει της παραδοχής της συνέχισης της δραστηριότητας της επιχείρησης, β) διαμορφώνεται με τέτοιο τρόπο ώστε να εξασφαλίζεται ότι λαμβάνει υπόψη το σύνολο των κινδύνων που είναι δυνατόν να ποσοτικοποιηθούν και στους οποίους είναι εκτεθειμένη η επιχείρηση, γ) καλύπτει τόσο τις υφιστάμενες δραστηριότητες όσο και τις νέες δραστηριότητες που αναμένεται να αναληφθούν μέσα στους επόμενους δώδεκα (12) μήνες, δ) αντιστοιχεί στην αξία σε κίνδυνο (Value at Risk) των βασικών ιδίων κεφαλαίων ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής επιχείρησης με επίπεδο εμπιστοσύνης 99,5% για περίοδο ενός έτους και ε) καλύπτει τουλάχιστον τους κινδύνους ανάληψης ασφαλίσεων κατά ζημιών, ανάληψης ασφαλίσεων ζωής, ανάληψης ασφαλίσεων υγείας, τον κίνδυνο αγοράς, τον πιστωτικό κίνδυνο και τον λειτουργικό κίνδυνο στον οποίο περιλαμβάνονται νομικοί κίνδυνοι και αποκλείονται κίνδυνοι που απορρέουν από στρατηγικές αποφάσεις και κίνδυνοι φήμης.

70 Η Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας που υπολογίζεται σύμφωνα με την τυποποιημένη μέθοδο αποτελεί άθροισμα των κατωτέρω στοιχείων: α) της Βασικής Κεφαλαιακής Απαίτησης Φερεγγυότητας που ορίζεται στο άρθρο 80 του Νόμου β) της Κεφαλαιακής απαίτησης για λειτουργικό κίνδυνο, που ορίζεται στο άρθρο 83 του Νόμου και γ) της προσαρμογής για την ικανότητα απορρόφησης ζημιών των τεχνικών προβλέψεων και αναβαλλόμενων φόρων, ως ορίζονται στο άρθρο 84 του Νόμου.

βασικά ίδια κεφάλαια για την κάλυψη της απαίτησης αυτής, η οποία υπολογίζεται επί τη βάσει των ειδικώς αναφερομένων στο άρθρο 102 αρχών και δεν μπορεί να είναι μικρότερη από τα ποσά που ορίζονται στη διάταξη του άρθρου 102 παρ. 1δ. Στη διάταξη αναφέρεται το εξής: «δ) (η Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση) δεν μπορεί να είναι μικρότερη από ποσό που αντιστοιχεί σε: δα) 2.500.000 ευρώ για τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις ασφάλισης κατά ζημιών, συμπεριλαμβανομένων των εξαρτημένων ασφαλιστικών επιχειρήσεων, με εξαίρεση την περίπτωση κατά την οποία καλύπτεται το σύνολο ή μέρος των κινδύνων ενός από τους κλάδους 10 έως 15 της παραγράφου 1 του άρθρου 4 του παρόντος, οπότε το ποσό αυτό πρέπει να είναι τουλάχιστον 3.700.000 ευρώ, δβ) 3.700.000 ευρώ για τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις ασφάλισης ζωής, συμπεριλαμβανομένων των εξαρτημένων ασφαλιστικών επιχειρήσεων δγ) 3.600.000 ευρώ για τις αντασφαλιστικές επιχειρήσεις, εξαιρουμένων των εξαρτημένων αντασφαλιστικών επιχειρήσεων, των οποίων η Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση πρέπει να είναι τουλάχιστον 1.200.000 ευρώ, δδ) στο άθροισμα των ποσών που ορίζονται στις ως άνω υποπεριπτώσεις δα' και δβ' για τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις οι οποίες αναφέρονται στις παραγράφους 2 και 5 του άρθρου 48 του [Νόμου]» – δηλαδή τις επιχειρήσεις που ενώ έχουν λάβει άδεια λειτουργίας προκειμένου να ασκήσουν δραστηριότητες ασφάλισης ζωής ή ζημιών, έχουν επίσης λάβει άδεια για δραστηριότητες του κλάδου ζημιών ή ζωής αντιστοίχως με τους περιορισμούς σε συγκεκριμένους υποκλάδους ως αναφέρεται στη διάταξη του άρθρου 48 υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 49 του Νόμου, αλλιώς και στις περιπτώσεις των υφισταμένων κατά την 01.01.1981 ασφαλιστικών επιχειρήσεων με μεικτή άδεια ζωής και ζημιών ταυτοχρόνως, πάλη υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 49 του Νόμου (χωριστή διαχείριση και διοίκηση των ασφαλίσεων ζωής και ζημιών).

Επίσης στην παράγραφο 3 του άρθρου 102 ορίζεται ότι η Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση δεν μπορεί να είναι κατώτερη του είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) ούτε να υπερβαίνει το σαράντα πέντε τοις εκατό (45%) της Κεφαλαιακής Απαίτησης Φερεγγυότητας της επιχείρησης και περιλαμβάνει οποιαδήποτε πρόσθετη κεφαλαιακή απαίτηση επιβαλλόμενη δυνάμει του άρθρου 26 του Νόμου περί πρόσθετων κεφαλαιακών απαιτήσεων, ενώ ακόμη προβλέπεται ότι σε περίπτωση που κάποιο από τα όρια αυτά του άρθρου 102 παρ. 3 καθορίζει την Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση μιας επιχείρησης, τότε αυτή οφείλει να παρέχει στην Εποπτική Αρχή πληροφορίες που επιτρέπουν την πλήρη κατανόηση των σχετικών λόγων<sup>71</sup>. Σημειωτέον ότι για τη συμμόρφωση με τις ελάχιστες κεφαλαιακές απαιτήσεις φερεγγυότητας δίδεται

71 Ακόμη προβλέπεται ο υπολογισμός της Ελάχιστης Κεφαλαιακής Απαίτησης σε τριμηνιαία τουλάχιστον βάση και η αναφορά των αποτελεσμάτων του υπολογισμού αυτού στην Εποπτική Αρχή (άρθρο 102 παρ. 4), καθώς και ότι η Εποπτική Αρχή αναρτά ετησίως στην ιστοσελίδα της συγκεντρωτικά στατιστικά στοιχεία για το επίπεδο της Ελάχιστης Κεφαλαιακής Απαίτησης και τη χρήση του ανώτατου και του κατώτατου ορίου που ορίζονται στην παράγραφο 3 του άρθρου 102, καθώς και οποιαδήποτε προβλήματα ενδεχομένως αντιμετωπίζει κατά την εφαρμογή του άρθρου 102 (άρθρο 102 παρ. 5).

προθεσμία έως την 31.12.2016 υπό τους όρους του άρθρου 103 του Νόμου, άλλως προβλέπεται στο ίδιο άρθρο οριστική ανάκληση της άδειας της εποπτευόμενης επιχείρησης.

Ο Νόμος προβλέπει ειδικές διαδικασίες σε βάρος των εποπτευομένων εταιρειών σε περιπτώσεις μη τηρήσεως των απαιτήσεων α) για τις τεχνικές προβλέψεις (άρθρο 108, απαγόρευση διάθεσης), β) για την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας (άρθρο 109, σε συνδυασμό με τα 112-114 μέτρα έως και ανάκληση αδείας) και γ) για την Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση (άρθρο 110 σε συνδυασμό με τα 112-114 αυστηρότερο πλαίσιο που προβλέπει στενότερες προθεσμίες, πλέον αυξημένα μέτρα και διοικητική κύρωση για υποχρεωτική ανάκληση της αδείας κατά τις προϋποθέσεις της παρ. 1 εδάφιο τελευταίο του άρθρου 114 του Νόμου).

• Του «*Συνετού επενδυτή*», που προβλέπεται κατά το άρθρο 104 του Νόμου, κατά το οποίο οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις επενδύουν όλα τα περιουσιακά τους στοιχεία σύμφωνα με την αρχή του συνετού επενδυτή, όπως ορίζεται στις παραγράφους 2, 3 και 4 του ίδιου άρθρου<sup>72</sup>. Κατά το άρθρο 105 του Νόμου, οι ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις επενδύουν τα διαθέσιμά τους μέσα στα πλαίσια του Νόμου μεν αλλή «*χωρίς άλληλο περιορισμό, οι δε επενδυτικές αποφάσεις δεν υπόκεινται σε προηγούμενη έγκριση ή συστηματική κοινοποίηση στην Εποπτική Αρχή ή σε άλλη δημόσια αρχή*», διάταξη που ενισχύει την εκτίμηση ότι διαμορφώνεται ένα εξαιρετικά μεγάλο εύρος επιλογών στο επενδυτικό σχέδιο των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων υπό το νέο καθεστώς, σε σύγκριση με το αντίστοιχο πλαίσιο της Φ Ι<sup>73</sup>.

#### IV. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Η Οδηγία Φ ΙΙ αποτελεί την πραγματοποίηση ενός πολυαναμενόμενου στόχου των Ευρωπαϊκών θεσμών. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή και η Ευρωπαϊκή Αρχή Ασφαλίσεων και Επαγγελματικών Συντάξεων (ΕΙΟΡΑ, στον ν. 4364/2016 ΕΑΑΕΣ), ανέλαβαν πρωταγωνιστικό ρόλο στην εισαγωγή των νέων ρυθμίσεων, αλλή και στην εξειδίκευση και εξέλιξη αυτών. Είναι δεδομένο ότι το νέο ευρωπαϊκό πλαίσιο εποπτείας της ασφαλιστικής αγοράς θα έχει αντίκτυπο όχι μόνο εντός της Ε.Ε., αλλή και εκτός των

<sup>72</sup> Ενδεικτικά προβλέπεται ότι οι εποπτευόμενες επιχειρήσεις καλούνται να επενδύουν μόνο σε περιουσιακά στοιχεία και τίτλους, τους κινδύνους των οποίων είναι δυνατόν επαρκώς να εντοπίζουν, μετρούν, παρακολουθούν και διαχειρίζονται, ενώ δίδεται έμφαση στον τρόπο επένδυσης των περιουσιακών στοιχείων που καλύπτουν την Ελάχιστη Κεφαλαιακή Απαίτηση και την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας, ώστε να κατοχυρώνεται η ασφάλεια, η ποιότητα, η ρευστότητα και η κερδοφορία του χαρτοφυλακίου ως συνόλου. Σημειώνεται ότι ρυθμίζεται ειδικά η περίπτωση συγκρούσε συμφερόντων ή οι παροχές που προβλέπονται από μια σύμβαση συνδέονται άμεσα με την αξία μερίδιων σε κάποιον ΟΣΕΚΑ, ενώ στην αμέσως επόμενη διάταξη – παρ. 4 του άρθρου 105 του Νόμου – ρυθμίζεται η θεματοφυλακή κιντών αξιών, ρευστών διαθεσίμων και λοιπών μέσων χρηματαγοράς που διαθέτουν οι εποπτευόμενες επιχειρήσεις.

<sup>73</sup> Αναφερόμαστε ιδίως στα άρθρα 6 παρ. 6, 7 και 8 του ν.δ. 400/1970.

συνόρων αυτής. Ήδη η αλληλεπίδραση των κανόνων των αγορών μεταξύ τους είναι φανερή, ενώ στη Φερεγγυότητα II, όπως αυτή εξακολουθεί να διαμορφώνεται ακόμη και σήμερα, έχουν αποτυπωθεί οι τελευταίες εξελίξεις του σχετικού εποπτικού πλαισίου, λαμβάνοντας υπόψη τις αρχές της Διεθνούς Ενώσεως Ασφαλιστικών Εποπτών, γι' αυτό και οι ρυθμίσεις της θεωρούνται πρωτοπόρες.

Σε εθνικό επίπεδο η Εποπτεία των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων διενεργείται κατά το ν. 4364/2016, που εφαρμόζεται σε συνδυασμό με το όλο πλαίσιο της Φ II, αξιοποιώντας τις πλέον σύγχρονες ρυθμιστικές και οργανωτικές αρμοδιότητες και με προσέγγιση βασισμένη στην πολυπλοκότητα των κινδύνων της αγοράς. Υιοθετείται για πρώτη φορά στην χώρα μας το μοντέλο αξιολόγησης της ετοιμότητας των ίδιων των εποπτευόμενων επιχειρήσεων έναντι πληθώρας κινδύνων – όχι πλέον μόνο των ασφαλιστικών κινδύνων – με βάση τρία θεματικά κριτήρια, που αναφέρονται ως οι τρεις πυλώνες του νέου εποπτικού πλαισίου: α) την κεφαλαιακή φερεγγυότητα β) την ποιοτική τους λειτουργία και γ) τη διαφάνεια των δραστηριοτήτων τους. Το σύστημα είναι πλέον σύστημα αυτό-αξιολόγησης, παρέχοντας στις επιχειρήσεις μεγάλο εύρος κινήσεων, ενώ η Εποπτική Αρχή θα πρέπει να πεισθεί για την βασιμότητα και την αποτελεσματικότητα των μεθόδων που χρησιμοποιούνται. Το νέο εποπτικό πλαίσιο δίδει ευελιξία στις ασφαλιστικές επιχειρήσεις να επιλέξουν πώς θα εξασφαλίσουν την απαιτούμενη από την Οδηγία φερεγγυότητα, ενώ αυτό το οποίο καλούνται να τηρήσουν είναι οι μέθοδοι αξιολόγησης και ο συνυπολογισμός κινδύνων ευρύτατου φάσματος, πλέον όχι μόνο από οικονομικής απόψεως, αλλά και από απόψεως οργάνωσης και λειτουργικής δομής.

Όπως κάθε φορά που εισάγεται νέα νομοθεσία, έτσι και στην περίπτωση του ν. 4364/2016 που ενσωματώνει στην ελληνική έννομη τάξη την Οδηγία Φερεγγυότητα II, οι ελλείδες όλων των μερών είναι πολλές. Οι επιχειρήσεις αποκτούν την ευκαιρία να προβάλουν την εξαιρετικής σημασίας αναβάθμιση της φερεγγυότητας αυτών με βάση τις πλέον πρόσφατες εξελίξεις σε διεθνές επίπεδο, οι λήπτες ασφάλισης – ασφαλισμένοι και αντασφαλισμένοι – συναρτηάζονται πλέον, στα πλαίσια εγγυημένης διαφάνειας, με ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις, για τις οποίες τίθεται ο στόχος εκμνημόνευσης του κινδύνου αφερεγγυότητάς τους και η Εποπτεία αποκτά αυτά τα νομοθετικά και κανονιστικά εργαλεία, που θα της επιτρέπουν να αξιολογεί στον βέλτιστο δυνατόν βαθμό την εύρυθμη λειτουργία των ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων. Έχει υποστηριχθεί ότι η εφαρμογή της Οδηγίας και όλου του πλαισίου της Φερεγγυότητας II αποτελούν δοκιμασία για την αγορά, δοκιμασία αλλαγής κουλτούρας (culture test)<sup>74</sup>. Σε κάθε περίπτωση πάντως, όπως φάνηκε, υπάρχουν μηχανισμοί σε ενωσιακό (ΕΙΟΡΑ, Ευρωπαϊκή Επιτροπή) και εθνικό επίπεδο (Τράπεζα της Ελλάδος), που έχουν αναλάβει να συνδράμουν τις επι-

74 Gabrielle O' Donovan, όπ.παρ., σελ. 35.

χειρήσεις στην εφαρμογή των νέων κανόνων μέσω διαφόρων εργαλείων, όπως οι κατευθυντήριες γραμμές, οι σχετικές ανακοινώσεις ή οι οδικοί χάρτες, ενώ υπάρχει και η πρόβλεψη συνεχούς βελτιώσεως του πλαισίου αυτού, εξυπηρετώντας διαχρονικά τον ίδιο στόχο: την εναρμονισμένη εποπτικά προστασία των ασφαλισμένων.

Κυριάκος Π. Παπανικολάου\*

## Η Τράπεζα της Ελλάδος ως διοικητική αρχή εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων

### Ι. Εισαγωγή

Υπό την προϊούσα τραπεζική ενοποίηση παρουσιάζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον η μελέτη του θεσμού της εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων, ο οποίος είναι σύμφυτος με την εδραίωση των τραπεζικών συστημάτων και τον κομβικό για τη λειτουργία τους ρόλο των κεντρικών τραπεζών. Η εποπτεία είναι συνυφασμένη με την ομαλή οικονομική λειτουργία και δικαιολογείται ήδη στο επίπεδο των συνήθων τραπεζικών εργασιών λόγω της φύσης των αποταμιεύσεων ως κοινωνικού πόρου φυλασσόμενου από τις τράπεζες<sup>1</sup>. Σχετίζεται στενά με τη νομισματική πολιτική, καθώς τα μακροοικονομικά μεγέθη με τα οποία συνδέεται αιτιωδώς η κυκλοφορία του χρήματος μπορούν να επηρεασθούν καίρια από μη ορθές ή ακατάλληλες, και πάντως από μη νόμιμες, πρακτικές των πιστωτικών ιδρυμάτων διά των οποίων διοχετεύεται στην αγορά το τεθέν σε κυκλοφορία χρήμα. Για αυτόν τον λόγο, σε πολλές περιπτώσεις οι φέρουσες το εκδοτικό προνόμιο κεντρικές τράπεζες έχουν και αρμοδιότητες εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων<sup>2</sup>.

Στην ελληνική έννομη τάξη, με εξαίρεση την αρχική περίοδο του τραπεζικού δικαίου, που χαρακτηριζόταν από τους ατομικούς νόμους παραχώρησης εκδοτικού προνομίου και προνομίου σύναψης τραπεζικών συναληθαγών, η θέση γενικών και αφηρημένων κανόνων δικαίου, δηλαδή η άσκηση αυθεντικής νομοθετικής λειτουργίας<sup>3</sup> σε αυτόν τον τομέα, συνοδεύθηκε από την εισαγωγή των πρώτων ρυθμίσεων εποπτείας των τραπεζών. Σχετικά σύντομα η εποπτεία ανατέθηκε στη φέρουσα πλέον το εκδοτικό προνόμιο Τράπεζα της Ελλάδος, η οποία την άσκησε για δεκαετίες υπό διάφορες οργανωτικές εκδοχές. Οι εξελίξεις στο επίπεδο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι οποίες έχουν ωθηθεί και από τη συνεχιζόμενη κρίση, επηρεάζουν άμεσα την επο-

\* Λέκτορας Νομικής Σχολής Δημοκρίτειου Πανεπιστημίου Θράκης, Δικηγόρος.

1 Βλ. Α. Γεωργακόπουλου, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου (Τόμ. 2), Οι εμπορικές πράξεις (Τεύχ. 2), Συμβάσεις (Γ'), Τραπεζικές συμβάσεις, 1995, §26, IV.1 (σελ. 446).

2 Για τον προβληματισμό σχετικά με το αν είναι ενδεδειγμένη η ανάθεση στις κεντρικές τράπεζες και εποπτικών αρμοδιοτήτων βλ. ενδεικτικά H. Mandanis Schooner, "The role of Central Banks in bank supervision in the United States and the United Kingdom", *Brook. J. Int'l L* 28 (2003), σελ. 411 επ. (ιδίως σελ. 429 επ.).

3 Βλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο6, 2012, σελ. 13 (αρ. περιθ. 36)· Ευ. Βενιζέλου, Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου, 2008, σελ. 143· Κ. Χρυσόγονου, Συνταγματικό Δίκαιο2, 2014, σελ. 300-301.



πτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων διατηρουμένων σε μείζονα βαθμό των σχετικών αρμοδιοτήτων των κεντρικών τραπεζών στα κράτη-μέλη που έχουν επιλέξει αυτές ως αρμόδιες αρχές για την εποπτεία.

Οι διατάξεις είναι σε πολλές περιπτώσεις περιπεπληγμένες είτε στην ιστορική είτε στη συστηματική διάστασή τους, καθώς μάλιστα η εποπτεία διακρίνεται συνήθως σε κατ' αντικείμενο κατηγορίες, οι οποίες είναι διασταυρούμενες – αν όχι αλληληλεκτικά – καθιστώντας δυσχερή την πρόταση μιας εισαγωγικής έννοιας της «εποπτείας», η οποία συνεπώς πρέπει να ορίζεται με αναφορά στις εκάστοτε οικείες θετικές διατάξεις. Για αυτούς τους λόγους, στο παρόν κείμενο πριν την παράθεση του βασικού ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου της εποπτείας (υπό ΙΙΙ), που είναι άλλωστε πρόσφατο, επιχειρείται μια ιστορική επισκόπηση του θεσμού (υπό ΙΙ), ώστε να γίνει κατανοητή η εξέλιξη του καθεστώτος της εποπτείας, η οποία είναι παράγωγη ελληνικών ιδιαιτεροτήτων αλληλά και κοινών αναγκών στο πλαίσιο της ευρωπαϊκής ενοποίησης. Από τις βασικές γραμμές του ισχύοντος συστήματος της εποπτείας, υπό το πρίσμα και σημαινουσών ιστορικών στιγμών της, θα εξαχθούν πορίσματα σχετικά με τη διοικητική φύση της εποπτικής αρμοδιότητας της Τράπεζας της Ελλάδος (υπό ΙV).

## ΙΙ. Ιστορική επισκόπηση

Αρχικά η λειτουργία τραπεζών βασιζόταν σε ατομικούς νόμους παροχής των σχετικών προνομίων και σε συνακόλουθες συμβατικές δεσμεύσεις των προνομιούχων νομικών προσώπων· παρείχε, συνεπώς, η εισαγωγή γενικών και αφηρημένων κανόνων εποπτείας από το κράτος<sup>4</sup>. Συστηματικό πλαίσιο εποπτείας δεν ετέθη με το νομοθετικό διάταγμα της 17.07/13.08.1923, το οποίο ωστόσο μπορεί να θεωρηθεί ότι εισήγαγε κάποιες πρώτες ρυθμίσεις εποπτείας<sup>5</sup>. Με τον ν. 3424/1927 συνεστήθη η Τράπεζα της Ελλάδος<sup>6</sup>. Με τον ν. 5076/1931 ορίσθηκε ότι οι τράπεζες λειτουργούν υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρείας και ότι υπάγονται σε συγκεκριμένες ειδικές υποχρεώσεις, ιδίως κεφαλαιακής επάρκειας, υπαγόμενες τόσο στη γενική για τις εν λόγω

4 Βλ. Α. Γεωργακόπουλου, Τραπεζικές συμβάσεις (όπ. π., σημ. 1), § 26, ΙΙ (σελ. 437-438).

5 *Ibid.*, όπου αναφέρεται ως μορφή προληπτικής εποπτείας ιδίως η προβλεπόμενη στο άρθρο 1 του ν.δ. άδεια του Υπουργού Εθνικής Οικονομίας.

6 Βλ. ιδίως άρθρο 2 σχετικά με τη νομική προσωπικότητα της Τράπεζας και την άνευ άλλης διατυπώσεως χορήγηση σε αυτήν του αποκλειστικού δικαιώματος έκδοσης τραπεζικών γραμμάτων. Με τον εν λόγω ν. 3424/1927 (ΦΕΚ 298 Α') κυρώθηκε το από 10.11.1927 νομοθετικό διάταγμα περί κυρώσεως της από 27.10.1927 συμβάσεως περί παραίτησεως της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος από του προνομίου εκδόσεως τραπεζικών γραμμάτων και περί συστάσεως της Τράπεζας της Ελλάδος μετά του προσαρτωμένου καταστατικού. Η θέση σε ισχύ του εν λόγω νόμου αποτελούσε τη συνέχεια των δεσμεύσεων που είχε αναλάβει το ελληνικό κράτος με το υπογραφέν στη Γενεύη και εγκριθέν από την Κοινωνία των Εθνών Πρωτόκολλο της 15ης Σεπτεμβρίου 1927 σχετικά με δάνειο εννέα εκατομμυρίων αγγλικών λιρών, το οποίο είχε κυρωθεί με το από 10.11.1927 σχετικό νομοθετικό διάταγμα, το οποίο με τη σειρά του είχε κυρωθεί με τον ν. 3423/1927 (ΦΕΚ 298 Α'), στον οποίο περιέχονται οι διατάξεις σχετικά με τη σύσταση της Τράπεζας της Ελλάδος και το καταστατικό της.

εταιρείες εποπτεία όσο και σε ειδικές εποπτικές εξουσίες, στις οποίες η Τράπεζα της Ελλάδος μετείχε είτε γνωμοδοτικά<sup>7</sup> είτε αποφασιστικά<sup>8</sup>.

Αυτή η πρώτη – μάλλον διερευνητική, αν όχι αμήχανη – περίοδος εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων τελείωσε με τη σύσταση της Νομισματικής Επιτροπής και την ανάθεση σε αυτήν αρμοδιοτήτων εντεινόμενης εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων<sup>9</sup>. Η θεσμοθέτηση της Νομισματικής Επιτροπής προκλήθηκε από τις δεσμεύσεις του ελληνικού κράτους, στο πλαίσιο της διεθνούς δημοσιονομικής και οικονομικής συμφωνίας με τη Μεγάλη Βρετανία της 24ης Ιανουαρίου 1946, η οποία κυρώθηκε με τον α.ν. 971/1946<sup>10</sup>. Ακολούθησε ο α.ν. 1015/1946<sup>11</sup>, με τον οποίο ορίστηκε ότι η Νομισματική Επιτροπή «εδρεύει παρά τη Τραπεζή της Ελλάδος»<sup>12</sup> και ότι η υποχρέωση της Τράπεζας της Ελλάδος να μην εκδίδει τραπεζικά γραμμάτια «άνευ συμφώνου αποφάσεως» της Νομισματικής Επιτροπής «υφίσταται ανεξαρτήτως άλλης διατάξεως του νόμου ή του Καταστατικού» της Τράπεζας<sup>13</sup>. Με το ν.δ. 588/1948 η Νομισματική Επιτροπή, φέρουσα ήδη την ως άνω αρμοδιότητα ως προς τη νομισματική πολιτική, προσέκτησε αρμοδιότητες σχετικές με την άσκηση της πιστωτικής πολιτικής και την εποπτεία των πιστωτικών πράξεων<sup>14</sup>. Αυτές οι αρμοδιότητες αφορούσαν τόσο τη θέση συναφών κανόνων<sup>15</sup> όσο και την εποπτεία και επιβολή κυρώσεων για παρα-

7 Βλ. άρθρο 17 του α.ν. 5076/1931.

8 Βλ. άρθρο 15 § 5 του α.ν. 5076/1931.

9 Είχε προηγηθεί η έκδοση του α.ν. 685/1945 (ΦΕΚ 292 Α'), στον οποίο προβλέφθηκε έλεγχος της διάθεσης των πιστώσεων εκ μέρους των τραπεζών από υπαλλήλους του Δημοσίου και της Τράπεζας της Ελλάδος (βλ. ιδίως άρθρα 2, 3 § 1, 4 § 3 του εν λόγω νόμου). Εξ άλλου, με τον ίδιο νόμο συστάθηκε Γνωμοδοτική Επιτροπή «παρά τη Τραπεζή της Ελλάδος» για την κατεύθυνση της πιστωτικής πολιτικής της χώρας [βλ. και α.ν. 748/1945 (ΦΕΚ 309 Α'), με το άρθρο 1 του οποίου διευρύνθηκε η σύσταση της εν λόγω Γνωμοδοτικής Επιτροπής]. Οι διατάξεις των εν λόγω νόμων καταργήθηκαν με το άρθρο 8 του ν.δ. 588/1948 (ΦΕΚ 85 Α').

10 ΦΕΚ 55 Α'. Σύμφωνα με το άρθρο 5 § 3 της κυρωθείσας συμφωνίας, η Ελληνική Κυβέρνηση θα ελάμβανε «ως πρόσθετον μέτρον διά την αποκατάστασιν εμπιστοσύνης εις το νόμισμα» τη σύσταση Νομισματικής Επιτροπής, η οποία θα είχε «την καταστατικήν εξουσίαν επί της εκδόσεως του χαρτονομίσματος». Ειδικότερα, προβλεπόταν ότι προϋπόθεση για κάθε νέα έκδοση χαρτονομισμάτων ήταν η ομόφωνη έγκρισή της από την πενταμελούς συνθέσεως Νομισματική Επιτροπή.

11 ΦΕΚ 90 Α' (κατ' ορθή επανάληψη της αρχικής δημοσιεύσεως σε ΦΕΚ 70 Α').

12 Άρθρο 1 § 1 του Α.Ν. 1015/1946. «[Σ]υλλογικό όργανο της εκτελεστικής εξουσίας» χαρακτηρίζεται η Νομισματική Επιτροπή από τον Γ. Κασσιμάτη, «Άντισυνταγματική η παρά το νόμο απόρριψη της πρόσθετης παρέμβασης ως αναγκαστικός λόγος που τον επικαλείται ο υπέρ ου η παρέμβαση» (Γνμδ.), εν: *του ιδίου*, Μελέτες V. Το Συνταγματικό δίκαιο στην πράξη. Γνωμοδοτήσεις Α', 2009, σελ. 195 επ. (207). Προφανώς, αυτός ο χαρακτηρισμός – αντί του ειδικότερου «συλλογικό διοικητικό όργανο» – τονίζει το εξόχως πολιτικό στοιχείο των αρμοδιοτήτων της Νομισματικής Επιτροπής, που προβλεπόταν και στη σύνθεσή της.

13 Άρθρο 2 § 1 του ν. 1015/1946.

14 Σύμφωνα με το άρθρο 1 § 2 του εν λόγω διατάγματος, η πιστωτική πολιτική καθοριζόταν από την Κυβέρνηση βάσει των παραγωγικών αναγκών της χώρας, ενώ – σύμφωνα με το άρθρο 2 § 1 του διατάγματος – η άσκηση της πιστωτικής πολιτικής εντός των χαραχθέντων από την Κυβέρνηση ορίων και σκοπών καθοριζόταν και εποπτευόταν από τη Νομισματική Επιτροπή. Όπως αναφέρεται σε Μ. Ψαλιδόπουλου, Ιστορία της Τράπεζας της Ελλάδος 1928-2008. Από τράπεζα του Κράτους εγγυήτρια της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας, 2014, σελ. 38, το ν.δ. 588/1948, που σκόπευε την ανακοπή της κερδοσκοπίας μέσω του ελέγχου της αγοράς συναλλάγματος και της κατάργησης της παρέμβασης στην αγορά χρυσών λιρών, ήταν το αποτέλεσμα της συνεργασίας της Κυβέρνησης, της Νομισματικής Επιτροπής και της Αμερικανικής Οικονομικής Αποστολής.

15 Βλ. άρθρο 2 § 2, 3 και 5 του ν.δ. 588/1948 σχετικά με το ύψος, τους όρους, τις προϋποθέσεις και τους τόκους των χορηγούμενων πιστώσεων, καθώς και με το απαιτούμενο ποσοστό των ταμειακών διαθεσίμων των πιστωτικών ιδρυμάτων.

βιάσεις των τιθεμένων κανόνων<sup>16</sup>. Η Τράπεζα της Ελλάδος είχε εποπτική αρμοδιότητα σχετικά με την τήρηση των νόμων και των αποφάσεων της Νομισματικής Επιτροπής αναφορικά με τη χορήγηση και την εκτέλεση των πιστώσεων<sup>17</sup>. Με τον α.ν. 1665/1951<sup>18</sup> ολοκληρώθηκαν οι εποπτικές αρμοδιότητες της Νομισματικής Επιτροπής, η οποία αποφάσιζε σχετικά με τη χορήγηση αδειών λειτουργίας και την ανάκλησή τους<sup>19</sup>, ήλεγχε τα πιστωτικά ιδρύματα, που υποχρεούνταν να υποβάλλουν περιοδικώς εκθέσεις και στοιχεία<sup>20</sup>, ενέκρινε τις τροποποιήσεις των καταστατικών<sup>21</sup>, επέβαλλε κυρώσεις για παραβάσεις εκ μέρους των πιστωτικών ιδρυμάτων των κανόνων που προβλέπονταν σε νόμους και σε αποφάσεις της Νομισματικής Επιτροπής<sup>22</sup> και μπορούσε να διορίζει προσωρινό επίτροπο των εποπτευόμενων τραπεζών<sup>23</sup>. Η Νομισματική Επιτροπή προβλεπόταν να λειτουργήσει για συγκεκριμένη χρονική διάρκεια, η οποία ανανεώθηκε κατ' επανάληψη με νομοθετικές διατάξεις, έως ότου η λειτουργία της παρατάθηκε επ' αόριστον με το ν.δ. 4108/1960<sup>24</sup>.

Με το άρθρο 1 του ν. 1266/1982<sup>25</sup> καταργήθηκε η Νομισματική Επιτροπή και οι αρμοδιότητές της μεταβιβάστηκαν στον Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος ή στα εξουσιοδοτημένα από αυτόν όργανα<sup>26</sup>. Ενώ δηλαδή μέχρι τότε ίσχυε χωρισμός των εποπτικών εξουσιών, ανατιθεμένης της θέσης σχετικών κανόνων (κανονιστικής εποπτείας) στη Νομισματική Επιτροπή, ενώ του ελέγχου τήρησης των κανόνων (διαπιστωτικής εποπτείας) στην Τράπεζα της Ελλάδος, με τον ν. 1266/1982 η κεντρική τράπεζα ανέλαβε εν γένει την εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων<sup>27</sup>. Έκτοτε η εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων έχει ασκηθεί, κανονιστικώς και ατομικώς, κυρίως με πράξεις του Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος και των οργάνων της Τράπεζας,

16 Βλ. άρθρο 5 του ν.δ. 588/1948, όπου προβλέπεται η αρμοδιότητα της Νομισματικής Επιτροπής να επιβάλλει στα πιστωτικά ιδρύματα ως κυρώσεις για την παράβαση των τιθεμένων από αυτήν κανόνων χορήγησης πιστώσεων την άρση της εξουσιοδότησης για την ενέργεια πράξεων επί του συναλλήλατος ή/και τον αποκλεισμό του πιστωτικού ιδρύματος από την περαιτέρω χρηματοδότησή του από την Τράπεζα της Ελλάδος. Εξ άλλου, χαρακτηριστική περίπτωση εποπτείας ήταν η προβλεπόμενη στο άρθρο 2 §4 του διατάγματος αρμοδιότητα της Νομισματικής Επιτροπής να ανακαλεί πιστώσεις χορηγηθείσες κατά παράβαση των τεθέντων από τη Νομισματική Επιτροπή κανόνων.

17 Βλ. άρθρο 3 § 1 του ν.δ. 588/1948.

18 ΦΕΚ 31 Α'.

19 Βλ. άρθρα 2 και 8 § 1 του α.ν. 1665/1951.

20 Βλ. άρθρα 4 §§ 2-3, 5 του α.ν. 1665/1951.

21 Βλ. άρθρο 7 του α.ν. 1665/1951.

22 Βλ. άρθρο 11 του α.ν. 1665/1951, όπου προβλέπονται οι αρμοδιότητες επιβολής ως κυρώσεων της απαγόρευσης χορήγησης στο εποπτευόμενο πιστωτικό ίδρυμα πιστώσεων από την Τράπεζα της Ελλάδος και της απαγόρευσης ενέργειας πράξεων επί συναλλήλατος.

23 Βλ. άρθρα 8 (§ 2) επ. του α.ν. 1665/1951 και π.δ. 861/1975 (ΦΕΚ 275 Α') όπως κυρώθηκε με ν. 236/1975 (ΦΕΚ 283 Α').

24 ΦΕΚ 150 Α'. Η συνεχής λειτουργία της Νομισματικής Επιτροπής επιβεβαιώθηκε με το άρθρο 4 § 1 του ν. 128/1975, το οποίο όρισε ότι: «Η υφισταμένη Νομισματική Επιτροπή θεωρείται ως συνέχεια της δια του Α.Ν. 1015/1946 συσταθείσας Νομισματικής Επιτροπής».

25 ΦΕΚ 81 Α'.

26 Η εξουσιοδότηση προς τον Διοικητή για μεταβίβαση αρμοδιοτήτων σε άλλα όργανα της Τράπεζας είναι ευρύτερη της προβλεπόμενης στο άρθρο 32 του α.ν. 3424/1927 σχετικά με την ανάθεση καθηκόντων στους υποδιοικητές.

27 Πρβλ. Α. Γεωργακόπουλου, Τραπεζικές συμβάσεις (όπ. π., σημ. 1), § 26 ΙΙ 3, όπου κριτική της διά της εν λόγω ρυθμίσεως συγκέντρωσης εξουσίας, η οποία εξηγείται με αναφορά στις «διεθνείς αντιλήψεις αποπολιτικοποίησης της νομισματικής πολιτικής».

τα οποία έχουν συσταθεί με αποφάσεις του ή/και στα οποία έχουν ανατεθεί με αποφάσεις του οι σχετικές αρμοδιότητες.

Η επόμενη σημαντική εξέλιξη στο νομικό καθεστώς της εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων ήταν η έκδοση του ν. 2076/1992<sup>28</sup>, με τον οποίο η ελληνική νομοθεσία προσαρμόστηκε σε σχετικές κοινοτικές διατάξεις<sup>29</sup>. Η εισαγωγή αυτών των ρυθμίσεων είχε κριθεί αναγκαία στο κοινοτικό επίπεδο προς τον σκοπό της εγκαθίδρυσης εσωτερικής αγοράς στον τομέα των πιστωτικών ιδρυμάτων<sup>30</sup>. Με τις εν λόγω διατάξεις οριοθετήθηκε, μεταξύ άλλων, η διακριτική ευχέρεια της Τράπεζας της Ελλάδος όσον αφορά τη χορήγηση αδειών λειτουργίας πιστωτικών ιδρυμάτων<sup>31</sup>. Επίσης, η Τράπεζα της Ελλάδος διατήρησε ευρεία εξουσία ανάκλησης χορηγηθείσας άδειας στο πλαίσιο της ασκούμενης εποπτείας<sup>32</sup>, η οποία περιλαμβάνει τον έλεγχο φερεγγυότητας, ρευστότητας, κεφαλαιακής επάρκειας και συγκέντρωσης κινδύνων<sup>33</sup>. Στο πλαίσιο αυτής της εποπτείας οριζόταν, επίσης, ότι η Τράπεζα της Ελλάδος είχε την αρμοδιότητα επιβολής κυρώσεων προβλεπόμενων από άλλες, ανωτέρω αναφερόμενες, διατάξεις<sup>34</sup>. Ο εποπτικός ρόλος της Τράπεζας διατηρήθηκε με τον ν. 2548/1997<sup>35</sup>, που αποσκοπούσε στην προπαρασκευή της Τράπεζας εν όψει της νομισματικής ενοποίησης<sup>36</sup>. Με τον εν λόγω νόμο καθιερώθηκε το Συμβούλιο Νομισματικής Πολιτικής, που ήταν αρμόδιο για τη χάραξη και την άσκηση της νομισματικής πολιτικής<sup>37</sup>, διατηρουμένων των αρμοδιοτήτων άλλων οργάνων της Τράπεζας σχετικά με την εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων<sup>38</sup>.

28 ΦΕΚ 130 Α'.

29 Διά του εν λόγω νόμου η ελληνική έννομη τάξη προσαρμόστηκε προς την Οδηγία 89/646/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 15.12.1989, «για το συντονισμό νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων» (ΕΕ L 386, σελ. 1).

30 Βλ. προσήμιο της Οδηγίας 89/646/ΕΟΚ.

31 Βλ. ιδίως άρθρο 7 του ν. 2076/1992.

32 Βλ. άρθρο 8 του ν. 2076/1992, όπου στους λόγους ανάκλησης συμπεριλαμβάνονται, εκτός της κεφαλαιακής ανεπάρκειας του πιστωτικού ιδρύματος, η παράβαση διατάξεων νόμων, αποφάσεων ή κανονισμών των νομισματικών αρχών.

33 Βλ. άρθρο 18 § 1.α του ν. 2076/1992.

34 Βλ. άρθρο 22 § 1 του ν. 2076/1992, όπου ρητή παραπομπή στις διατάξεις του ν.δ. 588/1948, του α.ν. 1665/1951 και του π.δ. 861/1975. Βλ. και άρθρο 25 του ν. 2076/1992, όπου επιβεβαιώνεται η διατήρηση των αρμοδιοτήτων της Τράπεζας της Ελλάδος δυνάμει των σχετικών προγενέστερων διατάξεων καθ' όσον αυτές δεν τελούσαν σε αντίθεση με τον ν. 2076/1992.

35 ΦΕΚ 259 Α'.

36 Βλ. *Μ. Ψαλιδόπουλου*, Ιστορία (όπ. π., σημ. 14), σελ. 54-55.

37 Βλ. άρθρο 6 του ν. 2548/1997.

38 Βλ. άρθρα 2 § 1 περ. δ', 8-10 του ν. 2548/1997 σχετικά με αρμοδιότητες της Τράπεζας για την εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων. Στο άρθρο 8 § 5 επιβεβαιώνεται η, ούτως ή άλλως συναγόμενη από το άρθρο 1 του ν. 1266/1982 (με το άρθρο 12 § 1 του ν. 2548/1997 επιβεβαιώνεται η διατήρηση της ισχύος του), αρμοδιότητα του Διοικητή ή των εξουσιοδοτημένων από αυτόν οργάνων για την άσκηση της προβλεπόμενης εποπτείας. Ακολούθησε η έκδοση του ν. 2609/1998, με την § 1 του άρθρου πρώτου του οποίου αντικαταστάθηκε το άρθρο 2 του Καταστατικού της Τράπεζας της Ελλάδος, προβλεπόμενης ρητώς στη σχετική εισαγωγική περί των αρμοδιοτήτων της Τράπεζας διάταξη – ως περ. δ' – η εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων, και με την § 30 του άρθρου πρώτου του οποίου προσετέθησαν άρθρα αριθμούμενα ως 55Α, 55Β και 55Γ σχετικά με ζητήματα εποπτείας. Σύμφωνα με το άρθρο 55Α εδ. δ'-ε', η εποπτεία σκοπεί τη σταθερότητα και την αποτελεσματικότητα του πιστωτικού συστήματος και γενικότερα του χρηματοπιστωτικού τομέα της οικονομίας, καθώς και τη διαφάνεια των διαδικασιών των όρων των συναλλαγών των υπαγομένων στην εποπτεία. Εξ άλλου, με το άρθρο 18 § 25 του ν. 2832/2000 (ΦΕΚ 141 Α') εισήχθη το άρθρο 55Β σχετικά με την αρμοδιότητα του Συμβουλίου Νομισματικής Πολιτικής για την πρόβλεψη πλαισίου διοικητικών κυρώσεων για παραβάσεις αναφερόμενες στο πεδίο των αρμοδιοτήτων του, αναριθμουμένων των έως τότε άρθρων 55Β και 55Γ σε 55Γ και 55Δ αντιστοίχως.

Η μεταβολή του σχετικού κοινοτικού πλαισίου με την έκδοση των Οδηγιών 2006/48/ΕΚ<sup>39</sup> και 2006/49/ΕΚ<sup>40</sup> είχε ως συνέπεια την αντικατάσταση των κρίσιμων διατάξεων του ν. 2076/1992 με τον ν. 3601/2007<sup>41</sup>, διά του οποίου η ελληνική νομοθεσία προσαρμόσθηκε στις ανωτέρω οδηγίες. Δεν επήλθε κάποια ουσιώδης μεταβολή σε σύγκριση με τις κρίσιμες για τον παρόντα προβληματισμό περί εποπτείας ρυθμίσεις του ν. 2076/1992, οι οποίες αναφέρθηκαν παραπάνω.

### III. Το ισχύον βασικό νομοθετικό πλαίσιο της εποπτείας

Ο ν. 3601/2007 καταργήθηκε με τον ισχύοντα ν. 4261/2014<sup>42</sup>, διά του οποίου η ελληνική νομοθεσία προσαρμόσθηκε προς την Οδηγία 2013/36/ΕΕ<sup>43</sup>. Με τον ν. 4261/2014 ρυθμίζεται, με τρόπο ολοκληρωμένο<sup>44</sup> και λαμβανομένων υπόψη των σύγχρονων αναγκών πρόληψης συστημικών κινδύνων, η εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων με ιδιαίτερη μέριμνα για την προληπτική εποπτεία στο πλαίσιο των κανόνων που έχουν τεθεί με τον Κανονισμό (ΕΕ) 575/2013<sup>45</sup>. Η προβλεπόμενη εποπτεία σκοπεί στη φερεγγυότητα, τη διασφάλιση επαρκούς ρευστότητας και την τήρηση των υποχρεώσεων των πιστωτικών ιδρυμάτων με βάση τον ίδιο τον ν. 4261/2014 και τον Κανονισμό 575/2013<sup>46</sup>. Η εποπτεία ασκείται από την Τράπεζα της Ελλάδος και συγκεκριμένα από την Εκτελεστική Επιτροπή της ή από εξουσιοδοτημένο από αυτήν όργανο<sup>47</sup>. Εξ άλλου, η Τράπεζα της Ελλάδος διατηρεί ευρύτατη κανονιστική αρμοδιότητα για τη ρύθμιση των σχετικών ζητημάτων<sup>48</sup> και περαιτέρω δίδεται νομοθετική εξουσιοδότηση στην Εκτελεστική Επιτροπή για την έκδοση πράξεων προς προσαρμογή

39 Οδηγία 2006/48/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 2006, σχετικά με την ανάληψη και την άσκηση δραστηριότητας πιστωτικών ιδρυμάτων (ΕΕ L 177, σελ. 1).

40 Οδηγία 2006/49/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 2006, για την επάρκεια των ιδίων κεφαλαίων των επιχειρήσεων επενδύσεων και των πιστωτικών ιδρυμάτων (ΕΕ L 177, σελ. 201).

41 ΦΕΚ 178 Α'.

42 ΦΕΚ 107 Α'.

43 Οδηγία 2013/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Ιουνίου 2013, σχετικά με την πρόσβαση στη δραστηριότητα πιστωτικών ιδρυμάτων και την προληπτική εποπτεία πιστωτικών ιδρυμάτων και επιχειρήσεων επενδύσεων, για την τροποποίηση της οδηγίας 2002/87/ΕΚ και για την κατάργηση των οδηγιών 2006/48/ΕΚ και 2006/49/ΕΚ (ΕΕ L 176, σελ. 338).

44 Με εξαίρεση τη ρητή κατάργηση του ν. 3601/2007, με τον ν. 4261/2014 δεν καταργήθηκαν ρητώς άλλες διατάξεις σχετικές με την εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων, οι οποίες είχαν διατηρηθεί σε ισχύ παραλλήλως του ν. 3601/2007. Συνεπώς, κατά τα λοιπά το εσωτερικό νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο της εποπτείας συμπληρώνεται από αυτές τις διατάξεις στο μέτρο που δεν αντίκεινται στον ν. 4261/2014.

45 Κανονισμός (ΕΕ) 575/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Ιουνίου 2013, σχετικά με τις απαιτήσεις προληπτικής εποπτείας για πιστωτικά ιδρύματα και επιχειρήσεις επενδύσεων και την τροποποίηση του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 648/2012 (ΕΕ L 176, σελ. 1).

46 Βλ. άρθρο 4 § 2 του ν. 4261/2014.

47 Βλ. άρθρο 4 §§ 1, 4 εδ. α' και 5 του ν. 4261/2014. Σημειώτουν ότι στην Εκτελεστική Επιτροπή είχαν ανατεθεί, με το άρθρο 165 § 7 του ν. 4099/2012 (ΦΕΚ 250 Α') οι αρμοδιότητες που προβλέπονται στο άρθρο 55Α (βλ. παραπάνω, σημ. 38) του Καταστατικού της Τράπεζας της Ελλάδος.

48 Βλ. άρθρο 4 § 3 του ν. 4261/2014.

και συμμόρφωση με ενωσιακές διατάξεις σχετικά με θέματα που αφορούν τις οικείες αρμοδιότητες της Τράπεζας της Ελλάδος, κατά παρέκκλιση από κάθε άλλη προβλεπόμενη διαδικασία ενσωμάτωσης ενωσιακών διατάξεων στην ελληνική έννομη τάξη<sup>49</sup>.

Η Τράπεζα της Ελλάδος έχει ενδεικτικώς τις εξής αρμοδιότητες εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων, σύμφωνα με τον ν. 4261/2014: χορηγεί την άδεια λειτουργίας τους (άρθρο 8 § 1)<sup>50</sup>, ζητεί στοιχεία σχετικά με τους μετόχους και πρόσωπα μετέχοντα στη διοίκησή τους (άρθρο 15 § 1) ή σχετικά με άλλα ζητήματα συναφή προς τους ενεργούμενους από αυτήν ελέγχους (άρθρο 57 § 3), ανακαλεί την άδεια λειτουργίας (άρθρο 19), επιβάλλει διοικητικές κυρώσεις και μέτρα (άρθρα 57 § 1, 58, 59 §§ 1-2, 62), θεσπίζει γενικούς κανόνες και ειδικές απαιτήσεις ρευστότητας (άρθρα 97, 98), καθορίζει το ποσοστό αντικυκλικών αποθεμάτων ασφαλείας (άρθρο 127), αποφασίζει τον διορισμό επιτρόπου (άρθρο 137), αποφασίζει την υποχρεωτική μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων (άρθρο 141) και εγκρίνει τροποποιήσεις του καταστατικού των πιστωτικών ιδρυμάτων (άρθρο 148). Πολλές εκ των προβλεπόμενων αρμοδιοτήτων εποπτείας ταυτίζονται ως προς το αντικείμενο και τα μέσα με τα οριζόμενα σε προγενέστερες διατάξεις, στις οποίες αναφερθήκαμε παραπάνω (υπό II).

Σημειωτέον, πάντως, ως προς το πεδίο εποπτείας της Τράπεζας της Ελλάδος, ότι αυτό οριοθετείται από τις εποπτικές αρμοδιότητες που μπορεί να ασκεί η Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα δυνάμει του Κανονισμού 1024/2013<sup>51</sup>. Αξιοσημείωτο είναι ότι, στο πλαίσιο των σχετικών αρμοδιοτήτων της, η ΕΚΤ δεν εφαρμόζει μόνο τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου αλλά και τις εθνικές διατάξεις προσαρμογής προς τις οικείες οδηγίες και εξειδίκευσης κανονισμών παρεχόντων σχετικά περιθώρια επιλογής στις εθνικές αρχές<sup>52</sup>.

#### IV. Η διοικητική φύση της εποπτείας

Η Τράπεζα της Ελλάδος ήδη από τη σύστασή της έχει τη μορφή νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου και ειδικότερα ανώνυμης εταιρείας. Οι αρμοδιότητες που της

49 Βλ. άρθρο 4 § 4 εδ. β' του ν. 4261/2014.

50 Η Τράπεζα διαθέτει διακριτική ευχέρεια κατά την άσκηση αυτής της αρμοδιότητας (βλ. ενδεικτικώς άρθρο 14 § 3, κατά το οποίο η Τράπεζα μπορεί να αρνηθεί τη χορήγηση της άδειας, αν «δεν έχει πεισθεί για την καταλληλότητα των μετόχων ή εταίρων» του πιστωτικού ιδρύματος «μέσα από το πρίσμα της αναγκαιότητας να εξασφαλισθεί η υγιής και συνεπής διαχείριση του πιστωτικού ιδρύματος»: βλ. και άρθρο 16 § 1).

51 Κανονισμός (ΕΕ) 1024/2013 του Συμβουλίου, της 15ης Οκτωβρίου 2013, για την ανάθεση ειδικών καθηκόντων στην Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα σχετικά με τις πολιτικές που αφορούν την προληπτική εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων (ΕΕ L 287, σελ. 63). Βλ. και τον σχετικό Κανονισμό (ΕΕ) 468/2014 της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, της 16ης Απριλίου 2014, που θεσπίζει το πλαίσιο συνεργασίας μεταξύ της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, των εθνικών αρμόδιων αρχών και των εθνικών εντεταλμένων αρχών εντός του ενιαίου εποπτικού μηχανισμού (κανονισμός για το πλαίσιο EEM) (ΕΚΤ/2014/17).

52 Βλ. άρθρο 4 § 3 του Κανονισμού 1024/2013. Σχετικά με αυτό το ζήτημα βλ. Α. Witte, "The application of national banking supervision law by the ECB: Three parallel modes of executing EU law?", *MJ 21* (2014), σελ. 89 εν.



έχουν ανατεθεί από τον νόμο, συμπεριλαμβανομένου του καταστατικού της, υπάγονται στη σφαίρα της δημόσιας εξουσίας. Ειδικότερα, η ασκούμενη από αυτήν εποπτεία επί των πιστωτικών ιδρυμάτων με τα εκτεθέντα μέσα συνιστά μονομερή επιβολή της βουλήσεώς της επί των εποπτευομένων προσώπων κατ' εφαρμογήν των κειμένων διατάξεων και χάριν των σκοπών δημοσίου συμφέροντος στους οποίους κατατείνει η εποπτεία. Επομένως, οι εκδιδόμενες πράξεις της Τράπεζας συνιστούν κατά φύσιν ή λειτουργικώς διοικητικές πράξεις, οι οποίες φέρουν το χαρακτηριστικό της εκτελεστότητας διότι παράγουν αυτόθροα τις σκοπούμενες με αυτές έννομες συνέπειες, οι οποίες είναι δεσμευτικές για τα εποπτευόμενα πρόσωπα. Μάλιστα, η Τράπεζα της Ελλάδος διαθέτει και κανονιστική αρμοδιότητα επί των σχετικών ζητημάτων<sup>53</sup>.

Κατά την κρατούσα στη νομολογία θέση, η Τράπεζα της Ελλάδος αποτελεί περίπτωση διφυούς νομικού προσώπου, δηλαδή νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου το οποίο ηογίζεται κατά περίπτωση ως νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου κατά την ενάσκηση από αυτό αρμοδιοτήτων που έγκεινται στη σφαίρα της ασκήσεως δημόσιας εξουσίας<sup>54</sup>. Η θέση αυτή αμφισβητείται στη θεωρία όχι ειδικώς για την Τράπεζα της Ελλάδος αλλά στο πλαίσιο εν γένει αμφισβήτησης της θεωρίας των διφυών νομικών προσώπων. Υποστηρίζεται ότι πρέπει να υιοθετηθεί το λειτουργικό κριτήριο για τον χαρακτηρισμό των διοικητικών πράξεων, οι οποίες μπορούν να προέρχονται και από νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, χωρίς να υφίσταται δογματική ανάγκη περιστασιακού χαρακτηρισμού τους ως νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου προκειμένου να μην τρωθεί η ισχύς του οργανικού κριτηρίου<sup>55</sup>. Υπό μια διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή, υποστηρίζεται ότι η Τράπεζα της Ελλάδος είναι σε κάθε περίπτωση νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, το οποίο όμως εκδίδει πράξεις ασκήσεως δημόσιας εξουσίας για λογαριασμό του κράτους, δηλαδή πράξεις αποδιδόμενες στο κράτος αν και ενεργούμενες από την Τράπεζα της Ελλάδος<sup>56</sup>.

Κατά τη γνώμη μας, η τελευταία αυτή ερμηνευτική εκδοχή δεν μπορεί να γίνει δεκτή, διότι από μόνη την άσκηση δημόσιας εξουσίας εκ μέρους του νομικού προ-

53 Κατά τον Γ. Καλλιμόπουλο, Το Δίκαιο του Χρήματος, 1993, σελ. 310-311, οι ευρείες νομοθετικές εξουσιοδοτήσεις προς την Τράπεζα της Ελλάδος για την έκδοση κανονιστικών πράξεων είναι σύμφωνες με το Σύνταγμα, εν όψει ιδίως του τεχνικού χαρακτήρα των σχετικών ζητημάτων.

54 Βλ. Ι. Σαρμά, Η συνταγματική και διοικητική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας. Εξελικτική μελέτη των μεγάλων θεμάτων 2, 1994, σελ. 170-171· Σπ. Βλαχόπουλου, «Λιγότερο Κράτος δεν σημαίνει και συρρίκνωση της διοικητικής δικαιοσύνης: η αναβίωση των "διφυών" νομικών προσώπων», ΕφημΔΔ (2009), σελ. 417 επ., ιδίως σελ. 418 (υποσημ. 9, όπου και νομολογιακές παραπομπές σχετικά με τον διφυή χαρακτήρα της Τράπεζας της Ελλάδος).

55 Βλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο (όπ. π., σημ. 3), ιδίως σελ. 232 (αρ. περιθ. 510α-511), όπου κριτική της θεωρίας των διφυών νομικών προσώπων με ιδιαίτερη αναφορά στην Τράπεζα της Ελλάδος· Ζ. Παπαθανασίου-Παπαϊωάννου, Άσκηση δημόσιας διοικήσεως μέσω νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου, 1985, σελ. 290 επ., ιδίως 300-301, όπου κατηγοριοποίηση ειδικώς των πράξεων εποπτείας της Τράπεζας της Ελλάδος ως λειτουργικών διοικητικών πράξεων.

56 Βλ. Γ. Κασσιόπουλη, «Αντισυνταγματική η παρά το νόμο απόρριψη της πρόσθετης παρέμβασης» (όπ. π., σημ. 12), ιδίως σελ. 207 επ., όπου η σχετική θέση συνοψίζεται ως εξής: «η Τράπεζα της Ελλάδος, ως φορέας δημόσιας διοικητικής λειτουργίας, στη βάση και στην έκταση των κρατικών αρμοδιοτήτων που της ανατέθηκαν, καθίσταται κατ' ανάθεση (ή κατ' εξουσιοδότηση) δημόσια υπηρεσία του κράτους με το λειτουργικό κριτήριο και τα όργανά της, κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων αυτών, ενεργούν – και πάλι με βάση το λειτουργικό κριτήριο – ως όργανα της εν λόγω δημόσιας υπηρεσίας, δηλαδή ως όργανα του κράτους, χωρίς να καθίσταται η Τράπεζα νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου».



σώπου ιδιωτικού δικαίου δεν μπορεί να συναχθεί ότι αυτό ενεργεί για λογαριασμό του κράτους, και όχι δι' εαυτόν, εάν δεν προβλέπεται ρητώς και ειδικώς μια τέτοια έννομη σχέση στους νόμους που διέπουν την οργάνωση και τη λειτουργία του νομικού προσώπου<sup>57</sup>. Ειδικώς, όμως, στην περίπτωση της Τράπεζας της Ελλάδος αυτή η ερμηνευτική εκδοχή δεν μπορεί να γίνει δεκτή για έναν πρόσθετο λόγο: ο χαρακτηρισμός μιας πράξης νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου ως διοικητικής λειτουργικώς προϋποθέτει τη δι' αυτής εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος. Ο προσδιορισμός του δημοσίου συμφέροντος συνιστά πολιτική επιλογή, και πάντως ευχέρεια, του ενεργούντος προσώπου· επομένως, η χάραξη της τελεολογικής κατεύθυνσης της πράξης προηγείται της ενέργειάς της και τη νοηματοδοτεί. Άρα, η λειτουργική διάσταση της διοικητικής πράξης χαρακτηρίζεται από έναν σκοπό δημοσίου συμφέροντος, ο οποίος έχει προσδιορισθεί πολιτικά από το ίδιο το κράτος και δικαιολογεί τον, κατά κανόνα, έλεγχο της πραγμάτωσής του από το ίδιο το κράτος στο πλαίσιο της σχέσης του με το νομικό πρόσωπο στο οποίο έχουν ανατεθεί οι σχετικές αρμοδιότητες. Αν, όμως, ο σκοπός δημοσίου συμφέροντος, δηλαδή η τελεολογική κατεύθυνση της άσκησης των σχετικών αρμοδιοτήτων, δεν καθορίζεται από το κράτος ή αν καθορίζεται με γενικότατο τρόπο με συνέπεια την ιδιαίτερη τελεολογική βαρύτητα των εξειδικεύσεών του από το αρμόδιο νομικό πρόσωπο, ατονεί ο σύνδεσμος του κράτους με τις κατ' ιδίαν πράξεις χωρίς να ατονεί ο σύνδεσμος των πράξεων με το δημόσιο συμφέρον. Επομένως, αν τέτοιες πράξεις χαρακτηρισθούν διοικητικές βάσει του λειτουργικού κριτηρίου, που ενέχει την επιδίωξη δημοσίου συμφέροντος, πάντως δεν μπορούν να αποδοθούν στο κράτος, αφού οι πράξεις τόσο ως προς την ενέργεια όσο και ως προς την τελεολογική κατεύθυνσή τους ανάγονται στην έλλογη βούληση του αρμόδιου νομικού προσώπου. Οι εποπτικές αρμοδιότητες της Τράπεζας της Ελλάδος ανάγονται υπ' αυτήν την έποψη στην ίδια της Τράπεζα, λόγω της ευρείας ευχερείας της για τον τελεολογικό καθορισμό της κατεύθυνσής τους, στο πλαίσιο μάλιστα των ευρειών κανονιστικών αρμοδιοτήτων που φέρει η ίδια η Τράπεζα και λόγω της θεσμικής ανεξαρτησίας της έναντι του Δημοσίου<sup>58</sup>. Συνεπώς, οι σχετικές πράξεις της Τράπεζας της Ελλάδος μπορούν να θεωρηθούν διοικητικές είτε λόγω του αυτοτελούς λειτουργικού χαρακτηρισμού τους ως τέτοιων είτε λόγω του διφυούς χαρακτήρα της Τράπεζας, και όχι λόγω κάποιας έμμεσης απόδοσής τους στο κράτος εν όψει της λειτουργίας τους.

57 Πρβλ. ΣτΕ 3044/2014, 5026/1987 (Ολομ.), σχετικά με τον διοικητικό χαρακτήρα της δράσης του ΟΔΔΥ, ο οποίος, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, «θεωρείται έναντι του Ελληνικού Δημοσίου και των λοιπών Νομικών Προσώπων [...] ως εντολοδόχος τούτων, ενεργών αποκλειστικώς διά λογαριασμόν αυτών». Βλ., επίσης, Β. Σκουρή, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο Ι2, 1996, § 145 (σελ. 162), όπου διαστέλλεται η περίπτωση νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου τελούντων σε σχέση εντολής με το Δημόσιο και νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και ενεργούντων, βάσει αυτής της σχέσης, με μέσα και μεθόδους διοικητικού δικαίου από την περίπτωση της άσκησης δημόσιας εξουσίας από διφυή νομικά πρόσωπα.

58 Πρβλ. P. Conti-Brown, The power and independence of the Federal Reserve, 2016, σελ. 163, όπου τονίζεται η σύνδεση της ανεξαρτησίας με τις ρυθμιστικές αρμοδιότητες της αμερικανικής κεντρικής τράπεζας.

Ειδικότερα, υφ' οιανδήποτε εκ των δύο λειτουργικών εκδοχών (διφυών νομικών προσώπων ή αυτοτελούς χαρακτηρισμού της πράξης) πρόκειται περίπτωση δημόσιας εποπτείας σε νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου – τα πιστωτικά ιδρύματα – είτε ως προς πράξεις αυτών (π.χ. διά της έγκρισης τροποποιήσεων του καταστατικού τους) είτε ως προς την εν γένει δράση και κατάστασή τους (π.χ. διά της χορηγήσεως άδειας λειτουργίας). Η εποπτεία αυτή συνιστά άσκηση δημόσιας εξουσίας, διότι, *πρώτον*, με αυτήν επιδιώκονται άμεσα σκοποί δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι μάλιστα εξειδικεύονται και κανονιστικά από την ίδια την Τράπεζα της Ελλάδος, και, *δεύτερον*, κατά την άσκησή της η Τράπεζα τελεί σε υπερέχουσα θέση – αρμόζουσα σε διοικητική αρχή – έναντι των εποπτευόμενων πιστωτικών ιδρυμάτων<sup>59</sup>. Η συνδρομή αυτών των δύο προϋποθέσεων είναι αναγκαία και επαρκής για τον λειτουργικό χαρακτηρισμό των εποπτικών πράξεων της Τράπεζας της Ελλάδος ως διοικητικών<sup>60</sup>.

59 Σχετικά με αυτά τα κριτήρια χαρακτηρισμού ως διοικητικών των εποπτικών πράξεων της Διοίκησης επί πράξεων ιδιωτικού δικαίου βλ. *Ι. Μαθιουδάκη*, «Μορφές διοικητικού εποπτικού ελέγχου επί πράξεων ιδιωτικού δικαίου», *ΕφημΔΔ* (2009), σελ. 429-430.

60 Βλ. *Π. Δαγτόγλου*, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο (όπ. π., σημ. 3), κατά τον οποίο η Τράπεζα της Ελλάδος είναι «[τ]ο σπουδαιότερο [...] παράδειγμα νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου που ασκεί δημόσια διοίκηση».

Ανθή Πελλένη-Παπαγεωργίου\*

## Ζητήματα κοινού τραπεζικού λογαριασμού (Γνωμοδότηση)

### Ι. Εισαγωγικά - Ερωτήματα

Α. Ετέθησαν υπ' όψιν μου τα ακόλουθα έγγραφα:

1) η υπ' αρ. ... και με ημερομηνία 18.01.2010 αίτηση του Κ.Κ. προς την Τράπεζα ... (εφεξής η «*Τράπεζα*») για το άνοιγμα του υπ' αρ. ... διαζευκτικού λογαριασμού στα ονόματα πρώτον του Κ.Κ. και δεύτερον της Σ.Τ. (εφεξής ο «*Λογαριασμός*»),

2) η υπ' αρ. ... και με ημερομηνία 19.07.2010 αίτηση (με συνημμένους τους όρους προθεσμιακής κατάθεσης) του Κ.Κ. προς την Τράπεζα για το άνοιγμα προθεσμιακής κατάθεσης στα ονόματα πρώτον του ιδίου (Κ.Κ.) και δεύτερον της Σ.Τ., με χρέωση κατά την έναρξη του ως άνω (υπ' αρ. ...) Λογαριασμού και πίστωση κατά τη λήξη του ίδιου αυτού Λογαριασμού (εφεξής η «*Προθεσμιακή Κατάθεση*»),

3) η από 21.09.2010 αίτηση της Σ.Τ. προς την Τράπεζα για την πρόωρη εξόφληση της ως άνω Προθεσμιακής Κατάθεσης,

4) το υπ' αρ. πρωτ. ... Πρακτικό της από ... συνεδρίασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, κατά την οποία δημοσιεύθηκε η από 18.01.2010 ιδιόγραφη διαθήκη του Κ.Κ.,

5) η από 02.03.2013 και υπ' αρ. καταθ. ... αγωγή του φιλανθρωπικού σωματείου (Ν.Π.Ι.Δ.) με την επωνυμία «...» κατά της Σ.Τ., χήρας Κ. Κ. ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (εφεξής η «*Αγωγή*»).

Β. Περαιτέρω ετέθησαν υπ' όψιν μου τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά:

Ο Κ.Κ. διατηρούσε στην Τράπεζα τον υπ' αρ. ... Λογαριασμό, τον οποίο μετέτρεψε σε κοινό διαζευκτικό με την προσθήκη ως νέας (δεύτερης) δικαιούχου της συζύγου του Σ.Τ. δυνάμει της από 18.01.2010 αίτησής του προς την Τράπεζα (ανωτέρω υπό Ι.Α.1). Με χρέωση του εν λόγω Λογαριασμού, ο Κ.Κ. άνοιξε στην Τράπεζα Προθεσμιακή Κατάθεση στο όνομά του καθώς και στο όνομα της συζύγου του Σ.Τ., η οποία ήταν τρίμηνης διάρκειας με έναρξη στις 19.07.2010 και λήξη στις 19.10.2010 (ανωτέρω υπό Ι.Α.2). Κατά την ημερομηνία έναρξης της Προθεσμιακής Κατάθεσης, το κεφάλαιο του κατατεθειμένου ποσού ανήρχετο σε τριακόσιες χιλιάδες ευρώ (€300.000). Την 1η Σεπτεμβρίου 2010 ο Κ.Κ. απεβίωσε. Κατά τον χρόνο του

\* Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών.

θανάτου του βρισκόταν ακόμη σε ισχύ η Προθεσμιακή Κατάθεση, ως ημερομηνία λήξης της οποίας είχε ορισθεί η 19η Οκτωβρίου 2010. Ακολούθως, την 21η Σεπτεμβρίου 2010 η σύζυγος του θανόντος και συνδικαιούχος της Προθεσμιακής Κατάθεσης ζήτησε από την Τράπεζα την πρόωρη εξόφλησή της (ανωτέρω υπό Ι.Α.3) και ανέλαβε από τον λογαριασμό το σύνολο του κατατεθειμένου κεφαλαίου μετά των αναλογούντων τόκων. Κατά της συζύγου του θανόντος, Σ.Τ., ασκήθηκε από το φιλανθρωπικό σωματείο «...» Αγωγή (ανωτέρω υπό Ι.Α.5), δυνάμει της οποίας το ενάγον ζήτησε την αναγνώριση του κληρονομικού του δικαιώματος επί χρηματικού ποσού τριακοσίων χιλιάδων ευρώ (€ 300.000), το οποίο, κατά τους ισχυρισμούς της Αγωγής, ο θανών «είχε καταθέσει εις προθεσμιακό λογαριασμό (...) στην Τράπεζα» και το οποίο κατέλιπε στο ενάγον σωματείο – κατά τους ισχυρισμούς του τελευταίου – με την από 18.01.2010 διαθήκη του (ανωτέρω υπό Ι.Α.4), άλλως την αναγνώριση συντελεσθείσας δωρεάς του ιδίου ποσού εκ μέρους του θανόντος προς το ενάγον.

Γ. Με βάση τα ανωτέρω έγγραφα και πραγματικά περιστατικά, ζητήθηκε η γνώμη μου για τα ακόλουθα νομικά ζητήματα:

1) Έχουν οι κληρονόμοι του αποβιώσαντος Κ.Κ. κάποιο δικαίωμα επί του χρηματικού ποσού της Προθεσμιακής Κατάθεσης, που ο τελευταίος διατηρούσε με τη σύζυγό του Σ.Τ., ή και επί του Λογαριασμού που εξυπηρετούσε την Προθεσμιακή αυτή Κατάθεση;

2) Είναι βάσιμη η Αγωγή κατά το κύριο και επικουρικό αίτημά της;

## II. Απάντηση

### A. Επί του πρώτου ερωτήματος

1) Το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τη λειτουργία του κοινού λογαριασμού

α) Η έννοια του κοινού λογαριασμού και η ενεργητική εις ολόκληρον ενοχή που γεννάται με τη σύστασή του

Η κατάθεση σε κοινό λογαριασμό αποτελεί είδος τραπεζικής κατάθεσης, δηλαδή σύμβασης ανώμαλης παρακαταθήκης κατ' ΑΚ 830, η οποία καταρτίζεται μεταξύ της τράπεζας και περισσοτέρων του ενός καταθετών (πολυπρόσωπη ενοχή) ή ενός μόνον καταθέτη, ο οποίος όμως ορίζει ως συνδικαιούχο και τρίτο (ή τρίτα) πρόσωπο(-α) (γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου κατ' ΑΚ 411). Ο κοινός λογαριασμός διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 5638/1932<sup>1</sup>, στην παρ. 1 του άρθρου 1 του οποίου δίδεται ο ορι-

<sup>1</sup> Τα άρθρα 1, 2 και 3 του Ν. 5638/1932 διατηρήθηκαν σε ισχύ δυνάμει του άρθρου 124 παρ. Δ' περ. α' του Ν.Δ. 118/1973. Τη διατήρηση άηλωστε σε ισχύ του Ν. 5638/1932 και μετά τη θέση σε ισχύ του Αστικού Κώδικα είχε ήδη επιβεβαιώσει το άρθρο 117 ΕισΝΑΚ (βλ. Γέσιου-Φαίτση, Επίδειξη εγγράφων και ζητήματα τραπεζικού απορρήτου στους κοινούς διαχειριστικούς λογαριασμούς, ΕφΑΔ 2010, σελ. 1189).

σμός του ως εξής: «Χρηματική κατάθεση παρά Τραπεζίη εις ανοικτόν λογαριασμόν επί ονόματι δύο ή πλησιότερων από κοινού (*Compte joint, joint account*) είναι εν τη εννοία του παρόντος νόμου η περιέχουσα τον όρον ότι του εκ ταύτης λογαριασμού δύναται να κάμνει χρήση εν όλω ή εν μέρει, άνευ συμπράξεως των λοιπών είτε εις είτε τινές, και πάντες κατ' ιδίαν οι δικαιούχοι». Πρόκειται δηλαδή για τον λεγόμενο κοινό διαζευκτικό λογαριασμό, ήτοι σύμβαση κατάθεσης χρηματικού ποσού επί ονόματι δύο ή περισσοτέρων από κοινού, όπου μεταξύ των συνδικαιούχων δημιουργείται ενεργητική εις ολόκληρον ενοχή κατά την έννοια της ΑΚ 489 που προβλέπει ότι «*απαίτηση εις ολόκληρον υπάρχει όταν σε περίπτωση περισσότερων δανειστών για την ίδια παροχή, ο καθένας απ' αυτούς έχει το δικαίωμα να την απαιτήσει ολόκληρη, ο οφειλέτης όμως έχει την υποχρέωση να την καταβάλει μόνο μια φορά*». Η χρηματική αυτή κατάθεση μπορεί να γίνει και σε προθεσμιακό λογαριασμό, όπως ρητώς προβλέπει η παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 5638/1932: «*Η χρηματική κατάθεση, περί ης η προηγούμενη παράγραφος, επιτρέπεται να ενεργείται και εις κοινόν λογαριασμόν επί προθεσμία ή ταμιευτηρίου υπό προειδοποίησην*».

Συνεπώς, κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του κοινού λογαριασμού, το χρηματικό ποσό που είναι σε αυτόν κατατεθειμένο δύναται να χρησιμοποιεί, ολικά ή μερικά, ένας ή μερικοί μόνο εκ των συνδικαιούχων χωρίς τη σύμπραξη των λοιπών, ενώ είναι αδιάφορο, ως προς τη σχέση τους απέναντι στην τράπεζα, αν τα χρήματα που κατατέθηκαν ανήκαν σε όλους εκείνους, υπέρ των οποίων έγινε η κατάθεση ή σε έναν ή ορισμένους από αυτούς<sup>2</sup>. Συνεπεία της δημιουργίας μεταξύ των περισσοτέρων συνδικαιούχων ενεργητικής εις ολόκληρον ενοχής<sup>3</sup>, εάν ολόκληρο το κατατεθειμένο ποσό αναληφθεί εκ μέρους ενός εκ των συνδικαιούχων, επέρχεται απόσβεση και της απαίτησης των λοιπών έναντι του δέκτη της κατάθεσης (Τράπεζας). Έκαστος των συνδικαιούχων που δεν ανέλαβαν χρήματα αποκτά έναντι του αναλαβόντος απαίτηση για απόδοση του μέρους εκείνου του αναληφθέντος χρηματικού ποσού, το οποίο αντιστοιχεί στην αναλογία που προκύπτει από την εσωτερική τους σχέση, άλλως του μέρους που ορίζει ο ερμηνευτικός κανόνας της ΑΚ 493, εκτός εάν από την εσωτερική σχέση προκύπτει ότι δεν υπάρχει καθόλου δικαίωμα αναγωγής.<sup>4</sup>

β) Η παρέκκλιση από το δίκαιο της κληρονομικής διαδοχής που εισάγουν τα άρθρα 2 και 3 του Ν. 5638/1932

Ο Ν. 5638/1932 εισάγει περαιτέρω αποκλίσεις στη ρύθμιση του ΑΚ επί της ενεργητικής εις ολόκληρον ενοχής και της κληρονομικής διαδοχής, οι σπουδαιότερες εκ

2 Βλ. ΑΠ 712/2009, ΑΠ 1782/2007, Εφαθ 6483/2011, Εφαθ 6279/2010, Εφθεσ 2517/2008, όλης ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

3 Βλ. Πελλήνη-Παπαγεωργίου, Η κατάθεση σε κοινό λογαριασμό, 2005, σελ. 53 επ., *Ψυχομάνη*, Τραπεζικό Δίκαιο, Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, Τόμος Ι, 1995, σελ. 190, *Μούζουλα*, Η τύχη της κατάθεσης σε κοινό λογαριασμό μετά το θάνατο ενός από τους συνδικαιούχους της και τα δικαιώματα των κληρονόμων του επί του ποσού της κατάθεσης, ΕΤρΑΕΧρΔ 1998, σελ. 37, *Γέσιου-Φαίτση*, ό.π.ν., σελ. 1188, και ΑΠ 712/2009, ΑΠ 1782/2007, ΑΠ 855/2002, Εφαθ 6483/2011, Εφαθ 6279/2010, Εφαθ 3332/2009, Εφθεσσαλ 2517/2008, ΕφΠατρ 235/2007, όλης ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

4 Βλ. Πελλήνη-Παπαγεωργίου, ό.π.ν., σελ. 63 επ.

των οποίων αφορούν το κληρονομητήριο της σχέσης και ειδικότερα την έννομη θέση των κληρονόμων ενός εκ των συνδικαιούχων σε κοινό λογαριασμό έναντι αφενός της οφειλέτιδος Τράπεζας και αφετέρου των εναπομεινάντων συνδικαιούχων του θανόντος. Έτσι, το άρθρο 2 του Ν. 5638/1932 προβλέπει ότι: *«Επί των καταθέσεων τούτων δύναται να τεθή προσθέτως ο όρος ότι άμα τω θανάτῳ οιοιδήποτε των δικαιούχων η κατάθεσις και ο εκ ταύτης λογαριασμός περιέρχεται αυτοδικαίως εις τους λοιπούς επιζώντας μέχρι του τελευταίου τούτων. Εν τη περιπτώσει ταύτη η κατάθεσις περιέρχεται εις αυτούς ελευθέρα παντός φόρου κληρονομίας ή άλλου τέλους. Αντιθέτως η απαλλογαγή αυτή δεν επεκτείνεται επί των κληρονόμων του τελευταίου απομεινάντος δικαιούχου»*.

Εφόσον στη σύμβαση ανοίγματος κοινού λογαριασμού εμπεριέχεται ο όρος του άρθρου 2, ο οποίος, λόγω της απόκλισης που εισάγει από το δίκαιο της κληρονομικής (και ιδίως της αναγκαστικής) διαδοχής, θα πρέπει να είναι ρητός και σαφώς διατυπωμένος<sup>5</sup>, η κατάθεση περιέρχεται αυτοδικαίως από τον χρόνο του θανάτου ενός στους λοιπούς επιζώντες συνδικαιούχους, δίχως οι τελευταίοι να επιβαρύνονται με φόρο κληρονομίας ή οποιοδήποτε άλλο τέλος. Η σύμβαση αυτή, η οποία περιέχει τον όρο για την περιέλευση της κατάθεσης στους επιζώντες συνδικαιούχους, θεωρείται ότι αποτελεί επιτρεπόμενη κληρονομική σύμβαση, ως στηριζόμενη σε διάταξη ειδικότερη της γενικής απαγορευτικής ρήτρας της ΑΚ 368, κατά την οποία είναι άκυρες οι συμβάσεις για την κληρονομία προσώπου που ζει<sup>6</sup>.

Με άλλα λόγια, με τη συμπερίληψη του όρου του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932 συμφωνείται ως αναβλητική αίρεση ο θάνατος ενός εκ των συνδικαιούχων (πλην του τελευταίου), με την πλήρωση της οποίας η κατάθεση περιέρχεται αυτοδικαίως στους επιζώντες συνδικαιούχους και όχι στους κληρονόμους του αποβιώσαντος<sup>7</sup>. Οι επιζώντες συνδικαιούχοι ασκούν το δικαίωμά τους επί του συνόλου της κατάθεσης εξ ιδίου δικαίου και όχι βάσει κληρονομικής διαδοχής, επομένως είναι αδιάφορο αν οι επιζώντες συνδικαιούχοι τυχαίνει να είναι ταυτοχρόνως και κληρονόμοι, όπως επίσης αδιάφορο είναι αν έχουν αποδεχθεί ή όχι την κληρονομία<sup>8</sup>. Αντιθέτως, οι κληρονόμοι του αποβιώσαντος δικαιούχου δεν αποκτούν δικαίωμα επί της κατάθεσης. Κληρονομική διαδοχή επέρχεται μόνο σε περίπτωση θανάτου του τελευταίου δικαιούχου<sup>9</sup>, αφού σε αυτή την περίπτωση ούτως ή άλλως ο λογαριασμός παύει να είναι κοινός και είναι ατομικός κατά τον χρόνο του θανάτου του. Το αυτό διευκρινίζει στην πραγματικότητα και το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 2 ως προς το εκεί ρυθμιζόμενο φορολογικό ζήτημα, ότι δηλαδή η φο-

5 Βλ. Πελλένη-Παπαγεωργίου, Η κατάθεση σε κοινό λογαριασμό, 2005, σελ. 89. Βλ. όμως και Ψυχομάνη, ό.π., σελ. 188, ο οποίος υποστηρίζει ότι η εξυπηρέτηση των ευλόγων συμφερόντων των μερών υπαγορεύει την αποδοχή του όρου αυτού σε κάθε περίπτωση αμφιβολίας.

6 Βλ. Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π., σελ. 91-93, και ΑΠ 855/2002, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, με την οποία έχει περαιτέρω κριθεί ότι οι σχετικές διατάξεις του Ν. 5638/1932 εισάγουν ρύθμιση σύμφωνη με το προστατευόμενο από το Σύνταγμα (άρθρο 17 παρ. 1) δικαίωμα της ιδιοκτησίας, και με το δικαίωμα διαθέσεως αιτία θανάτου.

7 Βλ. Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π., σελ. 93, και ΑΠ 855/2002, ΕφΑθ 3332/2009, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

8 Βλ. Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π., σελ. 96.

9 Βλ. Πελλένη-Παπαγεωργίου, ό.π., σελ. 96 και Μουζουζα, ό.π., σελ. 36.

ροαπληθλή δεν επεκτείνεται στους κληρονόμους του τελευταίου απομείναντος δικαιούχου.

Ακολουθως, το άρθρο 3 ορίζει τα ακόλουθα: *«Διάθεσις της καταθέσεως διά πράξεως είτε εν ζωή είτε αιτία θανάτου δεν επιτρέπεται, οι δε κληρονόμοι του τελευτήσαντος, είτε εξ αδιαθέτου είτε εκ της διαθήκης συμπεριλαμβανομένων και των αναγκαίων τοιούτων ως και της απόρου χήρας, ουδέν δικαίωμα κέκτηνται επί της καταθέσεως. Επί των καταθέσεων τούτων αργούσιν οι περί απαγορεύσεως των δωρεών μεταξύ συζύγων διατάξεις»*. Η διάταξη αυτή γίνεται δεκτό ότι θεσπίζει την κατάθεση σε κοινό λογαριασμό ως σχέση ακληρονόμητη. Εκ του ότι οι κληρονόμοι δεν αποκτούν δικαίωμα επί της κατάθεσης παρέπεται ότι ταυτοχρόνως αποκλείονται από την κληρονομική διαδοχή και οι νόμιμοι μεριδούχοι. Ωστόσο, η παρέκκλιση που εισάγεται κατ' αυτόν τον τρόπο στο δίκαιο της νόμιμης μοίρας περιορίζεται με τη διάταξη του άρθρου 117 ΕισΝΑΚ, η οποία ορίζει ότι, αν με την κατάθεση πραγματοποιήθηκε δωρεά, αυτή κρίνεται ως προς το δίκαιο της νόμιμης μοίρας ως δωρεά. Έτσι, προστίθεται στην κληρονομία για τον υπολογισμό της νόμιμης μοίρας κατά τους όρους του άρθρου 1831 ΑΚ, υπόκειται δε σε ανατροπή ως άστοργος δωρεά κατά το άρθρο 1835 ΑΚ<sup>10</sup>. Αν δεν συντρέχουν οι όροι εφαρμογής των περί νόμιμης μοίρας διατάξεων, οι κληρονόμοι δεν έχουν κανένα δικαίωμα πάνω σε κοινό λογαριασμό του δικαιοπαρόχου τους<sup>11</sup>.

Όπως προκύπτει από την ως άνω παράθεση των δύο διατάξεων των άρθρων 2 και 3 του Ν. 5638/1932, η συστηματική τους θεώρηση προκαλεί το ακόλουθο ερμηνευτικό ζήτημα: η εφαρμογή του άρθρου 3 (που δεν κάνει σχετική διάκριση) προϋποθέτει την εφαρμογή του άρθρου 2, ήτοι τη συμπερίληψη στη σύμβαση του σχετικού όρου περί περιέλευσης της κατάθεσης στους επιζώντες δικαιούχους ή οι δύο διατάξεις είναι ανεξάρτητες μεταξύ τους, οπότε το άρθρο 3 εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση και οι κληρονόμοι δεν αποκτούν ποτέ δικαίωμα έναντι του οφειλέτη-δέκτη της κατάθεσης;

γ) Η διάκριση μεταξύ των συμβάσεων ανοίγματος κοινού λογαριασμού που εμπεριέχουν τον όρο του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932 και εκείνων που δεν τον εμπεριέχουν

Την απάντηση στο ως άνω ερώτημα δίνει η νομολογία, τασσόμενη σταθερά υπέρ της δεύτερης άποψης, ότι δηλαδή οι δύο διατάξεις είναι αυτοτελείς, καθόσον η μεν πρώτη (του άρθρου 2) αφορά την εσωτερική σχέση μεταξύ των περισσότερων συνδικαιούχων, η δε δεύτερη (του άρθρου 3) διέπει την εξωτερική τους σχέση με την Τράπεζα. Επομένως, κατά την άποψη αυτή που είναι απολύτως κρατούσα στη νομολογία, το άρθρο 3 εφαρμόζεται (στην εξωτερική σχέση με την Τράπεζα) ακόμη κι αν δεν έχει τεθεί ο όρος του άρθρου 2, ενώ δικαίωμα αναγωγής έναντι των λοιπών

10 Βλ. *Ψυχομάνη*, όπ.π., σελ. 189–190, *Μούζουλα*, όπ.π., σελ. 36, και ΑΠ 1998/2006, ΕφΑθ 65/2009, ΠΠρΠειρ 694/2009, ΜΠρΡοδ 108/2013, ΜΠρΘεσσαλ 20958/2006, όλτες ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

11 Βλ. *Μούζουλα*, όπ.π., σελ. 36, και ΑΠ 1998/2006 (όπου και περαιτέρω παραπομπές), ΕφΑθ 65/2009, ΜΠρΡοδ 108/2013, όλτες ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.



δικαιούχων αναγνωρίζεται στους κληρονόμους μόνο στις περιπτώσεις όπου δεν έχει τεθεί ο όρος του άρθρου 2.

Πιο συγκεκριμένα, η νομολογία, χρησιμοποιώντας σταθερά παρεμφερείς διατυπώσεις, υιοθετεί την ακόλουθη άποψη: «Από τις διατάξεις αυτές (των άρθρων 2 και 3 του Ν. 5638/1932), η πρώτη από τις οποίες αναφέρεται στις εσωτερικές μεταξύ των περισσότερων καταθετών σχέσεις, ενώ η δεύτερη ρυθμίζει τις σχέσεις μεταξύ της τράπεζας, στην οποία έχει γίνει η κατάθεση, και των περισσότερων καταθετών [...] προκύπτει, ότι, σε περίπτωση θανάτου ενός από τους καταθέτες, δεν χωρεί υποκατάσταση αυτού από τους τυχόν κληρονόμους του έναντι της τράπεζας, κατά της οποίας και δεν μπορούν να στραφούν, επικαλούμενοι το κληρονομικό τους δικαίωμα, διότι, διαφορετικά, θα επερχόταν μεταβολή του προσώπου του καταθέτη χωρίς τη συγκατάθεση της τράπεζας. Ο επιζών καταθέτης, ως εις ολόκληρον δανειστής έναντι της τράπεζας, μπορεί να εισπράξει και ολόκληρο το ποσό της κατάθεσης, οπότε οι κληρονόμοι του αποθανόντος θα μπορούν να αξιώσουν απ' αυτόν το τμήμα εκείνο της κατάθεσης που αναλογεί στον δικαιοπάροχό τους με βάση τις εσωτερικές σχέσεις των καταθετών. Εάν, όμως, έχει τεθεί ο όρος του άρθρου 2 Ν. 5638/1932, σε περίπτωση θανάτου ενός από τους καταθέτες, περιέρχεται αυτοδικαίως ("ιδίω ονόματι" και "εξ ιδίου δικαίου") η κατάθεση και ο απ' αυτήν λογαριασμός στους επιζώντες, έναντι των οποίων οι κληρονόμοι του αποθανόντος καταθέτη δεν μπορούν να στραφούν και να αξιώσουν το κατά τις εσωτερικές σχέσεις τμήμα της κατάθεσης, που αναλογούσε σε εκείνον, όπως θα μπορούσαν αν δεν είχε τεθεί ο ως άνω όρος, του οποίου σε αυτό και μόνο εξαντλείται η νομική ενέργεια»<sup>12</sup>.

Ωστόσο, στη βιβλιογραφία<sup>13</sup> υποστηρίζεται και η άποψη ότι το άρθρο 3 του Ν. 5638/1932 εφαρμόζεται μόνο στις συμβάσεις, στις οποίες έχει τεθεί ο όρος του άρθρου 2. Αν όμως ο όρος αυτός δεν έχει συμφωνηθεί, οι κληρονόμοι υπεισέρχονται στη θέση του αποβιώσαντος, επομένως καθίστανται συνδικαιούχοι των εναπομείνων δικαιούχων και μάλιστα τόσο στην εξωτερική όσο και στην εσωτερική σχέση.

## 2) Οι συμβάσεις του Κ.Κ. με την Τράπεζα, στις οποίες έχει συμφωνηθεί ο όρος του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, αμφότερες οι συμβάσεις, τις οποίες συνήψε ο Κ.Κ.<sup>14</sup> με την Τράπεζα, αφενός για το άνοιγμα λογαριασμού με προσθήκη νέου δικαιούχου (ανωτέρω υπό Ι.Α. 1) και αφετέρου για το άνοιγμα της Προθεσμιακής Κατάθεσης (ανω-

12 Βλ. ΑΠ 712/2009, ΑΠ 1782/2007, ΕφΑθ 6483/2011, ΕφΑθ 6279/2010, ΕφΑθ 65/2009, ΕφΠατρ 235/2007, όλες ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, καθώς και *Μούζουλα*, ό.π., σελ. 37 και *Γέσιου-Φαίτση*, ό.π., σελ. 1188-1189. Βλ. επίσης ΑΠ 1998/2006 και ΜΠρΡοδ 108/2013 (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ), οι οποίες προβαίνουν στην ίδια διάκριση, χρησιμοποιώντας απλώς παρεμφερείς διατυπώσεις. Ειδικά για τον περιορισμό του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932 στην εσωτερική σχέση μεταξύ των περισσότερων συνδικαιούχων βλ. *Ψυχομάνη*, ό.π., σελ. 189, και ΕφΘεσσαλ 2517/2008, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

13 Βλ. *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, ό.π., σελ. 102-103.

14 Βλ. ΑΠ 855/2002 (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ), με την οποία έχει κριθεί ότι από καμία διάταξη νόμου δεν εξαρτάται το κύρος του πρόσθετου όρου του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932 από το ποιος συμβαλλόμενος είχε την πρωτοβουλία να τεθεί στη σύμβαση καταθέσεως σε κοινό λογαριασμό ο όρος αυτός.

τέρω υπό Ι.Α.2), συγκεντρώνουν τα χαρακτηριστικά του κοινού λογαριασμού υπό την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 5638/1932, δεδομένου ότι αφορούν την κατάθεση χρηματικού ποσού επ' ονόματι του ιδίου και της Σ.Τ. ως συνδικαιούχων, οι οποίοι ρητώς ορίζεται ότι δικαιούνται να ενεργούν ο καθένας ατομικά κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 5638/1932, επομένως ο καθένας να κάνει χρήση του λογαριασμού, αναλαμβάνοντας μέρος ή το σύνολο του κατατεθειμένου χρηματικού ποσού, χωρίς τη σύμπραξη του έτερου συνδικαιούχου του. Το δε γεγονός της διενέργειας της κατάθεσης σε λογαριασμό επί προθεσμία (με τη χρέωση, κατά την έναρξη της Προθεσμιακής Κατάθεσης, και πίστωση, κατά τη λήξη της, του Λογαριασμού) ουδόλως επηρεάζει τον χαρακτηρισμό του λογαριασμού (της Προθεσμιακής Κατάθεσης) ως διαζευκτικού κοινού, αφού κάτι τέτοιο ρητώς επιτρέπεται από την παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 5638/932, όπως και ανωτέρω αναφέρθηκε. Εξάλλου, στους διέποντες την ως άνω σύμβαση όρους προθεσμιακής κατάθεσης της Τράπεζας, οι οποίοι επισυνήφθησαν στην υπόψη σύμβαση του Κ. Κ. (ανωτέρω υπό Ι.Α.2, υπό τον αριθμό 4 των όρων προθεσμιακής κατάθεσης), προβλέπεται, σε συνέπεια με τα ως άνω και προς επίρρωσή τους, ότι «αν η κατάθεση είναι στο όνομα περισσότερων από έναν δικαιούχων, τότε θα είναι κοινή και θα διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 5638/1932 για τις καταθέσεις σε κοινό λογαριασμό όπως ισχύει, του οποίου χρήση μπορεί να κάνει έκαστος των συνδικαιούχων χωρίς τη σύμπραξη των λοιπών [...]». Παρεμφερής αλλήλωσε διατύπωση υπάρχει και στην υπ' αρ. ... από 18.01.2010 αίτηση του Κ. Κ., με την οποία κατέστησε τον Λογαριασμό κοινό διαζευκτικό (ανωτέρω υπό Ι.Α.1).

Όπως προκύπτει από τον ίδιο ως άνω εκτεθέντα όρο 4 της σύμβασης Προθεσμιακής Κατάθεσης (ανωτέρω υπό Ι.Α.2), ο οποίος ρυθμίζει την περίπτωση που η κατάθεση είναι στο όνομα περισσότερων του ενός δικαιούχων, πρόκειται για σύμβαση ανοίγματος κοινού λογαριασμού, στην οποία έχει συμπεριληφθεί ο όρος του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932. Ειδικότερα, ρητώς έχει συμφωνηθεί ότι «σε περίπτωση θανάτου οιουδήποτε των δικαιούχων, η κατάθεση περιέρχεται στους λοιπούς επιζώντες μέχρι του τελευταίου τούτων» (ανωτέρω υπό Ι.Α.2, υπό τον αριθμό 4 των όρων προθεσμιακών καταθέσεων, σε συνέχεια του ως άνω εκτεθέντος αποσπάσματος). Το ότι πρόκειται για τον όρο του άρθρου 2 είναι απολύτως σαφές και ουδεμία αμφισβήτηση χωρεί περί τούτου, αφού η χρησιμοποιούμενη στους όρους της συγκεκριμένης σύμβασης διατύπωση αποτελεί επί της ουσίας αντιγραφή της διατύπωσης του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932, το πρώτο εδάφιο του οποίου έχει επί λέξει ως εξής: «Επί των καταθέσεων τούτων δύναται να τεθή προσθέτως ο όρος ότι *άμα τω θανάτω οιουδήποτε των δικαιούχων η κατάθεση και ο εκ ταύτης λογαριασμός περιέρχεται αυτοδικαίως εις τους λοιπούς επιζώντας μέχρι του τελευταίου τούτων*». Η ομοιότητα αυτή των χρησιμοποιούμενων διατυπώσεων σε συνδυασμό με το γεγονός ότι αμέσως ανωτέρω στον ίδιο όρο (υπ' αρ. 4) γίνεται ρητή παραπομπή στον Ν. 5638/1932<sup>15</sup> κανένα περιθώ-

15 Βλ. το ως άνω παρατιθέμενο απόσπασμα του υπ' αρ. 4 όρου: «[...] θα είναι κοινή και θα διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 5638/1932 για τις καταθέσεις σε κοινό λογαριασμό όπως ισχύει [...]».

ριο αμφισβήτησης δεν αφήνει για την επέλευση των εννόμων συνεπειών που συνδέονται με τη συμπερίληψη στη σύμβαση του όρου του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932. Αντιστοίχως, ρητώς και αναμφιβόλως έχει συμφωνηθεί ο όρος του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932 και στη σύμβαση ανοίγματος του Λογαριασμού ως κοινού διαζευκτικού (ανωτέρω υπό Ι.Α.1).

3) Τα δικαιώματα των κληρονόμων του αποβιώσαντος Κ.Κ. επί του χρηματικού ποσού που ήταν κατατεθειμένο (κατά τον χρόνο του θανάτου του) στην Προθεσμιακή Κατάθεση

Αφ' ης στιγμής έχει συμπεριληφθεί στη σύμβαση ανοίγματος της Προθεσμιακής Κατάθεσης του Κ.Κ. και της Σ.Τ. ο όρος του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932 για την επέλευση της κατάθεσης, κατά τον θάνατο ενός εξ αυτών, στον επιζώντα συνδικαιούχο, με την πλήρωση της συμφωνηθείσας αναβλητικής αίρεσης επέρχονται οι έννομες συνέπειες που ανωτέρω (υπό ΙΙ.Α.1) εκτενώς αναλύθηκαν. Έτσι, η αίρεση που είχε τεθεί στην εν λόγω σύμβαση κοινού προθεσμιακού λογαριασμού που είχε ανοιχθεί στο όνομα του ιδίου και της συζύγου του Σ.Τ. πληρώθηκε την 1η Σεπτεμβρίου 2010<sup>16</sup>, με τον θάνατο του Κ.Κ., οπότε και η κατάθεση περιήλθε αυτοδικαίως στη συνδικαιούχο Σ. Τ. Η τελευταία απέκτησε την 1η Σεπτεμβρίου 2010 «εξ ιδίου δικαίου» δικαίωμα (και όχι βάσει κληρονομικής διαδοχής) επί του συνόλου της κατάθεσης, το οποίο έκτοτε ηδύνατο να ασκήσει κατά τη διακριτική της ευχέρεια και να αναλάβει οποτεδήποτε, πριν ή μετά τη λήξη της συμφωνηθείσας προθεσμίας, μέρος ή το σύνολο του κατατεθειμένου χρηματικού ποσού (ύψους κατά κεφάλαιο 300.000 ευρώ), με ή χωρίς τους τόκους (αναλόγως του χρόνου άσκησης του δικαιώματός της και της περαιτέρω συμφωνίας της με την Τράπεζα). Το γεγονός δε ότι στο πρόσωπο της συνδικαιούχου ετύγχανε να συμπίπτει και η ιδιότητα της κληρονόμου (ως συζύγου) του θανόντος είναι, σύμφωνα με όσα ανωτέρω αναφέρθηκαν, αδιάφορο για την κτήση αυτοτελούς δικαιώματος βάσει του όρου υπ' αρ. 4 της σύμβασης κατάθεσης και των διατάξεων του Ν. 5638/1932. Αντιστοίχως, οποιοδήποτε τυχόν ποσό ευρίσκετο, κατά τον χρόνο του θανάτου του Κ.Κ., κατατεθειμένο στον Λογαριασμό, θα περιερχόταν με τους ίδιους ως άνω όρους στη σύζυγό του και συνδικαιούχο αυτού.

Αντιθέτως, οι κληρονόμοι του αποβιώσαντος Κ.Κ., είτε κληρονομούν εξ αδιαθέτου είτε εκ διαθήκης, δεν αποκτούν κανένα δικαίωμα είτε επί της Προθεσμιακής Κατάθεσης και του κατατεθειμένου, κατά τον χρόνο του θανάτου του Κ.Κ. χρηματικού ποσού (ύψους κατά κεφάλαιο 300.000 ευρώ) είτε επί του Λογαριασμού και όποιου τυχόν χρηματικού ποσού ήταν σε αυτόν κατατεθειμένο κατά τον χρόνο του θανάτου

16 Ημερομηνία κατά την οποία εξακολουθούσε να βρίσκεται σε ισχύ η σύμβαση, αφού ως ημερομηνία λήξης της προθεσμιακής κατάθεσης είχε ορισθεί η 19η Οκτωβρίου 2010, ενώ στο ενδιάμεσο χρονικό διάστημα, σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά που τέθηκαν υπ' όψιν μου, δεν είχε ζητηθεί η πρόωγη εξόφληση του λογαριασμού. Εξόφληση ζητήθηκε το πρώτον την 21η Σεπτεμβρίου 2010, μεταγενεστέρως δηλαδή του θανάτου του Κ. Κ.

του, και καμία απαίτηση δεν γεννάται στο πρόσωπό τους ούτε έναντι της Τράπεζας ούτε έναντι της εναπομείνας συνδικαιούχου Σ.Τ. Οποιαδήποτε από τις ανωτέρω [υπό ΙΙ.Α.1 (γ)] εκτιθέμενες ερμηνευτικές εκδοχές και αν ακολουθήσει κανείς αναφορικά με τη συστηματική ερμηνεία των άρθρων 2 και 3 του Ν. 5638/1932<sup>17</sup>, αφ' ης στιγμής πρόκειται για σύμβαση που περιλαμβάνει τον όρο του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932, οι κληρονόμοι του Κ.Κ. (ο οποίος δεν ήταν, κατά τον χρόνο του θανάτου του, ο τελευταίος επιζών δικαιούχος) δεν υπεισέρχονται στην έννομη θέση του θανόντος ούτε στην εσωτερική του σχέση με την ετέρα συνδικαιούχο Σ.Τ. (σύμφωνα με το άρθρο 2 του Ν. 5638/1932 και τον σχετικό συμβατικό όρο που συμπεριελήφθη σε αμφότερες τις συμβάσεις υπό Ι.Α.1 και Ι.Α.2 ανωτέρω) ούτε στην εξωτερική του σχέση με την Τράπεζα (σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν. 5638/1932). Η μόνη προβλεπόμενη εξαίρεση, δηλ. η επιφύλαξη μέμψης τυχόν υποκρυπτόμενης δωρεάς ως αστόργου σε περίπτωση που προσβάλλεται το κληρονομικό δικαίωμα νομίμου μεριδούχου, σύμφωνα με το άρθρο 117 ΕισΝΑΚ, είναι άσχετη με την τεθείσα υπόψη μου περίπτωση.

Επομένως, όσον αφορά το χρηματικό ποσό της Προθεσμιακής Κατάθεσης αλληλά και το τυχόν υπόλοιπο του Λογαριασμού (ο οποίος χρεώθηκε για το άνοιγμα της Προθεσμιακής Κατάθεσης), και αφού στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν τίθεται ζήτημα προσβολής δικαιώματος νόμιμης μοίρας, δεν επέρχεται κληρονομική διαδοχή και οι κληρονόμοι του αποβιώσαντος δικαιούχου ούτε απαίτηση κατά της Τράπεζας για απόδοση μέρους ή του συνόλου του ποσού αποκτούν ούτε δικαίωμα αναγωγής κατά της συνδικαιούχου του θανόντος, Σ. Τ., διαθέτουν. Γι' αυτό και η ύπαρξη ή μη έγκυρης διάταξης τελευταίας βούλησης του θανόντος δικαιούχου είναι νομικά αδιάφορη ως προς την τύχη των εν λόγω καταθέσεων.

## Β. Επί του δεύτερου ερωτήματος

### 1) Το κύριο αίτημα της Αγωγής

Στην Αγωγή του (ανωτέρω υπό Ι.Α.5) το ενάγον φιланθρωπικό σωματείο «....» στρέφεται κατά της συζύγου του αποβιώσαντος Κ.Κ., Σ.Τ., και ζητεί, με το κύριο αίτημά του, την αναγνώριση του κληρονομικού του δικαιώματος ως προς την κληρονομία του αποβιώσαντος, και δη επί του ποσού των τριακοσίων χιλιάδων ευρώ (€ 300.000), κατατεθέντων, κατά τους ισχυρισμούς του, χάριν και υπέρ του ενάγοντος προς ενίσχυση του φιλανθρωπικού του έργου, σε προθεσμιακό λογαριασμό με αριθμό ... Το αίτημά του αυτό θεμελιώνει στην, κατά τους ισχυρισμούς του, εγκατάστασή του ως κληρονόμου δυνάμει σχετικού όρου στην από 18.01.2010 ιδιόγραφη διαθήκη του Κ.Κ., η οποία δημοσιεύθηκε διά του υπ' αρ. .... Πρακτικού Συνεδριά-

17 Οι οποίες διαφοροποιούνται στην πραγματικότητα μόνο ως προς την εφαρμογή του άρθρου 3 του Ν. 5638/1932 στην περίπτωση που στην υπό κρίση σύμβαση κοινού λογαριασμού δεν έχει συμφωνηθεί ο όρος του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932.

σεως του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (ανωτέρω υπό Ι.Α.4) και στην αντιποίηση, εκ μέρους της εναγομένης, του κατ' άρθρο 1710 ΑΚ κληρονομικού του δικαιώματος.

Εν προκειμένω, στις 18 Ιανουαρίου 2010 ο Κ.Κ. συνέταξε ιδιόγραφη διαθήκη, δυνάμει της οποίας εξεδήλωσε τη βούλησή του σχετικά με τη διάθεση, μετά τον θάνατό του, των περιουσιακών του στοιχείων και, συγκεκριμένα, μεταξύ άλλων, τη διάθεση στο Φιλανθρωπικό Σωματείο «...» του ποσού των 300.000 ευρώ, το οποίο – κατά τη σχετική δήλωση του διαθέτη – ευρίσκεται κατατεθειμένο σε προθεσμιακό λογαριασμό τηρούμενο στην Τράπεζα με αριθμό ..., υπό τον όρο της μη εκχωρήσεως του ως άνω ποσού σε τρίτο, της τήρησής του σε έντοκη κατάθεση με τον εκάστοτε επωφελέστρο ισχύοντα τόκο, του τελευταίου αποδοιμένου εφ' όρου ζωής στη σύζυγο του διαθέτη, Σ.Τ.

Ο ως άνω όρος της διαθήκης, είτε ερμηνευθεί ως καταλαμβάνων το χρηματικό ποσό των 300.000 ευρώ που, κατά τον χρόνο του θανάτου του κληρονομούμενου, βρισκόταν κατατεθειμένο στην Προθεσμιακή Κατάθεση (η οποία είχε ανοιχθεί με χρέωση του υπ' αρ. ... Λογαριασμού) είτε ως καταλαμβάνων το όποιο υπόλοιπο έως του ποσού των 300.000 ευρώ που, κατά τον χρόνο του θανάτου του κληρονομούμενου, ενδεχομένως βρισκόταν κατατεθειμένο στον υπ' αρ. ... Λογαριασμό, δεν απονέμει στο «τιμώμενο» φιλανθρωπικό σωματείο την ιδιότητα του κληρονόμου του θανόντος Κ. Κ. ως προς το ποσό αυτό. Και αυτό διότι, όπως αναλυτικά επεξηγήθηκε ανωτέρω, αναφορικά με χρηματικό ποσό, το οποίο, κατά τον χρόνο θανάτου ενός εκ των δικαιούχων, βρίσκεται κατατεθειμένο σε κοινό λογαριασμό<sup>18</sup> δεν επέρχεται κληρονομική διαδοχή, όταν στη σχετική σύμβαση κατάθεσης έχει τεθεί ο όρος του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932 για την περιέλευση της κατάθεσης στον/us επιζώντα/ες συνδικαιούχο/ους. Εξάλλου, το εν λόγω φιλανθρωπικό σωματείο δεν έχει δικαίωμα νόμιμης μοίρας κατά την ΑΚ 1825, οπότε δεν τίθεται ζήτημα προστασίας του με την ΕισΝΑΚ 117.

Κατά συνέπεια, το ενάγον φιλανθρωπικό σωματείο «...» δεν απέκτησε ποτέ κληρονομικό δικαίωμα, κατά την ΑΚ 1710, επί του χρηματικού ποσού των 300.000 ευρώ που βρισκόταν κατατεθειμένο, κατά τον χρόνο του θανάτου του Κ. Κ., στην Προθεσμιακή Κατάθεση, διότι η έννομη σχέση του θανόντος που απορρέει από την εν λόγω σύμβαση κατάθεσης κατέστη ακληρονόμητη δυνάμει του συμπεριληφθέντος σε αυτήν όρου του άρθρου 2 του Ν. 5638/1932 και η συνδικαιούχος (και σύζυγός του) απέκτησε αυτοδικαίως δικαίωμα επί του συνόλου της κατάθεσης κατά τις διατάξεις του Ν. 5638/1932. Το ίδιο állηλωσε θα ίσχυε ακόμη και όσον αφορά τον υπ' αρ. ... Λογαριασμό (ο οποίος και χρεώθηκε, σε χρόνο προγενέστερο του θανάτου του Κ. Κ., για το άνοιγμα της Προθεσμιακής Κατάθεσης). Επομένως, η Αγωγή είναι αβάσιμη κατά το κύριο αίτημά της.

18 Όπως εν προκειμένω ήταν τόσο ο Λογαριασμός (ανωτέρω υπό Ι.Α.1), ο οποίος εξυπηρετούσε την Προθεσμιακή Κατάθεση όσο και η ίδια η Προθεσμιακή Κατάθεση (ανωτέρω υπό Ι.Α.2).

## 2) Το επικουρικό αίτημα της Αγωγής

Περαιτέρω, με την Αγωγή του και κατά το επικουρικό της αίτημα, το ενάγον νομικό πρόσωπο ζητά την αναγνώριση της πρόθεσης και της, διά της καταθέσεως στον τραπεζικό λογαριασμό, συντελέσεως της δωρεάς προς το ενάγον σωματείο, για την εξυπηρέτηση του σκοπού του. Το αίτημά του αυτό στηρίζει το ενάγον στον ισχυρισμό του ότι, από τη διατύπωση του σχετικού όρου της διαθήκης προκύπτει, μεθ' ερμηνείας, ότι ο θανών είχε δηλώσει προς το σωματείο τη βούλησή του για τη δωρεά του ως άνω ποσού, το οποίο (ποσό) ακολούθως εδώρησε στο σωματείο διά της καταθέσεως του χρηματικού ποσού των 300.000 ευρώ σε τραπεζικό λογαριασμό, τη δε δωρεά αποδέχθηκε το σωματείο, αναπληρουμένης τοιουτοτρόπως της έλλειψης του απαιτούμενου τύπου.

Η σύμβαση της δωρεάς εν ζωή, την οποία φαίνεται να επικαλείται το ενάγον για τη θεμελίωση του επικουρικού αιτήματος της Αγωγής του, διέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 496 επ. ΑΚ. Ως δωρεά ορίζεται στο άρθρο 496 ΑΚ η παροχή *σε κάποιον* ενός περιουσιακού αντικειμένου, η οποία γίνεται κατά τη *συμφωνία των μερών* χωρίς αντάλλαγμα. Για τη σύστασή της απαιτείται κατ' αρχήν συμβολαιογραφικό έγγραφο, η έλλειψη όμως του οποίου αναπληρώνεται επί δωρεάς κινητού πράγματος, εάν ο δωρητής παραδώσει το πράγμα *στον δωρεοδόχο* (ΑΚ 498). Η δωρεά αποτελεί επομένως σύμβαση, δυνάμει της οποίας συμφωνείται η παροχή ενός περιουσιακού αντικειμένου από τον δωρητή στον δωρεοδόχο. Η εκτέλεσή της, δηλαδή η παράδοση του δωρηθέντος στον δωρεοδόχο, αναπληρώνει την έλλειψη του απαιτούμενου συμβολαιογραφικού τύπου.

Επομένως, το επικουρικό αίτημα της Αγωγής, ακόμη και αν κριθεί ορισμένο, είναι αβάσιμο, διότι δεν νοείται δωρεά χρηματικού ποσού προς το σωματείο διά της καταθέσεως του εν λόγω ποσού όχι σε τραπεζικό λογαριασμό του δωρεοδόχου αλλήλ σε λογαριασμό του ίδιου του δωρητή και μάλιστα όχι ατομικό αλλήλ κοινό, με συνδικαιούχο τρίτο πρόσωπο (τη σύζυγό του), διάφορο – και πάλη – του προσώπου του υποτιθέμενου δωρεοδόχου.

## III. Συμπεράσματα

### 1) Επί του πρώτου ερωτήματος

Οι κληρονόμοι του αποβιώσαντος Κ.Κ., είτε κληρονομούν εκ διαθήκης ή εξ αδιαθέτου, δεν έχουν κανένα δικαίωμα επί του χρηματικού ποσού της Προθεσμιακής Κατάθεσης, που ο θανών διατηρούσε με τη σύζυγό του Σ.Τ., ή και επί του Λογαριασμού που εξυπηρετούσε την Προθεσμιακή αυτή Κατάθεση, με την επιφύλαξη τυχόν προσβολής δικαιωμάτων τους ως νομίμων μεριδούχων. Το σύνολο της κατάθεσης των δύο κοινών λογαριασμών περιήλθε αυτοδικαίως, από τον θάνατο του Κ.Κ., στην επιζώσα συνδικαιούχο του Σ.Τ., σύμφωνα με τους όρους που συμφωνήθηκαν στην

αντίστοιχη σύμβαση κατάθεσης και τις διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του Ν. 5638/1932.

2) Επί του δεύτερου ερωτήματος

Η αγωγή είναι αβάσιμη στο σύνολό της και δη τόσο κατά το κύριο αίτημά της, αφού, όπως προκύπτει από την απάντηση επί του προηγούμενου ερωτήματος, ουδέποτε το ενάγον απέκτησε κληρονομικό δικαίωμα επί της χρηματικής κατάθεσης του ποσού των 300.000 ευρώ και ουδέποτε η σύζυγος του θανόντος και συνδικαιούχος του στην Προθεσμιακή Κατάθεση (αίληά και στον Λογαριασμό) αντιποιήθηκε τέτοιο δικαίωμα του ενάγοντος, όσο και κατά το επικουρικό αίτημά της, διότι δεν θεμελιώνεται στον νόμο σύναψη και εκτέλεση σύμβασης δωρεάς με παράδοση του δωρηθέντος περιουσιακού αντικειμένου (εν προκειμένω του χρηματικού ποσού) σε πρόσωπο διάφορο του δωρεοδόχου.



## Η έννοια των αποθεματικών του άρθρου 13 § 4 στ. α' κ.ν. 2190/1920

Η ορολογική πολυσημία στο δίκαιο είναι γνωστό φαινόμενο. Μια από τις συχνές μορφές εμφάνισής της είναι η διαφοροποίηση όρων σε ειδικές διατάξεις σε σχέση με τη γενική έννοια των όρων αυτών. Αυτό συμβαίνει συχνά στο εμπορικό δίκαιο, όπου απαντώνται όροι του αστικού δικαίου, στους οποίους όμως προσδίδεται κατά περίπτωση διαφορετικό νόημα. Έτσι π.χ. ο «συμψηφισμός» στον ισολογισμό κονδυλίων ενεργητικού και παθητικού (άρθρο 16 § 9 ν. 4308/2014) δεν είναι βέβαια ο συμψηφισμός του άρθρου 440 ΑΚ, ούτε η πτωχευτική «διεκδίκηση» του άρθρου 38 ν. 3588/2007 είναι η διεκδίκηση του άρθρου 1094 ΑΚ. Το φαινόμενο παρατηρείται συχνά και εγγράφεται είτε στη γνωστή «ειδικότητα» του εμπορικού δικαίου<sup>1</sup> είτε σε ιδιότροπη (παραδοσιακή) ορολογία είτε ακόμη και σε ενσωμάτωση εννοιών του ενωσιακού δικαίου, δεν δημιουργεί όμως μείζονα προβλήματα, διότι η διαφοροποίηση τις περισσότερες φορές είναι ευδιάκριτη, και δεν εμποδίζει την ερμηνεία.

Λιγότερο ευδιάκριτη όμως είναι η ενδοσυστηματική (εντός δηλ. του εμπορικού δικαίου) διακύμανση όρων, όπου το βάθος και το πλάτος μιας γενικής έννοιας διαφοροποιείται κατά περίπτωση, καμιά φορά μάλιστα απροειδοποίητα, ανάλογα με τη χρήση της σε επιμέρους διατάξεις. Βασικός λόγος της διαφοροποίησης αυτής είναι (κατά κανόνα) η τελολογική ερμηνεία. Ένα τέτοιο παράδειγμα θα αναφερθεί στην παρούσα εργασία, αφιερωμένη στη σεπτή μνήμη του τιμώμενου *Καθηγητή Λεωνίδα Γεωργακόπουλου*, που με πολλούς τρόπους και επί πολλής δεκαετίας εισέφερε αποφασιστικά στο ελληνικό (και όχι μόνο) εμπορικό (και όχι μόνο) δίκαιο.

### Ι. Η έκτακτη αύξηση κεφαλαίου και το άρθρο 13 § 4 στ. α' κ.ν. 2190/1920

1. Οι διατάξεις του άρθρου 13 §§ 1 και 2 κ.ν. 2190/1920<sup>2</sup> επιτρέπουν έναν ταχύ και απλό τρόπο αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου της ανώνυμης εταιρίας («έκτακτη αύξηση»), παρέχοντας τη δυνατότητα στο διοικητικό συμβούλιο (αντί της γενικής συνέλευσης) ή στη γενική συνέλευση μεν, αλλήλα με απλή απαρτία και πλειοψηφία, να

\* Ομότιμος Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος.

1 Βλ. *Γεωργακόπουλο*, Εγχειρίδιο εμπορικού δικαίου, Γενικό μέρος, 1995, σ. 2.

2 Στα επόμενα παραπομπές χωρίς ένδειξη νόμου θα εννοούνται παραπομπές στον κ.ν. 2190/1920.

αποφασίζουν την αύξηση. Η αύξηση αυτή, κατά «ανορθόδοξον μέθοδον», όπως παρατηρούσε ο *Λεωνίδας Γεωργακόπουλος*<sup>3</sup>, δεν αποτελεί τροποποίηση του καταστατικού (άρθρο 13 § 4 στ. β'), με την έννοια ότι δεν απαιτείται διοικητική έγκριση της απόφασης, όπου αυτή αξιώνεται από το νόμο, και άρα λαμβάνει άμεσα υπόσταση<sup>4</sup>.

2. Επειδή ουσιαστικά οι παραπάνω διατάξεις ενισχύουν την εξουσία της πλειοψηφίας του 51%, ενώ μειώνουν τις δυνατότητες σχηματισμού «παρακωλυτικής» μειοψηφίας, ο νόμος εξαρτά τη δυνατότητα της έκτακτης αύξησης από ορισμένες θετικές και αρνητικές προϋποθέσεις. Και θετικές μεν είναι εκείνες που ορίζουν τους όρους (ποσοτικούς ή χρονικούς), υπό τους οποίους επιτρέπεται η έκτακτη αύξηση, ενώ αρνητικές είναι ορισμένες περιστάσεις που δεν πρέπει να συντρέχουν προκειμένου η έκτακτη αύξηση να είναι επιτρεπτή.

3. Κατ' εξοχήν αρνητική προϋπόθεση είναι η αναγραφόμενη στο άρθρο 13 § 4 στ. α', κατά το οποίο: «*Κατ' εξαίρεση των διατάξεων των ανωτέρω παρ. 1 και 2, όταν τα αποθεματικά της εταιρίας υπερβαίνουν το ένα τέταρτο (1/4) του καταβεβλημένου μετοχικού κεφαλαίου, για την αύξηση αυτού απαιτείται απόφαση της γενικής συνέλευσης, λαμβανόμενη σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 29 § 3 και 31 παρ. 2 του παρόντος και ανάλογη τροποποίηση του σχετικού με το μετοχικό κεφάλαιο άρθρου του καταστατικού*». Με άλλα λόγια, αν τα αποθεματικά υπερβαίνουν το 1/4 του κεφαλαίου<sup>5</sup>, η έκτακτη αύξηση κεφαλαίου δεν είναι επιτρεπτή και απομένει ανοικτή μόνο η κανονική οδός της αύξησης, μέσω δηλ. της καταστατικής γενικής συνέλευσης με αυξημένη απαρτία και πλειοψηφία. Σε τέτοια περίπτωση, ο σχηματισμός παρακωλυτικής μειοψηφίας είναι ευχερέστερος.

4. Για την ερμηνεία της διάταξης θα πρέπει να διευκρινισθεί η λογική του περιορισμού που εισάγεται, γιατί δηλ. η ύπαρξη σημαντικών αποθεματικών παρακωλύει την έκτακτη αύξηση. Όπως γενικά παρατηρείται, ο λόγος αυτός συνδέεται με την ευρωστία της εταιρίας, δηλ. την καλή οικονομική της κατάσταση, η οποία δεν δικαιολογεί την κεφαλαιακή της ενίσχυση με έκτακτες διαδικασίες<sup>6</sup>. Υποστηρίζεται μάλιστα<sup>7</sup>, ότι η ευρωστία της εταιρίας τεκμαίρεται από το ύψος των αποθεματικών.

5. Ενδιαφέρον είναι να προσδιορισθεί τι ακριβώς υποκρύπτει το κλάσμα 1/4, όπου αριθμητής μεν είναι τα αποθεματικά, παρονομαστής δε το κεφάλαιο. Ο αριθμοδείκτης αυτός δεν είναι συχνός, ενδεικτικό δε τούτου είναι ότι δεν περιλαμβάνεται καν

3 Το δίκαιον των εταιριών, τόμος II, 1972, σ. 409.

4 Βλ. *Γεωργακόπουλο*, ό.π., σ. 410: «Τούτο όντως λέγει το άρθρον 13 § 4 ν. 2190/1920, αντί να περιορίζεται να λέγη ότι η τοιαύτη αύξησης κεφαλαίου είναι μεν τροποποίησης του καταστατικού, αλλήδ δεν απαιτείται να εγκριθί υπό του υπουργού».

5 Λαμβάνεται υπόψη το σύνολο του καταβεβλημένου κεφαλαίου, αρχικού ή αυξηθέντος, βλ. *Γεωργακόπουλο*, ό.π., σ. 415.

6 Βλ. π.χ. *Κ. Παμπούκη*, Δίκαιο ανώνυμης εταιρίας, τεύχος β', 1994, σ. 169, *Ψαρουδάκη*, εις Αντωνόπουλου/Μούζουλη (επιμ.), Ανώνυμες εταιρίες, 2013, υπό 13 αρ. 16, *Τριανταφυλλιάκη*, Το κεφάλαιο και οι μεταβολές του στην α.ε., 2012, σ. 100, *Σιδηρόπουλο*, Η έκτακτη αύξηση κεφαλαίου στην α.ε., 2008, σ. 32.

7 *Τριανταφυλλιάκης*, ό.π., σ. 101, *Σιδηρόπουλος*, ό.π., υποσ. 42.

στους αριθμοδείκτες του – καταρχήν<sup>8</sup> καταργηθέντος – Ελληνικού Γενικού Λογιστικού Σχεδίου («ΕΓΛΣ», έκδ. ΚΕΠΕ 1987, σ. 457 επ.)<sup>9</sup>. Δεδομένου όμως ότι τα αποθεματικά σχηματίζονται εκ κερδών (βλ. άρθρο 44 κ.ν. 2190/1920<sup>10</sup>), η σχέση αποθεματικών προς κεφάλαιο δείχνει την αποδοτικότητα της εταιρίας και μάλιστα όχι μόνο πριν, αλλά και μετά τη διανομή του μερίσματος, αφού αποθεματικό μπορεί να σχηματισθεί και ως έκτακτο ή εκούσιο, αφού δηλ. οι μέτοχοι λάβουν το πρώτο μέρισμα. Με άλλα λόγια, ο νομοθέτης θεωρεί ότι όσο μεγαλύτερα είναι τα αποθεματικά σε σχέση με το κεφάλαιο τόσο μεγαλύτερη πρέπει να υπήρξε η κερδοφορία της και συνεπώς η αποδοτικότητα των κεφαλαίων που τοποθετήθηκαν στην εταιρία (η απόδοση δηλ. της επένδυσης των μετόχων) και άρα τόσο μικρότερη είναι η ανάγκη προσφυγής στην έκτακτη αύξηση κεφαλαίου. Εκφραζόμενο αυτό με μη λογιστικούς όρους σημαίνει ότι η έκτακτη αύξηση κεφαλαίου δεν είναι εφικτή, όταν με τη (διαπιστωμένη) καλή της πορεία η εταιρία δεν έχει ανάγκη ταχείας διαδικασίας για την αύξηση του κεφαλαίου της. Σε τέτοιες περιπτώσεις μάλιστα δεν αποκλείεται ο νομοθέτης να υποπτεύεται ότι η επιλογή της έκτακτης αύξησης κεφαλαίου υποκρύπτει πρόθεση αποδυνάμωσης της μειοψηφίας.

6. Πρόκειται συνεπώς για ένα δυναμικό κριτήριο: Δεν ανιχνεύεται στατικά η καλή περιουσιακή κατάσταση της εταιρίας, το μέγεθος δηλ. του καθαρού ενεργητικού της, ή η καλή οικονομική της διάρθρωση, αλλά η αποδοτικότητά της. Και ενώ, αν η εταιρία είναι ζημιογόνα, μπορεί να τίθεται θέμα κατάχρησης της μετοχικής μειοψηφίας, που δεν στέργει στην αύξηση του κεφαλαίου<sup>11</sup>, πράγμα που συμβαδίζει με τη σκέψη της μικρότερης πλειοψηφίας για να ληφθεί η περί αυξήσεως απόφαση, όταν η εταιρία είναι κερδοφόρα, ο νόμος τεκμαίρει ότι οι αντιρρήσεις των μετόχων σε περαιτέρω χρηματοδότηση της εταιρίας είναι θεμιτές και ότι συνεπώς θα πρέπει να αξιώνεται υψηλότερη πλειοψηφία. Οι παρατηρήσεις αυτές έχουν ερμηνευτική αξία, διότι προσανατολίζουν τη συζήτηση σε σχέση με το σκοπό του νόμου και επιτρέπουν τη χρήση της κερδοφορίας ως κριτηρίου.

7. Για να δικαιολογηθεί ο περιορισμός τον οποίο εισάγει η § 4 στ. α', προβάλλεται και μια άλλη δικαιολογία, βασισμένη στην αρχή της προστασίας των υφιστάμενων μετόχων, υπό άλλη έννοια όμως. Υποστηρίζεται δηλ. ότι, όταν υπάρχουν μεγάλα αποθεματικά της εταιρίας, είναι άδικο «να καρπωθούν την καλή της κατάσταση τρίτοι, μπαίνοντας στην εταιρία μ' εύκολο τρόπο»<sup>12</sup>. Οι υφιστάμενοι δηλ. μέτοχοι της εταιρίας βλάπτονται με την είσοδο των νέων μετόχων, που καρπώνονται τα αποθε-

8. Πρβλ. άρθρα 38 § 3 στ', αλλά και 3 § 9 ν. 4308/2014.

9. Το ισχύον νομοθέτημα (ν. 4308/2014) για τα Ελληνικά Λογιστικά Πρότυπα δεν περιέχει κεφάλαιο για αριθμοδείκτες.

10. Βλ. ενδεικτικά *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές εταιρίες, 2012, σ. 425, *Πασσιά*, Το δικαίον της α.ε., β', 1969, σ. 853, *Δρυλληράκη*, εις ΔικΑΕ 2010, υπό 44, 1.

11. Βλ. ενδεικτικά *Περάκη*, Η θέση του μετόχου της μειοψηφίας στην αναδιάρθρωση των επιχειρήσεων, εις: Αλεξανδρουπούλου/Γιαννακούρου (επιμ.), Αναδιάρθρωση επιχειρήσεων, 2015, σ. 19.

12. *Κ. Παμπούκης*, ό.π., βλ. επίσης *Σιδηρόπουλο*, ό.π.

ματικά οπότε και θα πρέπει η αύξηση κεφαλαίου να αποφασίζεται «με δύσκολο τρόπο», δηλ. με αυξημένη πλειοψηφία. Η άποψη αυτή είναι εκ πρώτης όψεως εύλογη, αφού πράγματι δεν είναι θεμιτό οι τρίτοι να εισέρχονται σε μια εταιρία, επωφελοούμενοι των υψηλών αποθεματικών που τυχόν έχει, αναφέρεται όμως σε πρόβλημα που ανακύπτει σε κάθε περίπτωση αύξησης, όπου υπάρχουν (κυρίως) αφανή αποθεματικά, και που αντιμετωπίζεται με συγκεκριμένους μηχανισμούς, όπως είναι το δικαίωμα προτίμησης, η έκδοση μετοχών υπέρ το άρτιο, καθώς και ο έλεγχος από άποψη καταχρηστικότητας (ΑΚ 281) τόσο της ανάγκης της αύξησης σε σχέση με τη θέση και τις οικονομικές αντοχές της μειοψηφίας, όσο και της τιμής έκδοσης<sup>13</sup>. Όμως το δικαίωμα προτίμησης και τα λοιπά μέσα θεραπείας ισχύουν έτσι κι αλλιώς και στην έκτακτη αύξηση<sup>14</sup>, ώστε για την προστασία των παλαιών μετόχων να μη χρειάζεται η § 4 στ. α'. Και ναι μεν το δικαίωμα προτίμησης μπορεί να περιορισθεί ή να καταργηθεί και στην έκτακτη αύξηση, αυτό όμως πρέπει να γίνει (λόγω της αδιάσπικτης διατύπωσης του άρθρου 13 § 10) μόνο από τη γενική συνέλευση (όχι από το δ.σ.) και μάλιστα με αυξημένη απαρτία και πλειοψηφία<sup>15</sup>. Υποστηρίζεται μάλιστα<sup>16</sup>, ότι η περί περιορισμού του δικαιώματος προτίμησης απόφαση της γενικής συνέλευσης (με αυξημένη πλειοψηφία) πρέπει να ληφθεί πριν από την απόφαση της έκτακτης αύξησης. Από την άποψη αυτή συνεπώς και στην έκτακτη αύξηση του κεφαλαίου ισχύει η προστασία για τους μετόχους που ισχύει και για την κανονική αύξηση, και άρα ο περιορισμός της § 4 στ. α' του άρθρου 13, που ισχύει ειδικά στην έκτακτη αύξηση, δεν μπορεί να έχει ως ειδικό δικαιολογητικό λόγο την προστασία των μετόχων. Αλλιώς και αντίστροφα: Από τη στιγμή που η εταιρία έχει άμεση και πιεστική ανάγκη ρευστότητας (παρά την ύπαρξη πολλών αποθεματικών) και τρίτο πρόσωπο είναι έτοιμο να παράσχει κεφάλαια, προς τούτο δε η εταιρία επιθυμεί να περιορίσει ή και να καταργήσει το δικαίωμα προτίμησης, δεν είναι σωστό τα αποθεματικά να αποτελούν ειδικά στην περίπτωση αυτή τροχοπέδη, απλώς και μόνο διότι η αύξηση αποφασίζεται ως «έκτακτη», αφού το ίδιο θα συνέβαινε και αν η αύξηση ήταν «τακτική». Φαίνεται λοιπόν ότι η συμμετοχή τρίτων στο κεφάλαιο (και στα αποθεματικά) ή θα μπορεί να εξισορροπηθεί με το δικαίωμα προτίμησης και τον έλεγχο της τιμής έκδοσης ή θα πρέπει να διευκολυνθεί, όταν για τη διάσωση της εταιρίας συντρέχει πιεστική ανάγκη κεφαλαίων, χωρίς σκέψεις σχετιζόμενες με το ύψος των αποθεματικών.

8. Συμπέρασμα των παραπάνω είναι ότι η βασική δικαιολογία και στόχος της § 4 στ. α' του άρθρου 13 κ.ν. 2190/1920 είναι η αποθάρρυνση της εταιρίας να κατα-

13 Χαρακτηριστικό είναι το υποστηριζόμενο (βλ. *Αντωνόπουλο*, Δίκαιο Α.Ε. και ΕΠΕ, 2012, σ. 203, *Τριανταφυλλιάκη*, ό.π., σ. 100, *Σιδηρόπουλο*, ό.π.), ότι αν οι νέες μετοχές διατεθούν κατά προτίμηση στους παλαιούς μετόχους, ο σκοπός της διάταξης της § 4 αργεί και ο περιορισμός λόγω αποθεματικών δεν ισχύει.

14 Αναμφίβοτα, βλ. π.χ. *Αντωνόπουλο*, ό.π., 2012, σ. 202, *Τριανταφυλλιάκη*, ό.π., σ. 102.

15 *Τριανταφυλλιάκης*, ό.π., σ. 102.

16 *Σιδηρόπουλος*, ό.π., σ. 133. Βλ. όμως και *Ψαρουδάκη*, εις *Αντωνόπουλου/Μούζουλα*, *Ανώνυμες Εταιρίες*, 2013, υπό 13, 64 επ., που εύλογα τονίζει τις δυσκολίες της λύσης αυτής.

φεύγει στην απλή και επείγουσα διαδικασία της έκτακτης αύξησης κεφαλαίου, όταν η καλή πορεία και η αποδοτικότητα της δεν δικαιολογούν τη βιασύνη και την εξουδετέρωση της παρακωλυτικής μειοψηφίας. Η πρόσθετη δικαιολογία (της προστασίας των μετόχων) δεν είναι απαραίτητη.

## II. Το άρθρο 13 § 4 στ. α' κ.ν. 2190/1920 στην περίπτωση του ομολογιακού δανείου

1. Ενδιαφέρον έχει να εξετασθεί το ζήτημα στην παρόμοια περίπτωση του ομολογιακού δανείου: Ενώ για την έκδοση ομολογιακού δανείου αρμόδια είναι καταρχήν η γενική συνέλευση (άρθρο 1 § 2 ν. 3156/2003), προβλέπονται εξαιρέσεις υπέρ του διοικητικού συμβουλίου<sup>17</sup>. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 3α § 1 β' κ.ν. 2190/1920: *«Το διοικητικό συμβούλιο μπορεί να αποφασίζει την έκδοση ομολογιακού δανείου με μετατρέψιμες ομολογίες υπό τις προϋποθέσεις της παρ. 1 του άρθρου 13»*. Εξάλλου σύμφωνα με τη γενικότερη διάταξη του άρθρου 1 § 2 ν. 3156/2003 για τα ομολογιακά δάνεια (διάταξη γενικότερη διότι αφορά όλα τα ομολογιακά δάνεια): *«...Με την επιφύλαξη των διατάξεων των άρθρων 8 και 9, το καταστατικό μπορεί να ορίζει ως αρμόδιο όργανο για την έκδοση του ομολογιακού δανείου και το διοικητικό συμβούλιο. Η αρμοδιότητα αυτή του διοικητικού συμβουλίου δεν μεταβιβάζεται. Με ειδική απόφαση της γενικής συνέλευσης, η οποία υπόκειται στις διατυπώσεις δημοσιότητας του άρθρου 7β του κ.ν. 2190/1920, η πιο πάνω αρμοδιότητα μπορεί να μεταβιβάζεται στο διοικητικό συμβούλιο και να ανανεώνεται κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 13 παρ. 1 εδάφ. γ' του κ.ν. 2190/1920»*.

2. Παρατηρείται ότι οι διατάξεις αυτές επιτρέπουν να παραχωρείται στο διοικητικό συμβούλιο η εξουσία έκδοσης ομολογιακού δανείου και ειδικότερα μετατρέψιμου ομολογιακού δανείου, με παραπομπή στις προϋποθέσεις της έκτακτης αύξησης κεφαλαίου του άρθρου 13, ειδικότερα δε στις διατάξεις της § 1 του άρθρου 13. Αντίθετα, παραπομπή δεν γίνεται και σε άλλες διατάξεις, ιδιαίτερα δε την § 4, και συνεπώς τίθεται το ερώτημα, αν η εξουσία του διοικητικού συμβουλίου να αποφασίσει την έκδοση ομολογιακού δανείου, και μάλιστα μετατρέψιμου, ισχύει και στην περίπτωση όπου τα αποθεματικά της εταιρίας υπερβαίνουν το ¼ του κεφαλαίου.

3. Παρά την έλλειψη ρητής παραπομπής, έχει διατυπωθεί η άποψη<sup>18</sup>, ότι η § 4 πρέπει να εφαρμόζεται και εδώ. Η μη παραπομπή στην § 4 οφείλεται κατά το συγγραφέα σε «προφανή παραδρομή του νομοθέτη που παρέλειψε από αβληψία, και

17 Η έκδοση ομολογιακού δανείου από τη γ.σ. αποφασίζεται κατά κανόνα με απλή απαρτία και πλειοψηφία, εκτός αν πρόκειται για μετατρέψιμο δάνειο ή για δάνειο με συμμετοχή στα κέρδη. Στην περίπτωση αυτή όμως δεν προβλέπεται και δυνατότητα απόφασης της γ.σ. με απλή απαρτία και πλειοψηφία. Βλ. *Στοικό*, εις Αντωνόπουλου/Μούζουλη, *Ανώρυμες Εταιρίες*, 2013, υπό 3α, 14.

18 *Κουλουριάνος*, Η έκδοση ομολογιακού δανείου με μετατρέψιμες μετοχές στο εταιρικό δίκαιο, 2013, σ. 178.

όχι συνειδητά, την παραπομπή και στην § 4 του άρθρου 13». Κατά το συγγραφέα η πραγματική νομοθετική βούληση ήταν «να ενεργοποιούνται στην έκτακτη έκδοση μετατρέψιμου ομολογιακού δανείου το σύνολο των περιορισμών του νόμου για την έκτακτη αύξηση κεφαλαίου, αφού σε αμφότερες τις περιπτώσεις η απόφαση που λαμβάνει το δ.σ. (μπορεί να) επιφέρει το ίδιο αποτέλεσμα, ήτοι τη διεύρυνση της μετοχικής σύνθεσης της εταιρίας». Η άποψη αυτή ξεπερνά το σκόπελο του γράμματος του νόμου με αναφορά στο σκοπό της § 4, που όμως, σύμφωνα με την άποψη που αναφέρθηκε παραπάνω, σχετίζεται με την ανάγκη μη συμμετοχής τρίτων στα αποθεματικά της εταιρίας «με εύκολο τρόπο». Σε σχέση με την αιτιολογία αυτή, όσα (κριτικά) ελήχθησαν παραπάνω ισχύουν και εδώ. Σε κάθε περίπτωση όμως, η αδιάκριτη μεταφορά της διάταξης (ως έχει) στην έκδοση μετατρέψιμου ομολογιακού δανείου είναι αμφίβολη. Ειδικό πρόβλημα της μεταφοράς αυτής είναι το ότι η μετατροπή σε μετοχές δεν είναι άμεση, αλλήλ υπό προθεσμία, δηλ. συντελείται σε ένα μελλοντικό χρονικό σημείο, όπου δεν είναι σίγουρο αν τα σημερινά αποθεματικά – γενικότερα δε η σημερινή εξ υποθέσεως καλή οικονομική κατάσταση της εταιρίας – θα διατηρηθούν. Έτσι είναι αμφίβολο αν, για την εφαρμογή της § 4 στα ομολογιακά δάνεια, θα είναι επιτρεπτό να γίνει προβολή της παρούσας οικονομικής κατάστασης και της αποδοτικότητας της εταιρίας στο μέλλον και συγκεκριμένα στο χρόνο της προγραμματιζόμενης μετατροπής, ώστε να κριθεί αν η § 4 στ. α' θα πρέπει να εφαρμοσθεί.

### III. Το εύρος της έννοιας «αποθεματικά»

Κατά την ερμηνεία του άρθρου 13 § 4 α', βασικό ζήτημα είναι η έννοια των «αποθεματικών» και εδώ τίθεται το ζήτημα της ορολογικής σχετικότητας, που αναφέρθηκε στην αρχή της παρούσας εργασίας. Ο νόμος δεν εξειδικεύει ποια αποθεματικά πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, αφού αναφέρεται γενικά στα «αποθεματικά της εταιρίας», φανερό όμως είναι ότι ο σκοπός της διάταξης, όπως αναλύθηκε παραπάνω, αποτελεί οδηγό για να κριθούν ορισμένες ιδιάζουσες μορφές.

Από τη μία πλευρά, μπορεί να κρατηθεί καταρχήν η διατύπωση της ολομέλειας του ΑΠ, κατά την οποία: «Η έννοια του ως άνω όρου "τα αποθεματικά" είναι ότι εις αυτά περιλαμβάνονται μόνο τα κατά τον νόμον ή το καταστατικόν ή συνεπεία αποφάσεως της γενικής συνελεύσεως δημιουργούμενα και δυνάμενα να εμφανίζονται εις τον ισολογισμόν της εταιρίας». Παρά τη στενή διατύπωση («μόνο») που υιοθετεί, ο ΑΠ δεν εισάγει εξαιρέσεις. Επομένως ως αποθεματικά θα πρέπει να θεωρηθούν όλα τα αποθεματικά και μάλιστα όχι μόνο το τακτικό, αλλήλ και τα έκτακτα (καταστατικά, προαιρετικά κ.λπ.)<sup>19</sup>. Προφανώς εξαιρούνται τα αφανή, τα οποία «δεν εμφανίζονται»

19 Βλ. Σιδηρόπουλο, ό.π., σ. 34.

στον ισολογισμό, τούτο δε διότι δεν μπορεί να διαγνωσθεί εύκολα η ύπαρξή τους και το ύψος τους και διότι διαφορετικά θα ανέκυπτε πλήρης ανασφάλεια δικαίου<sup>20</sup>. Από την άλλη πλευρά είναι ενδιαφέρον να εξετασθούν (παραδειγματικά και μόνο) ορισμένες περιπτώσεις που μπορεί μεν να ονομάζονται «αποθεματικά», δεν είναι όμως τέτοια στην πραγματικότητα, διότι δεν προέρχονται εκ κερδών, αλλήλ σχηματίζονται κατ' άλλον τρόπο (πρβλ. τη γερμανική διάκριση «αποθεματικών εκ κερδών» ("Gewinnrücklagen") και «αποθεματικών κεφαλαίου» ("Kapitalrücklagen") εις §§ 270 κ.ά. HGB)<sup>21</sup>. Προς τούτο μάλιστα θα πρέπει να υπομνησθεί το προλεχθέν, ότι δηλ. το κριτήριο για την εφαρμογή της § 4 είναι η κερδοφορία και άρα η αποδοτικότητα της εταιρίας. Θα πρέπει δηλ. η έννοια των αποθεματικών να προσαρμοσθεί στο σκοπό του νόμου, κατά τον οποίο η καταφυγή στην έκτακτη αύξηση δεν δικαιολογείται, όταν η σχέση αποθεματικών/κεφαλαίου δείχνει μια κερδοφόρο εταιρία. Με αυτό ως βάση, είναι δυνατόν να γίνουν ορισμένες σκέψεις για το αν συνιστούν αποθεματικά κατά την έννοια της § 4 και ορισμένα κονδύλια που εμφανίζονται μεν στον ισολογισμό, δεν δημιουργούνται όμως εκ κερδών.

### Α. Διαφορά από έκδοση μετοχών υπέρ το άρτιο

1. Το άρθρο 14 § 3 κ.ν. 2190/1920 επιτρέπει την έκδοση μετοχών σε τιμή υπέρ το άρτιο, διευκρινίζει δε ότι: «Η εξ εκδόσεως μετοχών υπέρ το άρτιον προκύπτουσα διαφορά δεν δύναται να διατεθεί προς πληρωμήν μερισμάτων ή ποσοστών». Μολονότι στην τρέχουσα λογιστική ορολογία η διαφορά αυτή αποκαλείται συνήθως «αποθεματικό»<sup>22</sup>, ωστόσο δεν έχει το χαρακτήρα αυτό, διότι δεν σχηματίζεται από κέρδη (απαραίτητο εννοιολογικό στοιχείο του αποθεματικού), αλλήλ από εισφορές των μετόχων (αποτελεί "Kapitalrücklage" κατά τη γερμανική ορολογία<sup>23</sup>). Επιπλέον, δεν χαρακτηρίζεται έτσι στον ίδιο το νόμο ούτε και καταχωρείται στον ισολογισμό μαζί με τα αποθεματικά. Πράγματι, σύμφωνα με το (καταργηθέν) ΕΓΛΣ, η υπέρ το άρτιο διαφορά καταχωρίζεται στο λογαριασμό 41.01 των ιδίων κεφαλαίων, ενώ τα αποθεματικά καταχωρούνται σε άλλους λογαριασμούς (41.03 επ.). Αλλήλ και με το νέο καθεστώς των Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, η υπέρ το άρτιο διαφορά (λογαριασμός 41) αποτελεί διακριτό στοιχείο της καθαρής θέσης σε σχέση

20 Βλ. Ν. Ρόκα/Κ. Ρόκα, Γνωμοδότηση, ΕΕμνΔ 1978, σ. 413, Γεωργακόπουλο, Το δίκαιον των εταιριών, τόμος II, 1972, σ. 414 σημ. 1, Κ. Παμπούκη, Δίκαιο ανώνυμης εταιρίας, τεύχος β', 1994, σ. 170, Σιδηρόπουλο, Η έκτακτη αύξηση κεφαλαίου στην α.ε., 2008, σ. 35, οδονΑΠ 1382/1979 ΕΕμνΔ 1980, 81, ΕφΚρ 139/1978 ΕΕμνΔ 1978, 407· αντίθετα – ότι δηλ. συνυπολογίζονται τα αφανή – βλ. Τριανταφυλλάκη, Το κεφάλαιο και οι μεταβολές του στην α.ε., 2012, σ. 101, Ψαρουδάκης, εις Αντωνόπουλου/Μούζουλη (επιμ.), Ανώνυμες εταιρίες, 2013, υπό 13 αρ. 16, ΠΠρ/Λασ. 304/1974 ΕΕμνΔ 1975, 245.

21 Βλ. Förtschle/Hoffmann, εις Beck'scher Bilanzkommentar, 2006, § 272, 56 και Förtschle, εις Beck'scher Bilanzkommentar, 2006, § 270, 25.

22 Βλ. π.χ. Ν. Ρόκα, Εμπορικές εταιρίες, 2012, σ. 212, Αντωνόπουλο, Δίκαιο α.ε. και επε, 2012, § 16, αρ. 19, Μικρουλέα, ΔικΑΕ 2010, υπό 14, αρ. 11, Χρυσάνθη, εις Αντωνόπουλου/Μούζουλη, Ανώνυμες εταιρίες, 2013, υπό 14, αρ. 16.

23 Βλ. § 272 II HGB.



με τα αποθεματικά (που καταχωρούνται στους λογαριασμούς 43 επ., βλ. άρθρο 26 ν. 4308/2014). Η υπέρ το άρτιο διαφορά λοιπόν όχι μόνο δεν αποτελεί κατά κυριολεξία αποθεματικό<sup>24</sup>, αλλά και, όπως υποστηρίζεται, απαγορεύεται να διατεθεί για σχηματισμό κάποιου αποθεματικού, ώστε να μην καταστρατηγηθεί η απαγόρευση του άρθρου 14 § 3 κ.ν. 2190/1920<sup>25</sup>. Πρέπει να σημειωθεί ότι άλλοι δίδουν διαφορετικό χαρακτηρισμό στη διαφορά αυτή<sup>26</sup>. Σε κάθε περίπτωση, η υπέρ το άρτιο διαφορά *έχει περισσότερες ομοιότητες με το κεφάλαιο παρά με τα αποθεματικά*. Πράγματι, ενώ τα αποθεματικά προϋποθέτουν κερδοφορία της εταιρίας, η υπέρ το άρτιο διαφορά αποτελεί πρόσθετη (συμπληρωματική) εισφορά, καταβλητέα συνήθως είτε όταν εισέρχονται νέοι μέτοχοι καταβάλλοντας αυτή τη διαφορά υπέρ το άρτιο, προκειμένου να μετάσχουν στη υπάρχουσα υπεραξία εξ αφανών αποθεματικών, είτε όταν επιδιώκεται η αποφυγή της καταβολής του φόρου συγκέντρωσης κεφαλαίων<sup>27</sup>, πράγμα που τελικά αποδεικνύει ότι η διαφορά υπέρ το άρτιο δεν αποτελεί υποχρεωτικό δείγμα ευρωστίας της εταιρίας. Σε κάθε περίπτωση οι καταβάλλοντες τη διαφορά μέτοχοι έχουν συνείδηση του ότι δεν λαμβάνουν μεν μετοχές, καταβάλλουν όμως ποσά που θα μπορούσαν να είχαν καταβάλει και με μορφή κεφαλαίου.

2. Η περαιτέρω νομική μεταχείριση του κεφαλαίου και της υπέρ το άρτιο διαφοράς είναι επίσης όμοια, αφού και το μεν και η δε μένουν στην εταιρία χωρίς δυνατότητα διανομής. Χαρακτηριστικό είναι επίσης ότι κατά την εκκαθάριση οι μέτοχοι δικαιούνται να λάβουν πίσω τις εισφορές, «καθώς και τα υπέρ το άρτιο ποσά, που είχαν τυχόν καταβληθεί» (άρθρο 49 § 5 κ.ν. 2190/1920). Είναι συνεπώς προφανές η νομοθετική πρόθεση εξομοίωσης των δύο, ορθή δε είναι κατά τον γράφοντα η άποψη ότι «...το ειδικό αποθεματικό από την έκδοση μετοχών υπέρ το άρτιο έχει τη μεταχείριση μετοχικού κεφαλαίου και δεν επιστρέφεται στους μετόχους»<sup>28</sup>.

3. Η ουσία των παραπάνω παρατηρήσεων είναι ότι, αν ο νόμος (άρθρο 13 § 4) θεσπίζει ως κριτήριο ευρωστίας της εταιρίας την απόδοση των κεφαλαίων (λόγος κερδών που έγιναν αποθεματικά προς τις εισφορές των μετόχων, δηλ. το κεφάλαιο), η προσμέτρηση της διαφοράς υπέρ το άρτιο στον αριθμητή του κλάσματος  $\frac{1}{4}$  δεν είναι σωστή, και τούτο διότι η διαφορά αυτή κατά την ουσία της *και άσχετα από τη χρησιμοποιούμενη ορολογία* δεν αποτελεί δείγμα απόδοσης των κεφαλαίων, αλλά εταιρική εισφορά. Επομένως, αν επρόκειτο η διαφορά υπέρ το άρτιο να συνυπολογισθεί στα αποθεματικά του άρθρου 13 § 4 κ.ν. 2190/1920, θα έπρεπε να θεωρηθεί περισσότερο ως κεφάλαιο παρά ως αποθεματικό. Με άλλους λόγους *για το σχηματι-*

24 Βλ. Γρηγοράκο, Ανάλυση-ερμηνεία του Ελληνικού Γενικού Λογιστικού Σχεδίου, 2013, σ. 687, § 144.

25 Βλ. Γρηγοράκο, ό.π., σ. 587, § 133.2.

26 Π.χ. οι Γεωργακόπουλος/Τουντόπουλος, Ερμηνεία Ν. 2190/1920, 2010, υπό 14 αρ. 2, θεωρούν ότι η διαφορά αποτελεί «έσοδο», ενώ το ΕΓΛΣ (σ. 336) κάνει λόγο για «πλεόνασμα».

27 Βλ. περί αυτού Γρηγοράκο, ό.π., σ. 588, § 133.3.

28 Βλ. Χρυσάνθη, εις Αντωνόπουλου/Μούζουλα (επιμ.), Ανώνυμες Εταιρίες, 2013, τόμος Ι, υπό 14, αρ. 16.

σμό του κλάσματος  $\frac{1}{4}$ , θα πρέπει η διαφορά υπέρ το άρτιο να αχθεί στον παρονομαστή και όχι στον αριθμητή.

4. Το ότι η διαφορά υπέρ το άρτιο δεν υπολογίζεται στα αποθεματικά κατά την έννοια του άρθρου 13 § 4 κ.ν. 2190/1920 έχει γίνει δεκτό (ορθά) και από τη Διοίκηση, σύμφωνα με την εγκύκλιο Κ2-7592/22.9.98 Υπ. Ανάπτυξης, Γ.Γ. Εμπορίου<sup>29</sup>.

## Β. Ειδικό αποθεματικό του άρθρου 4 § 4α κ.ν. 2190/1920

1. Σύμφωνα με την § 4α του άρθρου 4 (προσθεθείσα με το ν. 3763/2009), επιτρέπεται, επί εισηγμένων εταιριών και με τις προϋποθέσεις της διάταξης αυτής, μείωση κεφαλαίου με σκοπό το σχηματισμό ειδικού αποθεματικού. Το ειδικό αυτό αποθεματικό μπορεί μόνο να κεφαλαιοποιηθεί και να συμψηφισθεί με ζημίες. Η δυνατότητα σχηματισμού του αποθεματικού αυτού αξιοποιείται κυρίως σε περιόδους οικονομικής κρίσης (της εταιρίας ή γενικής), που δεν επιτρέπουν την αύξηση κεφαλαίου με έκδοση μετοχών στην ονομαστική τους αξία, λόγω ζημιών της εκδότριας εταιρίας και απώλειας του κεφαλαίου της. Επειδή η έκδοση μετοχών υπό το άρτιο απαγορεύεται (άρθρο 14 § 2), μια λύση είναι η μείωση του κεφαλαίου με αντίστοιχη δημιουργία αποθεματικού, το οποίο θα καρπωθούν και οι μετοχές που θα προκύψουν από κάποια προγραμματιζόμενη αύξηση, ενώ οι μέτοχοι που θα τις λάβουν θα καταβάλουν μικρότερη ονομαστική αξία (αν η μείωση γίνει με μείωση της ονομαστικής αξίας) ή θα λάβουν περισσότερες μετοχές (αν η μείωση γίνει με ακύρωση μετοχών)<sup>30</sup>. Η μείωση του κεφαλαίου με σχηματισμό αποθεματικού είναι το αντίστροφο της κεφαλαιοποίησης αποθεματικών, δηλ. της αύξησης κεφαλαίου με ενσωμάτωση στο κεφάλαιο σχηματισθέντων αποθεματικών. Και εδώ λοιπόν, δεν πρόκειται για κατά κυριολεξία αποθεματικό.

2. Κατά τη γνώμη του γράφοντος ούτε το αποθεματικό αυτό μπορεί να συνυπολογισθεί στο κλάσμα του  $\frac{1}{4}$  της § 4 του άρθρου 13. Και τούτο διότι, όπως παραπάνω ελήχθη, το εν λόγω κλάσμα χρησιμεύει για να προσδιορίσει την απόδοση των εισφορών των μετόχων. Εδώ όμως η – μη κυριολεκτούσα – χρήση του όρου «αποθεματικό» δεν έχει σχέση με κέρδη και δεν προϋποθέτει απόδοση των κεφαλαίων των μετόχων, αλλήλ αποτελεί κατ' ουσίαν κομμάτι του κεφαλαίου, το οποίο αποσπάται από αυτό για λόγους τεχνικούς και εμφανίζεται ως αποθεματικό. Όχι μόνο δε δεν αποτελεί δείγμα ευρωστίας της εταιρίας (το αποθεματικό αυτό θα σχηματισθεί και χωρίς να έχει υπάρξει οποιοδήποτε κέρδος), αλλήλ, αντίθετα, σχηματίζεται προκειμένου η εταιρία να μπορέσει να αυξήσει το κεφάλαιό της με χαμηλότερη ονομαστική αξία των μετοχών. Επομένως ο τυχόν συνυπολογισμός του στα αποθεματικά του άρ-

<sup>29</sup> Βλ. Λεοντάρη, *Ανώνυμες Εταιρίες*, 2012, σ. 102.

<sup>30</sup> Βλ. *Περάκη*, Θέματα «συμμετρίας» αύξησης και μείωσης κεφαλαίου, εις τιμ.τόμ. Αντάπαση, 2013, σ. 861 επ., *Κουράκη*, ΔικΑΕ 2010, υπό 4, 135 επ., *Μήτσου*, εις Αντωνόπουλου/Μουζουζα, *Ανώνυμες Εταιρίες*, 2013, υπό 4, 59.

θρου 13 § 4 θα διαστρέβλωνε το σκοπό της διάταξης και θα προσέθετε τεχνητό μέγεθος σε αυτά, το οποίο ουδεμία σχέση έχει με το σκοπό του νόμου. Άλλωστε όταν εισήχθη το άρθρο 13 § 4, η (νέα) § 4α του άρθρου 4 δεν υπήρχε, και συνεπώς ο νομοθέτης αγνοούσε αυτό το είδος «αποθεματικού» για να το εξαιρέσει.

3. Φαίνεται μάλιστα και εδώ ότι το αποθεματικό του άρθρου 4 § 4α όχι μόνο δεν πρέπει να υπολογισθεί στα αποθεματικά του άρθρου 14 § 4 (δηλ. στον αριθμητή του κλήσματος), αλλά αντίθετα *πρέπει να υπολογισθεί στον παρονομαστή*, μαζί με το ποσό του κεφαλαίου, από το οποίο έχει τεχνητά αποσπασθεί για λόγους που έχουν να κάνουν με συγκυριακές δυσκολίες της εταιρίας. Αφού δηλ. με το κλάσμα του άρθρου 13 § 4 υπολογίζεται κατά κάποιον τρόπο η απόδοση των κεφαλαίων, για τους σκοπούς του άρθρου αυτού θα πρέπει το αποθεματικό για το οποίο γίνεται λόγος να αθροισθεί στο ποσό του κεφαλαίου, από το οποίο για συγκεκριμένους λόγους αποσπάσθηκε.

### Γ. Αποθεματικά επενδυτικών νόμων

Τα αφορολόγητα αποθεματικά επενδυτικών νόμων, στο μέτρο που όντως σχηματίζονται εκ πραγματικών και όχι πηλασματικών κερδών (οπότε γίνεται λόγος για «ψευδοαποθεματικά»<sup>31</sup>), θα πρέπει να συνυπολογίζονται στα αποθεματικά του άρθρου 13 § 4. Το ότι όμως οι επιχορηγήσεις πάγιων επενδύσεων δεν υπολογίζονται στα αποθεματικά κατά την έννοια του άρθρου 13 § 4 έχει γίνει δεκτό (ορθά) και από τη Διοίκηση, σύμφωνα με την παραπάνω (υπό αρ. 18) εγκύκλιο του Υπουργείου Ανάπτυξης<sup>32</sup>.

### Δ. Αποτελέσματα εις νέον

Τέλος, τα αποτελέσματα εις νέον δεν συνιστούν έτσι κι αλλιώς αποθεματικά, συνεπώς δεν είναι δυνατόν να συνυπολογισθούν στα ποσά των αποθεματικών του άρθρου 13 § 4. Βεβαίως τα ποσά αυτά, στο μέτρο που αποτυπώνουν κέρδη, θα μπορούσαν να είχαν αχθεί σε αποθεματικά, η εταιρία όμως προφανώς προτίμησε να τα κρατήσει εις νέον. Κατά το γράφοντα, τα αποτελέσματα εις νέον δεν αποτελούν συνεπώς κονδύλιο ούτε του αριθμητή ούτε του παρονομαστή του κλήσματος του άρθρου 13 § 4. Παραλλήλως όμως άποψη διατυπώνει ο *Τριανταφυλλιάκης*<sup>33</sup>, κατά τον οποίο τα κέρδη εις νέον «συνιστούν κατ' ουσία σχηματισμό εκούσιου αποθεματικού».

---

31 Βλ. *Δρυλληράκη*, εις ΔικΑΕ 2010, υπό 44, 13.

32 Βλ. *Λεοντάρη*, *Ανώνυμες Εταιρίες*, 2012, σ. 102.

33 Το κεφάλαιο και οι μεταβολές του στην α.ε., 2012, σ. 102.

#### IV. Συμπέρασμα

1. Για να προσδιορισθεί ποια αποθεματικά συνυπολογίζονται στο κλάσμα του  $\frac{1}{4}$ , θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η ratio εισαγωγής του περιορισμού της § 4 είναι να μην προστρέχει η εταιρία στην έκτακτη αύξηση, αν είναι εύρωστη οικονομικά. Για να προσδιορίσει δε την ευρωστία, ο νόμος καταφεύγει στο λόγο αποθεματικών προς κεφάλαιο, θέτοντας έτσι ως προϋπόθεση την κερδοφορία και την απόδοση που έχουν τα κεφάλαια των μετόχων.

2. Η διαφορά από έκδοση μετοχών υπέρ το άρτιο και το αποθεματικό του άρθρου 4 § 4α όχι μόνο δεν πρέπει να προσμετρηθούν μαζί με τα αποθεματικά (να προστεθούν δηλ. στον αριθμητή του κλάσματος του άρθρου 13 § 4), αλλιά αντίθετα, πρέπει να προσμετρηθούν στον παρονομαστή μαζί με το εταιρικό κεφάλαιο. Και τούτο διότι και στις δύο περιπτώσεις τα εν λόγω ποσά αποτελούν κεφάλαια των μετόχων: Στην πρώτη αποτελούν συμπληρωματικό κεφάλαιο, που για λόγους τεχνικούς προτιμάται να εμφανισθούν χωριστά, ενώ στη δεύτερη έχουν αποσπασθεί από το κεφάλαιο και απλώς εμφανίζονται ως αυτοτελής λογιστική οντότητα. Με κερδοφορία δεν έχει σχέση ούτε το ένα ούτε το άλλο.

3. Τα αποθεματικά επενδυτικών νόμων θα πρέπει να προσμετρηθούν μαζί με τα αποθεματικά, εφόσον πράγματι προέρχονται εκ κερδών, ενώ τα αποτελέσματα εις νέον δεν πρέπει να προσμετρηθούν ούτε στον αριθμητή ούτε στον παρονομαστή του κλάσματος.



Αλέξανδρος Ν. Ρόκας\*

## Οι πρόσφατες τροποποιήσεις στη διαδικασία εξυγίανσης με το Ν. 4336/2015 και η συνάρμοσή τους με τη Σύσταση της Επιτροπής για μια νέα προσέγγιση στην αφερεγγυότητα\*\*

*Με το Ν. 4336/2015 επήλθαν επιμέρους τροποποιήσεις και στις τρεις διαδικασίες του Πτωχευτικού Κώδικα (πτώχευση, εξυγίανση, ειδική εκκαθάριση), οι οποίες, αν και δεν συνιστούν συνολική μεταρρύθμιση, θίγουν καίρια ζητήματα των επιμέρους διαδικασιών, με σημασία στην πράξη. Στη διαδικασία εξυγίανσης, μεταξύ άλλων, διευρύνεται το πεδίο εφαρμογής της διαδικασίας και σε επιχειρήσεις στις οποίες υφίσταται πιθανότητα αφερεγγυότητας, καταργείται το παράβολο για την υποβολή αίτησης, επεκτείνεται η διάρκεια της διαδικασίας, αυτοματοποιείται η διαδικασία χορήγησης προληπτικών μέτρων και δίνεται η δυνατότητα παράκαμψης της προϋπόθεσης της βιωσιμότητας κατά την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης. Στην παρούσα μελέτη, αναλύονται οι τροποποιήσεις στη διαδικασία εξυγίανσης, καθώς και γίνεται αναφορά στην Σύσταση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «για μια νέα προσέγγιση για την επιχειρηματική αποτυχία και αφερεγγυότητα», δεδομένου ότι ορισμένες από τις τροποποιήσεις είχαν ως αφετηρία τις προβλήψεις της εν λόγω Σύστασης.*

### Ι. Εισαγωγή

Κατά τη διάρκεια των τελευταίων ετών, το πτωχευτικό δίκαιο, και ιδίως το δίκαιο εξυγίανσης επιχειρήσεων, έχει αναδειχθεί σε κλάδο με συνεχή κινητικότητα και νομοθετικές μεταβολές. Η διαδικασία συνδιαλλαγής εισήχθη το έτος 2007, ως αυτοτελές Κεφάλαιο του νέου Πτωχευτικού Κώδικα (ΠτωχΚ – Ν. 3588/2007)<sup>1</sup>, αποτελώντας την πρώτη συγκροτημένη προπτωχευτική διαδικασία στη χώρα μας<sup>2</sup>. Η διαδικασία

\* Δ.Ν., LL.M. (Harvard), Εντεταλμένος διδασκαλίας Τμήματος Οικονομικών Επιστημών Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος.

\*\* Ελήφθη υπόψη η νομοθεσία, νομολογία και βιβλιογραφία μέχρι 31.12.2015.

1 Άρ. 99 επ. ΠτωχΚ. Βλ. ενδεικτικά *Κοτσίρη*, Η διαδικασία συνδιαλλαγής κατά τον Πτωχευτικό Κώδικα, 2η έκδ., 2011· *Περάκη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, 2η έκδ., 2012, σ. 41 επ.· *Σπυριδάκη*, Η Διαδικασία Συνδιαλλαγής, 2011· *Ψυχομάνη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, 5η έκδ., 2012, σ. 549 επ.· *Αυγιντίδη*, Εξυγίανση Επιχειρήσεων, 2011, σ. 181 επ.· *Μάζη*, Η διαδικασία συνδιαλλαγής του νέου ΠτωχΚ, ΔΕΕ 2008, 172 επ.

2 Άλλες διαδικασίες που ίσχυαν κατά καιρούς, όπως αυτή των άρ. 44 επ. Ν. 1892/1990, είχαν βασικά συγκυριακά χαρακτηριστήρια. Για την εξέλιξη της εξυγιαντικής νομοθεσίας στην Ελλάδα βλ. *Περάκη*, Η έξαρση των παραπτωχευτικών διαδικασιών και η υποβάθμιση της πτώχευσης, σε: τ.τ. Δρυιλλεράκη, 2015, σ. 233, 236 επ.· *Μικαλόπουλο*, Οι προπτωχευτικές διαδικασίες αφερεγγυότητας του ΠτωχΚ, 2013, σ. 15 επ.· *Αυγιντίδη*, ό.π., σ. 51 επ.· *Αθ. Ρόκα*, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., 2014, σ. 53 επ.

υπέστη τροποποιήσεις το 2010<sup>3</sup>, στη συνέχεια αντικαταστάθηκε από τη διαδικασία εξυγίανσης το 2011<sup>4</sup>, η δε νέα διαδικασία υπέστη μεταβολές το 2012<sup>5</sup> καθώς και με τον πρόσφατο, εδώ σχολιαζόμενο Ν. 4336/2015. Τρεις παράλληλες διαδικασίες, άλληλωσε, εισήχθησαν με το Ν. 4307/2014<sup>6</sup>, μεταξύ αυτών και η έκτακτη διαδικασία ρύθμισης υποχρεώσεων εμπόρων (άρ. 62 επ.), η οποία συνιστά κατ' ουσίαν παραίτηση της άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης κατ' άρθ. 106β ΠτωχΚ<sup>7</sup>.

Σε ό,τι αφορά, ειδικότερα, το Ν. 4336/2015 με τίτλο *Συνταξιοδοτικές διατάξεις – Κύρωση του Σχεδίου Σύμβασης Οικονομικής Ενίσχυσης από τον Ευρωπαϊκό Μηχανισμό Σταθερότητας και ρυθμίσεις για την υλοποίηση της Συμφωνίας Χρηματοδότησης* (γνωστός και ως «Μνημόνιο ΙΙΙ»), πρόκειται για ένα νόμο που επιφέρει τροποποιήσεις, οι οποίες εκτείνονται σε διάφορες πτυχές των διαδικασιών της πτώχευσης<sup>8</sup>, της εξυγίανσης<sup>9</sup> και της ειδικής εκκαθάρισης<sup>10</sup>, χωρίς πάντως να συνιστούν συνολική μεταρρύθμιση. Στην εξυγίανση, μεταξύ άλλων, διευρύνεται το πεδίο εφαρμογής της διαδικασίας και σε επιχειρήσεις στις οποίες υφίσταται πιθανότητα αφερεγγυότητας, καταργείται το παράβολο για την υποβολή αίτησης, επεκτείνεται η διάρκεια της διαδικασίας, αυτοματοποιείται η διαδικασία χορήγησης προληπτικών μέτρων και δίνεται η δυνατότητα παράκαμψης της προϋπόθεσης της βιωσιμότητας κατά την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης.

Όπως φαίνεται και από τη συνοπτική περιγραφή τους, οι τροποποιήσεις αυτές δεν κινούνται γύρω από ορισμένο θεματικό άξονα. Σε γενικές γραμμές, ωστόσο, μπορεί να πει κανείς ότι συνολικός στόχος είναι η επίτευξη της εξυγίανσης βιώσιμων επιχειρήσεων το νωρίτερο δυνατόν, η κατάργηση ορισμένων αναποτελεσματικών προβλέψεων και ο περιορισμός της δικαστικής παρέμβασης, με απώτερο στόχο η διαδικασία να γίνει ταχύτερη και πιο αποτελεσματική. Οι στόχοι αυτοί εντάσσονται στην ευρύτερη προσπάθεια τακτοποίησης των (διαρκώς αυξανόμενων) μη εξυπηρε-

3 Άρ. 34 και 35 Ν. 3858/2010.

4 Άρ. 12-14 Ν. 4013/2011.

5 Άρ. 234 Ν. 4072/2012. Για τη διαδικασία εξυγίανσης, ως έχει μετά το Ν. 4072/2012, βλ. αναλυτικά *Μιχαλόπουλο*, ό.π., σ. 47 επ.· *Περάκη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, σ. 55 επ.· *Αλ. Ρόκα*, ό.π., σ. 77 επ.· *Ψυχομάνη*, ό.π., σ. 61 επ.

6 Βλ. σχετικά *Μιχαλόπουλο*, Πτωχευτική Νομοθεσία, 3η έκδ., 2015, σ. 14 επ. *Μαστρομανώλη/Φράστανλη*, Νέες ευκαιρίες για υπερχρεωμένους οφειλότες, εφημ. Καθημερινή, 27.06.2015 (ηλεκτρ. δημοσίευση): *Περάκη*, σε: τ.τ. Δρυϊλή-Ράκη, 2015, σ. 233 επ. (αναφέροντας ότι η νομοθεσία αυτή έχει συγκυριακό χαρακτήρα, καθώς και ότι παραγκωνίζει την πτωχευτική διαδικασία).

7 Για μια αντιπαραβολή των διαδικασιών βλ. *Αλ. Ρόκα*, Παρατηρήσεις σε απόφ. ΜΠρΧίου 136/2015, ΕΕμπΔ 2015, 707 επ.

8 Για τις τροποποιήσεις στην πτωχευτική διαδικασία βλ. *Αλ. Ρόκα*, Οι πρόσφατες τροποποιήσεις στην πτωχευτική διαδικασία με το Ν. 4336/2015, ΧρΔ 2015, 657 επ. Ορισμένες από τις τροποποιήσεις στην πτωχευτική διαδικασία επιδρούν και στη διαδικασία εξυγίανσης, ζήτημα για το οποίο βλ. παρακ. υπό IV.

9 Βλ. ήδη *Μιχαλόπουλο*, ό.π., σ. 5 επ.· *Βενιέρη*, Το άρθρο 99 μετά τις τελευταίες τροποποιήσεις, εφημ. Καθημερινή, 27.9.2015.

10 Στην ειδική εκκαθάριση, μεταξύ άλλων, υιοθετούνται ορισμένες προβλέψεις της υφιστάμενης διαδικασίας ειδικής διαχείρισης (άρ. 68 επ. Ν. 4307/2014), και ειδικότερα καταργείται η προϋπόθεση του μεγέθους και της εξεύρεσης επενδυτή για την υπαγωγή στη διαδικασία, εισάγονται προσόντα για το διορισμό ειδικού εκκαθαριστή, καθιερώνεται προνόμιο για τη χρηματοδότηση της υπό εκκαθάριση επιχείρησης και απαιτείται η άμεση καταβολή του συνόλου του τιμήματος για την απόκτηση της επιχείρησης.



τούμενων δανείων, ζήτημα για το οποίο έχουν αναληφθεί ειδικότερες δεσμεύσεις στο πλαίσιο του τριετούς προγράμματος του Ευρωπαϊκού Μηχανισμού Σταθερότητας. Μεταξύ άλλων, στη «Συμφωνία Δημοσιονομικών Στόχων και Διαρθρωτικών Μεταρρυθμίσεων» (άρ. 3 παρ. Γ κεφ. 3 Ν. 4336/2015) προβλέπεται η (εντός του 2015) θέσπιση ειδικών δικαστικών τμημάτων για ζητήματα αφερεγγυότητας (συνοδευόμενη από το διορισμό και την κατάρτιση επαρκούς αριθμού δικαστών), η ενίσχυση του εξωδικαστικού συμβιβασμού και η εξειδίκευση του πλαισίου για την άσκηση του επαγγέλματος του συνδίκου πτώχευσης. Επομένως, ο Ν. 4336/2015 αποτελεί μόνο τον πρώτο σταθμό στη μεταρρυθμιστική προσπάθεια.

Γενικότερα, παρατηρεί κανείς διεθνώς μια τάση εκσυγχρονισμού του πλαισίου της αφερεγγυότητας, και ιδίως της εξυγίανσης, σε περιόδους που έπονται των οικονομικών κρίσεων. Χαρακτηριστικές είναι οι μεταρρυθμίσεις από το 2008 μέχρι σήμερα στο γαλλικό δίκαιο, οι οποίες έλαβαν είτε τη μορφή τροποποίησης των υφιστάμενων διαδικασιών είτε τη μορφή της εισαγωγής νέων διαδικασιών<sup>11</sup>. Παρεμφερείς είναι οι τάσεις στο ιταλικό<sup>12</sup>, το γερμανικό<sup>13</sup> και το ισπανικό<sup>14</sup> δίκαιο, ενώ στις ΗΠΑ<sup>15</sup> συζητείται μια εκ βάθρων αναμόρφωση του εκεί πτωχευτικού δικαίου. Σημαντικές μεταρρυθμίσεις, άλλωστε, υπέστη το δίκαιο της Κύπρου<sup>16</sup>, της Ιρλανδίας και της Πορτογαλίας, και μάλιστα οι μεταρρυθμίσεις αυτές εντάχθηκαν στο πλαίσιο των σχετικών προγραμμάτων οικονομικής βοήθειας. Τούτο, ασφαλώς, έχει σχέση με το γεγονός ότι το δίκαιο πτώχευσης και εξυγίανσης θεωρείται διεθνώς ένας από τους παράγοντες για τη σταθερότητα της οικονομίας μιας χώρας, ενώ, αν εφαρμόζονται αποτελεσματικά οι σχετικές διατάξεις, διευκολύνεται η ταχεία επαναφορά των περιουσιακών στοιχείων της (υπό εξυγίανση ή υπό πτώχευση) επιχείρησης σε παραγωγικές χρήσεις<sup>17</sup>.

Πέραν των ως άνω, σημαντική επιρροή ασκούν και οι διεθνείς βέλτιστες πρακτικές, όπως αυτές αποτυπώνονται σε κείμενα με διεθνή εμβέλεια, έστω κι αν αυτά δεν έχουν δεσμευτική ισχύ<sup>18</sup>. Σε ό,τι αφορά το Ν. 4336/2015, η από 11.8.2015 Αιτιολογική Έκθεση<sup>19</sup> κάνει ρητή αναφορά στην από 12.3.2014 (μη δεσμευτική) Σύσταση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «για μια νέα προσέγγιση για την επιχειρηματική αποτυχία

11 Βλ. Αθ. Ρόκα, ΕΕμπΔ 2014, 797 επ.: τον ίδιο, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., 2014, σ. 5 επ. με περαιτέρω παραπομπές.

12 Βλ. Αθ. Ρόκα, ό.π., σ. 41 επ.

13 Ό.π., σ. 35 επ.

14 Ό.π., σ. 46 επ.

15 Ό.π., σ. 24.

16 Βλ. Κυριακού, ΕΕμπΔ 2015, 502 επ.

17 Βλ. Paulus, Über die volkswirtschaftliche Bedeutung effektiver Insolvenzsysteme, σε: Paulus, Restrukturierung in Krisenzeiten – dargestellt am Beispiel Griechenlands, 2014, σ. 9 επ.: Paulus/Ποταμίτης/Αθ. Ρόκας/Τιράδο, Το Πτωχευτικό Δίκαιο ως ένας από τους βασικούς πυλώνες της οικονομίας της αγοράς – Κριτική επισκόπηση του ελληνικού Πτωχευτικού Δικαίου, ΔΕΕ 2015, 1065 επ. – δημοσιευθέν και στην αγγλική στο International Insolvency Review 2015, σ. 1 επ.

18 Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα του νομοθετικού οδηγού της UNCITRAL, διαθέσιμος στον σύνδεσμο: [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf).

19 Στη σ. 3, ολόκληρη διαθήσιμη στον σύνδεσμο: [http://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law\\_id=432e963c-b6b7-4667-8c35-a4f2002585da](http://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law_id=432e963c-b6b7-4667-8c35-a4f2002585da).

και αφερεγγυότητα»<sup>20</sup>. Στην πραγματικότητα, ορισμένες μόνο από τις μεταρρυθμίσεις του Ν. 4336/2015 έχουν ως αναφορά προβλήσεις της εν λόγω Σύστασης, ενώ άλλα ζητήματα που τίγονται στην Σύσταση δεν αντιμετωπίζονται με το Ν. 4336/2015 (σε πολλά ζητήματα, πάντως, η ελληνική νομοθεσία εναρμονίζεται ήδη με τη Σύσταση). Επομένως, αξίζει να γίνει μια συνοπτική αναφορά στην εν λόγω Σύσταση, πριν την ανάλυση των διατάξεων του Ν. 4336/2015.

## II. Η Σύσταση της Επιτροπής για το ουσιαστικό πτωχευτικό δίκαιο

Ως τώρα, τη μεγαλύτερη προσοχή στο ευρωπαϊκό πτωχευτικό δίκαιο έχει αποσπάσει ο Καν. 1346/2000 περί των διαδικασιών αφερεγγυότητας<sup>21</sup>, ο οποίος, όμως, δεν αφορά το ουσιαστικό πτωχευτικό δίκαιο, αλλά τις πτωχεύσεις με διασυννομιακά χαρακτηριστικά και ιδίως θέματα δικαιοδοσίας, αναγνώρισης, εκτέλεσης και εφαρμοστέου δικαίου. Είναι χαρακτηριστικό ότι ο νέος Καν. 2015/848<sup>22</sup>, ο οποίος αντικαθιστά τον προγενέστερο Καν. 1346/2000, δέχεται ως γεγονός ότι, ως αποτέλεσμα των σημαντικών διαφορών ουσιαστικού δικαίου, δεν είναι πρακτικό να καθιερωθεί μια ενιαία διαδικασία αφερεγγυότητας γενικής εφαρμογής για ολόκληρη την Ένωση<sup>23</sup>. Επομένως, λόγω των διαφορών αυτών, θα ήταν εξαιρετικά δύσκολο να εκπονηθεί ένα κείμενο με δεσμευτικές συνέπειες, όπως μια Οδηγία ή ένας Κανονισμός.

Η προαναφερθείσα Σύσταση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «για μια νέα προσέγγιση για την επιχειρηματική αποτυχία και αφερεγγυότητα»<sup>24</sup>, η οποία μάλιστα παρουσιάστηκε κατά τη διάρκεια της Ελληνικής Προεδρίας, προέκυψε ύστερα από μια σειρά διεργασιών<sup>25</sup>, ιδίως ύστερα από το Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου του 2011 για την αναγκαιότητα μεταρρυθμίσεων στο δίκαιο αφερεγγυότητας<sup>26</sup> και τη δημοσίευση σχετικής μελέτης της INSOL το 2014 κατόπιν αιτήματος της Επιτροπής<sup>27</sup>. Σε ό,τι αφορά το περιεχόμενό της, η Σύσταση κινείται σε δύο άξονες: Πρώτον, περιγράφονται τα βασικά χαρακτηριστικά που πρέπει να έχει το θεσμικό πλαίσιο

20 C(2014) 1500 final.

21 Βλ. ενδεικτικά *Περάκη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, 2η έκδ., σ. 508 επ.

22 Βλ. ενδεικτικά *Vallender*, Europaparlament gibt den Weg frei für eine neue Europäische Insolvenzverordnung, ZIP 2015, 1513 επ.· *Kindler/Sakka*, Die Neufassung der Europäischen Insolvenzverordnung, EuZW 2015, 460 επ.

23 Προοίμιο, σκ. 22.

24 C(2014) 1500 final. Βλ. ενδεικτικά *Eidenmüller/van Zwielen*, Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency, διαθέσιμο στο σύνδεσμο: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2662213](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2662213). Βλ. επίσης την έκθεση συνεπειών που συνοδεύει τη Σύσταση, διαθέσιμη στον σύνδεσμο: [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/swd\\_2014\\_61\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/swd_2014_61_en.pdf).

25 Βλ. αιτιολ. σκ. 6-9 της Σύστασης.

26 «Οι διαδικασίες αφερεγγυότητας στο πλαίσιο της νομοθεσίας της ΕΕ για τις επιχειρήσεις», 15.11.2011, P7\_TA(2011)0484.

27 Αφορά κυρίως τη σύγκριση των ουσιαστικών δικαίων των κρατών-μελών και είναι διαθέσιμη στον σύνδεσμο: [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insol\\_europe\\_report\\_2014\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insol_europe_report_2014_en.pdf).

της εξυγίανσης/αναδιάρθρωσης στα κράτη-μέλη της ΕΕ. Δεύτερον, προβλέπεται η δυνατότητα των έντιμων επιχειρηματιών να απαηλλάσσονται από τα χρέη τους εντός εύλογου χρονικού ορίζοντα, στο πλαίσιο της διαδικασίας αφερεγγυότητας.

## 1. Ο πρώτος άξονας της Σύστασης

Σε ό,τι αφορά τον πρώτο άξονα, θα πρέπει, κατά τη Σύσταση, να διατίθεται ένα πλαίσιο για τη διάσωση βιώσιμων επιχειρήσεων και την αποτροπή της καταστροφής της αξίας τους, εξέλιξη η οποία θα ήταν επιβλαβής για το σύνολο των συναλληλασσομένων με την εταιρία. Πιο κάτω αναφέρονται συνοπτικά ορισμένα από τα χαρακτηριστικά του επιδιωκόμενου από τη Σύσταση θεσμικού πλαισίου της εξυγίανσης επιχειρήσεων:

α) *Ως προς την έγκαιρη έναρξη της διαδικασίας*: Δεδομένου ότι η έγκαιρη αντιμετώπιση της αφερεγγυότητας της επιχείρησης έχει μεγαλύτερες πιθανότητες επιτυχίας, το πλαίσιο αφερεγγυότητας θα πρέπει να είναι διαθέσιμο σε πρώιμο στάδιο, ήτοι μόλις καταστεί εμφανής η πιθανότητα αφερεγγυότητας<sup>28</sup>. Η Σύσταση δεν περιέχει ορισμό της έννοιας της «πιθανότητας αφερεγγυότητας», ασφαλώς όμως πρόκειται για οικονομική κατάσταση που προηγείται της επαπειλούμενης (και πόσο μάλλον επελθούσας) αφερεγγυότητας.

β) *Ως προς τη διατήρηση του ελέγχου της επιχείρησης*: Ο οφειλέτης θα πρέπει να διατηρεί τον έλεγχο της καθημερινής λειτουργίας της επιχείρησής του (*debtor in possession*)<sup>29</sup>, ενώ ο διορισμός μεσοληβντή ή επόπτη θα πρέπει να είναι δυνητικός, όταν δηλ. κρίνει σχετικά το δικαστήριο<sup>30</sup>. Έτσι, δίνεται το μήνυμα ότι η προσφυγή στην εξυγίανση είναι ένα εργαλείο στα χέρια της διοίκησης και όχι ένα σημάδι αποτυχίας<sup>31</sup>.

γ) *Ως προς την ταχύτητα και το κόστος της διαδικασίας και την παρέμβαση του δικαστηρίου σε αυτήν*: Η διαδικασία θα πρέπει να μην είναι χρονοβόρα και δαπανηρή, η δε ανάμειξη του δικαστηρίου θα πρέπει να είναι περιορισμένη, ήτοι όταν αυτό απαιτείται για τη διασφάλιση των δικαιωμάτων των πιστωτών και όσων άλλων επηρεάζονται από το σχέδιο αναδιάρθρωσης<sup>32</sup>.

δ) *Ως προς την αναστολή διώξεων*: Ο οφειλέτης θα πρέπει να δύναται να αιτείται την αναστολή των μέτρων διώξης των πιστωτών του από το δικαστήριο ή άλλη αρμόδια αρχή<sup>33</sup>. Τούτο δεν αποκλείει, ασφαλώς, η αναστολή των διώξεων να επέρχε-

28 Βλ. αιτιολ. σκ. 1 και παρ. 6 α) της Σύστασης. Βλ. και παρακ. υπό III 1.

29 Παρ. 6 β) της Σύστασης. Και στην ελληνική διαδικασία εξυγίανσης ο οφειλέτης διατηρεί τον έλεγχο της επιχείρησης, εκτός αν διοριστεί ειδικός εντολοδόχος (κάτι το οποίο συμβαίνει σπάνια).

30 Παρ. 9 της Σύστασης. Έτσι και στο ελληνικό δίκαιο κατά το διορισμό μεσοληβντή ή ειδικού εντολοδόχου (άρ. 102 ΠτωΚ).

31 Πρβλ. *Madaus*, The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?, διαθέσιμο στο: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2648825](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2648825).

32 Παρ. 7 της Σύστασης (σε συνδ. με παρ. 5 στοιχ. δ').

33 Παρ. 10 της Σύστασης.

ται ως αυτόματο αποτέλεσμα της υποβολής αίτησης<sup>34</sup>. Η προστασία θα πρέπει να παρέχεται και έναντι διώξεων των εξασφαλισμένων ή προνομιούχων πιστωτών<sup>35</sup>. Ακόμα, η αναστολή διώξεων πρέπει να χορηγείται σε κάθε περίπτωση (δηλ. χωρίς εξέταση άλλων προϋποθέσεων), αν σημαντικό ποσοστό πιστωτών υποστηρίζει τις διαπραγματεύσεις και υπάρχει προοπτική εφαρμογής του σχεδίου αναδιάρθρωσης<sup>36</sup>. Οι αιτήσεις πτώχευσης θα πρέπει να αναστέλλονται όσο διαρκεί η αναστολή διώξεων<sup>37</sup>. Η διάρκεια της αναστολής πρέπει να είναι το πολύ τέσσερις μήνες, περίοδος η οποία θα μπορεί να παρατείνεται, εφόσον σημειώνεται πρόοδος στις διαπραγματεύσεις, χωρίς πάντως η συνολική περίοδος αναστολής να ξεπερνά τους 12 μήνες<sup>38</sup>. Αν δεν σημειώνεται πρόοδος στις διαπραγματεύσεις, η αναστολή θα πρέπει να αίρεται (προφανώς, με αίτημα των πιστωτών)<sup>39</sup>.

ε) *Ως προς το σχέδιο αναδιάρθρωσης και τη δεσμευτική του ισχύ*: Το σχέδιο αναδιάρθρωσης, κατά τη Σύσταση, πρέπει να επικυρώνεται με ταχύτητα και στο πλαίσιο γραπτής διαδικασίας<sup>40</sup>, καθώς και να καθίσταται δεσμευτικό για όλους τους πιστωτές<sup>41</sup>. Εντύπωση κάνει ότι η Σύσταση προκρίνει τη διάκριση των πιστωτών σε κατηγορίες/ομάδες<sup>42</sup>, αν και κάτι τέτοιο δεν ρυθμίζεται με ομοιόμορφο τρόπο στα κράτη-μέλη<sup>43</sup>. Όπως και στο αμερικανικό δίκαιο, το σχέδιο αναδιάρθρωσης θα πρέπει να γίνεται δεκτό, εφόσον η πλειοψηφία των ομάδων πιστωτών συναινεί<sup>44</sup>. Κατά τη δικαστική επικύρωση του σχεδίου, θα πρέπει να ελέγχεται ότι το σχέδιο έγινε δεκτό υπό συνθήκες που διασφαλίζουν τα έννομα συμφέροντα των πιστωτών, να εξετάζεται η κοινοποίηση του σχεδίου στους θιγόμενους πιστωτές<sup>45</sup>, να διασφαλίζεται ότι οι πιστωτές λαμβάνουν τουλάχιστον ό,τι θα ελάμβαναν στο πλαίσιο ρευστοποίησης ή πώλησης εν λειτουργία<sup>46</sup>, και να ελέγχεται ότι η νέα χρηματοδότηση δεν βλάπτει τα συμφέροντα των πιστωτών<sup>47</sup>. Η βιωσιμότητα της επιχείρησης του οφειλέτη δεν απαριθμείται μεν στις προϋποθέσεις επικύρωσης κατά την παρ. 22 της Σύστασης, προβλέπεται όμως στην παρ. 23 αυτής ότι η αίτηση επικύρωσης θα απορρίπτεται αν κριθεί ότι το σχέδιο δεν έχει

34 Κάτι το οποίο συμβαίνει π.χ. στη γαλλική διαδικασία της *sauvegarde*.

35 Παρ. 10 της Σύστασης. Προς την αντίθετη κατεύθυνση, από δικαιοπολιτικές πλευράς, κινείται η σκ. 69 του Προοιμίου του Καν. 2015/848, κατά την οποία η αναστολή διαδικασιών εκτέλεσης δεν θα πρέπει να θίγει τους εξασφαλισμένους πιστωτές.

36 Παρ. 11 της Σύστασης.

37 Παρ. 12 της Σύστασης. Πρβλ. άρ. 99 παρ. 7 και 106ια παρ. 4 ΠτωχΚ.

38 Παρ. 13 της Σύστασης.

39 Παρ. 14 της Σύστασης. Και στο ελληνικό δίκαιο υπάρχει η δυνατότητα ανάκλησης των προληπτικών μέτρων (άρ. 103 παρ. 6).

40 Παρ. 15 της Σύστασης.

41 Παρ. 26 της Σύστασης.

42 Παρ. 17 της Σύστασης.

43 Στη διαδικασία εξυγίανσης του ΠτωχΚ, οι πιστωτές δεν χωρίζονται σε κατηγορίες (αν και απαιτείται πλειοψηφία τόσο του 60% των απαιτήσεων όσο και του 40% των εξασφαλισμένων απαιτήσεων).

44 Παρ. 18 της Σύστασης.

45 Τέτοια κοινοποίηση δεν προβλέπεται στο ελληνικό δίκαιο. Βλ. και παρακ. υπό III 7.

46 Το κριτήριο αυτό ομοιάζει με τη «συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών» κατ' άρ. 99 παρ. 2 ΠτωχΚ.

47 Παρ. 22 της Σύστασης.

καμία προοπτική να αποτρέψει την αφερεγγυότητα του οφειλέτη και να διασφαλίσει τη βιωσιμότητα της επιχείρησης αυτού<sup>48</sup>. Τέλος, οι διαφωνούντες πιστωτές θα πρέπει να μπορούν να διατυπώσουν τις ενστάσεις τους, όπως και να ασκήσουν προσφυγή κατά του σχεδίου<sup>49</sup>, χωρίς πάντως να αναστέλλεται η εφαρμογή του<sup>50</sup>.

στ) *Ως προς την παροχή νέας χρηματοδότησης*: Η παροχή νέας χρηματοδότησης<sup>51</sup>, εφόσον επικυρωθεί (ως όρος της συμφωνίας) από το δικαστήριο, θα πρέπει να προστατεύεται από τη δυνατότητα ακύρωσης λόγω βλάβης στους πιστωτές όπως και να μην τυγχάνουν εφαρμογής διατάξεις περί αστικής και ποινικής ευθύνης των χρηματοδοτούντων<sup>52</sup>. Οι προτασίες αυτές δεν εφαρμόζονται, εφόσον αποκαλυφθεί εκ των υστέρων απάτη σχετιζόμενη με τη νέα χρηματοδότηση<sup>53</sup>. Η Σύσταση δεν αναφέρεται σε ένα εξίσου σημαντικό ζήτημα, ήτοι αυτό της προνομιακής ικανοποίησης των χρηματοδοτούντων σε περίπτωση επιγενόμενης πτώχευσης (πρβλ. άρ. 154 περ. α΄ ΠτωχΚ).

## 2. Ο δεύτερος άξονας της Σύστασης

Ο δεύτερος άξονας της Σύστασης αφορά τη δυνατότητα των έντιμων επιχειρηματιών να απαηλιάσσονται από τα χρέη τους εντός τριών ετών από την κήρυξη της πτώχευσης ή την έναρξη εφαρμογής του σχεδίου αποπληρωμής. Το ζήτημα αυτό θίγεται με την παρ. 21 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015, η οποία εισάγει το νέο άρ. 170α ΠτωχΚ<sup>54</sup>.

## 3. Αποτίμηση

Λόγω της μη δεσμευτικότητάς της, η Σύσταση δεν αναμένεται να οδηγήσει σε άμεσες μεταρρυθμίσεις<sup>55</sup>. Η ταχθείσα (επίσης μη δεσμευτική) προθεσμία για την

48 Από τη διατύπωση φαίνεται ότι η βιωσιμότητα θα εξετάζεται κατ' εξαίρεση, εφόσον υπάρχουν ισχυρές αντίθετες ενδείξεις, προβαλλόμενες π.χ. από πιστωτή ή με άλλο τρόπο περιεχόμενες στην προσοχή του δικαστή. Ως παράδειγμα αναφέρεται η περίπτωση μη χορήγησης της αναγκαίας για τη συνέχιση της επιχείρησης νέας χρηματοδότησης.

49 Στο ελληνικό δίκαιο ενστάσεις μπορούν να διατυπώνονται με την άσκηση κύριας παρέμβασης, ενώ προσφυγή ασκείται με τη μορφή της τριτακοπής (εφόσον ο πιστωτής δεν κλητεύθηκε και δεν παρέστη) ή της αίτησης ανάκλησης ή μεταρρύθμισης κατ' άρ. 758 ΚΠολΔ. Βλ. Αλ. Ρόκα, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, σ. 245 επ.

50 Παρ. 24 της Σύστασης. Και στην Ελλάδα η συμφωνία εξυγίανσης εφαρμόζεται από την επικύρωσή της, εκτός αν τεθεί όρος ότι αυτή τελεί υπό την αναβλητική αίρεση μη υποβολής τριτακοπής εντός της νόμιμης προθεσμίας ή απόρριψης της τυχόν υποβληθείσας τριτακοπής.

51 Η «νέα χρηματοδότηση» νοείται με ευρύτητα και περιλαμβάνει την εκποίηση περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη και την τροπή χρέους σε μετοχικό κεφάλαιο.

52 Παρ. 27-28 της Σύστασης. Στο ελληνικό δίκαιο υπάρχει μια γενικότερη διάταξη, που εξαιρεί πράξεις προς εφαρμογή της συμφωνίας από τη δυνατότητα ανάκλησης (άρ. 45 στοιχ. ε΄ ΠτωχΚ).

53 Παρ. 29 της Σύστασης.

54 Βλ. σχετικά Αλ. Ρόκα, Οι πρόσφατες τροποποιήσεις στην πτωχευτική διαδικασία με το Ν. 4336/2015, ΧρΠΔ 2015, 657, 665.

55 Πάντως, στην πρόσφατη επικοινωνία της Επιτροπής με τίτλο «Action Plan on Building a Capital Markets Union» [με ημερ. 30.9.2015 και αρ. COM (2015) 468 final] καταγράφεται η βούληση της Επιτροπής, σε συνέχεια της Σύστασης του 2014, να εκκινήσει νομοθετική πρωτοβουλία για την εξυγίανση επιχειρήσεων και την παροχή δεύτερης ευκαιρίας σε επιχειρηματίες, βασιζόμενη και σε διατάξεις που λειτουργούν αποτρεπτικά σε διάφορες χώρες (σ. 25 της Επικοινωνίας).

εφαρμογή της Σύστασης (ως το Μάρτιο του 2015<sup>56</sup>) είναι σχετικά σύντομη, ενώ η προσπάτως δημοσιευθείσα έκθεση αποτίμησης της εφαρμογής της Σύστασης καταδεικνύει ότι υπάρχουν ακόμα αρκετά βήματα να γίνουν από τα κράτη-μέλη<sup>57</sup>. Σε κάθε περίπτωση, η ευαισθητοποίηση ως προς τα ζητήματα της εξυγίανσης είναι σαφώς θετική εξέλιξη, καθώς η επιτυχία του θεσμού εξαρτάται και από την καλλιέργεια της κουλτούρας αναδιοργάνωσης (*rescue culture*)<sup>58</sup>. Η Σύσταση, επίσης, εναρμονίζεται με το στόχο του Καν. 1346/2000 (και του νέου Καν. 2015/848) για περιορισμό του *forum shopping*. Θετική, ακόμα, είναι η παραίνεση για στατιστική καταγραφή των διαδικασιών αφερεγγυότητας, με πληροφορίες για τους οφειλότες, τη διάρκεια και την έκβαση των διαδικασιών<sup>59</sup>. Ασφαλώς, πολλά ζητήματα ρυθμίζονται ανεπαρκώς στη Σύσταση<sup>60</sup>, ενώ διάφορα θέματα θα μπορούσαν ακόμα να αναπτυχθούν σε αυτή, όπως η πώληση της επιχείρησης εν λειτουργία, τρόποι επιτάχυνσης και εν γένει βελτίωσης της διαδικασίας πτώχευσης, η εξάλειψη των εμποδίων της εξωδικαστικής αναδιάρθρωσης, η ορθή αποτίμηση της αξίας της επιχείρησης κ.ά.

### III. Οι επιμέρους τροποποιήσεις στη διαδικασία εξυγίανσης

Στην παρούσα ενότητα εξετάζονται οι τροποποιήσεις που επέφερε ο Ν. 4336/2015 στη διαδικασία εξυγίανσης (παρ. 7-15 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015). Εξαρχής πρέπει να διευκρινιστεί ότι οι τροποποιήσεις του Ν. 4336/2015 εφαρμόζονται επί διαδικασιών που «αρχίζουν» μετά την έναρξη ισχύος του νόμου (παρ. 23 της ως άνω υποπαρ.), με την έναρξη ισχύος του νόμου να τοποθετείται την 19η Αυγούστου 2015<sup>61</sup>. Χρήσιμη είναι η διευκρίνιση της Αιτιολογικής Έκθεσης<sup>62</sup> ότι ως έναρξη της διαδικασίας για τους σκοπούς της διάταξης δεν εννοείται το άνοιγμα διαδικασίας εξυγίανσης με δικαστική απόφαση, αλλά η υποβολή της αίτησης για άνοιγμα διαδικασίας εξυγίανσης. Επομένως, όπως συνέβη και κατά την υιοθέτηση του ΠτωχΚ (άρ. 182 παρ. 1), δεν επηρεάζονται οι εκκρεμείς διαδικασίες από τις νέες διατάξεις<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> Παρ. 34 της Σύστασης.

<sup>57</sup> Με ημερ. 30.9.2015, διαθέσιμη στο: [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation\\_recommendation\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_recommendation_final.pdf).

<sup>58</sup> Η ευαισθητοποίηση αυτή ενισχύεται και από την επέκταση του πεδίου εφαρμογής Κανονισμού για τη διασυννοιακή αφερεγγυότητα (2015/848, ο οποίος αντικατέστησε τον Καν. 1346/2000) στις προπρωχευτικές διαδικασίες.

<sup>59</sup> Παρ. 35 της Σύστασης.

<sup>60</sup> Π.χ. δεν ορίζονται οι έννοιες της πιθανότητας αφερεγγυότητας ή του έντιμου επιχειρηματία, δεν ορίζεται ποσοστό για την αποδοχή σχεδίου αναδιάρθρωσης κ.ά. Έτσι και Eidenmüller, Die Restrukturierungsempfehlung der EU-Kommission und das deutsche Restrukturierungsrecht, κεφ. III 1, διαθέσιμο σε: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2519010](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2519010).

<sup>61</sup> Άρ. 4 Ν. 4336/2015 (δεδομένου ότι η υπογραφή της Σύμβασης Χρηματοδοτικής Διευκόλυνσης μεταξύ Ελληνικής Δημοκρατίας και Ευρωπαϊκού Μηχανισμού Σταθερότητας έλαβε χώρα την ημερομηνία αυτή, σύμφωνα με σχετική ανακοίνωση του Υπουργείου Οικονομικών).

<sup>62</sup> Ο.π., σ. 5.

<sup>63</sup> Η λύση αυτή είναι σαφώς η απλούστερη, δεν είναι όμως αναντίρρητη ως προς όλες τις επερχόμενες τροποποιήσεις. Για παράδειγμα, σε περιπτώσεις αιτήσεων άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης που έχουν υποβληθεί το διάστημα



## 1. Δυνατότητα έγκαιρης πρόσβασης στη διαδικασία

Κομβικό ζήτημα σε οιαδήποτε διαδικασία εξυγίανσης αποτελεί η δυνατότητα έγκαιρης πρόσβασης στη διαδικασία. Όσο νωρίτερα αποφασίσει η διοίκηση την εξυγίανση της επιχείρησης, τόσο μεγαλύτερη η αξία της επιχείρησης, και επομένως τόσο μεγαλύτερες οι προοπτικές για τη διάσωσή της. Αντίστροφα, όσο πιο βαθιά στην κρίση διολισθαίνει η εταιρία, τόσο περισσότερο απαξιώνεται και τόσο πιο δύσκολο είναι να ανακάμψει στην παραγωγικότητα. Σε ένα τέτοιο περιβάλλον, οι πιστωτές της εταιρίας δεν έχουν κίνητρο να υποβληθούν σε θυσίες, αφού δεν θα υπάρχει συνήθως προοπτική ικανοποίησής τους σε μεσοπρόθεσμο ή μακροπρόθεσμο ορίζοντα. Άλλωστε, από ένα σημείο και πέρα θα πληρούνται το πραγματικό της παρέλκυσης της πτώχευσης, δηλ. της δημιουργίας νέων χρεών προς βλάβη των (παλαιών) πιστωτών (άρ. 98 παρ. 1 ΠτωχΚ).

Με το σκεπτικό αυτό, ασκήθηκε κριτική στη νέα διαδικασία εξυγίανσης, καθώς οι νέες διατάξεις μετακίνησαν το πεδίο εφαρμογής της διαδικασίας ένα βήμα πιο κοντά στην αφερεγγυότητα, κάτι ασύμβατο με τη διεθνή πρακτική<sup>64</sup>. Ενώ, δηλαδή, στη διαδικασία συνδιαλληλής αρκούσε η επιχείρηση να βρίσκεται σε παρούσα ή προβλέψιμη οικονομική αδυναμία, χωρίς πάντως να έχει επέλθει η παύση πληρωμών, στη διαδικασία εξυγίανσης ορίστηκε η επαπειλούμενη ή επελθούσα παύση πληρωμών κατά τρόπο γενικό ως η δέουσα οικονομική κατάσταση των υπαγόμενων επιχειρήσεων (άρ. 99 παρ. 1 ΠτωχΚ). Στην πράξη, πάντως, δεν συναντώνται δικαστικές αποφάσεις με τις οποίες απορρίπτεται η αίτηση της εταιρίας, επειδή δεν έχει φθάσει ακόμα στην «ωριμότητα» της επαπειλούμενης παύσης πληρωμών. Στην πράξη, επίσης, είναι σπάνια η περίπτωση επίκλησης της (επελθούσας) παύσης πληρωμών προκειμένου να υπαχθεί επιχείρηση στη διαδικασία<sup>65</sup>.

Όπως αναφέρθηκε παραπάνω, κατά τη Σύσταση της Επιτροπής<sup>66</sup>, το πλαίσιο αφερεγγυότητας θα πρέπει να είναι διαθέσιμο σε πρώιμο στάδιο, ήτοι μόλις κατα-

πριν την 19.8.2015, δημιουργείται κίνητρο για παραίτηση από τις σχετικές αιτήσεις και υποβολή νέων αιτήσεων, ώστε να είναι διασφαλισμένη η λήψη προληπτικών μέτρων και να παρέχεται η δυνατότητα παράκαμψης της προϋπόθεσης της βιωσιμότητας, σύμφωνα με τις σχετικές τροποποιήσεις που θα αναφερθούν παρακάτω. Γενικότερα, σε αντίθεση με τη διάταξη του άρ. 182 παρ. 1 ΠτωχΚ, που αντιμετώπισε την εισαγωγή ενός νέου Κώδικα, ο Ν. 4336/2015 εισάγει στοχευμένες βελτιώσεις στον υφιστάμενο Κώδικα, ορισμένες από τις οποίες θα είχαν νόημα και στις εκκρεμείς διαδικασίες (έτσι, άμεση ισχύ είχαν π.χ. οι επίσης στοχευμένες τροποποιήσεις του άρ. 234 Ν. 4072/2012 στη διαδικασία εξυγίανσης).

64 Για το ότι η διαδικασία έπρεπε να είναι διαθέσιμη και σε επιχειρήσεις που αντιμετωπίζουν σοβαρά οικονομικά προβλήματα βλ. *Μιχαλόπουλο*, Οι προπρωτοδικτικές διαδικασίες, σ. 56 επ.: *Αυγινίδης*, ό.π., σ. 231 επ. Βλ. επίσης κριτική *Αθ. Ρόκα*, Προπρωτοδικτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., σ. 97 επ.: *Φράστανλη*, Προπρωτοδικτική διαδικασία εξυγίανσης – Βασικές αρχές και έναρξη της διαδικασίας, ΧρΙΔ 2012, 407, 414. Σημειώνεται ότι ορισμένες διαδικασίες, όπως αυτή του 11ου Κεφαλαίου του αμερικανικού ΠτωχΚ, τα αγγλικά Scheme of Arrangements ή η νεοπαγής έκτακτη διαδικασία ρύθμισης (άρ. 62 επ. Ν. 4307/2014) δεν θέτουν καμία προϋπόθεση ως προς την οικονομική κατάσταση των υπαγόμενων επιχειρήσεων.

65 Τούτο δεν αποκλείεται να γίνεται και για λόγους τακτικής των οφειλετών, καθώς η παύση πληρωμών παραπέμπει σε σημαίνουσες δυσκολίες που ενδεχομένως θέτουν σε αμφισβήτηση την θετική κρίση περί βιωσιμότητας της επιχείρησης.

66 Υπό II 1 α).



στεί εμφανής η πιθανότητα αφερεγγυότητας. Ανταποκρινόμενος σε αυτή την προτροπή, ο Έλληνας νομοθέτης με την παρ. 7 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015 προσέθεσε ένα εδάφιο ύστερα από το α' εδ. της παρ. 1 του άρ. 99 ΠτωχΚ, σύμφωνα με το οποίο στη διαδικασία υπάγεται και οφειλέτης που δεν βρίσκεται σε παρούσα ή επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης, αν κατά την κρίση του δικαστηρίου υφίσταται απλώς πιθανότητα αφερεγγυότητάς του, η οποία δύναται να αρθεί με τη διαδικασία αυτή.

Η νέα διάταξη είναι προς τη θετική κατεύθυνση, καθώς διευρύνει το πεδίο εφαρμογής της διάταξης και σε επιχειρήσεις που δεν έχουν φθάσει ακόμα σε προχωρημένο στάδιο κρίσης. Αρκεί να υφίσταται πιθανότητα αφερεγγυότητας, δηλαδή ορισμένα συμπτώματα που αφορούν την οικονομική κατάσταση ή τις επιχειρηματικές δραστηριότητες της εταιρίας, ή το περιβάλλον στο οποίο δρα, τα οποία δεν αποδεικνύουν μεν επερχόμενη ή επεληθούσα παύση πληρωμών, αλλά στοιχειοθετούν τις προϋποθέσεις που θα μπορούσαν να οδηγήσουν σε μια τέτοια δυσμενή εξέλιξη στο μέλλον. Τέτοια συμπτώματα θα μπορούσαν να είναι π.χ. η αύξηση των λειτουργικών εξόδων, η έλλειψη των αναγκών πρώτων υλών, η απώλεια σημαντικής σύμβασης<sup>67</sup>, δυσχέρειες που αφορούν ολόκληρο τον κλάδο στον οποίο δραστηριοποιείται η επιχείρηση κ.ά. Σε γενικές γραμμές, η τυπολογία συμπτωμάτων που είχε διαμορφωθεί κατά την ερμηνεία της «παρούσας ή προβλέψιμης οικονομικής αδυναμίας» υπό το καθεστώς της διαδικασίας συνδιαλλαγής, μπορεί να αξιοποιηθεί<sup>68</sup>.

Ως προς το λεκτικό του νόμου, σημειώνονται τα εξής: Ο νομοθέτης χρησιμοποιεί τη φράση «πιθανότητα αφερεγγυότητας», σε αρμονία με τη Σύσταση της Επιτροπής αλλά και με το νέο Κανονισμό 2015/848 περί διασυννοριακής αφερεγγυότητας (άρ. 1 εδ. β'), κάτι το οποίο εξυπηρετεί την ομοιομορφία των εννοιών. Σε αντίθεση, όμως, με τη διαδικασία συνδιαλλαγής, η διατύπωση της διάταξης δείχνει ότι κανόνας είναι η επαπειλούμενη ή παρούσα παύση πληρωμών και εξαίρεση η απλή πιθανότητα αφερεγγυότητας, εξαίρεση η οποία τυχάνει εφαρμογής μόνο αν το δικαστήριο κρίνει ότι η πιθανότητα αφερεγγυότητας δύναται να αρθεί με τη διαδικασία εξυγίανσης. Θα ήταν δόκιμο, λοιπόν, να ορίζεται ως «κατώφλι» η πιθανότητα αφερεγγυότητας (ή η οικονομική αδυναμία), χωρίς άλλες διατυπώσεις<sup>69</sup>, ώστε να εξυπηρετηθεί πιο αποτελεσματικά ο σκοπός της Σύστασης.

67 Βλ. σκ. 17 του Προσώμου Καν. 2015/848.

68 Βλ. *Κοτσίνη*, Η διαδικασία συνδιαλλαγής κατά τον Πτωχευτικό Κώδικα, σ. 22-23, τον οποίο ακολούθησε η νομολογία.

69 Ως διατύπωση νοείται βασικά η απαίτηση να αρθεί η αφερεγγυότητα με τη διαδικασία. Αλλιώς, υπάρχουν άλλες δικλίδες στο νόμο, όπως το κριτήριο ότι πρέπει να υπάρχουν βάσιμες προσδοκίες επιτυχίας της προτεινόμενης εξυγίανσης για να ανοίξει η διαδικασία (άρ. 101 παρ. 1 ΠτωχΚ), που καθιστούν την ως άνω διατύπωση περιττή. Πρβλ. κριτική σε αντίστοιχη διάταξη που είχε περιληφθεί στο προσχέδιο νόμου για την εισαγωγή της διαδικασίας εξυγίανσης: *Αλ. Ρόκας*, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 1η έκδ., 2011, σ. 42-43.

## 2. Περιορισμός του απαιτούμενου διαστήματος για την εκ νέου υπαγωγή στη διαδικασία

Μία ακόμα αλληλαγή που επέρχεται με την παρ. 7 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015 αφορά το απαιτούμενο διάστημα για την εκ νέου υπαγωγή στη διαδικασία. Ενώ η ως τώρα διάταξη (άρ. 99 παρ. 1 τελ. εδ.) απαιτούσε την πάροδο πενταετίας από την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης για την εκ νέου υπαγωγή στη διαδικασία, η νέα διάταξη αρκείται σε πάροδο τριετίας από την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης. Σκοπός της νέας διάταξης είναι η αποτροπή των καταχρηστικών αιτήσεων, χωρίς όμως να διευρύνεται υπερβολικά το χρονικό διάστημα κατά το οποίο δεν επιτρέπεται η υποβολή νέας αίτησης. Από πλευράς μεταβατικού δικαίου, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι αιτήσεις που υποβάλλονται από 19.8.2015 δεν απορρίπτονται αν έχει παρέλθει τριετία από την επικύρωση της προηγούμενης συμφωνίας.

Τόσο η παλαιά διάταξη, όσο και η νέα, δεν καταλαμβάνουν διάφορες περιπτώσεις επαναλαμβανόμενων κατά καταχρηστικό τρόπο αιτήσεων. Για παράδειγμα, ο οφειλέτης δύναται να αιτηθεί το άνοιγμα της διαδικασίας εξυγίανσης, με σκοπό τη χορήγηση προληπτικών μέτρων, και στη συνέχεια – πριν τη δικάσιμο – να παραιτηθεί από τη σχετική αίτηση και να υποβάλει εκ νέου αίτημα, περίπτωση η οποία δεν καταλαμβάνεται από τη διάταξη<sup>70</sup>. Επίσης, και οι δύο διατάξεις εξαιρούν από το πεδίο εφαρμογής τους την περίπτωση άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης κατά το άρ. 106β ΠτωχΚ, αν και σε αυτή την περίπτωση θα μπορούσαν να υπάρξουν καταχρήσεις (π.χ. υποβολή νέας συμφωνίας προς επικύρωση με σκοπό την εκ νέου απομείωση απαιτήσεων, σε μικρό διάστημα ύστερα από την επικύρωση της προηγούμενης συμφωνίας)<sup>71</sup>.

## 3. Κατάργηση του γραμματίου κατάθεσης

Προς την κατεύθυνση ελάφρυνσης της διαδικασίας από έξοδα κινείται η κατάργηση της απαίτησης υποβολής γραμματίου κατάθεσης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, η οποία επέρχεται με την παρ. 8 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015 (η οποία καταργεί τη σχετική παρ. 5 του άρ. 100 ΠτωχΚ)<sup>72</sup>. Το γραμμάτιο αυτό, κυμαινόμενο από 2.000 ως 7.000 ευρώ, προοριζόταν για την κάλυψη των αμοιβών του εμπειρογνώμονα, του τυχόν μεσοληβητή και του τυχόν ειδικού

70 Βλ. και άλλα παραδείγματα σε *Μιχαλόπουλο*, ό.π., σ. 60 επ.: *Αθ. Ρόκα*, Προπρωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., σ. 115.

71 Βλ. *Αθ. Ρόκα*, ό.π., σ. 116. Στην έκτακτη διαδικασία ρύθμισης (άρ. 62 επ. Ν. 4307/2014), που είναι παραλληλαγή της άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης, προβλέπεται χρονικό όριο 12 μηνών για την υποβολή αίτησης υπαγωγής στη διαδικασία εξυγίανσης ή άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης ύστερα από την έκδοση επικυρωτικής ή απορριπτικής απόφασης (άρ. 63 παρ. 8), δεν προβλέπεται όμως χρονικό όριο για την υποβολή νέας αίτησης υπαγωγής στη διαδικασία των άρ. 62 επ. Ν. 4307/2014.

72 Βλ. στο ισχύσαν δίκαιο αντίστοιχη de lege ferenda πρόταση *Αθ. Ρόκα*, ό.π., σ. 125.

εντολοδόχου, όπως και για τη διενέργεια δημοσιεύσεων και τη σύγκληση συνελεύσεων πιστωτών ή εταίρων/μετόχων. Μάλιστα, η κατάθεση του γραμματίου ήταν όρος του παραδεκτού της αίτησης. Η κατάργηση του γραμματίου συμβάλλει στην απλοποίηση της διαδικασίας, όπως και στην μείωση των εξόδων<sup>73</sup>. Άλλωστε, ούτε στην έκτακτη διαδικασία ρύθμισης (άρ. 62 επ. Ν. 4307/2014) προβλέπεται γραμμάτιο κατάθεσης.

Με την κατάργηση του γραμματίου, η αμοιβή του εμπειρογνώμονα εξακολουθεί να προσδιορίζεται βάσει ιδιαίτερης σύμβασης με τον οφειλέτη (άρ. 106ι παρ. 3), ο εμπειρογνώμονας όμως αμείβεται απευθείας από τον οφειλέτη, χωρίς να χρειάζεται να αναλάβει το γραμμάτιο<sup>74</sup>. Ανάλογα ισχύουν για το μεσοδιαβητή, εκτός αν αυτός ορίστηκε από το δικαστήριο, οπότε η αμοιβή του ορίζεται από το δικαστήριο σε βάρος της περιουσίας του οφειλέτη (άρ. 106ι παρ. 4). Τα έξοδα του ειδικού εντολοδόχου (άρ. 106ι παρ. 5), όπως και της διενέργειας δημοσιεύσεων και συνελεύσεων, βαρύνουν επίσης απευθείας τον οφειλέτη.

#### 4. Επέκταση της διάρκειας της διαδικασίας και των προληπτικών μέτρων

Σε διαρκώς επανεξεταζόμενο ζήτημα έχει αναδειχθεί η διάρκεια της διαδικασίας εξυγίανσης. Κατά τη θέσπιση της διαδικασίας συνδιαληθαγής, το 2007, είχε θεσπιστεί διάρκεια ως δύο μηνών, με δυνατότητα παράτασης κατά ένα μήνα. Με το σκεπτικό ότι πρέπει να δοθεί περαιτέρω χρόνος στην προσπάθεια εξυγίανσης, η προθεσμία ορίστηκε το 2010 στους τέσσερις μήνες, με δυνατότητα παράτασης κατά ένα μήνα. Κατά τη θέσπιση της διαδικασίας εξυγίανσης, το 2011, ορίστηκε περίοδος ως τέσσερις μήνες, με δυνατότητα παράτασης κατά ένα μήνα, ή και κατά τρεις μήνες, εφόσον συμφωνεί η πλειοψηφία των πιστωτών<sup>75</sup>. Το 2012 ορίστηκε δίμηνη προθεσμία για τη σύναψη συμφωνίας, με δυνατότητα παράτασης κατά ένα μήνα (άρ. 101 παρ. 1 ΠτωχΚ). Η τροποποίηση αυτή πιθανώς ήθελε να αντιμετωπίσει τις προσπάθειες κατάχρησης της διαδικασίας, οι οποίες σχετιζόνταν με τη διά μακρών παράταση της διάρκειας της αναστολής διώξεων, χωρίς να υπάρχει πραγματική πρόθεση εξυγίανσης<sup>76</sup>.

Με την τροποποίηση που επιφέρει η παρ. 9 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015 στο άρ. 101 παρ. 1 ΠτωχΚ, τίθεται νέα διάρκεια της διαδικασίας, η

73 Η ύπαρξη του γραμματίου, πάντως, λειτούργησε ορισμένες φορές ως «ανάχωμα» για την κατάθεση προφανώς αβάσιμων ή καταχρηστικών αιτήσεων. Δεν είναι, ωστόσο, λειτουργία του γραμματίου να αποτρέπει τις αιτήσεις αυτές.

74 Η ως τώρα διατύπωση δεν απέκλειε, πάντως, συμβατική πρόβλεψη για μεγαλύτερη αμοιβή του εμπειρογνώμονα, σε σχέση με το ύψος του γραμματίου. Επίσης, αμοιβή μπορούσε να προβλέπεται συμβατικά ακόμη κι αν απορριφθεί η σχετική αίτηση του οφειλέτη, ενώ το γραμμάτιο επιστρέφεται στον οφειλέτη στην περίπτωση αυτή.

75 Προς αποφυγή περιπτώσεων καθυστερήσεων, ορίστηκε επίσης ότι η προθεσμία άρχεται από τη δημοσίευση της απόφασης στο ακροατήριο (και όχι στο Δελτίο Δικαστικών Δημοσιεύσεων), καθώς και ότι η παράταση αποφασίζεται από τον πρόεδρο του δικαστηρίου (και όχι από το δικαστήριο). Πρβλ. *Αλ. Ρόκα*, ό.π., σ. 137, με περαιτέρω παραπομπές.

76 Κατά τον *Μιχαήλπουλο*, ό.π., σ. 105, η σύντμηση της προθεσμίας «εκβιάζει την έγκαιρη συνεννόηση του οφειλέτη με τους πιστωτές του και ευνοεί την ολοκλήρωση της συμφωνίας εντός των νόμιμων προθεσμιών», χωρίς να αποκλείεται οι διαπραγματεύσεις να προχωρούν πριν τη συζήτηση της αίτησης στο δικαστήριο, ή ακόμα και πριν την υποβολή της αίτησης. Κατά τον *Περάκη*, ό.π., σ. 91, η σύντμηση της διαδικασίας αποτρέπει το μακροχρόνιο εγκλωβισμό των πιστωτών.

οποία υπερβαίνει κάθε προηγούμενο. Ειδικότερα, κατά το άνοιγμα της διαδικασίας, το δικαστήριο ορίζει διάρκεια διαδικασίας το πολύ τεσσάρων μηνών. Ο πρόεδρος του δικαστηρίου μπορεί με πράξη του να παρατείνει τη διαδικασία, ύστερα από αίτηση του οφειλέτη, του μεσολαβητή ή του πιστωτή. Για πρώτη φορά, ορίζεται το κριτήριο για την αποδοχή της σχετικής αίτησης, ήτοι να αποδεικνύεται πρόοδος στις διαπραγματεύσεις<sup>77</sup>. Σημειώνεται ότι και στο ισχύσαν δίκαιο επικρατούσε η γνώμη ότι δεν μπορεί να γίνει δεκτό το αίτημα παράτασης, εφόσον δεν προκύπτει πρόοδος στις διαπραγματεύσεις, έστω με ορισμένους πιστωτές<sup>78</sup>, ή αν έχει εγκαταλειφθεί η προσπάθεια σύναψης συμφωνίας εξυγίανσης<sup>79</sup>. Σε κάθε περίπτωση, είναι καλό που το σχετικό κριτήριο διευκρινίζεται και νομοθετικά. Ακόμα, η νέα διάταξη ορίζει ως μέγιστη διάρκεια της διαδικασίας τους δώδεκα μήνες. Αυτό σημαίνει ότι η αρχικώς τεθείσα προθεσμία διαπραγματεύσεων μπορεί να παραταθεί, χωρίς, πάντως, η συνολική διάρκεια της διαδικασίας να υπερβεί τους δώδεκα μήνες.

Με τις ως άνω τροποποιήσεις διευρύνεται σημαντικά η διάρκεια της διαδικασίας. Η διεύρυνση αυτή δεν συνεπάγεται μόνο την επέκταση της περιόδου διαπραγματεύσεων για τη σύναψη συμφωνίας εξυγίανσης (βλ. άρ. 104 παρ. 1), αλλά και την επέκταση του χρονικού διαστήματος, κατά τη διάρκεια του οποίου μπορούν να ισχύουν τα προληπτικά μέτρα κατ' άρ. 103. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από το άρ. 103 παρ. 1, η αναστολή διώξεων ισχύει μέχρι τη λήξη της διαδικασίας<sup>80</sup>, κάτι που ισχύει αναλογικά για τα λοιπά προληπτικά μέτρα σύμφωνα με την παρ. 3 του ίδιου άρθρου. Ωστόσο, με τη διάταξη του άρ. 103 παρ. 7, ως είχε πριν το Ν. 4336/2015, οριζόταν ότι τα προληπτικά μέτρα παύουν να ισχύουν σε κάθε περίπτωση μετά πάροδο δύο μηνών από το άνοιγμα της διαδικασίας εξυγίανσης. Η πρόβλεψη αυτή, αν και άκαμπτη<sup>81</sup>, προσπαθούσε να θέσει ένα όριο στο συνολικό χρονικό διάστημα ισχύος της αναστολής διώξεων, ώστε να περισταλούν καταχρηστικές πρακτικές των οφειλετών που παρατηρούνταν στην πράξη.

Η ως άνω πρόβλεψη του άρ. 103 παρ. 7 τροποποιήθηκε με την παρ. 11 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015. Πλέον, η διάταξη ορίζει ότι τα προληπτικά μέτρα παύουν να ισχύουν με την παρέλευση της περιόδου που καθορίζεται από το δικαστήριο κατά το άρ. 101 παρ. 1<sup>82</sup>. Το πρακτικό αποτέλεσμα των ως άνω τροποποιήσεων των άρ. 101 παρ. 1 και 103 παρ. 7 είναι ότι ο οφειλέτης μπορεί να απολαμβάνει της προστασίας από τους πιστωτές του για πολύ μεγαλύτερο χρονικό

77 Κατά την Αιτιολ. Έκθεση (ό.π., σ. 4), η πρόοδος στις διαπραγματεύσεις αποδεικνύεται διά του αριθμού των πιστωτών που συμμετέχουν στις διαπραγματεύσεις και του ύψους των εκπροσωπούμενων απαιτήσεων.

78 ΠΠρΑθ 500/2013 (αδην.).

79 Πρβλ. άρ. 102 παρ. 5, κατά το οποίο ο μεσολαβητής πρέπει να ενημερώνει άμεσα το δικαστήριο εφόσον εγκαταλειφθεί η προσπάθεια εξυγίανσης, ώστε να κηρυχθεί η λήξη της διαδικασίας.

80 Η διαδικασία λήγει με την έκδοση απόφασης επί της αίτησης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης, με την πάροδο της κατά το άρ. 101 παρ. 1 προθεσμίας, ή με την ανάκληση της απόφασης με την οποία άνοιξε η διαδικασία. Βλ. σχετικά άρ. 99 παρ. 6 εδ. ε' και Αθ. Ρόκα, ό.π., σ. 263.

81 Βλ. Αθ. Ρόκα, ό.π., σ. 153.

82 Τούτο, όπως αναφέρθηκε, προκύπτει και από το άρ. 103 παρ. 1.

διάστημα σε σχέση με το ισχύσαν δίκαιο. Η προστασία αυτή, όμως, παρέχεται σε ένα πρώιμο στάδιο, αυτό των διαπραγματεύσεων, πριν δηλ. συναφθεί η συμφωνία εξυγίανσης. Αυτή ακριβώς είναι και η κριτική που ασκείται στο νομικό πλαίσιο του ανοίγματος διαδικασίας εξυγίανσης, σε αντίθεση με τη διαδικασία άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης: Το άνοιγμα της διαδικασίας εξυγίανσης σπανιότατα οδηγεί σε επικύρωση συμφωνίας εξυγίανσης (κάτω από 2% των περιπτώσεων), ενώ βασικά εξυπηρετεί την παροχή πίστωσης χρόνου για την επιχείρηση<sup>83</sup>.

Επομένως, δεν είναι το πρόβλημα η αδυναμία ευόδωσης των διαπραγματεύσεων στο ως τώρα προβλεπόμενο μικρό χρονικό διάστημα, όπως αναφέρει η Αιτιολογική Έκθεση<sup>84</sup>, αλλήλ ότι το άνοιγμα της διαδικασίας εξυγίανσης σπανίως χρησιμοποιείται από τους οφειλέτες για γνήσιες εξυγιαντικές προσπάθειες. Ως εκ τούτου, οι τροποποιήσεις του Ν. 4336/2015 δεν εξυπηρετούν, κατ' αρχήν, την προσπάθεια περιορισμού των καταχρηστικών πρακτικών των οφειλετών, πρακτικές οι οποίες είχαν μετριάσει με την εισαγωγή της διαδικασίας εξυγίανσης και των τροποποιήσεων επ' αυτής με το άρ. 234 Ν. 4072/2012.

Θα ήταν παράλειψη να μην αναφερθεί ότι οι προθεσμίες που εισάγει ο Ν. 4336/2015 στηρίζονται στην προαναφερθείσα Σύσταση της Επιτροπής. Ειδικότερα, η Σύσταση προνοεί για τη χορήγηση αναστολής διώξεων ενόψει διαπραγματεύσεων με τους πιστωτές<sup>85</sup>. Έτσι, ορίζεται ότι η διάρκεια της αναστολής πρέπει να είναι το πολύ τέσσερις μήνες, ανάλογα με την πολυπλοκότητα της κάθε αναδιοργάνωσης, η δε περίοδος αυτή μπορεί να παρατείνεται, εφόσον σημειώνεται πρόοδος στις διαπραγματεύσεις, χωρίς πάντως η συνολική περίοδος αναστολής να ξεπερνά τους δώδεκα μήνες<sup>86</sup>. Συναφώς, θα πρέπει να σημειωθούν τα εξής: κατά πρώτον, οι ως άνω προθεσμίες τίθενται ως ανώτατο όριο διάρκειας της αναστολής διώξεων, και επομένως δεν είναι απαραίτητο να τεθούν τα ανώτατα όρια από τους εθνικούς νομοθέτες. Έτσι, ο εθνικός νομοθέτης, εκτιμώντας τις ιδιαιτερότητες της πράξης στην Ελλάδα (π.χ. τις καταχρηστικές πρακτικές των οφειλετών), θα μπορούσε να θέσει μικρότερα όρια. Κατά δεύτερον, η πραγματική διάρκεια της αναστολής διώξεων στην Ελλάδα υπερβαίνει σημαντικά τη διάρκεια της διαδικασίας. Ειδικότερα, ο οφειλέτης, ήδη λίγες μέρες μετά την κατάθεση της αίτησης ανοίγματος διαδικασίας εξυγίανσης, μπορεί να προστατευτεί από διώξεις, μέσω προσωρινής διαταγής. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη το χρονικό διάστημα μέχρι την εκδίκαση της υπόθεσης και την έκδοση απόφασης για το άνοιγμα της διαδικασίας εξυγίανσης (περίπου 3-6 μήνες), η συνολική διάρκεια της αναστολής διώξεων θα μπορεί να είναι πάνω από 12 μήνες, μέχρι και 18 μήνες. Αυτό, φυσικά, δεν ανταποκρίνεται στο πνεύμα της Σύστασης.

83 *Αυγητίδης*, Διαδικασία εξυγίανσης: μια προσωρινή αποτίμηση, σε: Πρακτικά 23ου Συνεδρίου ΣΕΕ, σ. 308.

84 Ό.π., σ. 4.

85 Η Σύσταση δεν αναφέρεται σε «άνοιγμα διαδικασίας εξυγίανσης», καθώς η δομή της εκάστοτε διαδικασίας καταστρώνεται διαφορετικά σε κάθε κράτος.

86 Παρ. 13 της Σύστασης.

Ενόψει των ως άνω, και δεδομένης της διατύπωσης της νέας διάταξης, τα δικαστήρια θα πρέπει: i) κατά το άνοιγμα της διαδικασίας, να εκτιμούν την πολυπλοκότητα της υπόθεσης<sup>87</sup>, και αναλόγως να θέτουν την προθεσμία για τη σύναψη της συμφωνίας, η οποία δεν θα πρέπει απαραίτητα να ταυτίζεται με τη μέγιστη προθεσμία των τεσσάρων μηνών και ii) να εγκρίνουν την παράταση της διαδικασίας μόνο εφόσον υπάρχουν απτά στοιχεία (π.χ. συμφωνητικά, προσύμφωνα, δηλώσεις προθέσεως) που καταδεικνύουν ότι ο οφειλέτης βρίσκεται ήδη σε προχωρημένες διαπραγματεύσεις με πιστωτές που εκπροσωπούν ικανό ποσοστό του συνόλου των απαιτήσεων και δεν έχει εγκαταλείψει τις προσπάθειες σύναψης συμφωνίας.

### 5. Ως προς τη χορήγηση αναστολής διώξεων κατά το άνοιγμα διαδικασίας εξυγίανσης

Μία ακόμα σημαντική καινοτομία εισάγεται με την παρ. 10 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015. Με την παρ. αυτή εισάγεται νέα παρ. 1α στο άρ. 103 ΠτωχΚ, δηλ. το άρθρο που αφορά τα προληπτικά μέτρα στη διαδικασία εξυγίανσης. Με τη νέα ρύθμιση προβλέπεται ότι η αναστολή διώξεων της παρ. 1 του άρ. 103 χορηγείται σε κάθε περίπτωση εφόσον συντρέχουν δύο προϋποθέσεις. Πρώτον, εφόσον πιστωτές, οι οποίοι εκπροσωπούν ποσοστό τουλάχιστον 30% του συνόλου των απαιτήσεων κατά του οφειλέτη, συμπεριλαμβανομένου του 20% των εξασφαλισμένων πιστωτών<sup>88</sup>, δηλώνουν, είτε με προφορική δήλωσή τους ενώπιον του πτωχευτικού δικαστηρίου ή του προέδρου του που δικάζει την αίτηση λήψης προληπτικών μέτρων είτε με έγγραφη επιστολή τους που προσκομίζει ο αιτών, πρόθεση να συμμετάσχουν ή ότι συμμετέχουν στις διαπραγματεύσεις για την επίτευξη συμφωνίας εξυγίανσης. Δεύτερον, εφόσον το δικαστήριο πιθανολογεί ότι θα επιτευχθεί συμφωνία εξυγίανσης και ότι θα αποτραπεί η περιέλευση του οφειλέτη σε κατάσταση παύσης πληρωμών.

Ως προς την ως άνω ρύθμιση επισημαίνονται, εισαγωγικά, τα εξής. Πρώτον, η νέα διάταξη της παρ. 1α λειτουργεί παράλληλα με τις υφιστάμενες διατάξεις. Επομένως, μπορεί να χορηγείται αναστολή διώξεων επί τη βάση της παρ. 1, χωρίς προσφυγή στην παρ. 1α. Δεύτερον, η παρ. 1α αφορά την αναστολή διώξεων που χορηγείται ενόψει αίτησης για το άνοιγμα διαδικασίας εξυγίανσης και όχι αίτησης για άμεση επικύρωση συμφωνίας εξυγίανσης. Και τούτο διότι από τη διατύπωση της διάταξης προκύπτει ότι η σύναψη συμφωνίας δεν έχει επιτευχθεί ακόμη, ενώ ούτως ή άλλως στην άμεση επικύρωση συμφωνίας εξυγίανσης επέρχεται αυτομάτως αναστολή διώξεων, βάσει όσων θα αναφερθούν παρακάτω. Τρίτον, η διάταξη αφορά μόνο την αναστολή διώξεων της παρ. 1 του άρ. 103 και όχι τα λοιπά προληπτικά

<sup>87</sup> Έτσι και η διατύπωση της Σύστασης (παρ. 13).

<sup>88</sup> Μάλλον από παραδρομή γίνεται αναφορά σε ποσοστό πιστωτών και όχι απαιτήσεων.



μέτρα των παρ. 2 και 3 του άρ. 103 ΠτωχΚ. Αυτό προκύπτει από τη θέση και τη διατύπωση της νέας διάταξης. Τέταρτον, η χορήγηση αναστολής διώξεων επί τη βάση της νέας ρύθμισης (παρ. 1α) επάγεται τις περιγραφόμενες στην παρ. 1 συνέπειες (π.χ. απαγόρευση εκποίησης ακινήτων και εξοπλισμού). Πέμπτον, από τη διατύπωση της δεύτερης προϋπόθεσης της νέας διάταξης συνάγεται ότι δεν εξαλείφεται η δικαστική παρέμβαση κατά τη χορήγηση αναστολής διώξεων, απλώς τίθενται ορισμένα κριτήρια, τα οποία, όταν πληρούνται, οδηγούν το δικαστήριο στην χορήγηση αναστολής διώξεων «άνευ αλλήλου». Η φράση που χρησιμοποιεί ο νόμος («σε κάθε περίπτωση»), δηλαδή, δεν σημαίνει ότι η χορήγηση αναστολής διώξεων συμβαίνει αυτόματα, απλώς ότι αρκεί να συντρέχουν (κατά κρίση του δικαστηρίου) οι ως άνω δύο προϋποθέσεις<sup>89</sup>. Αντιθέτως, στην περίπτωση άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης, επέρχεται αυτομάτως αναστολή διώξεων, βάσει όσων θα αναφερθούν παρακάτω<sup>90</sup>.

Ως προς την πρώτη από τις δύο προϋποθέσεις της νέας διάταξης επισημαίνονται, ειδικότερα, τα εξής. Η προϋπόθεση αυτή συνιστά εξειδίκευση της αντίστοιχης πρόβλεψης της προαναφερθείσας Σύστασης της Επιτροπής<sup>91</sup>, και ειδικότερα της παρ. 11 στοιχ. α', η οποία απαιτεί υποστήριξη των διαπραγματεύσεων από σημαντικό ποσοστό των θιγόμενων από το σχέδιο αναδιοργάνωσης απαιτήσεων. Ο εθνικός νομοθέτης επέλεξε να αναφέρει ρητά το απαιτούμενο ποσοστό πιστωτών που πρέπει να υποστηρίζουν τις διαπραγματεύσεις (είναι το 1/2 των αντίστοιχων ποσοστών για τη σύναψη συμφωνίας εξυγίανσης). Η ρύθμιση, επίσης, εξειδικεύει τον τρόπο με τον οποίο αποδεικνύεται η υποστήριξη των διαπραγματεύσεων, και δεν είναι άλλος από τη γραπτή ή την προφορική δήλωση των πιστωτών ότι προτίθενται να συμμετάσχουν ή ότι συμμετέχουν ήδη στις διαπραγματεύσεις για την επίτευξη συμφωνίας εξυγίανσης. Στην πράξη, δεν είναι σπάνια η προσκόμιση επιστολών προθέσεως ή οι πρόσθετες παρεμβάσεις πιστωτών προς υποστήριξη του αιτήματος για χορήγηση αναστολής διώξεων. Ο νεωτερισμός είναι ότι τίθεται ορισμένο ποσοστό πιστωτών, το οποίο, αν και βρίσκεται σε επίπεδο προθέσεων, έχει δεσμευτική σημασία για το δικαστήριο, αν συντρέχει φυσικά και η δεύτερη προϋπόθεση. Τέλος, σε αντίθεση με τη δεύτερη προϋπόθεση, απαιτείται πλήρης δικανική πεποίθηση ως προς τα θεμελιωτικά της πρώτης προϋπόθεσης στοιχεία.

Ως προς τη δεύτερη προϋπόθεση, σημειώνεται ότι συνιστά και αυτή μεταφορά της Σύστασης της Επιτροπής (παρ. 11 στοιχ. β'). Ειδικότερα, η μεν Σύσταση απαιτεί εύλογες προοπτικές εφαρμογής του σχεδίου αναδιάρθρωσης και αποτροπής της αφερεγγυότητας του οφειλέτη, η δε νέα διάταξη απαιτεί πιθανολόγηση επίτευξης της συμφωνίας εξυγίανσης και αποτροπής περιέλιψης του οφειλέτη σε κατάσταση παύ-

89 Μάλιστα, η δεύτερη εκ των προϋποθέσεων (πιθανολόγηση σύναψης συμφωνίας και αποτροπής παύσης πληρωμών) αφήνει ορισμένο περιθώριο στο δικαστήριο να απορρίψει τις σχετικές αιτήσεις, αφού πρόκειται για αξιολογική κρίση του δικαστηρίου.

90 Υπό ΙΙΙ 6.

91 Βλ. υπό ΙΙ 1 δ).



σης πληρωμών. Η «επίτευξη συμφωνίας εξυγίανσης» είναι, πάντως, στενότερη από τις «προοπτικές εφαρμογής του σχεδίου αναδιοργάνωσης», καθώς η πρώτη αφορά τις πιθανότητες σύναψης συμφωνίας με τη δέουσα πλειοψηφία πιστωτών, ενώ η δεύτερη αφορά και το μεταγενέστερο στάδιο της ομαλής εφαρμογής της συμφωνίας. Ακόμα, στο βαθμό που οι πιθανότητες σύναψης συμφωνίας αποτελούν και προϋπόθεση για την αποδοχή της αίτησης ανοίγματος διαδικασίας εξυγίανσης (άρ. 101 παρ. 1), αυτές εξετάζονταν ούτως ή άλλως και στο επίπεδο των προληπτικών μέτρων και προ του Ν. 4336/2015<sup>92</sup>. Αντιθέτως, στο πλαίσιο της νέας παρ. 1α του άρ. 103, το δικαστήριο ασχολείται μόνο με τις ως άνω δύο προϋποθέσεις και όχι π.χ. με το αν συντρέχουν «βάσιμες προσδοκίες επιτυχίας της προτεινόμενης εξυγίανσης» κατά το άρ. 101 παρ. 1<sup>93</sup>. Η τελευταία προϋπόθεση, πάντως, προσεγγίζει περισσότερο κατά περιεχόμενο την ως άνω διατύπωση της παρ. 11 στοιχ. β' της Σύστασης της Επιτροπής, σε σχέση με τη διατύπωση που επέλεξε ο νομοθέτης.

Σε ό,τι αφορά το δεύτερο στοιχείο της δεύτερης προϋπόθεσης (πιθανολόγηση αποτροπής περιέλευσης του οφειλέτη σε κατάσταση παύσης πληρωμών) σημειώνεται ότι – όπως προκύπτει και από τη διατύπωση της Σύστασης – αυτό που πιθανολογείται είναι αν *μέσω της αναμενόμενης συμφωνίας* αναμένεται να αποτραπεί η περιέλευση του οφειλέτη σε κατάσταση παύσης πληρωμών. Πρόκειται για αξιολογική κρίση του δικαστηρίου με στοιχεία αβεβαιότητας, εφόσον ακόμα δεν έχει συναφθεί καν η συμφωνία. Κατ' ουσία, αυτό που θα εξετάζεται είναι η δυνατότητα της επιχείρησης να αποφύγει δυσμενέστερες εξελίξεις με μία ευλόγως αναμενόμενη συμφωνία. Το κριτήριο αυτό είναι αρκετά ρευστό, δεν απέχει δε κατά πολύ από την εκτίμηση της βιωσιμότητας της επιχείρησης. Όπως διευκρινίζεται και στην Αιτιολογική Έκθεση, το δικαστήριο θα λαμβάνει υπόψη και τις σχετικές κρίσεις που διατυπώνονται στην έκθεση του εμπειρογνώμονα<sup>94</sup>. Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η διατύπωση της νέας διάταξης φαίνεται να αποκλείει από το εύρος της εφαρμογής της τις επιχειρήσεις στις οποίες έχει επέλθει ήδη η παύση πληρωμών<sup>95</sup>, αφού απαιτείται ικανότητα της συμφωνίας να αποτρέψει την επερχόμενη αφερεγγυότητα. Πρόκειται για εύλογη ερμηνεία, εφόσον η παρ. 1α δεν είναι γενικής εφαρμογής, αλλήλ παρέχει μια επιπρόσθετη δυνατότητα υπό ορισμένους όρους.

Συνοδικά, η νέα διάταξη προσπαθεί να «αυτοματοποιήσει» κατά το δυνατόν τη χορήγηση αναστολής διώξεων κατά το άνοιγμα διαδικασίας εξυγίανσης, χωρίς να καταργεί το ρόλο του δικαστηρίου. Έτσι, στο πλαίσιο της παρ. 1α το δικαστήριο αρ-

92 Και τούτο διότι προληπτικά μέτρα δεν χορηγούνται εφόσον πιθανολογείται ότι η κύρια αίτηση ανοίγματος της διαδικασίας εξυγίανσης δεν θα γίνει δεκτή. Βλ. Αθ. Ρόκα, ό.π., σ. 151.

93 Δεν αποκλείεται, ωστόσο, οι «βάσιμες προσδοκίες επιτυχίας της προτεινόμενης εξυγίανσης» να έχουν σημεία επαφής με την αποτροπή της παύσης πληρωμών, στοιχείο που εξετάζεται αμέσως παρακάτω.

94 Ό.π., σ. 4. Η έκθεση του εμπειρογνώμονα αναφέρεται στα οικονομικά στοιχεία και τη βιωσιμότητα της επιχείρησης του οφειλέτη, όπως και στην ανάγκη λήψης προληπτικών μέτρων (άρ. 100 παρ. 3). Επομένως, αποτελεί σημείο αναφοράς για το δικαστήριο και στην περίπτωση χορήγησης προληπτικών μέτρων με βάση τη νέα παρ. 1α του άρ. 103.

95 Οι επιχειρήσεις αυτές γενικώς υπάγονται στη διαδικασία (άρ. 99 παρ. 1).

κείται στην αξιολόγηση δύο προϋποθέσεων, ενώ στο πλαίσιο της παρ. 1 αξιολογείται η αναγκαιότητα των προληπτικών μέτρων με βάση σειρά στοιχείων. Για παράδειγμα, δεν χρειάζεται να πιθανολογείται ο κίνδυνος κατακερματισμού της περιουσίας του οφειλέτη (π.χ. μέσω προσκόμισης εκδοθεισών διαταγών πληρωμής<sup>96</sup>), αφού αυτό δεν εντάσσεται στις δύο προϋποθέσεις της νέας διάταξης. Ωστόσο, στην πραγματικότητα η δικαστική κρίση εξακολουθεί να έχει μεγάλη σημασία και στο πλαίσιο της νέας διάταξης της παρ. 1α. Το δικαστήριο θα πρέπει να αξιολογήσει την αξιοπιστία της προσκομιζόμενης κατάστασης πιστωτών, διότι διαφορετικά δεν θα πληρούνται η πρώτη προϋπόθεση. Τούτο ενδέχεται να είναι δυσχερές ιδίως στην περίπτωση της διαδικασίας χορήγησης προσωρινής διαταγής, όπου τα χρονικά περιθώρια είναι περιορισμένα. Η δεύτερη προϋπόθεση, αλλιώς, έχει αξιολογικά στοιχεία, τα οποία θα μπορούσαν να καταστήσουν απρόβλεπτη την εφαρμογή της νέας διάταξης.

#### 6. Ως προς την εισαγωγή αυτόματης αναστολής διώξεων κατά την επικύρωση συμφωνίας εξυγίανσης

Στο πλαίσιο της προσπάθειας «αυτοματοποίησης» της χορήγησης αναστολής διώξεων εντάσσεται και η τροποποίηση που επιφέρει η παρ. 12 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015. Η παρ. αυτή αντικαθιστά την παρ. 2 του άρ. 106β ΠτωχΚ, η οποία αφορά την χορήγηση προληπτικών μέτρων στο πλαίσιο άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης. Ως τώρα, αμέσως μετά την κατάθεση της αίτησης για άμεση επικύρωση συμφωνίας εξυγίανσης, οιοσδήποτε είχε έννομο συμφέρον μπορούσε να ζητά τη λήψη προληπτικών μέτρων για το διάστημα μέχρι την έκδοση απόφασης του δικαστηρίου για την επικύρωση ή μη της συμφωνίας (άρ. 106β παρ. 2 σε συνδ. με άρ. 103). Το δικαστήριο μπορούσε να δεχθεί ή να απορρίψει το σχετικό αίτημα, αναλόγως της διαφαινόμενης ανάγκης για τη λήψη προληπτικών μέτρων. Το γεγονός ότι έχει ήδη συναφθεί συμφωνία, ασφαλώς, μόνο θετικά μπορούσε να επιδράσει στη διαμόρφωση της σχετικής κρίσης.

Η νέα διάταξη προβλέπει ότι με την κατάθεση της οικείας αίτησης του οφειλέτη αναστέλλονται αυτόματα<sup>97</sup> τα μέτρα, εκκρεμή ή μη, ατομικής και συλλογικής εκτέλεσης κατά του οφειλέτη για διάστημα που «δεν μπορεί να υπερβαίνει τους τέσσερις μήνες». Η διατύπωση αυτή δεν έχει, φυσικά, το νόημα ότι το δικαστήριο αξιολογεί το διάστημα χορήγησης αναστολής διώξεων, αφού η αναστολή επέρχεται αυτόματα, χωρίς δικαστική παρέμβαση. Η αναστολή θα διαρκεί λιγότερο από τέσσερις μήνες, σε περίπτωση

<sup>96</sup> Τούτο με βάση τον κανόνα ότι ο αιτών πρέπει να αποδεικνύει τον επικείμενο κίνδυνο μείωσης ή μεταβολής της περιουσίας του. Βλ. *Μιχαήλου*, ό.π., σ. 95.

<sup>97</sup> Ή, ακριβέστερα, αυτοδίκαια. Δεν απαιτείται, δηλαδή, να περιλαμβάνεται σχετικό αίτημα του οφειλέτη στο δικόγραφο για την επέλευση της συνέπειας αυτής, αλλά ούτε και η έκθεση του εμπειρογνώμονα να αναφέρεται στην ανάγκη λήψης προληπτικών μέτρων κατά το άρ. 100 παρ. 3.

που αυτό το διάστημα εκδοθεί η επικυρωτική ή απορριπτική απόφαση, οπότε και λήγει η διαδικασία και παύουν τα προληπτικά μέτρα (πρβλ. άρ. 103 παρ. 1 εδ. α').

Η αυτόματη αναστολή διώξεων, ως θεσμός, υπάρχει και σε άλλες έννομες τάξεις (στη γαλλική διαδικασία της *sauvegarde*<sup>98</sup> ή στο αμερικανικό Chapter 11<sup>99</sup>). Η προαναφερθείσα Σύσταση της Επιτροπής δεν προβλέπει αυτόματη αναστολή διώξεων, όμως δεν την αποκλείει<sup>100</sup>. Στο ελληνικό δίκαιο, αυτόματη αναστολή διώξεων προβλεπόταν σε περίπτωση υποβολής αιτήματος για υπαγωγή σε εκκαθαριστική διαδικασία (άρ. 46 παρ. 4 Ν. 1892/1990)<sup>101</sup>, διάταξη η οποία χρησιμοποιήθηκε συχνά με καταχρηστικό τρόπο. Για την υποβολή της σχετικής αίτησης, πάντως, αρκούσε η συμμετοχή πιστωτών που εκπροσωπούσαν το 20% των απαιτήσεων κατά του οφειλέτη, ενώ στην περίπτωση της υποβολής αιτήματος άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης το ποσοστό είναι πολύ μεγαλύτερο (60% των απαιτήσεων και 40% των εξασφαλισμένων). Από αυτή την άποψη, η νέα διάταξη πιθανώς δεν θα αποτελέσει αντικείμενο κατάχρησης στον ίδιο βαθμό, αν και δεν στερείται μειονεκτημάτων, όπως κάθε άκαμπτη διάταξη.

Ειδικότερα, η αναστολή διώξεων επέρχεται αυτόματα, χωρίς να ελεγχθεί από το δικαστήριο ότι η συμφωνία εξυγίανσης υπογράφεται πράγματι από τη δέουσα πλειοψηφία πιστωτών, επί τη βάση μιας αξιόπιστης κατάστασης πιστωτών. Βεβαίως, πιστωτής που αμφισβητεί την αξιοπιστία της κατάστασης πιστωτών μπορεί να προχωρήσει σε μέτρα αναγκαστικής εκτέλεσης, οπότε τα οικεία δικαστήρια θα μπορέσουν να αξιολογήσουν τυχόν καταχρηστική συμπεριφορά του οφειλέτη. Περαιτέρω, η ακαμψία της διάταξης αναδεικνύεται από το γεγονός ότι τίθεται χρονικό όριο για τη διάρκεια της αναστολής. Σε πολλά πρωτοδικεία δεν είναι σπάνιες οι περιπτώσεις κατά τις οποίες το χρονικό διάστημα από την κατάθεση της αίτησης άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης μέχρι την έκδοση της σχετικής απόφασης είναι πάνω από τέσσερις μήνες. Σε αυτές τις περιπτώσεις, ανακύπτει κενό στην προστασία του οφειλέτη, το οποίο μπορεί δυνητικά να τορπιλίσει την ήδη συναφθείσα συμφωνία.

Συναφώς, θα πρέπει να γίνει ερμηνευτικά δεκτό ότι η θέσπιση αυτόματης αναστολής διώξεων δεν σημαίνει ότι καταργείται η ευχέρεια όποιου έχει έννομο συμφέρον να ζητά σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο πριν τη λήξη της διαδικασίας τη λήψη προληπτικών μέτρων βάσει του άρ. 103. Άλλωστε, σκοπός της νέας διάταξης, όπως φαίνεται και από την Αιτιολ. Έκθεση, είναι η ενίσχυση της άμεσης επικύρωσης συμφωνιών εξυγίανσης, σκοπός οποίος δεν θα επιτυχανόταν αν αφαιρούνταν μια τέ-

98 *Αυγητίδης*, Εξυγίανση Επιχειρήσεων, 2011, σ. 110.

99 Γίνεται λόγος για «automatic stay». Βλ. *Αλ. Ρόκα*, ό.π., σ. 17.

100 Βλ. παραρ. υπό II 1 δ).

101 Για την ερμηνεία της διάταξης και το εύρος των αναστελλόμενων μέτρων βλ. *Μάζη*, Η ειδική εκκαθάριση των προβληματικών επιχειρήσεων, 2005, σ. 118 επ. Αυτόματη αναστολή διώξεων προέβλεπε και το άρ. 45 παρ. 6 του ίδιου νόμου, αυτή όμως συνέβαινε μετά την έκδοση απόφασης για τον ορισμό επιτρόπου. Αυτοδίκαια αναστολή διώξεων επάγεται και η έκδοση απόφασης με την οποία η επιχείρηση υπάγεται σε καθεστώς ειδικής διαχείρισης (άρ. 72 παρ. 1 Ν. 4307/2014), όπως και φυσικά η έκδοση απόφασης με την οποία κηρύσσεται η πτώχευση του οφειλέτη (άρ. 25 ΠτωχΚ).

τοια δυνατότητα από τα μέρη. Σε αυτό το ερμηνευτικό πλαίσιο, η παραπομπή της νέας διάταξης στη γενική διάταξη του άρ. 103 για τη χορήγηση «άλλων προληπτικών μέτρων» θα πρέπει να ερμηνευτεί διασταλτικά, ήτοι ότι περιλαμβάνει και την ίδια την αναστολή διώξεων όταν αφορά το πέραν των τεσσάρων μηνών διάστημα.

Κατά τα λοιπά, ως προς τη νέα διάταξη σημειώνονται τα εξής: Η αυτόματη αναστολή διώξεων και οι συνέπειές της ρυθμίζονται ειδικά, μη εφαρμοζόμενης της παρ. 1 του άρ. 103. Επέρχονται, επομένως, τα ειδικώς αναφερόμενα στη νέα διάταξη αποτελέσματα (απαγόρευση λήψης ασφαλιστικών μέτρων, με ορισμένες εξαιρέσεις<sup>102</sup>, αναστολή αποκλειστικών προθεσμιών άσκησης αξιώσεων και παραγραφής<sup>103</sup>), και όχι άλλα αποτελέσματα (δεν ισχύει π.χ. απαγόρευση εκποίησης ακινήτων και εξοπλισμού, αν και η τελολογία της αντίστοιχης διάταξης της παρ. 1 του άρ. 103 υφίσταται και εδώ). Για την επέκταση της αναστολής σε εγγυητές και συνοφειλότες πρέπει να γίνει ειδικό αίτημα στο δικαστήριο, βάσει του άρ. 103 παρ. 2.

Πολύ σημαντική είναι η πρόβλεψη ότι η αυτόματη αναστολή διώξεων μπορεί να εφαρμοστεί μόνο μία φορά. Έτσι, αποφεύγονται ενδεχόμενες καταχρήσεις (π.χ. παραίτηση από την αίτηση και υποβολή νέας με σκοπό τη διαιώνιση της αναστολής διώξεων)<sup>104</sup>. Σε περίπτωση υποβολής νέου αιτήματος για άμεση επικύρωση συμφωνίας εξυγίανσης (ύστερα από παραίτηση ή απόρριψη προηγούμενης αίτησης), θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι προληπτικά μέτρα χορηγούνται βάσει του άρ. 103, δηλ. κατόπιν σχετικού αιτήματος. Σημαντική είναι και η προσθήκη ότι η έναρξη ισχύος της αυτόματης αναστολής διώξεων σημειώνεται στο Μητρώο Πτωχεύσεων του άρ. 8 παρ. 3. Τούτο εξυπηρετεί τη δημοσιότητα, καθώς είναι σημαντικό να γνωρίζουν οι πιστωτές την επέλευση μιας τόσο σημαντικής συνέπειας, ενώ διασφαλίζει και την εφαρμογή της πρόβλεψης για άπαξ εφαρμογή του μέτρου.

Τέλος, προβλέπεται ρητά ότι η νέα διάταξη της παρ. 2 του άρ. 106β εφαρμόζεται και στις αιτήσεις επικύρωσης που έπονται του ανοίγματος διαδικασίας εξυγίανσης κατά το άρ. 106στ ΠτωχΚ. Επομένως, ακόμα και αν η επιχείρηση δεν έχει λάβει αναστολή διώξεων κατά το άνοιγμα της διαδικασίας εξυγίανσης, της χορηγείται το προληπτικό μέτρο αυτό εφόσον φέρει προς επικύρωση συμφωνία εξυγίανσης. Αν, πάλι, της είχε χορηγηθεί αναστολή διώξεων, αυτή εξακολουθεί να ισχύει<sup>105</sup>, με το περιγραφόμενο στην παρ. 2 του άρ. 106β περιεχόμενο, για τέσσερις ακόμα μήνες.

102 Ακολουθείται η φρασεολογία διάταξης που αφορούσε την καταργηθείσα διαδικασία συνδιαλλαγής (άρ. 104 παρ. 1 περ. γ' ΠτωχΚ), την οποία αλλιώστε ακολουθούν αρκετά δικαστήρια κατά τη χορήγηση προληπτικών μέτρων.

103 Και εδώ ακολουθείται η φρασεολογία διάταξης που αφορούσε την καταργηθείσα διαδικασία συνδιαλλαγής (άρ. 104 παρ. 1 περ. ε' ΠτωχΚ), ενώ αναστολή παραγραφής προβλέπει και το ισχύον δίκαιο στο άρ. 103 παρ. 1 εδ. δ'.

104 Ίσως θα έπρεπε να τεθεί χρονικό όριο (π.χ. τρία έτη), ύστερα από το οποίο η επιχείρηση μπορεί να εκμεταλλευτεί ξανά τη δυνατότητα ολιγόμηνης αυτόματης αναστολής διώξεων.

105 Για παράδειγμα, αν το δικαστήριο είχε χορηγήσει αναστολή διώξεων και είχε προβλέψει την ανώτατη διάρκεια διαδικασίας (12 μήνες, ύστερα από αίτημα παράτασης), και η συμφωνία κατατέθηκε προς επικύρωση πριν την παρέλευση του δωδεκαμήνου αυτού (άρ. 104 παρ. 1 εδ. β'), τότε η αναστολή διώξεων θα ισχύει για τέσσερις ακόμα μήνες (και πέραν δηλ. του δωδεκαμήνου).

## 7. Δυνατότητα παράκαμψης της προϋπόθεσης της βιωσιμότητας της επιχείρησης κατά την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης

Κομβικό σημείο της διαδικασίας εξυγίανσης αποτελεί η επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης, καθώς χωρίς την επικύρωση η συμφωνία δεν αποκτά δεσμευτική δύναμη για το σύνολο των πιστωτών. Μεταξύ των προϋποθέσεων για την επικύρωση της συμφωνίας είναι η πιθανολόγηση ότι κατόπιν της επικύρωσης της συμφωνίας εξυγίανσης η επιχείρηση θα καταστεί βιώσιμη (άρ. 106ζ παρ. 2 περ. α΄ ΠτωχΚ)<sup>106</sup>. Επομένως, ακόμα κι αν η συμφωνία υπογράφεται από την απαραίτητη πλειοψηφία πιστωτών και συντρέχουν οι λοιποί όροι επικύρωσης, το δικαστήριο μπορεί να απορρίψει την αίτηση επικύρωσης της συμφωνίας εξυγίανσης, αν δεν πιθανολογεί ότι η τελευταία θα καταστήσει την επιχείρηση του οφειλέτη βιώσιμη. Για παράδειγμα, η επικύρωση μπορεί να απορριφθεί σε περιπτώσεις κατά τις οποίες το επισυναπτόμενο επιχειρηματικό σχέδιο είναι προδήλως μη ρεαλιστικό, δεν παρέχεται απαραίτητη για τη συνέχιση της επιχείρησης νέα χρηματοδότηση ή δεν προβλέπεται η προμήθεια απαραίτητων για την επιχείρηση πρώτων υλών<sup>107</sup>.

Με την παρ. 15 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015 δίνεται για πρώτη φορά η δυνατότητα παράκαμψης του δικαστικού ελέγχου της συνδρομής της προϋπόθεσης της βιωσιμότητας, υπό τους όρους της νέας παρ. 2α του άρ. 106ζ<sup>108</sup>. Η δυνατότητα αυτή πλήρως παράκαμψης της προϋπόθεσης της βιωσιμότητας δεν συνάδει με τη Σύσταση της Επιτροπής, καθώς εκεί προβλέπεται ότι το δικαστήριο θα πρέπει να μπορεί να απορρίψει τη συμφωνία όταν εμφανώς δεν υφίσταται προοπτική αποτροπής της αφερεγγυότητας και εξασφάλισης της βιωσιμότητας της επιχείρησης του οφειλέτη<sup>109</sup>. Σκοπός του νέου νόμου, όπως συνάγεται και από την Αιτιολ. Έκθεση<sup>110</sup>, είναι να αφήνεται η διαπίστωση της βιωσιμότητας στους πιστωτές, χωρίς τη μεσολάβηση του δικαστηρίου στο ζήτημα αυτό. Η δε διαπίστωση της βιωσιμότητας από τους πιστωτές γίνεται μέσω της συμφωνίας επί του περιεχομένου του επιχειρηματικού σχεδίου<sup>111</sup>.

Αλλήλωςτε, όπως προσθέτει η Αιτιολ. Έκθεση, η κρίση επί της βιωσιμότητας προϋποθέτει εξοικείωση με οικονομικές έννοιες και στοιχεία, η αξιολόγηση των οποίων επιβαρύνει χρονικά την έκδοση της απόφασης. Θα πρέπει να σημειωθεί, πάντως, ότι

<sup>106</sup> Οι σχετικές προϋποθέσεις του άρ. 106ζ παρ. 2 αναδιατυπώθηκαν με την παρ. 14 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015, ώστε να έχουν τη μορφή θετικών και όχι αρνητικών προϋποθέσεων.

<sup>107</sup> Βλ. Αλ. Ρόκα, ό.π., σ. 228 επ.

<sup>108</sup> Η διάταξη εφαρμόζεται στην επικύρωση της συμφωνίας ύστερα από άνοιγμα διαδικασίας εξυγίανσης όπως και στην περίπτωση άμεσης επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης.

<sup>109</sup> Βλ. παραρ. υπό Ι 1 ε).

<sup>110</sup> Ο.π., σ. 4.

<sup>111</sup> Αντίστοιχα, στην έκτακτη διαδικασία ρύθμισης, προβλέπεται ότι η αίτηση του οφειλέτη πρέπει να συνοδεύεται από εκτίμηση των συμβαλλόντων περί της βιωσιμότητας του οφειλέτη μετά την υπαγωγή στην διαδικασία (άρ. 62 παρ. 5 Ν. 4307/2014), το δε δικαστήριο δεν αξιολογεί τη βιωσιμότητα της επιχείρησης.

εξοικείωση με οικονομικές έννοιες απαιτείται ούτως ή άλλως, για την αξιολόγηση των λοιπών προϋποθέσεων επικύρωσης (όπως της μη βλάβης της συλλογικής ικανοποίησης των πιστωτών). Σε κάθε περίπτωση, δεδομένων και των τρεχουσών ασταθών οικονομικών συνθηκών, η βιωσιμότητα είναι η πιο θολή προϋπόθεση, και γι' αυτό θα έπρεπε να διασφαλιστεί η ομοιόμορφη εφαρμογή της από τα δικαστήρια, να οδηγεί δε σε απόρριψη των αιτήσεων μόνο σε εξόφθαλμες περιπτώσεις. Η λύση που επέλεξε ο νομοθέτης, όπως εκτίθεται παρακάτω, δεν είναι η εξειδίκευση ή η διαγραφή του κριτηρίου της βιωσιμότητας, αλλά η προσθήκη δυνατότητας παράκαμψής της.

Ειδικότερα, οι τιθέμενες στην παρ. 2α προϋποθέσεις για την παράκαμψη του ελέγχου της συνδρομής της προϋπόθεσης της βιωσιμότητας είναι τρεις, εξ αυτών δε μόνο η πρώτη έχει νοηματική σύνδεση με τη βιωσιμότητα της επιχείρησης. Κατά την πρώτη προϋπόθεση, θα πρέπει η συμφωνία να περιλαμβάνει ρητή δήλωση των συμβαλλόμενων πιστωτών ότι συμφωνούν με το περιεχόμενο του κατά το άρ. 106ε παρ. 7 επιχειρηματικού σχεδίου. Η πρόβλεψη αυτή δεν εισάγει ουσιώδη τομή, εφόσον το επιχειρηματικό σχέδιο είναι ούτως ή άλλως συμφωνημένο με τους συμβαλλόμενους πιστωτές κατά το άρ. 106ε παρ. 7<sup>112</sup>. Η νοηματική σύνδεση με τη βιωσιμότητα συνάγεται εκ του γεγονότος ότι μέσω της συμφωνίας επί του επιχειρηματικού σχεδίου οι πιστωτές εκφράζουν τη θετική τους γνώμη για τις προοπτικές της εταιρίας.

Κατά τη δεύτερη προϋπόθεση, η συμφωνία εξυγίανσης πρέπει να περιλαμβάνει λεπτομερή καταγραφή της ταυτότητας των (συμβαλλόμενων και μη) πιστωτών και των απαιτήσεών τους, όπως και αναφορά των πιστωτών (συμβαλλόμενων και μη) που επηρεάζονται από τη συμφωνία και τον τρόπο επηρεασμού τους. Πριν το Ν. 4336/2015, τη συμφωνία αρκούσε να συνοδεύει κατάσταση πιστωτών, χωρίς «λεπτομερή καταγραφή της ταυτότητας» αυτών. Επίσης, δεν απαιτείτο να αναφέρεται ο τρόπος που θίγεται κάθε πιστωτής ονομαστικά, αλλά αρκούσε περιγραφή του τρόπου που θίγεται η κάθε κατηγορία πιστωτών (ανέγγυοι, ασφαλιστικοί φορείς κ.λπ.). Δεν είναι αντιληπτό γιατί η νέα απαίτηση της παρ. 2α του άρ. 106ζ συνδέεται με τη μη εξέταση της βιωσιμότητας, αφού η απαίτηση αυτή έχει αξία σε κάθε περίπτωση επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης που επηρεάζει τους μη συμβαλλόμενους πιστωτές. Η αντίστοιχη ρύθμιση της Σύστασης της Επιτροπής<sup>113</sup> δεν εξαρτά την καταγραφή της ταυτότητας των θιγόμενων πιστωτών από την εξέταση ή μη της βιωσιμότητας της επιχείρησης.

Τρίτη προϋπόθεση για την απαίτηση από τη δικαστική εξέταση της βιωσιμότητας είναι η κοινοποίηση της συμφωνίας και του επιχειρηματικού σχεδίου στους μη

<sup>112</sup> Στην πράξη, η συμφωνία αυτή αποτυπώνεται με αντίστοιχη ρήτρα στη συμφωνία εξυγίανσης.

<sup>113</sup> Παρ. 15 περ. α'.



συμβαλλόμενους πιστωτές που επηρεάζονται<sup>114</sup> από τη συμφωνία, με τον τρόπο που προβλέπει η σχετική διάταξη (άρ. 106ζ παρ. 2α στοιχ. γ')<sup>115</sup>. Στους πιστωτές με απαιτήσεις που εκπροσωπούν τουλάχιστον το 10% του συνόλου των απαιτήσεων, η κοινοποίηση πρέπει να γίνει με νόμιμη επίδοση δικαστικού επιμελητή. Τούτο αυξάνει το κόστος της διαδικασίας, δεν θα πρέπει, όμως, να λησμονείται ότι πρόκειται για επιλογή του οφειλέτη (η αίτηση δηλ. μπορεί να προχωρήσει και χωρίς την απαίτησή από την εξέταση της βιωσιμότητας). Ένα ακόμα πλεονέκτημα αυτής της οδού είναι ότι οι πιστωτές που λαμβάνουν γνώση με νόμιμη επίδοση χάνουν το δικαίωμα άσκησης τριτανακοπής κατά της επικυρωτικής απόφασης (άρ. 106ζ παρ. 6). Στους πιστωτές με απαιτήσεις που εκπροσωπούν κάτω του 10% του συνόλου των απαιτήσεων η κοινοποίηση γίνεται με κάθε πρόσφορο μέσο, όπως email ή συστημένη επιστολή ή περιληπτική καταχώρηση στο Δελτίο Δικαστικών Δημοσιεύσεων. Με αυτόν τον τρόπο, η επιχείρηση δεν επιβαρύνεται με έξοδα επιδόσεων στους (συχνά πολυπληθείς) μικρο-πιστωτές της. Κλείνοντας, επισημαίνεται ότι η απαίτηση κοινοποίησης της συμφωνίας σε όλους τους θιγόμενους πιστωτές περιέχεται και στη Σύσταση της Επιτροπής<sup>116</sup>, όμως και εδώ η σχετική απαίτηση είναι αποσυνδεδεμένη από την εξέταση ή μη της βιωσιμότητας της επιχείρησης.

Η εισαγωγή της νέας παρ. 2α στο άρ. 106ζ συνοδεύεται από μία ακόμα τροποποίηση στην παρ. 2 του άρ. 106στ, η οποία επέρχεται με την παρ. 13 της υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015. Ειδικότερα, ορίζεται ότι όταν τυγχάνει εφαρμογής η νέα παρ. 2α του άρ. 106ζ, δεν απαιτείται να περιλαμβάνεται στην έκθεση του εμπειρογνώμονα γνωμάτευση του τελευταίου ως προς τη συνδρομή της προϋπόθεσης της βιωσιμότητας. Τούτο είναι απολύτως λογικό, αφού το δικαστήριο δεν αξιολογεί σε αυτή την περίπτωση τη βιωσιμότητα. Αν, ωστόσο, ο αιτών έχει αμφιβολίες ως προς το αν το δικαστήριο θα κρίνει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις της νέας παρ. 2α, θα μπορούσε να ζητήσει από τον εμπειρογνώμονα να περιλάβει στην έκθεσή του και γνώμη για τη βιωσιμότητα, ώστε να μπορεί να ζητηθεί από τον αιτούντα η επικύρωση της συμφωνίας με εξέταση της βιωσιμότητας επικουρικά, σε περίπτωση δηλ. που κριθεί από το δικαστήριο ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 2α.

114 Επομένως, όχι και στους μη θιγόμενους πιστωτές κατά το άρ. 106α παρ. 2 (αντίστοιχα προβλέπει η παρ. 22 περ. α' της Σύστασης της Επιτροπής).

115 Στο ισχύον δίκαιο, η κλήτευση των πιστωτών τόσο στη διαδικασία ανοίγματος της διαδικασίας όσο και στη διαδικασία επικύρωσης της συμφωνίας είναι δυνατή, και αφήνεται στην κρίση του δικαστή (άρ. 100 παρ. 6, 106στ παρ. 5). Όμως, η κλήτευση των σημαντικότερων τουλάχιστον πιστωτών είναι από δικαιοπολιτικής πλευράς επιβεβλημένη, δεδομένου ότι: i) οι πιστωτές αυτοί θίγονται από τη συμφωνία, ii) έτσι δίνεται η ευκαιρία στο δικαστήριο να αξιολογήσει πληρέστερα την αίτηση του οφειλέτη, και iii) για να αποφευχθεί η πιθανότητα πιστωτές να μην ενημερωθούν έγκαιρα για την επικύρωση συμφωνίας, χάνοντας έτσι τη δυνατότητα άσκησης τριτανακοπής. Έτσι *Αθ. Ρόκας*, ό.π., σ. 227.

116 Παρ. 22 περ. β'.



#### IV. Λοιπές τροποποιήσεις στον ΠτωχΚ με επίδραση στην διαδικασία εξυγίανσης

Για λόγους πληρότητας, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η υποπαρ. Γ.3 του άρ. 2 Ν. 4336/2015 επιφέρει αρκετές ακόμα τροποποιήσεις στον ΠτωχΚ, εκτός του Έκτου Κεφαλαίου αυτού, οι οποίες όμως επιδρούν και στην ρυθμιζόμενη στο Έκτο Κεφάλαιο διαδικασία εξυγίανσης<sup>117</sup>. Συνοπτικά:

α) Καταργείται η υποχρέωση κλήτευσης των μελών της διοίκησης του οφειλέτη-νομικού προσώπου κατά το άνοιγμα της διαδικασίας εξυγίανσης (με την παρ. 5 της ως άνω υποπαρ., η οποία τροποποιεί ανάλογα το άρ. 96, το οποίο εφαρμόζεται και στη διαδικασία εξυγίανσης δυνάμει του άρ. 100 παρ. 1 εδ. β').

β) Ο επιτασσόμενος κατά το άρ. 106ζ παρ. 2 περ. β' (σε συνδ. με άρ. 99 παρ. 2) υπολογισμός του τι θα λάμβανε ο κάθε πιστωτής σε περίπτωση πτώχευσης ή αναγκαστικής εκτέλεσης θα πρέπει να γίνεται με βάση τους νέους κανόνες κατάταξης των πιστωτών, οι οποίοι καθιερώθηκαν με τις παρ. 18-19 της ως άνω υποπαρ. καθώς και το Άρθρο Όγδοο του άρ. 1 Ν. 4335/2015.

γ) Το προνόμιο των νέων χρηματοδοτήσεων επεκτείνεται και περιλαμβάνει και χρηματοδοτήσεις που δόθηκαν στην υπό εξυγίανση επιχείρηση ακόμη κι αν τελικά δεν επικυρωθεί από το δικαστήριο η συμφωνία εξυγίανσης (παρ. 18 της ως άνω υποπαρ., που τροποποιεί ανάλογα το άρ. 154 περ. α' ΠτωχΚ).

δ) Εισάγεται από 1.4.2016 επάγγελμα διαχειριστή αφερεγγυότητας, ο οποίος, μεταξύ άλλων, θα ασκεί και τα καθήκοντα του προβλεπόμενου στο άρ. 102 ΠτωχΚ μεσοληβητή, καθώς και του ειδικού εντολοδόχου.

#### V. Επίλογος

Οι εισαγόμενες με το Ν. 4336/2015 τροποποιήσεις στη διαδικασία εξυγίανσης αφορούν μεμονωμένα μεν ζητήματα, με κρίσιμη όμως σημασία στην πράξη. Σε πολλά σημεία, ακολουθούνται οι προβλέψεις της Σύστασης της Επιτροπής<sup>118</sup>, ή εξειδικεύονται με πρωτότυπο τρόπο<sup>119</sup>, ενώ σε ορισμένα ζητήματα υπάρχει επαφή με τις εισαχθείσες με τα άρ. 62 επ. Ν. 4307/2014 καινοτομίες<sup>120</sup>. Η επέκταση του πεδίου εφαρμογής της διαδικασίας σε επιχειρήσεις που αντιμετωπίζουν απλώς πιθανότητα αφερεγγυότητας, η κατάργηση του γραμματίου κατάθεσης και η ενίσχυση

117 Για τις τροποποιήσεις αυτές βλ. αναλυτικά Αλ. Ρόκας, Οι πρόσφατες τροποποιήσεις στην πτωχευτική διαδικασία με το Ν. 4336/2015, ΧρΔ 2015, 657 επ..

118 Βλ. ιδίως τις αναφερόμενες υπό ΙΙΙ 1, 4, 5 τροποποιήσεις.

119 Πρόκειται κυρίως για τον τρόπο κοινοποίησης της συμφωνίας εξυγίανσης στους πιστωτές, αναλόγως του μεγέθους της απαίτησης την οποία εκπροσωπούν (βλ. υπό ΙΙΙ 7).

120 Βλ. ιδίως τις αναφερόμενες υπό ΙΙΙ 3, 7 τροποποιήσεις.

της άμεσης επικύρωσης της συμφωνίας εξυγίανσης (μέσω της αυτοματοποίησης της χορήγησης αναστολής διώξεων και της δυνατότητας παράκαμψης της εξέτασης της βιωσιμότητας) αποτελούν θετικά βήματα. Από την άλλη πλευρά, η επέκταση της διάρκειας της διαδικασίας εξυγίανσης πρέπει να εξεταστεί με προσοχή, λόγω τάσεων κατάχρησης της διαδικασίας. Υπάρχουν, ασφαλώς, πολλά ακόμα ζητήματα με τα οποία θα μπορούσε να ασχοληθεί ο νομοθέτης στο πλαίσιο γενικότερης μεταρρύθμισης (π.χ. ενίσχυση της αντικειμενικότητας του εμπειρογνώμονα, περιορισμός της αστικής και ποινικής ευθύνης της διοίκησης της εταιρίας κατά την αναδιοργάνωση της εταιρίας κ.ά.)<sup>121</sup>.

Πέρα από το νομοθετικό πλαίσιο, υπάρχουν πολλά ακόμα βήματα που πρέπει να γίνουν για την εδραίωση του θεσμού της εξυγίανσης στην Ελλάδα<sup>122</sup>. Η βελτίωση της κουλτούρας αναδιοργάνωσης επιχειρήσεων (για παράδειγμα, μέσω επιμόρφωσης των εμπλεκόμενων και ίδρυσης ειδικών δικαστικών τμημάτων) αποτελεί βασική προτεραιότητα, ενώ και η άρση ορισμένων εξωγενών συνθηκών (π.χ. έλλειψη ρευστότητας, δυσμενής κατάσταση αγοράς ακινήτων) είναι προϋπόθεση για τη διεξαγωγή απρόσκοπτων αναδιοργανώσεων στη χώρα μας. Με την ομαλοποίηση των συνθηκών, θα μπορέσει το κατά τα λοιπά σύγχρονο νομοθετικό καθεστώς να βρει έδαφος πλήρους εφαρμογής.

---

121 Βλ. Αθ. Ρόκα, Προπρωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., σ. 273 επ.

122 Βλ. Paulus/Ποταμίτην/Αθ. Ρόκα/Tirado, ΔΕΕ 2015, 1065, 1081 επ.



Νικόλαος Κ. Ρόκας\*

## Προϋποθέσεις αστικής και ποινικής ευθύνης μελών ΔΣ και διευθυντικών στελεχών πιστωτικών ιδρυμάτων επί χορηγήσεως πιστώσεων

Ασάφεια επικρατεί σχετικά με τις ειδικότερες προϋποθέσεις, με τις οποίες μπορεί να στοιχειοθετηθεί αστική και ποινική ευθύνη των μελών του διοικητικού συμβουλίου και των διευθυντικών στελεχών πιστωτικού ιδρύματος σε περίπτωση χορήγησης πιστώσεων, από την οποία προκλήθηκε ζημία στο πιστωτικό ίδρυμα. Στη μελέτη που ακολουθεί γίνεται προσπάθεια εξειδίκευσης και οριοθέτησης των προϋποθέσεων αυτών.

Στην πρώτη ενότητα (υπό Α) γίνεται αναφορά στην αστική ευθύνη και στη δεύτερη (υπό Β) στην ποινική. Σε μια τρίτη ενότητα (υπό Γ) εξετάζεται κατά πόσο οι κανόνες για την ευθύνη των μελών της διοίκησης πιστωτικού ιδρύματος εφαρμόζονται και επί διευθυντικών στελεχών που καθ' οιονδήποτε τρόπο συνέπραξαν στη χορήγηση της πίστωσης.

### Α. ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ

#### Ι. Ανάλυση επιχειρηματικού κινδύνου και ευθύνη εταιρικών διοικητών

##### 1. Ευθύνη για πράξεις που ενέχουν επιχειρηματικό κίνδυνο

Τα μέλη της διοίκησης ανωνύμων εταιριών υπέχουν ευθύνη σε περίπτωση παράβασης των καθηκόντων επιμέλειας που υπέχουν, σε περίπτωση δηλαδή που δεν κατέβαλαν την, σύμφωνα με το άρθρο 22α κ.ν. 2190/1920, «*επιμέλεια του συνετού επιχειρηματία*». Εν προκειμένω ενδιαφέρει ειδικότερα η ευθύνη για παράβαση της υποχρέωσης επιμέλειας σε περίπτωση τέλεσης πράξης που ενέχει ανάληψη επιχειρηματικού κινδύνου, από την οποία προήλθε ζημία στην εταιρία.

Μια πράξη ενέχει επιχειρηματικό κίνδυνο, όταν η πρόγνωση για το αν αυτή θα αποβεί κερδοφόρα ή ζημιογόνα για την εταιρία, είναι σε μεγάλο βαθμό ανασφαλής. Το ζήτημα της ευθύνης των εταιρικών διοικητών λόγω τέλεσης πράξεων που ενέχουν επιχειρηματικό κίνδυνο παρουσιάζει σημαντική ιδιαιτερότητα σε σχέση με την

\* Ομότιμος Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών. Η παρούσα μελέτη αποτελεί επεξεργασμένο περιεχόμενο αδημοσίευτης γνωμοδότησης.

ευθύνη κατά το αστικό δίκαιο, καθόσον οι εταιρικοί διοικητές δεν έχουν την υποχρέωση να αποφεύγουν την ανάληψη κινδύνου, και άρα να αποφεύγουν την εξ αυτού πιθανότητα πρόκλησης ζημίας, όπως θα όφειλαν, αν ίσχυαν οι γενικοί κανόνες περί ευθύνης σύμφωνα με το αστικό δίκαιο. Εν προκειμένω συμβαίνει ακριβώς το αντίθετο, οι εταιρικοί δηλ. διοικητές *οφείλουν* να αναλαμβάνουν εύλογους κινδύνους, όχι, βέβαια, για να αυξήσουν την πιθανότητα να ζημιωθεί η εταιρία, αλλήλ για το ακριβώς αντίθετο, δηλ. για να αυξήσουν την πιθανότητα οφέλους γι' αυτή. Το ενδεχόμενο ζημίας από την τέλεση διαχειριστικών πράξεων που ενέχουν ανάληψη κινδύνου είναι σύμφυτο κάθε επιχειρηματικής δραστηριότητας. Με τον επιχειρηματικό κίνδυνο συνδέεται άρρηκτα το κέρδος, με την έννοια ότι χωρίς την ανάληψη κινδύνου δεν μπορεί να υπάρξει κέρδος που είναι ο τελικός στόχος κάθε επιχειρηματικής δραστηριότητας. Ως εκ τούτου, οι εταιρικοί διοικητές όχι μόνο δεν πρέπει να αποφεύγουν την ανάληψη επιχειρηματικών κινδύνων – με ενδεχόμενη συνέπεια την πρόκληση ζημίας στην εταιρία, αν τα πράγματα δεν εξελιχθούν θετικά – αλλήλ, αντίθετα, μπορούν και οφείλουν να αναλαμβάνουν κινδύνους, σε λογικά βέβαια πλαίσια και ύστερα από στάθμιση όλων των συνθηκών κάθε περίπτωσης.<sup>1</sup> Οι εταιρικοί διοικητές αναλαμβάνουν τον επιχειρηματικό κίνδυνο, τελούν δηλ. διαχειριστικές πράξεις που ενέχουν κινδύνους, με πλήρη επίγνωση ότι οι πράξεις αυτές μπορεί να ζημιώσουν την επιχείρηση. Αν εφάρμοζε κανείς τους κανόνες του αστικού δικαίου, χωρίς να λάβει υπόψη την ειδική αυτή φύση της επιχειρηματικής δραστηριότητας, θα θεωρούσε σε κάθε περίπτωση υπόχρεους αποζημίωσης τους διοικητές, οι οποίοι, μολοντί γνώριζαν το ενδεχόμενο πρόκλησης ζημίας, τέλεσαν τις επιχειρηματικά ριψοκίνδυνες πράξεις, από τις οποίες επήλθε τελικά ζημία στην επιχείρηση.<sup>2</sup>

## 2. Ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης

Για να μπορούν οι εταιρικοί διοικητές να ασκούν απρόσκοπτα τα διαχειριστικά τους καθήκοντα και να συμβάλουν στην κερδοφορία της επιχείρησης, θα πρέπει να μη διατρέχουν τον κίνδυνο να εναχθούν μόνο για το γεγονός ότι ανέλαβαν επιχειρηματικούς κινδύνους που κινούνται στο γενικό πλαίσιο των κριτηρίων της αγοράς. Δεν θα πρέπει δηλ. η επαπειλούμενη ευθύνη να αποτελεί ανασχετικό παράγοντα και να

1 Αυτό είναι το νόημα της εισαγωγής του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης, για τον οποίο θα γίνει λόγος αμέσως παρακάτω, και ο οποίος, σύμφωνα με τον *Μαρίνο*, Ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσεως – Συμβολή στην ερμηνεία του άρθρ. 22α παρ. 2 κ.ν. 2190/1920, ΧρΔ 2009, 109: «...Αποτρέπει τη θέσπιση ενός υπερβολικά υψηλού επιπέδου επιμέλειας, που κατ' αποτέλεσμα καθιστά αδύνατη τη λειτουργία της εταιρίας με επιχειρηματικά κριτήρια ή την οδηγεί σε μια γραφειοκρατική διαδικασία που προσομοιάζει στο δημόσιο και όχι σε επιχείρηση που οφείλει να λειτουργεί με ιδιωτικοοικονομικά κριτήρια...».

2 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές εταιρίες, 7η έκδ., 2012, 335: «... Δεν στοιχειοθετείται ενδεχόμενος δόλος από μόνο το γεγονός της ανάληψης του κινδύνου ενδεχόμενης ζημίας της εταιρίας... [σ. 336]... Σε σχέση με τη γενική έννοια του πταίσματος του αστικού δικαίου, δημιουργεί[ται] μια ειδική κατηγορία διαχειριστικού πταίσματος, προσαρμοσμένη στην ιδιαίτερη φύση των επιχειρηματικών αποφάσεων και πράξεων».

οδηγεί σε μαρασμό της επιχειρηματικής δημιουργικότητας των εταιρικών διοικητών, διότι τούτο θα κατέληγε στην καθήλωση της επιχείρησης και, τελικά, στη μειωμένη ανάπτυξη της οικονομίας γενικότερα. Σωστά, ως εκ τούτου, ισχύει η γενική αρχή ότι, μόνο το γεγονός των εσφαλμένων επιλογών ή της επέλευσης ζημιών από μια, μέσα σε λογικά πλαίσια, ασκούμενη ριψοκίνδυνη επιχειρηματική πολιτική, δεν δημιουργεί ευθύνη.<sup>3</sup> Η αρχή αυτή γίνεται γενικά αποδεκτή στις περισσότερες ευρωπαϊκές έννομες τάξεις.<sup>4</sup> Συνέπεια της αρχής αυτής είναι ότι δεν θα πρέπει να εξομοιώνεται ως προς τις συνέπειές της η κακή ή η αποτυχημένη διαχείριση – η οποία ελέγχεται από άλλους κανόνες, δηλ. από τους κανόνες της εταιρικής διακυβέρνησης, και μπορεί να οδηγήσει στην ανάκληση της διοίκησης – με την ευθύνη λόγω αξιόμειπτων διαχειριστικών παραπτωμάτων, η οποία και μόνη υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο.<sup>5</sup>

Βέβαια, το ζήτημα που τίθεται είναι πότε μια επιχειρηματική απόφαση ή πράξη σχετικά με την ανάληψη επιχειρηματικού κινδύνου κινείται μέσα στο πλαίσιο της διακριτικής ευχέρειας που επιτρέπει ο νόμος<sup>6</sup> και πότε υπάρχει υπέρβαση των ορίων αυτών, οπότε και τίθεται ζήτημα ευθύνης των εταιρικών διοικητών, δεδομένου ότι, όπως αναφέρθηκε, μόνο το γεγονός τη ζημίας της επιχείρησης δεν αρκεί για να θεμελιώσει ευθύνη. Όπως είναι γνωστό, προς διευκόλυνση της δικαστικής κρίσης στην, όντως, δυσχερή αυτή διαπίστωση, εισήχθη και στο ελληνικό δίκαιο<sup>7</sup> ο *κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης*. Σύμφωνα με αυτόν, η κατά τις §§ 1 εδ. 1 και 2 εδ. 1 άρθρου 22α κ.ν. 2190/1920 ευθύνη των μελών της διοίκησης για κάθε πταίσμα<sup>8</sup> «δεν υφίσταται προκειμένου για πράξεις ή παραλείψεις που... αφορούν εύλογη επιχειρηματική απόφαση, η οποία ελήφθη με καλή πίστη, με βάση επαρκείς πληροφορίες και αποκλειστικά προς εξυπηρέτηση του εταιρικού συμφέροντος» (άρθρο 22α παρ. 2 εδ. 3 κ.ν. 2190/1920). Εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτές, δεν υπάρχει ευθύνη των εταιρικών διοικητών, έστω και αν η επιχειρηματική απόφαση ήταν άστοχη ή, ακόμα, επέφερε ζημία στην εταιρία, καθόσον οι διοικητές δεν υποχρεούνται σε κανενός είδους «εγγύηση» ότι από τις πράξεις τους δεν θα προέλθει ζημία. Επομένως, ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης δημιουργεί έναν σημαντικό «ελεύθερο ευθύνης» χώρο στον τομέα των επιχειρηματικών αποφάσεων.

Γι' αυτό η τάση να γίνεται εύκολα αποδεκτή η ευθύνη από μόνο το γεγονός της προκληθείσας ζημίας, είναι όχι μόνο νομικά εσφαλμένη, αλλά και οικονομικά απaráδεκτη, διότι λειτουργεί ως τροχοπέδη στην επιχειρηματικότητα, προς βλάβη, τε-

3 Βλ. *Μαρίνο*, ό.π., ΧρΔ 2009, 107: «...Η ευθύνη των μελών του δσ... δεν είναι... ευθύνη εκ του αποτελέσματος αλλά υπάγεται συστηματικά στην ευθύνη λόγω παραβάσεως της υποχρεώσεως επιμέλειας».

4 Βλ. σχετικά *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23η έκδ., 2012, 352 με παραπομπές στη σημ. 69.

5 Βλ. *Windbichler*, ό.π., 352 με παραπομπές στη σημ. 70.

6 Για τη διακριτική ευχέρεια κατά την ανάληψη κινδύνων βλ. *Μαρίνο*, ό.π., ΧρΔ 2009, 111 επ.

7 Με το άρθρο 30 παρ. 2 του ν. 3604/2007.

8 Σύμφωνα με το άρθρο 22α παρ. 1 εδ. 1: «Παν μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου ευθύνεται έναντι της εταιρείας κατά την διοίκηση των εταιρικών υποθέσεων διά παν αυτού πταίσμα», κατά δε το άρθρο 22α παρ. 2 εδ. 1: «Η ευθύνη αυτή δεν υφίσταται, εάν το μέλος του διοικητικού συμβουλίου αποδείξει ότι κατέβαλε την επιμέλεια του συνετού επιχειρηματία».

λικά, τόσο της επιχείρησης όσο και της εθνικής οικονομίας. Η ύπαρξη ευθύνης δεν πρέπει να κρίνεται μόνο εκ του αποτελέσματος, δηλ. εκ της προκληθείσας ζημίας, διότι μόνη η ζημία δεν επαρκεί για τη γένεση υποχρέωσης αποζημίωσης αλλ' απαιτείται επιπλέον υπαιτιότητα και αιτιώδης σύνδεσμος. Το πότε υπάρχει υπαιτιότητα κρίνεται με βάση τις προαναφερθείσες διατάξεις του άρθρ. 22α και, ιδίως, με βάση τον κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης (άρθρο 22α παρ. 2 εδ. 3 κ.ν. 2190/1920). Επομένως ευθύνη μπορεί να υπάρξει μόνο, όταν, πέραν της ζημίας, διαπιστώνεται υπέρβαση των ορίων της επιχειρηματικής κρίσης και αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της πράξης και της επεληθούσας ζημίας.<sup>9</sup>

Συναφής προς τον προηγούμενο είναι και ο κίνδυνος να αξιολογούνται οι συνθήκες επέλευσης της ζημίας με βάση τη λεγόμενη «προκατάληψη της ύστερης γνώσης» (hindsight bias), δηλ. με βάση γεγονότα και δεδομένα που υπάρχουν κατά τον χρόνο της δικαστικής κρίσης αλλ'α που δεν υπήρχαν ή δεν υπήρχαν τόσο ξεκάθαρα κατά τον χρόνο που λήφθηκε η επιχειρηματική απόφαση.<sup>10</sup> Εντούτοις, σημασία για τη νομική αξιολόγηση έχει μόνο η ex ante και όχι η ex post θεώρηση, θα πρέπει δηλ. να λαμβάνονται υπόψη μόνο τα στοιχεία που υπήρχαν και ήταν προβλέψιμα κατά τον χρόνο λήψης της επιχειρηματικής απόφασης, μια, πράγματι, δυσχερής διεργασία, ιδίως όταν έχει παρέλθει σημαντικό χρονικό διάστημα από τη λήψη της απόφασης μέχρι τη δικαστική κρίση.

## 2. Πότε υπάρχει ευθύνη

Το άρθρο 22α παρ. 2 εδ. 2 κ.ν. 2190/1920, με το οποίο εισήχθη στο ελληνικό δίκαιο ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης, θέτει ορισμένα κριτήρια,<sup>11</sup> όχι όλα της ίδιας βαρύτητας,<sup>12</sup> η μη τήρηση των οποίων δημιουργεί ισχυρές ενδείξεις για την

9 Βλ. και την από 21.12.2005 γνωστή απόφαση του γερμανικού ομοσπονδιακού δικαστηρίου (BGH 3 StR 470/04) στην υπόθεση *Mannesmann/Vodafone*, η οποία μάλιστα εκδόθηκε πριν την ισχύ στο γερμανικό δίκαιο του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης: «Δεν συνιστά κάθε... απόφαση του προεδρείου που οδηγεί κατ' αποτέλεσμα στη ζημία της Α.Ε. παράβαση καθήκοντος, καθόσον πρόκειται για διοικητικά... καθήκοντα, ως προς τα οποία υπάρχει ευρύ πεδίο αξιολόγησης και διακριτικής ευχέρειας. Η αναγνώριση του ευρέος αυτού πεδίου δράσης δικαιολογείται εκ του ότι οι επιχειρηματικές αποφάσεις λαμβάνονται κατά κανόνα επί τη βάση συνολικών σταθμίσεων ευκαιριών και κινδύνων που αναφέρονται στο μέλλον και οι οποίες, λόγω του ενυπάρχοντος προγνωστικού τους χαρακτήρα, υπάρχει ο κίνδυνος να διαγνωσθούν ως εσφαλμένες αποφάσεις μόνο μεταγενέστερα. Γι' αυτό δεν υπάρχει παράβαση καθήκοντος επιμέλειας, εφόσον δεν έγινε υπέρβαση των ορίων της υπεύθυνης και προσανατολισμένης στο καλό της επιχείρησης... επιχειρηματικής δράσης».

10 Βλ. Καραγκουνίδη, εις Ανώνυμες εταιρίες (επιμέλεια Αντωνόπουλου/Μούζουλα), τόμ. ΙΙ, 2013, 257, σύμφωνα με τον οποίο: «...ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης έχει χαρακτήρα αμάχητου τεκμηρίου ότι δεν συντρέχει περίπτωση παραβίασης του καθήκοντος επιμέλειας διαχείρισης» (σ. 259). Βλ. και Μαρίνο, ό.π., ΧρΔ 2009, 108: «Η διάταξη δημιουργεί έναν «ασφαλή λιμένα» επιχειρηματικής δράσεως (safe harbour)... Εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρ. 22α παρ. 2 εδ. 2, δεν θεμελιούται ο ψόγος της αμελούς επιχειρηματικής δράσεως ή αποφάσεως. Πρόκειται για έλεγχο νομιμότητας και όχι σκοπιμότητας...».

11 Ανάλυση των κριτηρίων αυτών βλ. σε Μαρίνο, ό.π., ΧρΔ 2009, 116 επ., Ζυγούρο, Ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης, 2012, 79 επ.

12 Έτσι, για παράδειγμα, η τέλεση της πράξης με σκοπό όχι την προώθηση των συμφερόντων της εταιρίας, αλλ'α των ατομικών συμφερόντων των διοικητών, δεν έχει την ίδια βαρύτητα με την ανεπαρκή πληροφόρηση των διοικητών κατά τη λήψη της επιχειρηματικής απόφασης.



ύπαρξη ευθύνης. Έτσι, όταν οι εταιρικοί διοικητές λαμβάνουν μη εύλογες επιχειρηματικές αποφάσεις, όπως αποφάσεις που, με βάση τα στοιχεία που υπήρχαν κατά τον χρόνο λήψης τους, ο αναλαμβανόμενος κίνδυνος μπορούσε να απειλήσει την υπόσταση της εταιρίας, υπάρχει ένδειξη ευθύνης. Το ίδιο ισχύει, όταν η απόφαση ελήφθη χωρίς επαρκή πληροφόρηση, ιδίως δε όταν η ληφθείσα απόφαση δεν είναι σύμφωνη με την καλή πίστη και δεν εξυπηρετεί το εταιρικό συμφέρον ή, ακόμα περισσότερο, όταν ο εταιρικός διοικητής ή τρίτο πρόσωπο αποκομίζει όφελος από την απόφαση σε βάρος της εταιρίας.

## II. Η ευθύνη διοικητών πιστωτικών ιδρυμάτων λόγω χορήγησης πιστώσεων που επέφεραν ζημία

### 1. Η χορήγηση πιστώσεων ως πράξη που ενέχει κίνδυνο

Ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης που προβλέπεται στο άρθρο 22α παρ. 2 εδ. 2 κ.ν. 2190/1920 και η, κατ' εφαρμογή αυτού, μη ευθύνη των εταιρικών διοικητών, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις που θέτει, ισχύει και προκειμένου για τα μέλη των διοικήσεων των πιστωτικών ιδρυμάτων λόγω χορήγησης επιχειρηματικών δανείων ή άλλων πιστώσεων. Επομένως, τα παραπάνω (υπό Ι) ισχύουν και επί εταιρικών διοικητών πιστωτικών ιδρυμάτων. Στην περίπτωση όμως χορήγησης τραπεζικών δανείων υπάρχουν ορισμένες ιδιαιτερότητες σε σχέση με τις επιχειρηματικές αποφάσεις και τις πράξεις άλλων (δηλ. μη τραπεζικών) επιχειρήσεων. Συνοπτικά μπορούν να παρατηρηθούν τα εξής:

Το τραπεζικό δάνειο ενέχει από τη φύση του υψηλό επίπεδο κινδύνου. Και τούτο, διότι δεν είναι εξασφαλισμένο ότι ο δανειολήπτης θα μπορέσει να το επιστρέψει ή ότι θα το επιστρέψει εγκαίρως (πιστωτικός κίνδυνος).<sup>13</sup> Χρηματοδοτώντας δηλαδή η τράπεζα μια επιχείρηση, αναλαμβάνει στην ουσία τον επιχειρηματικό κίνδυνο αυτής, με την έννοια ότι, αν αποτύχουν τα επιχειρηματικά σχέδια της επιχείρησης, θα καταστεί δυσχερής ή αδύνατη η επιστροφή της χρηματοδότησης, με συνέπεια τη ζημία της τράπεζας. Όμως η χορήγηση πιστώσεων είναι, παράλληλα με την αποδοχή καταθέσεων, η βασικότερη τραπεζική εργασία που ασκούν τα πιστωτικά ιδρύματα (βλ. άρθρο 11 παρ. 1 ν. 4261/2014). Σε αντίθεση, δηλαδή, με τις άλλες επιχειρήσεις, οι οποίες μπορούν να επιλέξουν, αν και ποιον επιχειρηματικό κίνδυνο θέλουν να αναλάβουν, η ανάληψη του πιστωτικού κινδύνου από τα πιστωτικά ιδρύματα είναι πάντοτε δεδομένη, καθόσον ο κίνδυνος είναι σύμφυτος με τη σημαντικότερη παθητική

13 Βλ. Ν. Ρόκα/Χ. Γκόρτσος, Στοιχεία τραπεζικού δικαίου, 2η έκδ., 2012, 140: «Ὡς πιστωτικός κίνδυνος ορίζεται... η πιθανότητα επέλευσης ζημίας σε ένα πιστωτικό ίδρυμα είτε από την αδυναμία ενός δανειολήπτη να προβεί σε εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη δανειακή του σύμβαση είτε από τη μείωση της πιστοληπτικής του ικανότητας... σε τέτοιο βαθμό, ώστε να τίθεται σε αμφισβήτηση η αποπληρωμή των δανειακών του υποχρεώσεων».

τραπεζική εργασία, δηλ. τη χορήγηση πιστώσεων.<sup>14</sup> Ούτε είναι τα πιστωτικά ιδρύματα υποχρεωμένα να παρέχουν πιστώσεις μόνο, όταν η επιστροφή τους είναι 100% εξασφαλισμένη. Ως εκ τούτου, είναι εκ των προτέρων δεδομένο ότι ορισμένα δάνεια δεν θα εξυπηρετηθούν, με αποτέλεσμα τη ζημία της τράπεζας, χωρίς, βέβαια, μόνο το γεγονός αυτό να σημαίνει ότι υπάρχει παράβαση της υποχρέωσης επιμέλειας εκ μέρους εκείνου που χορήγησε το δάνειο.<sup>15</sup>

## 2. Υποχρέωση επιμέλειας, εσωτερικοί κανονισμοί, κανόνες χρηματοπιστωτικού δικαίου

Για να προβεί η διοίκηση μιας τράπεζας σε χορήγηση πίστωσης, θα πρέπει να τηρήσει την υποχρέωση επιμέλειας, τους εσωτερικούς κανονισμούς της τράπεζας και τους σχετικούς κανόνες του χρηματοπιστωτικού δικαίου (παρακάτω υπό α-γ). Όπως είναι φανερό, τα τρία αυτά στοιχεία τελούν σε άμεση εξάρτηση, διότι αποβλέπουν στον ίδιο στόχο, δηλ. στον κατά το δυνατόν περιορισμό της διακινδύνευσης της τράπεζας και, κατ' επέκταση, του όλου τραπεζικού συστήματος, στόχος, στον οποίο αποβλέπουν ειδικότερα οι κανόνες του χρηματοπιστωτικού δικαίου. Επομένως, η υπεύθυνη πιστοδότηση είναι ένα ζήτημα που αφορά τόσο τα συμφέροντα της τράπεζας όσο και γενικότερα συμφέροντα.

Πάντως, η μη τήρηση των πιο πάνω υποχρεώσεων δεν έχει ως αυτόματα συνέπεια την ευθύνη της διοίκησης που χορήγησε το δάνειο, αλλήλ θα πρέπει επιπλέον η τράπεζα να υπέστη ζημία από την παράληψη αυτή, καθώς και να υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ζημίας και της σχετικής παράβασης υποχρέωσης. Ειδικότερα:

(α) *Υποχρέωση επιμέλειας.* Ο λόγος, για τον οποίο οι τράπεζες αποφασίζουν να δανειοδοτήσουν μια επιχείρηση, αναλαμβάνοντας τον σχετικό κίνδυνο, είναι ότι υπολογίζουν ότι θα έχουν όφελος από τη δανειοδότηση. Τα δυο αυτά μεγέθη, δηλ. ο κίνδυνος και το αναμενόμενο όφελος, τελούν σε συνάρτηση μεταξύ τους, με την έννοια ότι όσο μεγαλύτερος είναι ο αναλαμβανόμενος κίνδυνος τόσο μεγαλύτερο είναι το επιτόκιο που θα απαιτήσει η τράπεζα και, άρα, το όφελος που θα έχει από τη δα-

14 Βλ. και Γκόρτσο, Εισαγωγή στο διεθνές χρηματοπιστωτικό δίκαιο, 2011, 76: «Η έκθεση των τραπεζών στον πιστωτικό κίνδυνο απορρέει από τη βασική τους λειτουργία, η οποία συνίσταται στο μετασχηματισμό που αφορά την κατανομή του κινδύνου...», και Μικρουλέα, Όρια δράσης και ευθύνης των εταιρικών διοικήτων, 2013, 382: «Όλα... στο χρηματοπιστωτικό τομέα συνδέονται με τη στάθμιση του κόστους και του οφέλους για τον κίνδυνο και όχι την α priori απόρριψη οιασδήποτε πρότασης ή επένδυσης που περιέχει κίνδυνο. Όπως ορθά υποστηρίζεται, δεν αποτελεί αυτοσκοπό η αποφυγή ανάληψης κινδύνου, αντίθετα πρέπει οι τράπεζες να λαμβάνουν ριζοκίνδυνες αποφάσεις με την προϋπόθεση ότι ο κίνδυνος είναι πλήρως κατανοητός, έχει εκτιμηθεί και αξιολογηθεί και μπορεί να είναι διαχειρίσιμος».

15 Όπως εκφράζεται από το γερμανικό ομοσπονδιακό δικαστήριο (απόφαση της 6.4.2000, BGH 1 StR 280/99): «Κάθε χορήγηση πίστωσης είναι από τη φύση της μια πράξη που ενέχει κίνδυνο. Επί χορήγησης πίστωσης πρέπει οι κίνδυνοι αυτοί, με βάση εκτεταμένες πληροφορίες, να σταθμισθούν σε σχέση με το όφελος που μπορεί να προκύψει. Εφόσον η στάθμιση αυτή έγινε επιμελώς, δεν μπορεί να υπάρξει παράβαση καθήκοντος λόγω του ότι το δάνειο δεν εξυπηρετήθηκε αργότερα».

νειοδότηση αυτή. Η τράπεζα πρέπει να λάβει την απόφασή της, σταθμίζοντας με τη δέουσα επιμέλεια τα δύο αυτά μεγέθη.

Στη νέα τραπεζική οδηγία 2013/36/ΕΕ, η οποία ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με τον ν. 4261/2014, υπάρχει ειδική διάταξη σχετικά με τον πιστωτικό κίνδυνο και τον κίνδυνο του αντισυμβαλλομένου, η οποία επιβάλλει στα πιστωτικά ιδρύματα τη χορήγηση πιστώσεων βάσει κριτηρίων ορθά και σαφώς καθορισμένων, με τη χρησιμοποίηση εσωτερικών μεθοδολογιών καθώς και με τη δημιουργία συστημάτων για την παρακολούθηση ανοιγμάτων που ενέχουν πιστωτικό κίνδυνο (παρ. 1 άρθρ. 71 ν. 4261/2014, βλ. και πιο κάτω υπό γ). Επίσης, η τράπεζα θα πρέπει, προτού χορηγήσει το δάνειο, να έχει επαρκή και ακριβή πληροφόρηση σχετικά με τη φερεγγυότητα του δανειοδοτούμενου, καθώς και να αξιολογήσει επαρκώς τα επιχειρηματικά του σχέδια. Ο δανειοδοτούμενος πρέπει να δίνει, αλλιώς και η τράπεζα οφείλει να ζητά, πλήρη και ακριβή πληροφόρηση για την αξιολόγηση της φερεγγυότητας και της πιστοληπτικής του ικανότητας του αιτούντος την πιστοδότηση (παρ. 2 άρθρ. 71 ν. 4261/2014). Βέβαια οι πιο πάνω διατάξεις του νέου τραπεζικού νόμου είναι δημοσίου δικαίου και αναφέρονται στο γενικό πλαίσιο χορήγησης πιστώσεων. Εντούτοις, η μη τήρησή τους σχετικά με συγκεκριμένη χρηματοδότηση συνιστά παράβαση της υποχρέωσης επιμέλειας και, ως εκ τούτου, ένδειξη ευθύνης της διοίκησης του πιστωτικού ιδρύματος που χορήγησε την πίστωση.<sup>16</sup> Πάντως, η τελική κατάφαση της ευθύνης σε μια τέτοια περίπτωση θα εξαρτηθεί από το αν υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της παράβασης και της ζημίας της τράπεζας λόγω της μη επιστροφής του δανείου (βλ. ειδικότερα πιο κάτω υπό γ).

Το γερμανικό ομοσπονδιακό δικαστήριο,<sup>17</sup> προκειμένου να εξειδικεύσει τις προϋποθέσεις, με τις οποίες μπορεί να γεννηθεί ευθύνη, επισημαίνει ότι ενδείξεις ότι δεν διενεργήθηκε επαρκής έλεγχος σχετικά με τον αναλαμβανόμενο με τη χορήγηση του δανείου κίνδυνο είναι, μεταξύ άλλων, η παραμέληση των υποχρεώσεων πληροφόρησης, η υπέρβαση των ορίων δανειοδότησης και η ιδιοτέλεια των προσώπων που αποφάσισαν τη χορήγηση του δανείου. Αλλιώς και όταν δεν υπήρξε πληροφόρηση ή αυτή ήταν πλημμελής, για να υπάρξει ευθύνη, θα πρέπει, σύμφωνα με την ίδια γερμανική νομολογία, η μη απόδοση του δανείου να οφείλεται στη μη επαρκή πληροφόρηση. Επομένως, αν η φερεγγυότητα του δανειολήπτη ήταν πέρα από κάθε αμφιβολία δεδομένη κατά τον χρόνο χορήγησης του δανείου, δεν υπάρχει ευθύνη, παρότι δεν υπήρξε προηγούμενη πληροφόρηση.

(β) *Εσωτερικοί κανονισμοί*. Τα πιστωτικά ιδρύματα διαθέτουν, σύμφωνα και με την τραπεζική νομοθεσία, εσωτερικούς κανονισμούς πιστοδοτήσεων, στους οποίους προβλέπονται ορισμένα κριτήρια για την πιστοδότηση, όπως σε σχέση με το πρόσωπο

16 Για δάνεια που χορηγήθηκαν μετά την ισχύ του ν. 4261/2014. Για προγενέστερα δάνεια εφαρμόζεται το προηγούμενο καθεστώς του ν. 3601/2007 (οδηγίες 2006/48/ και 49/ΕΚ).

17 Απόφαση της 6.4.2000, BGH 1 StR 280/99.

του πιστοδοτούμενου και τις μορφές πιστοδότησης, καθώς και αρχές και κανόνες που αποβλέπουν στην ελαχιστοποίηση του πιστωτικού κινδύνου, σε συνδυασμό με την αποδοτικότητα της πίστωσης, η οποία αυξάνεται ανάλογα με τον αναλαμβανόμενο κίνδυνο. Ο πιστωτικός κίνδυνος διαβαθμίζεται, ελέγχεται και αξιολογείται από τα συμβούλια πιστοδοτήσεων της τράπεζας, τα οποία οφείλουν να τηρούν το θεσμικό πλαίσιο, τον εσωτερικό κανονισμό πιστοδοτήσεων και τις υπάρχουσες εσωτερικές οδηγίες αξιολόγησης. Μέσα στα πλαίσια αυτά ισχύει η αρχή της ελευθερίας της πιστοδότησης, η οποία δεν αποκλείει ακόμα και την πιστοδότηση πιστούχων υψηλού κινδύνου. Η τράπεζα ζητά συνήθως εξασφαλίσεις για τη χορήγηση επιχειρηματικών δανείων, χωρίς, πάντως, να αποκλείεται πιστοδότηση χωρίς εξασφαλίσεις, εφόσον η φερεγγυότητα του πιστολήπτη κρίνεται ικανοποιητική. Τα συμβούλια πιστοδοτήσεων των τραπεζών, στα οποία, ανάλογα με το ύψος της αιτούμενης πιστοδότησης, μετέχουν γενικοί διευθυντές, διευθυντές ή υποδιευθυντές διαφόρων τμημάτων, ενδεχομένως δε και ο διευθύνων σύμβουλος, αξιολογούν και αποφασίζουν για τη χορήγηση ή μη της αιτούμενης πιστοδότησης. Τα μετέχοντα στα συμβούλια πιστοδοτήσεων μέλη της διοίκησης δεν υπέχουν ευθύνη, αν συναίνεσαν στην πιστοδότηση, βασιζόμενα στη σχετική έκθεση του εισηγητή που επεξεργάστηκε τη σχετική αίτηση χορήγησης δανείου, εκτός αν υπήρξαν αμφιβολίες ή διαφωνίες, οπότε θα πρέπει να ζητηθούν περισσότερες διευκρινίσεις ή να γίνει επανεξέταση από τα ίδια τα μέλη της διοίκησης.<sup>18</sup> Γενικότερα, η χρηματοδότηση που χορηγήθηκε μέσα στο πλαίσιο που θέτουν οι εσωτερικοί κανονισμοί της τράπεζας αποτελεί ένδειξη ότι τηρήθηκε η υποχρέωση επιμέλειας.

(γ) *Κανόνες χρηματοπιστωτικού δικαίου.* Δυο μακροοικονομικά στοιχεία που τελούν σε φαινομενική αντινομία, μπορεί να επηρεάσουν μέχρι ενός βαθμού την κρίση για το αν υπήρξε υπεύθυνη χορήγηση πίστωσης.<sup>19</sup> Το πρώτο συνηγορεί υπέρ της χορήγησης επιχειρηματικών δανείων, καθώς τα επιχειρηματικά δάνεια αποτελούν το «οξυγόνο» της αγοράς που χωρίς αυτό δεν μπορεί να λειτουργήσει η οικονομία. Παράλληλα, η χορήγησή τους μπορεί να αποβεί επωφελής για τη δανείζουσα τράπεζα με την είσπραξη των τόκων. Το δεύτερο στοιχείο, το οποίο, όπως είναι φανερό, εμφανίστηκε ιδιαίτερα έντονα στο προσκήνιο μετά τη διεθνή οικονομική κρίση, εστιάζει στην κατά το δυνατόν μικρότερη διακινδύνευση της τράπεζας και, κατ' επέκταση, στον περιορισμό του κινδύνου αποσταθεροποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος λόγω μη εξυπηρέτησης των δανείων. Τον κίνδυνο αυτό αντιμετωπίζουν εποπτικού δικαίου κανόνες, όπως ιδίως ο προαναφερθείς (υπό α) τραπεζικός νόμος 4261/2014, ο Κανονισμός 575/2013 (CRR) σχετικά με τις απαιτήσεις προληπτικής εποπτείας καθώς και οι ΠΔΤΕ που εξειδικεύουν τους κανόνες αυτούς, οι οποίοι στοχεύουν στην εξασφάλιση της κεφαλαιακής επάρκειας των πιστωτικών ιδρυμάτων,

<sup>18</sup> Έτσι η απόφαση του γερμανικού ομοσπονδιακού δικαστηρίου της 6.4.2000, BGH 1 StR 280/99.

<sup>19</sup> Πρβλ. για τον σχετικό προβληματισμό και *Μικρούληα*, ό.π., 382-383.

θέτουν υπό έλεγχο τα μεγάλα χρηματοδοτικά ανοίγματα και αντιμετωπίζουν τον πιστωτικό κίνδυνο. Σημασία έχει και η διάταξη του άρθρου 66 παρ. 1 ν. 4261/2014, η οποία επιβάλλει την οργάνωση και λειτουργία σε κάθε πιστωτικό ίδρυμα επαρκούς συστήματος εσωτερικού ελέγχου και βέλτιστες αρχές εταιρικής διακυβέρνησης.

Η σημασία της τήρησης ή μη των πιο πάνω κανόνων εποπτικού δικαίου σε σχέση με την ευθύνη των διοικητών των τραπεζών είναι η εξής:<sup>20</sup> Μόνη η παράβαση ενός από τους κανόνες αυτούς, όπως π.χ. η υπέρβαση των δεικτών κεφαλαιακής επάρκειας, συνιστά βασικά παράβαση κανόνος εποπτικού δικαίου και δεν συνεπάγεται, όπως ήδη αναφέρθηκε, αυτομάτως αστική ευθύνη των μελών της διοίκησης που χορήγησαν το δάνειο. Σκοπός των κανόνων εποπτικού δικαίου είναι η διαφύλαξη της σταθερότητας του τραπεζικού συστήματος με βάση τη συνολική έκθεση του πιστωτικού ιδρύματος στον πιστωτικό κίνδυνο. Επομένως οι κανόνες αυτοί δεν αφορούν ατομικές περιπτώσεις πιστοδότησης, πέρα από τα επιτρεπτά όρια του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης. Βέβαια, η παράβαση κανόνα εποπτικού δικαίου, όπως η δημιουργία από τράπεζα πλημμελούς μοντέλου εκτίμησης του πιστωτικού κινδύνου, συνεκτιμάται για τη διαπίστωση της ευθύνης, χωρίς όμως να αρκεί μόνο το γεγονός αυτό. Έτσι, η πιο πάνω πλημμέλεια δεν δημιουργεί ευθύνη, αν διαπιστωθεί ότι η χρηματοδότηση θα χορηγούνταν και σε περίπτωση λειτουργίας άρτιου μοντέλου εκτίμησης του πιστωτικού κινδύνου. Ισχύει όμως και το αντίστροφο: Μόνη η τήρηση των εποπτικών κανόνων δεν απαλλιάσσει από την ευθύνη. Η ευθύνη τίθεται κάθε φορά επί εξατομικευμένης βάσεως, καθόσον, μέσα στο πλαίσιο των κανόνων αυτών, ισχύει η ελευθερία πιστοδότησης, η οποία δεν πρέπει να υπερβαίνει τα επιτρεπτά όρια του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης, σύμφωνα με τα παραπάνω.

### III. Συμπέρασμα

Από τα πιο πάνω συνάγονται τα εξής:

1. Μόνη η ζημία της τράπεζας λόγω μη εξυπηρέτησης δανείου δεν δημιουργεί ευθύνη των οργάνων και στελεχών της που χορήγησαν το δάνειο. Δεν υπάρχει ευθύνη εκ του αποτελέσματος. Δεν ελέγχεται, επίσης, η σκοπιμότητα της δανειοδότησης, καθόσον η στάθμιση των αναλαμβανόμενων κινδύνων είναι ένα «ελεύθερο ευθύνης» πεδίο, σύμφωνα με τον κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης. Έτσι, αν η τράπεζα, σταθμίζοντας επιμελώς όλα τα δεδομένα, χορηγήσει ένα εξυγιαντικό δάνειο σε μια επιχείρηση που βρίσκεται σε κρίση αλλιώς είναι βιώσιμη και έχει προοπτικές ανάπτυξης, και η επιχείρηση τελικά καταρρεύσει, δεν τίθεται θέμα ευθύνης των οργάνων της τράπεζας σε περίπτωση αδυναμίας επιστροφής του δανείου. Δεν τίθεται, επίσης, θέμα ευθύνης, αν υπήρχαν επιφυλάξεις για τη χορήγηση του δανείου ή αν,

20 Βλ. σχετικά και Μικρουλέα, ό.π., 152 επ.

ενδεχομένως, κάποια άλλη τράπεζα δεν θα χορηγούσε το δάνειο στη συγκεκριμένη επιχείρηση, διότι και οι αμφισβητούμενες δανειοδοτήσεις εμπίπτουν στο ανέλεγκτο πεδίο διακριτικής ευχέρειας της τράπεζας.

2. Ειδικότερα, δεν τίθεται θέμα ευθύνης των αρμόδιων οργάνων διοίκησης και των στελεχών πιστωτικού ιδρύματος λόγω ζημίας της τράπεζας εφόσον: α) σχετικά με τη συγκεκριμένη πιστοδότηση δεν συνάγεται ότι, με βάση τα στοιχεία που υπήρχαν κατά τον χρόνο χορήγησής της, ο αναλαμβανόμενος πιστωτικός κίνδυνος ήταν εξαιρετικά μεγάλος και απειλούσε την κεφαλαιακή επάρκεια της τράπεζας· β) ο αναλαμβανόμενος κίνδυνος είναι, ενόψει των όρων της πιστοδότησης και του προφίλ της δανειοδοτούμενης επιχείρησης, μέσα στο πλαίσιο του κανονισμού πιστοδοτήσεων και λοιπών εσωτερικών οδηγιών της τράπεζας· γ) η πιστοδότηση δεν εξυπηρετεί προσωπικά ή άσχετα με το καλό της τράπεζας συμφέροντα και δ) έχει υπάρξει επαρκής έλεγχος της φερεγγυότητας του πιστολήπτη και έχουν τηρηθεί όλες οι σχετικές εσωτερικές διαδικασίες. Επομένως, η, παρά τη συνδρομή των παραπάνω στοιχείων, ζημία της τράπεζας λόγω μη επιστροφής του δανείου, δεν δημιουργεί ευθύνη, διότι η δανειοδότηση κινήθηκε μέσα στο πλαίσιο του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης και της βέλτιστης τραπεζικής εταιρικής διακυβέρνησης.

3. Αλλά και όταν δεν συντρέχει ένα από τα παραπάνω στοιχεία, όπως η επαρκής πληροφόρηση, δεν δημιουργείται, σε κάθε περίπτωση, ευθύνη, αλλά το γεγονός αυτό αποτελεί μια ένδειξη για την ύπαρξη ευθύνης, η οποία θα πρέπει να συνεκτιμάται μαζί με άλλα στοιχεία, καθώς και να εξετάζεται αν υπάρχει αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προκληθείσας ζημίας και της παράβασης της υποχρέωσης επαρκούς πληροφόρησης. Έτσι, η χορήγηση ανασφάλιστου δανείου δεν συνιστά οπωσδήποτε αμελή συμπεριφορά, όταν ο δανειολήπτης ήταν κατά τον χρόνο χορήγησης του δανείου προφανώς φερέγγυος. Είναι, επίσης, προφανές ότι η λόγω της κρίσης απαξίωση των ακινήτων και των επ' αυτών εμπράγματων ασφαλειών δεν δημιουργεί ευθύνη, όταν η σύστασή τους έγινε προ της κρίσης.

4. Η ύπαρξη των πιο πάνω στοιχείων κρίνεται με βάση τα δεδομένα που υπήρχαν κατά τον χρόνο που χορηγήθηκε η πίστωση και όχι με βάση την εξέλιξη που επήλθε κατά τον χρόνο της δικαστικής κρίσης. Επομένως, δεν μπορούν να αναζητηθούν ευθύνες για μη εξυπηρετούμενα δάνεια που χορηγήθηκαν πριν την κρίση, εφόσον η αδυναμία επιστροφής τους οφείλεται στην κρίση. Το γεγονός της συσσώρευσης «κόκκινων δανείων» δεν δικαιολογεί αυστηρότερη κρίση, παρά μόνο αν τα δάνεια δόθηκαν, παρά την προβληματική φερεγγυότητα του δανειολήπτη και σε περίοδο που η επέλευση της κρίσης ήταν προβλέψιμη.

5. Είναι εξαιρετικά σημαντικό να τηρούνται οι κανόνες αυτοί και να μη γίνεται αποδεκτή ευθύνη άκριτα, δηλ. μόνο εκ του γεγονότος ότι επήλθε ζημία στην τράπεζα, διότι μόνο τότε μπορεί να εδραιωθεί η πεποίθηση ότι η ανάληψη επιχειρηματικού κινδύνου γίνεται χωρίς «νομικό κίνδυνο» για τα όργανα και τα στελέχη της τράπεζας που χορηγούν τις πιστοδοτήσεις. Μόνο έτσι θα μπορέσουν οι τράπεζες να εκπλη-



ρώσουν την αποστολή τους, δηλ. να συντελέσουν στη στήριξη και ανάπτυξη της επιχειρηματικότητας και της οικονομίας γενικότερα.

6. Εφόσον, βέβαια, χορηγήθηκαν δάνεια χωρίς επαρκή πληροφόρηση σχετικά με τη φερεγγυότητα του δανειολήπτη ή κατά παράβαση των ορίων δανειοδότησης ή εφόσον η δανειοδότηση ενείχε έναν εξαιρετικά υψηλό κίνδυνο για την τράπεζα και υπάρχει αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της υποχρέωσης που παραβιάστηκε και της επεληθούσας ζημίας, δημιουργείται ευθύνη. Πολύ περισσότερο ισχύει τούτο, αν ο χορηγός το δάνειο είχε προσωπικό όφελος από τη χορήγησή του.

7. Βέβαια, σε περίοδο βαθιάς και μακροχρόνιας κρίσης, όπως η παρούσα, που είχε ως αποτέλεσμα τη δραματική συρρίκνωση των κεφαλαίων των πιστωτικών ιδρυμάτων, η χορήγηση πιστώσεων θα πρέπει να γίνεται με περισσότερο αυστηρά κριτήρια και με ιδιαίτερα ενδελεχή έλεγχο των προοπτικών της επιχείρησης που ζητά το δάνειο.

## B. ΠΟΙΝΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ

### I. Εισαγωγικά

Η ποινική ευθύνη των εταιρικών διοικητών τίθεται, ενόψει της διάταξης του άρθρ. 390 ΠΚ, για την απιστία. Σύμφωνα με αυτή: *«Όποιος ζημιώνει την περιουσία αλλήλου, της οποίας βάσει νόμου ή δικαιοπραξίας έχει την επιμέλεια ή διαχείριση (ολική ή μερική ή μόνο για ορισμένη πράξη), τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών (3) μηνών. Εάν η περιουσιακή ζημία υπερβαίνει το ποσόν των τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ, ο δράστης τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι δέκα (10) ετών».*

Να διευκρινισθεί, κατ' αρχήν, ότι αποκλείεται η κατά το άρθρο 390 ΠΚ ποινική ευθύνη, όταν δεν στοιχειοθετείται αστική ευθύνη.<sup>21</sup> Και τούτο, διότι, όπως αναφέρεται πιο κάτω, τα υποκειμενικά στοιχεία που απαιτούνται για τη θεμελίωση της ποινικής ευθύνης είναι στενότερα από εκείνα που απαιτούνται για την αστική ευθύνη. Τούτο σημαίνει, όπως αναφέρεται ειδικότερα πιο κάτω (υπό II), ότι, αν οι εταιρικοί διοικητές τήρησαν την υποχρέωση επιμέλειας και δεν υπερέβησαν τα όρια της επιχειρηματικής κρίσης, δεν υπέχουν αστική, άρα ούτε ποινική ευθύνη, έστω και αν η επιχείρηση υπέστη ζημία από την τέλεση πράξης, με την οποία αναλαμβανόταν επιχειρηματικός κίνδυνος. Ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης επηρεάζει δηλαδή άμεσα και την ποινική αξιολόγηση.<sup>22</sup> Βέβαια ο κανόνας αυτός εισήχθη το 2007 και

21 Αδιαμφισβήτητη γνώμη, βλ. *Ελευθεριάδη*, Η προστασία των δανειστών κεφαλαιουχικής εταιρίας ως πρόβλημα ευθύνης των εταιρών, 2012, 93: «Εφόσον... αποκλείεται η αστική ευθύνη των διοικούντων, τότε κατά μείζονα λόγο θα αποκλείεται και η ποινική...» και *Μικρουιλέα*, ό.π., 291 επ. (βλ. και σημ. 29), και οι δυο με περαιτέρω παραπομπές.

22 Έτσι *Adick*, *Organuntreue* (§ 266 StGB) und *Busines Judgment*, 2010, ο οποίος υποστηρίζει στην ειδική του αυτή μονογραφία επί του θέματος, ότι τα στοιχεία της επιχειρηματικής κρίσης ισχύουν και στο ποινικό δίκαιο.



επομένως αφορά δάνεια που συνήφθησαν μεταγενέστερα, πρέπει να ληφθεί όμως υπόψη ότι γινόταν νομολογιακά δεκτός και παλαιότερα.<sup>23</sup>

Και όταν, όμως, στοιχειοθετείται αστική ευθύνη, δεν σημαίνει ότι υπάρχει πάντοτε και ποινική ευθύνη. Για να υπάρξει ποινική ευθύνη, θα πρέπει να εξετάζεται αφενός, αν συντρέχουν όλα τα αντικειμενικά στοιχεία που προαναφέρθηκαν και που απαιτούνται για την ύπαρξη αστικής ευθύνης, τα οποία μάλιστα θα πρέπει, όπως εκτίθεται αμέσως παρακάτω, να προκύπτουν κατά τρόπο αδιαμφισβήτητο για την ποινική αξιολόγηση της πράξης, και αφετέρου, αν υπάρχουν τα υποκειμενικά στοιχεία του άρθρου 390 ΠΚ.

Παρακάτω (II και III) γίνεται ειδικότερη αναφορά στην αντικειμενική και την υποκειμενική υπόσταση της απιστίας στο πλαίσιο του υπό εξέταση ζητήματος, δηλ. της ευθύνης των διοικούντων για χορήγηση πιστώσεων που ζημίωσαν το πιστωτικό ίδρυμα.

## II. Αντικειμενικά στοιχεία

Σύμφωνα με τη θεωρία της κατάχρησης, η οποία είναι κρατούσα στην ελληνική θεωρία και νομολογία του ποινικού δικαίου,<sup>24</sup> τότε μόνο μια πράξη διαχείρισης, από την οποία προκαλείται αιτιωδώς ζημία σε ξένη περιουσία, συνιστά απιστία, όταν υπάρχει παράβαση των καθηκόντων επιμελούς διαχείρισης.<sup>25</sup> Ποια είναι τα καθήκοντα επιμελούς διαχείρισης προσδιορίζει ο νόμος, οι εσωτερικοί κανονισμοί της τράπεζας και οι κανόνες της αγοράς.<sup>26</sup> Κατά τα λοιπά ισχύουν αντίστοιχα όσα αναφέρθηκαν επί αστικής ευθύνης. Να σημειωθεί, πάντως, ότι υποστηρίζεται ότι η εξεύρεση του πότε υπάρχει υπέρβαση των καθηκόντων επιμελούς διαχείρισης ενέχει έντονα στοιχεία αοριστίας, ασύμβατα προς την αρχή *nulla poena sine lege* και την αξίωση για *lex clara et certa*.<sup>27</sup> Η γερμανική νομολογία δέχεται ότι τότε μόνο υπάρχει από απόψεως πραγματικού (δηλ. αντικειμενικά) παράβαση καθήκοντος επιμελούς διαχείρισης, όταν η παράβαση είναι σαφής και προφανής. Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή απαιτείται για την ύπαρξη ποινικής ευθύνης βαριά παράβαση του καθήκοντος επιμέλειας,<sup>28</sup> η οποία φθάνει στο βαθμό της διακινδύνευσης της υπό-

23 Βλ. Εφαθ 4860/2006, Χρλδ 2007, 55 παρ.τ. *Μαρίνου*=ΕΕμπδ 2007, 592 παρ.τ. *Φασούλα, Μαρίνο*, ό.π., Χρλδ 2009, 107 με περαιτέρω παραπομπές στη σημ. 107.

24 Βλ. π.χ. *Μυλωνόπουλο*, Ποινικό δίκαιο, Ειδικό μέρος, 2001, 581-582 με παραπομπές στη σημ. 30.

25 Βλ. *Μυλωνόπουλο*, ό.π., 586: «Η παράβαση των κανόνων επιμελούς διαχείρισης..., ως εξειδίκευση της έννοιας της κατάχρησης, αποτελεί έτερο, επίσης άγραφο, στοιχείο αντικειμενικής υπόστασης, είναι δε απολύτως απαραίτητο, διότι χωρίς αυτό θα παρέλθε η επιχειρηματική ζωή, που είναι από τη φύση της κινδυνώδης» (ακολουθούν παραπομπές στη σημ. 46).

26 *Μυλωνόπουλος*, ό.π., 586: «Τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης προσδιορίζει ο νόμος (π.χ. άρθρα 1611-1626 ΑΚ...), η σύμβαση (εσωτερική σχέση) μεταξύ του κυρίου της περιουσίας και του διαχειριστή..., τα καταστατικά και οι εσωτερικοί κανονισμοί επιχειρήσεων, π.χ. Τραπεζών,... και οι διαμορφωμένοι στις συναλλαγές κανόνες επιμέλειας, π.χ. οι κανόνες συνετής εμπορίας» (ακολουθούν παραπομπές στη σημ. 48).

27 Έτσι *Honsell*, Die Strafbarkeit der Unteute, τμ. τμ. Roth, 2011, 279.

28 Βλ. π.χ. την απόφαση της 15.11.2001, BGH 5 StR 185/01.

στασης της εταιρίας (Existenzgefährdung).<sup>29</sup> Οποσδήποτε, πάντως, αν δεν υπάρχει υπέρβαση των ορίων που θέτει ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης αποκλείεται, όπως ήδη αναφέρθηκε, η στοιχειοθέτηση της αντικειμενικής υπόστασης της απιστίας.<sup>30</sup> Βέβαια, υπάρχει, και επί της διερεύνησης της ποινικής ευθύνης, ο κίνδυνος που επισημάνθηκε ήδη επί της αστικής ευθύνης, δηλ. της αξιολόγησης για το αν υπήρξε επιμελής διαχείριση βάσει στοιχείων που δεν υπήρχαν κατά τον χρόνο τέλεσης της πράξης. Ιδίως όμως στην ποινική αξιολόγηση, η οποία μπορεί να επισύρει σημαντικές ποινές στερητικές της ελευθερίας, θα πρέπει ο έλεγχος να γίνεται αυστηρά με βάση τα στοιχεία που υπήρχαν κατά τον χρόνο λήψης της απόφασης. Αμφιβολία για το αν υπήρξε επιμελής διαχείριση δεν αρκεί για τη στοιχειοθέτηση της απιστίας. Σωστά, επίσης, επισημαίνεται ότι με διαφορετικά κριτήρια θα κριθούν πράξεις διαχείρισης που από τη φύση τους ενέχουν ανάληψη κινδύνου,<sup>31</sup> όπως είναι η χορήγηση πιστώσεων, σε σύγκριση με άλλες επιχειρηματικές αποφάσεις που λαμβάνονται από επιχειρήσεις που το αντικείμενό τους δεν αναφέρεται στον χρηματοπιστωτικό τομέα.

### III. Υποκειμενικά στοιχεία

1. Για τη στοιχειοθέτηση της απιστίας απαιτούνται, πλην των προαναφερθέντων αντικειμενικών, και υποκειμενικά στοιχεία. Δεν αρκεί αμέλεια ούτε ενδεχόμενος δόλος για τη διάπραξη απιστίας, διότι το άρθρο 390 ΠΚ απαιτεί γνώση. Απαιτείται, επομένως, *άμεσος δόλος*, ο οποίος περιέχει τόσο το *γνωστικό στοιχείο*, δηλ. τη γνώση (βεβαιότητα) του δράστη ότι από τις πράξεις του θα προκύψει ζημία για την περιουσία που διαχειρίζεται, όσο και το *βουλητικό στοιχείο*, δηλ. την αποδοχή της επέλευσης της ζημίας.<sup>32</sup> Ήδη η σωστή εφαρμογή των υποκειμενικών αυτών προ-

29 Έτσι το γερμανικό ομοσπονδιακό δικαστήριο (BGH 5 StR 551/11 στη σημαντική απόφασή του της 28.5.2013, για την οποία γίνεται εκτενέστερα λόγος πιο κάτω).

30 Κρατούσα γνώμη και στην ελληνική βιβλιογραφία, βλ. *Ελευθεριάδης*, ό.π., 92: «Η ασφαλέστερη, συνεπέστερη με το πνεύμα του ποινικού κανόνα και ανταποκρινόμενη στην αρχή της ενότητας της έννομης τάξης προσέγγιση... είναι ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσεως...», *Μικρουλέα*, ό.π., 292: «... Αποφασιστικό παράγοντα για την κατάφαση της παράβασης του καθήκοντος επιμέλειας αποτελούν τα κριτήρια και οι επί μέρους προϋποθέσεις του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης. Ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης έχει τη δική του ερμηνευτική αξία στο χώρο του ποινικού δικαίου. Διότι, εφόσον αποκλείεται η αστική ευθύνη των διοικούσων με την εφαρμογή του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης, αφού θα πρόκειται για τους κανόνες της συνετής εμπορίας..., πολλώ μάλλον... θα αποκλείεται και η ποινική ευθύνη (αρχή της επικουρικότητας του ποινικού δικαίου)». Πάντως το αναφερόμενο από τους δυο ως άνω συγγραφείς (*Ελευθεριάδης*, ό.π., σ. 91, *Μικρουλέα*, ό.π., σ. 291-292, και οι δυο με περαιτέρω παραπομπές), δηλ. ότι η χωρίς περιορισμούς εφαρμογή του καθήκοντος επιμέλειας θα οδηγήσει στην ποινικοποίηση της επιχειρηματικής ζωής, χρήζει διευκρίνσης, καθώς στην ποινική ευθύνη υφίσταται μόνο, όταν υπάρχει *εκ δόλου* παράβαση του καθήκοντος επιμέλειας και όχι εξ αμελείας.

31 Βλ. *Μυλωνόπουλο*, ό.π., 588: «Οι αποφάσεις που λαμβάνονται με σχετικό κίνδυνο διαφέρουν από τις επικίνδυνες δικαιοπραξίες (Risikogeschaften), διότι... αποτελούν εξ ορισμού επικίνδυνες ενέργειες..., είναι δε επιμελείς όταν... η επικίνδυνη ενέργεια είναι συνήθης στις συναλλαγές υπό ανάλογες συνθήκες...».

32 Κρατούσα γνώμη. Βλ. και *Μυλωνόπουλο*, ό.π., ο οποίος παρατηρεί τα εξής (σ. 596-597): «Αν, επομένως, ο δράστης γνωρίζει μεν ότι παραβαίνει τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης της ξένης περιουσίας, δεν θεωρεί όμως ότι η περιουσιακή ζημία που τελικά προκαλεί είναι αναγκαία συνέπεια της παράβασης αυτής, αλλά την θεωρεί απλώς πιθανή και την αποδέχεται, δεν έχει τον απαραίτητο δόλο».

ὑποθέσεων περιορίζει τη διερεύνηση για το αν τελέστηκε απιστία σε περιπτώσεις καταφανούς κατάχρησης διαχειριστικών εξουσιών σε βάρος της εταιρίας, σε περιπτώσεις δηλαδή που η επέλευση ζημίας στην εταιρική περιουσία από την πράξη διαχείρισης ήταν, με βάση τα δεδομένα που υπήρχαν κατά τον χρόνο τέλεισής της, βεβαία ή, πάντως, ισχυρά πιθανολογούμενη και όχι απλώς ενδεχόμενη. Σε μια τέτοια περίπτωση υπάρχει, πράγματι, σαφής ένδειξη ύπαρξης δόλου του διαχειριστή ή του στελέχους της επιχείρησης. Γενικά όμως, επειδή τα κίνητρα αυτά δύσκολα διαπιστώνονται, θα πρέπει, για να καταλήξει κανείς ότι υπάρχει δόλος, να λάβει υπόψη διάφορα στοιχεία, από τα οποία να συνάγεται ότι ο δράστης συνειδητοποίησε και ενέκρινε τη σαφώς διαφαινόμενη ισχυρή πιθανότητα να ζημιωθεί η τράπεζα. Ένα τέτοιο στοιχείο είναι το γεγονός ότι ο αναλαμβανόμενος πιστωτικός κίνδυνος είναι εξαιρετικά μεγάλος και δυσχερώς αντιμετωπίσιμος από την τράπεζα (όπως π.χ. η καταβολή υπέρογκων ποσών για την αγορά χρηματοοικονομικών προϊόντων εξαιρετικά υψηλού κινδύνου). Όπως όμως σωστά παρατηρείται,<sup>33</sup> μόνο ο βαθμός της πιθανότητας επέλευσης του κινδύνου δεν αποτελεί κριτήριο ότι ο δράστης αποδέχθηκε το αποτέλεσμα αυτό, καθόσον τούτο εξαρτάται κυρίως από τις συνθήκες της κάθε περίπτωσης, στις οποίες σημασία έχουν τα κίνητρα και η κατάσταση συμφερόντων του δράστη.

Η περίπτωση να υπάρχει πρόθεση πρόκλησης ζημίας δεν αποτελεί τον κανόνα, διότι ο διαχειριστής δεν έχει κατά κανόνα κίνητρο να επιδιώξει τη ζημία της εταιρίας, παρά μόνο αν τρέφει κακόβουλη αισθήματα κατά αυτής ή αν ο ίδιος ή τρίτος πρόκειται να έχει όφελος από την τέλεση της πράξης.<sup>34</sup> Επιπλέον, η εφαρμογή της διάταξης του άρθρ. 390 ΠΚ, χωρίς τις προϋποθέσεις που θέτει και που αναφέρθηκαν πιο πάνω, δεν συνάδει προς την αρχή της προβλεψιμότητας της ποινικής ευθύνης και αφήνει απροστάτευτους τους διαχειριστές των επιχειρήσεων, με αποτέλεσμα τη δημιουργία σοβαρών προσκομμάτων στην ανάπτυξη της επιχειρηματικότητας. Είναι, πάντως, αναμφισβήτητο ότι, όπως επί της αστικής ευθύνης, και εν προκειμένω δεν υπάρχει ποινική ευθύνη σε περίπτωση που ο διαχειριστής τελήσει μια επικίνδυνη διαχειριστική πράξη, από την οποία δεν αποκλείει την πρόκληση ζημίας της εταιρίας και την οποία τελεί παρά ταύτα, ελπίζοντας ότι η εταιρία θα έχει ωφέλεια από αυτή. Σε αντίθεση δε με την αστική ευθύνη, ο διαχειριστής δεν ευθύνεται ποινικά, εφόσον τέλεσε την πιο πάνω πράξη, ούτε στην περίπτωση που δεν στάθμισε με τη δέουσα επιμέλεια κινδύνους, τους οποίους δεν θα αναλάμβανε ένας συνετός διαχειριστής. Σε μια τέτοια περίπτωση ο διαχειριστής υπέχει αστική

<sup>33</sup> Από το γερμανικό ομοσπονδιακό δικαστήριο (απόφαση της 6.4.2000, BGH 1 StR 280/99).

<sup>34</sup> Πάντως, για τη στοιχειοθέτηση του αδικήματος της απιστίας δεν απαιτείται επιδίωξη περιουσιακού οφέλους εκ μέρους του δράστη, *Μυλωνόπουλος*, ό.π., 598. Η αφεids χορήγηση δανείων, ιδίως καταναλωτικών, στην προ κρίσης εποχή, με ενδεχόμενο αντάλλαγμα (bonus) εκ μέρους της τράπεζας ανάλογα με τον όγκο των χορηγηθέντων δανείων, δεν συνιστά απιστία, διότι τα διευθυντικά στελέχη ακολουθούσαν τη στρατηγική που είχε χαράξει το πιστωτικό ίδρυμα, δεν ενεργούσαν δηλ. σύμφωνα με την ελεύθερη βούλησή τους.

ευθύνη, διότι δεν επέδειξε τη δέουσα επιμέλεια, όχι όμως και ποινική, διότι δεν είχε δόλο («απιστία εξ αμελείας» δεν υπάρχει).<sup>35</sup>

2. Είναι εξαιρετικά σημαντική σχετικά πρόσφατη απόφαση του γερμανικού ομοσπονδιακού δικαστηρίου,<sup>36</sup> η οποία συγκεκριμενοποιεί τις προϋποθέσεις στοιχειοθέτησης του δόλου επί τη βάση της, συναφούς προς το άρθρο 390 ΠΚ, § 266 του γερμΠΚ για την απιστία (Untreue), παρότι η § 266 είναι αυστηρότερη, καθόσον δεν απαιτεί γνώση αληθιά αρκείται σε ενδεχόμενο δόλο. Σύμφωνα με το δικαστήριο, επί συμβάσεων που ενέχουν επιχειρηματικό κίνδυνο (Risikogeschäfte), πρέπει να τίθενται υψηλές απαιτήσεις για την απόδειξη του δόλου. Η ενσυνείδητη ανάληψη του ενυπάρχοντος κινδύνου στις συμβάσεις αυτές δεν αρκεί, διότι οι επιχειρηματικοί κίνδυνοι είναι ουσιώδη δομικά στοιχεία στο σύστημα της ελεύθερης αγοράς, η δε ανάληψη κινδύνων αναγκαίο συστατικό της επιχειρηματικής δραστηριότητας. Το δικαστήριο κάνει περαιτέρω διάκριση μεταξύ του γνωστικού και του βουλητικού στοιχείου που, και τα δυο, πρέπει να συντρέχουν. Όσον αφορά το πρώτο, σημασία έχει, αν ο δράστης αξιολογεί σωστά τον κίνδυνο. Αν ο δράστης δεν διέγνωσε τον κίνδυνο ή τον αξιολόγησε εσφαλμένα, δεν υπάρχει δόλος (ούτε ενδεχόμενος), καθόσον σημασία έχουν μόνο αυτά που γνώριζε και όχι αυτά που όφειλε να γνωρίζει. Όσον αφορά το βουλητικό στοιχείο, επισημαίνει το δικαστήριο ότι από τον βαθμό επικινδυνότητας της πράξης και τον βαθμό πιθανότητας επέλευσης του αποτελέσματος δεν συνάγεται οπωσδήποτε ότι ο δράστης αποδέχθηκε τη μετέπειτα πραγματοποίηση του κινδύνου. Σημασία έχουν πάντα οι συνθήκες κάθε κρινόμενης περίπτωσης, στις οποίες εντάσσονται ιδίως τα κίνητρα και η κατάσταση συμφερόντων του δράστη. Έτσι, επιβάλλεται, κατά το δικαστήριο, ιδιαίτερη επιφυλακτικότητα για την αποδοχή του βουλητικού στοιχείου, σε περίπτωση που δεν υπάρχουν ενδείξεις για ένα έστω έμμεσο προσωπικό όφελος του δράστη. Για τη στοιχειοθέτηση του βουλητικού στοιχείου δεν αρκεί απλώς ότι ο δράστης αποδέχεται την επικινδυνότητα της πράξης αλλ' απαιτείται επιπλέον αποδοχή και επιδοκιμασία της πραγματοποίησης του κινδύνου. Κατά το ίδιο δικαστήριο πρέπει, επίσης, να εξετάζεται, ανεξάρτητα η μια από την άλλη, η συνδρομή της πρόθεσης παράβασης των καθηκόντων επιμελούς διαχείρισης (Vorsatz zur Pflichtwidrigkeit) από την πρόθεση πρόκλησης ζημίας (Vorsatz zur Nachteilszufügung), καθόσον δεν καλύπτεται η μια από την άλλη. Πρακτικά σημαντικό είναι ότι, σύμφωνα με την πιο πάνω απόφαση, η διαφάνεια στους εσωτερικούς ελέγχους και τα λογιστικά στοιχεία αποκλείει τον δόλο, ενώ, αντίστροφα, η συγκάλυψη των κινδύνων αποτελεί ένδειξη αποδοχής της επέλευσης της ζημίας.

35 Επομένως η «*παράβαση των κανόνων επιμελούς διαχείρισης*», η οποία, σύμφωνα με τα παραπάνω (υπό II), αποτελεί στοιχείο της αντικειμενικής υπόστασης της απιστίας, θα πρέπει να γίνεται με δόλο, όχι δηλ. απλώς με αμέλεια, για να υπάρχει ποινικά κολάσιμη πράξη.

36 Απόφαση της 28.5.2013, BGH 5 StR 551/11.

3. Η τελευταία αυτή διαπίστωση του ανωτάτου δικαστηρίου έχει μεγάλη πρακτική σημασία και στον τραπεζικό τομέα, διότι σημαίνει ότι η τήρηση όλων των εσωτερικών διαδικασιών, και ιδίως του κανονισμού πιστοδοτήσεων και των εσωτερικών οδηγιών από τα αρμόδια συμβούλια πιστοδοτήσεων, αποκλείει τον δόλο του δράστη. Οι θέσεις αυτές σχετίζονται με παλαιότερη νομολογία του ίδιου ανωτάτου γερμανικού δικαστηρίου, το οποίο έκρινε επί του ζητήματος πότε υπάρχει απιστία ειδικά επί χορήγησης πιστώσεων. Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή,<sup>37</sup> η μη (επαρκής) πληροφόρηση σχετικά με την οικονομική κατάσταση του πιστολήπτη, μπορεί να συνιστά σοβαρή παράβαση υποχρεώσεων (*gravierende Verstöße*), ιδίως όταν η πιστοδότηση ενέχει ιδιαίτερα υψηλό κίνδυνο για την υπόσταση της τράπεζας ή όταν η φερεγγυότητα του πιστοδοτούμενου με μια υψηλή πιστοδότηση είναι ασυνήθιστα προβληματική. Σε περίπτωση που το διοικητικό ή διευθυντικό στέλεχος γνώριζε ότι η χορήγηση της πίστωσης διακινδυνεύει την υπόσταση της εταιρίας, είναι εύλογο να δεχθεί κανείς, σύμφωνα με το δικαστήριο, ότι το στέλεχος αυτό που χορήγησε την πίστωση αποδέχθηκε και επιδοκίμασε τη ζημία της τράπεζας και ότι ως εκ τούτου βαρύνεται με άμεσο δόλο.

#### IV. Συμπέρασμα

1. Μόνη η επέλευση ζημίας στην τράπεζα λόγω χορήγησης πίστωσης δεν αρκεί για την κατάφαση της ποινικής ευθύνης. Τούτο δεν ισχύει ούτε για την αστική ευθύνη, πολύ δε περισσότερο για την ποινική. Και επί της ποινικής ευθύνης ισχύει, κατά μείζονα λόγο, ότι η διαπίστωση των αντικειμενικών στοιχείων της πράξης γίνεται αποκλειστικά με στοιχεία που υπήρχαν κατά τον χρόνο λήψης της σχετικής απόφασης.

2. Δεν στοιχειοθετείται η αντικειμενική υπόσταση της απιστίας, αν το διοικητικό ή διευθυντικό στέλεχος ενήργησε μέσα στα όρια του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης. Ακόμα όμως και αν διαπιστωθεί ότι υπάρχει υπέρβαση των ορίων αυτών, δεν δημιουργείται ποινική αλληλία μόνο αστική ευθύνη, εφόσον το στέλεχος αυτό επέδειξε απλώς αμέλεια κατά την αξιολόγηση του αιτήματος πιστοδότησης, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν πιο πάνω (υπό Α ΙΙΙ 2). Κατά τα λοιπά ισχύουν ως προς τα αντικειμενικά στοιχεία της πράξης όσα εκτέθηκαν επί της αστικής ευθύνης.

3. Ποινική ευθύνη λόγω χορήγησης πίστωσης μπορεί να προκύψει μόνο σε ακραίες περιπτώσεις, κατά τις οποίες από διάφορα στοιχεία διαπιστώνεται άμεσος δόλος του δράστη, όπως όταν ο δράστης γνώριζε ότι η χορήγηση πίστωσης θα ζημιώσει την τράπεζα και ήθελε την επέλευση της ζημίας.

37 Απόφαση της 15.11.2001, BGH 1 StR 185/01.

## Γ. ΕΥΘΥΝΗ ΔΙΕΥΘΥΝΤΙΚΩΝ ΣΤΕΛΕΧΩΝ

Όπως αναφέρθηκε, οι αποφάσεις για τις πιστοδοτήσεις λαμβάνονται από τα συμβούλια πιστοδοτήσεων με τη συμμετοχή διευθυντικών στελεχών της τράπεζας (γενικών διευθυντών, διευθυντών, υποδιευθυντών), στα οποία, εφόσον το ποσό της πιστοδότησης είναι μεγάλο, μετέχει συνήθως και ο διευθύνων σύμβουλος της εταιρίας. Η εσωτερική σχέση που συνδέει τα διευθυντικά στελέχη με την τράπεζα είναι σχέση εργασίας, από την οποία απορρέει η υποχρέωση συμμόρφωσής τους προς τις εντολές της εργοδότης τράπεζας και η υποχρέωση πίστης έναντι αυτής.<sup>38</sup> Ειδικότερα, τα διευθυντικά στελέχη τραπεζών που μετέχουν στα συμβούλια πιστοδοτήσεων οφείλουν κατά τη διερεύνηση των αιτημάτων πιστοδότησης να τηρούν το υπάρχον θεσμικό πλαίσιο, τον κανονισμό πιστοδοτήσεων και τις λοιπές οδηγίες της διοίκησης. Λόγω, επίσης, της υποχρέωσης πίστης που υπέχουν έναντι της τράπεζας οφείλουν να αποφασίζουν με βάση τα συμφέροντα της τράπεζας και να μην έχουν προσωπικό συμφέρον σχετικά με την αιτούμενη πιστοδότηση. Μέσα στο πλαίσιο αυτό, τα διευθυντικά στελέχη που μετέχουν στα συμβούλια πιστοδοτήσεων έχουν ευρύ περιθώριο διακριτικής ευχέρειας, αξιολογώντας κατά την κρίση τους αφενός την έκταση του αναλαμβανόμενου κινδύνου και αφετέρου το όφελος που θα έχει η τράπεζα από τη συγκεκριμένη πιστοδότηση.

Ερωτάται, κατά πόσον ισχύει και για τα διευθυντικά στελέχη ο «ασφαλής λιμένας» του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης. Η διάταξη του άρθρ. 22α παρ. 2 εδ. 2 κ.ν. 2190/1920 αναφέρεται, βεβαίως, στα μέλη του διοικητικού συμβουλίου και όχι και στα διευθυντικά στελέχη, τα οποία δεν ασκούν οργανικές εξουσίες, όπως τα πρώτα, αλλά συνδέονται, όπως αναφέρθηκε, με σχέση εργασίας με την τράπεζα, και, εφόσον τους έχει δοθεί δικαίωμα υπογραφής, ασκούν εξουσίες πληρεξουσίου. Εντούτοις, τα διευθυντικά στελέχη που αποφασίζουν για τη χορήγηση πιστώσεων, ασκούν τα καθήκοντά τους βάσει του συνταχθέντος από το διοικητικό συμβούλιο κανονισμού πιστοδοτήσεων και των εντολών που τους έχουν δοθεί από το ίδιο, είναι δηλ. απλά εκτελεστικά όργανα της διοίκησης. Επειδή και το διοικητικό συμβούλιο οφείλει να ασκεί τα καθήκοντά του με τη δέουσα επιμέλεια και προς το καλό της τράπεζας, η γενική κατεύθυνση προς τα διευθυντικά στελέχη κατά τη χορήγηση πιστώσεων είναι η ανάληψη ενός εύλογου πιστωτικού κινδύνου. Κατ' ουσία, επομένως, το διοικητικό συμβούλιο επιτρέπει, αλλά και επιβάλλει, στα διευθυντικά στελέχη να

38 Βλ. Λεβέντη/Παπαδημητρίου, Ατομικό εργατικό δίκαιο, 2011, σ. 357: «Η υποχρέωση συμμόρφωσης του εργαζομένου στις εντολές του εργοδότη αποτελεί ένα βασικό χαρακτηριστικό της εργασιακής σχέσεως...», σ. 362: «...Ο εργαζόμενος υποχρεούται... να υιοθετεί συμπεριφορά σύμφωνα με την οποία η παροχή εργασίας του θα εξυπηρετεί με τον καλύτερο δυνατό τρόπο τα συμφέροντα της επιχείρησης», και σ. 362-363: «Η σύμφωνα με την καλή πίστη (ΑΚ 288) εκτέλεση της εργασίας επιβάλλει στο μισθωτό... και άλλες επί μέρους υποχρεώσεις, όπως π.χ. ...υποχρέωση πληροφόρησης του εργοδότη ή αποτροπής ζημιών, υποχρέωση μη λήψης δώρων από συναλληλασσομένους με την επιχείρηση... Όλες οι παραπάνω παρεπόμενες υποχρεώσεις περιγράφονται με τον όρο υποχρέωση πίστης του μισθωτού».



παρέχουν πιστοδοτήσεις με βάση τα γενικά κριτήρια του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης του άρθρ. 22α παρ. 2 εδ. 3 κ.ν. 2190/1920, που ούτως ή άλλως, συνάγονται από τη γενική υποχρέωση πίστης που υπέχουν τα διευθυντικά στελέχη έναντι της τράπεζας, δηλ. από την υποχρέωση να ενεργούν με καλή πίστη, με βάση επαρκείς πληροφορίες και αποκλειστικά προς εξυπηρέτηση του συμφέροντος της τράπεζας. Θα ήταν, επομένως, παράλογο να υπάρχει ευθύνη των διευθυντικών στελεχών, μολονότι αυτά δεν υπερέβησαν τα κριτήρια του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης, δηλ. να ευθύνονται και σε περιπτώσεις που τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου δεν θα ευθύνονταν. Ειδικότερα, θα ήταν παράλογο να υπέχουν ευθύνη οι διευθυντές, παρόλο που ενήργησαν με βάση τις εντολές του διοικητικού συμβουλίου ή, ακόμα, παρόλο που κριθεί ότι ο μετέχων στο συμβούλιο πιστοδοτήσεων διευθύνων σύμβουλος, βάσει του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης, δεν ευθύνεται. Επιπλέον, αν υπήρχε αυξημένη ευθύνη των διευθυντικών στελεχών, κανένας διευθυντής δεν θα ήθελε να εγκρίνει τη χορήγηση πίστωσης, με αποτέλεσμα να παραλύσει η πιστοδοτική λειτουργία των τραπεζών. Μπορεί μεν το άρθρο 22α παρ. 2 εδ. 3 κ.ν. 2190/1920 να αναφέρεται μόνο στα μέλη του διοικητικού συμβουλίου, όμως, αφενός το περιεχόμενό του είναι απλώς διευκρινιστικού χαρακτήρα, χωρίς δηλ. να προσθέτει εξειδικευμένα στοιχεία,<sup>39</sup> αφετέρου το εποπτεύον όργανο, δηλ. τα αρμόδια μέλη του διοικητικού συμβουλίου, έχουν προφανώς δώσει εντολή στα διευθυντικά στελέχη να ενεργούν μέσα στα πλαίσια αυτά.<sup>40</sup> Δεν είναι, επομένως, δυνατόν τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου που, λόγω της εξουσίας τους να αποφασίζουν και να καθορίζουν τους γενικούς κανόνες λειτουργίας και διοίκησης της τράπεζας, να μην υπέχουν ευθύνη, εφόσον κινήθηκαν μέσα στα πλαίσια της επιχειρηματικής κρίσης, και τα διευθυντικά στελέχη που είναι εκτελεστικά όργανα των εντολών των πρώτων, να ευθύνονται, παρότι αυτά ενήργησαν σύμφωνα με τις εντολές τους. Θα πρέπει, αντίθετα, τα διευθυντικά στελέχη, ως απλά εκτελεστικά όργανα, να υπέχουν μειωμένη ευθύνη έναντι εκείνης των διοικητικών οργάνων.<sup>41</sup> Γι' αυτό σωστά, κατ' αποτέλεσμα, υποστηρίζεται ότι ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης εφαρμόζεται και στα διευθυντικά στελέχη.<sup>42</sup>

39 Γι' αυτό και, όπως αναφέρθηκε, το ουσιαστικό περιεχόμενο του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης γινόταν δεκτό και πριν την εισαγωγή της διάταξης του άρθρ. 22 α παρ. 2 εδ. 3 κ.ν. 2190/1920 (βλ. σημ. 23).

40 Βλ. και Ανωτόνπουλο, Δίκαιο Α.Ε. & Ε.Π.Ε., 4η έκδ., 2012, σ. 476 σημ. 308: «...Τα βασικά κριτήρια διάκρισης μεταξύ υποκατάστατου οργάνου και πληρεξουσίου-εντολοδόχου είναι δύο: α)..., β)... Η παροχή εντολής και πληρεξουσιότητας από το δσ... αφορά... την επιχείρηση... πράξεων που... έχουν... αποφασιστεί στις γενικές τους γραμμές από το δσ, δεδομένου ότι αποτελούν αντικείμενο της τρέχουσας λειτουργίας της επιχείρησης, π.χ. ...δάνεια ή άλλες χρηματοδοτήσεις... (έτσι οι ΑΠ 677/96, ΕπισκεΔ 1997, 109 επ., Εφθεσ 673/99, ΕπισκεΔ 1999, 879, Εφθεσ 1649/89, ΕπισκεΔ 1998, 1074...)».

41 Πρβλ. και Παπαδοπούλου, Ανώνυμες εταιρίες, τόμ. II, (Επιμέλεια Ανωτόνπουλος/Μούζουλας), 2013, σ. 151, σύμφωνα με την οποία τα μέλη του δσ έχουν αυξημένη ευθύνη έναντι της ευθύνης του πληρεξουσίου.

42 Αδαμίδης, Η ευθύνη των υποκατάστατων και των πληρεξουσίων του διοικητικού συμβουλίου της ανωνύμου εταιρείας προσώπων, Παρέμβαση στο 12ο Πανελλήνιο Συνέδριο Ελλήνων Εμπορικολόγων, 2003, σ. 432: «Οι προβλήτες, ως άνω αναφερθείσες διατάξεις, το μέτρο και τις προϋποθέσεις στοιχειοθέτησης της ευθύνης των μελών του ΔΣ... εφαρμόζονται και στα υποκατάστατα και πληρεξούσια του ΔΣ πρόσωπα (βλ. σχετικά Περάκη/Μούζουλα, Το δίκαιο της ΑΕ, 3ος τόμ., σ. 140 και τις εκεί παρατιθέμενες βιβλιογραφικές παραπομπές)».



Το *συμπέρασμα* είναι ότι τυχόν αστική ή ποινική ευθύνη των διοικητικών στελεχών τραπεζών για χορήγηση πιστώσεων, από τις οποίες επήλθε ζημία στην τράπεζα, δεν κρίνεται με διαφορετικά κριτήρια από εκείνα που αναφέρθηκαν σχετικά με την ευθύνη των μελών του διοικητικού συμβουλίου. Ως εκ τούτου, τα όσα αναφέρθηκαν παραπάνω (υπό Α και Β) για τις προϋποθέσεις αστικής και ποινικής ευθύνης των μελών του διοικητικού συμβουλίου, εφαρμόζονται και στα διοικητικά στελέχη της τράπεζας που, ως μέλη των διαφόρων συμβουλίων πιστοδοτήσεων, αποφάσισαν και χορήγησαν πιστοδοτήσεις, οι οποίες επέφεραν ζημία στην τράπεζα.



# Der deutsche „Vertragskonzern“: tauglich für internationalen Rechtsvergleich? – Eine Annäherung –

## I. Zum Thema

### 1. Die These

Das Konzernrecht des deutschen Aktiengesetzes (§§ 15 ff., 289 ff. AktG) – wohl der weltweit erste Versuch einer konsistenten Regelung des Phänomens der Unternehmensgruppen<sup>1</sup> – findet in der rechtsvergleichenden Literatur außerhalb Deutschlands große Aufmerksamkeit, aber nur begrenztes Verständnis<sup>2</sup>. Möglicherweise hat der Verfasser des vorliegenden Beitrags diesen Effekt mit einem Beitrag in der Festschrift für *Nikolaos K. Rokas* noch verstärkt. Darin hat er die These vorgestellt, dass die Konzernrechtsvorschriften des deutschen Aktiengesetzes zwar für Gruppensachverhalte gedacht sind, aber die Gruppe als solche nirgends abbilden. Dieser gewöhnungsbedürftige Gedanke wurde in dem Beitrag sogar als ein gesetzgeberisches Erfolgsrezept bezeichnet<sup>3</sup>.

Der vorliegende, dem Gedenken an *Leonidas Georgakopoulos* gewidmete Beitrag versucht sich an einer anderen, wohl nicht weniger gewöhnungsbedürftigen These. Diese lautet: Das Recht des Vertragskonzerns, obwohl außerhalb Deutschlands ohne Parallele<sup>4</sup>, ist für die Rechtsvergleichung nicht ohne Belang, sondern sogar von hohem Interesse. Dazu muss man das Konzept des „Vertragskonzerns“ als ein genuin gesellschaftsrechtliches (!) verstehen und das „Vertrags“-Element weitgehend ausblenden. Das ist – auch für deutsche Juristen! – nicht leicht.

### 2. Funktionale Rechtsvergleichung

Rechtsvergleichung ist ein schwieriges Geschäft, jedenfalls dann, wenn sie den Ehrgeiz hat, mit *Zweigert* und *Kötz* nur zu vergleichen, „was dieselbe Aufgabe,

---

\* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Karsten Schmidt*, Bucerius Law School in Hamburg.

1 Zur Entwicklungsgeschichte vgl. die Angaben bei *Altmeyden*, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, 4. Aufl. 2015, Einl. §§ 291 ff. Rn. 15 ff.

2 Als ausländische Parallelbeispiele werden Österreich, Slowenien und Portugal genannt, was aber nicht bedeutet, dass ein Unternehmensvertrag Voraussetzung einer Gruppenbesteuerung sein müsste.

3 *Karsten Schmidt*, FS *Rokas*, 2012, S. 893 ff.

4 Vgl. *Dettling*, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, 1997, S. 213.

dieselbe Funktion erfüllt“<sup>5</sup>. Wer vom deutschen Konzernrecht auf ausländische Rechte blickt, wird sich also nicht mit der Feststellung zufriedengeben dürfen, dass es Vertragskonzerne nicht gibt. Und wer aus außerdeutschen Rechtsordnungen auf das deutsche Konzernrecht blickt, wird eine Antwort auf die Frage zu geben suchen: Welche Sachverhalte und Probleme behandelt das Recht des Vertragskonzerns, und welche Lehren bietet es an? Zu einer solchen funktionalen Methode der Konzernrechtsvergleichen soll hier ein Beitrag geleistet werden.

## II. „Faktischer Konzern“ und „Vertragskonzern“

### 1. Der „faktische Konzern“

Der „faktische Konzern“ deutschen Rechts bezeichnet keinen Konzern im Sinne des § 18 AktG. Das Recht des „faktischen Konzerns“ ist zwar durchaus (auch) auf ganze Unternehmensgruppen anwendbar, aber es behandelt nur einen vergleichsweise einfachen Tatbestand, bestehend aus

- dem Vorhandensein (mindestens) zweier Unternehmen (§§ 15 ff. AktG),
- der Abhängigkeit des einen Unternehmens von dem anderen (§ 17 Abs. 1 AktG) und
- dem Fehlen eines Unternehmensvertrags (§ 211 Abs. 1 AktG).

Das Recht des „faktischen Konzerns“ ist genuines Gesellschaftsrecht. Es schützt die abhängige Aktiengesellschaft, ihre Aktionäre und ihre Gläubiger gegen nachteilige Wirkungen eines unternehmerischen Außeneinflusses. Dieser stört das Machtgleichgewicht in der abhängigen Gesellschaft. Die Gesellschaft soll durch ihren „zum Wohle der Gesellschaft“ (§ 93 Abs. 1 AktG) „unter eigener Verantwortung“ (§ 76 Abs. 1 AktG) handelnden Vorstand geführt werden, und diese Selbststeuerung bedarf im Konzernfall des Schutzes. Zu diesem Zweck hat die abhängige Gesellschaft ihre Beziehungen zum herrschenden Unternehmen durch einen Abhängigkeitsbericht offenzulegen (§ 312 AktG), der durch Abschlussprüfer und Aufsichtsrat geprüft werden muss (§§ 313, 314 AktG)<sup>6</sup>. § 311 AktG macht nachteilige Einflussnahmen der Obergesellschaft von einem spätestens am Ende jedes Geschäftsjahrs zu leistenden Nachteilsausgleich abhängig<sup>7</sup>. Werden die Nachteile nicht ausgeglichen, so sind das herrschende Unternehmen, seine gesetzlichen Vertreter und die Organe der abhängigen Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 317, 318 AktG).

---

<sup>5</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 33; zur modernen Kritik der funktionalen Methode *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 3 Rn. 7 ff.

<sup>6</sup> Dazu statt vieler *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 10. Aufl. 2013, § 26.

<sup>7</sup> Kommentierung bei *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl. 2013.

Dem Haftungsrecht des faktischen Konzerns wurde lange Zeit Ineffektivität nachgesagt. Der Bundesgerichtshof hat aber die Regeln inzwischen in vergleichsweise spektakulären Fällen angewandt, so z.B. bei konzernweiten Steuerumlagen zum Nachteil abhängiger Gesellschaften<sup>8</sup>, bei der Platzierung von Altaktien der Tochtergesellschaft unter deren Prospekthaftungsrisiko<sup>9</sup> oder bei der Veräußerung eines Geschäftsbereichs zugunsten des herrschenden Unternehmens<sup>10</sup>. Entschieden wurde vor allem, dass schon der Hauptversammlungsbeschluss den Nachteilsausgleich festlegen muss, wenn der Tochtervorstand ein nachteiliges Geschäft der Hauptversammlung vorlegt<sup>11</sup>. Hinter all dem steht, wenn man es so nennen will, eine stand-alone-Hypothese: Das herrschende Unternehmen muss die Selbständigkeit der abhängigen Aktiengesellschaft respektieren, darf sie also nicht als sein Eigentum behandeln<sup>12</sup>.

## 2. Der „Vertragskonzern“

Ganz anders sehen die Dinge im „Vertragskonzern“ aus. Besteht ein Beherrschungsvertrag, so kann das herrschende Unternehmen der Tochtergesellschaft Weisungen erteilen (§ 308 AktG). Dies geht allerdings mit einer auf die Tochtergesellschaft ausgedehnten Verantwortung seiner Organe einher (§ 309 AktG). Vor allem muss die Obergesellschaft, wenn ein Beherrschungsvertrag oder (!) ein Gewinnabführungsvertrag besteht, alle bei dem abhängigen Unternehmen entstehenden Jahresfehlbeträge ausgleichen (§ 302 AktG). Dies alles sind tiefe Eingriffe in die Verfassung nicht nur der Tochter-, sondern auch der Muttergesellschaft. Bewirkt und legitimiert werden diese Eingriffe durch die berühmten Unternehmensverträge, namentlich durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge.

## III. Die Unternehmensverträge

### 1. Normative Grundlagen

a) Als Vorgänger des gegenwärtigen § 291 Abs. 1 AktG gilt § 256 des Aktiengesetzes von 1937, wo es heißt:

<sup>8</sup> BGHZ 141, 79 ff.

<sup>9</sup> BGHZ 190, 7.

<sup>10</sup> BGH, AG 2012, 680 = ZIP 2012, 1753.

<sup>11</sup> Ebd.

<sup>12</sup> Zum Zweck der §§ 311 ff. AktG vgl. *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Vor § 311 Rn. 1.

### „§ 256 Gewinnngemeinschaft“

(1) Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien verpflichtet, an einen anderen Gewinn abzuführen, bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung, wenn die Gesellschaft nach diesem Vertrag allein oder in Zusammenhang mit anderen Verträgen mehr als drei Viertel ihres gesamten Gewinns abzuführen hat.

(2) Der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien einem anderen den Betrieb ihres Unternehmens verpachtet oder sonst überlässt oder in dem sie ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen übernimmt.

(3) Die Beschlüsse bedürfen einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst. Die Satzung kann diese Mehrheit durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen und noch andere Erfordernisse aufstellen.“

b) Im geltenden Recht haben die §§ 291, 292 AktG folgenden Wortlaut:

### „§ 291 Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag

(1) Unternehmensverträge sind Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Als Vertrag über die Abführung des ganzen Gewinns gilt auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen.

(2) Stellen sich Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, durch Vertrag unter einheitliche Leitung, ohne daß dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragschließenden Unternehmen abhängig wird, so ist dieser Vertrag kein Beherrschungsvertrag.

(3) Leistungen der Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags gelten nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60.“

### „§ 292 Andere Unternehmensverträge

(1) Unternehmensverträge sind ferner Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien

1. sich verpflichtet, ihren Gewinn oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil mit dem Gewinn anderer Unternehmen oder einzelner Betriebe anderer Unternehmen zur Aufteilung eines gemeinschaftlichen Gewinns zusammenzulegen (Gewinngemeinschaft),

2. sich verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil an einen anderen abzuführen (Teilgewinnabführungsvertrag),

3. den Betrieb ihres Unternehmens einem anderen verpachtet oder sonst überläßt (Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag).

(2) Ein Vertrag über eine Gewinnbeteiligung mit Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat oder mit einzelnen Arbeitnehmern der Gesellschaft sowie eine Abrede über eine Gewinnbeteiligung im Rahmen von Verträgen des laufenden Geschäftsverkehrs oder Lizenzverträgen ist kein Teilgewinnabführungsvertrag.

(3) Ein Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag und der Beschluß, durch den die Hauptversammlung dem Vertrag zugestimmt hat, sind nicht deshalb nichtig, weil der Vertrag gegen die §§ 57, 58 und 60 verstößt. Satz 1 schließt die Anfechtung des Beschlusses wegen dieses Verstoßes nicht aus.“

## 2. Der Vertragskonzern zwischen Steuerrecht und Gesellschaftsrecht

Der Unternehmensvertrag ist historisch ein Produkt des Steuerrechts. Um eine konsolidierte Besteuerung des Einkommens von Konzerngesellschaften – also eine Verrechnung der Erträge und der Verluste der Einzelgesellschaften – gestatten zu können, setzt das Körperschaftsteuerrecht den Tatbestand der „Organgesellschaft“ voraus. Der maßgebliche § 14 Abs. 1 KStG (Körperschaftsteuergesetz) beginnt folgendermaßen:

„(1) Verpflichtet sich eine Europäische Gesellschaft, Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien mit Geschäftsleitung und Sitz im Inland (Organgesellschaft) durch einen Gewinnabführungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 des Aktiengesetzes, ihren ganzen Gewinn an ein einziges anderes gewerbliches Unternehmen abzuführen, so ist das Einkommen der Organgesellschaft, soweit sich aus § 16 nichts anderes ergibt, dem Träger des Unternehmens (Organträger) zuzurechnen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind ...“

Verlangt wird also ein Gewinnabführungsvertrag. Liegt ein wirksamer Gewinnabführungsvertrag vor, so werden die bei der „Organgesellschaft“ (praktisch: der Tochter) entstehende Gewinne und Verluste dem „Organträger“ (praktisch: der Mutter) zugerechnet und konsolidiert besteuert. Bis zum Jahr 2000<sup>13</sup> verlangte das Körperschaftsteuergesetz sogar eine „wirtschaftliche und orga-

13 Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000, BGBl. I S. 1433.



nisatorische Eingliederung“, was praktisch bedeutete: Es verlangte außer dem Gewinnabführungsvertrag auch einen Beherrschungsvertrag. Da der Tatbestand eines Beherrschungsvertrags oder Gewinnabführungsvertrags zwingend zur Verlustübernahmepflicht des „Organträgers“ führt (§ 302 AktG), wurden aus den im Gesetz beschriebenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen mehr und mehr „Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge“, aus denen sich außer der Konzernherrschaft und dem Gewinnbezugsrecht der Muttergesellschaft auch deren obligatorische Verlustübernahme ergibt<sup>14</sup>.

Aus steuerrechtlicher Perspektive geht es also in den §§ 291 ff. AktG nur um Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen solchen Organschaftsvertrag<sup>15</sup>. Aus organisationsrechtlicher Sicht ist aber der Effekt ein anderer<sup>16</sup>: Nach diesen Regeln wird die Verfassung der abhängigen Gesellschaft dahingehend geändert, dass sie von der Muttergesellschaft geführt wird („Beherrschungsvertrag“) und für Rechnung der Muttergesellschaft operiert („Gewinnabführungsvertrag“). Beides wäre bei einer Aktiengesellschaft im Wege der Satzungsänderung nicht regelbar, denn es gibt im deutschen Aktienrecht nur eine begrenzte Satzungsfreiheit (§ 23 Abs. 5 AktG). Diese lässt eine satzungsmäßige Beherrschungs- und Gewinnabführungsregelung nicht zu, denn

- § 76 AktG garantiert einer Tochter-AG die Unternehmensleitung durch ihren Vorstand, der nach § 119 Abs. 2 AktG von Aktionärsweisungen frei ist, und
- § 174 AktG garantiert die Gewinnverwendungsentscheidung durch die Hauptversammlung.

### 3. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die klassischen Unternehmensverträge sind der Beherrschungsvertrag und der Gewinnabführungsvertrag (§ 291 Abs. 1 AktG), beides charakteristische Instrumente des Konzerngesellschaftsrechts, aber gesetzlich geregelt nur für das Aktienkonzernrecht. Als Beherrschungsvertrag bezeichnet das Gesetz einen Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ihre Leitung einem anderen Unternehmen unterstellt; Gewinnabführungsvertrag ist ein Vertrag, durch den sich die Aktiengesellschaft verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (ein bloßer Teilgewinnabführungsvertrag fällt unter die besondere Regel des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG, der hier nicht im Einzelnen nachgegangen wird). Der Vertrag bedarf nur der schriftlichen, also nicht der no-

---

14 Das gilt auch, wenn der Vertrag nur als Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bezeichnet ist; vgl. die Formulare bei Fuhrmann, in: Fuhrmann/Wälzholz, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, Kapitel 30.

15 Vgl. Rödder/Liekenbroek, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, Körperschaftsteuergesetz, 2015, § 14 Rn. 94ff.

16 Vgl. auch für das Steuerrecht Kolbe, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuergesetz/Körperschaftsteuergesetz, Lieferung 267, 2015, § 14 KStG Rn. 65.

tariellen Form (§ 293 Abs. 3 AktG). Im Übrigen wird er jedoch nur unter Voraussetzungen wirksam, die den Erfordernissen einer Satzungsänderung entsprechen:

- Es bedarf eines Hauptversammlungsbeschlusses mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Kapitals (§ 293 Abs. 1 Satz 2 AktG).
- Es bedarf ferner der Eintragung des Unternehmensvertrags in das Handelsregister (§ 294 AktG).

Was die Form des Vertrags anlangt, so ist zu bedenken, dass jedenfalls der zu fassende Hauptversammlungsbeschluss, ganz wie im Fall einer Satzungsänderung (§ 179 AktG), der notariellen Niederschrift bedarf (§ 130 AktG). Die Parallelität zur Satzungsänderung ist also groß, und das ist kein Zufall.

## IV. Der Unternehmensvertrag: Vertrag oder atypische Satzungsänderung?

### 1. Das Vertragsmodell

Über die Rechtsnatur der Unternehmensverträge ist lange gerätselt worden. Vor allem das Steuerrecht, bei dem die Entwicklung begann, betont herkömmlich ihren Vertragscharakter<sup>17</sup>. Die umfangreichen gesetzlichen Voraussetzungen für einen wirksamen Unternehmensvertrag (dazu soeben unter II 2) sind in diesem Licht nichts als korporative Legitimationsvoraussetzungen für die Verbindlichkeit von Verträgen zu Lasten der abhängigen Gesellschaft. Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit vertraglicher Konzernherrschaft über eine Aktiengesellschaft ist keine Selbstverständlichkeit und war bei der Ausarbeitung des deutschen Aktiengesetzes umstritten<sup>18</sup>. Die §§ 293, 294 AktG (oben unter Teil III 3) sind in diesem Licht nur Versuche, Organschaftsvertrag und AG-Verfassung kompatibel zu machen. Diese Sichtweise ist ohne Zweifel nicht falsch, aber sie lässt den Kern der gesellschaftsrechtlichen Funktion dieser Verträge leicht übersehen.

### 2. Vom Vertragsmodell zum gesellschaftsrechtlichen Organisationsmodell

Den gesellschaftsrechtlichen Lackmustest hatte der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag im Recht der GmbH zu bestehen, wo seine Vorausset-

17 Vgl. etwa *Olbing*, in: Streck (Hrsg.), *Körperschaftsteuergesetz*, 8. Aufl. 2014, § 14 Rn. 80.

18 Eingehend *Dettling*, S. 254 ff.

zungen nicht im Gesetz geregelt sind. Lange Zeit waren Unternehmensverträge mit GmbH-Töchtern nichts als zweiseitige Verträge mit den Unterschriften des GmbH-Geschäftsführers und der Vertretungsorgane der Muttergesellschaft<sup>19</sup>. Diese zunehmend umstrittene Praxis endete mit dem grundlegenden Supermarkt-Beschluss BGHZ 105, 324 aus dem Jahr 1988, dessen zweiter Leitsatz folgenden Inhalt hatte:

„Ein zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung abgeschlossener Unternehmensvertrag, in dem sowohl eine Beherrschungsvereinbarung als auch eine Gewinnabführungsverpflichtung enthalten ist, wird nur wirksam, wenn die Gesellschaftsversammlung der beherrschten und der herrschenden Gesellschaft dem Vertrag zustimmen und seine Eintragung in das Handelsregister der beherrschten Gesellschaft erfolgt. Der Zustimmungsbeschluss der herrschenden Gesellschaft bedarf mindestens  $\frac{3}{4}$  der bei der Beschlussfassung abgegebenen Stimmen. Es bleibt offen, welche qualifizierte Mehrheit bei der beherrschten Gesellschaft erforderlich ist.

Der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft bedarf der notariellen Beurkundung, nicht hingegen der Unternehmensvertrag und der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der herrschenden Gesellschaft ...“

Das war ein Bekenntnis zur korporativen Rechtsnatur der Unternehmensverträge. Heute ist dies Allgemeingut, und es fällt schwer, sich den Effekt dieser Entscheidung auf die damalige GmbH-Konzernpraxis vorzustellen<sup>20</sup>. Die vom Bundesgerichtshof gegebene Begründung bestand im Wesentlichen darin, dass der Unternehmensvertrag nicht bloß ein die beteiligten Gesellschaften bindender Schuldvertrag, sondern, wie früh schon von *Flume*<sup>21</sup> und *Würdinger*<sup>22</sup> erkannt, ein Organisationsvertrag ist<sup>23</sup>. Wörtlich lesen wir in den Gründen<sup>24</sup>:

„Wie der Senat in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 1987 (II ZR 170/87, WM 1988, 258) ausgeführt hat, ist ein solcher Unternehmensvertrag kein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert. Diese Änderung besteht insbesondere darin, dass die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen, der Gesellschaftszweck unter Aufhebung der unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bei einem in der Regel gleichbleibenden Unternehmensgegenstand am Konzerninteresse ausgerichtet wird und in das

---

19 Nachhaltig nach *Flume*, in: Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1989/1990, S. 208.

20 Vgl. den Meinungsstreit ebd., S. 201 ff. (*Priester/Kellermann/Ulmer/Flume/Karsten Schmidt/Knobbe-Keuk*).

21 *Flume*, DB (= Der Betrieb) 1956, 455, 460.

22 *Würdinger*, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl. 1981, S. 324; vgl. bereits *dens.*, DB 1958, 1447, 1451 f.

23 Eingehend dazu *Veil*, Unternehmensverträge, 2003, S. 184 ff.

24 BGHZ 105, 324, 331 ff.

Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird<sup>25</sup>. Gesetzliche Regelungen und Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, die den für Unternehmensverträge maßgebenden Vorschriften sowie dem Inhalt des Unternehmensvertrags entgegenstehen, werden für die Dauer seiner Gültigkeit außer Kraft gesetzt<sup>26</sup>. Aufgrund dieser Wirkungen des Unternehmensvertrags ist sein Abschluss von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer der GmbH, die sich der Beherrschung und Ergebnisabführung unterwirft, nicht gedeckt. Er bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung<sup>27</sup> ... Die im einzelnen umstrittene Frage, ob ein derartiger Beschluss der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf oder ob dafür eine bestimmte qualifizierte Mehrheit ausreicht, kann daher im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben ...

Entgegen der von dem vorlegenden Gericht vertretenen Ansicht bedarf der Vertrag ... auch der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der S. GmbH als der herrschenden Gesellschaft. Das entspricht der nahezu einhellig in der Literatur vertretenen Ansicht ...“

Heute entspricht die Einordnung der Unternehmensverträge als Organisationsverträge der herrschenden und gesicherten Meinung<sup>28</sup>.

### 3. Vom Organisationsmodell zum Satzungsmodell?

a) Was aber bedeutet das für den rechtsvergleichenden Blick aus dem Ausland, das keine Beherrschungsverträge kennt, also die Frage nach ihrer Rechtsnatur dem ersten Anschein nach nicht beantworten muss? Die Antwort ist im Funktionsvergleich zu suchen. In gesellschaftsrechtlicher Perspektive sind die Unternehmensverträge nichts als Instrumente zu einem satzungsändernden Strukturwandel in der Kapitalgesellschaft. Wenn wir uns die Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG und die steuerrechtliche Herkunft des „Vertragskonzerns“ aus dem Recht der Organschaftsverträge einmal wegdenken, würden wir die deutschen Konzernrechtsregeln, ohne sie sachlich zu ändern, vermutlich satzungsrechtlich verankern:

- die Gewinnabführungspflicht als Satzungsbestandteil der Tochtergesellschaft,
- die Folgepflicht, also die Weisungsabhängigkeit, gleichfalls als Satzungsbestandteil der Tochtergesellschaft,
- die konzerndimensionale Kontrollausübung mit ihren Folgen für Verantwortung (§§ 308 ff. AktG) und Verlustübernahme (§ 302 AktG) als Satzungsbestandteil der Muttergesellschaft.

25 Berufung auf *Ulmer, Lutter/Hommelhoff, Zöllner, Priester, Wiedemann, Schilling*.

26 Berufung auf *Würdinger, Biedenkopf/Koppensteiner, Timm, Ulmer, Lutter/Hommelhoff*.

27 Berufung auf *Rix, Priester, Timm, Schneider, Lutter/Hommelhoff, Heckschen*.

28 Vgl. statt vieler *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 291 Rn. 27 ff.

b) Charakteristischerweise gibt es solche korporativen Gestaltungen, wo das zwingende Aktienrecht sie nicht verhindert. Die vertragliche Abhängigkeit einer Personengesellschaft ist selbstverständlich Gegenstand ihres Gesellschaftsvertrags<sup>29</sup>, und auch die Satzung einer GmbH (das deutsche GmbHG spricht vom „Gesellschaftsvertrag“) kann eine Regelung folgenden Inhalts enthalten<sup>30</sup>: „Die Gesellschaft wird nach den Weisungen der M-AG geführt. Von ihrem Jahresergebnis gehen ... % an die M-AG...“

c) Da eine solche Satzungsregelung, wie hier herausgestellt wurde, aktienrechtlich nicht zulässig ist (§ 23 Abs. 5 AktG), weicht das deutsche Recht mit scheinbarer – jedoch eben nur scheinbarer! – Selbstverständlichkeit auf das aus der Steuerrechtstradition kommende Instrument des Unternehmensvertrags aus. Das ist auch unschädlich, wenn wir begreifen: Der Unternehmensvertrag funktioniert wie eine verdeckte Satzungsänderung!

## V. Lehren für Rechtsvergleichung und Rechtspolitik

### 1. Vergleichung

Für die funktionale Rechtsvergleichung lassen diese Beobachtungen Folgerungen zu. Im rechtsvergleichenden Kontext sollte das Recht der Vertragskonzerne nicht als vertragsmäßige, sondern als satzungsmäßige Regelung der Herrschafts- und Ertragsverhältnisse von konzernverbundenen Gesellschaften betrachtet werden. Eine Kapitalgesellschaft kann sich mit qualifizierter Mehrheit der Leitungsmacht einer anderen Gesellschaft und der Gewinnabführungspflicht unterstellen (§ 291 AktG). Dazu bedarf es eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses (§ 293 AktG) und der Eintragung im Handelsregister sowie einer Sicherung außenstehender Aktionäre durch Ausgleichs- und Abfindungsrechte (§§ 304, 305 AktG). Verluste, die die Tochtergesellschaft unter diesen Bedingungen generiert, sind vom herrschenden Unternehmen auszugleichen (§ 302 AktG). Nicht zuletzt deshalb müssen auch die Gesellschafter des herrschenden Unternehmens der mit diesen Regelungen verbundenen Konzernstruktur zustimmen (§ 293 Abs. 2 AktG). Kurz: Wer von außerhalb Deutschlands das Recht des „Vertragskonzerns“ rechtsvergleichend in den Blick nimmt, tut gut daran, sich die Technik der Unternehmensverträge wegzudenken und sie als Quasi-Satzungsänderungen zu begreifen. Es geht schlicht und einfach um die gesellschaftsrechtliche (!) Legiti-

---

<sup>29</sup> Vgl. Haar, Die Personengesellschaft im Konzern, 2006, S. 219 ff.; zur Frage, ob man dann von einem Beherrschungsvertrag sprechen kann, vgl. Mülbart, in: Münchener Kommentar HGB, 3. Aufl. 2012, KonzernR Rn. 146 f.

<sup>30</sup> Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1216; skeptisch wohl Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 32 Rn. 8.

mation qualifizierter Konzernherrschaft, in anderen Worten also um die korporative Verfassung konzernverbundener Gesellschaften.

## 2. Rechtspolitik

Die Zukunft des Rechts der Unternehmensgruppen wird weitgehend von der europäischen Harmonisierung abhängen<sup>31</sup>. Ehe man zu dem Ergebnis kommt, dass das deutsche Vertragskonzernrecht als deutscher Sonderweg darin keinen Platz hat, mag man sich der hier empfohlenen funktionellen Methode erinnern. Das Konzernrecht des Aktiengesetzes muss nicht als ein international inkompatibler Germanismus verstanden werden. Im Lichte funktioneller Rechtsvergleichung gibt es nützliche Hinweise für die satzungsmäßige Legitimation von Konzernherrschaft und Konzernfinanzierung verbündener Kapitalgesellschaften.

---

31 Angaben bei *Altmeppen*, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, Einl. §§ 291 ff. Rn. 35 ff.





Basil C. Scouteris & Phoebus L. Athanassiou\*

## National central bank tasks and the boundaries of the ECB Governing Council's powers under Article 14.4 of the Statute: State of play and future prospects

### Introductory remarks

Article 14.4 of the Statute of the ESCB and the ECB (the Statute) –which applies to *all* Member State National Central Banks (NCBs), including non-participating NCBs– acknowledges that, unlike in the case of the ECB, the NCBs ‘*may perform functions other than those specified in [the] Statute...*’<sup>1</sup>. The NCBs’ freedom to perform such functions is not unfettered. Instead, it is subject to the ECB Governing Council’s right to limit or *veto* their pursuit where the performance of those functions interferes with the performance of the ESCB objectives and tasks<sup>2</sup>.

While the rationale of Article 14.4 is arguably clear<sup>3</sup>, the same need not be true either of its exact scope of application or of the precise modalities of its activation. Shedding light on the interpretation of Article 14.4 of the Statute –one of its less prominent and more obscure provisions– has gained new urgency in recent years, mainly due to the considerable degree of dependence of credit institutions –especially those located in the former or remaining EU/IMF programme countries– on emergency liquidity assistance (ELA), and the ECB Governing Council’s substantial margin of discretion, under Article 14.4, in deciding whether or not to object to its granting by the NCBs. This has led many to suggest that the provision of ELA, and the threat of its capping or, *a fortiori*, its discontinuation, could serve as leverage

---

\* Basil C. Scouteris, Dr. iur. (FU, Berlin), LL.M. (Cornell), LL.M. (NYU), Attorney at Law, Legal Department (Financial & ESCB-Related Issues Section), Bank of Greece (BoG); Phoebus L. Athanassiou, PhD, LL.M. (King’s College, University of London), LL.B. (Queen Mary, University of London), Principal Legal Counsel, European Central Bank (ECB). This paper was finalized in November 2015. The views expressed herein are purely personal and they are in no way intended to represent those of the ECB, the Eurosystem or the BoG.

1 It follows from Article 42.1 of the Statute that Article 14.4 of the Statute applies also to the Member States with a derogation. However, it does not apply to the United Kingdom under Article 7 of Protocol No 15 on certain provisions relating to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

2 Although Article 14.4 applies to all NCBs, it is difficult to imagine how the pursuit, by a non-participating Member State NCB, of a national function could interfere with the performance of the ESCB tasks.

3 This is to recognize that, historically, the NCBs had performed certain functions, which they should be free to continue pursuing subsequent to the inception of the ESCB, to the extent that the performance of those functions is not incompatible with their shared, ESCB tasks.

to 'coerce' national governments into accepting the terms of unpopular financial support programmes<sup>4</sup>. While assertions such as the above are, in the authors' view, exaggerated, they nevertheless serve to draw attention to the practical relevance of a thorough inquiry into Article 14.4, with an emphasis on the choice between two divergent readings of this provision: one that would primarily seek to preserve the remaining national competences of the NCBs against a surreptitious expansion of Union-level powers and another, diametrically opposed reading, which would emphasize the objective of ensuring the efficient and effective exercise of the ESCB's tasks, even at the price of inroads into residual, domestic NCB competences.

This study seeks to shed light on the interpretation and application of Article 14.4 of the Statute, *de lege lata*, and to offer an initial evaluation of the case for a possible future reallocation of certain NCB tasks. It is divided into 4 sections. Section 1 introduces the 'other' national central bank functions, with particular emphasis on the NCBs' own investment portfolio operations and the discretionary provision of ELA. Section 2 examines the powers of the Governing Council on the basis of Article 14.4 of the Statute, while Section 3 addresses the relationship between the monetary financing prohibition enshrined in Article 123 TFEU and the Governing Council's interference assessment under Article 14.4. Section 4 briefly deals with the germane but distinct question of whether ELA and own portfolio investment operations should continue being treated as national tasks. The authors' conclusions appear at the end of this study.

## 1. National central bank functions other than those specified in the Statute

Article 14.4 of the Statute covers a broad range of non-ESCB-related NCB tasks<sup>5</sup>, including the provision by the NCBs of fiscal agency services to their respective home Member State<sup>6</sup>, own portfolio investment operations, supervision over credit institutions and other types of financial service providers, macro-prudential supervision/financial stability tasks, consumer protection tasks related to the provision of financial services, oversight of market infrastructures, tasks related

4 On 21 March 2013, the Governing Council of the ECB publicly announced that it would stop authorising the extension of ELA to Cypriot banks unless Cyprus agreed, by a given deadline, to an EU/IMF programme to ensure their solvency. The discontinuation of the provision of ELA to Irish banks is also believed to have smoothed Ireland's way into an EU/IMF programme in 2010.

5 For practical guidance on the distinction between the two types of tasks, see paragraph 3.1.3 of ECB Opinion CON/2010/48. The basic tasks of the ESCB (and the Eurosystem) are enumerated in Article 127 TFEU (ex 105 EC), as well as in Article 3 of the Statute. Other Eurosystem tasks (in particular, those relating to the issuance of banknotes, the collection of statistical information, international and European cooperation, and the NCBs' contribution to the smooth conduct of policies pursued by the competent authorities relating to the prudential supervision of credit institutions and the stability of the financial system) are regulated elsewhere in the TFEU and/or the Statute.

6 This function is specifically preserved by Article 21.2 of the Statute.

to the exercise of resolution powers and the provision of ELA to their (solvent) counterparties<sup>7</sup>. The remainder of this section will elaborate on the NCBs' own investment portfolio operations and the provision of ELA.

### (i) The NCBs' own portfolio investment operations

In common with commercial banks, central banks engage in own portfolio investment operations. These operations are not part of the single monetary policy, with the NCBs being, in principle, free to determine the nature and level of the financial assets they invest in and hold on their balance sheets. The current regulation of the own portfolio investment operations of the participating Member State NCBs testifies to the perception that these are part and parcel of the NCBs' national competences. More specifically, participating Member State NCBs have, since 2003, subscribed to an *Agreement on Net Financial Assets* (ANFA)<sup>8</sup> which, while binding them to hold net financial assets up to their respective capital key share of the projected Eurosystem maximum net financial assets, does not harmonise the NCBs' balance sheets nor does it constrain the NCBs in their investment operations beyond what is strictly necessary for reasons of monetary policy. The concrete aim of the ANFA is to ensure the preservation of an aggregate liquidity deficit of the euro area banking sector vis-à-vis the Eurosystem, on the understanding that the implementation of the single monetary policy can be achieved more efficiently if the euro area banking sector has a liquidity deficit<sup>9</sup> vis-à-vis the Eurosystem. It follows that the ANFA is an intra-Eurosystem, consensual agreement<sup>10</sup>, rather than a monetary policy instrument, and that, by implication, there is no obvious legal basis on which the Governing Council could impose on the NCBs prescriptive requirements on the level of the financial assets that they hold as part of their own portfolio investment operations<sup>11</sup>.

As with all non-Eurosystem tasks of the NCBs, also ANFA operations are subject to the Governing Council's scrutiny, under Article 14.4 of the Statute, given

7 It is also worth noting that some NCBs may own companies (e.g. partial ownership of printing works, as in the case of the *Banco de España*; real estate is also owned by several central banks), perform police tasks (with an emphasis in the area of banknote counterfeiting) or offer limited banking services (e.g. hold accounts for employees).

8 The current version of this Agreement is dated 19 November 2014 and was published by the ECB in February 2016.

9 The liquidity deficit equals the net amount of the Eurosystem's refinancing operations, i.e. the difference between liquidity-providing refinancing operations and liquidity-absorbing operations, including recourses to standing facilities. It is the Governing Council that is considered to be competent to determine the level of the liquidity deficit sufficient to effectively implement monetary policy needs. The liquidity deficit is used in the calibration of the respective share ('leeway') of each NCB out of the Eurosystem maximum net financial assets.

10 The agreement is reviewed every five years. Any amendments to ANFA require the parties' consent. The Agreement does not contain provisions relating to its termination. If no new agreement is concluded and no party decides to withdraw from the agreement, then the ANFA continues to be in force as is.

11 This issue is revisited in Section 4.

their potential to interfere with the single monetary policy. If, for instance, an NCB were to use its ANFA share to enter into *short maturity* repurchase transactions exclusively with domestic counterparties, purchasing assets that are ineligible as Eurosystem collateral, such transactions could, depending on their economic features, lack the characteristics of genuine own portfolio investment operations, resembling more ELA-type liquidity-providing operations, which would not be subject to the reporting and authorisation regime to which ELA operations are subject under the ELA Agreement (see *infra*). Given that such and other ANFA operations could potentially interfere with the single monetary policy, the Governing Council could legitimately object to them on the basis of Article 14.4 of the Statute.

## (ii) The provision of ELA by the NCBs

ELA is, in essence, exceptional liquidity (Lender of Last Resort – LOLR – type) support, extended by an NCB to temporarily illiquid but solvent credit institutions<sup>12</sup>. The provision of ELA is not regulated, either in the Treaties or in the Statute. There is, however, an *ELA Agreement* in place, the operative part of which was published by the ECB on its website in 2014<sup>13</sup>. It follows from the publicly available ‘ELA Procedures’ (which are not intended to be legally binding) that ELA operations over a certain limit are subject to certain reporting/information and authorisation requirements<sup>14</sup>.

The very existence of an *ELA Agreement*, instead of a binding legal act, is consistent with the orthodox perception of ELA provision as a national competence<sup>15</sup>, distinct from the monetary policy tasks of the Eurosystem, to be exercised autonomously by the NCBs, in accordance with their national laws and regulations<sup>16</sup>. Indeed, the conditions for access to ELA, its maximum duration, the type of assets accepted as collateral for ELA operations<sup>17</sup> and the risk con-

12 See for instance the ECB’s 1999 Annual Report, p. 98; ECB Financial Stability Review, December 2006, p. 171; ECB Opinion CON/2008/58, paragraph 4.1; ECB Opinion CON/2008/42, paragraphs 4.9 to 4.11; ECB Opinion CON/2008/46, paragraphs 4.1 to 4.3.

13 The document in question, entitled “ELA Procedures”, is available on the ECB website under [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/201402\\_elaprocedures.en.pdf?e716d1d560392b10142724f50c6bf66a](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/201402_elaprocedures.en.pdf?e716d1d560392b10142724f50c6bf66a).

14 ELA requests exceeding EUR 2 billion per credit institution/group are subject to the non-objection of the Governing Council. ELA requests of less than EUR 2 billion and more than EUR 0.5 billion are subject to *ex ante* information requirements, while for ELA requests of less than EUR 0.5 billion information may be provided *ex post*. In practice, however, all ELA requests are put forward to the Governing Council before the provision of ELA (See, *The financial risk management of the Eurosystem’s monetary policy operations*, ECB, July 2015, p. 34).

15 See R. M. Lastra, *Central Bank Independence and Financial Stability*, Revista de Estabilidad Financiera, vol. 18, 2010, p. 65.

16 This is not surprising, as the provision of ELA is normally not spelled out openly in advance in legislation (R. Smits, *The European Central Bank, Institutional Aspects*, Kluwer Law International 1997, p. 270). Indeed, Portugal and Malta are the only Eurosystem NCBs to have this task explicitly spelled out in the law.

17 The collateral used in ELA is collateral that is not eligible for Eurosystem operations, while a large amount of ELA is provided against Government guarantees or unfunded Government bonds, directly injected in certain institutions for the purposes of recapitalising them.

control measures applicable to them are all matters of national competence<sup>18</sup>. Therefore, when providing ELA, the NCBs act as national institutions, rather than as agents of the ECB<sup>19</sup>. What this necessarily entails is that the responsibility for (and the liability arising from) ELA operations rests with the ELA-providing NCB, rather than with the ECB. Similarly, the assessment of bank solvency<sup>20</sup> (which, while not being the only determinant for the provision of ELA is, nevertheless, key to its legality) is a supervisory competence, exercised by the competent supervisory authority (which, in the case of 'significant institutions' will be the Single Supervisory Mechanism<sup>21</sup>).

Despite the fact that it is not centrally regulated, ELA is apt to affect the euro area liquidity situation, thereby having the potential to interfere with monetary policy and price stability. In particular, ELA can interfere with monetary policy (and with the achievement of the ECB's primary objective of price stability) where its provision is not subject to limits and/or where its recipients appear unlikely to regain, in the short to medium term, market access. Reputational issues aside, 'unlimited' last resort lending to counterparties devoid (in whole or in part) of market access poses challenges for the operation of the monetary policy transmission mechanism, either because the intermediation role of its recipients is very limited or because the (higher) costs of ELA are apt to blur the transmission of monetary policy-determined interest rates<sup>22</sup>. It is on account of these considerations that ELA operations fall within the scope of Article 14.4 of the Statute. These considerations have gained in practical relevance since the onset of the sovereign debt phase of the financial crisis given the considerable increase of ELA as a share of the total provision of central bank liquidity to coun-

18 Having said that, Article 59(3)(e) of the Bank Recovery and Resolution Directive (Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms, OJ L 173, 12.6.2014, 289) implicitly requires that ELA collateral needs be appropriate to avoid an equity write-down and/or conversion of capital instruments in the credit institution receiving ELA. Besides, it follows from paragraph 62(b) of the Banking Communication (Communication from the Commission on the application, from 1 August 2013, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis, OJ C 216, 30.7.2013, 12) that ELA may constitute state aid if it is not 'fully secured by collateral to which appropriate haircuts are applied, in function of its quality and market value'.

19 ECB Annual Report 1999, page 98, states that, 'The main guiding principle is that the competent NCB takes the decision concerning the provision of ELA to an institution operating in its jurisdiction. This would take place under the responsibility and at the cost of the NCB in question. The decision to provide ELA rests solely with the relevant national central bank'.

20 The concept of solvency is currently not harmonised by EU law, but a concept defined under national law to be interpreted by the competent national authorities and, finally, by the national judicial authorities.

21 'Significant institutions' are defined in Article 6(4) of the Single Supervisory Mechanism Regulation (Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions (OJ L 287, 29.10.2013, 63)).

22 Monetary policy transmission is the process through which changes in the benchmark rate of interest of a central bank are transmitted to the real economy through the financial system. On the monetary policy transmission mechanism and the pivotal role of banks see, by way of introduction, *The role of banks in the monetary policy transmission mechanism*, ECB Monthly Bulletin, August 2008, pp. 85-98; and *Monetary policy transmission in the Euro Area, a decade after the introduction of the Euro*, ECB Monthly Bulletin, May 2010, pp. 85-98.

terparties<sup>23</sup> and the concomitant increase in the number of individual credit institutions relying on ELA to fund their operations.

## 2. Powers of the Governing Council under Article 14.4 of the Statute

This section examines the two divergent interpretative approaches to Article 14.4, and considers which approach best reflects its text, its legislative history and its *ratio*.

One possible reading of Article 14.4 is that this was intended as a guarantee of the NCBs' freedom to perform their 'other' (non-ESCB) functions, a freedom that is to be respected in full, provided that such functions do not interfere with the objectives and tasks of the ESCB. This view underscores that, in a system based on the principle of conferred powers<sup>24</sup>, the freedom of the NCBs, acting as national agencies, to perform functions other than those specified in the Statute is to be viewed as the *rule*, while the power of the Governing Council to prohibit such functions is to be viewed as the *exception* and is only to be exercised in cases of *actual* interference with the objectives and tasks of the ESCB, subject to the (stricter) qualified majority requirement standard of Article 14.4. of the Statute<sup>25</sup>.

A contrasting reading of Article 14.4 is one predicated on the assumption that, in the context of the exercise of an exclusive Union competence (in this case, monetary policy)<sup>26</sup>, the overriding concern is with ensuring the effective exercise of that competence<sup>27</sup>, hence the qualified scope of the NCBs' freedom to perform functions other than those of the ESCB, as per Article 14.4. Thus, the subjection of the performance by the NCBs of their non-ESCB functions to Article 14.4 is to be re-

23 The more wide-spread use of ELA since the start of the crisis can be explained by reference to two considerations: *first*, the boundary between (in)solvency and (lack of) liquidity is difficult to determine in a genuinely systemic crisis, and *second* because there are (or, until recently, were) no effective tools available to restructure or resolve banks when the sovereign is weak and unable to support troubled banks.

24 Under the principle of conferral, which is enshrined in Article 5(2) TEU and applies to the Union institutions by virtue of Article 13(2) TEU, the Union has only those powers actually conferred upon it by the Member States in the Treaties. For an analysis of this principle see, *inter alia*, K. Gutman, *The Constitutional Foundations of European Contract Law*, Oxford University Press 2014, pp. 285-293; T. Tridimas, Competence after Lisbon: The Elusive Search for Bright Lines, in D. Ashiagbor, N. Countouris, I. Lianos (eds.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, CUP 2012, pp. 47-76; B. Guastaferro, The EU as a *Staatenverbund*? The Endorsement of the Principle of Conferral by the Treaty of Lisbon, in M. Trybus and L. Rubini (eds.), *The Treaty of Lisbon and the Future of EU Law and Policy*, Edward Elgar Publishing 2012, pp. 117-132.

25 See Steven, in: Siekmann, *Kommentar zur Europäischen Währungsunion*, 1. Aufl., Mohr Siebeck 2013, Art. 14 der Satzung, para. 52.

26 Monetary policy is one of the five policy areas for which the Union has exclusive competence in accordance with Article 3(1) TFEU, albeit only for the Member States whose currency is the euro. For a succinct introduction to the categories of Union competences see R. Schütze, *European Union Law*, Cambridge University Press 2015, pp. 235-243.

27 On the somewhat elusive principle of effectiveness of Union law, originally developed by the CJEU in its EU law rights jurisprudence, see T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford University Press 2006, Ch. 9; N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia 2014, Ch. 4. In the context of this contribution, this principle is understood as a broad legal concept, which helps to achieve the coherence, integrity and proper functioning of the EU legal order.

garded as characteristic of a scheme where the NCBs are to act *first and foremost* as 'an integral part of the ESCB' and subject to the 'instructions and guidelines of the ECB'<sup>28</sup>. Rather than seeing in Article 14.4 an explicit recognition of the NCBs' 'freedom of action', advocates of this contrasting interpretation would, instead, read in it a potent reminder of the Governing Council's power to object to the performance, by the NCBs, of their non-ESCB functions, to the extent that these are in conflict with their ESCB tasks<sup>29</sup>.

Given the lack of direct judicial guidance on the true interpretation of Article 14.4, it could be argued that no *a priori* choice can be made between these two interpretative approaches and that, instead of favoring one approach over the other, one should rather seek ways of reconciling the two. It is nevertheless submitted that a clear view in respect of the aim and scope of that provision is both desirable and necessary, not least on account of the practical significance of the NCBs' residual tasks, which, as explained above, extend over a wide range of issues from prudential supervision to bank resolution.

What do the text and legislative history of Article 14.4 reveal in terms of its spirit and *ratio*?

Article 14.4 of the Statute, which is to be read in conjunction with Article 14.3 thereof, reflects the fundamental policy choice made by the authors of the Statute to allocate competences between the ESCB and the NCBs depending on which of the various NCB functions fall within or outside the remit of the ESCB, and to treat the latter as conditionally lawful ('[N]ational central banks may perform ... unless ...'). The only instance in which the non-ESCB functions of an NCB become ESCB-relevant is when the Governing Council '*finds*' that '*these interfere with the objectives and tasks of the ESCB*'. For such an express finding to be made, a Governing Council decision is necessary, subject to '*a majority of two thirds of the votes cast*' (instead of the usual simple majority rule of Article 10.2 of the Statute). Thus, a purely textual interpretation of Article 14.4 would appear to support the first of the above-mentioned two competing readings.

The same reading is also supported by the legislative history of Article 14.4. What is clear from an examination of the various formulations of this provision – from the text initially drafted by the Secretariat of the Committee of Governors until the text finally adopted by the Intergovernmental Conference<sup>30</sup> – is that Article 14.4 was always intended as a 'defensive' provision, to protect the ability of the NCBs to continue performing functions not covered by the Statute. As *Van den Berg* aptly points

28 See Article 14.3 of the Statute.

29 See *Selymar*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Nomos 2015, Art. 282 AEUV, para. 25.

30 See C. van den Berg, *The Making of the Statute of the European System of Central Banks, An Application of Checks and Balances*, Amsterdam 2005, pp. 319-324.



out, it is precisely 'because governors were not sure how restrictively the future Governing Council would use this provision' that a high threshold was imposed for the activation of the Governing Council's power of intervention<sup>31</sup>. That a 'positive list' approach was never seriously considered<sup>32</sup>, and that the phrase '*NCBs may undertake new tasks subject to the prior approval of the Council of the ESCB*'<sup>33</sup> was eventually dropped from the text of the provision, as finally adopted, further supports the view that Article 14.4 was premised on the understanding that the NCBs, while being an integral part of the ESCB, acting subject to the 'guidelines and instructions of the ECB', as per Article 14.3, were more than the mere agencies of the ECB, as far as their non-ESCB tasks were concerned<sup>34</sup>.

Ultimately, it is this 'duality' of the NCBs, i.e. the fact that they are both an integral part of the ESCB, when performing their ESCB tasks, *and* independent national agencies, when performing their residual, non-ESCB functions<sup>35</sup>, which should inform the discussion on this provision's spirit and *ratio*, cautioning against an overly expansive interpretation of the Governing Council's powers under Article 14.4. The NCBs are undoubtedly under the obligation to avoid performing their 'other' functions in a manner that interferes with the objectives and tasks of the ESCB. At the same time, however, the NCBs' national functions/tasks are not, nor should they be treated as, 'side-tasks', not least on account of their practical significance. More importantly, a reading of the Governing Council's powers under Article 14.4 that would effectively result in a transformation of its veto power into a power of authorization would, in the authors' view, go beyond its statutory tasks of 'policing the boundaries' beyond which the NCBs' should not operate when acting in their national capacity.

To better define and delimit the powers of the Governing Council under Article 14.4, we now turn to two specific sets of questions.

The first set of questions is whether Article 14.4 could serve as the basis for *ex post* as well as *ex ante* decisions of the Governing Council and whether such decisions (whatever their timing) could take the form of plain prohibitions as well as that of decisions imposing certain conditions or limitations.

31 Ibid., p. 320.

32 The reference is to an exhaustive list of all of the NCBs' non-ESCB functions.

33 The said proviso was included in the text of Art. 13.4 (the predecessor of Art. 14.4) which was submitted for discussion at the Governors' meeting on 10 July 1990.

34 On the role of NCBs within the European System of Central Banks when performing non-ESCB tasks see Zilioli/Athanassiou, in: von der Groeben/Schwarz/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Nomos 2015, ESZB/EZB-Satzung Artikel 14, Rn 44-54; B. Krauskopf/C. Steven, The Institutional Framework of the European System of Central Banks: Legal Issues in the Practice of the First Ten Years of its Existence, 46 Common Market Law Review (2009), 1143, 1145; N. Wellink/B. Chapple/P. Maier, The role of national central banks within the European System of Central Banks: The example of De Nederlandsche Bank, DNB Research Reports, 2002, available at [http://www.dnb.nl/en/binaries/ms2002-13\\_tcm47-147324.pdf](http://www.dnb.nl/en/binaries/ms2002-13_tcm47-147324.pdf).

35 On the complex structure of the ESCB, the duality of NCBs and the division of responsibilities between the ECB and the NCBs see generally R. M. Lastra, *International Financial and Monetary Law*, 2nd ed., Oxford University Press 2015, pp. 248-253.

The recognition of a Governing Council competence to decide *ex ante* or to conditionally authorize a particular NCB function is not irreconcilable with the authors' preferred reading of Article 14.4. This is because the possibility of the *ex ante* exercise, by the Governing Council, of its powers under Article 14.4 is supported, to varying degrees, by both textual and teleological considerations. Indeed, the text of Article 14.4 does not positively preclude the Governing Council from deciding to altogether prohibit or to impose restrictions on future NCB conduct; on the contrary, the notion of NCB '*functions*' could be understood to imply that this Article covers not only individual central bank decisions but also generic categories of activities or responsibilities, which could, by their very nature, only be objected to *ex ante*<sup>36</sup>.

No less importantly, the argument that the Governing Council power to prohibit or to restrict the exercise of national NCB tasks is unique and exceptional is not to say that the Governing Council should remain inactive when faced with the clear prospect of a genuine interference with the objectives and tasks of the ESCB, arising from a proposed NCB action. Just as the Governing Council may validly decide to require the NCBs to provide specific information relating to the performance of their national functions both as the NCBs in question are in the process of performing those functions *and* as they prepare to do so (as under the ELA procedures), so is there a need to ensure that the Governing Council's powers under Article 14.4 can be exercised efficiently, to allow the Governing Council to carry out all relevant, complex and time-sensitive, assessments in a meaningful and opportune manner.

The same line of reasoning would apply to the permissibility of *ex ante* or *ex post* Governing Council decisions imposing certain conditions or limitations. Besides invoking here an *maiore ad minus* argument<sup>37</sup> (if the Governing Council can decide to fully prohibit NCB functions, it can surely also decide to object to them conditionally), the following substantive argument could be made in support of the Governing Council's competence to adopt decisions imposing conditions or limitations *in lieu* of simple prohibitions: such decisions would be easier to reconcile with the principle of proportionality as they would often enable the Govern-

36 A textual argument in support of a narrower view of Article 14.4 would perhaps be that it contains no explicit reference to the repeal or amendment of the Governing Council's decisions and that this somehow suggests that such decisions were only envisaged as one-off, *ex post* vetoes. This argument is, however, in the authors' view, overly formalistic and hardly convincing.

37 On the origins, content and possible applications (with particular reference to the German legal order) of this rule of inference see K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Springer-Verlag Berlin Heidelberg 1991, pp. 389-390; C-W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung preter legem*, 2. Aufl., Duncker & Humblot 1983, pp. 78-80.

ing Council to choose the course of action that has the least adverse impact upon the NCBs 'other' functions<sup>38</sup>.

The above is, however, not to say that the power of the Governing Council to react *ex ante* or to deviate from the simple-prohibition-approach to the interpretation of Article 14.4 would not be subject to more exacting legal standards compared to *ex post* decisions. Unlike in the case of an *ex post* veto to the exercise, in a given instance, of a specific NCB function, the recognition of the Governing Council's competence to object *ex ante* to the exercise of *prima facie* lawful NCB functions would immediately raise the issue of the clear and precise delimitation of the Governing Council's *ex ante* veto powers. It would also make the question of whether the scope of the prohibition/limitation is proportionate to the objective at hand (i.e. to ensure that such functions do not "*interfere with the tasks and objectives of the ESCB*") more difficult to answer than in the case of a straightforward *ex post* prohibition. No less importantly, the crucial interference assessment in the case of an *ex ante* prohibition is likely to prove much harder than an *ex post* prohibition would, as the Governing Council may not possess all necessary information to make a meaningful *ex ante* assessment<sup>39</sup>.

The second set of questions relates to the characterization of the Governing Council's power under Article 14.4 as a power of *veto* (instead of a power of *authorization*) and, more precisely, to the question of whether the Governing Council could, *de lege lata*, veto the exercise of national NCB functions, while at the same time expressly permitting the affected NCB to seek an authorization, by a two-thirds majority, of its otherwise vetoed conduct in specific circumstances<sup>40</sup>.

It can hardly be contested that a veto power is fundamentally different from a power of authorization: in the former case a certain action is *prima facie* lawful unless the power to object to it is validly exercised, whereas in the latter a cer-

38 The proportionality principle requires that the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties (Article 5(4) TEU). According to the prevailing view it entails a three-part test, according to which a specific measure must be suitable to achieve a legitimate aim, it must be necessary to achieve that aim and it must not have an excessive effect on the applicant's interests (its costs should not outweigh its benefits). For a detailed analysis and commentary see, *inter alia*, D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, 3rd ed., Cambridge University Press 2014, pp. 399-405; P. Graig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press 2006, Chs. 17 and 18.

39 In the case, for example, of an *ex ante* decision relating to an NCB's own portfolio investment operations, the Governing Council may not possess all necessary information on when, how and to what extent the relevant NCB may intend to execute the operations in question, be it only because such detailed information may not in all cases be possible to provide in advance. Alternatively, the euro-area money supply at the time when the relevant operations are to be carried out could easily differ from the money supply at the time of the making of an *ex ante* decision, pointing to its speculative nature.

40 An example of such a Governing Council decision would be that of a legal act relating to transactions carried out outside the single monetary policy, which would, on the basis of Article 14.4, *both* object to the conduct of certain operations *and* afford the affected NCB the opportunity to seek authorization, by a two-thirds majority vote of its members, of those transactions that increase or are expected to increase the asset positions on its balance sheet by an amount exceeding a certain threshold.

tain action is *prima facie* unlawful unless the power to permit it is validly exercised. What is equally uncontested, in the authors' view, is that the Governing Council's power under Article 14.4 is a veto power, rather than a power of authorization. This reading of Article 14.4, which is derived from the clear allocation of competences between the NCBs and the ESCB as regards functions that are outside the remit of the Statute (see *supra*), is also supported by the comparison between Article 14.4, on the one hand, and Articles 6.2 and 31.2, on the other, of which the latter clearly grant the Governing Council the (unambiguous) power to authorize specific conduct<sup>41</sup>.

What is, perhaps, less obvious is whether a Governing Council decision imposing a veto and, at the same time, expressly permitting the affected NCB to seek authorization, by a qualified majority, of certain functions is compatible with the spirit and *ratio* of Article 14.4. One way to approach this issue is that such a decision would *formally* comply with article 14.4, in the sense that what one would be faced with here –as in the context of all other *ex ante* decisions– is an otherwise lawful NCB function which is subject to a veto, the only additional element being that the affected NCB may, by virtue of the same decision, seek and obtain an authorization for the (renewed) performance of the affected function (or parts thereof). This reading would also allow the Governing Council to consider a derogation from its general prohibition *in specific circumstances*, thereby making it easier for the Governing Council to comply, in its decision, with the principle of proportionality.

The arguments against the above understanding of Article 14.4 (i.e. against reading in it a power for the Governing Council to issue, on its basis, veto-subject-to-authorization decisions) appear, nevertheless, more convincing. First, it is to be expected that the mere introduction of the possibility to (re)authorize a certain NCB function would make the adoption, by a two-thirds majority, of an Article 14.4 decision significantly easier than it may otherwise be. Moreover, in contrast to the previously examined ordinary *ex ante* decisions, including those expressed in terms of a conditional or contingent prohibition, a decision both objecting to the exercise of certain NCB functions *and* introducing an *ad hoc* authorization procedure would carry the risk of 'relaxing' the Governing Council's obligation to review existing prohibitions/limitations and to immediately rescind its respective decisions as soon as the underlying basis for a veto over an NCB's non ESCB-related function has seized to

41 Art 6.2 of the Statute states that, "[T]he ECB and, subject to its approval, the national central banks may participate in international monetary institutions". Art. 31.2 of the Statute provides that: "All other operations in foreign reserve assets remaining with the national central banks after the transfers referred to in Article 30, and Member States' transactions with their foreign exchange working balances shall, above a certain limit to be established within the framework of Article 31.3, be subject to approval by the ECB in order to ensure consistency with the exchange rate and monetary policies of the Union".

exist<sup>42</sup>. Last but not least, such a decision would, as regards the authorization procedure following the initial veto, reverse the normally applicable burden-of-proof rule, by requiring the affected NCB to satisfy two-thirds of the Governing Council members that the conditions for the (re)authorization of its national functions are fulfilled, instead of the Governing Council having to ensure –via a qualified majority decision taken after the initial veto decision (i.e. when the original veto decision has formally ceased to apply or when the NCB claims that the circumstances on the basis of which that decision was taken have changed)– that the interference of the function in question with the objectives and tasks of the ESCB persists. A decision, such as the one described above, however temporary in nature, would thus replace a system based on veto powers, to be exercised under strict voting requirements and in exceptional circumstances only, with one based upon the power to authorize. This would amount, *in practice*, to a *détournement* of Article 14.4, which is incompatible with this provision, as it inverts the basic allocation of competences enshrined in it.

### 3. Monetary financing concerns and the exercise by the NCBs of their domestic tasks

The exercise by the NCBs of certain domestic tasks may, apart from interfering with the objectives and tasks of the ESCB, also raise distinct concerns, linked to their compliance with the monetary financing prohibition of Article 123 TFEU<sup>43</sup>. This section briefly examines the link between the exercise, by the NCBs, of their national (non-ESCB) functions and the monetary financing prohibition.

Article 123 TFEU has been extensively invoked, in recent years, in a variety of contexts<sup>44</sup>. The aim of that provision is three-pronged: (1) ensure that the ESCB

42 The argument that the interested NCB could, if the situation were to, at some point, change, submit in its own right a request for the rescission of the original Governing Council decision does not, in our view, change much to the analysis: what we are here dealing with is the question of what the Governing Council is empowered to do under Article 14.4 of the Statute, and what not, rather than the issue of how an affected NCB might respond to a potentially misguided decision.

43 Article 123 TFEU reads as follows: "1. Overdraft facilities or any other type of credit facility with the European Central Bank or with the central banks of the Member States (hereinafter referred to as 'national central banks') in favour of Union institutions, bodies, offices or agencies, central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of Member States shall be prohibited, as shall the purchase directly from them by the European Central Bank or national central banks of debt instruments. 2. Paragraph 1 shall not apply to publicly owned credit institutions which, in the context of the supply of reserves by central banks, shall be given the same treatment by national central banks and the European Central Bank as private credit institutions."

44 See, *inter alia*, ECB Opinions CON/2012/50, paragraph 3.2, CON/2012/64, paragraph 4, and CON/2012/71, paragraph 5.4 (Eurosysteem financing of a credit institution which has been recapitalised to restore its solvency by way of a direct placement of state-issued debt instruments where no alternative market-based funding sources exist); Opinion CON/2013/5, paragraph 3.1 (provision of NCB financing to an insolvent credit institution); Opinions CON/2011/103, paragraph 4, and CON/2012/99, paragraph 3.3 (NCB financing of resolution entities or of a resolution fund); Opinion CON/2012/4, paragraph 5 (ELA provision to a solvent credit institution on the basis of collateral security in the form of a State guarantee – criteria to be applied); Opinions CON/2011/91, paragraph 4, and CON/2011/99, paragraph 3.4 (distribution of NCBs' profits and transfer of NCBs' assets to the State).

can attain its primary price-stability objective; (2) preserve central bank independence; and (3) contribute towards public sector fiscal discipline<sup>45</sup>. How is that provision linked to the NCBs' exercise of their national functions? To take the example of ELA, its unrestrained provision could be comparable, in terms of its effects, to the monetary financing, by an NCB, of government deficits since, through the provision of ELA, an NCB would potentially be assuming a State task (provision of solvency support to an insolvent credit institution) or engaging in indirect State financing through other means (e.g. by enabling the receiving banks to purchase short-term treasury bills from a government that otherwise has no market access)<sup>46</sup>. In the context of the NCBs' own portfolio investment operations, monetary financing concerns could, for instance, arise in connection with secondary market purchases of debt instruments issued by the domestic public sector, the public sector of other Member States and EU institutions and bodies. The (otherwise lawful) acquisition of certain public sector debt instruments by the NCBs may, under certain circumstances, 'become a form of indirect monetary financing of the public sector', circumventing the objectives of Article 123 TFEU<sup>47</sup>.

Pursuant to Article 271(d) TFEU<sup>48</sup>, the monitoring of the 28 EU NCBs' and the ECB's compliance with the monetary financing prohibition is entrusted to the ECB, and is to be conducted by the Governing Council *ex-post*. Accordingly, the ECB conducts an annual monitoring exercise to assess the compliance of national central banks (NCBs) with the prohibitions of monetary financing and privileged access (Articles 123 and 124 TFEU, respectively, as elaborated on by Council Regulations (EC) Nos. 3603/93 and 3604/93). If the Governing Council considers that an NCB has infringed those prohibitions, it shall deliver a reasoned opinion and, in the event that the affected NCB fails to comply with that opinion, it may bring the matter before the Court of Justice of the European Union (i.e. initiate infringement proceedings against the relevant NCB).

45 See Committee of Governors, "Monetary Financing of Budget Deficits in Stage Three" (June 19, 1991), pp. 2-4.

46 The three main criteria endorsed by the ECB Governing Council in its opinions and Convergence Reports on the basis of which to determine whether the ELA operations of NCBs could breach the monetary financing prohibition are a) the *solvency* of the ELA recipient, b) the *independence* of the NCB when providing ELA funding to its counterparty and c) its *temporary nature*. See, for instance, ECB Convergence Report May 2012, p. 29; and ECB Opinions CON/2008/42, paragraph 4.9-4.11 and CON/2008/46, paragraphs 3 and 4.

47 ECB Annual Report 2014, p. 88.

48 Article 271(d) TFEU reads as follows: "*The Court of Justice of the European Union shall, within the limits hereinafter laid down, have jurisdiction in disputes concerning: ... (d) the fulfilment by national central banks of obligations under the Treaties and the Statute of the ESCB and of the ECB. In this connection the powers of the Governing Council of the European Central Bank in respect of national central banks shall be the same as those conferred upon the Commission in respect of Member States by Article 258. If the Court finds that a national central bank has failed to fulfil an obligation under the Treaties, that bank shall be required to take the necessary measures to comply with the judgment of the Court.*"



With the above in mind, it is worth enquiring whether and to what extent an actual or perceived breach of Article 123 TFEU could –apart from providing the basis for the initiation of an infringement procedure– also play a role as a *relevant* or even *decisive* factor in the Governing Council’s interference assessment under Article 14.4 of the Statute. Would a purported violation of the monetary financing prohibition justify or, all the more, positively require an *ex ante* decision of the Governing Council on the basis of Article 14.4 of the Statute?

Given the link between the monetary financing prohibition and the ESCB’s primary objective of maintaining price stability, it could be argued that a breach of Article 123 TFEU *alone*, especially if it is an obvious one, would not only justify but, in fact, also oblige the Governing Council to exercise its powers under Article 14.4 by intervening *ex ante*. This is despite the fact that Article 123 TFEU, which sets out a direct prohibition, cannot serve as a legal basis for secondary Union action. According to this line of reasoning, obvious monetary financing concerns would have to be considered as tantamount to an interference with the tasks and objectives of the ESCB, making of the adoption of an Article 14.4 decision a necessary and logical consequence. For the reasons explained below, such an analysis is, in the authors’ view, flawed.

To start with, establishing a breach of the monetary financing prohibition (a matter that is ultimately within the remit of the Court of Justice) cannot, in the great majority of cases, be considered as a straight-forward exercise. For, in most cases, the Governing Council will need to assess *possible circumventions* rather than *outright violations* of Article 123 TFEU. The use of short-term treasury bills as collateral in ELA operations, and the question whether such use necessarily qualifies as a violation of the monetary financing prohibition provides one example of the complexity of the task. The criteria to be taken into account to decide whether there has been a breach of the monetary financing prohibition in this scenario would include (a) the relevant sovereign’s loss of market access, (b) conclusive evidence that the sovereign in question had exercised pressure on the banks to purchase its T-bills, absent any valid liquidity management and relative return considerations on the side of the purchasing banks (which could otherwise explain such purchases), and (c) conclusive evidence that the provision of ELA was not intended to address genuine bank funding needs. It should be quite apparent from the foregoing that an uncontested finding of a breach of Article 123 TFEU is only possible in egregious cases. Moreover, even in the presence of an obvious case, to argue that *every* obvious violation of Article 123 TFEU would necessarily entail an *actual or imminent interference* with the primary goal of monetary policy would, in the authors’ view, be to err, first for overlooking the essential differences between Articles 123 TFEU and 14.4 of the Statute, and second for doing injustice to the



complexity of the interference assessment, which forms the necessary basis for an Article 14.4 decision.

Thus, the better view is that monetary financing concerns, even if substantiated, can only lead to an *ex ante* decision under Article 14.4 of the Statute if the Governing Council forms its own, independent view about the interference of the NCB function under consideration with the objectives and tasks of the ESCB. Such an interference assessment could, in other words, be based on findings and/or considerations relating to a purported infringement of the monetary financing prohibition, but would neither be confined to them nor would it be their mechanistic and unavoidable consequence. In the same vein, any *ex ante* use, for the purposes of Article 14.4, of criteria to be used *ex post* for the purposes of the monitoring of compliance of NCB activities with Article 123 TFEU could only be justified if it were sufficiently demonstrated, in a given case, that such criteria indeed serve the Governing Council's interference assessment for the purposes of Article 14.4. Finally, should an *ex ante* Article 14.4 decision not be warranted, in the particular circumstances of a given case, there appears, in the authors' view, to be little, if anything at all, to prohibit the Governing Council from proactively taking action to caution the relevant NCB that the task/function in question 'runs the risk' of being considered, *ex post*, contrary to Article 123 TFEU<sup>49</sup>.

#### 4. Should ELA and ANFA continue to be treated as national tasks?

What has informed our hitherto inquiry into the interpretation and application of Article 14.4 to the NCBs' ELA and own investment portfolio operations was the undisputed position that these are *national* NCB tasks. This position is clearly reflected in the publicly available ELA procedures, which confirm the autonomous nature of the NCBs' role in the provision of ELA (subject to the Governing Council's powers under Article 14.4), as well as in the *national* framework(s) subject to which the NCBs pursue their own investment portfolio operations. A distinct question, to which we briefly turn in this section, is whether the NCBs' ELA and own investment portfolio operations should continue being treated as national tasks or could, instead, be reassigned to the ECB (or shared between the ECB and the NCBs). Specifically in the case of ELA, its reassignment, going forward, would, presumably, be warranted if supervening developments had so fundamentally altered the institutional context of its

---

49 Such a Governing Council initiative would effectively negate any argument that it is, in particular instances, turning a 'blind eye' to monetary financing considerations.

provision and so strongly emphasized the link between it and one or more of the ESCB tasks and competences (including those newly attributed to it), as to challenge its perception as a national competence. As it happens, there have recently been a number of important developments, which, without questioning the logic of the hitherto allocation of competences for the provision of ELA, in particular, may perhaps warrant a rethinking of the framework against which this is to be provided. What follows is only the most cursory of accounts of what some of the main arguments in favour of a reshuffling of competences with regard to the provision of ELA and, secondarily, the conduct of own portfolio operations could be.

The establishment of the Single Supervisory Mechanism (SSM) and the Single Resolution Mechanism (SRM), as well as the ongoing ‘Europeanisation’ of the framework within which banks are expected to operate, at least in the euro area, could lend support to the proposition that the time is ripe to consider a reshuffling of competences with regard to the provision of ELA<sup>50</sup>. The conferral of micro- and macro-prudential tasks upon the ECB and the activation of the SSM, in particular, could back the argument that, in the euro area, ELA is part of the Eurosystem’s contribution to financial stability, within the meaning of Article 127(5) TFEU and Article 3.3 of the Statute<sup>51</sup>. While the Eurosystem’s role in the preservation of financial stability is only contributory, Article 127(5) TFEU clearly attributes a task to the Eurosystem and, by necessary implication, also the competences necessary for its meaningful performance<sup>52</sup>.

Besides, solvency assessments – a necessary condition for the granting of ELA to illiquid credit institutions – would presumably fall within the remit of the SSM, so far as systemically significant credit institutions are concerned. Pre-SSM, both the granting of ELA and the conduct of solvency assessments were national tasks, given the inextricable links between the two. To separate these tasks, in the post-SSM activation era, would amount to a departure from the *status quo ante* for which there is no obvious justification, at least so far as significant credit institutions are concerned. It would also be, at least in some cases, to place the ECB in

50 With the SSM in place, the ECB could have superior information on bank solvency and collateral quality. Moreover, as bank supervisor, the ECB could engage in early intervention measures and trigger the bank recovery and resolution process. Moreover, the Bank Recovery and Resolution Directive will provide a harmonised EU framework for bank recovery and resolution procedures and measures. Besides, the ESM direct and indirect bank recapitalisation tools will provide for a fiscal backstop if bank resolution (and the related recapitalisation by the public sector) will endanger the fiscal sustainability of a Member State.

51 Article 127(5) TFEU provides that, “*The ESCB shall contribute to the smooth conduct of policies pursued by the competent authorities relating to the prudential supervision of credit institutions and the stability of the financial system*”.

52 If the provision of ELA is considered to be part of the contribution to the financial stability under Article 127(5) TFEU [former Article 105(5) TEC] and Article 3.3 of the Statute, then provision of ELA is deemed to be one of the Eurosystem’s tasks and Article 130 TFEU [former Article 108 TEC] and Article 7 of the Statute would apply.

an awkward position, where the ECB acts both as supervisor and as monetary policy authority<sup>53</sup>.

Drawing on the financial stability competences of the Eurosystem –on which renewed emphasis has been placed since the start of the financial crisis, given the financial stability considerations underlying the transfer to the ECB of supervisory competences under the SSM<sup>54</sup>– it is thus possible to construct a two-pronged argument with regard to the (future) allocation of competences for the provision of ELA: first, that its provision is no longer as detached from some of the other ESCB tasks as hitherto considered, and second, that there is scope to centralise the provision of ELA at the level of the ECB, at least, for those of the euro area banks that are directly supervised by the ECB<sup>55</sup>. To conclude, the recent activation of the SSM would lend support to a (partial) centralisation of the provision of ELA, with less significant credit institutions –those remaining under the direct micro-prudential supervision of national competent authorities– continuing to access ELA through their NCBs, but with significant credit institutions –those that are directly supervised by the ECB– having to look to the ECB for LOLR liquidity assistance<sup>56</sup>.

Arguments in favour of a future centralisation of ELA in the hands of the ECB could also be drawn from the links between ELA and monetary policy, the core Eurosystem task. In particular, it could plausibly be argued that, while ELA procedures differ from those applicable for monetary policy credit operations, the types of risk to which they give rise are, in principle, similar<sup>57</sup>. If the risks associated with the pro-

53 The reference is to situations where the ECB would be declaring a bank solvent, in its supervisory capacity, only to then object to the granting to it, by its NCB, of ELA, on account of its assessment that such provision would interfere with the objectives and tasks of the ESCB. There is, perhaps, far less of a contradiction in such an outcome than one might assume: This is first, because the Governing Council has sole discretion, in its capacity as monetary policy authority, to assess whether or not the provision of ELA to a solvent bank would interfere with the single monetary policy, even if the bank in question was previously deemed to be solvent, and second because of the operation of the principle of separation, enshrined in Article 23 of the SSMR, between the ECB's monetary policy and newly attributed supervisory competences. However, non-expert third party observers (including members of the European judiciary adjudicating over disputes relevant to the exercise by the Governing Council of its Article 14.4 competence to object to the granting of ELA to a solvent credit institution) are bound to see an apparent contradiction in the ECB's stance, which could be avoided by centralising the ELA provision function at the level of the ECB, at least as far as significant credit institutions are concerned.

54 Financial stability and the need to preserve it feature in countless of the recitals of the SSM Regulation as the rationale for the transfer of supervision from the national authorities to the ECB. It also features very prominently in the very first of its substantive provisions, with Article 1 (Subject Matter and Scope) unequivocally stating that, "*This Regulation confers on the ECB specific tasks concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, with a view to contributing to the safety and soundness of credit institutions and the stability of the financial system within the Union and each Member State ...*".

55 Such centralisation would also preserve incentives for prudence on the side of the ECB in its dual capacity as a supervisor and as a lender of last resort and be incentive-compatible in the sense that, if an ELA decision is taken on the basis of an inadequate solvency assessment or, alternatively, without due regard to the financial stability implications, the decision maker would also bear, at least to a certain extent, the consequences.

56 See Gortsos, '*Last resort lending to solvent credit institutions in the euro area before and after the establishment of the Single Supervisory Mechanism (SSM)*', ECB Legal Conference Paper, 1-2 September 2015, Frankfurt am Main, Germany.

57 There is, for instance, counterparty risk associated with the credit institution, which is mitigated through the provision of collateral.

vision of ELA are similar to those arising from the provision of credit through regular monetary policy operations, it could make sense to centralise their provision at the level of the Eurosystem. Perhaps more importantly, it could be argued that, depending on its amount, the decision to provide ELA may affect the aggregate liquidity conditions in the *entire* euro area (as opposed to merely affecting liquidity in the Member State where the recipient institution is located) and, by necessary implication, also have an impact on the development of interest rates, both of which are matters that fall within the competence of the Eurosystem. While valid, the above argument had little practical significance in the pre-crisis landscape, when the aggregate amount of liquidity granted in the form of ELA was fairly insignificant. Nevertheless, especially since the start of the sovereign debt stage of the financial crisis, the amount of emergency liquidity provided to troubled Eurosystem counterparties (especially in the EU/IMF programme countries) has increased very considerably, exceeding, however temporarily, the amount of regular monetary policy liquidity provided to certain counterparties, with entire banking systems having, at one time, depended on ELA to cover their liquidity needs. It follows that, apart from the institutional developments referred to in the preceding paragraphs as militating in favour of a (partial) centralisation of ELA, there have also been significant practical developments, linked to the very substantial rise of ELA, in some parts of the euro area, as a share of the total banking sector's liquidity needs. It could, of course, be counter-argued that, to invoke transient phenomena as a basis for a permanent reshuffling of competences may be disproportionate to the actual significance of those phenomena. However, to speculate on how temporary these phenomena will eventually prove to be is also risky. Ultimately, the practical argument drawn attention to above is as weak or as strong as one's optimism in the European banking sector's ability to steer clear of liquidity crises similar to those experienced in recent years, at least in some jurisdictions, following the start of the sovereign debt stage of the financial crisis.

Which of these two legal bases (financial stability or monetary policy) one would favour as a basis for a reshuffling of ELA competences is a choice that comes with certain practical implications. Financial stability arguments would presumably only warrant the transfer of ELA from the NCBs to the ECB in the case of those entities, which the ECB directly supervises<sup>58</sup>. This may or may not be a desirable outcome (it is, however, noted that the same type of bifurcation also applies in the context of banking supervision, where the ECB only directly supervises some credit institutions, but not others). If monetary policy were to be opted for as the legal

---

<sup>58</sup> It could, of course, be validly argued that even the collapse of a less significant bank –one that the ECB does not directly supervise– could have financial stability implications, in which case the ECB could legitimately be expected to exercise its LOLR function even in connection with banks, which it does not supervise.

basis for a centralisation of ELA in the hands of the Eurosystem then the scope of the Eurosystem's new ELA competences may well encompass *all* euro area banks, including those that the ECB does not supervise (either because of the community of risks arising from the pursuit of regular monetary policy operations, on the one hand, and ELA operations, on the other, or because of the effect of ELA provision on the aggregate liquidity conditions of the entire euro area). While representing a possible compromise, a combination of financial stability *and* monetary policy as complementary bases for the transfer of the LOLR function to the Eurosystem would also leave open the issue of which banks the ECB could grant ELA to (all banks or only some).

Whatever the legal basis for the transfer of the LOLR power from the NCBs to the ECB (a choice the importance of which cannot be stressed enough) *five* points are worth making from the outset. A *first* point is that any reshuffling of competences would need to be reflected in an amendment to the ELA Procedures (until these have been amended, no re-allocation of tasks is possible, however meritorious the arguments militating in its favour, and however strong the policy case to which they give rise). A *second* point is that a dedicated, uniform eligible collateral framework, distinct to the one applicable in the case of regular monetary policy operations, would presumably be a necessary complement to any decision to centralise ELA in the hands of the ECB<sup>59</sup>. A *third* point is that, even in the event of a reshuffling of competences for the provision of ELA, the NCBs would not necessarily altogether drop out of the picture. It is recalled, in this regard, that, under Article 14.3 of the Statute, the NCBs are an integral part of the ESCB and shall act in accordance with the ECB's guidelines and instructions. Therefore, it is conceivable that the Eurosystem NCBs could continue providing ELA by delegation from the Governing Council. A *fourth* point is that even if the provision of ELA were to no longer be a national task for the Eurosystem NCBs, it would presumably remain a national task for the non-Eurosystem NCBs, since none of the arguments presented above would necessarily apply to them. A *fifth* and final point is one that could, perhaps, present something of an obstacle to the centralisation of the provision of ELA in the hands of the ECB. This is to do with the fiscal implications of ELA provision. For as long as ELA is provided nationally, those fiscal implications are born, ultimately, by the corresponding national tax-payer. Should the ECB assume responsibility, in whole or in part, for the provision of ELA, it is not entirely clear who would provide the necessary fiscal back-stop, in the event that a euro area coun-

59 It is a different question, which we cannot hope to address in the space of this study, whether this framework would need to be made public, as in the case of the collateral framework applicable in the case of regular monetary policy operations but unlike in the case of the individual NCBs' ELA collateral frameworks, which tend to be non-public, to avoid creating wrong incentives.

terparty were to default on its ELA liabilities, resulting in balance sheet losses for the ECB. As it is the NCBs that contribute to the ECB's capital (i.e. if the shortfall cannot be offset in accordance with Article 33.2 of the ESCB/ECB Statute<sup>60</sup>) it would ultimately be for the euro area NCBs to recapitalise the ECB in such a scenario<sup>61</sup>. But the issue remains, and it draws attention to the political sensitivity of the transfer of the LOLR function from the NCBs to the ECB, at least for as long as there is no common European budget on which to draw in such cases.

Turning, briefly, to ANFA operations, the prospect of their potential centralisation appears considerably weaker. It is probably fair to say that one of the lessons of the recent financial crisis is that flexibility on the asset side of the central bank balance sheet is crucial. This conclusion may warrant investigating whether or not to transfer certain parts of the ANFA into an ECB Guideline, based on Article 12.1 of the Statute, to improve the conditions for monetary policy implementation (possibly also drawing on the recent precedent of the adoption and publication of an ECB Guideline on the NCBs' domestic asset and liability transactions)<sup>62</sup>. But to purport to centralise (as opposed to merely further 'coordinating'), at the level of the ECB, the NCBs' own portfolio investment operations would, at least *prima facie*, appear both disproportionate and unnecessary.

## Conclusions

For the reasons set out above, the authors are of the view that the interpretation of Article 14.4 of the Statute that best reflects its text, legislative history and *ratio* is that this was intended as a guarantee of their freedom to perform acts other than those of the ESCB, to the extent that these would not interfere with the performance of their ESCB objectives and tasks. An over-expansive reading of this provision and, especially, one that would equate the Governing Council's power of veto, under Article 14.4, with a power of authorization, would, in the authors' view be inconsistent both with the letter and with the spirit of Article 14.4 and should, for that reason, not be preferred over the more conventional interpretation. The

60 Article 33.2 of the Statute reads as follows: "*In the event of a loss incurred by the ECB, the shortfall may be offset against the general reserve fund of the ECB and, if necessary, following a decision by the Governing Council, against the monetary income of the relevant financial year in proportion and up to the amounts allocated to the national central banks in accordance with Article 32.5.*"

61 While there would not invariably be an immediate need for the NCBs to recapitalise the ECB, a negative income by the ECB over a prolonged period of time may be seen as impacting negatively on its independence (as per the ECB Convergence Reports), in which case an NCB recapitalisation of the ECB may become relevant.

62 The reference is to Guideline ECB/2014/9 of the European Central Bank of 20 February 2014 on domestic asset and liability management operations by the national central banks, as amended. Consideration could, therefore, be given to issuing a binding Guideline, covering issues such as the aggregate liquidity deficit of the euro banking sector vis-à-vis the Eurosystem, its definition and, possibly, the time frame for its achievement.

above is not to say that the Governing Council would be precluded from conditionally authorizing, *ex ante*, or, *in extremis*, prohibiting future NCB conduct: both of these courses of action would be open to the Governing Council in deserving cases, subject, however, to the fulfilment of more exacting legal standards than in the case of a more conventional *ex post* decision.

Moreover, for the reasons explained in this study, the authors are of the view that a purported or actual violation of the monetary financing prohibition would neither justify nor, *a fortiori*, require an *ex ante* decision of the Governing Council, on the basis of Article 14.4: monetary financing concerns can only lead to an *ex ante* Article 14.4 decision where the Governing Council has formed its own, independent view about the interference of an NCB function with the objectives and tasks of the ESCB, evidence of a purported infringement of the monetary financing prohibition being only one of the elements on which the Governing Council would draw for the purposes of its Article 14.4 interference assessment.

Finally, the authors are of the opinion that there have recently been a number of important developments –with an emphasis on the activation of the SSM– which, without questioning the logic of the hitherto allocation of competences for the provision of ELA, in particular, may perhaps warrant a rethinking of the framework against which this is to be provided. A (partial) centralisation of the provision of ELA in the hands of the ECB need not entail an outright eviction of the NCBs, which could continue being involved in its granting, by delegation from the ECB. What it would, however, entail is a review of the ELA procedures and the establishment of an ELA collateral framework, to ensure that lender of last resort financing is to be provided subject to a uniform set of conditions, reflecting those applicable in the case of regular Eurosystem liquidity. By contrast, arguments in favour of a centralisation of the NCBs' own portfolio investment operations appear, at present, weak.





Αριστέα Σινανιώτη-Μαρούδη\*

## Ζητήματα διαχειριστικής εξουσίας εκκαθαριστή της ομόρρυθμης εταιρίας

### 1. Γενικά

Μετά την καθ' οιονδήποτε τρόπο λύση της ομόρρυθμης εταιρίας ακολουθεί αυτοδικαίως, χωρίς να απαιτείται άλλη διατύπωση σχετικής βούλησης των εταίρων, η εκκαθάριση των σχέσεων που δημιουργήθηκαν κατά το προηγούμενο στάδιο της παραγωγικής της λειτουργίας. Κατά το στάδιο της εκκαθάρισης, η εταιρία συνεχίζει να υφίσταται ως ενοχική σχέση μεταξύ των εταίρων, διατηρώντας τα βασικά τυπολογικά χαρακτηριστικά της, μέχρι την ολοκλήρωση της εκκαθάρισης, ενόψει των αναγκών και του σκοπού αυτής<sup>1</sup>. Σκοπό της εκκαθάρισης αποτελεί η διενέργεια των απαραίτητων πράξεων προκειμένου να προσδιοριστεί το ενεργητικό της εταιρίας και μέσω της ρευστοποίησής του να επιτευχθεί η ικανοποίηση όλων των εταιρικών δεικνυστών, η εξόφληση των εταιρικών χρεών και η διανομή της εταιρικής περιουσίας μεταξύ των εταίρων<sup>2</sup>. Η λειτουργία της εταιρίας περιορίζεται αποκλειστικά στην ικανοποίηση αυτού του σκοπού<sup>3</sup>.

Νομοθετικά, μετά την εισαγωγή του ν. 4072/2012, η εκκαθάριση της ΟΕ ρυθμίζεται από το άρθρο 268, ν. 4072/2012 και εφόσον δεν υπάρχει ειδικότερη ρύθμιση στον ν. 4072/2012, εφαρμόζονται οι διατάξεις του ΑΚ για την εκκαθάριση της αστικής εταιρίας. Το άρθρο 268, παρ.1 αναφέρει ότι *«αν σε περίπτωση λύσης της εταιρίας οι εταίροι δεν έχουν συμφωνήσει διαφορετικά, τη λύση της εταιρίας ακολουθεί η εκκαθάριση»*.

Σύμφωνα με την ορθότερη άποψη από αυτές που διατυπώνονται στη θεωρία, η νέα ρύθμιση, σε περίπτωση λύσης της εταιρίας, παρέχει πλέον στους εταίρους τη δυνατότητα να αποκλείσουν μόνο τη διαδικασία της εκκαθάρισης και όχι την ίδια την εκκαθάριση. Έτσι, και υπό τη νέα αυτή διάταξη, η ΟΕ τίθεται υποχρεωτικώς και αυτοδικαίως σε εκκαθάριση μόλις λυθεί, εντούτοις παρέχεται στους εταίρους η δυνατότητα, παρεκκλίνοντας από την ενδοτικού δικαίου ρύθμιση του νόμου, με ρήτρα

\* Καθηγήτρια Εμπορικού Δικαίου Πανεπιστημίου Πειραιώς.

1 Εφαθ 1127/2011, ΔΕΕ 2011, 1030επ., ΕφΔωδ 305/1997, ΕπισκΕμπΔ 1998, 770, ΕφΘεσ 4009/1995, ΕπισκΕμπΔ 1996, 401, ΕφΘεσ 363/1991, Αρμ. 1993, 918.

2 Βλ. Σινανιώτη-Μαρούδη Α., Εμπορικό Δίκαιο - Εταιρίες, 2012, σελ.99, επίσης πρβλ. ΕφΘεσ 2962/2000, ΔΕΕ 2001, 166, ΑΠ 120/1998, ΕλλΔνη 1998, 570, Εφαθ 9861/1995, ΕλλΔνη 1998, 172, ΠρωτΑθ 12076/1967, ΕΕμπΔ 1967, 540.

3 ΕφΘεσ 3449/1991, Αρμ. 1992, 612, ΕφΘεσ 445/1990, ΕΕμπΔ 1991, 74, ΠολλΠρωτΑθ 4673/1991, Αρμ.1992, 505.

του καταστατικού ή με απόφασή τους να ορίσουν ελεύθερα τη διαδικασία της εκκαθάρισης και επομένως να προβούν σε όποια διανομή προτιμούν<sup>4</sup>.

Όταν η εταιρία εισέλθει στο στάδιο της εκκαθάρισης, παύει αυτόματα η εξουσία των διαχειριστών της (άρθρο 777, εδ. β' ΑΚ) και η διαχείριση και εκπροσώπησης της γίνεται από τους εκκαθαριστές (άρθρο 778 ΑΚ). Αν δεν υπάρχει κάποια άλλη συμφωνία των εταίρων, οι εταίροι είναι οι νόμιμοι εκκαθαριστές και η ιδιότητά τους αυτή απορρέει ευθέως εκ του νόμου. Είναι δυνατή βέβαια η συμβατική ανάθεση των καθηκόντων του εκκαθαριστή σε έναν ή περισσότερους από τους εταίρους ή σε κάποιον τρίτο. Επειδή όμως, ο σκοπός της εταιρίας περιορίζεται στις ανάγκες της εκκαθάρισης, περιορίζονται αντίστοιχα και οι εξουσίες των εκκαθαριστών.

Εάν δεν υπάρχει συμφωνία των εταίρων ως προς τον τρόπο με τον οποίο θα λάβει χώρα η εκκαθάριση ή ως προς το πρόσωπο του εκκαθαριστή, κάθε εταίρος έχει δικαίωμα να προσφύγει στο Δικαστήριο και να ζητήσει τον διορισμό ή την αντικατάσταση του εκκαθαριστή (άρθρο 778, εδ. β' ΑΚ).

## 2. Οι εταιρικές υποχρεώσεις προς τρίτους δανειστές της εταιρίας

Όπως ήδη αναφέρθηκε, βασικός σκοπός της εκκαθάρισης είναι η εξόφληση των εταιρικών χρεών. Ως «χρέος» νοείται κάθε απαίτηση των εταιρικών δανειστών κατά της εταιρίας, ανεξάρτητα από τη φύση της και την αιτία από την οποία απορρέει. Έτσι, ως χρέος θεωρούνται απαιτήσεις ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου, ενοχικές ή εμπράγματος, υποχρεώσεις για πράξη, παράλειψη ή ανοχή, απαιτήσεις που προέρχονται από τον νόμο, από σύμβαση ή από αδικοπραξία, απαιτήσεις αδικαιολογήτου πλουτισμού και άλλες. Με λίγα λόγια, ως χρέος νοούνται όλες οι απαιτήσεις που γεννήθηκαν σε βάρος της εταιρίας είτε κατά το παραγωγικό στάδιο της λειτουργίας της είτε κατά το στάδιο της εκκαθάρισης<sup>5</sup>.

Περαιτέρω, ο εκκαθαριστής εξοφλεί τις εταιρικές υποχρεώσεις ελεύθερα χωρίς την υποχρέωση να τηρήσει κάποια διαδικασία ή σειρά προτεραιότητας ή να προβεί σε σύμμετρη ικανοποίηση των εταιρικών δανειστών. Η ικανοποίηση των εταιρικών δανειστών γίνεται, όπως και πριν από το στάδιο της λύσης της εταιρίας, με βάση την αρχή της πρόληψης, δηλαδή ισχύει το δικαίωμα του οφειλέτη να επιλέγει τον δανειστή που θα ικανοποιήσει. Ο εκκαθαριστής οφείλει να διεξάγει την εκκαθάριση με βάση την αρχή της καλής πίστης (άρθρο 288 ΑΚ) και προς το συμφέρον των εταίρων, ικανοποιώντας πρώτα τις υποχρεώσεις που έχουν τις πιο επαχθείς συνέπειες για την εταιρία και κατ' επέκταση και για τους εταίρους<sup>6</sup>.

4 Πρβλ. Παμπούκη Κ., Η εκκαθάριση της ομόρρυθμης εταιρίας, ΔΕΕ 2013, 452επ., Σινανιώτη-Μαρούδη Α., ό.π., σελ. 52.

5 Βλ. Ανδρουτσόπουλο Δ., Η εκκαθάριση των προσωπικών εταιριών, 1971, σελ. 291.

6 Βλ. Μαστροκόστα Χρ., εις ΔΙΚΠΕ, τόμος 1, 2001, §11, αριθμ.92, Σινανιώτη-Μαρούδη Α., ό.π., σελ. 99επ.

Εφόσον η εκκαθαριζόμενη εταιρική περιουσία δεν επαρκεί για την πλήρη ικανοποίηση των εταιρικών δανειστών, η ευθύνη των εταίρων εξακολουθεί να υφίσταται και μετά την περάτωση της εταιρίας<sup>7</sup>.

### 3. Υποχώρηση του προσωπικού χαρακτήρα της εταιρίας κατά την εκκαθάριση

Το στάδιο της εκκαθάρισης αρχίζει ως αποτέλεσμα της λύσης της εταιρίας, όταν υφίσταται κληονισμός της εμπιστοσύνης μεταξύ των εταίρων και καχυποψία<sup>8</sup>. Επομένως, κατά το τελευταίο αυτό στάδιο της εταιρίας, υποχωρεί το προσωπικό στοιχείο της εταιρίας προς όφελος του κεφαλαιουχικού και η σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ των εταίρων δεν είναι απαραίτητη για τη λειτουργία της<sup>9</sup>.

Η υποχώρηση αυτή του προσωπικού χαρακτήρα της εταιρίας εκδηλώνεται ιδίως στις ακόλουθες μεταβολές της λειτουργίας της<sup>10</sup>:

Α) Κατά το στάδιο της εκκαθάρισης εγκαταλείπεται το σύστημα της ατομικής διαχείρισης και εκπροσώπησης της εταιρίας, που θεμελιώνεται στα άρθρα 254 και 257 του ν. 4072/2012 και καθιερώνεται σύστημα συλλογικής διαχείρισης και εκπροσώπησης από όλους τους εταίρους από κοινού (άρθρο 778 ΑΚ).

Β) Είναι δυνατός ο διορισμός μη εταίρου ως εκκαθαριστή.

Γ) Είναι δυνατόν να παρέμβει με αίτηση ενός μόνον εταίρου το Δικαστήριο και να αντικαταστήσει τον εκκαθαριστή, ενώ κατά το παραγωγικό στάδιο της εταιρίας η αντικατάσταση του συμβατικού εταίρου-διαχειριστή δεν είναι δυνατή χωρίς την κατ' αρχήν ομόφωνη απόφαση των συνεταίρων (άρθρο 778 ΑΚ). Σε επείγουσες δε περιπτώσεις με βάση τις διατάξεις των άρθρων 683επ. ΚΠολΔ μπορεί ως ασφαλιστικό μέτρο να διαταχθεί ο διορισμός προσωρινού εκκαθαριστή, του οποίου η εξουσία διαχείρισης περιορίζεται στις πράξεις εκείνες που είναι αναγκαίες για την αποτροπή κινδύνου ή βλάβης της εταιρίας.

### 4. Οργανική και υποκειμενική σχέση εκκαθαριστή με την εταιρία

Ο εκκαθαριστής, όπως και κάθε πρόσωπο που έχει την ιδιότητα οργάνου διαχείρισης και εκπροσώπησης της ομόρρυθμης εταιρίας, συνδέεται με αυτή με δύο ειδών σχέσεις:

7 Βλ. Ρόκα Ν., Εμπορικές Εταιρίες, 2012, σελ. 157.

8 Βλ. Σκούρα Θ., εις ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, 778, αριθμ.6, σελ. 103.

9 Βλ. Μαστροκώστα Χρ., εις ΔικΠΕ, τόμος 1, 2001, §11, αριθμ.19.

10 Βλ. Μαστροκώστα Χρ., εις ΔικΠΕ, τόμος 1, 2001, §11, αριθμ.20.

Α) Την οργανική, από την οποία καθορίζονται οι προϋποθέσεις, η γένεση και η παύση της εξουσίας του ως εταιρικού οργάνου, καθώς και οι εξουσίες και ο τρόπος άσκησης του λειτουργήματός του.

Β) Την υποκειμενική, με βάση την οποία το πρόσωπο που φέρει την ιδιότητα του οργάνου της εταιρίας δεσμεύεται να αναλάβει τα καθήκοντα του οργάνου και να τα εκτελεί.

Οι δύο αυτές σχέσεις είναι ανεξάρτητες μεταξύ τους, διέπονται από διαφορετικό νομικό καθεστώς και εξετάζονται διαφορετικά για τα δύο στάδια ζωής της εταιρίας, δηλαδή για το «παραγωγικό» στάδιο λειτουργίας της και το στάδιο της εκκαθάρισής της<sup>11</sup>.

Για τη νομική φύση της οργανικής σχέσης των εκκαθαριστών, η μόνη ρητή διάταξη νόμου που εφαρμόζεται είναι η διάταξη του άρθρου 778 ΑΚ. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, *«αφού λυθεί η εταιρία η εκκαθάριση, αν δεν συμφωνήθηκε κάτι άλλο, ενεργείται από όλους τους εταίρους μαζί ή από εκκαθαριστή που έχει διοριστεί με ομόφωνη απόφαση όλων...»*. Περαιτέρω, με βάση τη διάταξη του άρθρου 777, εδ. α' ΑΚ που ορίζει ότι *«η εταιρία λογίζεται ότι εξακολουθεί και μετά τη λύση της, εφόσον το απαιτούν οι ανάγκες και ο σκοπός της εκκαθάρισης»*, θεσπίζεται γενικός κανόνας αναληγοτικής εφαρμογής στην εκκαθάριση των διατάξεων που ρυθμίζουν το παραγωγικό στάδιο της εταιρίας. Έτσι, εφαρμόζονται και στους εκκαθαριστές οι διατάξεις των άρθρων 748 έως 754 ΑΚ, που ρυθμίζουν την οργανική σχέση των διαχειριστών της εταιρίας<sup>12</sup>.

Επομένως, η λειτουργία της οργανικής σχέσης του εταίρου-εκκαθαριστή, δηλαδή ο τρόπος άσκησης των καθηκόντων του, ρυθμίζεται και από τις διατάξεις των άρθρων 748επ. ΑΚ. Κατά ταύτα, αν έχουν ορισθεί περισσότεροι εκκαθαριστές, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 778 ΑΚ, αυτοί οφείλουν να ενεργούν συλληγοικά, αποφασίζοντας ομόφωνα, εκτός αν έχει ορισθεί κάτι διαφορετικό. Περαιτέρω, οι εκκαθαριστές εκπροσωπούν συλληγοικά την εταιρία και μόνον αυτοί (και όχι οι εταίροι) νομιμοποιούνται να ασκήσουν τις αξιώσεις της δικαστικά και εξώδικα και αναλαμβάνουν την περάτωση των εκκρεμών συμβάσεων και δικών<sup>13</sup>. Μάλιστα, όταν η υπό εκκαθάριση ΟΕ εκπροσωπείται δικαστικώς από τους εκκαθαριστές της, σε περίπτωση κατά την οποία η παράσταση με πληρεξούσιο δικηγόρο είναι υποχρεωτική, αυτοί οφείλουν να τον διορίσουν με κοινή συμφωνία και δεν είναι νόμιμη η παράσταση της εταιρίας, όταν κάθε εκκαθαριστής διορίζει δικηγόρο ατομικά για τον εαυτό του<sup>14</sup>.

11 Βλ. *Μαρίνο Μ.*, Ο διορισμός διαχειριστή ΕΠΕ, ΕλλΔνη 1995, 175επ., ηρβλ. επίσης ΕφΑθ 4883/1979, ΕΕμνΔ 1980, 229 και ΠολΠρωτΑθ 4794/1983, ΕΕμνΔ 1986, 73, οι οποίες διακρίνουν τις δύο σχέσεις.

12 Βλ. *Μαστροκάστα Χρ.*, εις ΔικΠΕ, τόμος 1, 2001, §11 αριθμ. 185, ηρβλ. επίσης τις σχετικές ΕφΘεσ 930/1994, Αρμ.1994, 558, ΜονΠρωτΘεσ 473/1985, ΕΕμνΔ 1986, 488, ΜονΠρωτΑθ 1487/1971, ΝοΒ 1971, 496, ΕφΑθ 1894/1969, ΝοΒ 1970, 64, ΠρωτΑθ 12076/1967, ΕΕμνΔ 1967, 540, ΕφΘεσ 331/1960, Αρμ. 1961, 53=ΕΕμνΔ 1961, 182.

13 ΑΠ 14/1989, ΕλλΔνη32, 53, ΑΠ 553/1987, ΝοΒ 36, 1417, ΕφΑθ 7493/1990, ΕΕμνΔ 1991, 436, ΕφΑθ 1623/1977, Αρμ 32, 337, ΜονΠρωτΑθ 23383/1993, ΕΕμνΔ 1994, 414.

14 ΑΠ 989/2014, ΔΕΕ 2014, 1055.

Προβλέπεται δηλαδή στον νόμο το σύστημα της συλλογικής εκκαθάρισης και κάθε πράξη εκκαθάρισης και εκπροσώπησης της εταιρίας απαιτεί τη σύμπραξη όλων των εκκαθαριστών. Η πράξη δε ενός από αυτούς διατηρεί τότε μόνο το συλλογικό της χαρακτήρα, όταν εγκριθεί μεταγενέστερα από τους υπόλοιπους εκκαθαριστές ή έχει διενεργηθεί μετά από σχετική πληρεξουσιότητα των άλλων εκκαθαριστών<sup>15</sup>.

Όμως, μπορεί να ενεργεί και ο καθένας εκκαθαριστής μόνος του, σύμφωνα με το άρθρο 751 ΑΚ, το οποίο εφαρμόζεται αναλογικά και στην περίπτωση της εκκαθάρισης<sup>16</sup>. Κατά τη διατύπωση του άρθρου: «*Αν υπάρχουν περισσότεροι διαχειριστές εταιρείας, ο καθένας τους δικαιούται να ενεργεί μόνος χωρίς τη συναίνεση των λοιπών ή παρά την εναντίωση κάποιου απ' αυτούς, αν πρόκειται για επείγον μέτρο, από την παράλειψη του οποίου απειλείται σοβαρή ζημία της εταιρίας*». Έτσι, κατ' αναλογική εφαρμογή του άρθρου 751 ΑΚ, αν υπάρχουν περισσότεροι εκκαθαριστές, κατά παρέκκλιση της γενικής αρχής του συστήματος της συλλογικής διαχείρισης που υπάρχει κατά το στάδιο της εκκαθάρισης, επιτρέπεται η ατομική διαχείριση της εταιρίας από έναν εκκαθαριστή, ο οποίος μπορεί να προβαίνει μόνος του σε πράξεις διαχείρισης της εταιρίας, ακόμα και χωρίς τη συναίνεση των άλλων εκκαθαριστών ή παρά την εναντίωση κάποιου από αυτούς, αν πρόκειται για επείγον μέτρο, από την παράλειψη του οποίου απειλείται σοβαρή ζημία για την υπό εκκαθάριση εταιρία<sup>17</sup>. Ως προς τη νομική φύση της υποκειμενικής σχέσης του εταίρου-εκκαθαριστή, γίνεται δεκτό ότι η σχέση που τον συνδέει με την εταιρία είναι η εταιρική του ιδιότητα και όχι κάποια σχέση εντολής<sup>18</sup>. Επομένως, ο εταίρος έχει από τον νόμο και την εταιρική σύμβαση το δικαίωμα, αλλήλ και τη γενική υποχρέωση, να συμβάλει στην επιδίωξη του εταιρικού σκοπού, τμήμα του οποίου αποτελεί και ο σκοπός της εκκαθάρισης<sup>19</sup>. Έτσι, κατά το στάδιο της εκκαθάρισης, ο εταίρος έχει την υποχρέωση που επιβάλλεται από το άρθρο 741 ΑΚ να συμπράξει στην εκκαθάριση<sup>20</sup>.

## 5. Ειδικότερα η διάταξη του άρθρου 751 ΑΚ

Η διάταξη του άρθρου 751 ΑΚ αναφέρεται σε κάθε είδους διαχειριστική πράξη υπό ευρεία έννοια<sup>21</sup> και εισάγει εξαίρεση από τα άρθρα 748, 749 και 750 ΑΚ. Η εξαίρεση αφορά τις περιπτώσεις που απαιτείται συλλογική ενέργεια των συνδιαχειριστών της εταιρίας είτε επειδή η διαχείριση είναι από τον νόμο (άρθρο 748 ΑΚ) ή από

15 Βλ. *Ταρνανίδου Χ.*, Η εκπροσώπηση μιας υπό εκκαθάριση ομόρρυθμης εταιρίας σε περίπτωση κατεπείγοντος, με αφορμή την ΕφΔωδ 283/1995, Αρμ.1997, 732επ.

16 ΕφΑθ 8869/1995, ΕΕμνΔ 1996, 751, ΠολΠρωτΘεσ 10355/1993, ΕΕμνΔ 1994, 413.

17 ΕφΑθ 8869/1995, ΕΕμνΔ 1996, 751.

18 Βλ. *Μηνούδη Μ.*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη-Σταθόπουλου*, 760-761, υπό Ι.2.β., αριθμ.4.

19 ΕφΑθ 441/1991, ΕλλΔνη 1993, 612=ΕΕμνΔ 1993, 416.

20 Βλ. *Μαστροκώστα Χρ.*, εις ΔικΠΕ, τόμος 1, 2001, §11, αριθμ.199.

21 Βλ. *Γεωργιάδη Α.*, ό.π., σελ. 730.

το καταστατικό συλλογική, είτε επειδή η ατομική διαχείριση κατέστη κατ' εξαίρεση συλλογική, επειδή ασκήθηκε έγκυρα το δικαίωμα εναντίωσης (άρθρο 750 ΑΚ). Η διάταξη, όπως ήδη αναφέρθηκε, εφαρμόζεται αναλογικά και για την εκκαθάριση της ομόρρυθμης εταιρίας.

Κατά την εξαίρεση που εισάγεται με το άρθρο 751 ΑΚ, επί συλλογικής διαχείρισης της εταιρίας κατά το παραγωγικό στάδιο και κατ' επέκταση και κατά το στάδιο της εκκαθάρισης, δεν απαιτείται η συναίνεση των λοιπών συνδιαχειριστών επί ατομικής πράξης διαχείριση και είναι ανενεργή ενδεχόμενη εναντίωση του συνδιαχειριστή, εφόσον η επιχειρούμενη πράξη πληροί τις δύο προϋποθέσεις που τίθενται από το άρθρο<sup>22</sup>.

Το σκεπτικό εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 751 ΑΚ έγκειται στο ότι η ανάγκη προστασίας του εταιρικού συμφέροντος (το οποίο, όπως αναφέρθηκε, κατά το στάδιο της εκκαθάρισης είναι ο σκοπός της εκκαθάρισης) υπερτερεί των περιορισμών της διαχειριστικής εξουσίας<sup>23</sup>. Συγκεκριμένα, για να εμπίπτει η επιχειρούμενη πράξη διαχείρισης στην εξαίρεση του άρθρου 751 ΑΚ πρέπει αυτή σωρευτικά<sup>24</sup>:

Α) Να έχει τον χαρακτήρα του κατεπείγοντος μέτρου.

Β) Από την παράλειψή της να απειλείται σοβαρή και ανεπανόρθωτη ζημία για την εταιρία.

Επείγων χαρακτήρας και κίνδυνος ζημίας υφίσταται, όταν η παράλειψη ή η καθυστέρηση στην άσκηση εξώδικης ή διαδικαστικής πράξης της εταιρίας εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας θα οδηγήσει σε απώλεια ή χειροτέρευση ουσιαστικού δικαιώματος ή σε δικονομική βλάβη της εταιρίας ή σε μείωση της αξίας της εταιρικής επιχείρησης<sup>25</sup>. Κατά τις περιστάσεις, ως επείγοντα μέτρα νοούνται όχι μόνο πράξεις συντήρησης, αλλά ενδεχομένως και άλλες διαχειριστικές πράξεις. Τέτοια πράξη μπορεί να απαιτείται π.χ. λόγω κινδύνου εμφάνισης χρηματογράφου για πληρωμή ή εκποίηση χρεογράφου κ.λπ. Σε κάθε περίπτωση, μπορεί να ενεργήσει μόνος του καθένας από τους περισσότερους συνεκκαθαριστές, αν πρόκειται για πάροδο αποσβεστικής ή ανατρεπτικής προθεσμίας και αν τίθεται ζήτημα παραγραφής ή δημιουργίας δικονομικού ή ουσιαστικού απαραδέκτου ή απώλειας δικαιώματος<sup>26</sup>.

Ακόμη, η λήψη του επείγοντος μέτρου πρέπει να επιβάλλεται κατ' ανάγκη προς αποτροπή απειλούμενης ζημίας. Η απειλή αυτή πρέπει να είναι πραγματική, ενδεχόμενη και να εμφανίζεται ως συνέπεια της παράλειψης της λήψης του επείγοντος μέτρου. Πρέπει επίσης να υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της παράλειψης και λήψης του κατεπείγοντος μέτρου και της απειλούμενης ζημίας. Η ζημία δε που κιν-

22 ΕφΔωδ 283/1995, Αρμ. 1997, 732επ., ΑΠ 1047/1974, ΝοΒ 1975, 623.

23 Βλ. Γιοθαννόντου Ρ., ΣΕΑΚ Γεωργιάδη Α., 751, αριθμ.2.

24 Βλ. Λιακόπουλο Θ., στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, 751, υπό IV., αριθμ.4.

25 Πρβλ. ΑΠ 1047/1974, ΝοΒ 1975, 623, ΑΠ 52/1959, ΝΔικ 1960, 433, ΕφΘεσ 8869/1995, ΕΕμμΔ 1996, 751, ΕφΘεσ 930/1994, Αρμ. 1994, 58, ΕφΘρ. 238/1984, Αρμ. 1987, 587, ΠολΠρωτ.Θεσ 10355/1993, ΕΕμμΔ 1994, 413, ΠρΑθ 487/1971, ΝοΒ 1971, 496.

26 ΑΠ 1047/1974, ΝοΒ 1975, 623, ΕφΘεσ 8869/1995, ΕΕμμΔ 1996, 751, ΕφΘεσ 930/1994, Αρμ. 1994, 558, ΠΠρΘεσ 10355/1993, ΕΕμμΔ 1994, 413.



δυνεύει να υποστεί η εταιρία πρέπει να είναι σοβαρή, δηλαδή τόσο μεγάλης έκτασης που να την καθιστά ανεπανόρθωτη.

Επιπλέον, δικαιολογητική βάση της διάταξης του άρθρου 751 ΑΚ αποτελεί το γεγονός ότι, όπως ήδη αναφέρθηκε, κατά το στάδιο της εκκαθάρισης έχει πληγεί η σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ των εταίρων. Συμβαίνει, λοιπόν, συχνά στην πράξη να μην επιτυγχάνεται η απαιτούμενη ομοφωνία των εταίρων-εκκαθαριστών ή να δημιουργούνται διαφωνίες ως προς τον τρόπο διεξαγωγής της εκκαθάρισης και επομένως να καθίσταται αδύνατη η απαιτούμενη από τη συλλογική διαχείριση σύμπραξη στο έργο της εκκαθάρισης. Βέβαια, δίνεται η δυνατότητα να ξεπεραστούν αυτές οι δυσκολίες με τον δικαστικό διορισμό εκκαθαριστή ή με την αντικατάστασή του για σπουδαίο λόγο (άρθρο 778, εδ. β' ΑΚ). Μέχρι όμως να προβεί το δικαστήριο στον αντίστοιχο διορισμό απαιτείται η εφαρμογή του άρθρου 751 ΑΚ για την αντιμετώπιση των επειγουσών περιπτώσεων που θα προκύψουν στο μεταξύ και απειλούν με σοβαρή ζημία την εταιρία<sup>27</sup>.

Στη θεωρία υπάρχει διχογνωμία ως προς το αν η διάταξη του άρθρου 751 ΑΚ εφαρμόζεται μόνο για τις πράξεις διαχείρισης ή ισχύει και για τις πράξεις εκπροσώπησης. Κατά την ορθότερη άποψη, ο εκκαθαριστής μπορεί να ενεργεί σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 751 ΑΚ και για πράξεις εκπροσώπησης της υπό εκκαθάριση εταιρίας, δικαστικής και εξώδικης. Όπως σωστά αναφέρεται στη θεωρία, ο διαχωρισμός δεν έχει ιδιαίτερη βάση, εφόσον μία πράξη μπορεί να αποτελεί ταυτόχρονα πράξη διαχείρισης και πράξη εκπροσώπησης, ανάλογα από ποια σκοπιά αυτή ερευνάται<sup>28</sup>.

Σε κάθε περίπτωση, η κρίση για τη συνδρομή των ανωτέρω δύο προϋποθέσεων είναι ζήτημα πραγματικό και γίνεται στην εκάστοτε περίπτωση με βάση τα κριτήρια της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών (άρθρο 200 ΑΚ)<sup>29</sup>.

27 Βλ. *Ταρνανίδου Χ.*, Η εκπροσώπηση μιας..., ό.π., Αρμ.1997, 732επ.

28 Βλ. *Ταρνανίδου Χ.*, Η εκπροσώπηση μιας..., ό.π., Αρμ.1997, 732επ. Για την αντίθετη άποψη πρβλ. *Λιακόπουλο Θ.*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη-Σταθόπουλου*, 751

29 Βλ. *Ποθανόπουλο Ρ.*, ΣΕΑΚ *Γεωργιάδη Α.*, 751, αριθμ.4.



Ανθή Π. Σόμπολου\*

## Η μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου υπό το πρίσμα του νέου νόμου 4364/2016 για τη Φερεγγυότητα II

*«The transfer of insurance business away from the entity which originally transacted it is not always an easy process, legally, economically, or emotionally. Insurance contracts are peculiar things; personal attributes of both insured and insurer are very important to the parties. Insurance is not (at least not usually) a commoditised and tradable asset like a bag of cotton or a barrel of oil»<sup>1</sup>.*

Η μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου αποτελεί μια ιδιαίτερως ενδιαφέρουσα περίπτωση μεταβίβασης περιουσιακών στοιχείων και, ενδεχομένως, ακόμη και ολόκληρης επιχείρησης. Εκ πρώτης όψεως, η μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων αποτελεί κοινή πρακτική σε κάθε είδους επιχείρηση. Είναι όμως τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του περιουσιακού αυτού στοιχείου, τα οποία οδηγούν τον νομοθέτη στη θέσπιση ειδικών και λεπτομερών διατάξεων, για την προάσπιση αφενός της φερεγγυότητας της αποκτώσας επιχείρησης, αφετέρου, και κυριότατα, των δικαιωμάτων των ασφαλισμένων αμφοτέρων των επιχειρήσεων, αλλήλα και κάθε άλλου δικαιούχου από ασφάλιση. Η εξέταση των διατάξεων αυτών, σε συνδυασμό με τα χαρακτηριστικά του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου ως περιουσιακού στοιχείου, έχει ενδιαφέρον για τον μελετητή του δικαίου ιδιωτικής ασφάλισης, καθώς αποκαλύπτει τον σκληρό πυρήνα της ιδιωτικής ασφάλισης, ήτοι την ασφαλιστική πίστη. Με την ψήφιση, μάλιστα, του ν. 4364/2016 (ΦΕΚ Α 13) για την ενσωμάτωση της οδηγίας Φερεγγυότητα II (οδηγία 2009/138/ΕΚ, ΕΕ L 335, 17-12-2009, σελ. 1), ήτοι της νέας, κοινής ευρωπαϊκής νομοθεσίας για την εποπτεία της ιδιωτικής ασφάλισης, οι μεταβιβάσεις χαρτοφυλακίου κατέστησαν ένα ιδιαίτερως χρήσιμο εργαλείο για τις ασφαλιστικές και αντισταθμιστικές επιχειρήσεις, καθώς έδωσαν τη δυνατότητα σε ορισμένες από αυτές να αντεπεξέλθουν στις νέες απαιτήσεις αυξημένης φερεγγυότητας. Άλλες, πάλι, μπορούν πλέον να εκμεταλλευτούν τις νέες διατάξεις για τη συνολική εποπτεία σε ενωσιακό επίπεδο μέσα από τον θεσμό των κολληγίων και προχωρούν σε συγχωνεύσεις και εξαγορές για να πετύχουν τα βέλτιστα οφέλη για τον όμιλό τους, επιλέγοντας τις συγχωνεύσεις ως νομικές λύσεις πιο απλές και αποτελεσματικές. Οι δυνατότητες που δίνονται από τη νέα νομοθεσία που μόλις τέθηκε σε εφαρμογή, με έναρξη ισχύος την 1η Ιανουαρίου 2016 είναι προκλητικές και γεννούν ιδέες και μορφώματα τα οποία η εποπτεία θα κληθεί να ελέγξει. Μια από τις

\* Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος, LL.M.

<sup>1</sup> International Bar Association Insurance Committee Substantive Project 2010, Editorial, σελ. 3.

δυνατότητες αυτές, η οποία μεν δεν διαφοροποιήθηκε σημαντικά, σε σχέση με το προηγούμενο νομοθετικό πλαίσιο, πλην όμως απέκτησε νέα, εκσυγχρονισμένη δυναμική, είναι η μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου.

## Α. Η έννοια του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου

Ως ασφαλιστικό χαρτοφυλάκιο ορίζεται ένα σύνολο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που απορρέουν από το σύνολο των ασφαλιστηρίων συμβολαίων ή μέρος αυτών, που προσδιορίζονται συνήθως κατά κλάδο ή γεωγραφική ενότητα<sup>2</sup>. Παλαιότερα αναφερόταν συχνά και ως «*ασφαλιστικό πορτοφόλιο*». Χαρακτηριστικά του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου, λοιπόν, είναι:

Α) ότι αφορά δικαιώματα, αλλήλ και υποχρεώσεις που απορρέουν από συγκεκριμένα ασφαλιστήρια συμβόλαια,

Β) η μεταφορά γίνεται εξάπαντος σε ασφαλιστική επιχείρηση,

Γ) δεν απαιτείται σύμπραξη των ασφαλισμένων, με την επιφύλαξη των διατάξεων περί ενστάσεων, όπως θα δούμε κατωτέρω, αλλήλ ο νέος ασφαλιστής παίρνει τη θέση του προηγούμενου, χωρίς σύμπραξη των ασφαλισμένων<sup>3</sup>.

Η μεταβίβαση χαρτοφυλακίου ασφαλιστικής ή αντισταθμιστικής επιχείρησης με έδρα στην Ελλάδα αφορά είτε ασφαλιστήρια συμβόλαια που έχουν συναφθεί με καθεστώς εγκατάστασης είτε συμβόλαια που έχουν συναφθεί με καθεστώς ελεύθερης παροχής υπηρεσιών. Είναι δυνατό κατ' αρχήν να γίνει μεταβίβαση σε άλλη ή άλλες ασφαλιστικές ή αντισταθμιστικές επιχειρήσεις με έδρα στην Ελλάδα ή σε άλλο κράτος-μέλος. Εξάλλου, τα ασφαλιστήρια συμβόλαια, τα οποία αφορά η μεταβίβαση, μπορεί να ανήκουν σε οποιαδήποτε κατηγορία ασφάλισης, είτε ζωής είτε ζημιών, ενώ είναι δυνατή η μεταβίβαση ακόμη και του συνόλου των ασφαλιστηρίων συμβολαίων μιας ασφαλιστικής επιχείρησης ή, αντιθέτως, ενός μέρους μόνο του συνολικού χαρτοφυλακίου της. Στην περίπτωση αυτή, η ασφαλιστική η οποία μεταβιβάζει το χαρτοφυλάκιο απευθύνει περαιτέρω αίτημα προς την Τράπεζα της Ελλάδος για ανάκληση της άδειας λειτουργίας της, σύμφωνα με το άρθρο 114 ν. 4364/2016 και τη μετατροπή της σε άλλη είδους ανώνυμη εταιρία, εφόσον βέβαια είχε ήδη τη μορφή της ανώνυμης εταιρίας ως ασφαλιστική επιχείρηση<sup>4</sup>. Άλλη εκδοχή μπορεί να αποτελέσει η συγχώνευση της εταιρίας που μεταβιβάζει με την εταιρία που αποκτά

2 Ρόκας Ι.Ν., Δίκαιο Ιδιωτικής Ασφάλισης, 11η έκδοση, αρ. παρ. 916.

3 Ρόκας, ό.π.

4 Σημειώνεται ότι μόνο σε αυτήν την περίπτωση ανάκλησης της άδειας λειτουργίας της ασφαλιστικής επιχείρησης, η ανάκληση δεν συνοδεύεται από την ανάκληση της άδειας σύστασής της και τη λύση της (άρ. 114 παρ. 4 και 5 ν. 4364/2016), αλλήλ οδηγεί σε έναν, τρόπον τινά, μετασχηματισμό της και στη συνέχιση της λειτουργίας και της δραστηριοποίησής της. Σκοπός του νομοθέτη είναι να δώσει τη δυνατότητα επιλογής στην ασφαλιστική ανώνυμη εταιρία, με σκοπό τη διευκόλυνση της επιχειρηματικής δραστηριότητας και της αποφυγής αγκυλώσεων που προκύπτουν από αυστηρές και μονοδιάστατες νομοθετικές διατάξεις. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η πρόσφατη

το χαρτοφυλάκιο, με αποτέλεσμα την απορρόφηση του νομικού προσώπου της μεταβιβάζουσας ή, αντιστρόφως, η διάσπαση μιας ασφαλιστικής επιχείρησης σε περισσότερες που μοιράζονται το χαρτοφυλάκιο.

Ακριβώς λόγω της φύσης του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου, η μεταβίβαση του δεν θα μπορούσε να γίνει παρά μόνο προς μια επίσης ασφαλιστική επιχείρηση, είτε πρόκειται για εν ζωή χαρτοφυλάκιο, οπότε μόνο σε μια εν λειτουργία ασφαλιστική επιχείρηση θα μπορούσε να αναδέχεται, είτε πρόκειται για υπό εκκαθάριση ασφαλιστικό χαρτοφυλάκιο, οπότε θα πρέπει μια ασφαλιστική επιχείρηση να διενεργήσει την εκκαθάρισή του, η οποία μάλιστα μπορεί να είναι μόνο ασφαλιστική εκκαθάριση, προκειμένου να τηρηθούν τα ειδικά προνόμια και η διαδικασία αναγγελιών και κατάρτισης Κατάστασης Δικαιούχων Ασφαλίσεως (άρθρα 235 επ. ν. 4364/2016).

## Β. Μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου

### Προϋποθέσεις

Οι προϋποθέσεις για τη μεταβίβαση του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου προβλέπονται στο άρθρο 28 ν. 4364/2016 και έχουν ως εξής:

i. Βασική προϋπόθεση, η οποία ελέγχεται από την Τράπεζα της Ελλάδος, ως εποπτική αρχή, είναι η μεταβίβαση **να μη θίγει τα συμφέροντα των ασφαλισμένων ή άλλων προσώπων** που έχουν δικαιώματα και υπέχουν υποχρεώσεις που απορρέουν από τις εκχωρούμενες συμβάσεις (άρ. 28 παρ. 3).

ii. Η επιχείρηση προς την οποία γίνεται η μεταβίβαση οφείλει να έχει **άδεια λειτουργίας των κλάδων** στους οποίους κατατάσσονται οι κίνδυνοι ή οι υποχρεώσεις του μεταβιβαζόμενου χαρτοφυλακίου (άρ. 28 παρ. 2 εδ. α'), καθώς, σε διαφορετική περίπτωση, θα αδυνατεί να ασκήσει τους νεοαποκτηθέντες κλάδους της. Όταν η μεταβίβαση λαμβάνει χώρα προς ασφαλιστική επιχείρηση με έδρα σε άλλο κράτος-μέλος, η πιστοποίηση της προϋπόθεσης αυτής διενεργείται αποκλειστικά από την εποπτική αρχή του κράτους καταγωγής της επιχείρησης προς την οποία γίνεται η μεταβίβαση. Καθώς, βεβαίως, ανακύπτει το ζήτημα των ασφαλιστηρίων συμβολαίων στην Ελλάδα, προκύπτει η ανάγκη, η οποία καλύπτεται από σχετική νομοθετική επιταγή (άρ. 28 παρ. 2 εδ. γ') ο εκδοχέας να ασκεί δραστηριότητα ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στην Ελλάδα.

---

υπ' αριθμ. 92/1/18-10-2013 απόφαση της Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων της Τράπεζας της Ελλάδος (ΦΕΚ Β 2806/5-11-2013) περί ανάκλησης της άδειας λειτουργίας της ασφαλιστικής εταιρίας «DIREKTA ΑΑΕΓΑ», κατόπιν της έγκρισης της μεταβίβασης του συνόλου του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου της στην ασφαλιστική εταιρία «INTERLIFE ΑΑΕΓΑ», και μετατροπής της, μετά από σχετικό αίτημα της ίδιας, σε ανώνυμη εταιρία συμμετοχών με τροποποίηση του σκοπού και της επωνυμίας της.

iii. Η επιχείρηση προς την οποία γίνεται η μεταβίβαση πρέπει να κατέχει τα **επιλέξιμα ίδια κεφάλαια** ώστε να καλύπτει την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας (άρ. 76 παρ. 1), αφού ληφθεί υπόψη η μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου (άρ. 28 παρ. 2 α').

iv. Η επιχείρηση προς την οποία γίνεται η μεταβίβαση οφείλει να έχει τη **συγκατάθεση των αρμόδιων αρχών** των κρατών-μελών στα οποία βρίσκονται οι κίνδυνοι ή οι ασφαλιστικές υποχρεώσεις που έχουν αναληφθεί από την εκχωρούσα ελληνική ασφαλιστική επιχείρηση είτε υπό καθεστώς εγκατάστασης είτε υπό καθεστώς ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (άρ. 28 παρ. 2 εδ. γ). Ειδικότερα, η διαδικασία προϋποθέτει αίτημα της Τράπεζας της Ελλάδος προς την εποπτική αρχή κάθε κράτους-μέλους όπου βρίσκονται είτε οι κίνδυνοι είτε οι ασφαλιστικές υποχρεώσεις της εκχωρούσας επιχείρησης, για παροχή συγκατάθεσης στη μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου. Σε περίπτωση μη απάντησης εντός προθεσμίας τριών μηνών από τη λήψη του αιτήματος διαβουήλευσης, θεωρείται ότι υπάρχει σιωπηρή συγκατάθεση της εν λόγω εποπτικής αρχής (άρ. 28 παρ. 2 εδ. ε').

v. Εφόσον η μεταβίβαση γίνεται από υποκατάστημα εγκατεστημένο στην Ελλάδα μητρικής επιχείρησης με έδρα σε άλλο κράτος-μέλος, η ανάδοχος ασφαλιστική επιχείρηση θα πρέπει να είναι εγκατεστημένη στην Ελλάδα ή, τουλάχιστον, να ασκεί δραστηριότητα ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στην Ελλάδα.

## Διαδικασία

Για τη μεταφορά του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου ασφαλιστικής ή αντισταθμιστικής επιχείρησης με έδρα στην Ελλάδα απαιτείται καταρχάς αίτηση προς την Τράπεζα της Ελλάδος, ως Εποπτική Αρχή της ιδιωτικής ασφάλισης. Στην αίτηση θα πρέπει να επισυνάπτονται όλα τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την ύπαρξη των προϋποθέσεων, όπως αυτές αναλήφθηκαν ανωτέρω.

Εφόσον οι συνθήκες το επιβάλλουν, η Τράπεζα της Ελλάδος ζητά τη γνώμη αρμόδιων εποπτικών αρχών από άλλα κράτη-μέλη της ΕΕ και του ΕΟΧ. Εκείνες έχουν περιθώριο τριών μηνών από την παραλαβή της σχετικής αίτησης για να ανακοινώσουν τη γνώμη ή τη συγκατάθεσή τους στην Τράπεζα της Ελλάδος. Στην περίπτωση που δεν υπάρξει απάντηση στην αίτηση, τεκμαίρεται η ευνοϊκή γνώμη ή η σιωπηρή συγκατάθεσή τους (άρ. 28 παρ. 2 εδ. γ' και παρ. 6).

Ειδικώς στην περίπτωση που η εκχωρούσα επιχείρηση είναι υποκατάστημα εγκατεστημένο στην Ελλάδα ασφαλιστικής επιχείρησης που έχει την έδρα της σε άλλο κράτος-μέλος, υποχρεούται να ζητήσει προηγουμένως τη συγκατάθεση της Τράπεζας της Ελλάδος, είτε πρόκειται για μεταβίβαση σε άλλη επιχείρηση με έδρα στην Ελλάδα είτε για επιχείρηση με έδρα σε άλλο κράτος-μέλος. Αντιστοίχως, την ίδια υποχρέωση συγκατάθεσης εκ μέρους της Τράπεζας της Ελλάδος έχει το υποκατάστημα με έδρα σε άλλο κράτος-μέλος που προτίθεται να μεταβιβάσει σε επιχείρηση με έδρα στην Ελλάδα. Βεβαίως, για να χορηγήσει η Τράπεζα τη συγκατάθεσή της στην περί-

πτωση αυτή, εξετάζει τη συνδρομή των προϋποθέσεων διατήρησης της φερεγγυότητας της αναδόχου επιχείρησης.

Ακολουθεί η ανακοίνωση περί της μεταβίβασης του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου, η οποία, μετά και τις τροποποιήσεις που επέφερε ο Ν. 4250/2014 στις δημοσιεύσεις των εταιρειών και την κατάργηση του Τεύχους Ανωνύμων Εταιρειών και Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης του Φύλλου Εφημερίδας της Κυβερνήσεως, υποβάλλεται από την Τράπεζα της Ελλάδος στο Γενικό Μητρώο (ΓΕΜΗ) του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού προς ανάρτηση τόσο στην καρτέλα της επιχείρησης που μεταβιβάζει, όσο και στην καρτέλα της επιχείρησης που υποδέχεται το χαρτοφυλάκιο. Σε περίπτωση που οι κίνδυνοι που εκχωρούνται βρίσκονται ενδεχομένως και σε άλλα κράτη-μέλη, η ανακοίνωση περί μεταβίβασης δημοσιεύεται και στα κράτη αυτά, σύμφωνα με τους όρους του εθνικού δικαίου τους. Αντιστοίχως, αν πρόκειται για τη δημοσίευση στην Ελλάδα μεταφοράς χαρτοφυλακίου που πραγματοποιείται σε άλλο κράτος-μέλος, αλλιά αφορά και κινδύνους που βρίσκονται εδώ, τότε ακολουθείται η ανάρτηση στο ΓΕΜΗ όπως προαναφέρθηκε.

Μετά την ανακοίνωση περί της μεταφοράς, προβλέπεται διάστημα τριών μηνών, μέσα στο οποίο κάθε ενδιαφερόμενος μπορεί να υποβάλει ένσταση σχετικά με τη σχεδιαζόμενη μεταβίβαση. Πέραν της περιόδου αυτής, ουδείς μπορεί να αντιταχθεί στη μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου. Κάθε ένσταση ασφαλισμένου, συμβαλλόμενου στην ασφαλιστική σύμβαση, δικαιούχου ασφαλισματος ή πιστωτή της ασφαλιστικής επιχείρησης πέραν της προθεσμίας αυτής είναι εκπρόθεσμη και δεν λαμβάνεται υπόψη από την Τράπεζα της Ελλάδος, ενώ αυτοί δεσμεύονται ως συμβαλλόμενοι, πλέον, της επιχείρησης που αποκτά το χαρτοφυλάκιο (άρ. 28 παρ. 8 εδ. γ' ν. 4364/2016). Η συμβατική συμμετοχή των ασφαλισμένων, δηλαδή, υποκαθίσταται από την κυρωτική πράξη της Τράπεζας της Ελλάδος, ως αρμόδιας εποπτικής αρχής της ιδιωτικής ασφάλισης. Για τον λόγο αυτόν, προβλέπονται και οι σχετικές διατυπώσεις δημοσιότητας.

Η μεταβίβαση του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου συνιστά, λοιπόν, περίπτωση οινική καθολικής διαδοχής – ως προς το συγκεκριμένο χαρτοφυλάκιο – λόγω διάταξης νόμου με την οποία μεταβιβάζεται το σύνολο των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που ενσωματώνονται στα οικεία ασφαλιστήρια συμβόλαια ή και απορρέουν από αυτά, όπου συμπεριλαμβάνεται και η παραχώρηση στην ασφαλιστική επιχείρηση από τους αντισυμβαλλόμενους-ασφαλισμένους του δικαιώματος επεξεργασίας των προσωπικών τους δεδομένων στα πλαίσια λειτουργίας της ασφαλιστικής σύμβασης<sup>5</sup>.

Χαρακτηριστικό είναι ότι η μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου αποτελεί τη μοναδική περίπτωση στη νομοθεσία της ιδιωτικής ασφάλισης στην οποία προ-

5 Διαφορετικά έκρινε η ΠΠρΑθ 446/2012 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ), στην οποία η μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου κρίθηκε ότι επιφέρει ειδική διαδοχή, αναφορικά με κατ' έφεση δίκη που εκκρεμούσε με διάδικο την εκχωρούσα ασφαλιστική επιχείρηση, και για τον λόγο αυτόν δεν επετράπη η ανάδοχος ασφαλιστική εταιρία ως ειδική διάδοχος διαδίκου να συνεχίσει τη δίκη στο όνομά της. Αντίστοιχη και η ΠΠρΑθ 1559/2010 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ).



βλέπεται αλληλαγή συμβαλλομένου χωρίς συγκεκριμένη πράξη, αλλιά «συμπερασματικά». Εξ ου και, εάν δεν έχουν προβληθεί ενστάσεις που να έχουν γίνει δεκτές στο προβλεπόμενο από τον νόμο διάστημα των τριών μηνών, ο λήπτης της ασφάλισης ασφαλίζεται με έναν ασφαλιστή με τον οποίο δεν είχε συμβληθεί αρχικώς, κατά νόμιμη, βεβαίως, παρέκκλιση από τη συνταγματικά καταχωρημένη αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων<sup>6</sup>.

Η Τράπεζα της Ελλάδος έχει τη δυνατότητα, εφόσον κριθεί σκόπιμο, να εγκρίνει τη μεταβίβαση με όρο ότι οι αντισυμβαλλόμενοι δύνανται να καταγγείλουν τις συμβάσεις τους εντός προθεσμίας μετά τη μεταφορά οριζόμενης από την ίδια την Τράπεζα (άρ. 28 παρ. 3 εδ. β').

Για τη μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου, υποβάλλεται από τη μεταβιβάζουσα επιχείρηση και την αποκτώσα επιχείρηση σχετικό αίτημα προς την **Επιτροπή Ανταγωνισμού** στην περίπτωση που πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 6 παρ. 1-3 ν. 3959/2011. Η Επιτροπή εξετάζει το κατά πόσον η εκάστοτε συγκέντρωση προκαλεί σοβαρές αμφιβολίες ως προς το συμβατό αυτής με τις απαιτήσεις λειτουργίας του ανταγωνισμού στις επιμέρους αγορές στις οποίες αφορά<sup>7</sup>. Για τη λήψη της απόφασής της, η Επιτροπή εξετάζει τη φύση των εργασιών των ασφαλιστικών επιχειρήσεων, προκειμένου να οριοθετήσει τις «αγορές» για τις οποίες οφείλει να ελέγξει τη συγκέντρωση και περαιτέρω τον ανταγωνισμό. Εξετάζει, επίσης, το μέγεθος των εργασιών των επιχειρήσεων και το μερίδιο αγοράς που αυτές καταλαμβάνουν. Η μεταβίβαση επιτρέπεται όταν δεν δημιουργεί ή ενισχύει ατομική δεσπόζουσα θέση της επιχείρησης στη συγκεκριμένη αγορά.

Επιπλέον, για τη δημοσίευση των στοιχείων της μεταβίβασης και την ενημέρωση των ασφαλισμένων και των δικαιούχων ασφαλισματος, η μεταβιβάζουσα επιχείρηση ζητά άδεια από την **Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα**<sup>8</sup>. Η Αρχή σε σχετικές αποφάσεις της έχει αποφανθεί ότι η ενημέρωση των ασφαλισμένων

6 Ρόκας Ι., «Ομαδική επαγγελματική ασφάλιση ζωής, ασθνεϊνών και ατυχημάτων που έχει συναφθεί από τον εργοδότη υπέρ των εργαζομένων του και η, μετά τη λύση της εργασιακής σχέσης, συνέχιση της ασφάλισης ατομικά για τον καθένα εργαζόμενο», Γνωμοδότηση στην ΕΕμνΔ 2014, 235, σελ. 243.

7 Χαρακτηριστικές περιπτώσεις αποτελούν (α) η υπ' αριθμ. 594/2014 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (σε Τμήμα), ως προς τον έλεγχο της συγκέντρωσης μετά την απόκτηση αποκλειστικού ελέγχου από την εταιρία με την επωνυμία «ERGO International Aktiengesellschaft» επί της ανωνύμου ασφαλιστικής εταιρίας με την επωνυμία «Αγροτική Ασφαλιστική Α.Ε.», (β) η υπ' αριθμ. 417Ν/2008 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (σε Τμήμα) ως προς τον έλεγχο της συγκέντρωσης κατ' άρθρο 4β παρ. 1 ν. 703/1977 μετά την απόκτηση από την εταιρία με την επωνυμία «EFG Eurolife Ανώνυμος Εταιρία Γενικών Ασφαλίσεων» μετοχών που αντιπροσωπεύουν το 100% του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας με την επωνυμία «Activa Insurance Ανώνυμη Ασφαλιστική Εταιρία» και (γ) η υπ' αριθμ. 85/1997 απόφαση Επιτροπής Ανταγωνισμού (Ολομ.) ως προς τον έλεγχο της συγκέντρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4β του ν. 703/77, όπως ισχύει, αφενός των εταιριών ALLIANZ Ανώνυμος Εταιρία Ασφαλίσεων Ζωής και ΕΛΒΕΤΙΑ Ανώνυμη Ασφαλιστική Εταιρία Ζωής και αφετέρου των εταιριών ALLIANZ Ανώνυμος Εταιρία Γενικών Ασφαλίσεων και ΕΛΒΕΤΙΑ Ανώνυμη Εταιρία Γενικών Ασφαλίσεων.

8 Σχετικό τέτοιο παράδειγμα αποτελεί η απόφαση υπ' αριθμ. 130/2011 της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (σε Τμήμα), που αφορά την παροχή άδειας για διά του τύπου ενημέρωση των υποκειμένων των δεδομένων, ως προς τη μεταβίβαση του συνόλου του χαρτοφυλακίου του υποκαταστήματος Ελλάδος της ασφαλιστικής επιχείρησης «NATIONAL UNION FIRE & MARINE INSURANCE COMPANY, PA» με έδρα τις ΗΠΑ προς το υποκατάστημα Ελλάδος της ασφαλιστικής επιχείρησης «CHARTIS INSURANCE UK, plc».

της μεταβιβάζουσας ασφαλιστικής επιχείρησης αφορά μεγάλο, συνήθως, αριθμό προσώπων και ως εκ τούτου το κόστος σε χρόνο και τέλη των ατομικών ταχυδρομικών επιστολών είναι υψηλό. Συνεπώς, δεδομένου ότι τόσο η προϊσχύουσα νομοθεσία, το άρθρο 59 του ν.δ. 400/1970, όσο και ο ν. 4364/2016 στο άρθρο 28 έχει επιλέξει τη δημόσια γνωστοποίηση της σκοπούμενης μεταβίβασης μέσω δημοσίευσης στον τύπο, προκειμένου να υποβληθούν οι σχετικές ενστάσεις από τους ενδιαφερομένους, ασφαλισμένους και μη, κρίθηκε από την Αρχή ότι η ενημέρωση διά του τύπου που θα λάβουν οι έχοντες έννομο συμφέρον είναι επαρκής και σαφής. Θα πρέπει, πάντως, στο σχετικό ενημερωτικό δελτίο που θα δημοσιευθεί καταληκτικά στον τύπο να γίνεται μνεία των κατά τα άρθρα 12 και 13 του ν. 2472/1997 δικαιωμάτων των υποκειμένων των δεδομένων.

Η διαδικασία της μεταβίβασης ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου επιχείρησης με έδρα στην Ελλάδα διαφοροποιείται αφενός σε περιπτώσεις που αφορούν ασφαλιστήρια συμβόλαια σε ισχύ και αφετέρου σε περιπτώσεις που αφορούν εκκρεμείς και λοιπές ασφαλιστικές υποχρεώσεις<sup>9</sup>.

Συγκεκριμένα, όταν η μεταβίβαση αφορά εκκρεμείς και λοιπές ασφαλιστικές υποχρεώσεις, η ανακοίνωσή της δημοσιεύεται στην ιστοσελίδα της Τράπεζας της Ελλάδος, στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, καθώς και σε δύο εφημερίδες της έδρας της επιχείρησης, μια ημερήσια πολιτική και μια οικονομική, ημερήσια ή εβδομαδιαία. Στην ανακοίνωση αναφέρεται η απόφαση των επιχειρήσεων για τη μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου, η έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος και η προθεσμία για την υποβολή τυχόν ενστάσεων από κάθε ενδιαφερόμενο. Η προθεσμία αυτή δεν μπορεί να ξεπερνά τους τρεις μήνες.

Αναφορικά με τη μεταβίβαση εν ισχύ συμβολαίων, μπορεί να ακολουθηθεί είτε η ανωτέρω αναφερόμενη διαδικασία είτε η διαδικασία της προσωπικής ενημέρωσης κάθε συμβαλλομένου. Στη δεύτερη αυτή περίπτωση, η εκχωρούσα επιχείρηση ενημερώνει **εγγράφως** κάθε αντισυμβαλλόμενο ξεχωριστά για την πρόθεση μεταφοράς του συμβολαίου του. Στην ενημέρωση αυτή περιλαμβάνεται πληροφόρηση σχετικά με τα στοιχεία του εκδοχέα, όπως π.χ. η επωνυμία, ο σκοπός, η νομική μορφή και ο τρόπος λειτουργίας του στην Ελλάδα, ιδίως αν πρόκειται για εταιρία που δραστηριοποιείται με εγκατάσταση ή με ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Περιλαμβάνεται, επίσης, το κράτος-μέλος καταγωγής του εκδοχέα, ιδίως αν αυτό δεν είναι η Ελλάδα, στοιχεία για την οικονομική ευρωστία του και τη δέσμευσή του να εκπληρώσει όλες τις υποχρεώσεις που πηγάζουν από την εν λόγω ασφαλιστική σύμβαση. Κυρίως, όμως, αναφέρεται το δικαίωμα εναντίωσης ως προς τη μεταφορά, το οποίο διαθέτει ο

9 Επιπρόσθετα των διατάξεων περί της διαδικασίας μεταβίβασης, παρέχεται στην Τράπεζα της Ελλάδος νομοθετική εξουσιοδότηση (άρ. 28 παρ. 11 ν. 4364/2016) για την έκδοση απόφασης, δημοσιευτέας στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, για τον καθορισμό διαφορετικών ή επιπρόσθετων απαιτήσεων ή διαδικασιών ενημέρωσης, συναίνεσης, εναντίωσης ή ένστασης, τον καθορισμό διαδικασιών μεταφοράς χαρτοφυλακίου αντισταθμιστικών επιχειρήσεων με έδρα στην Ελλάδα και τη ρύθμιση του ελάχιστου περιεχομένου του πρωτοκόλλου παράδοσης-παραλαβής.

αντισυμβαλλόμενος, την ακολουθούμενη διαδικασία και το χρονικό διάστημα εντός του οποίου το δικαίωμα αυτό μπορεί να ασκηθεί κατά τις διατάξεις του άρθρου 28 ν. 4364/2016. Η προθεσμία για την εναντίωση τίθεται από την Τράπεζα της Ελλάδος και δεν μπορεί να υπερβαίνει τους τρεις μήνες από την ημερομηνία ανάρτησης στην ιστοσελίδα της. Σε περίπτωση που κάποιος ή κάποιοι από τους αντισυμβαλλομένους της εκχωρούσας επιχείρησης άσκησαν το δικαίωμα εναντίωσης μέσα στην προβλεπόμενη προθεσμία, τότε η μεταβίβαση που εγκρίνεται από την Τράπεζα της Ελλάδος δεν τους περιλαμβάνει, εκτός εάν αυτοί δεν υπερβαίνουν το 15% του συνολικού πλήθους των υπό μεταφορά ασφαλιστηρίων συμβολαίων, οπότε η Τράπεζα έχει τη δυνατότητα να επιτρέψει τη μεταβίβαση και αυτών των ασφαλιστηρίων συμβολαίων στην αποκτώσα επιχείρηση. Εντός εξήντα ημερών από την έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος, η εκδοχέας ενημερώνει εγγράφως τους αντισυμβαλλομένους για τη μεταφορά της ασφαλιστικής τους σύμβασης και εκδίδει για κάθε μία ασφαλιστική σύμβαση πιστοποιητικό ανάληψης της υποχρέωσης, το οποίο περιλαμβάνει, εκτός των άλλων, την επωνυμία, τον σκοπό, τη νομική μορφή και τον τρόπο λειτουργίας της εκδοχέως στην Ελλάδα, το κράτος-μέλος καταγωγής της, τη διεύθυνση της έδρας και αναλυτικά στοιχεία επικοινωνίας της.

Για τη μεταβίβαση ασφαλιστικού ή αντασφαλιστικού χαρτοφυλακίου, συντάσσεται από την εκχωρούσα και την ανάδοχο επιχείρηση σχετικό ιδιωτικό συμφωνητικό, στο οποίο θα πρέπει άνευ ετέρου να αναφέρεται ρητώς ποια από τις δύο πλευρές φέρει το βάρος της κάλυψης της ασφαλιστικών ή αντασφαλιστικών υποχρεώσεων, αν και προφανώς την υποχρέωση αυτή την αναλαμβάνει η εκδοχέας. Παρόλα αυτά, είναι εκ του νόμου υποχρεωτική η ρητή σχετική αναγραφή (άρ. 28 παρ. 9 εδ. α' ν. 4364/2016). Συντάσσεται, δε, πρωτόκολλο παράδοσης και παραλαβής του μεταβιβαζόμενου χαρτοφυλακίου με λεπτομερή αναφορά στο τίμημα της μεταβίβασης, αλλιώς και στο είδος και το ύψος των μεταβιβαζόμενων περιουσιακών στοιχείων κατά την ημερομηνία συντάξεως του πρωτοκόλλου.

Σε ορισμένες περιπτώσεις, η μεταφορά του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου αποτελεί την απαραίτητη δικλίδα, ώστε η ασφαλιστική επιχείρηση να μπορέσει να αναλάβει όλες ή μέρος των ασφαλιστικών της τοποθετήσεων. Τότε, αφού έχει μεταφερθεί το χαρτοφυλάκιο σε άλλη ασφαλιστική επιχείρηση, μαζί με τα περιουσιακά στοιχεία που αποτελούν την ασφαλιστική τοποθέτηση των ασφαλιστηρίων που αποτελούν το συγκεκριμένο χαρτοφυλάκιο, είναι δυνατόν η ασφαλιστική επιχείρηση να κάνει χρήση των περιουσιακών στοιχείων που απομένουν, καθώς πλέον αυτά δεν αποτελούν ασφαλιστική τοποθέτηση για συγκεκριμένο ασφαλιστικό χαρτοφυλάκιο<sup>10</sup>.

10 Ρόκα Ι. Κ., «Ασφαλιστικό Δίκαιο – Εισηγήσεις», Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδοση 2012, αρ. παρ. 374.

## Έγκριση μεταβίβασης

Η έγκριση της μεταβίβασης γίνεται με απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος, η οποία κοινοποιείται τόσο στην Ευρωπαϊκή Ένωση<sup>11</sup>, όσο και στις αρμόδιες εποπτικές αρχές των λοιπών κρατών-μελών όπου βρίσκονται οι κίνδυνοι ή οι υποχρεώσεις που ενδεχομένως κάλυπτε η εκχωρούσα ελληνική ασφαλιστική επιχείρηση.

Εφόσον οι κίνδυνοι ή οι υποχρεώσεις βρίσκονται στην Ελλάδα, οι ενημερώσεις και ανακοινώσεις αδειών μεταβίβασης σε επιχειρήσεις με έδρα σε άλλο κράτος-μέλος δημοσιεύονται επίσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 28 ν. 4364/2016.

Συχνά, η μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου αποσκοπεί στη διάσπαση μιας ασφαλιστικής επιχείρησης ή, αντιστρόφως, στη συγχώνευση ασφαλιστικών επιχειρήσεων. Και σε αυτές τις περιπτώσεις, οι διατάξεις περί της μεταβίβασης εφαρμόζονται πλήρως και, ιδίως αναφορικά με τις επιχειρήσεις που έχουν έδρα στην Ελλάδα, απαιτείται εκτός από τη σχετική εγκριτική απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος, να συνοδεύεται η αίτηση της ενδιαφερόμενης ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής επιχείρησης και από ολοκληρωμένη μελέτη σκοπιμότητας και βιωσιμότητας (πρόγραμμα δραστηριότητας) της νέας επιχείρησης (άρ. 28 παρ. 10 ν. 4364/2016).

## Υποκαταστήματα ασφαλιστικών και αντασφαλιστικών επιχειρήσεων τρίτων χωρών

Ειδικώς αναφορικά με υποκατάστημα ασφαλιστικής **επιχείρησης με έδρα σε κράτος εκτός Ευρωπαϊκής Ένωσης**, το οποίο υποκατάστημα **βρίσκεται στην Ελλάδα** και προτίθεται να μεταβιβάσει σε ελληνική ασφαλιστική επιχείρηση το σύνολο ή μέρος του χαρτοφυλακίου του, προβλέπεται ότι είναι απαραίτητη για τη μεταβίβαση η συγκατάθεση της Τράπεζας της Ελλάδος. Εξυπακούεται και σε αυτήν την περίπτωση ότι η αποκτώσα επιχείρηση θα πρέπει να κατέχει ήδη κατάλληλη άδεια λειτουργίας των κλάδων στους οποίους κατατάσσονται οι κίνδυνοι ή οι υποχρεώσεις του μεταβιβαζόμενου χαρτοφυλακίου ασφαλιστικών συμβάσεων. Απαιτείται, δε, η πιστοποίηση, είτε της Τράπεζας της Ελλάδος είτε της αρμόδιας εποπτικής αρχής κατ' άρθρο 135 ν. 4364/2016<sup>12</sup>, ότι η ανάδοχος του χαρτοφυλακίου ασφαλιστική επιχείρηση πληροί την Κεφαλαιακή Απαίτηση Φερεγγυότητας του άρθρου 76 ν. 4364/2016 (άρ. 132 παρ. 1) ή της παραγράφου 1 του άρθρου 100 της Οδηγίας 2009/138/ΕΚ, λαμβάνοντας υπόψη και το μεταβιβαζόμενο χαρτοφυλάκιο.

11 Έτσι αναφέρεται στην παράγραφο 8 του άρθρου 28 του ν. 4364/2016, πλην όμως δεν είναι νοτή η ενημέρωση «της Ευρωπαϊκής Ένωσης». Θεωρείται πιθανό είτε η αναφορά να αφορούσε την ΕΙΟΠΑ, είτε να μη χρειαζόταν καθόλου και η πρόθεση κοινοποίησης να αφορούσε μόνο τα κράτη-μέλη στα οποία βρίσκονται οι κίνδυνοι ή οι υποχρεώσεις.

12 Το άρθρο 135 ν. 4364/2016 αναφέρεται στα ευεργετήματα για τις επιχειρήσεις με άδεια εγκατάστασης σε περισσότερα του ενός κράτη-μέλη.

Σε περίπτωση που υποκατάστημα στην Ελλάδα ασφαλιστικής επιχείρησης που δεν έχει την έδρα της σε κράτος-μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προτίθεται να μεταβιβάσει μέρος ή το σύνολο του χαρτοφυλακίου του σε ασφαλιστική επιχείρηση που έχει την έδρα της σε άλλο κράτος-μέλος, απαιτείται η έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος, μετά την πιστοποίηση της εποπτικής αρχής του κράτους-μέλους καταγωγής της αποκτώσας επιχείρησης, ως προς τη διατήρηση της Κεφαλαιακής Απαίτησης Φερεγγυότητας της παρ. 1 του άρθρου 100 της οδηγίας 2009/138/ΕΚ για την αποκτώσα επιχείρηση, μετά και τη μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου.

Περαιτέρω, εάν πρόκειται για μεταβίβαση από υποκατάστημα στην Ελλάδα ασφαλιστικής επιχείρησης τρίτης χώρας σε υποκατάστημα σε άλλο κράτος-μέλος ασφαλιστικής επιχείρησης επίσης τρίτης χώρας, γίνεται ένας συνδυασμός των ανωτέρω διατάξεων και η έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος χορηγείται μόνο εφόσον η αρμόδια εποπτική αρχή (ήτοι, η εποπτική αρχή του κράτους-μέλους όπου βρίσκεται το ανάδοχο του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου υποκατάστημα ή του κράτους-μέλους του άρθρου 135 ν. 4364/2016) πιστοποιεί όχι μόνο στοιχεία που αφορούν τη φερεγγυότητα του υποκαταστήματος μετά τη μεταβίβαση, αλλά και στοιχεία που αφορούν τη σχετική νομοθεσία του κράτους-μέλους καταγωγής. Συγκεκριμένα, θα πρέπει να πιστοποιείται ότι η νομοθεσία του κράτους-μέλους όπου είναι εγκατεστημένο το ανάδοχο υποκατάστημα επιτρέπει τη μεταβίβαση και ότι το εν λόγω κράτος-μέλος έχει συναινέσει σε αυτήν. Επιπλέον, δε, απαιτείται και η σύμφωνη γνώμη των εποπτικών αρχών των κρατών-μελών όπου βρίσκονται οι κίνδυνοι ή έχουν αναληφθεί οι υποχρεώσεις. Η σύμφωνη γνώμη διαβιβάζεται μέσα σε ένα τρίμηνο από την υποβολή του σχετικού αιτήματος και η μη διατύπωση γνώμης τεκμαίρεται ότι συνιστά θετική απάντηση ή σιωπηρή έγκριση.

Ως προς τις υποχρεώσεις δημοσίευσης για την προστασία των αντισυμβαλλομένων των ασφαλιστικών επιχειρήσεων, προβλέπεται ότι η μεταβίβαση δημοσιεύεται υποχρεωτικά στην Ελλάδα εφόσον το χαρτοφυλάκιο αφορά κινδύνους ή υποχρεώσεις στην Ελλάδα. Οι λήπτες ασφάλισης, οι ασφαλισμένοι και οι δικαιούχοι ασφαλισμάτων δεσμεύονται από τη μεταβίβαση, διατηρώντας πάντως τα δικαιώματα που προκύπτουν από τις διατάξεις των άρθρων 7, 8 και 9 του άρθρου 28 του ν. 4364/2016 περί διατύπωσης ενστάσεων κ.ο.κ.

Παρέχεται, τέλος, νομοθετική εξουσιοδότηση προς την Τράπεζα της Ελλάδος (άρ. 28 παρ. 12 ν. 4364/2016) να ρυθμίσει με απόφασή της, η οποία δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, τους γενικότερους και ειδικότερους όρους και προϋποθέσεις ειδικώς για τη μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου προς υποκαταστήματα τρίτων χωρών που λειτουργούν στην Ελλάδα ή σε άλλο κράτος-μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

## Ασφαλιστικές επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται με ελεύθερη παροχή υπηρεσιών (ΕΠΥ)

Ιδιαίτερη περίπτωση αποτελεί η μεταβίβαση χαρτοφυλακίου από ασφαλιστική επιχείρηση που δραστηριοποιείται στην Ελλάδα με ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και έχει συνάψει ασφαλιστήρια συμβόλαια για την κάλυψη κινδύνων ή υποχρεώσεων στην Ελλάδα. Κι αυτό, διότι η έγκριση της μεταβίβασης δίδεται από την εποπτική αρχή του κράτους καταγωγής της εκχωρούσας ασφαλιστικής επιχείρησης μόνο κατόπιν σχετικής συγκατάθεσης της Τράπεζας της Ελλάδος, για προφανείς λόγους προστασίας των ασφαλισμένων και δικαιούχων ασφαλισματος στην Ελλάδα.

Περαιτέρω, γίνεται διαχωρισμός στον νόμο ανάλογα με την έδρα του εκδοχέα. Στην περίπτωση που ο εκδοχέας είναι ευρωπαϊκή επιχείρηση εγκατεστημένη στην Ελλάδα, τα συμβόλαια αυτά θεωρούνται ότι έχουν συνομολογηθεί υπό καθεστώς εγκατάστασης. Για τα συμβόλαια αυτά ισχύει ό,τι είχε συμφωνηθεί, εκτός αν ο αντισυμβαλλόμενος θελήσει να ακολουθήσει το ελληνικό δίκαιο και γλώσσα. Στην περίπτωση που ο εκδοχέας δεν είναι εγκατεστημένος στην Ελλάδα, απαιτείται να ασκεί τουλάχιστον δραστηριότητα ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στην Ελλάδα.

Εάν, δε, ο εκδοχέας είναι ελληνική επιχείρηση, υποχρεούται να ζητήσει προηγουμένως την έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος, η οποία πάντως δίδει την ανωτέρω έγκριση μόνον εφόσον πιστοποιεί την ύπαρξη των προϋποθέσεων διατήρησης της φερεγγυότητας της αναδόχου επιχείρησης.

Από την πλευρά των καταναλωτών-αντισυμβαλλομένων των ασφαλιστικών επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται με ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στη χώρα μας, έχουν εκφραστεί επανειλημμένως επιφυλάξεις και κριτική για τη δυνατότητα εξυπηρέτησης και πρακτικής κάλυψης των αναγκών των δικαιούχων ασφάλισης από μια ασφαλιστική επιχείρηση, η οποία δεν έχει εγκατάσταση στη χώρα όπου προσφέρει τις υπηρεσίες της και όπου θα κληθεί να προσφέρει την παροχή προς τον ασφαλισμένο ή να πληρώσει το ασφάλισμα στον δικαιούχο. Ιδιαίτερα εκφράζονται επιφυλάξεις ως προς τη θέση στην οποία βρίσκεται ο αντισυμβαλλόμενος της ασφαλιστικής επιχείρησης όταν η επιχείρηση που δραστηριοποιείται με ΕΠΥ δεν ήταν η επιλογή του εξ αρχής, αλλά προέκυψε – ουσιαστικά ερήμην του – μετά από μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου στο οποίο περιλαμβάνονταν και το δικό του ασφαλιστήριο συμβόλαιο. Είναι άξιο έρευνας το κατά πόσον μια τέτοια πρακτική από την πλευρά των ασφαλιστικών επιχειρήσεων παραμένει νόμιμη και συμβατικά θεμιτή, λαμβάνοντας υπόψη τόσο τις πρακτικές δυσχέρειες, οι οποίες όντως έχουν παρατηρηθεί σε τέτοιες περιπτώσεις, όσο και τις θεωρητικές αντιρρήσεις, οι οποίες ερείδονται στη φύση της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών. Συγκεκριμένα, δεδομένου ότι σύμφωνα με την ευρωπαϊκή



νομοθεσία<sup>13</sup>, η επιχείρηση που δραστηριοποιείται με ΕΠΥ θα πρέπει να έχει περιστασιακή μόνο δραστηριοποίηση στη χώρα που δεν έχει εγκατάσταση, αλλιώς και η δραστηριοποίηση αυτή να μην αποτελεί σημαντικό τμήμα της συνολικής παραγωγής της, το φαινόμενο των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται με ΕΠΥ σχεδόν εξ ολοκλήρου και αδιάλειπτα επί μακρόν χρόνο αποτελεί πεδίο υπό εξέταση και αναδιαμόρφωση στην ευρωπαϊκή νομοθεσία περί ιδιωτικής ασφάλισης. Παρόλο που το φλέγον αυτό ζήτημα, όπως έχει εξελιχθεί λόγω του όγκου της παραγωγής που έχει φθάσει να αποτελεί η δραστηριοποίηση με ΕΠΥ, δεν αντιμετωπίστηκε στην οδηγία 2009/138/ΕΚ παρά μόνο σε τεχνικό επίπεδο κατάρτισης των κανόνων υπό τους οποίους δραστηριοποιείται νόμιμα με ΕΠΥ μια επιχείρηση (άρθρα 147 επ. ν. 4364/2016), έχει ασκηθεί έντονη κριτική με αποτέλεσμα να αναμένεται σχετική πρωτοβουλία άμεσα από την πλευρά των οργάνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλιώς και από την πλευρά της Ευρωπαϊκής Αρχής Ασφαλίσεων και Επαγγελματικών Συντάξεων (ΕΙΟΡΑ).

## Γ. Μεταβίβαση χαρτοφυλακίου κατά τη διαδικασία εξυγίανσης της ασφαλιστικής επιχείρησης

Η μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου μπορεί, πάντως, να αποτελέσει μέτρο εξυγίανσης της ασφαλιστικής επιχείρησης, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες απαιτείται η διαφύλαξη ή αποκατάσταση της χρηματοοικονομικής κατάστασής της. Στην περίπτωση αυτή, και εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις λήψης μέτρων εξυγίανσης, όπως αυτές αναφέρονται εξαντλητικά στο άρθρο 223 ν. 4364/2016, η Τράπεζα της Ελλάδος μπορεί με απόφασή της **να υποχρεώσει την ασφαλιστική επιχείρηση στη μεταβίβαση**, εντός συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος, **μέρους ή συνόλου ενός ή περισσότερων χαρτοφυλακίων ασφαλιστικών υποχρεώσεων** της (άρ. 228 παρ. 1). Η προαναφερθείσα απόφαση προσδιορίζει το είδος των χαρτοφυλακίων των προς μεταβίβαση ασφαλιστικών υποχρεώσεων. Κατά την περίπτωση αυτή ακολουθείται μεν η διαδικασία του άρθρου 28 και διασφαλίζονται οι προϋποθέσεις που εκεί τίθενται, όμως διαφοροποιείται ως προς τα εξής δύο στοιχεία:

α) το ποσοστό της υποπερίπτωσης (αδ) της περίπτωσης (α) της παραγράφου 7 του ανωτέρω άρθρου προσδιορίζεται σε πενήντα τοις εκατό (50%),

β) οι αποτιμήσεις των προς μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού και ασφαλιστικών υποχρεώσεων διενεργούνται σύμφωνα με τις διατάξεις του Κεφαλαίου ΣΤ' του Πρώτου Μέρους του ν. 4364/2016.

13 Ιδίως στην οδηγία 64/225/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1964, «περί καταργήσεως των περιορισμών στο δικαίωμα εγκαταστάσεως και στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στον τομέα της αντασφαλίσεως και της αντεκκωρήσεως» (ΕΕ L 184 της 17.7.1999, σ. 23) και στη δεύτερη οδηγία 88/357/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 22ας Ιουνίου 1988, «για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την πρωτασφάλιση, εκτός της ασφάλειας ζωής, και τη θέσπιση των διατάξεων που σκοπό έχουν να διευκολύνουν την πραγματική άσκηση της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών» (ΕΕ L 172 της 4.7.1988, σ. 1).



Συγκεκριμένα, ως προς τη διαδικασία που ακολουθείται στην υποχρεωτική μεταβίβαση χαρτοφυλακίου, θα πρέπει να επισημανθεί ότι ενεργό ρόλο παίζει, μαζί με το διοικητικό συμβούλιο της ασφαλιστικής επιχείρησης, ο ασφαλιστικός διαχειριστής που τυχόν έχει διοριστεί κατ' εφαρμογή των διατάξεων 222 επ. ν. 4364/2016. Ο διορισμός του ασφαλιστικού διαχειριστή δεν είναι απαραίτητος, είναι όμως η πλέον ενδεδειγμένη επιλογή για την ομαλότερη εξέλιξη και εφαρμογή των μέτρων εξυγίανσης που λαμβάνονται, είτε πρόκειται για ασφαλιστικό διαχειριστή που ενεργεί με σύμπραξη του διοικητικού συμβουλίου (άρ. 224 παρ. 3 εδ. α'), είτε για ασφαλιστικό διαχειριστή που αντικαθιστά το διοικητικό συμβούλιο στη διοίκηση της ασφαλιστικής επιχείρησης (άρ. 224 παρ. 3 εδ. β' και γ').

Μετά, λοιπόν, την απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος για υποχρεωτική μεταβίβαση συγκεκριμένου ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου, το διοικητικό συμβούλιο ή/και ο ασφαλιστικός διαχειριστής καλούν ασφαλιστικές επιχειρήσεις που, κατά την κρίση τους και σύμφωνα με τις διαθέσιμες σε αυτούς κατά τον χρόνο αυτόν πληροφορίες, είναι κατάλληλες για την κτήση των υπό μεταβίβαση χαρτοφυλακίων ασφαλιστικών υποχρεώσεων σε άτυπη και εμπιστευτική διαδικασία υποβολής προσφορών για την απόκτησή τους. Η υποβαλλόμενη από κάθε ασφαλιστική επιχείρηση προσφορά προσδιορίζει το ύψος των περιουσιακών στοιχείων που θα επιθυμούσε να της μεταβιβαστούν, ώστε να δεχθεί να αναλάβει τη σχετική ασφαλιστική υποχρέωση. Οι κληθείσες σε υποβολή προσφορών ασφαλιστικές επιχειρήσεις, καθώς και οι διοικούντες, υπάλληλοι και συνεργάτες τους, τηρούν απόρρητο ως προς κάθε πληροφορία που απέκτησαν με την ευκαιρία αυτή. Είναι προφανές ότι κατά τη διαδικασία αυτή προκύπτουν ζητήματα εχεμύθειας, αλληλ και σύγκρουσης συμφερόντων, τα οποία σε ορισμένες περιπτώσεις δρουν καταλυτικά για την επίτευξη συμφωνίας μεταβίβασης ή για την άκαρπη κατάληξη της προσπάθειας. Έτσι, κατά τον χρόνο της διαδικασίας μεταβίβασης και διαπραγματεύσεων, είναι εύλογο η μεταβιβάζουσα ασφαλιστική επιχείρηση να επιδιώκει την παροχή κατά το δυνατόν λιγότερων και πιο γενικών πληροφοριών σχετικά με το μεταβιβαζόμενο χαρτοφυλάκιο, περιοριζόμενη σε γενικά συγκεντρωτικά στοιχεία, χωρίς φυσικά την παροχή στοιχείων των ασφαλισμένων και αντισυμβαλλομένων της, ενώ από την πλευρά της η υποψήφια αποκτώσα επιχείρηση επιδιώκει την πρόσκτηση όσο το δυνατόν λεπτομερέστερων στοιχείων αναφορικά με το υπό μεταβίβαση χαρτοφυλάκιο, προκειμένου να αποκλίσει την περίπτωση μιας επιζήμιας επένδυσης<sup>14</sup>.

14 Αντίστοιχες διατάξεις για τη μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων πιστωτικού ιδρύματος προβλέπονται στο άρθρο 38 του Κεφαλαίου Ι' του άρθρου 2 του ν. 4335/2015 (ΦΕΚ Α 87). Οι εκεί διατάξεις είναι λεπτομερέστερες και άπτονται περισσότερων ζητημάτων, αποτελούν όμως μετεξέλιξη αντίστοιχου περιεχομένου διατάξεων του ν. 4261/2014 και του ν. 3601/2007. Από την άλλη πλευρά, οι διατάξεις περί εξυγίανσης στο ν.δ. 400/1970 ήταν ουσιαστικά μόνο μια αναφορά στο άρθρο 2α περ. η', όπου δινόταν ορισμός των μέτρων εξυγίανσης και στο άρθρο 17γ παρ. 9 όπου γινόταν ευθεία παραπομπή στο άρθρο 63 ν. 3601/2007, συνεπώς οι νέες διατάξεις των άρθρων 221 επ. του ν. 4364/2016 αποτελούν μια πολύ σημαντική πρόοδο στη διαδικασία εξυγίανσης των ασφαλιστικών επιχειρήσεων.

Δεδομένου ότι η υποχρεωτική μεταβίβαση χαρτοφυλακίου έχει στόχο την ανάκαμψη ή, πάντως, τη σταθεροποίηση της φερεγγυότητας της ασφαλιστικής επιχείρησης, είναι πολύ πιθανό η αξία των προς μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου να υπολείπεται της αξίας των αναγκαίων για την ολοκλήρωση της ως άνω μεταβίβασης περιουσιακών στοιχείων. Στην περίπτωση αυτή, η Τράπεζα της Ελλάδος μπορεί να προβεί σε ανάλογη μείωση των αντίστοιχων ασφαλιστικών υποχρεώσεων, κατ' εφαρμογή και σύμφωνα με τη διαδικασία και τις προϋποθέσεις του άρθρου 230 ν. 4364/2016.

Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ως μια από τις επιπτώσεις της μη συμμόρφωσης της επιχείρησης με την απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος για την υποχρεωτική μεταβίβαση ενός ή περισσότερων χαρτοφυλακίων της αναφέρεται ο διορισμός του ασφαλιστικού διαχειριστή (άρ. 224 παρ. 1 περ. η), εφόσον βεβαίως δεν έχει ήδη διοριστεί σε νωρίτερο στάδιο της διαδικασίας εξυγίανσης. Επιπλέον, στις μεταβιβάσεις χαρτοφυλακίου<sup>15</sup> που γίνονται μετά τον διορισμό ασφαλιστικού διαχειριστή, δεν εφαρμόζεται το άρθρο 479 του Αστικού Κώδικα περί μεταβίβασης περιουσίας ή επιχείρησης, γεγονός που συνάδει με τον αυξημένο έλεγχο στη διοίκηση της εταιρίας από την εποπτική αρχή.

#### Δ. Μεταβίβαση χαρτοφυλακίου κατά το στάδιο ασφαλιστικής εκκαθάρισης

Η ασφαλιστική εκκαθάριση σύμφωνα με τον ν. 4364/2016 διακρίνεται ως προς τις εκκαθαρίσεις που είχαν χρόνο έναρξης πριν την 31-12-2015 και ως προς εκείνες που προέκυψαν από 1-1-2016 και εξής. Για τις μεν πρώτες έχει εφαρμογή το άρθρο 248 του ν. 4364/2016, ενώ για τις δεύτερες εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 221 και 235 έως 247 του ίδιου νόμου.

Αναφορικά με τις **εκκαθαρίσεις με έναρξη μετά την 1-1-2016**, υφίσταται η δυνατότητα μεταφοράς ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου με δύο εκδοχές:

Α) Η πρώτη εκδοχή (άρ. 235 παρ. 4 και 5 ν. 4364/2016) αφορά την ήδη εν εξελίξει υποχρεωτική μεταφορά χαρτοφυλακίου, η οποία έχει επιβληθεί από την Τράπεζα της Ελλάδος ως μέτρο εξυγίανσης της ασφαλιστικής επιχείρησης. Ειδικώς αυτή η διαδικασία δεν διακόπτεται από την ανάκληση της άδειας λειτουργίας της επιχείρησης και την έναρξη της ασφαλιστικής εκκαθάρισης, που σηματοδοτούν την αυτοδίκαιη λύση όλων των ασφαλιστικών συμβάσεων, καθώς με απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος αναστέλλεται η λύση των συμβάσεων του υπό μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρ-

<sup>15</sup> Πάντως, σύμφωνα με τη διατύπωση του εδαφίου β' της παραγράφου 1 του άρθρου 225 ν. 4364/2016, η μη εφαρμογή του άρθρου 479 του Αστικού Κώδικα αφορά τόσο μεταβίβαση χαρτοφυλακίου σύμφωνα με το άρθρο 28, όσο και σύμφωνα με το άρθρο 228 του ίδιου νόμου, αρκεί να έχει διοριστεί ασφαλιστικός διαχειριστής από την εποπτική αρχή.

τοφυλακίου προκειμένου, προφανώς, να επιτευχθεί η μεταβίβαση και να αποφευχθεί η εισαγωγή του χαρτοφυλακίου αυτού σε καθεστώς ασφαλιστικής εκκαθάρισης.

Β) η δεύτερη εκδοχή (άρ. 235 παρ. 5 ν. 4364/2016) αφορά τη μεταφορά ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου από υπό ασφαλιστική εκκαθάριση επιχείρηση σε επιχείρηση run-off, ήτοι σε ασφαλιστική επιχείρηση που διενεργεί αποκλειστικά εκκαθαρίσεις χαρτοφυλακίου. Στην περίπτωση αυτή, η μεταβίβαση γίνεται με σκοπό τη σταδιακή αποζημίωση των δικαιούχων ασφαλισματος και τη συρρίκνωση του χαρτοφυλακίου, είτε με εξωδικαστικούς συμβιβασμούς είτε με δικαστικές αποφάσεις. Η μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου αυτού γίνεται ύστερα από άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος σύμφωνα με τη διαδικασία της περίπτωσης (β) της παραγράφου 7 του άρθρου 28 ν. 4364/2016 (άρ. 235 παρ. 5 ν. 4364/2016).

Αναφορικά με τις εκκαθαρίσεις με έναρξη προ της 31-12-2015, σύμφωνα με το άρθρο 248 παρ. 11 ν. 4364/2016, προβλέπεται ειδικώς η μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου κλάδου αστικής ευθύνης από χερσαία αυτοκίνητα οχήματα. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 248 ν. 4364/2016, το «Επικουρικό Κεφάλαιο Ασφάλισης ευθύνης από ατυχήματα αυτοκινήτων» του άρθρου 16 κ.ν. 489/1976 έχει τη διοίκηση και διαχείριση του κλάδου αυτοκινήτων κάθε εκκαθάρισης που είχε ήδη εκκινήσει έως τις 31-12-2015 (άρ. 248 παρ. 9 ν. 4364/2016) και υπεισέρχεται στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις της ασφαλιστικής επιχείρησης ως προς τον κλάδο αυτόν. Στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του, προβλέπεται η μεταβίβαση του συνόλου ή μέρους του χαρτοφυλακίου, ήτοι απαιτήσεων και περιουσιακών στοιχείων, η οποία ορίζεται στην ως άνω διάταξη ως «μεταβίβαση χαρτοφυλακίου εκκρεμών ζημιών», ύστερα από αίτημα που υποβάλλεται από κοινού από το Επικουρικό Κεφάλαιο και τον ασφαλιστικό εκκαθαριστή και σχετική έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος. Η διαδικασία διαφοροποιείται κάπως σε σχέση με το άρθρο 28 ν. 4364/2016, αλλήλ και σε σχέση με το προγενέστερο άρθρο 59 ν.δ. 400/1970. Συγκεκριμένα, το αίτημα για μεταβίβαση συνοδεύεται αφενός από έκθεση του ασφαλιστικού εκκαθαριστή και του Επικουρικού Κεφαλαίου προς την Τράπεζα της Ελλάδος, και αφετέρου από έκθεση του υποψήφιου αναδόχου επίσης προς την Τράπεζα της Ελλάδος περί της διατήρησης του αναγκαίου περιθωρίου φερεγγυότητας μετά την απόκτηση του ως άνω χαρτοφυλακίου και περί των δεσμεύσεων που αναλαμβάνει, για την εξόφληση των υποχρεώσεων του μεταβιβαζόμενου χαρτοφυλακίου<sup>16</sup>. Περαιτέρω, η μεταβίβαση εγκρίνεται από την Τράπεζα της Ελλάδος με απόφαση που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως<sup>17</sup>, εφόσον η επιχείρηση προς την οποία γίνεται η μεταβίβαση

16 Προφανώς εκ παραδρομής η διάταξη του άρθρου 248 παρ. 11 αναφέρει τη φράση «από την οποία προκύπτει η συνδρομή των όρων που ορίζει η παρ. 13 του παρόντος άρθρου». Όμως η παράγραφος 13 αφορά εντελώς διαφορετικές υποχρεώσεις του Επικουρικού Κεφαλαίου. Από το συνολικό κείμενο της διάταξης της παραγράφου 11 προκύπτει το λογικό συμπέρασμα ότι η συνδρομή των όρων που αναφέρεται ανωτέρω αφορά τους όρους που περιλαμβάνονται στο τρίτο εδάφιο της ίδιας παραγράφου.

17 Η δημοσίευση της απόφασης αυτής γίνεται στο Τεύχος Β' της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως, μετά την εφαρμογή του άρθρου 2 ν. 4250/2014 περί της κατάργησης υποχρέωσης δημοσίευσης στο Τεύχος ΑΕ, ΕΠΕ και ΓΕΜΗ.

δραστηριοποιείται νόμιμα στην Ελλάδα και διαθέτει άδεια λειτουργίας του κλάδου αστικής ευθύνης από την κυκλοφορία οχημάτων και ταυτοχρόνως διασφαλίζει ότι θα διαθέτει το αναγκαίο περιθώριο φερεγγυότητας τόσο κατά τον χρόνο της μεταβίβασης όσο και μετά από αυτήν. Επιπλέον, θα πρέπει οπωσδήποτε να διασφαλιστεί ότι δεν θίγονται συμφέροντα των δικαιούχων αποζημίωσης. Η απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος που εγκρίνει τη μεταβίβαση περιλαμβάνει τη μεταφορά του χαρτοφυλακίου εκκρεμών ζημιών στην ανάδοχο επιχείρηση. Μετά τη δημοσίευσή της δεν δύναται να αντισταθούν κατά αυτής οι ασφαλισμένοι, οι συμβαλλήσιμοι στην ασφαλιστική σύμβαση, οι δικαιούχοι του ασφαλισματος και οι πιστωτές της ασφαλιστικής επιχείρησης.

Επί των ανωτέρω, είναι άξιο παρατήρησης ότι δεν προβλέπεται, όπως στην περίπτωση της μεταβίβασης ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου εκτός εκκαθάρισης, δυνατότητα των δικαιούχων ασφαλισματος για εναντίωση στη μεταβίβαση. Αυτό εξηγείται από τη φύση του συγκεκριμένου χαρτοφυλακίου, το οποίο αποτελείται από απαιτήσεις ασφαλιστικών συμβολαίων υπό εκκαθάριση και όχι από ενεργά συμβόλαια.

Η μεταβίβαση ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρωτοκόλλου παράδοσης και παραλαβής των μεταβιβαζόμενων στοιχείων. Το πρωτόκολλο αυτό συνάπτεται μεταξύ του αναδόχου, του Επικουρικού Κεφαλαίου και του ασφαλιστικού εκκαθαριστή. Σε αυτό αναφέρονται, αφενός το ύψος των τεχνικών αποθεμάτων εκκρεμών ζημιών κατά την ημερομηνία σύνταξης του πρωτοκόλλου και αφετέρου τα περιουσιακά στοιχεία που μεταβιβάζονται στην ανάδοχο ασφαλιστική επιχείρηση, η οποία με τη μεταβίβαση καθίσταται αποκλειστικά υπεύθυνη για την εξόφληση των υποχρεώσεων εκ του χαρτοφυλακίου εκκρεμών ζημιών. Σημειώνεται, μάλιστα, ότι με τη μεταβίβαση αυτή λήγει η ασφαλιστική εκκαθάριση ως προς το Επικουρικό Κεφάλαιο. Η μεταβίβαση των περιουσιακών στοιχείων των προηγούμενων παραγράφων και κάθε άλλη πράξη που συνδέεται με αυτήν απαλλήλασσεται από κάθε φόρο, εισφορά ή τέλος, συμπεριλαμβανομένης και τυχόν υπεραξίας που προκύπτει από τη μεταβίβαση με εξαίρεση τη φορολογία μεταβίβασης ακινήτων. Κάθε ειδικότερο θέμα της μεταβίβασης ρυθμίζεται με απόφαση της Εποπτικής Αρχής.

Ειδική πρόβλεψη, τέλος, υφίσταται για τον περιορισμό της υποχρέωσης του αναδόχου προς τους δικαιούχους ασφαλισματος του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου που μεταβιβάστηκε με την ως άνω διαδικασία και το οποίο ανήκε σε ασφαλιστική επιχείρηση υπό εκκαθάριση, ήτοι κατ' εφαρμογή της περίπτωσης (γ) της παραγράφου 1 του άρθρου 19 κ.ν. 489/1976<sup>18</sup>. Συγκεκριμένα, ειδικώς αναφορικά με χαρτοφυλά-

18 Η περ. (γ) της παρ. 1 του άρθρου 19, όπως ισχύει, έχει ως εξής: «γ) Ο ασφαλιστής πτώχευσε ή η σε βάρος του εκτέλεση απέβη άκαρπη ή ανακλήθηκε η άδεια λειτουργίας ασφαλιστικής επιχείρησης ένεκα παραβάσεως νόμου. Στην περίπτωση αυτή, το Επικουρικό Κεφάλαιο έχει δικαίωμα αναγωγής κατά του διαμεσολαβήσαντος στην ασφάλιση προσώπου μέχρι του ισοποσού σε δραχμές των 1.500 ευρώ, εκτός αν αυτός αποδείξει ότι δεν γνώριζε ούτε μπορούσε να γνωρίζει, οσδήποτε επιμέλεια και αν είχε επιδείξει, την επικείμενη πτώχευση ή ανάκληση. Ο παραπάνω περιορισμός της ευθύνης του διαμεσολαβήσαντος δεν ισχύει, αν αυτός ενήργησε με δόλο. Επίσης, στην ως άνω περίπτωση το Επικουρικό Κεφάλαιο έχει ίδια αξίωση κατά του αντασφαλιστή για τις υποχρεώσεις του προς την ασφαλιστική επιχείρηση που προκύπτουν από την αντασφαλιστική σύμβαση αστικής ευθύνης από χειραία οχήματα».

κιο εκκρεμών ζημιών που προέρχεται από ασφαλιστική επιχείρηση υπό εκκαθάριση, για τον ανάδοχο διατηρείται το ανώτατο όριο στην εκπλήρωση των υποχρεώσεων που προβλέπεται για το Επικουρικό Κεφάλαιο, μετά την τροποποίηση της παρ. 2 του άρθρου 19 του κ.ν. 489/1976 από τον ν. 4092/2012<sup>19</sup>. Η τροποποίηση αυτή επικρίθηκε έντονα από τη θεωρία<sup>20</sup> και προκάλεσε διχογνωμία στη σχετική νομολογία, θεωρούμενη αντισυνταγματική λόγω της στέρησης από τον ασφαλισμένο-ζημιώσαντα των περιουσιακού χαρακτήρα απαιτήσεών του έναντι του Επικουρικού Κεφαλαίου, ειδικού διαδόχου της ασφαλιστικής του εταιρείας, για το ποσό που υποχρεούται να καταβάλει ο οργανισμός κοινωνικής ασφάλισης του ζημιωθέντα, εξαιτίας και μόνο του λόγου ότι ανακλήθηκε η άδεια λειτουργίας του ασφαλιστή του, χωρίς να συντρέχει λόγος δημοσίου συμφέροντος ή ωφέλειας, καθώς θεωρήθηκε ότι αποτελεί παράνομη στέρηση περιουσιακού δικαιώματος αντικείμενη στο άρθρ. 17 του Συντάγματος και στο άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, ιδίως σε συνδυασμό με την υποχρεωτικότητα της ασφάλισης αστικής ευθύνης από

19 Η παρ. 2 του άρθρου 19 κ.ν. 489/1976, μετά την αντικατάστασή της με την παρ. γ' του άρθρου 4 του ν. 4092/2012, έχει ως εξής: «2. Η αποζημίωση που καταβάλλει το Επικουρικό Κεφάλαιο για χρηματικές ικανοποιήσεις λόγω ψυχικής οδύνης δεν μπορεί να υπερβεί το ποσό των 6.000 ευρώ για κάθε δικαιούχο. Η αποζημίωση για τα εδάφια α' και β' της προηγούμενης παραγράφου του παρόντος άρθρου δεν μπορεί να υπερβεί τα κατά το άρθρο 6 παράγραφος 5 κατώτατα όρια ασφαλιστικών ποσών του χρόνου του ατυχήματος. Στις περιπτώσεις του εδαφίου γ' της προηγούμενης παραγράφου το συνολικό ποσόν για την αποζημίωση καταβάλλεται σύμφωνα με τα ακόλουθα:

- α) για αποζημίωση ύψους έως 4.000 ευρώ καταβάλλεται συνολικό ποσόν ίσο προς το 90% αυτής,
- β) για αποζημίωση ύψους από 4.001 έως 10.000 ευρώ καταβάλλεται συνολικό ποσόν ίσο προς το 87,5% αυτής, με κατώτατο όριο 3.600 ευρώ,
- γ) για αποζημίωση ύψους από 10.001 έως 30.000 ευρώ καταβάλλεται συνολικό ποσόν ίσο προς το 85% αυτής, με κατώτατο όριο 8.750 ευρώ,
- δ) για αποζημίωση ύψους από 30.001 έως 60.000 ευρώ καταβάλλεται συνολικό ποσόν ίσο προς το 80% αυτής, με κατώτατο όριο 25.000 ευρώ,
- ε) για αποζημίωση ύψους από 60.001 έως 100.000 ευρώ καταβάλλεται συνολικό ποσόν ίσο προς το 70% αυτής, με κατώτατο όριο 48.000 ευρώ,
- στ) για αποζημιώσεις το ύψος των οποίων υπερβαίνει τις 100.000 ευρώ καταβάλλεται συνολικό ποσόν ίσο με το 70% αυτών, με ανώτατο όριο τις 100.000 ευρώ.

Το Επικουρικό Κεφάλαιο υποχρεούται στην καταβολή αποζημίωσης και πέραν των 100.000 ευρώ σε πρόσωπα που ζημιώθηκαν με αναπηρία, η φύση και ο βαθμός της οποίας, καθώς και το ύψος αποζημίωσης, θα οριστούν με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας, που εκδίδεται μετά από γνώμη του Κέντρου Πιστοποίησης Αναπηρίας (ΚΕΠΑ). Η ανωτέρω γνώμη διατυπώνεται εντός 30 ημερών από την περιέλευση στο ΚΕΠΑ του σχετικού αιτήματος του Υπουργού Οικονομικών. Σε περίπτωση άπρακτης της προθεσμίας των 30 ημερών, η κοινή υπουργική απόφαση εκδίδεται χωρίς τη γνώμη αυτή. Η ρύθμιση της παρούσας παραγράφου καταλαμβάνει και τις ήδη γεγεννημένες αξιώσεις κατά του Επικουρικού Κεφαλαίου, χωρίς πάντως να θίγει αξιώσεις που έχουν επιδικαστεί με οριστική δικαστική απόφαση. Οι δικαιούχοι αποζημίωσης δύναται να διεκδικήσουν το υπόλοιπο ποσόν της ζημίας από την κοινή εκκαθάριση. Οι τόκοι που στις περιπτώσεις της προηγούμενης παραγράφου του παρόντος άρθρου υποχρεούται να καταβάλει το Επικουρικό Κεφάλαιο υπολογίζονται σε κάθε περίπτωση με επιτόκιο έξι τοις εκατό (6%) ετησίως. Με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών που εκδίδεται μετά από εισήγηση της Τράπεζας της Ελλάδος, μπορεί να μεταβάλλεται το εν λόγω ποσοστό. Οι αξιώσεις αποζημίωσης κατά του Επικουρικού Κεφαλαίου υπόκεινται στην παραγραφή της παραγράφου 2 του άρθρου 10».

20 Ενδεικτικά, κριτική στη ρύθμιση περί περιορισμού της ευθύνης του Επικουρικού Κεφαλαίου ασκείται από Κλάππα Η., «Κριτική θεώρηση των νέων διατάξεων περί Επικουρικού Κεφαλαίου: Τα θύματα και οι πρώην ασφαλισμένοι ως έμμεσοι χρηματοδότες του Επικουρικού Κεφαλαίου», ΠΕΙΡΝ 2013, 17, Μαρτίνο Κ., «Η παραγραφή των αξιώσεων αποζημίωσης από τροχαίο αυτοκινητικό ατύχημα», ΕΠΙΔΙΚΙΑ 2013, 247, Κατρούγκαλο Γ., «Κριτική αποτίμηση των ρυθμίσεων του ν.4092/2012 για το Επικουρικό Κεφάλαιο», ΠΕΙΡΝ 2012, 309.

αυτοκίνητο έναντι ασφαλιστρού και την προβλεπόμενη κρατική εποπτεία των ασφαλιστικών επιχειρήσεων<sup>21</sup>.

Επί του παρόντος, η υπ' αριθμ. 1025/2015 απόφαση του Δ' Τμήματος του Αρείου Πάγου<sup>22</sup> αρνήθηκε κατά πλειοψηφία να εφαρμόσει τις διατάξεις του ν. 4092/2012 που αφορούν στο ανώτατο όριο κάλυψης του Επικουρικού Κεφαλαίου, και μάλιστα με αναδρομική ισχύ, κρίνοντάς τις ως αντισυνταγματικές και παραπέμποντας περαιτέρω στην Ολομέλεια του Αρείου Πάγου για το ζήτημα της αντισυνταγματικότητας.

Πάντως, όσο οι διατάξεις του ν. 4092/2012 παραμένουν σε εφαρμογή, οι ίδιοι ως άνω περιορισμοί της εκπλήρωσης υποχρεώσεων εφαρμόζονται και για κάθε ανάδοχο επιχείρηση που αποκτά από το Επικουρικό Κεφάλαιο το χαρτοφυλάκιο εκκρεμών ζημιών ασφαλιστικής επιχείρησης υπό εκκαθάριση, δυνάμει της διάταξης της παρ. 9 του άρθρου 248 ν. 4364/2016. Σημειωτέον ότι, εκτός από την παρ. 2, και η παρ. 5<sup>23</sup> του άρθρου 19 του κ.ν. 489/1976 εφαρμόζεται αναφορικά με την ανάδοχο επιχείρηση.

### Εκκαθάριση ασφαλιστικής επιχείρησης ασφαλίσεων ζωής διενεργούμενη από το Εγγυητικό Κεφάλαιο Ζωής του ν. 3867/2010

Η ασφαλιστική εταιρία που δραστηριοποιείται στις ασφαλίσεις ζωής αντιμετωπίζεται ως ειδική περίπτωση υπό εκκαθάριση επιχείρησης από τις διατάξεις του ν. 3867/2010, όπου προβλέπονται οι ρυθμίσεις για τη λειτουργία και τις αρμοδιότητες του Εγγυητικού Κεφαλαίου Ιδιωτικής Ασφάλισης Ζωής<sup>24</sup>.

Συγκεκριμένα, η ανάκληση της άδειας λειτουργίας της ασφαλιστικής επιχείρησης ζωής δεν αποτελεί ταυτόχρονα, όπως συμβαίνει στο χαρτοφυλάκιο ασφαλιστηρίων συμβολαίων ζημιών, και θέση σε εκκαθάριση. Αντιθέτως, πρωταρχικός σκοπός του Εγγυητικού Κεφαλαίου είναι η διατήρηση και μεταβίβαση του συνόλου ή μέρους του χαρτοφυλακίου ασφαλιστηρίων ζωής υπό εκκαθάριση ασφαλιστικής επιχείρησης (άρ. 5 παρ. 1 ν. 3867/2010). Εάν αυτό τελικώς, παρά τη σχετική προσπάθεια, καταστεί ανέφικτο, τότε επέρχεται η καταγγελία των ασφαλιστηρίων συμβολαίων ζωής και η λύση τους, η θέση

21 ΑΠ 1025/2015 (Δ' Τμήμα) ΕΕμπΔ 2015, 653, ΕιρΠειρ 66/2015 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ), ΜΠρΠατρ 27/2014 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ), ΕφΔωδ 201/2013 (Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ), ΜΠρΣερρών 45/2013 (ΕΠΙΔΙΚΙΑ 2013/196), ΕιρΚυπαρ 26/2013 (ΕΠΙΔΙΚΙΑ 2013/190) κ.λπ.

22 ΕΕΜΠΔ 2015/653.

23 Η παρ. 5 του άρθρου 19 του κ.ν. 489/1976 έχει ως εξής: «5. Η αποζημίωση του Επικουρικού Κεφαλαίου περιορίζεται στην συμπλήρωση του ποσού που υποχρεούται να καταβάλει ασφαλιστικό Ταμείο ή άλλος Οργανισμός κοινωνικής ασφάλισης για την αυτή αιτία στο ζημιωθέντα (84/5/ΕΟΚ άρθρο 1 παρ. 4 εδ. α'). Το προηγούμενο εδάφιο δεν εφαρμόζεται στις περιπτώσεις που το Ελληνικό Γραφείο Διεθνούς Ασφάλισης καταβάλλει αποζημιώσεις σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος σε αλληοδαπά Γραφεία Διεθνούς Ασφάλισης για ατυχήματα που συμβαίνουν εκτός Ελλάδος. Σε περίπτωση διαφοράς μεταξύ του Επικουρικού Κεφαλαίου και του ασφαλιστή αστικής ευθύνης για το ποιος πρέπει να αποζημιώσει το θύμα για σωματικές βλάβες, που προκαλούνται από όχημα αγνώστων στοιχείων ή για υλικές ζημιές και σωματικές βλάβες ανασφάλιστου οχήματος, το Επικουρικό Κεφάλαιο υποχρεούται σε πρώτη φάση να αποζημιώσει το θύμα. Αν τελικά αποφασισθεί ότι ο ασφαλιστής αστικής ευθύνης θα έπρεπε να έχει καταβάλει την αποζημίωση εξ ολοκλήρου ή εν μέρει, ο ασφαλιστής αστικής ευθύνης θα επιστρέψει το οφειλόμενο ποσό στο Επικουρικό Κεφάλαιο που την κατέβαλε (90/232/ΕΟΚ αριθ. 4)».

24 Οι διατάξεις αυτές ελάχιστα εθίγησαν από τον ν. 4364/2016, ο οποίος τροποποίησε πλήρως άλλες διατάξεις ιδιωτικοασφαλιστικού δικαίου.



του χαρτοφυλακίου σε ασφαλιστική εκκαθάριση και η ενεργοποίηση αφενός του εγγυητικού συστήματος αποζημίωσης, αφετέρου δε του ασφαλιστικού εκκαθαριστή, που δραστηριοποιείται για την περαιτέρω ικανοποίηση των δικαιούχων ασφαλισματος.

Ειδικότερα, η μεταβίβαση του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου ζωής γίνεται προς ασφαλιστική επιχείρηση, η οποία δραστηριοποιείται στις ασφαλίσεις ζωής και λειτούργει νόμιμα στην Ελλάδα (άρ. 9 παρ. 1 ν. 3867/2010). Χαρακτηριστικά, η διάταξη αναφέρει ότι το Εγγυητικό Κεφάλαιο *«διευκολύνει τη μεταβίβαση»*. Η μεταβίβαση αυτή διενεργείται κατά παρέκκλιση των οριζόμενων στα άρθρα 3 παρ. 6 και 59 του ν.δ. 400/1970<sup>25</sup> – και πλέον 28 του ν. 4364/2016. Ενώ, δηλαδή, πρόκειται για μεταβίβαση «ενεργού» χαρτοφυλακίου, ακολουθείται μια διαδικασία που προσομοιάζει μάλλον με εξυγίανση – εξάλλου, βρισκόμαστε ήδη στο στάδιο μετά την ανάκληση της άδειας λειτουργίας – παρά με τη μεταβίβαση του άρθρου 28 ν. 4364/2016. Η διαδικασία ολοκληρώνεται μέσα σε τρεις μήνες – η προθεσμία αυτή δύναται να παραταθεί για ένα ακόμη τρίμηνο, μετά από αιτιολογημένο αίτημα της Διαχειριστικής Επιτροπής του Επικουρικού Κεφαλαίου προς την Τράπεζα της Ελλάδος – από την έκδοση της απόφασης της Τράπεζας της Ελλάδος, κατόπιν σχετικής εισήγησης του Εγγυητικού Κεφαλαίου περί της διαδικασίας και των αναγκών λεπτομερειών για τη μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου. Η αποτίμηση των ασφαλιστικών υποχρεώσεων, αλλά και εκείνη των περιουσιακών στοιχείων, που απαρτίζουν το υπό μεταβίβαση χαρτοφυλάκιο, εναπόκειται στο Εγγυητικό Κεφάλαιο, το οποίο λαμβάνει κάθε πρόσφορο μέτρο για τις αποτιμήσεις αυτές.

Η διαδικασία της εκποίησης του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου περιλαμβάνει, όπως είναι αναμενόμενο, την υποβολή σχετικών προσφορών από τις ενδιαφερόμενες ασφαλιστικές επιχειρήσεις ζωής και την επεξεργασία τους από το Εγγυητικό Κεφάλαιο Ζωής. Λαμβάνονται υπόψη οι όροι ανάληψης του χαρτοφυλακίου και οι οικονομικές προσφορές, με γνώμονα, πάντα, την προστασία των δικαιούχων από τις ασφαλιστικές συμβάσεις που αφορά το εκάστοτε χαρτοφυλάκιο<sup>26</sup>. Το Εγγυητικό Κεφάλαιο φροντίζει για τον υπολογισμό της απαίτησης από ασφάλιση ζωής, σύμφωνα με τους νόμιμους και συμβατικούς όρους κάθε συμβολαίου και κάθε απαίτησης παροχών, εκκρεμών ή πληρωτέων, κατά την ημερομηνία ανάκλησης της άδειας λειτουργίας της ασφαλιστικής επιχείρησης (άρ. 7 παρ. 2 ν. 3867/2010). Πρόβλημα προκύπτει στην περίπτωση που τα τεχνικά σημειώματα ή οι όροι των υπό εξέταση συμβολαίων παραβιάζουν την κείμενη ασφαλιστική νομοθεσία ή αντιβαίνουν στο δημόσιο συμφέρον. Τότε, το Εγγυητικό Κεφάλαιο,

25 ΣτΕ 3783/2014 (Τμήμα Α') ΕΕμπΔ 2014/916, «πιλοτική δίκη» κατ' εφαρμογή του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3900/2010 για την ευθύνη του Δημοσίου από πλημμελή άσκηση εποπτείας αναφορικά με την ανάκληση άδειας των ασφαλιστικών επιχειρήσεων του ομίλου «ΑΣΠΙΣ ΠΡΟΝΟΙΑ», με παρατηρήσεις του Ν. Φλώρου, ΕΕμπΔ 2014/929.

26 Σημειώνεται ότι το Εγγυητικό Κεφάλαιο Ζωής κατά τη διαδικασία αυτή οφείλει να λαμβάνει υπόψη και τη διάταξη του άρθρου 8 του ν. 3867/2010 περί των **εξαιρέσεων από την κάλυψή του**, οι οποίες αφορούν ασφαλιστήρια συμβόλαια προσώπων που έχουν διατελέσει μέλη Δ.Σ. ή συγγενείς αυτών, πρόσωπα που ήταν επιφορτισμένα με τον έλεγχο των χρηματοοικονομικών καταστάσεων της επιχείρησης κ.λπ.



μετά από σχετική απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος<sup>27</sup>, δύναται να προβαίνει στις απαραίτητες αναλογιστικές πράξεις και προσαρμογές των όρων αυτών των συμβολαίων ασφάλισης ζωής και στην αναπροσαρμογή της απαίτησης που προκύπτει από αυτά. Ειδική πρόβλεψη υφίσταται για το προσωπικό της υπό εκκαθάριση επιχείρησης, καθώς οι προτάσεις των υποψήφιων αναδόχων περιλαμβάνουν αναφορά του ακριβούς ποσοστού απορρόφησης του προσωπικού της υπό εκκαθάριση επιχείρησης, κατά παρέκκλιση των οριζόμενων για τη μεταβίβαση ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου του άρθρου 28 ν. 4364/2016. Μία ακόμη παρέκκλιση από το ίδιο άρθρο αποτελεί η μη δεσμευτικότητα των προθεσμιών που προβλέπονται σε αυτό, αναφορικά με τις διαδικασίες που διενεργούνται από το Εγγυητικό Κεφάλαιο Ζωής<sup>28</sup>.

Εάν τελικώς προκριθεί η υποψηφιότητα μιας από τις υποψήφιες αναδόχους ασφαλιστικές επιχειρήσεις, η σχετική επιλογή εγκρίνεται με απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος. Εάν, όμως, δεν ευρεθεί ανάδοχη επιχείρηση μέσα στην ως άνω προθεσμία, λύνονται όλες οι ασφαλιστικές συμβάσεις του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου ζωής και ακολουθείται η διαδικασία της εκκαθάρισης αυτών, σύμφωνα με το άρθρο 7 ν. 3867/2010<sup>29</sup>.

Τεχνικά ζητήματα που αφορούν τη διαδικασία της μεταβίβασης του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου από το Εγγυητικό Κεφάλαιο Ζωής προβλέπονται και αναλύονται στην υπ' αριθμ. 12/3/13-7-2011 απόφαση της Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων της Τράπεζας της Ελλάδος<sup>30</sup>, όπως για παράδειγμα ζητήματα που άπτονται της αποσφράγισης και της απογραφής της περιουσίας που ανήκει στο χαρτοφυλάκιο ζωής, του ρόλου και των αρμοδιοτήτων του ασφαλιστικού εκκαθαριστή και της συνεργασίας του με το Εγγυητικό Κεφάλαιο, της αποτίμησης των υποχρεώσεων και των περιουσιακών στοιχείων του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου, της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος από τις υποψήφιες ανάδοχες ασφαλιστικές επιχειρήσεις ζωής, το περιεχόμενο της πρότασης αναδοχής, τα κριτήρια για την αξιολόγηση των προτάσεων των υποψηφίων, τις προϋποθέσεις έγκρισης από την Τράπεζα της Ελλάδος της επιλογής αναδόχου, τη διαδικασία με-

27 Η απόφαση αυτή δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, τεύχος Β.

28 Η κατά λέξη διατύπωση της παρ. 4 του άρθρου 9 ν. 3867/2010 έχει ως εξής: «Στην περίπτωση της μεταβίβασης του χαρτοφυλακίου ζωής κατά τα οριζόμενα στο παρόν άρθρο δεν είναι δεσμευτική η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπουν οι διατάξεις των παραγράφων 6 και 7 του άρθρου 59 του ν.δ. 400/1970». Δυνάμει της παραγράφου 1 του άρθρου 278 ν. 4364/2016, οποιαδήποτε υφιστάμενη αναφορά στο ν.δ. 400/1970 νοείται εφεξής, λόγω της κατάργησής του, αναφορά στις αντίστοιχες διατάξεις του ν. 4364/2016. Εν προκειμένω, οι αντίστοιχες διατάξεις των παραγράφων 6 και 7 του άρθρου 59 ν.δ. 400/1970 είναι οι παράγραφοι 2, 6 και 7 του άρθρου 28 ν. 4364/2016.

29 Αναφορικά με τις ασφαλιστικές συμβάσεις, οι οποίες δεν μεταβιβάζονται μαζί με την κατά τα άλλα συμφωνία μεταβίβασης ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου, εφαρμόζονται οι διατάξεις της υπ' αριθμ. 12/3/13-7-2011 απόφασης Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων της Τράπεζας της Ελλάδος περί κάλυψης απαιτήσεων από ασφάλιση από το Εγγυητικό Κεφάλαιο Ζωής, με τις προθεσμίες να εκκινούν από την εγκριτική της μεταβίβασης απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος (άρθρο 9 της υπ' αριθμ. 12/3/13-7-2011 απόφασης Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων της Τράπεζας της Ελλάδος, ΦΕΚ Β 1862).

30 ΦΕΚ Β 1050/30-5-2011.

ταβίβασης κατόπιν της ως άνω έγκρισης της Τράπεζας της Ελλάδος, του εξωπορισμού για τους σκοπούς της ως άνω μεταβίβασης κ.ο.κ.

### Μεταβίβαση χαρτοφυλακίου ζωής εταιριών ομίλου «ΑΣΠΙΣ ΠΡΟΝΟΙΑ»

Αναφορικά με την ασφαλιστική εκκαθάριση των εταιριών του «Ομίλου ΑΣΠΙΣ ΠΡΟΝΟΙΑ», όπως έχει καθιερωθεί να αναφέρεται, στον οποίον ανήκαν και οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις ζωής «ΑΣΠΙΣ ΠΡΟΝΟΙΑ ΑΕΑΖ» και «COMMERCIAL VALUE ΑΑΕ», υφίστανται ακόμη ειδικότερες διατάξεις, η θέσπιση των οποίων προέκυψε από την ανάγκη αντιμετώπισης αυτής της ιδιάζουσας – λόγω μεγάλου μεγέθους και αντίστοιχου αντίκτυπου στο συναλληλασόμενο με τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις κοινό – περίπτωσης μέσα σε ένα χρονικό διάστημα κατά το οποίο η εποπτεία της ιδιωτικής ασφάλισης μεταφέρθηκε από την Επιτροπή Εποπτείας Ιδιωτικής Ασφάλισης<sup>31</sup> στην Τράπεζα της Ελλάδος<sup>32</sup>. Οι διατάξεις που αφορούν τη μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου ζωής των δύο ως άνω εταιριών βρίσκονται στην περίπτωση β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 3867/2010 και αφορούν τη συμβατική αναμόρφωση των παροχών του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου, με σκοπό τη μεταβίβασή του σε ανάδοχο επιχείρηση και τη διαδικασία που οφείλει να ακολουθήσει ο επόπτης χαρτοφυλακίου ζωής σε περίπτωση αποτυχίας μεταβίβασης, προκειμένου να τεθεί το χαρτοφυλάκιο σε εκκαθάριση και να λυθούν οι ασφαλιστικές συμβάσεις. Σχετικώς, η Τράπεζα της Ελλάδος εξέδωσε την υπ' αριθμ. 37/5/20-4-2012 απόφαση της Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων, με την οποία ρύθμισε, δυνάμει της σχετικής νομοθετικής εξουσιοδότησης της παραγράφου 3 του άρθρου 2 ν. 3867/2010, τον τρόπο δημοσίευσης της δημόσιας πρόσκλησης ενδιαφέροντος, τη γνωστοποίηση των στοιχείων και του ανοίγματος του χαρτοφυλακίου ζωής, τη διαδικασία και τα κριτήρια της επιλογής αναδόχου και το ειδικότερο περιεχόμενο της δημόσιας πρόσκλησης ενδιαφέροντος.

Η μεταβίβαση του χαρτοφυλακίου ζωής των δύο ως άνω εταιριών, παρά τις προσπάθειες του επόπτη χαρτοφυλακίου ζωής, απέβησαν άκαρπες, λόγω, μεταξύ άλλων, και της αδυναμίας επιβεβαίωσης, από την πλευρά της Τράπεζας της Ελλάδος του προσδιορισθέντος από τον επόπτη χαρτοφυλακίου ζωής ανοίγματος, όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ. 37/4/20-4-2012 Διαπιστωτική Πράξη (απόφαση Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων) της Τράπεζας της Ελλάδος. Ως εκ τούτου, μετά την παρέλευση της προθεσμίας για την ανεύρεση αναδόχου για το χαρτοφυλάκιο ζωής, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 41/1/1-6-2012 απόφαση της Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων της Τράπεζας της Ελλάδος, με την οποία

31 Η Επ.Ε.Ι.Α. ανέλαβε την εποπτεία ιδιωτικής ασφάλισης την 1-1-2008 δυνάμει του άρθρου 1 ν. 3229/2004.

32 Η Τράπεζα της Ελλάδος ανέλαβε την εποπτεία της ιδιωτικής ασφάλισης την 1-12-2010 δυνάμει του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3867/2010.

διαπιστώθηκε ότι έχουν επέλθει αυτοδικαίως οι αναφερόμενες στην παράγραφο 5 του άρθρου 2 του ν. 3867/2010 έννομες συνέπειες και τέθηκε το χαρτοφυλάκιο σε ασφαλιστική εκκαθάριση του ν.δ. 400/1970.

### Ε. Ανάκληση της άδειας λειτουργίας ασφαλιστικής επιχείρησης λόγω της μεταβίβασης του συνολικού χαρτοφυλακίου της

Μια ακόμη ιδιαίτερη περίπτωση μεταβίβασης ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου αποτελεί η μεταβίβαση που σηματοδοτεί την παύση της δραστηριότητας της ασφαλιστικής επιχείρησης και την ανάκληση της άδειας λειτουργίας της ως τέτοια. Είναι διάχυτη σε πολλές από τις διατάξεις του ν. 4364/2016 η ανάγκη της πραγματικής λειτουργίας της ασφαλιστικής επιχείρησης ως προϋπόθεσης για τη διατήρηση της άδειάς της, όπως για παράδειγμα στο άρθρο 114 παρ. 1 περ. α' και στο άρθρο 6 περ. β', η οποία ανάγκη προκύπτει από την απαίτηση για εύρυθμη λειτουργία της αγοράς και ορθή εποπτεία της.

Έτσι, στο άρθρο 114 παρ. 5 ν. 4364/2016 προβλέπεται η δυνατότητα μετατροπής της ανώνυμης ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής εταιρίας σε άλλου είδους εμπορική ανώνυμη εταιρία, εφόσον πληρούνται οι εξής προϋποθέσεις:

Α) έχει μεταβιβαστεί το σύνολο του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου της, με έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 28 του ίδιου νόμου, ή έχουν λήξει όλα τα ασφαλιστήρια της ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής εταιρίας και δεν υπάρχουν εκκρεμείς δίκες και απαιτήσεις κατ' αυτής με αντικείμενο ασφαλιστικές ή αντασφαλιστικές παροχές.

Β) Έχει εκδοθεί σχετική απόφαση της Τράπεζας της Ελλάδος, η οποία δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, περί της ανάκλησης της άδειας λειτουργίας ασφαλιστικής ή αντασφαλιστικής ανώνυμης εταιρίας, που διαπιστώνει τη συνδρομή της υπό σημείο Α προϋπόθεσης και απόφαση του αρμόδιου Υπουργείου (πλέον, πρόκειται για το Υπουργείο Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού), η οποία επίσης δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως και αναρτάται στο ΓΕΜΗ, περί της έγκρισης της μετατροπής της εταιρίας από ασφαλιστική ανώνυμη εταιρία σε ανώνυμη εταιρία άλλου σκοπού, με ταυτόχρονη έγκριση των σχετικών τροποποιήσεων στο καταστατικό της.

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η ως άνω δυνατότητα μετατροπής αφορά μόνο τις ανώνυμες εταιρίες που δραστηριοποιούνται ως ασφαλιστικές ή αντασφαλιστικές, και όχι άλλες μορφές ασφαλιστικών επιχειρήσεων, όπως τους αλληλῃσφαλιστικούς συνεταιρισμούς.

Εφόσον συντρέχουν οι ως άνω προϋποθέσεις, δεν ανακαλείται αυτοδικαίως η άδεια σύστασης της ανώνυμης εταιρίας και δεν επέρχεται λύση αυτής, όπως θα συνέβαινε σε οποιαδήποτε άλλη περίπτωση άμα τη ανακλήσει της άδειας λει-

τουργίας της, αλλήλ η εταιρία συνεχίζει τη λειτουργία της ως ανώνυμη εταιρία με όλες τις υποχρεώσεις που αυτό συνεπάγεται, χωρίς βεβαίως, πλέον, να εποπτεύεται με οποιονδήποτε τρόπο από την Τράπεζα της Ελλάδος. Πάντως, και σε αυτήν την περίπτωση ανάκλησης άδειας λειτουργίας, η απόφαση περί ανάκλησης οφείλει να είναι αιτιολογημένη και να γνωστοποιηθεί στην ίδια την εταιρία από την εποπτική αρχή<sup>33</sup>.

## Στ. Κάποιες τελικές σκέψεις

Μπορεί η μεταβίβαση χαρτοφυλακίου να αποτελεί ένα χρησιμότερο εργαλείο για τις ασφαλιστικές και τις αντασφαλιστικές εταιρίες ως προς την επιδίωξη του επιχειρηματικού τους σκοπού, όμως ταυτόχρονα αφορά τον συναλληλασσύμενο με την ασφαλιστική επιχείρηση, για τον οποίο λαμβάνεται μια απόφαση – ουσιαστικά – ερήμνου του, με τοποτηρητή των δικαιωμάτων του την εκάστοτε εποπτική αρχή που συναινεί και εκείνη που εγκρίνει τη μεταβίβαση. Ιδίως αναφορικά με τις εν λειτουργία εταιρίες, η μεταβίβαση θα πρέπει να γίνεται πάντα με ιδιαίτερη προσοχή στην πλήρωση των προϋποθέσεων που προβλέπει ο νόμος και στην κατοχύρωση των δικαιωμάτων των δικαιούχων-αντισυμβαλλομένων της εταιρίας. Αυτό, βεβαίως, ισχύει και για τα ασφαλιστικά χαρτοφυλάκια σε ασφαλιστική εκκαθάριση ή εκείνα τα οποία ανήκουν σε εταιρίες που βρίσκονται σε διαδικασίες εξυγίανσης. Είναι σαφές, όμως, ότι στις τελευταίες αυτές περιπτώσεις η μεταβίβαση του ασφαλιστικού χαρτοφυλακίου γίνεται υπό καθεστώς πίεσης, προκειμένου να εξευρεθεί μια ικανοποιητική λύση, δεδομένων των προβλημάτων που οδήγησαν την εταιρία σε εκκαθάριση ή σε διαδικασίες εξυγίανσης. Πάντως, οι λεπτομερείς διατάξεις του ν. 4364/2016 αναφορικά με κάθε διαδικασία μεταβίβασης δημιουργούν ένα πλέγμα ασφάλειας για τους ασφαλισμένους και όσους άλλους έχουν δικαιώματα που απορρέουν από τις εκχωρούμενες συμβάσεις, αλλήλ και για τους αντισυμβαλλομένους της εταιρίας που αποκτά το ασφαλιστικό χαρτοφυλάκιο, οι οποίοι προφυλάσσονται από ενδεχόμενη αφερεγγυότητά της. Η εφαρμογή των νέων διατάξεων, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του ν. 3867/2010 που δεν έχουν καταργηθεί, θα αποτελέσει ένα νέο κεφάλαιο στη λειτουργία και την εποπτεία των ασφαλιστικών και των αντασφαλιστικών εταιριών, το οποίο διαμορφώνεται καθημερινά και εξαρτάται άμεσα από τις ανάγκες και τις συνθήκες της ασφαλιστικής αγοράς στην Ελλάδα και στην Ευρώπη γενικότερα.

33 Μια τέτοια σχετικά πρόσφατη περίπτωση την οποία μπορεί να παρακολουθήσει κανείς για να διαπιστώσει τα στάδια της μετατροπής της ανώνυμης ασφαλιστικής εταιρίας σε εταιρία άλλου σκοπού αποτελεί η μετατροπή της «DIREKTA ΑΝΩΝΥΜΗ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΓΕΝΙΚΩΝ ΑΣΦΑΛΙΣΕΩΝ» σε ανώνυμη εταιρία συμμετοχών (βλ. ΦΕΚ ΑΕ, ΕΠΕ & ΓΕΜΗ 2527/17-3-2014), κατ' εφαρμογή των άρθρων 8 παρ. 3 και 59 του ν.δ. 400/1970, οι διατάξεις των οποίων επαναλαμβάνονται πλέον στα άρθρα 114 παρ. 5 και 28 του ν. 4364/2016.



Ηλίας Ευρ. Σουφλερός\*

Η υπόθεση Paribas (μετέπειτα «Banque Artesia», μετέπειτα «Dexia Bank Belgium») κατά Τράπεζας της Ελλάδος και οι αρχές του αμέσου αποτελέσματος των οδηγιών, της σύμφωνης προς το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο ερμηνείας τους και της ευθύνης του κράτους (ή των κρατικών φορέων) προς αποζημίωση λόγω παράβασης του ενωσιακού δικαίου

Σχόλια και σκέψεις με αφορμή την απόφαση του ΔΕΚ της 27.10.2005 (υπόθεση C-329/03) και τις αποφάσεις 1492/2008 του Αρείου Πάγου και 4172/2001 του ΕφΑθ

## ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

(Οι εντός παρενθέσεως αριθμοί παραπέμπουν στις παραγράφους)

1. Εισαγωγή (1-2)
2. Νομοθετικό πλαίσιο (3-20)
  - 2.1. Τα άρθρα 67 και 69 ΣυνθΕΟΚ (3-4)
  - 2.2. Η από 11.5.1960 πρώτη οδηγία για την εφαρμογή του άρθρου 67 ΣυνθΕΟΚ (5-13)
  - 2.3. Η από 18.12.1963 δεύτερη οδηγία για την εφαρμογή του άρθρου 67 ΣυνθΕΟΚ (14)
  - 2.4. Η οδηγία 86/566/ΕΟΚ της 17.11.1986 (15)
  - 2.5. Η οδηγία 88/361/ΕΟΚ της 24.6.1988 (16)
  - 2.6. Η απόφαση 1097/1959 της Νομισματικής Επιτροπής (17-20)
3. Σύντομο ιστορικό της υπόθεσης (21-35)
  - 3.1. Πραγματικά περιστατικά (21-23)
  - 3.2. Η αγωγή αποζημίωσης της βελγικής τράπεζας κατά της Τράπεζας της Ελλάδος και οι επ' αυτής εκδοθείσες δικαστικές αποφάσεις (24-30)
  - 3.3. Τα προδικαστικά ερωτήματα του ΑΠ και η αναδιατύπωσή τους από το ΔΕΚ (31-32)

---

\* Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος

- 3.4. Η απάντηση του ΔΕΚ στα προδικαστικά ερωτήματα του ΑΠ (33)
- 3.5. Η απόφαση 1492/2008 του ΑΠ μετά την απάντηση του ΔΕΚ (34-35)
4. Κριτική της απόφασης του ΔΕΚ (36-96)
  - 4.1. Ως προς τις σχετικές με τις «επενδύσεις σε τίτλους» διατάξεις της πρώτης οδηγίας (πρώτο προδικαστικό ερώτημα) (36-82)
    - 4.1.1. Παραβίαση της αρχής της σύμφωνης προς το πρωτογενές δίκαιο ερμηνείας του παραγώγου κοινοτικού (τώρα ενωσιακού) δικαίου (38-58)
      - 4.1.1.1. Ερμηνεία των οδηγιών 86/566 και 88/361 κατά τρόπο μη σύμφωνο προς τα άρθρα 67 και 69 ΣυνθΕΟΚ με συνέπεια την αντίθεση των ως άνω πράξεων του κοινοτικού δικαίου προς το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο (38-52)
      - 4.1.1.2. Η αντιφατική στάση της Ευρ. Επιτροπής (53-58)
    - 4.1.2. Ως προς την παραδοχή του ΔΕΚ ότι η εισαγωγή των επίδικων τίτλων στο χρηματιστήριο πρέπει να αποτελεί το αποκλειστικό κριτήριο για την υπαγωγή τους στον (ελευθερωμένο) κατάλογο Β της πρώτης οδηγίας ανεξάρτητα από τη διάρκειά τους. Η αντίστοιχη περίπτωση των εντόκων γραμματίων του Δημοσίου (59-65)
    - 4.1.3. Η σημασία του καταλόγου Γ του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας για την προσήκουσα ερμηνεία των καταλόγων Β και Δ, στους οποίους αναφέρονταν τα προδικαστικά ερωτήματα του Αρείου Πάγου (66-82)
  - 4.2. Ως προς το ζήτημα αν η χρησιμοποίηση, για την αγορά των ως άνω ομολόγων, κεφαλαίων από λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών, εμπίπτει στον (περιλαμβάνοντα μη ελευθερωμένες κινήσεις κεφαλαίων) κατάλογο Δ του παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας (δεύτερο προδικαστικό ερώτημα) (83-96)
5. Ως προς τις παραδοχές της ΑΠ 1492/2008 επί των ίδιων ως άνω ζητημάτων (97-98)
6. Κριτική της απόφασης 1492/2008 του ΑΠ σε συνδυασμό με την αναιρεσιβληθείσα απόφαση 4172/2001 του ΕφΑθ (99-130)
  - 6.1. Ως προς τις προϋποθέσεις θεμελίωσης ευθύνης του κράτους προς αποζημίωση λόγω παράβασης του κοινοτικού δικαίου, σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΚ (τώρα ΔΕΕ) (99-101)
  - 6.2. Ως προς τη (μη) ύπαρξη «κατάφωρης παράβασης» του κοινοτικού δικαίου εκ μέρους της Τράπεζας της Ελλάδος (102-130)
    - 6.2.1. Έλλειψη του απαιτούμενου βαθμού ακρίβειας και σαφήνειας των επίμαχων κοινοτικών διατάξεων (102-106)
    - 6.2.2. Σημαντικό εύρος των περιθωρίων εκτίμησης που άφηναν οι σχετικές διατάξεις της πρώτης οδηγίας (107)



6.2.3. Μη ηθελημένος χαρακτήρας της προβαλλόμενης παράβασης (108-109)

6.2.4. Ύπαρξη συγγνωστής νομικής πλάνης (110)

6.2.5. Μη ύπαρξη προηγούμενης προδικαστικής απόφασης ή πάγιας σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ από την οποία να προκύπτει ότι η επίδικη συμπεριφορά της Τράπεζας της Ελλάδος συνιστούσε παράβαση (111-112)

6.2.6. Συμπέρασμα (113-118)

6.2.7. Τα σφάλματα της αναιρεσιβληθείσας απόφασης 4172/2001 του ΕφΑθ υπό το φως των προαναφερθέντων κοινοτικών νομολογιακών κανόνων (119-130)

7. Αντί επιλόγου (131-137)

## 1. Εισαγωγή

1. Αφορμή για την παρούσα μελέτη αποτέλεσε η πρόσφατη επανεισαγωγή στην Ελλάδα των ελέγχων στην κίνηση κεφαλαίων (capital controls) μετά από μακρά περίοδο πλήρους ελευθέρωσης (ήδη από το 1994).

2. Τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, στην οποία αναφέρονται οι εδώ σχολιαζόμενες αποφάσεις, ανάγονται στην περίοδο λίγο μετά την ένταξη της Ελλάδας στην (τότε) ΕΟΚ.

## 2. Νομοθετικό πλαίσιο

### 2.1. Τα άρθρα 67 και 69 ΣυνθΕΟΚ

3. Το (τότε ακόμα ισχύον) άρθρο 67 ΣυνθΕΟΚ προέβλεπε, στην παρ. 1 τα εξής:

«1. Τα κράτη μέλη καταργούν **προοδευτικώς** μεταξύ τους, κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου και κατά το μέτρο που είναι αναγκαίο για την καλή λειτουργία της κοινής αγοράς, τους περιορισμούς στην κίνηση των κεφαλαίων που ανήκουν σε πρόσωπα τα οποία έχουν κατοικία εντός των κρατών μελών, όπως και τις διακρίσεις μεταχειρίσεως που βασίζονται στην ιθαγένεια ή στην κατοικία των μερών ή στον τόπο της επενδύσεως».

4. Το (τότε ακόμα ισχύον) άρθρο 69 ΣυνθΕΟΚ εξουσιοδοτούσε το Συμβούλιο να «εκδίδει τις αναγκαίες οδηγίες για την προοδευτική εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 67».

## 2.2. Η από 11.5.1960 πρώτη οδηγία για τη εφαρμογή του άρθρου 67 ΣυνθΕΟΚ

5. Για την εφαρμογή του άρθρου 67 ΣυνθΕΟΚ εκδόθηκε αρχικά από το Συμβούλιο η από 11.5.1960 πρώτη οδηγία<sup>1</sup>. Η οδηγία αυτή περιείχε 10 άρθρα, από τα οποία τα άρθρα 1, 2, 3 και 4 παρέπεμπαν στους αντίστοιχους καταλόγους Α, Β, Γ και Δ, που περιλαμβάνονταν στο Παράρτημα Ι της Οδηγίας. Οι κατάλογοι αυτοί παρέπεμπαν με τη σειρά τους σε κατηγορίες της ονοματολογίας των κινήσεων κεφαλαίων που περιλαμβάνονταν στο Παράρτημα ΙΙ της ίδιας Οδηγίας. Σύμφωνα με το άρθρο 10 της ως άνω οδηγίας «Οι κατάλογοι Α, Β, Γ και Δ του Παραρτήματος Ι, όπως και η ονοματολογία των κινήσεων κεφαλαίων και οι επεξηγηματικές σημειώσεις που αποτελούν το αντικείμενο του παραρτήματος ΙΙ, αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της παρούσης οδηγίας».

6. Σύμφωνα με τα άρθρα 1 παρ. 1 και 2 παρ. 1 της οδηγίας τα κράτη-μέλη χορηγούν υποχρεωτικά κάθε έγκριση συναλλήλατος που απαιτείται για τη σύναψη ή την εκτέλεση των συναλλαγών και για τις μεταφορές συναλλήλατος μεταξύ κατοίκων των κρατών μελών, οι οποίες συνδέονται με τις κινήσεις κεφαλαίων που απαριθμούνται στους καταλόγους Α, Β. Επρόκειτο για τις λεγόμενες **ελευθερωμένες κινήσεις κεφαλαίων**.

7. Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1 της οδηγίας «υπό την επιφύλαξη των διατάξεων της παραγράφου 2 του παρόντος άρθρου, τα Κράτη μέλη χορηγούν κάθε έγκριση συναλλήλατος που απαιτείται για την σύναψη ή την εκτέλεση των συναλλαγών και για τις μεταφορές συναλλήλατος μεταξύ κατοίκων των Κρατών μελών, οι οποίες συνδέονται με τις κινήσεις κεφαλαίων που απαριθμούνται στον κατάλογο Γ του παραρτήματος Ι της παρούσης οδηγίας». Ο κατάλογος Γ περιελάμβανε κινήσεις κεφαλαίων οι οποίες ήταν καταρχήν ελευθερωμένες, με την έννοια ότι τα κράτη-μέλη μπορούσαν, επικαλούμενα την παρ. 2 του ίδιου άρθρου, να διατηρήσουν ή να επαναφέρουν συναλλαγματικούς περιορισμούς, αν υπήρχε κίνδυνος να παρεμποδιστεί η πραγματοποίηση των στόχων της οικονομικής πολιτικής του οικείου κράτους-μέλους.

8. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 4 της οδηγίας «Η Νομισματική Επιτροπή προβαίνει τουλάχιστον μία φορά κατ' έτος σε εξέταση των **περιορισμών** οι οποίοι εφαρμόζονται στις κινήσεις κεφαλαίων που απαριθμούνται στους καταλόγους του παραρτήματος Ι της παρούσης οδηγίας· υποβάλλει έκθεση στην Επιτροπή επί των περιορισμών που θα ήταν δυνατόν να καταργηθούν». Όπως προκύπτει από τη διατύπωση του άρθρου 4 της οδηγίας, ο αντίστοιχος κατάλογος Δ **περιελάμβανε κινήσεις κεφαλαίων, οι οποίες δεν ήταν ελευθερωμένες** με την έννοια ότι δεν θεσπιζόταν υποχρέωση χορήγησης έγκρισης για τις κινήσεις κεφαλαίων που απαριθμούνταν σε αυτόν. Τα κράτη-μέλη παρέμεναν ελεύθερα να διατηρούν σε ισχύ τους περιορισμούς που αφορούσαν τις πράξεις αυτές.

1 ΕΕ αριθ. 43 της 12.7.1960, σελ. 921, ειδ. έκδ. στα ελληνικά 10/001, σελ. 4.

9. Μεταξύ των **ελευθερωμένων κινήσεων κεφαλαίων** που απαριθμούνταν στο παράρτημα Ι, κατάλογος Β, θέση IV Α, της πρώτης οδηγίας, ο οποίος (κατάλογος Β) αφορά τις «[κ]ινήσεις κεφαλαίων που αναφέρονται στο άρθρο 2 της οδηγίας», περιλαμβανόταν, υπό τον τίτλο «Πράξεις επί τίτλων», και η «[α]πόκτηση από μη κατοίκους (δηλ. κατοίκους εξωτερικού) εθνικών τίτλων **που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο** (εξαιρουμένων των μεριδίων αμοιβαίων κεφαλαίων) και [ο] επαναπατρισμός του προϊόντος της ρευστοποιήσεώς τους», στην οποία αντιστοιχεί η **θέση IV Α** της ονοματολογίας των κινήσεων κεφαλαίων που περιλαμβανόταν στο Παράρτημα II της ίδιας οδηγίας. Η θέση αυτή περιλαμβάνει, ιδίως, στο σημείο 3, περίπτωση i, την απόκτηση ομολογιών «εκφρασμένων σε εθνικό νόμισμα» και στο σημείο 4 τον «Επαναπατρισμό του προϊόντος της ρευστοποιήσεως των ομολογιών».

10. Μεταξύ των **καταρχήν ελευθερωμένων κινήσεων κεφαλαίων** που απαριθμούνταν στο παράρτημα Ι, κατάλογος Γ, θέση IV Γ, της πρώτης οδηγίας, ο οποίος (κατάλογος Γ) αφορά τις «[κ]ινήσεις κεφαλαίων που αναφέρονται στο άρθρο 3 της οδηγίας», περιλαμβάνονταν, υπό τον τίτλο «Πράξεις επί τίτλων», και η «[α]πόκτηση από μη κατοίκους (δηλ. κατοίκους εξωτερικού) εθνικών τίτλων **που δεν είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο** και [ο] επαναπατρισμός του προϊόντος της ρευστοποιήσεώς τους», στην οποία αντιστοιχεί η **θέση IV Γ** της ονοματολογίας των κινήσεων κεφαλαίων που περιλαμβανόταν στο Παράρτημα II της ίδιας οδηγίας. Η θέση αυτή περιλαμβάνει, ιδίως, στο σημείο 3, περίπτωση i, την απόκτηση ομολογιών «εκφρασμένων σε εθνικό νόμισμα» και στο σημείο 4 τον «Επαναπατρισμό του προϊόντος της ρευστοποιήσεως των ομολογιών».

11. Η έννοια του όρου «ομολογίες», και στις δύο ως άνω περιπτώσεις (θέση IV Α και θέση IV Γ της ονοματολογίας των κινήσεων κεφαλαίων), αλλιά και στις αντίστροφες περιπτώσεις [δηλ. της απόκτησης από κατοίκους (εσωτερικού) ξένων τίτλων (θέσεις IV Β και IV Δ της ονοματολογίας των κινήσεων κεφαλαίων)] διευκρινιζόταν στις «Επεξηγηματικές σημειώσεις» του ίδιου Παραρτήματος II της οδηγίας, όπου αναφέρονταν, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«Κατά την παρούσα ονοματολογία, νοούνται ως:[...] **“Ομολογίες”** (στην **κατηγορία IV** της ονοματολογίας): Οι ομολογίες που εκδίδονται τόσο από ιδιωτικούς όσο και από δημόσιους οργανισμούς».

12. Τέλος, μεταξύ των **μη ελευθερωμένων κινήσεων κεφαλαίων** που απαριθμούνταν στο παράρτημα Ι, κατάλογος Δ, ο οποίος φέρει τον τίτλο «[κ]ινήσεις κεφαλαίων που αναφέρονται στο άρθρο 4 της οδηγίας», περιλαμβάνονταν:

– οι «[β]ραχυπρόθεσμες επενδύσεις σε γραμμάτια Δημοσίου και σε άλλους τίτλους **που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά**», στις οποίες αντιστοιχεί η θέση VI της ονοματολογίας των κινήσεων κεφαλαίων που περιλαμβανόταν στο Παράρτημα II της ίδιας οδηγίας. Η θέση αυτή περιλαμβάνει, ιδίως, τις **βραχυπρόθεσμες** επενδύσεις από κατοίκους εξωτερικού στην εθνική χρηματαγορά και τον επαναπατρισμό του προϊόντος της ρευστοποιήσεως αυτών·

– το «[ά]νοιγμα και [η] τροφοδότηση τρεχούμενων λογαριασμών και λογαριασμών καταθέσεων, [ο] επαναπατρισμός ή [η] χρησιμοποίηση των στοιχείων ενεργητικού υπό μορφή τρεχούμενου λογαριασμού ή λογαριασμού καταθέσεως σε πιστωτικούς οργανισμούς», στα οποία αντιστοιχεί η θέση ΙΧ της ονοματολογίας των κινήσεων κεφαλαίων που περιλαμβάνονταν στο Παράρτημα ΙΙ της ίδιας οδηγίας. Η θέση αυτή περιλαμβάνει, ιδίως, τις πράξεις που διενεργούνται από κατοίκους εξωτερικού σε εθνικούς πιστωτικούς οργανισμούς και έχει εφαρμογή επί λογαριασμών και στοιχείων ενεργητικού εκφρασμένων τόσο σε εθνικό όσο και σε ξένο νόμισμα.

– η «Χορήγηση και εξόφληση δανείων και πιστώσεων συνδεδεμένων με εμπορικές συναλλαγές στις οποίες δεν συμμετέχει κάτοικος **βραχυπρόθεσμων**», στην οποία αντιστοιχεί η θέση VII 2 Α ι) και Β ι) της ονοματολογίας των κινήσεων κεφαλαίων που περιλαμβάνονταν στο Παράρτημα ΙΙ της ίδιας οδηγίας. Η θέση αυτή περιλαμβάνει, υπό Α ι), «πιστώσεις χορηγούμενες από μη κατοίκους προς κατοίκους, **βραχυπρόθεσμες (λιγότερο από ένα έτος)**» και υπό Β ι) «πιστώσεις χορηγούμενες από κατοίκους προς μη κατοίκους, **βραχυπρόθεσμες (λιγότερο από ένα έτος)**».

13. Εξάλλου, η διάταξη του άρθρου 5 παρ. 1 της πρώτης οδηγίας προέβλεπε ότι:  
*«Οι διατάξεις της παρούσης οδηγίας δεν περιορίζουν το δικαίωμα των Κρατών μελών να εξακριβώνουν την φύση και την αυθεντικότητα των συναλλαγών ή των μεταφορών συναλλαγματος, ή να λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα προκειμένου να εμποδίσουν τις παραβάσεις των νόμων και των εν γένει ρυθμίσεών τους».*

### 2.3. Η από 18.12.1963 δεύτερη οδηγία για την εφαρμογή του άρθρου 67 ΣυνθΕΟΚ

14. Στη συνέχεια εκδόθηκε από το Συμβούλιο η από 18.12.1963 δεύτερη οδηγία 62/21/ΕΟΚ περί συμπληρώσεως και τροποποιήσεως της πρώτης οδηγίας «περί της εφαρμογής του άρθρου 67 της συνθήκης<sup>2</sup>, η οποία τροποποίησε διατάξεις της πρώτης οδηγίας, στις οποίες όμως δεν περιέχονται οι προεκτεθείσες.

### 2.4. Η οδηγία 86/566/ΕΟΚ της 17.11.1986

15. Στη συνέχεια εκδόθηκε από το Συμβούλιο η οδηγία 86/566/ΕΟΚ της 17.11.1986 για τροποποίηση της πρώτης οδηγίας της 11ης Μαΐου 1960 περί της εφαρμογής του άρθρου 67 της συνθήκης<sup>3</sup>, με την οποία τροποποιήθηκαν ορισμένες διατάξεις της πρώτης οδηγίας, καθώς και οι επεξηγηματικές σημειώσεις. Στις τελει-

2 ΕΕ αριθ. 9 της 22.1.1963, σελ. 62, ειδ. έκδ. στα ελληνικά 10/001, σελ. 16.

3 ΕΕ L 332 της 26.11.1986, σελ. 22.

ταίες ο όρος «Ομολογίες» ορίστηκε ως εξής: «*Ομολογίες: μεταβιβάσιμοι τίτλοι διάρκειας δύο και πλέον ετών από την έκδοση*, των οποίων το επιτόκιο καθώς και οι λεπτομέρειες εξοφλήσεως του κεφαλαίου και καταβολής των τόκων καθορίζονται κατά την έκδοση. Οι αναφερόμενες στην κατηγορία IV της ονοματολογίας είναι οι ομολογίες που εκδίδουν τόσο οι ιδιωτικοί όσο και οι δημόσιοι οργανισμοί».

## 2.5. Η οδηγία 88/361/ΕΟΚ της 24.6.1988

16. Τέλος το Συμβούλιο εξέδωσε, την 24.6.1988, την οδηγία 88/361/ΕΟΚ για τη θέση σε εφαρμογή του άρθρου 67 της Συνθήκης<sup>4</sup>, με την οποία έως μεν τις 30.6.1990 τροποποίησε τις διατάξεις της πρώτης οδηγίας, από δε την 1.7.1990 κατάργησε την εν λόγω οδηγία, εμμένοντας μάλιστα και στις δύο περιπτώσεις στην προαναφερόμενη επεξήγηση, ότι δηλαδή **ομολογίες είναι τίτλοι διάρκειας δύο και περισσότερων ετών από την έκδοση τους**.

## 2.6. Η απόφαση 1097/1959 της Νομισματικής Επιτροπής

17. Με την απόφαση 1097/23.5.1959 της Νομισματικής Επιτροπής «περί εφαρμογής εν Ελλάδι του συστήματος της περιορισμένης μετατρεψιμότητας» (ΦΕΚ 109/16.6.1959), η οποία εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 3 περ. 1 του ν. 395/45 και των άρθρων 3 και 10 παρ. 1α του ν. 3076/54 και είχε ισχύ νόμου, προβλέπονταν δύο κατηγορίες εξωτερικών λογαριασμών καταθέσεων στο όνομα μόνιμων κατοίκων αλλοδαπής και ειδικότερα: α) **εξωτερικοί λογαριασμοί καταθέσεων όψεως σε δραχμές** και β) εξωτερικοί λογαριασμοί καταθέσεων όψεως σε συνάλλαγμα.

18. Οι πρώτοι από τους λογαριασμούς αυτούς, γνωστοί και ως **λογαριασμοί μετατρέψιμων δραχμών**, τροφοδοτούνταν: 1) με το προϊόν από την πώληση εισαγόμενου και από την Τράπεζα της Ελλάδος καθοριζόμενου εκάστοτε ως μετατρέψιμου και μη υποχρεωτικά εκχωρητέου συναλλάγματος, 2) με το αντίτιμο σε δραχμές των απαιτήσεων αλλοδαπών από εισαγόμενα αγαθά και παροχή υπηρεσιών τους στην Ελλάδα, εφόσον ήταν διακανονιστές σε μετατρέψιμο συνάλλαγμα, 3) με μεταφορά από άλλους εξωτερικούς λογαριασμούς καταθέσεων όψεως σε συνάλλαγμα, 4) με δραχμές που προέρχονταν από άλλες απαιτήσεις αλλοδαπών και μπορούσαν κατά το νόμο να εξαχθούν σε μετατρέψιμο συνάλλαγμα, 5) με τόκους από τις πιο πάνω καταθέσεις σε δραχμές.

19. Τα διαθέσιμα των λογαριασμών μετατρέψιμων δραχμών χρησιμοποιούνταν, χωρίς ειδική άδεια: 1) για την πληρωμή εξαγόμενων από την Ελλάδα αγαθών, 2) για επενδύσεις και εν μέρει αγορά αγαθών και υπηρεσιών στην Ελλάδα, 3) για μετα-

4 ΕΕ L 178 της 8.7.1988 σελ. 5.

φορά σε άλλους εξωτερικούς λογαριασμούς καταθέσεων σε δραχμές, 4) για αγορά συναλλήλατος προς μεταφορά του στο εξωτερικό, 5) για αγορά συναλλήλατος προς τροφοδότηση εξωτερικού λογαριασμού όψεως σε συνάλληγμα. Για κάθε άλλη χρήση πλιν των παραπάνω περιοριστικά αναφερόμενων περιπτώσεων απαιτούνταν ειδική άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος.

20. Τέλος οριζόταν ότι **κάθε ανάληψη από τους ανωτέρω λογαριασμούς καταθέσεων όψεως σε δραχμές συνεπάγεται αυτομάτως την απώλεια του δικαιώματος μετατρεψιμότητας του ποσού που αναλήφθηκε.**

### 3. Σύντομο ιστορικό της υπόθεσης

#### 3.1. Πραγματικά περιστατικά

21. Η βελγική τράπεζα «Banque de Paris et des Pays – Bas» («Paribas»), η οποία μετέπειτα μετονομάστηκε σε «Banque Artesia» («Artesia») και στη συνέχεια, συγχωνευθείσα, μετονομάστηκε σε «Dexia Bank Belgium», με έδρα τις Βρυξέλλες, διατηρούσε λογαριασμό σε μετατρέψιμες ελληνικές δραχμές στο υποκατάστημά της στην Αθήνα.

22. Κατά το διάστημα μεταξύ της 28.4.1981 και της 30.7.1982, η ως άνω τράπεζα αγόρασε από την Ελληνική Τράπεζα Βιομηχανικής Αναπτύξεως (ΕΤΒΑ), της οποίας οι μετοχές ανήκαν στο Ελληνικό Δημόσιο, ομόλογα εκδοθέντα από την τράπεζα αυτή, διάρκειας ενός έτους από την έκδοσή τους, τα οποία ήσαν διαπραγματεύσιμα και είχαν εισαχθεί στο χρηματιστήριο και των οποίων η αξία εκφραζόταν σε δραχμές. Τα ομόλογα αυτά πληρώθηκαν από τον λογαριασμό της ως άνω βελγικής τράπεζας σε μετατρέψιμες ελληνικές δραχμές. Προκειμένου να μην παύσει το ποσό που αντιστοιχούσε στα ομόλογα να είναι μετατρέψιμο, χρειαζόταν ειδική άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος.

23. Στις 24.8.1982, η ως άνω βελγική τράπεζα ζήτησε από την Τράπεζα της Ελλάδος να της χορηγήσει την άδεια να πιστώσει τον λογαριασμό της σε μετατρέψιμες ελληνικές δραχμές με το προϊόν της ρευστοποίησης των ως άνω ομολόγων, προκειμένου να προβεί στον επαναπατρισμό του προϊόντος αυτού στο Βέλγιο. Κατά το διάστημα από τις 25.8.1982 έως τις 23.11.1986, η Τράπεζα της Ελλάδος απέρριψε επανειλημμένως το αίτημα αυτό. Η άρνησή της είχε ως αιτιολογία, κυρίως, το ότι δεν είχε χορηγηθεί άδεια για τη χρησιμοποίηση του λογαριασμού της ως άνω βελγικής τράπεζας σε μετατρέψιμες ελληνικές δραχμές για την αρχική αγορά των εν λόγω ομολόγων και ότι, επομένως, ο λογαριασμός αυτός δεν ήταν πλέον μετατρέψιμος σύμφωνα με τα οριζόμενα στην Απόφαση 1097/1959 της Νομισματικής Επιτροπής (βλ. παραπάνω, αριθμ. 17-20). Δέχθηκε, ωστόσο, εν τέλει το ως άνω αίτημα στις 24.11.1986, με βάση την κατ' άρθρο 2 Α.Ν. 1837/51 διακριτική ευχέ-



ρεία της<sup>5</sup>, αφού συνεκτίμησε το μέγεθος και την επιρροή της ως άνω ξένης Τράπεζας καθώς και τις ανάγκες της ελληνικής οικονομίας κατά τον κρίσιμο χρόνο.

### 3.2. Η αγωγή αποζημίωσης της βελγικής τράπεζας κατά της Τράπεζας της Ελλάδος και οι επ' αυτής εκδοθείσες δικαστικές αποφάσεις

24. Η ως άνω βελγική τράπεζα, επικαλούμενη ότι υπέστη ζημία κατά το διάστημα από τις 30.9.1982 έως τις 11.12.1986, λόγω των αρνήσεων εκ μέρους της Τράπεζας της Ελλάδος, άσκησε στις 28.4.1987 αγωγή αποζημίωσης κατά της τελευταίας.

25. Ισχυρίστηκε ότι η εκ μέρους της αγορά των ομολόγων ενέπιπτε στο παράρτημα Ι, κατάλογος Β, θέση IV Α, της πρώτης οδηγίας και, επομένως, τα κράτη-μέλη ήταν υποχρεωμένα να προβλέψουν τη χορήγηση της ζητηθείσας άδειας, δυνάμει του άρθρου 2 της οδηγίας αυτής.

26. Το ΠΠρΑθ με την υπ' αριθμ. 4818/1995 απόφασή του<sup>6</sup> έκανε δεκτή την αγωγή.

27. Μετά από έφεση της Τράπεζας της Ελλάδος το Εφετείο Αθηνών, με την υπ' αριθμ. 6497/1996 απόφασή του, απέρριψε την αγωγή.

28. Κατά της ως άνω εφετειακής απόφασης η ενάγουσα βελγική τράπεζα άσκησε αναίρεση. Το Α' Τμήμα του ΑΠ με την υπ' αριθμ. 1111/1999 απόφασή του<sup>7</sup>, παρέπεμψε την υπόθεση στην Ολομέλεια του Αρείου Πάγου.

29. Η ΟλΑΠ, με την υπ' αριθμ. 10/2000 απόφασή της<sup>8</sup>, αναίρεσε την υπ' αριθμ. 6497/1996 απόφαση του ΕφΑθ και ανέπεμψε την υπόθεση στο τελευταίο. Όπως προκύπτει από την απόφαση της ΟλΑΠ, η τελευταία υπέλαβε ότι τα επίδικα ομόλογα υπάγονταν στο άρθρο 2 και στον αντίστοιχο κατάλογο Β, θέση IV Α, του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας (χωρίς να εξετάσει το ενδεχόμενο υπαγωγής τους στον κατάλογο Δ) και, θεωρώντας ότι οι σχετικές διατάξεις είναι απολύτως σαφείς (βλ. όμως τα αναφερόμενα παρακάτω, αριθμ. 102 επ.), αποφάνθηκε ότι αυτές έχουν άμεσο αποτέλεσμα και συνεπώς μπορούν να γίνουν αντικείμενο επίκλησης έναντι της Τράπεζας της Ελλάδος (υπό την ιδιότητα της τελευταίας ως «κρατικού φορέα» κατά την έννοια της σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ)<sup>9</sup>.

5 Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, η αρμοδιότητα της Νομισματικής Επιτροπής σε σχέση με τη συναλλαγματική πολιτική, «περιλαμβάνει το δικαίωμα αυτής, όπως ανεξαρτήτως πάσης άλλης διατάξεως Νόμου, αποφασίζει περί των όρων αποκτήσεως και διαθέσεως υπό παντός φυσικού ή νομικού προσώπου, κατοικούντος ή διαμένοντος εν Ελλάδι, εξωτερικού συναλλάγματος, ξένων τραπεζογραμμμάτων ή χρυσού και χρυσών νομισμάτων, αδιακρίτως εάν τα ως άνω, εξωτερικών συναλλάγματος κ.λπ. ευρίσκονται εντός ή εκτός της Ελλάδος». Με το άρθρο 1 του ν. 1266/1982 η Νομισματική Επιτροπή και οι υποεπιτροπές της καταργήθηκαν, οι δε αρμοδιότητές τους (με εξαίρεση τις περιπτώσεις που αναφέρονται στα άρθρα 2 και 3) μεταβιβάσθηκαν αυτοδικαίως στην Τράπεζα της Ελλάδος και ασκούνται με πράξεις του Διοικητή της ή των εξουσιοδοτημένων από αυτόν οργάνων στο πλαίσιο της κυβερνητικής πολιτικής.

6 ΠΠρΑθ 4818/1995, ΕΕμΠΔ 1996 (παράτ. Τριανταφυλλιάκη).

7 ΑΠ 1111/1999, ΔΕΕ 2000, 538 = ΕΕΜΠΔ 1999, 715 = ΤΝΠ ΔΣΑ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

8 ΟλΑΠ 10/2000, ΔΕΕ 2001, 531 = ΤΝΠ ΔΣΑ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

9 Για το λεγόμενο «άμεσο αποτέλεσμα» των οδηγιών βλ. αντί πολλών Σουφλήρο, Όψεις του καθέτου και του οριζοντίου αμέσου αποτελέσματος των κοινοτικών οδηγιών και συναφή ζητήματα, ΕΕμΠΔ 1998, σελ. 429-450, Χριστιανό, Εισαγωγή στο Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2011, σελ. 561-566, αριθμ. 536-549, Σαχπιακίδου, Ευρωπαϊκό Δίκαιο, β' εκδ., 2013, σελ. 492-498, αριθμ. 23-33, όλοι με πολυάριθμες περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του ΔΕΚ και του ΔΕΕ.



30. Το Εφετείο Αθηνών, με την υπ' αριθμ. 4172/2001 απόφασή του<sup>10</sup>, υποχρέωσε την Τράπεζα της Ελλάδος, να καταβάλει αποζημίωση στην ενάγουσα βελγική τράπεζα αφού έκρινε ότι η επίδικη στην κύρια δίκη πράξη ενέπιπτε στο άρθρο 2 και στο παράρτημα Ι, κατάλογος Β, θέση ΙV Α της πρώτης οδηγίας.

### 3.3. Τα προδικαστικά ερωτήματα του ΑΠ και η αναδιατύπωσή τους από το ΔΕΚ

31. Μετά την άσκηση αναίρεσης κατά της ΕφΑθ 4172/2001 από την Τράπεζα της Ελλάδος, ο Άρειος Πάγος, με την υπ' αριθμ. 503/2003 απόφασή του<sup>11</sup> ανέστειλε τη διαδικασία και απηύθυνε προς το ΔΕΚ (τόρα ΔΕΕ)<sup>12</sup> τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Ερωτάται, σε σχέση με τη διάταξη του αφορώντος το άρθρο 4 της πρώτης οδηγίας [...] καταλόγου Δ και της κατηγορίας της ονοματολογίας VI, που προβλέπει “Βραχυπρόθεσμες επενδύσεις σε γραμμάτια Δημοσίου και σε άλλους τίτλους που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στην χρηματαγορά”, όπως η διάταξη αυτή έχει και κατά το πνεύμα της και τον επιδιωκόμενο από αυτή σκοπό, ή ερμηνεύεται δυνάμει του τυχόν υφιστάμενου στις διεθνείς συναλληλαγές διδάγματος της κοινής πείρας, ότι τίτλοι, όπως οι επίμαχες ετήσιες διάρκειας ομολογίες ΕΤΒΑ, αποτελούν βραχυπρόθεσμες επενδύσεις, υπάγονται στη ρύθμιση αυτής της διατάξεως α) ομολογίες εκδόσεως τραπεζικής ανώνυμης εταιρίας, που ανήκει, κατά τις μετοχές της, στο Δημόσιο, με διάρκεια ενός έτους από την έκδοσή τους, που είναι διαπραγματεύσιμες σε χρηματιστήριο, όπου και έχουν εισαχθεί, ή β) ομολογίες εκδόσεως τραπεζικής ανώνυμης εταιρίας με διάρκεια ενός έτους από την έκδοσή τους, που είναι διαπραγματεύσιμες σε χρηματιστήριο, όπου και έχουν εισαχθεί.

2) Ερωτάται επίσης, σε σχέση με τη διάταξη του αφορώντος το άρθρο 4 της [πρώτης] οδηγίας καταλόγου Δ και της κατηγορίας της ονοματολογίας ΙΧ, που προβλέπει “Άνοιγμα και τροφοδότηση τρεχούμενων λογαριασμών και λογαριασμών καταθέσεων, επαναπατρισμός ή χρησιμοποίηση των στοιχείων ενεργητικού υπό μορφή τρεχούμενου λογαριασμού ή λογαριασμού καταθέσεως σε πιστωτικούς οργανισμούς”, όπως η διάταξη αυτή έχει και κατά το πνεύμα της και τον επιδιωκόμενο από αυτή σκοπό, υπάγεται στην ρύθμιση αυτής της διατάξεως η χρησιμοποίηση σε τράπεζα, ως πιστωτικό οργανισμό, στοιχείων του ενεργητικού κάποιου λογαριασμού καταθέσεων, ο οποίος λογαριασμός τροφοδοτείται όπως προβλέπει η στην παρούσα απόφαση αναφερόμενη 1097/1959 Α.Ν.Ε. (με το προϊόν εισαγόμενου ξένου συναλληλάγματος κ.λπ.) και αφορά καταθέσεις εκπεφρασμένες σε εγχώριο νόμισμα, μετατρέψιμο σε ξένο συνάλληλαγμα».

10 ΕφΑθ 4172/2001, ΝοΒ 2001, 1627 = ΕλΔνη 2001, 1648.

11 ΑΠ 503/2003, ΔΕΕ 2003, 1240 = ΕλΔνη 2004, 798 = ΤΝΠ ΔΣΑ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

12 Στην παρούσα μελέτη, όταν γίνεται παραπομπή σε αποφάσεις που εκδόθηκαν πριν τη μετονομασία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ) σε «Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης» (ΔΕΕ) και του Πρωτοδικείου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΠΕΚ) σε «Γενικό Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης» (ΓενΔ), δηλ. πριν την έναρξη ισχύος της Συνθήκης της Λισσαβόνας (1.12.2009), χρησιμοποιούνται αντίστοιχα οι όροι «ΔΕΚ» και «ΠΕΚ», ενώ για τις μεταγενέστερες αποφάσεις χρησιμοποιούνται αντίστοιχα οι όροι «ΔΕΕ» και «ΓενΔ».

32. Το ΔΕΚ, στην από 27.10.2005 απόφασή του (υπόθεση C-329/03), αναδιατύπωσε, στις σκέψεις 21 και 35, τα υποβληθέντα προδικαστικά ερωτήματα ως εξής:

«21. Με το πρώτο του ερώτημα, ο Άρειος Πάγος ερωτά κατ' ουσίαν αν η αγορά ομολογιών των οποίων η αξία έχει εκφρασθεί σε εθνικό νόμισμα, διαρκείας ενός έτους από την έκδοσή τους, διαπραγματεύσιμων και εισαχθεισών στο χρηματιστήριο, εκδοθεισών από τράπεζα εγκατεστημένη σε κράτος μέλος και ανήκουσα στο κράτος αυτό, αποτελεί «απόκτηση [...] εθνικών τίτλων που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο», υπό την έννοια του παραρτήματος Ι, κατάλογος Β, θέση IV Α, της πρώτης οδηγίας, ή «βραχυπρόθεσμη επένδυση σε γραμμάτια Δημοσίου και σε άλλους τίτλους που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά», υπό την έννοια του καταλόγου Δ, θέση VI, του ίδιου αυτού παραρτήματος».

«35. Με το δεύτερο ερώτημά του, ο Άρειος Πάγος ερωτά κατ' ουσία αν η χρήση, για την αγορά ομολογιών όπως οι περιγραφείσες στο πρώτο ερώτημα, στοιχείων ενεργητικού τρεχούμενου λογαριασμού ή λογαριασμού καταθέσεως σε πιστωτικό οργανισμό εμπίπτει στο παράρτημα Ι, κατάλογος Δ, θέση ΙΧ, της πρώτης οδηγίας».

### 3.4. Η απάντηση του ΔΕΚ στα προδικαστικά ερωτήματα του ΑΠ

33. Εν συνεχεία το ΔΕΚ απάντησε ως εξής στα ως άνω (αναδιατυπωθέντα) ερωτήματα:

«1) Οι ομολογίες των οποίων η αξία έχει εκφρασθεί σε εθνικό νόμισμα, διαρκείας ενός έτους από την έκδοσή τους, διαπραγματεύσιμες και εισαχθείσες στο χρηματιστήριο, εκδοθείσες από τράπεζα εγκατεστημένη σε κράτος μέλος και ανήκουσα στο κράτος αυτό, εμπίπτουν στο παράρτημα Ι, κατάλογος Β, θέση IV Α, της πρώτης οδηγίας. Η αγορά τους και το προϊόν της ρευστοποιήσεώς τους διέπονται από το άρθρο 2 της οδηγίας αυτής, το οποίο παραπέμπει στο παράρτημα Ι, κατάλογος Β, της ίδιας οδηγίας και το οποίο προβλέπει τον επαναπατρισμό του εν λόγω προϊόντος.

2) Το γεγονός ότι η αγορά ομολογιών που εμπίπτουν στο παράρτημα Ι, κατάλογος Β, θέση IV Α, της πρώτης οδηγίας χρηματοδοτήθηκε από στοιχεία ενεργητικού τρεχούμενου λογαριασμού ή λογαριασμού καταθέσεως σε πιστωτικό οργανισμό, ακόμη και αν εμπίπτει στον κατάλογο Δ, θέση ΙΧ, του ίδιου παραρτήματος, δεν επηρεάζει την κατάταξη της επίμαχης κινήσεως κεφαλαίων στον κατάλογο Β, θέση IV Α, του εν λόγω παραρτήματος».

### 3.5. Η απόφαση 1492/2008 του ΑΠ μετά την απάντηση του ΔΕΚ

34. Κατόπιν της ως άνω απάντησης του ΔΕΚ, ο ΑΠ, με την υπ' αριθμ. 1492/2008 απόφασή του<sup>13</sup>, και υιοθετώντας το ίδιο σκεπτικό με το ΔΕΚ, απέρριψε την αναίρεση

13 ΑΠ 1492/2008, ΔΕΕ 2008, 97.

της Τράπεζας της Ελλάδος χωρίς να εξετάσει περαιτέρω αν, ακόμα και υπό το φως της ερμηνείας που έδωσε το ΔΕΚ στις ως άνω διατάξεις της οδηγίας, συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις θεμελίωσης ευθύνης προς αποζημίωση λόγω παράβασης του κοινοτικού (τώρα ενωσιακού) δικαίου<sup>14</sup>, σύμφωνα με τη σχετική νομολογία του ΔΕΚ.

35. Σημειωτέον ότι ως προς το τελευταίο αυτό ζήτημα ο ΑΠ δεν είχε απευθύνει σχετικό προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΚ.

#### 4. Κριτική της απόφασης του ΔΕΚ

##### 4.1. Ως προς τις σχετικές με τις «επενδύσεις σε τίτλους» διατάξεις της πρώτης οδηγίας (πρώτο προδικαστικό ερώτημα)

36. Το ΔΕΚ, επιληφθέν του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος, θεώρησε τελικά κατ' ουσίαν ότι αποκλειστικό κριτήριο για την υπαγωγή των επίδικων ομολόγων στον κατάλογο Β του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας δεν θα πρέπει να είναι η διάρκεια αλλήλ το γεγονός ότι τα επίδικα ομόλογα ήταν εισηγμένα στο χρηματιστήριο. Αυτό προκύπτει από τις ακόλουθες σκέψεις της απόφασής του:

*«24. Συνεπώς, η διαφορά της κύριας δίκης οφείλεται στη διαφορετική ερμηνεία των κριτηρίων που αφορούν τα επίμαχα ομόλογα. Η εν λόγω ένδικη διαφορά αφορά την ερμηνεία των όρων “τίτλοι που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο” και “τίτλοι που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά”. Αφορά επίσης το ζήτημα αν η διάρκεια των επιμάχων ομολόγων αποτελεί καθοριστικό κριτήριο για τον χαρακτηρισμό τους. Κατά την Τράπεζα της Ελλάδος και την Ελληνική Κυβέρνηση, τα εν λόγω ομόλογα αποτελούν “τίτλους που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά», υπό την έννοια του παραρτήματος Ι, κατάλογος Δ, θέση VI, της πρώτης οδηγίας, ανεξαρτήτως του ότι ήσαν διαπραγματεύσιμα στο χρηματιστήριο.*

*[...]*

*26. Συναφώς, μολονότι στον κατάλογο Δ, θέση VI, του εν λόγω παραρτήματος περιλαμβάνεται η έννοια των “τίτλων που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά», η πρώτη οδηγία δεν παρέχει κανέναν ορισμό της έννοιας αυτής. Αντιθέτως, η εν λόγω οδηγία αναφέρει την έννοια των “τίτλων που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο» στον κατάλογο Β, θέση IV Α, του ίδιου παραρτήματος και στις επεξηγηματικές σημειώσεις της οδηγίας, οι οποίες περιέχουν έναν ορισμό της εν λόγω εν-*

<sup>14</sup> Στη συνέχεια της μελέτης η χρήση των όρων «κοινοτικό» δίκαιο, «κοινοτική» οδηγία, Ευρωπαϊκή «Κοινότητα» κ.λπ., αντί των όρων «ενωσιακό», «ενωσιακή», «Ένωση» κλπ., που χρησιμοποιούνται στο πλαίσιο της ΣΛΕΕ μετά τη θέση σε ισχύ της συνθήκης της Λισσαβόνας (1.12.2009), αναφέρεται στην περίοδο πριν των ως άνω ημερομηνία.

**voías.** Σύμφωνα με τις ως άνω σημειώσεις, που πρέπει να θεωρηθούν αναπόσπαστο τμήμα της εν λόγω οδηγίας (βλ. απόφαση της 4ης Φεβρουαρίου 1988, 143/86, East κ.λπ., Συλλογή 1988, σ. 625, σκέψη 11), οι “τίτλοι που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο” είναι “οι τίτλοι που αποτελούν αντικείμενο ρυθμιζόμενων συναλλαγών και των οποίων οι τιμές δημοσιεύονται συστηματικά, είτε από επίσημα χρηματιστηριακά όργανα (τίτλοι που αποτελούν αντικείμενο επισήμου χρηματιστηριακής εγγραφής), είτε από άλλα όργανα συνδεδεμένα με το χρηματιστήριο όπως, παραδείγματος χάριν, οι τραπεζικές επιτροπές (τίτλοι που αποτελούν αντικείμενο ανεπισήμου χρηματιστηριακής εγγραφής)”. Όπως επισημαίνει η Επιτροπή, **ο ορισμός αυτός σημαίνει ότι ο κοινοτικός νομοθέτης προσέδωσε σπουδαιότητα στους κανόνες λειτουργίας του χρηματιστηρίου, μεταξύ άλλων, βάσει διατάξεων που διασφαλίζουν τη διαφάνεια της λειτουργίας του χρηματιστηρίου και τη δημοσίευση των τιμών των τίτλων που αποτελούν το αντικείμενο της διαπραγματεύσεως.**

27. Όσον αφορά τους “τίτλους που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο”, τους οποίους αναφέρει το παράρτημα I, κατάλογος B, θέση IV A, της πρώτης οδηγίας, **ο κοινοτικός νομοθέτης έκρινε ότι οι τίτλοι που είναι διαπραγματεύσιμοι σε ρυθμιζόμενο περιβάλλον, όπως είναι το χρηματιστήριο, μπορούν, κατά το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας, να τύχουν γενικής εγκρίσεως,** χορηγούμενης από το οικείο κράτος μέλος, για τη σύναψη ή την εκτέλεση των συναλλαγών και για τις μεταφορές συναλλαγμάτων μεταξύ των κατοίκων των κρατών μελών.

28. Αντιθέτως, η χρηματαγορά, την οποία αναφέρει το παράρτημα I, κατάλογος Δ, θέση VI, της πρώτης οδηγίας, είναι λιγότερο ρυθμιζόμενη από το χρηματιστήριο. Συγκεκριμένα, οι συναλλαγές στη χρηματαγορά συνάπτονται συνήθως κατόπιν ιδιωτικών διαπραγματεύσεων, σε ένα περιβάλλον λιγότερο διαφανές σε σχέση με το χρηματιστήριο. Ο ισχυρισμός αυτός ενισχύεται επίσης από το ότι το θεμελιώδες χαρακτηριστικό των “τίτλων που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά” είναι ότι οι τιμές τους δεν αποτελούν αντικείμενο δημόσιας χρηματιστηριακής εγγραφής και, ως εκ τούτου, μπορεί να είναι αναγκαίο να προβούν οι εθνικές αρχές στην εκτίμηση της αξίας τους προς αποφυγή κάθε απάτης απορρέουσας από εικονικές τιμές. Τούτο δεν συμβαίνει, αντιθέτως, με τους “τίτλους που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο”, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 43 των προτάσεων του.

[...]

30. **Μολονότι η διάρκεια των τίτλων μπορεί να είναι καθοριστική για τους τίτλους που εμπίπτουν στο παράρτημα I, κατάλογος Δ, της πρώτης οδηγίας και οι οποίοι υπόκεινται σε περιορισμούς, υπό την έννοια του άρθρου 4 της οδηγίας αυτής, δηλαδή για τις “[β]ραχυπρόθεσμες επενδύσεις σε γραμμάτια Δημοσίου και σε άλλους τίτλους που κανονικά είναι διαπραγματεύσι-**

μοι στη χρηματαγορά”, **τούτο δεν ισχύει ωστόσο για τους “τίτλους που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο”**. Μνεία των τίτλων αυτών γίνεται μόνο στον κατάλογο Β, θέση IV Α, καθώς και στις επεξηγηματικές σημειώσεις της πρώτης οδηγίας. Οι σημειώσεις αυτές αναφέρονται ρητώς στην εν λόγω θέση IV και προβλέπουν μόνον τη φύση των οργανισμών που εκδίδουν τις ομολογίες, δηλαδή ότι αυτές εκδίδονται “τόσο από ιδιωτικούς όσο και από δημοσίους οργανισμούς”. **Οι οδηγίες 86/566/ΕΟΚ** του Συμβουλίου, της 17ης Νοεμβρίου 1986, για τροποποίηση της πρώτης οδηγίας (ΕΕ L 332, σ. 22), και 88/361/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 24ης Ιουνίου 1988, για τη θέση σε εφαρμογή του άρθρου 67 της Συνθήκης (ΕΕ L 178, σ. 5), **περιέχουν ορισμό των βραχυπροθέσμων ομολογιών, αλλά οι οδηγίες αυτές δεν έχουν αναδρομική εφαρμογή**. Έτσι, από το γράμμα του παραρτήματος Ι, κατάλογος Β, θέση IV Α, της πρώτης οδηγίας προκύπτει ότι ο κοινοτικός νομοθέτης θέλησε να ορίσει τους “τίτλους που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο” με βάση κριτήρια διαφορετικά από τη διάρκειά τους.

31. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι τα επίμαχα ομόλογα αποτελούν “τίτλους που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο”, υπό την έννοια του παραρτήματος Ι, κατάλογος Β, θέση IV Α, και των επεξηγηματικών σημειώσεων της πρώτης οδηγίας.

32. Υπό τις συνθήκες αυτές, **δεν είναι αναγκαίο να εξετασθεί αν τα ομόλογα αυτά ανταποκρίνονται συγχρόνως στα κριτήρια του καταλόγου Δ, θέση VI, του ίδιου παραρτήματος. Ακόμη και αν τούτο ίσχυε, δεν θα μπορούσε να ασκήσει επιρροή επί του ότι οι επίμαχες κινήσεις κεφαλαίων υπάγονται στο καθεστώς ελευθερώσεως το οποίο καθιερώνει το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας, λόγω του ότι ανταποκρίνονται στα κριτήρια του παραρτήματος Ι, κατάλογος Β, της πρώτης οδηγίας**. Καμία διάταξη της οδηγίας αυτής δεν περιορίζει την ελευθέρωση της οποίας τυγχάνουν οι κινήσεις κεφαλαίων δυνάμει του άρθρου 2 αυτής, **απλώς και μόνο λόγω του ότι οι ίδιες κινήσεις κεφαλαίων ανταποκρίνονται και στα κριτήρια του παραρτήματος Ι, κατάλογος Δ, της εν λόγω οδηγίας**. Το ίδιο συμπέρασμα συνάγεται από την ερμηνεία της πρώτης οδηγίας υπό το πρίσμα του σκοπού της, ο οποίος εκτίθεται στη μία και μόνη αιτιολογική της σκέψη και επιβάλλει τη “μεγαλύτερη δυνατή ελευθερία κινήσεων κεφαλαίων μεταξύ των κρατών μελών και, κατά συνέπεια, [την] ευρύτερη και ταχύτερη ελευθέρωση των εν λόγω κινήσεων κεφαλαίων”».

(έμφαση από τον γράφοντα).

37. Μια τέτοια ερμηνεία όμως κάθε άλλου παρά προφανής είναι, ενόψει της συνδρομής ολόκληρης σειράς άλλων στοιχείων που συνηγορούν υπέρ της υπαγωγής των επίδικων ομολόγων αποκλειστικά στον κατάλογο Δ, θέση VI, του παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας και **δεν επιτρέπουν την υπαγωγή στον κατάλογο Β**. Τα στοιχεία αυτά εκτίθενται στη συνέχεια.

#### 4.1.1. Παραβίαση της αρχής της σύμφωνης προς το πρωτογενές δίκαιο ερμηνείας του παραγώγου κοινοτικού (τώρα ενωσιακού) δικαίου

4.1.1.1. *Ερμηνεία των οδηγιών 86/566 και 88/361 κατά τρόπο μη σύμφωνο προς τα άρθρα 67 και 69 ΣυνθΕΟΚ με συνέπεια την αντίθεση των ως άνω πράξεων του παραγώγου κοινοτικού δικαίου προς το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο*

38. Επισημαίνεται καταρχάς ότι, όπως προκύπτει από τη σκέψη 30 της ως άνω απόφασης του ΔΕΚ, το τελευταίο, δεχόμενο ότι «Οι οδηγίες 86/566/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Νοεμβρίου 1986, για τροποποίηση της πρώτης οδηγίας (ΕΕ L 332, σ. 22), και 88/361/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 24ης Ιουνίου 1988, για τη θέση σε εφαρμογή του άρθρου 67 της Συνθήκης (ΕΕ L 178, σ. 5), περιέχουν ορισμό των βραχυπρόθεσμων ομολογιών, **αλλά οι οδηγίες αυτές δεν έχουν αναδρομική εφαρμογή**», ερμήνευσε την οδηγία 86/566 υπό την έννοια ότι ο ορισμός του όρου «ομολογίες», που η ως άνω οδηγία εισήγαγε στις επεξηγηματικές σημειώσεις της πρώτης οδηγίας («μεταβιβάσιμοι τίτλοι διάρκειας δύο και πλέον ετών από την έκδοση, των οποίων το επιτόκιο καθώς και οι ληπτομέρειες εξόφλησης του κεφαλαίου και καταβολής των τόκων καθορίζονται κατά την έκδοση»), είναι πιο περιοριστικός από την έννοια που ο όρος αυτός είχε μέχρι τότε, βάσει της πρώτης οδηγίας<sup>15</sup>.

39. Μια τέτοια ερμηνεία όμως θέτει αναπόφευκτα ζήτημα **αντίθεσης της οδηγίας 86/566 (αλλά και της οδηγίας 88/361 που διατήρησε, στις επεξηγηματικές της σημειώσεις, τον ως άνω ορισμό των «ομολογιών»!)** προς το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο και συγκεκριμένα τόσο προς το άρθρο 67, όσο και προς το άρθρο 69 ΣυνθΕΟΚ, που αποτελούσε τη νομική βάση των ως άνω οδηγιών.

40. Και τούτο διότι **το άρθρο 69 ΣυνθΕΟΚ** εξουσιοδοτούσε το Συμβούλιο να «εκδίδει τις αναγκαίες οδηγίες για την **προοδευτική εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 67**», το οποίο (άρθρο 67) προέβλεπε την **προοδευτική κατάργηση** των περιορισμών στην κίνηση κεφαλαίων που ανήκουν σε πρόσωπα που έχουν κατοικία εντός των κρατών μελών (βλ. παραπάνω, αριθμ. 3-4).

41. Είναι προφανές ότι **η σαφής διατύπωση των ως άνω άρθρων δεν επέτρεπε την επανεισαγωγή, μέσω μεταγενέστερων οδηγιών, περιορισμών σε κινήσεις κεφαλαίων που ήταν ήδη πλήρως απελευθερωμένες βάσει προγενέστερων οδηγιών**.

42. Πράγματι, θα ήταν **τουλάχιστον παράδοξο** να θεωρηθεί ότι οι οδηγίες 86/566 και 88/361, που εκδόθηκαν 26 και 28 χρόνια αντίστοιχα μετά την έκδοση της πρώτης οδηγίας, εισήγαγαν περιορισμούς που δεν υπήρχαν το έτος 1960, δηλ. ένα μόνο έτος μετά τη θέση σε ισχύ της Συνθήκης της Ρώμης.

<sup>15</sup> Επισημαίνεται ότι αναφορά στη «μη αναδρομική εφαρμογή» των οδηγιών 86/566 και 88/361 περιεχόταν και στην παραπεμπτική απόφαση 503/2003 του ΑΠ, ό.π.



43. Το συμπέρασμα αυτό ενισχύεται περαιτέρω και από τις ειδικότερες προβλήσεις της οδηγίας 88/361, η οποία επέβαλλε την πλήρη απελευθέρωση των κινήσεων κεφαλαίων την **1.7.1990** (βλ. άρθρο 6 παρ. 1 της οδηγίας 88/361), και προέβλεψε, για ορισμένα κράτη-μέλη, μεταξύ των οποίων και η Ελλάδα, μεταβατικές περιόδους για συγκεκριμένες κατηγορίες κινήσεων κεφαλαίων. Μεταξύ των κινήσεων κεφαλαίων, ως προς τις οποίες η Ελλάδα μπορούσε να αναβάλει την ελευθέρωση μέχρι **31.12.1992**, περιλαμβάνονται και οι **«Πράξεις επί τίτλων και άλλων μέσων που είναι κανονικά διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά»** (βλ. κατάλογο IV του Παραρτήματος IV της οδηγίας 88/361/ΕΟΚ).

44. Στην κατηγορία αυτή περιλαμβάνονταν και τα επίδικα ομόλογα ΕΤΒΑ. Και τούτο διότι:

45. Στην ονοματολογία της ως άνω οδηγίας 88/361 ως **«τίτλοι που είναι κανονικά διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά»** ορίζονταν τα **«χρεόγραφα δημοσίου και λοιπά διαπραγματεύσιμα χρεόγραφα, τα πιστοποιητικά καταθέσεων, οι τραπεζικές αναλήψεις υποχρεώσεων, τα γραμμάτια δημοσίου και άλλα παρόμοια μέσα»**.

46. Ως **«χρηματαγορά» (money market)**, ορίζεται, σύμφωνα με την ορολογία (Γλωσσάριο) της ίδιας της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας<sup>16</sup>, **«η αγορά μέσω της οποίας γίνεται άντληση, επένδυση και διαπραγμάτευση βραχυπρόθεσμων κεφαλαίων και για το σκοπό αυτό χρησιμοποιούνται χρηματοδοτικά μέσα που γενικά έχουν αρχική διάρκεια έως ένα έτος»**.

47. Στους ως άνω ορισμούς είναι προφανές ότι υπάγονταν και τα επίδικα ομόλογα ΕΤΒΑ. Και τούτο διότι:

α. Ήταν **«διαπραγματεύσιμα χρεόγραφα»** με την παραπάνω έννοια,

β. Είχαν αρχική διάρκεια έως ένα έτος.

γ. Ενόψει της διάρκειάς τους (1 έτος) ήταν **«κανονικά»**, δηλ. με βάση την συνήθη πρακτική **«διαπραγματεύσιμα στη χρηματαγορά»**.

Το γεγονός ότι τα συγκεκριμένα τραπεζικά ομόλογα ήταν διαπραγματεύσιμα στο χρηματιστήριο (πράγμα που δεν αποκλείεται να συμβαίνει κατ' εξαίρεση και κατ' απόκλιση από τη συνήθη πρακτική, όπως προκύπτει από τη φράση **«που είναι κανονικά διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά»**) δεν αναιρεί την ιδιότητά τους ως τίτλων της χρηματαγοράς<sup>17</sup>, όπως καταδεικνύει και η αντίστοιχη περίπτωση των **εντόκων γραμματίων του Δημοσίου** (για την οποία βλ. παρακάτω, αριθμ. 59 επ.).

16 Βλ. Ετήσια Έκθεση 2002 της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, σελ. 282 επ. Ο αντίστοιχος ορισμός στην αγγλική έκδοση της ως άνω Ετήσιας Έκθεσης (European Central Bank, Annual Report 2002) έχει ως εξής (σελ. 248): **«Money market: the market in which short-term funds are raised, invested and traded using instruments which generally have an original maturity of up to one year»** (έμφαση από τον γράφοντα).

17 Βλ. σχετικά την έκδοση της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας με τίτλο: «European Central Bank, European Union Balance Of Payments/International Investment Position Statistical Methods, November 2003», στην οποία, υπό τον τίτλο «3.8 Portfolio investment» και τον υπότιτλο «3.8.1 Definition and coverage» (σελ. 42) περιέχονται οι ακόλουθοι ορισμοί:



48. Είναι επομένως **λογικά αδύνατο** η συγκεκριμένη κατηγορία κινήσεων κεφαλαίων (**«Πράξεις επί τίτλων και άλλων μέσων που είναι κανονικά διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά»**), της οποίας η ελευθέρωση είχε αναβληθεί, όσον αφορά την Ελλάδα, μέχρι 31.12.1992, να ήταν ελευθερωμένη ήδη κατά τον επίδικο χρόνο (1982), βάσει της πρώτης οδηγίας που εκδόθηκε το 1960, δηλ. τριάντα δύο (32) ολόκληρα χρόνια ενωρίτερα από την ως άνω ημερομηνία (31.12.1992), όπως αβασίμως ισχυρίστηκαν ενώπιον του ΔΕΚ η ενάγουσα της κύριας δίκης βελγική τράπεζα και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

49. Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι **δεν ετίθετο ζήτημα αναδρομικής εφαρμογής της οδηγίας 86/566**.

50. Η ερμηνεία όμως που έδωσε το ΔΕΚ στις ως άνω οδηγίες ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα οδηγεί στο συμπέρασμα ότι **οι σχετικές διατάξεις των ως άνω οδηγιών ήταν αντίθετες προς το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο (άρθρα 67 και 69 ΣυνθΕΟΚ), με συνέπεια να είναι ανίσχυρες**.

51. Ο μόνος τρόπος να αποφευχθεί μια τέτοια σοβαρότατη συνέπεια θα ήταν η σύμφωνη προς το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο, και εν προκειμένω η σύμφωνη προς τα άρθρα 67 και 69 ΣυνθΕΟΚ ερμηνεία των σχετικών διατάξεων των οδηγιών 86/566 και 88/361, λαμβανομένων υπόψη και των όσων αναφέρονται στο προοίμιο των οδηγιών αυτών<sup>18</sup>.

52. Σε μια τέτοια ερμηνεία όμως αρνήθηκε να προβεί το ΔΕΚ στην ως άνω απόφαση, **ερχόμενο έτσι το ίδιο σε αντίθεση με την πάγια νομολογία του, σύμφωνα με την οποία όταν νομοθέτημα του παραγωγού δικαίου επιδέχεται περισσότερες από μία ερμηνείες, πρέπει να προτιμάται η ερμηνεία που καθιστά την εν λόγω διάταξη σύμφωνη προς τις Συνθήκες και όχι εκείνη που συνεπάγεται το ασυμβίβαστό της προς αυτές**<sup>19</sup>.

*«Bonds and notes are securities issued with an initial maturity of more than one year which usually give the holder (i) the unconditional right to a fixed monetary income or contractually determined variable monetary income (payment of interest being independent of the earnings of the debtor) and (ii) the unconditional right to a fixed sum in repayment of principal at a specified date or dates. Transactions and holdings in securities issued with a maturity of more than one year are always classified as bonds and notes in the euro area b.o.p./i.p., even though their residual maturity at the time of the investment may be one year or less»* (έμφαση από τον γράφοντα).

*«Unlike bonds and notes, money market instruments are securities issued with an initial maturity of one year or less. They generally give the holder the unconditional right to receive a stated, fixed sum of money on a specified date. These instruments are usually traded, at a discount, in organized markets, the discount is dependent upon the interest rate of the instrument relative to the market interest rate and the time remaining to maturity. Examples of such instruments are Treasury bills, commercial and financial paper and bankers' acceptances»* (έμφαση από τον γράφοντα).

18 Η οδηγία 86/566, είχε ως σκοπό, όπως προκύπτει από την 3η αιτιολογική σκέψη του προοιμίου της, **«τη συνέχιση της προοδευτικής απελευθέρωσης των κινήσεων κεφαλαίων»**.

19 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, αποφάσεις της 13.12.1983, 218/82, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, σκ. 15, της 29.6.1995, C-135/93, Ισπανία κατά Επιτροπής, σκ. 37, της 26.6.2007, C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones, σκ. 28 και από την πλθον πρόσφατη νομολογία ΔΕΕ, απόφ. της 4.3.2016, C547/14, Philip Morris Brands, σκ. 70, βλ. επίσης σχετικά Σουφληρό, Ο Κανονισμός 1/2003, Κατ' άρθρο ερμηνεία, 2015, Μέρος Πρώτο – Γενικό, αριθμ. 68, σελ. 48, με περαιτέρω παραπομπές.

#### 4.1.1.2. Η αντιφατική στάση της Ευρ. Επιτροπής

53. Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι **η ίδια η Επιτροπή ήταν εκείνη που επέμεινε στην αναδρομική εφαρμογή του εθνικού νομοθετήματος που θα ενσωμάτωνε στο ελληνικό δίκαιο τις σχετικές κοινοτικές οδηγίες**. Συγκεκριμένα είχε διατυπώσει ουσιαστικές ενστάσεις σχετικά με το προγενέστερο Π.Δ. 170/1986, με το οποίο είχε γίνει η πρώτη προσπάθεια μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο της πρώτης και της δεύτερης οδηγίας.

54. Η Ελλάδα ανταποκρίθηκε στην ως άνω απαίτηση της Επιτροπής. Έτσι, αντικατέστησε το αρχικό Π.Δ. 170/86 με το Π.Δ. 207/87. Στο τελευταίο αυτό Π.Δ. συμπεριλήφθηκε, στο άρθρο 9, υπό αριθμ. 10, ο ορισμός του όρου «Ομολογίες», όπως αυτός περιεχόταν στην οδηγία 86/566. Επιπλέον, στο άρθρο 12 παρ. 1 του ίδιου ως άνω Π.Δ. 207/87 ορίστηκε ρητά ότι:

**«Οι διατάξεις αυτού του Π.Δ. ισχύουν από 1ης Ιανουαρίου 1981, με την επιφύλαξη της παραγράφου 2 του παρόντος άρθρου».**

(Οι κινήσεις κεφαλαίων της παρ. 2 δεν ενδιαφέρουν εν προκειμένω).

55. **Η Επιτροπή**, στην οποία **κοινοποιήθηκε** το ως άνω Π.Δ. 207/87, και αφού το εξέτασε ενδελεχώς προκειμένου να διαπιστώσει αν λήφθηκαν υπόψη οι ενστάσεις της, **θεώρησε απολύτως ικανοποιητικό το περιεχόμενό του και για το λόγο αυτό παραιτήθηκε από την προηγηθείσα προσφυγή της κατά της Ελλάδος βάσει του (τότε) άρθρου 169 ΣυνθΕΟΚ<sup>20</sup>.**

56. Και τούτο παρά το γεγονός ότι το ως άνω Π.Δ.:

α) **αφενός** είχε ενσωματώσει τον ορισμό του όρου «ομολογίες» της οδηγίας 86/566 και

β) **αφετέρου**, ενόψει της **αναδρομικής ισχύος** που είχε προσδοθεί στις διατάξεις του κατ' απαίτηση της ίδιας της Επιτροπής, **απέκλειε από την απειλευθέρωση, και μάλιστα αναδρομικά από 1.1.1981, τα επίδικα ομόλογα ΕΤΒΑ, δεδομένου ότι αυτά είχαν αρχική διάρκεια ενός μόνον έτους.**

57. Η ως άνω συμπεριφορά της Επιτροπής αποτελούσε **σιωπηρή ομολογία** της ότι η έννοια του όρου «Ομολογίες» ήταν **εξ υπαρχής** αυτή που υιοθετήθηκε από την οδηγία 86/566 και περιλήφθηκε στο Π.Δ. 207/87. Διαφορετικά η Επιτροπή δεν

20 Κατόπιν προσφυγής της ενάγουσας βελγικής τράπεζας η Επιτροπή είχε απευθύνει την από 1.12.1983 προειδοποιητική επιστολή – όχληση προς την Ελληνική Κυβέρνηση. Στη συνέχεια απηύθυνε την από 11.10.1984 αιτιολογημένη γνώμη, και τέλος, την 30.4.1985, άσκησε προσφυγή ενώπιον του ΔΕΚ κατά της Ελληνικής Δημοκρατίας (υπόθεση 132/85, Επιτροπή κατά Ελλάδος). Τελικά, και μετά την προσήκουσα ενσωμάτωση της πρώτης και της δεύτερης οδηγίας στο ελληνικό δίκαιο με το Π.Δ. 207/1987, **η Επιτροπή**, με έγγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του ΔΕΚ στις 11.11.1987, **παραιτήθηκε από την ως άνω προσφυγή της κατά της Ελλάδος** (βλ. Διάταξη του ΔΕΚ της 16.12.1987, υπόθ. 132/85, Επιτροπή κατά Ελλάδος). Βλ. και σημ. 25, υποσημ. 7 των από 14.4.2005 προτάσεων του Γεν. Εισαγγελέα Jacobs στην προκείμενη υπόθεση (C-329/03), όπου αναφέρονται τα εξής: «Η Επιτροπή δηλώνει με τις γραπτές παρατηρήσεις της στην παρούσα δίκη ότι, κατά την προηγούμενη δίκη, **παραιτήθηκε από το δικόγραφο της προσφυγής της αφού η Ελλάδα είχε θέσει σε ισχύ τις δύο επίμαχες οδηγίες (με τα προεδρικά διατάγματα 170/1986 και 207/1987) αναδρομικώς από 1ης Ιανουαρίου 1981**» (έμφαση από τον γράφοντα).

θα θεωρούσε πλήρως ικανοποιητικό το Π.Δ. 207/87, του οποίου η ίδια είχε ζητήσει την αναδρομική εφαρμογή.

58. Ενόψει των παραπάνω **ήταν τουλάχιστον αντιφατικό** από την πλευρά της Επιτροπής να ισχυρίζεται μεταγενέστερα, ενώπιον του ΔΕΚ, ότι η οδηγία 86/566 ήταν δήθεν πιο περιοριστική από την πρώτη οδηγία.

4.1.2. Ως προς την παραδοχή του ΔΕΚ ότι η εισαγωγή των επίδικων τίτλων στο χρηματιστήριο πρέπει να αποτελεί το αποκλειστικό κριτήριο για την υπαγωγή τους στον (ελευθερωμένο) κατάλογο Β της πρώτης οδηγίας ανεξάρτητα από τη διάρκειά τους. Η αντίστοιχη περίπτωση των εντόκων γραμματίων του Δημοσίου

59. Το εσφαλμένο της ως άνω παραδοχής καταδεικνύεται καταρχάς από τα όσα ίσχυαν, κατά τον κρίσιμο χρόνο για τα **έντοκα γραμμάτια του Δημοσίου, των οποίων η διάρκεια εξ ορισμού δεν υπερβαίνει το ένα έτος, και τα οποία αποτελούν το πιο κλασικό παράδειγμα βραχυπρόθεσμων τίτλων. Βάσει του άρθρου 10 του Ν.Δ. 3745/1957, που τα θέσπισε για πρώτη φορά, τα έντοκα γραμμάτια του Δημοσίου μπορούσαν να εισαχθούν στο χρηματιστήριο** (όπως και τα επίδικα ομόλογα ΕΤΒΑ) **και εισήχθησαν πράγματι με το εκτελεστικό Π.Δ. 372/1985 χωρίς ποτέ να τεθεί θέμα υπαγωγής τους στον κατάλογο Β της πρώτης οδηγίας. Παρέμεναν πάντοτε στο κατάλογο Δ και στην κατηγορία VI της πρώτης οδηγίας όπου μάλιστα και αναφέρονται ρητώς** (*«Βραχυπρόθεσμες επενδύσεις σε γραμμάτια του Δημοσίου και σε άλλους τίτλους που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στην χρηματαγορά»*)<sup>21</sup>.

60. Ο λόγος που η πρώτη οδηγία έθεσε ως πρόσθετη προϋπόθεση την εισαγωγή των τίτλων του καταλόγου Β στο χρηματιστήριο είναι ότι η ως άνω εισαγωγή στο χρηματιστήριο διασφάλιζε ότι δεν θα υπάρξουν καταστρατηγήσεις, μέσω απόκτησης ή ρευστοποίησης των ως άνω τίτλων με εικονικό, δηλ. υπερβολικά υψηλό, τίμημα. Και τούτο διότι το ύψος του τιμήματος θα καθόριζε και την υποχρέωση των κρατών μελών να χορηγήσουν αντίστοιχου ύψους συνάλλαγμα. Με άλλα λόγια, η πρόσθετη προϋπόθεση της εισαγωγής των τίτλων του καταλόγου Β στο χρηματιστήριο διευκόλυνε τον έλεγχο της αυθεντικότητας και της νομιμότητας των σχετικών συναλλαγών, που προβλέπεται στο άρθρο 5 παρ. 1 της πρώτης οδηγίας, με την έννοια ότι απήλλελε τις αρμόδιες αρχές από την υποχρέωση να προβούν οι ίδιες σε ду-

21 Το ότι τα **έντοκα γραμμάτια του Δημοσίου, παρά την εισαγωγή τους στο χρηματιστήριο, εξακολουθούσαν να είναι διαπραγματεύσιμα και στη χρηματαγορά**, προκύπτει και από την Πράξη Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος 1347/1988, με την οποία καθορίστηκαν οι προμήθειες που θα κατέβαλε η Τράπεζα της Ελλάδος, ως διαχειρίστis των εντόκων γραμματίων του Δημοσίου, στις Τράπεζες, άλλα πιστωτικά ιδρύματα και χρηματιστές-μέλη του Χρηματιστηρίου Αξιών Αθηνών που έχουν εξουσιοδοτηθεί για τη διακίνηση των εντόκων γραμματίων σε φυσικά πρόσωπα και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου.

σχερείς οικονομικές εκτιμήσεις προκειμένου να εξακριβώσουν αν το αναφερόμενο τίμημα αντιστοιχούσε στην πραγματική αξία των τίτλων. Εφόσον οι τίτλοι ήταν εισηγμένοι στο χρηματιστήριο αρκούσε, για τον ως άνω έλεγχο, μια απλή σύγκριση με τις δημοσιευμένες χρηματιστηριακές τιμές την ημέρα της συναλλαγής. Αυτός είναι άλλωστε και ο λόγος για τον οποίο **οι μη βραχυπρόθεσμοι τίτλοι που ΔΕΝ ήταν διαπραγματεύσιμοι στο χρηματιστήριο υπήχθησαν στον κατάλογο Γ<sup>22</sup>, πράγμα που σήμαινε ότι ως προς αυτούς, βάσει του άρθρου 3 παρ. 2 της πρώτης οδηγίας, τα κράτη-μέλη μπορούσαν να διατηρήσουν ή να επαναφέρουν συναλλαγματικούς περιορισμούς, αν υπήρχε κίνδυνος να παρεμποδιστεί η οικονομική πολιτική του οικείου κράτους-μέλους.**

61. Το στοιχείο όμως αυτό, δηλ. **η εισαγωγή στο χρηματιστήριο, δεν ήταν πρόσφορο να αποτρέψει τον άλλο κίνδυνο, αυτόν δηλ. που προέρχεται από τον βραχυπρόθεσμο χαρακτήρα της επένδυσης σε τίτλους. Ο κίνδυνος αυτός, που ήταν και ο μεγαλύτερος, μπορούσε να αποτραπεί ΜΟΝΟ με τον ολοσχερή αποκλεισμό από τον κατάλογο Β όλων των βραχυπρόθεσμων επενδύσεων σε τίτλους.** Για το λόγο αυτό **όλες οι βραχυπρόθεσμες επενδύσεις σε τίτλους υπήχθησαν στον κατάλογο Δ**, ως προς τον οποίο, βάσει του άρθρου 4 της πρώτης οδηγίας, δεν υπήρχε καμία απολύτως υποχρέωση απελευθέρωσης, όπως είχε αποφανθεί νωρίτερα και το ίδιο το ΔΕΚ στην απόφαση Casati<sup>23</sup>.

62. Αυτή η υπαγωγή στον κατάλογο Δ καταδεικνύει και τον **μεγαλύτερο βαθμό επικινδυνότητας των βραχυπρόθεσμων επενδύσεων σε τίτλους** σε σχέση με

22 Για τη σημασία του καταλόγου Γ του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας για την προσήκουσα ερμηνεία των καταλόγων Β και Δ βλ. παρακάτω, αριθμ. 66 επ.

23 Βλ. ΔΕΚ, απόφ. της 11.11.1981, υπόθ. 203/80, Casati, σκέψεις 9-11, οι οποίες έχουν ως εξής: «9. ...[Η] διακίνηση των κεφαλαίων **συνδέεται στενά με την οικονομική και νομισματική πολιτική των Κρατών μελών. Κατά το παρόν στάδιο, δεν αποκλείεται η απόλυτη ελευθερία της κινήσεως κεφαλαίων να δύναται να θέσει σε κίνδυνο την οικονομική πολιτική κάποιου Κράτους μέλους ή να προκαλέσει μία ανισορροπία του ισοζυγίου πληρωμών του, παραβιάζοντας έτσι την καλή λειτουργία της κοινής αγοράς.** 10. Για τους λόγους αυτούς, **το άρθρο 67 παράγραφος 1 διαφέρει από τις διατάξεις περί της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, των προσώπων και των υπηρεσιών, κατά την έννοια ότι η υποχρέωση ελευθέρωσης των διακινήσεων κεφαλαίων προβλέπεται μόνο “κατά το μέτρο που είναι αναγκαίο για την καλή λειτουργία της κοινής αγοράς”.** Η έκταση του περιορισμού αυτού, που εξακολουθεί να ισχύει και μετά την λήξη της μεταβατικής περιόδου, ποικίλλει εκάστοτε και εξαρτάται από την εκτίμηση των αναγκών της κοινής αγοράς και από την εκτίμηση τόσο των πλεονεκτημάτων, όσο και των κινδύνων που ενδέχεται να έχει για την εν λόγω αγορά η ελευθέρωση, εν όψει της καταστάσεώς της κατά το δεδομένο χρονικό σημείο και, ιδίως, του βαθμού ολοκλήρωσής που έχει επιτευχθεί στους τομείς για τους οποίους οι διακινήσεις κεφαλαίων έχουν ιδιαίτερη σημασία. 11. Η εκτίμηση αυτή αποκείται, κατά πρώτο λόγο, στο Συμβούλιο, με την διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 69. Βάσει του άρθρου αυτού το Συμβούλιο έχει εκδώσει δύο οδηγίες, την πρώτη στις 11 Μαΐου 1960 (ΕΕ ειδ. έκδ. 10/0001, σ. 4) και την δεύτερη στις 18 Δεκεμβρίου 1962 (ΕΕ ειδ. έκδ. 10/001, σ. 16). Στα παραρτήματα των δύο οδηγιών, το σύνολο των διακινήσεων κεφαλαίων διαιρείται σε τέσσερις κατηγορίες (κατάλογοι Α, Β, Γ και Δ). Για τις διακινήσεις που απαριθμούνται στους καταλόγους Α και Β, οι οδηγίες προβλέπουν την ελευθέρωση χωρίς όρους. Ανεπαντίτα, για τις διακινήσεις που περιέχονται στον κατάλογο Γ, οι οδηγίες επιτρέπουν στα Κράτη μέλη να διατηρούν ή να επαναφέρουν συναλλαγματικούς περιορισμούς που ισχύουν κατά την ημερομηνία της ενάρξεως της ισχύος της πρώτης οδηγίας, αν η ελευθερία των διακινήσεων αυτών ενδέχεται να παρεμποδίσει την πραγματοποίηση των στόχων της οικονομικής πολιτικής του οικείου κράτους. Τέλος, για τις διακινήσεις που απαριθμούνται στον κατάλογο Δ, οι οδηγίες δεν επιβάλλουν στα Κράτη μέλη κανένα μέτρο ελευθέρωσης».

τις επενδύσεις σε μεσομακροπρόθεσμους τίτλους που **δεν ήταν εισηγμένοι στο Χρηματιστήριο και υπάγονταν στο κατάλογο Γ.**

63. Πράγματι, αυτό που χαρακτηρίζει τη **βραχυπρόθεσμη επένδυση** που γίνεται σε τίτλους που είναι κανονικά διαπραγματεύσιμοι στη **χρηματαγορά** είναι η δυνατότητα βραχυπρόθεσμης ρευστοποίησης, διότι **αυτή θέτει και το ζήτημα της δυνατότητας βραχυπρόθεσμου επαναπατρισμού** του προϊόντος της ως άνω ρευστοποίησης, ο οποίος επαναπατρισμός **συνιστά βραχυπρόθεσμη κίνηση κεφαλαίων, της οποίας η απελευθέρωση δεν επιβαλλόταν** με την πρώτη (και τη δεύτερη) οδηγία για τους λόγους που προαναφέρθηκαν (διακινδύνευση των στόχων οικονομικής πολιτικής από παρόμοιες κερδοσκοπικού χαρακτήρα κινήσεις κεφαλαίων). Για το λόγο άλλωστε αυτό **η οδηγία 88/361/ΕΟΚ προέβλεψε, στο άρθρο 6 παρ. 2, ότι ορισμένα κράτη-μέλη, μεταξύ των οποίων και η Ελλάδα, μπορούσαν να αναβάλουν την ελευθέρωση των βραχυπρόθεσμων κινήσεων κεφαλαίων μέχρι 31.12.1992<sup>24</sup>**, και μάλιστα **με δυνατότητα περαιτέρω παράτασης**. Η περαιτέρω αυτή παράταση, ειδικά όσον αφορά την Ελλάδα, δόθηκε πράγματι (μέχρι 30.6.1994) με τη μεταγενέστερη οδηγία 92/122/ΕΟΚ της 21.12.1992<sup>25</sup>.

64. Για τον ίδιο λόγο **δεν έχει σημασία**, όπως προαναφέρθηκε (βλ. παραπάνω, αριθμ. 47), **αν τα επίδικα ομόλογα ΕΤΒΑ ήταν διαπραγματεύσιμα στο χρηματιστήριο**. Και τούτο διότι και τα ετήσια τραπεζικά ομόλογα δεν αποκλείεται να είναι διαπραγματεύσιμα και στο χρηματιστήριο. Δεν είναι όμως αυτή η συνήθης πρακτική. Η λεκτική διατύπωση του καταλόγου Δ, όπου γίνεται λόγος για γραμμάτια Δημοσίου και άλλους τίτλους «*που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά*» αναφέρεται ακριβώς στη «συνήθη πρακτική», την «πρακτική των συναλλαγών». Το γεγονός δηλ. ότι τα συγκεκριμένα τραπεζικά ομόλογα ήταν διαπραγματεύσιμα στο χρηματιστήριο δεν προσέδιδε σε αυτά την ιδιότητα των τίτλων που υπάγονταν στον κατάλογο Β. Τα ετήσια τραπεζικά ομόλογα είναι κατεξοχήν τίτλοι της χρηματαγοράς, όπως προβλέπεται στον κατάλογο Δ. **Το ότι είναι διαπραγματεύσιμα στο χρηματιστήριο αποτελεί δευτερεύον στοιχείο, σπάνιο στην πράξη, που όμως δεν είναι αποφασιστικό για τον προσήκοντα νομικό χαρακτηρισμό και την εξαίρεσή τους από την υπαγωγή στον κατάλογο Δ. Το κρίσιμο στοιχείο είναι ο βραχυπρόθεσμος χαρακτήρας της διάρκειάς τους που συναρτάται με τη δυνατότητα βραχυπρόθεσμης ρευστοποίησης, διότι**

24 Βλ. και την 3η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 88/361/ΕΟΚ: «[Τ]α κράτη μέλη πρέπει να είναι σε θέση να λαμβάνουν, σε περίπτωση ανάγκης, **μέτρα που να εμποδίζουν**, προσωρινά και στα πλαίσια των κατάλληλων κοινοτικών διαδικασιών, **τις βραχυπρόθεσμες κινήσεις κεφαλαίων οι οποίες, ακόμη και αν δεν υπάρχει σημαντική απόκλιση ανάμεσα στους βασικούς οικονομικούς παράγοντες, θα ήταν δυνατόν να διαταράξουν σοβαρά την άσκηση των νομισματικών και συναλλαγματικών τους πολιτικών**» (έμφαση από τον γράφοντα).

25 ΕΕ L 409 της 31.12.1992, σελ. 33. Στο προοίμιο της οδηγίας αυτής και ιδίως στις 2η και 5η αιτιολογικές σκέψεις, γίνεται επίσης **ειδική αναφορά στους κινδύνους που απορρέουν από την ελευθέρωση των βραχυπρόθεσμων κινήσεων κεφαλαίων**. Η οδηγία αυτή, όπως και η οδηγία 88/361, μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο με το Π.Δ. 96/1993.

αυτή θέτει και το ζήτημα της δυνατότητας βραχυπρόθεσμου επαναπατρισμού του προϊόντος της ως άνω ρευστοποίησης, ανεξάρτητα από το αν η ως άνω ρευστοποίηση λαμβάνει χώρα στο χρηματιστήριο ή εκτός χρηματιστηρίου.

65. Το **συμπέρασμα** είναι ότι η εισαγωγή των τίτλων στο χρηματιστήριο αποτελούσε αναγκαία μεν, αλλιά όχι ικανή προϋπόθεση για την υπαγωγή τους στον κατάλογο Β. **Πρόσθετη αναγκαία και λογικώς προηγούμενη προϋπόθεση αποτελούσε το μη βραχυπρόθεσμο των συγκεκριμένων τίτλων.** Μόνο με τη **σωρευτική συνδρομή** των δύο ως άνω προϋποθέσεων ήταν δυνατή η υπαγωγή των επενδύσεων σε τίτλους στον απελευθερωμένο κατάλογο Β.

4.1.3. Η σημασία του καταλόγου Γ του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας για την προσήκουσα ερμηνεία των καταλόγων Β και Δ, στους οποίους αναφέρονταν τα προδικαστικά ερωτήματα του Αρείου Πάγου

66. Πρόσθετα επιχειρήματα υπέρ της υπαγωγής των επίδικων ομολόγων στον κατάλογο Δ προκύπτουν από τον κατάλογο Γ του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας, στον οποίο είχαν υπαχθεί οι μη βραχυπρόθεσμοι τίτλοι που ΔΕΝ ήταν διαπραγματεύσιμοι στο χρηματιστήριο, πράγμα που σήμαινε ότι ως προς αυτούς, βάσει του άρθρου 3 της πρώτης οδηγίας, τα κράτη-μέλη μπορούσαν να διατηρήσουν ή να επαναφέρουν συναλληλαγματικούς περιορισμούς αν υπήρχε κίνδυνος να παρεμποδιστεί η οικονομική πολιτική του οικείου κράτους-μέλους.

67. Ο ως άνω κατάλογος Γ, παρόλο που δεν αποτέλεσε αντικείμενο των προδικαστικών ερωτημάτων του Αρείου Πάγου, **έχει καθοριστική σημασία για την προσήκουσα ερμηνεία των καταλόγων Β και Δ, στους οποίους αναφέρονταν τα προδικαστικά ερωτήματα.** Και τούτο διότι:

68. Στο άρθρο 3 και τον αντίστοιχο **κατάλογο Γ** περιλαμβάνεται η κατηγορία IV, υπό Γ, της Ονοματολογίας, στην οποία απαριθμούνται, **κατά τρόπο εξαντλητικό-περιοριστικό**, τόσο οι **«πράξεις επί τίτλων»** που εμπίπτουν στη συγκεκριμένη υποκατηγορία κινήσεων κεφαλαίων (**«απόκτηση από μη κατοίκους εθνικών τίτλων που δεν είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο και επαναπατρισμός του προϊόντος της ρευστοποίησής τους»**), όσο και οι ίδιοι οι «τίτλοι» που αποτελούν αντικείμενο των ως άνω **«πράξεων επί τίτλων»**. Στη συγκεκριμένη υποκατηγορία κινήσεων κεφαλαίων υπάγονται, μεταξύ άλλων, η απόκτηση **«ομολογιών»** (υπό 3) και ο επαναπατρισμός του προϊόντος ρευστοποίησής των **«ομολογιών»** (υπό 4) που **δεν είναι** διαπραγματεύσιμες στο χρηματιστήριο.

69. Αντίστοιχα, στο άρθρο 2 και τον αντίστοιχο **κατάλογο Β** περιλαμβάνεται η κατηγορία IV, υπό Α, της Ονοματολογίας, στην οποία απαριθμούνται, **επίσης κατά τρόπο εξαντλητικό-περιοριστικό**, τόσο οι «πράξεις επί τίτλων» που εμπίπτουν στη συγκεκριμένη υποκατηγορία κινήσεων κεφαλαίων («απόκτηση από μη κατοί-



κους εθνικών τίτλων που είναι διαπραγματεύσιμοι σε χρηματιστήριο και επαναπατρισμός του προϊόντος της ρευστοποιήσεως αυτών»), όσο και οι ίδιοι οι «τίτλοι» που αποτελούν αντικείμενο των ως άνω «πράξεων επί τίτλων». Στη συγκεκριμένη υποκατηγορία κινήσεων κεφαλαίων (υπό IV, Α) υπάγονται, μεταξύ άλλων, η απόκτηση **«ομολογιών»** (υπό 3) και ο επαναπατρισμός του προϊόντος ρευστοποιήσεως των **«ομολογιών»** (υπό 4) που **είναι** διαπραγματεύσιμες σε χρηματιστήριο.

70. Εξάλλου, στο άρθρο 4 και στον αντίστοιχο **κατάλογο Δ** περιλαμβάνεται η κατηγορία VI της Ονοματολογίας, στην οποία υπάγονται οι **«βραχυπρόθεσμες επενδύσεις σε γραμμάτια του Δημοσίου και σε άλλους τίτλους που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στη χρηματαγορά»**.

71. Επισημαίνεται ότι **τόσο οι «ομολογίες»** (που περιλαμβάνονται στους καταλόγους Β και Γ) **όσο και τα «έντοκα γραμμάτια Δημοσίου και άλλοι τίτλοι που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στην χρηματαγορά»** (που περιλαμβάνονται στον κατάλογο Δ) **υπάγονται στη γενικότερη κατηγορία των «τίτλων»**.

72. Ενόψει αυτού **αποκτά καθοριστική σημασία η ratio της υπαγωγής, από τον κοινοτικό νομοθέτη, των «ομολογιών» που δεν είναι διαπραγματεύσιμες σε χρηματιστήριο, στον κατάλογο Γ και όχι στον κατάλογο Δ, που αναφέρεται σε «βραχυπρόθεσμες επενδύσεις σε γραμμάτια του Δημοσίου και σε άλλους τίτλους»**. Θα έπρεπε δηλ. να ερευνηθεί **ποιο ήταν το κριτήριο, βάσει του οποίου έγινε η ως άνω υπαγωγή των μη διαπραγματεύσιμων σε χρηματιστήριο «ομολογιών» στον κατάλογο Γ, ο οποίος, όπως προκύπτει από τη διατύπωση του αντίστοιχου άρθρου 3 παρ. 1 της πρώτης οδηγίας, περιελάμβανε κινήσεις κεφαλαίων οι οποίες ήταν καταρχήν απελευθερωμένες, με την έννοια ότι τα κράτη-μέλη μπορούσαν, επικαλούμενα την παρ. 2 του ίδιου άρθρου, να διατηρήσουν ή να επαναφέρουν συναλλαγματικούς περιορισμούς, αν υπήρχε κίνδυνος να παρεμποδιστεί η πραγματοποίηση των στόχων της οικονομικής πολιτικής του οικείου κράτους-μέλους, σε αντίθεση με τους βραχυπρόθεσμους τίτλους, οι οποίοι υπήχθησαν στον κατάλογο Δ, ως προς τον οποίο, βάσει του άρθρου 4 της πρώτης οδηγίας δεν υπήρχε καμία υποχρέωση απελευθέρωσης**.

73. Το **κριτήριο** της υπαγωγής των μη διαπραγματεύσιμων στο χρηματιστήριο «ομολογιών» στον κατάλογο Γ ήταν **αποκλειστικά η διάρκεια, δηλ. ο μη βραχυπρόθεσμος χαρακτήρας τους**, δεδομένου ότι **κανένα άλλο πρόσφορο κριτήριο δεν φαίνεται νοντό και εφαρμόσιμο, ούτε άλλωστε έχει ποτέ προταθεί ή αναφερθεί**.

74. Το στοιχείο αυτό (δηλ. η μεσομακροπρόθεσμη διάρκεια των τίτλων) έχει καθοριστική σημασία για την ερμηνεία του καταλόγου Β. Και τούτο διότι οι διαπραγματεύσιμες στο χρηματιστήριο «ομολογίες» που υπήχθησαν από τον κοινοτικό νομοθέτη στον κατάλογο Β δεν μπορεί να είχαν βραχύτερη διάρκεια από τις μη διαπραγματεύσιμες σε χρηματιστήριο «ομολογίες» που υπήχθησαν από τον κοινοτικό νομοθέτη στον κατάλογο Γ, ενόψει του ότι πρόκειται για τους ίδιους ακριβώς τίτλους,



που μάλιστα παρατίθενται με τον ίδιο ακριβώς τρόπο και με πλήρη αντιστοιχία από πλευράς συστηματικής κατάταξης, με μόνη τη διαφορά ότι οι «ομολογίες» του καταλόγου Β ήταν διαπραγματεύσιμες σε χρηματιστήριο, ενώ οι «ομολογίες» του καταλόγου Γ δεν ήταν.

75. Το ότι πρόκειται για τους ίδιους ακριβώς τίτλους προκύπτει άλληλωςτε και από τις επεξηγηματικές σημειώσεις στο τέλος του Παραρτήματος ΙΙ της πρώτης οδηγίας: Όπως προαναφέρθηκε (βλ. παραπάνω, αριθμ. 11), **ο ορισμός των «ομολογιών» που περιλαμβάνονταν εκεί** (*«οι ομολογίες που εκδίδονται τόσο από ιδιωτικούς όσο και από δημόσιους οργανισμούς»*) **αναφερόταν σε όλες ανεξαιρέτως τις «ομολογίες» της κατηγορίας IV**, δηλ. τόσο σε αυτές που υπάγονταν στον κατάλογο Β (θέσεις IV, Α και IV, Β), όσο και σε αυτές που υπάγονται στον κατάλογο Γ (θέσεις IV, Γ και IV, Δ).

76. Το συμπέρασμα αυτό επιβεβαιώνεται περαιτέρω και από το ότι **ο κατάλογος Γ, και από τις άλλες κινήσεις κεφαλαίων που υπάγονταν σε αυτόν (πλην των «πράξεων επί τίτλων»), περιελάμβανε ΜΟΝΟ τις «μεσοπρόθεσμες» και «μακροπρόθεσμες» κινήσεις κεφαλαίων των κατηγοριών VII, VIII και XII της Ονοματολογίας. Αντίθετα, οι «βραχυπρόθεσμες» κινήσεις κεφαλαίων των ίδιων ως άνω κατηγοριών VII, VIII και XII της Ονοματολογίας είχαν υπαχθεί στον κατάλογο Δ.**

77. Η ως άνω διαπίστωση (ότι δηλ. το **κριτήριο** της υπαγωγής των μη διαπραγματεύσιμων σε χρηματιστήριο «ομολογιών» στον **κατάλογο Γ** ήταν **η μεσομακροπρόθεσμη διάρκειά τους**) έχει περαιτέρω καθοριστική σημασία και για το επίσης επίμαχο ζήτημα, αν ο ορισμός του όρου **«ομολογίες»** που εισήχθη στις επεξηγηματικές σημειώσεις με την **οδηγία 86/566** (*«μεταβιβάσιμοι τίτλοι διάρκειας δύο και πλέον ετών από την έκδοση, των οποίων το επιτόκιο καθώς και οι λεπτομέρειες εξόφλησης του κεφαλαίου και καταβολής των τόκων καθορίζονται κατά την έκδοση»*), είχε, όσον αφορά το στοιχείο της διάρκειας, **καθαρά επιβεβαιωτικό – αποσαφηνιστικό χαρακτήρα** (όπως παγίως υποστήριξε η Τράπεζα της Ελλάδος) ή αν ο ως άνω ορισμός εισήγαγε το πρώτον την ελάχιστη διάρκεια των δύο ετών από την έκδοση ως πρόσθετη προϋπόθεση για την υπαγωγή των «ομολογιών» στον κατάλογο Β (όπως υποστήριξαν ενώπιον του ΔΕΚ η ενάγουσα βελγική τράπεζα, η Επιτροπή και ο Γενικός Εισαγγελέας και όπως δέχτηκε τελικά το ΔΕΚ). Και τούτο διότι:

α) **Τόσο ο κατάλογος Β υπό IV, Α, όσο και ο κατάλογος Γ υπό IV, Γ, περιείχαν εξαντλητική – περιοριστική απαρίθμηση των συγκεκριμένων «πράξεων επί τίτλων» όσο και των ίδιων των «τίτλων» που υπάγονταν στις συγκεκριμένες υποκατηγορίες κινήσεων κεφαλαίων, όπως προκύπτει και από την Ονοματολογία του Παραρτήματος ΙΙ της πρώτης οδηγίας (υπό IV, Α και υπό IV, Γ αντίστοιχα).**

β) **Ο κατάλογος Β, υπό IV, Α, ανέφερε ρητά και ονομαστικά ΜΟΝΟ τις «πράξεις επί τίτλων» και τους «τίτλους» που αναφέρονται ΕΠΙΣΗΣ στον κα-**

**τάλγο Γ, υπό IV, Γ και δεν περιείχε καμία απολύτως ονομαστική αναφορά στους τίτλους που αναφέρονταν στον κατάλογο Δ, υπό VI («βραχυπρόθεσμες επενδύσεις σε γραμμάτια Δημοσίου και άλλους τίτλους που κανονικά είναι διαπραγματεύσιμοι στην χρηματαγορά»).**

78. Περαιτέρω, οι ως άνω διαπιστώσεις σχετικά με τον κατάλογο Γ **έχουν επίσης καθοριστική σημασία και για την ερμηνεία του καταλόγου Δ του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας, διότι από αυτές προκύπτουν κρίσιμα κριτήρια για τον καθορισμό της έννοιας των «βραχυπρόθεσμων επενδύσεων σε τίτλους» και συνακόλουθα για την προσήκουσα υπαγωγή των επίδικων, ετήσιας διάρκειας, ομολόγων ΕΤΒΑ στον αντίστοιχο κατάλογο.** Ειδικότερα, από τις ως άνω διαπιστώσεις προκύπτει ότι **θα έπρεπε να γίνει διάκριση** μεταξύ του όρου «ομολογίες» κατά την έννοια των καταλόγων Β και Γ της πρώτης οδηγίας **και του ομόνχου στην ελληνική γλώσσα (αλλά εν προκειμένω όχι του ίδιου περιεχομένου) όρου «ομόλογα»** (όπως αποκαλούνταν οι επίδικοι τίτλοι της ΕΤΒΑ), **με βάση το κριτήριο της διάρκειας**, το οποίο και συνεπάγεται την υπαγωγή των επίδικων «ομολόγων» στον κατάλογο Δ του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας, εφόσον αυτά δεν θα μπορούσαν – λόγω ακριβώς της βραχυπρόθεσμης διάρκειάς τους! – να χαρακτηρισθούν «ομολογίες» κατά την έννοια των καταλόγων Β και Γ και της κατηγορίας IV της Ονοματολογίας της πρώτης οδηγίας.

79. Για όλους τους παραπάνω λόγους **η Τράπεζα της Ελλάδος**, μετά τη δημοσίευση των από 14.4.2005 προτάσεων του Γεν. Εισαγγελέα Jacobs, και επειδή διαπίστωσε ότι οι τελευταίες είτε αγνοούσαν παντελώς είτε ερμήνευαν κατά τρόπο μη ορθό κρίσιμες διατάξεις τόσο του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου (και συγκεκριμένα των άρθρων 67 και 69 της ΣυνθΕΟΚ) όσο και των σχετικών κοινοτικών οδηγιών (και συγκεκριμένα τόσο της πρώτης οδηγίας, όσο και των οδηγιών 86/566/ΕΟΚ και 88/361/ΕΟΚ) **υπέβαλε στο ΔΕΚ την από 8.7.2005 Αίτηση Επανάληψης της Προφορικής Διαδικασίας**, βάσει του (τότε) άρθρου 61 του Κανονισμού Διαδικασίας του ΔΕΚ<sup>26</sup>. Και τούτο επειδή, σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΚ δεν ήταν δυνατή η αυτοτελής υποβολή παρατηρήσεων επί των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα<sup>27</sup>.

26 Σύμφωνα με το άρθρο 61 του τότε ισχύοντος Κανονισμού Διαδικασίας του ΔΕΚ της 19.6.1991 (ΕΕ L 176 της 4.7.1991, σελ 7) «το Δικαστήριο, αφού ακούσει τον γενικό εισαγγελέα, μπορεί να διατάξει την επανάληψη της προφορικής διαδικασίας». Το αντίστοιχο άρθρο 83 του σήμερα ισχύοντος Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου της 25.9.2012 (ΕΕ L 265 της 29.09.2012), όπως τροποποιήθηκε στις 18.6.2013 (ΕΕ L 173 της 26.6.2013, σ. 65, και διορθωτικό ΕΕ L 41 της 12.02.2014), προβλέπει τα εξής: «Το Δικαστήριο μπορεί οποτεδήποτε, αφού ακούσει τον γενικό εισαγγελέα, να διατάξει τη διεξαγωγή προφορικής διαδικασίας ή την επανάληψή της, ιδίως αν κρίνει ότι δεν έχει διαφωτιστεί επαρκώς, ή όταν ένας διάδικος, μετά τη λήξη της διαδικασίας αυτής, επικαλείται νέο πραγματικό περιστατικό δυνάμενο να ασκήσει αποφασιστική επιρροή επί της αποφάσεως του Δικαστηρίου, ή ακόμα όταν, προς επίλυση της διαφοράς, το Δικαστήριο χρειάζεται να στηριχθεί σε επιχείρημα επί του οποίου δεν διεξήχθη συζήτηση μεταξύ των διαδίκων ή των κατά το άρθρο 23 του Οργανισμού ενδιαφερομένων».

27 Βλ. ΔΕΚ, διάταξη της 4.2.2000, υπόθ. C-17/98, Emesa Sugar, Συλλ. 2000, σελ. I-665, σκέψη 2, και απόφαση της 14.12.2004, υπόθ. C-210/03, Swedish Match, Συλλ. 2004, σ. I-11893, σκέψη 24.

80. Μάλιστα η Τράπεζα της Ελλάδος, **ενόψει των μείζονος σημασίας ζητημάτων που ετίθεντο στη συγκεκριμένη υπόθεση**, δεν περιορίστηκε απλώς να ζητήσει την επανάληψη της προφορικής διαδικασίας, αλλά **ζήτησε επιπλέον να κριθούν τα ως άνω ζητήματα είτε από την Ολομέλεια του ΔΕΚ είτε από Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως**, κατά την κρίση του ΔΕΚ<sup>28</sup>.

81. Η ως άνω αίτηση οδήγησε αρχικά στην αναβολή της έκδοσης της απόφασης<sup>29</sup>, τελικά όμως, όπως προκύπτει από τις σκέψεις 8-10 της εκδοθείσας απόφασης, απορρίφθηκε, **χωρίς όμως στις ως άνω σκέψεις να γίνεται μνεία των λόγων για τους οποίους είχε ζητηθεί η επανάληψη της προφορικής διαδικασίας. Και τούτο αντίθετα προς τη μέχρι τότε πάγια πρακτική του ΔΕΚ**, σύμφωνα με την οποία, σε περίπτωση απόρριψης παρόμοιων αιτήσεων, **γινόταν πάντοτε μνεία, έστω και συνοπτική, των λόγων για τους οποίους είχε ζητηθεί από κάποιον διάδικο η επανάληψη της προφορικής διαδικασίας**<sup>30</sup>. Εξάλλου, **ούτε σε άλλα σημεία της απόφασης γινόταν οποιαδήποτε αναφορά στα μείζονος σημασίας ζητήματα που είχε θέσει με την αίτησή της η Τράπεζα της Ελλάδος**, δηλ.

α) Στον **Κατάλογο Γ** της πρώτης οδηγίας και **τη σημασία του για την ερμηνεία των καταλόγων Β και Δ**.

β) Στο **κατά πόσο συμβιβάζεται προς τα άρθρα 67 και 69 ΣυνθΕΟΚ** (τα οποία προέβλεπαν ρητά την **προοδευτική** ελευθέρωση των κινήσεων κεφαλαίων) **η παραδοχή ότι η διετής ελάχιστη διάρκεια**, ως προϋπόθεση για την υπαγωγή των «ομολογιών» στον κατάλογο Β, **εισήχθη το πρώτο με τη μεταγενέστερη οδηγία 86/566** (και διατηρήθηκε στην οδηγία 88/361)<sup>31</sup> **και δεν προέκυπε ερμηνευτικά ήδη από την πρώτη οδηγία** με βάση τον κατάλογο Γ και τη σημασία του ως ερμηνευτικού βοηθήματος.

28 Η κρίση αυτή βεβαίως, τόσο ως προς την ανάγκη επανάληψης της προφορικής διαδικασίας όσο και ως προς την ανάγκη εκδίκασης από την Ολομέλεια ή και Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως, εναπέκειτο, στην προκείμενη περίπτωση και στο συγκεκριμένο στάδιο της διαδικασίας, **αποκλειστικά** στο Πρώτο Τμήμα, στο οποίο είχε ήδη παραπεμφθεί προς εκδίκαση η υπόθεση.

29 Μετά την αποστολή της ως άνω αίτησης επανάληψης της προφορικής διαδικασίας η Γραμματεία του ΔΕΚ, με το από 26.7.2005 έγγραφό της προς τους πληρεξούσιους δικηγόρους της Τράπεζας της Ελλάδος, τους ανακοίνωσε ότι η απόφαση θα δημοσιευόταν την 15.9.2005 (πράγμα που σήμαινε ότι δεν θα έδινε συνέχεια στην ως άνω αίτηση). Ωστόσο, στις 12.9.2005, η Γραμματεία του ΔΕΚ, με νέο έγγραφό της, ειδοποίησε ότι αναβάλλεται η έκδοση της απόφασης. Τέλος, με το από 7.10.2005 έγγραφό της, η Γραμματεία του ΔΕΚ ειδοποίησε ότι η απόφαση θα εκδοθεί στις 27.10.2005, όπως και έγινε.

30 Βλ. ενδεικτικά τις παραπεμπόμενες από το ΔΕΚ στη σκέψη 9 της απόφασής του της 27.10.2005 αποφάσεις της 10.2.2000, συνεκδ. υποθ. C-270/97 και C-271/97, Deutsche Post, Συλλ. 2000, σελ. I-929, σκέψεις 23-32 και της 18.6.2002, C-299/99, Philips, Συλλ. 2002, σελ. I-5475, σκέψεις 17-22, βλ. επίσης τις μεταγενέστερες αποφάσεις της 23.1.2003, υποθ. C-57/01, Μακεδονικό Μετρό, Συλλ. 2003, σελ. I-1091, σκέψεις 32-38, της 30.9.2003, υποθ. C-140/02, Anastasiou, Συλλ. 2003, σελ. I-10635, σκέψεις 36-39 και της 14.12.2004, υποθ. C-210/03, Swedish Match, σκέψη 23.

31 Η ως άνω παραδοχή, ότι δηλ. οι μεταγενέστερες οδηγίες 86/566 και 88/361 **μπορούσαν να είναι πιο περιοριστικές από την κατά 26 και 28 χρόνια αντίστοιχα προγενέστερη πρώτη οδηγία**, προκύπτει εμμέσως από το ότι στη σκέψη 30 της απόφασης του ΔΕΚ γίνεται λόγος για «**μη αναδρομική εφαρμογή**» των οδηγιών 86/566 και 88/361 (βλ. και παραπάνω, αριθμ. 38 επ.).

γ) Στο πώς εξηγείται το αδιαμφισβήτητο γεγονός ότι **τα έντοκα γραμμάτια του Ελληνικού Δημοσίου, τα οποία ήταν εξ ορισμού βραχυπρόθεσμοι τίτλοι, δεδομένου ότι η διάρκειά τους ποτέ δεν υπερέβαινε το 1 έτος, παρά το γεγονός ότι ήταν εισηγμένα στο χρηματιστήριο εξακολουθούσαν παρ' όλα αυτά να υπάγονται στον κατάλογο Δ, θέση VI, του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας**, όπου και αναφέρονταν ρητά και ονομαστικά ως η πλέον κλασική περίπτωση επένδυσης σε βραχυπρόθεσμους τίτλους, χωρίς ποτέ να τεθεί θέμα υπαγωγής τους στον κατάλογο Β λόγω της εισαγωγής τους στο χρηματιστήριο.

82. Με άλλα λόγια, **από κανένα σημείο της απόφασης του ΔΕΚ δεν προκύπτει, έστω και έμμεσα, ότι το ΔΕΚ εξέτασε και δεν θεώρησε βάσιμους τους ως άνω λόγους, τους οποίους μάλιστα απέφυγε παντελώς να μνημονεύσει, έστω και «τηλεγραφικά», στην απόφασή του, σε αντίθεση με την πάγια μέχρι τότε πρακτική του.**

4.2. Ως προς το ζήτημα αν η χρησιμοποίηση, για την αγορά των ως άνω ομολόγων, κεφαλαίων από λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών, εμπίπτει στον (περιλαμβάνοντα μη ελευθερωμένες κινήσεις κεφαλαίων) κατάλογο Δ του παραρτήματος Ι της πρώτης Οδηγίας (δεύτερο προδικαστικό ερώτημα)

83. Όσον αφορά το ζήτημα αν η κίνηση κεφαλαίων που συνίσταται στη χρησιμοποίηση, για την αγορά των ως άνω ομολόγων, κεφαλαίων από λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών, εμπίπτει στον (περιλαμβάνοντα μη ελευθερωμένες κινήσεις κεφαλαίων) κατάλογο Δ του παραρτήματος Ι και στη θέση ΙΧ της ονοματολογίας του παραρτήματος ΙΙ της ως άνω πρώτης οδηγίας, **στην οποία (κίνηση κεφαλαίων) αναφερόταν το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα του ΑΠ**, το ΔΕΚ, στις σκέψεις 36-37 της ίδιας ως άνω απόφασής του, αποφάνθηκε ως εξής:

*«36. Οι κινήσεις κεφαλαίων πρέπει οπωσδήποτε, προς εφαρμογή της πρώτης οδηγίας, να εξετάζονται ως σύνολο και, **άπαξ ο προορισμός μιας κινήσεως εμπίπτει σε μία από τις ελευθερωθείσες κατηγορίες, η προέλευση της κινήσεως αυτής δεν πρέπει κατ' αρχήν, λαμβανομένων υπόψη των σκέψεων που εκτίθενται στη σκέψη 32 της παρούσας αποφάσεως, να επηρεάζει την εν λόγω κατάταξη. Επιπλέον, οι αγορές τίτλων που εμπίπτουν στις ελευθερωθείσες κατηγορίες θα εμποδίζονταν σημαντικά αν τα κράτη μέλη παρέμεναν ελεύθερα να περιορίζουν τη χρήση των στοιχείων ενεργητικού τρεχούμενων λογαριασμών ή λογαριασμών καταθέσεως προς πραγματοποίηση τέτοιων αγορών.***

37. Κατά συνέπεια, στο δεύτερο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το γεγονός ότι η αγορά ομολογίων που εμπίπτουν στο παράρτημα Ι, κατάλογος Β, θέση ΙV

*Α, της πρώτης οδηγίας χρηματοδοτήθηκε από στοιχεία ενεργητικού τρεχούμενου λογαριασμού ή λογαριασμού καταθέσεως σε πιστωτικό οργανισμό, **ακόμη και αν εμπήπει στον κατάλογο Δ, θέση ΙΧ, του ίδιου παραρτήματος, δεν επηρεάζει την κατάταξη της επίμαχης κινήσεως κεφαλαίων στον κατάλογο Β, θέση IV Α, του εν λόγω παραρτήματος***» (έμφαση από τον γράφοντα).

Επί των άνω παραδοχών της απόφασης παρατηρούνται τα εξής:

84. Υποβάλλοντας το συγκεκριμένο ερώτημα, ο ΑΠ θεώρησε εύλογο ότι, αν ο ως άνω τρόπος αγοράς των επίδικων ομολόγων ενέπιπε στον **μη ελευθερωμένο κατάλογο Δ**, το στοιχείο αυτό θα μπορούσε να δικαιολογήσει την άρνηση της Τράπεζας της Ελλάδος να επιτρέψει τον επαναπατρισμό του προϊόντος ρευστοποίησης των επίδικων ομολόγων που αγοράστηκαν με τον ως άνω τρόπο.

85. Και τούτο προφανώς διότι ο ΑΠ είχε θεωρήσει, απολύτως εύλογο, ότι, εφόσον ήθελε προκύψει από την απάντηση του ΔΕΚ στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα ότι η συγκεκριμένη κίνηση κεφαλαίων, δηλ. η αγορά των επίδικων ομολόγων ΕΤΒΑ με ποσά προερχόμενα από το λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών της ενάγουσας-αναιρεσίβλητης βελγικής τράπεζας συνιστούσε μη απελευθερωμένη κίνηση κεφαλαίων υπαγόμενη στο άρθρο 4 και στον κατάλογο Δ, θέση ΙΧ της Ονοματολογίας της πρώτης οδηγίας, τότε η Τράπεζα της Ελλάδος είχε δικαίωμα να αρνηθεί την έγκριση του επαναπατρισμού του προϊόντος ρευστοποίησης των ως άνω ομολόγων, **ακόμα και στην περίπτωση που η αγορά τους καθεαυτή** συνιστούσε απελευθερωμένη κίνηση κεφαλαίων υπαγόμενη στο άρθρο 2 και στον κατάλογο Β, κατηγορία IV, Α, του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας.

86. Κατά την προφανή, ορθή και εύλογη συλλογιστική του ΑΠ, εφόσον τα συγκεκριμένα ποσά δεν μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν χωρίς **ειδική άδεια** της Τράπεζας της Ελλάδος, για οποιοδήποτε σκοπό, θα συνιστούσε **κατάφωρη καταστρατήγηση** της ως άνω απαγόρευσης το να επιχειρήσει κάποιος κάτοχος λογαριασμού μετατρέψιμων δραχμών να την παρακάμψει, χρησιμοποιώντας τα ποσά αυτά χωρίς την απαιτούμενη ειδική άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος, για μια επένδυση η οποία θα ήταν απελευθερωμένη βάσει της πρώτης οδηγίας.

87. Για αυτόν προφανώς τον λόγο ο ΑΠ δεν διανοήθηκε να θέσει το περαιτέρω ερώτημα, αν, σε περίπτωση καταφατικής απάντησης στο δεύτερο ερώτημα, θα έπρεπε, **παρ' όλα αυτά**, να θεωρηθεί ότι υπήρχε υποχρέωση, βάσει του κοινοτικού δικαίου, να θεωρηθεί νόμιμο το αίτημα της βελγικής τράπεζας για τον επαναπατρισμό του προϊόντος ρευστοποίησης των επίδικων ομολόγων (ως προς το οποίο είχε απολεσθεί το δικαίωμα μετατρεψιμότητας) και να δοθεί η σχετική έγκριση.

88. Η θέση αυτή του ΑΠ ήταν απολύτως σύμφωνη με τη σχετική προηγούμενη νομολογία του ΔΕΚ, το οποίο, στη θεμελιώδη απόφασή του Luisi και Carbone της 31.1.1984<sup>32</sup>, και αναφερόμενο στα άρθρα 67 και 108-109 της Συνθήκης ΕΟΚ, απο-

32 ΔΕΚ, απόφ της 31.1.1984, συνεκδ. υπόθ. 286/82 και 26/83, Luisi και Carbone κατά Ministero del Tesoro.

φάνθηκε ρητά (σκέψη 33) ότι **«μέχρι την πλήρη απελευθέρωση των κινήσεων κεφαλαίων πρέπει να αναγνωριστεί ότι τα κράτη μέλη έχουν την αρμοδιότητα να ελέγχουν εάν οι μεταφορές συναλλήλαγματος που διενεργούνται δήθεν για την πραγματοποίηση πληρωμών που έχουν απελευθερωθεί, έχουν εκτραπεί από το σκοπό αυτό για να χρησιμοποιηθούν για τη διενέργεια μη επιτρεπόμενων κινήσεων κεφαλαίων. Προς το σκοπό αυτό τα κράτη μέλη έχουν το δικαίωμα να επαληθεύουν τη φύση και τον πραγματικό χαρακτήρα των συναλλαγών ή των εν λόγω μεταφορών»**<sup>33</sup>.

89. Ωστόσο το ΔΕΚ, **παρά την αναγνώριση, εκ μέρους του, της υπαγωγής της συγκεκριμένης συναλλαγής στο άρθρο 4 και στον κατάλογο Δ, θέση IX του παραρτήματος I της πρώτης οδηγίας**, και μάλιστα σε αντίθεση προς όσα είχαν υποστηρίξει ενώπιόν του η ενάγουσα-αναιρεσίβλητη βελγική Τράπεζα και η Ευρ. Επιτροπή<sup>34</sup>, αλλήλ και προς όσα ανέφερε ο Γενικός Εισαγγελέας Jacobs στις από 14.4.2005 προτάσεις του<sup>35</sup>, **θεώρησε σκόπιμο να προσθέσει, πηγαίνοντας πιο πέρα από το απολύτως συγκεκριμένο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα του ΑΠ, ότι το γεγονός πως η αγορά ομολόγων που εμπίπτουν στο Παράρτημα I, Κατάλογος Β, θέση IV Α, της πρώτης οδηγίας χρηματοδοτήθηκε από στοιχεία του ενεργητικού τρεχούμενου λογαριασμού ή λογαριασμού καταθέσεων σε πιστωτικό οργανισμό, ακόμη και αν εμπίπτει στον κατάλογο Δ, θέση IX, του ίδιου Παραρτήματος** [ως προς τον οποίο (κατάλογο Δ) το ίδιο το ΔΕΚ **αναγνώρισε**, σε άλλο σημείο της ως άνω απόφασής του (σκέψη 15), ότι **«τα κράτη μέλη παραμένουν ελεύθερα να διατηρούν σε ισχύ τους περιορισμούς που αφορούν τις πράξεις αυτές»**], **δεν επηρεάζει την κατάταξη της επίμαχης κινήσεως κεφαλαίων (σ.σ.:**

33 Βεβαίως το ΔΕΚ πρόσθεσε (σκέψη 34) ότι **«οι έλεγχοι αυτοί πρέπει να τηρούν πάντως τα όρια που θέτει το κοινοτικό Δίκαιο και οι ίδιοι εκείνα που απορρέουν από την ελευθερία της παροχής υπηρεσιών και των σχετικών πληρωμών. Για τον ίδιο λόγο οι έλεγχοι αυτοί δεν μπορούν να πραγματοποιούνται κατά τρόπο ώστε να καθιστούν κενές περιεχομένου τις εν λόγω ελευθερίες ή να υποβάλλουν την άσκησή τους στη διακριτική ευχέρεια των διοικητικών αρχών»**. Εν προκειμένω όμως δεν συνέτρεχε τέτοια περίπτωση, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη συναλλαγή, την οποία αρνήθηκε να εγκρίνει η Τράπεζα της Ελλάδος, **ενέπιπτε καθαυτή στον κατάλογο Δ**.

34 Τόσο η ενάγουσα-αναιρεσίβλητη βελγική Τράπεζα, όσο και η Επιτροπή, στις γραπτές παρατηρήσεις τους προς το ΔΕΚ (βλ. σημεία 26 και 28 της από 19.1.2005 Έκθεσης Ακροατηρίου που συντάχθηκε από τον εισηγτητή δικαστή ενόψει της επ' ακροατηρίου συζήτησης της υπόθεσης), χαρακτήρισαν το συγκεκριμένο ερώτημα **«ασαφές»** και **«συγκεκριμένο»** και **«απαράδεκτως υποβαθλιζόμενο»** και πρότειναν, η μεν πρώτη να μη δοθεί καθόλου απάντηση, άλλως να δοθεί αρνητική απάντηση, η δε δεύτερη να μη δοθεί καθόλου απάντηση.

35 Ο Γεν. Εισαγγελέας χαρακτήρισε, στο σημ. 64 των προτάσεών του, το ως άνω δεύτερο προδικαστικό ερώτημα **«κάπως ασαφές»** και επιπλέον ζήτησε να δοθεί αρνητική απάντηση, εκφράζοντας την άποψη ότι η χρησιμοποίηση στοιχείων του ενεργητικού του λογαριασμού μετατρέψιμων δραχμών, εφόσον έγινε για την αγορά των επίδικων ομολόγων, δεν ενέπιπτε καν στον κατάλογο Δ, θέση IX, του παραρτήματος I της πρώτης οδηγίας. Επιχείρησε δε να δικαιολογήσει την ως άνω **contra legem** ερμηνεία με το ακόλουθο επιχείρημα (βλ. σημ. 64 των προτάσεών του): **«Η απόκτηση εθνικών τίτλων από μη κατοίκους Ελλάδας (κατάλογος Β, κατηγορία IV Α) και ξένων τίτλων από κατοίκους Ελλάδας (κατάλογος Β, κατηγορία IV Β) χρηματοδοτούνται πιθανώς συχνά διά της χρήσεως των στοιχείων ενεργητικού τρεχούμενου λογαριασμού ή λογαριασμού καταθέσεως σε πιστωτικούς οργανισμούς (κατάλογος Δ, κατηγορία IX). Αν τα κράτη μέλη παρέμεναν ελεύθερα να περιορίζουν την τελευταία αυτή ομάδα συναλλαγών, οι δύο προηγούμενες ομάδες συναλλαγών θα παρεμποδίζονταν σοβαρά, πράγμα το οποίο θα αντίβαινε στον πρωταρχικό σκοπό της οδηγίας»** (έμφαση από τον γράφοντα). Επί του επιχειρήματος αυτού βλ. τα αναφερόμενα αμέσως παρακάτω, αριθμ. 92.



δηλ. της αγοράς των επίδικων ομολόγων) **στον κατάλογο Β, θέση IV Α του εν λόγω Παραρτήματος.**

90. Πρόκειται για μια **άκρως τολημνή και απρόσμενη ερμηνεία των σχετικών διατάξεων εκ μέρους του ΔΕΚ**, η οποία αφενός δεν βρίσκει έρεισμα σε καμία διάταξη του **σώματος** της πρώτης οδηγίας<sup>36</sup> και αφετέρου οδηγεί κατ' αποτέλεσμα, σε μια **απροσδόκητη επέκταση του καταλόγου Β σε βάρος του καταλόγου Δ.**

91. Η ερμηνεία αυτή στηρίχθηκε καταρχάς στην (εσφαλμένη, όπως προαναφέρθηκε) απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, όπως προκύπτει από τα αναφερόμενα στη σκέψη 36 της ίδιας ως άνω απόφασης.

92. Επιπλέον, οι ως άνω παραδοχές στη σκέψη 36 παραβλέπουν ότι **η ίδια η πρώτη οδηγία**, εντάσσοντας την ως άνω κίνηση κεφαλαίων στον κατάλογο Δ, **παρείχε το δικαίωμα στα κράτη-μέλη να μην επιτρέψουν καν το άνοιγμα παρόμοιων λογαριασμών, οπότε εκ των πραγμάτων δεν θα ήταν καν δυνατόν να τεθεί θέμα «χρησιμοποίησης στοιχείων του ενεργητικού» παρόμοιων (απαγορευμένων) λογαριασμών!** Επομένως, στο μέτρο που ορισμένα κράτη-μέλη (όπως εν προκειμένω η Ελλάδα) είχαν επιτρέψει το άνοιγμα παρόμοιων λογαριασμών **υπό συγκεκριμένους όρους και περιορισμούς** (όπως αυτοί που περιείχονταν στην Απόφαση 1097/1959 της Νομισματικής Επιτροπής), **το γεγονός αυτό δεν θα έπρεπε να επιτρέπεται να χρησιμοποιηθεί για την καταστρατήγηση των ιδίων των όρων και περιορισμών, υπό τους οποίους είχε επιτραπεί το άνοιγμά τους.**

93. Σε κάθε περίπτωση, από τη διατύπωση της σκέψης 37 και του δεύτερου σκέλους του «διατακτικού» της απόφασής του ΔΕΚ και ιδίως από τη φράση **«...ακόμη και αν εμπίπτει στον κατάλογο Δ, θέση ΙΧ του ιδίου Παραρτήματος...»**, προκύπτει ότι ήταν καταρχήν απολύτως σύμφωνη προς το κοινοτικό δίκαιο η άρνηση της Τράπεζας της Ελλάδος να εγκρίνει την πίστωση του λογαριασμού μετατρέψιμων δραχμών της ενάγουσας-αναιρεσίβλητης με το προϊόν ρευστοποίησης των επίδικων ομολόγων, δεδομένου ότι τα στοιχεία του ενεργητικού του ως άνω λογαριασμού **είχαν όντως χρησιμοποιηθεί για σκοπούς άλλους από αυτούς για τους οποίους, με βάση δηλώσεις της ίδιας της αντιδίκου, προορίζονταν** (δηλ. για την εξόφληση νόμιμων υποχρεώσεων των πελατών της προς Έλληνες προμηθευτές). Επομένως, η χρησιμοποίηση αυτή αντέβαινε προς τη ρητή απαγόρευση της Απόφασης της Νομισματικής Επιτροπής 1097/1959 (η οποία επέτρεψε τη χρησιμοποίηση μόνο **για συγκεκριμένους, περιοριστικά αναφερόμενους σκοπούς**) και είχε ως συνέπεια την «αυτόματη απώλεια του δικαιώματος μετατρεψιμότητας του αναληφθέντος ποσού» σύμφωνα με την ίδια ως άνω Απόφαση της Νομισματικής Επιτροπής,

36 Είναι χαρακτηριστικό ότι το ΔΕΚ επικαλείται, στη σκέψη 32 (βλ. παραπάνω, υπό αριθμ. 36), μόνο τη μοναδική αιτιολογική σκέψη του προοιμίου της οδηγίας, σύμφωνα με την οποία «για την πραγματοποίηση των στόχων της συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας χρειάζεται η μεγαλύτερη δυνατή ελευθερία κινήσεων κεφαλαίων μεταξύ των Κρατών μελών και, κατά συνέπεια, η ευρύτερη και ταχύτερη ελευθέρωση των εν λόγω κινήσεων κεφαλαίων». Η συγκεκριμένη όμως αιτιολογική σκέψη, λόγω της γενικότητάς της, επιδέχεται πλείονες της μιας ερμηνείες.



η οποία (Απόφαση της Ν.Ε.) **ήταν επίσης απολύτως σύμφωνη προς το κοινοτικό δίκαιο** ως εμπίπτουσα στο άρθρο 4 και στον κατάλογο Δ του Παραρτήματος Ι και ειδικότερα στη θέση ΙΧ του Παραρτήματος ΙΙ (Ονοματολογία) της πρώτης οδηγίας, **όπως αναγνώρισε αλλήλωσε και το ίδιο το ΔΕΚ**, το οποίο επιπλέον, στη σκέψη 15 της ίδιας ως άνω απόφασής του, αποφάνθηκε ρητά ότι:

*«Αντιθέτως, τέτοια υποχρέωση χορηγήσεως εγκρίσεως δεν θεσπίζεται για τις κινήσεις κεφαλαίων που απαριθμούνται στον κατάλογο Δ του ιδίου Παραρτήματος. Τα κράτη μέλη παραμένουν ελεύθερα να διατηρούν σε ισχύ τους περιορισμούς που αφορούν τις πράξεις αυτές».*

94. Με βάση τα παραπάνω, η απόφαση 1097/1959 της Νομισματικής Επιτροπής και η, σε συμμόρφωση προς αυτή, συνακόλουθη άρνηση της Τράπεζας της Ελλάδος **είχαν ρητό νομοθετικό έρεισμα όχι μόνο στο άρθρο 4 και τον αντίστοιχο κατάλογο Δ της πρώτης οδηγίας αλλά και στο άρθρο 5 παρ. 1 της ίδιας οδηγίας, το οποίο όριζε ότι:**

*«Οι διατάξεις της παρούσας οδηγίας δεν περιορίζουν το δικαίωμα των κρατών μελών να εξακριβώνουν τη φύση και την αυθεντικότητα των συναλλαγών ή των μεταφορών συναλλαγματος, ή να λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα προκειμένου να εμποδίζουν τις παραβάσεις των νόμων και των εν γένει ρυθμίσεών τους».*

95. Η ως άνω διάταξη του άρθρου 5 παρ. 1 της πρώτης οδηγίας θέσπιζε τον λεγόμενο **έλεγχο αυθεντικότητας και νομιμότητας** των κινήσεων κεφαλαίων<sup>37</sup> και καθιέρωνε **ρητή επιφύλαξη υπέρ του ως άνω ελέγχου, ο οποίος μπορούσε έτσι να οδηγήσει σε άρνηση έγκρισης ακόμα και μιας ελευθερωμένης κατάρχης κίνησης κεφαλαίων.**

96. Οι ως άνω διαπιστώσεις έχουν καθοριστική σημασία για το περαιτέρω ζήτημα, αν η ως άνω συμπεριφορά της Τράπεζας της Ελλάδος συνιστούσε «κατάφωρη παράβαση» της οδηγίας, στοιχείο το οποίο αποτελεί προϋπόθεση για τη θεμελίωση της ευθύνης της προς αποζημίωση. Το ζήτημα αυτό αναλύεται εκτενέστερα παρακάτω, υπό 6, αριθμ. 99 επ.

## 5. Ως προς τις παραδοχές της ΑΠ 1492/2008 επί των ίδιων ως άνω ζητημάτων

97. Όπως προαναφέρθηκε (βλ. παραπάνω, αριθμ. 34 επ.), ο ΑΠ, με την υπ' αριθμ. 1492/2008 απόφασή του, και υιοθετώντας το ίδιο σκεπτικό με το ΔΕΚ, απέρριψε την

<sup>37</sup> Βλ. και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 207/1987, που ενσωμάτωσε στο εθνικό δίκαιο τις μέχρι τότε εκδοθείσες σχετικές κοινοτικές οδηγίες: «με την επιφύλαξη των άρθρων 4 και 8 του παρόντος, κατά τη χορήγηση των εγκρίσεων που προβλέπονται στα άρθρα 3 και 4 του παρόντος εξακριβώνεται το είδος, η αυθεντικότητα και η εν γένει νομιμότητα των διενεργουμένων κινήσεων κεφαλαίων».

αναίρεση της Τράπεζας της Ελλάδος, χωρίς καμία απολύτως αναφορά στα ως άνω κρίσιμα στοιχεία, τα οποία τέθηκαν επίσης υπόψη του. Τα στοιχεία αυτά, **λόγω της βαρύτητας και σπουδαιότητάς τους, σε συνδυασμό με την προαναφερθείσα στάση του εκδόσαντος την απόφαση της 27.10.2005 Πρώτου Τμήματος του ΔΕΚ, δηλ. την αποσιώπηση του περιεχομένου των λόγων για τους οποίους είχε ζητηθεί η επανάληψη της προφορικής διαδικασίας, δικαιολογούσαν (αν δεν επέβαλλαν) ακόμα και την απεύθυνση συμπληρωματικών-διευκρινιστικών ερωτημάτων από τον ΑΠ προς το ΔΕΚ, κάτι που επίσης ζήτησε η Τράπεζα της Ελλάδος.**

98. Μάλιστα ο ΑΠ απέρριψε την αναίρεση της Τράπεζας της Ελλάδος **χωρίς να εξετάσει περαιτέρω αν, ακόμα και υπό το φως της ερμηνείας που έδωσε το ΔΕΚ στις ως άνω διατάξεις της οδηγίας** (και την οποία υιοθέτησε και ο ίδιος ο ΑΠ), **συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις θεμελίωσης ευθύνης προς αποζημίωση λόγω παράβασης του κοινοτικού (τώρα ενωσιακού) δικαίου, σύμφωνα με τη σχετική νομολογία του ΔΕΚ.** Σημειωτέον ότι **ως προς το τελευταίο αυτό ζήτημα** (για το οποίο βλ. εκτενέστερα αμέσως παρακάτω, υπό 6, αριθμ. 99 επ.), **ο ΑΠ δεν είχε απευθύνει σχετικό προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΚ.**

## 6. Κριτική της απόφασης 1492/2008 του ΑΠ σε συνδυασμό με την αναιρεσιβληθείσα απόφαση 4172/2001 του ΕφΑθ

6.1. Ως προς τις προϋποθέσεις θεμελίωσης ευθύνης του κράτους προς αποζημίωση λόγω παράβασης του κοινοτικού δικαίου, σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΚ (τώρα ΔΕΕ)

99. Υπενθυμίζεται καταρχάς ότι η ενάγουσα βελγική τράπεζα, με την αγωγή αποζημίωσής της που στρεφόταν κατά της Τράπεζας της Ελλάδος, ζητούσε να της επιδικασθούν τα αιτούμενα ποσά όχι λόγω παράβασης του ελληνικού δικαίου αλλά **λόγω προβαλλόμενης παράβασης διατάξεων του κοινοτικού (τώρα ενωσιακού) δικαίου.**

100. Από την πάγια νομολογία του ΔΕΚ (τώρα ΔΕΕ) σχετικά με τις προϋποθέσεις θεμελίωσης της ευθύνης του κράτους για παράβαση του κοινοτικού (τώρα ενωσιακού) δικαίου προκύπτει ότι αυτές είναι **τρεις**, ήτοι:

- α) ο παραβιαζόμενος κανόνας δικαίου να αποσκοπεί στην απονομή δικαιωμάτων στους ιδιώτες,
- β) η παραβίαση να είναι κατάφωρη και
- γ) να υφίσταται άμεση αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παραβιάσεως της υποχρεώσεως που υπέχει το κράτος και της ζημίας που υπέστησαν οι ζημιωθέντες<sup>38</sup>.

38 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, αποφάσεις τns 5.3.1996, Brasserie du Pêcheur και Factortame III, συνεκδ. υποθ. C-46/93 και C-48/93, σκέψη 51, τns 4.7.2000, C-424/97, Haim, σκέψη 38 και τns 30.9.2003, C224/01, Köbler, σκέψη 51.

101. Όπως προκύπτει ειδικότερα από την παραπάνω νομολογία, η μία από τις ως άνω **βασικές προϋποθέσεις θεμελίωσης** της ως άνω ευθύνης είναι ο **«κατάφωρος χαρακτήρας» της παράβασης**<sup>39</sup>.

Μεταξύ δε των στοιχείων που, κατά την ίδια ως άνω πάγια σχετική νομολογία, **πρέπει να συνεκτιμώνται** από το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο **κατά την κρίση περί του κατάφωρου ή μη χαρακτήρα της παράβασης** του κράτους-μέλους, είναι:

- ο βαθμός σαφήνειας και ακρίβειας του παραβιαζόμενου κοινοτικού κανόνα,
- το εύρος των περιθωρίων εκτίμησης που αφήνει ο παραβιαζόμενος κοινοτικός κανόνας στις εθνικές ή τις κοινοτικές αρχές,
- ο ηθελημένος ή ακούσιος χαρακτήρας της διαπραχθείσας παράβασης,
- το συγγνωστό ή ασύγγνωστο της ενδεχόμενης νομικής πλάνης,
- η ύπαρξη προηγούμενης προδικαστικής απόφασης ή πάγιας σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ από την οποία να προκύπτει ότι η επίμαχη συμπεριφορά στοιχειοθετεί παράβαση<sup>40</sup>.

## 6.2. Ως προς τη (μη) ύπαρξη «κατάφωρης παράβασης» του κοινοτικού δικαίου εκ μέρους της Τράπεζας της Ελλάδος

### 6.2.1. Έλλειψη του απαιτούμενου βαθμού ακρίβειας και σαφήνειας των επίμαχων κοινοτικών διατάξεων

102. Επισημαίνεται καταρχάς ότι, όπως προκύπτει ήδη από το γεγονός ότι ο ΑΠ χρειάστηκε να απευθύνει ειδικό προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΚ, όσο και από την απάντηση του τελευταίου, τόσο οι διατάξεις της πρώτης οδηγίας που αναφέρονται στις «επενδύσεις σε τίτλους» (κατάλογος Β, θέση IV, Α και κατάλογος Δ, θέση VI, του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας), όσο και αυτές που αναφέρονται στο *«άνοιγμα και τροφοδότηση τρεχούμενων λογαριασμών ή λογαριασμών καταθέσεων, επαναπατρισμό ή χρησιμοποίηση στοιχείων του ενεργητικού υπό μορφή τρεχούμενου λογαριασμού ή λογαριασμού καταθέσεως σε πιστωτικούς οργανισμούς»* (κατάλογος Δ, θέση ΙΧ, του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας) δεν έχουν τον απαιτούμενο βαθμό ακρίβειας και σαφήνειας, τον οποίο απαιτεί το ΔΕΚ στην πάγια νομολογία του προκειμένου να στοιχειοθετηθεί ο κατάφωρος χαρακτήρας της προβαλλόμενης παράβασης. Ειδικότερα:

103. Από τα όσα αναφέρθηκαν παραπάνω (αριθμ. 36-82) σε σχέση με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, και ανεξάρτητα από το γεγονός ότι το ΔΕΚ υπήγαγε τελικά

39 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, αποφάσεις Brasserie du Pêcheur, ό.π., σκέψεις 55-57 και Haim, ό.π., σκέψεις 38-43, Köbler, ό.π., σκέψη 51.

40 Βλ. εκτενέστερα για τα στοιχεία αυτά αντί πολλών Χριστιανό, Εισαγωγή στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2011, σελ. 191-205, αριθμ. 626-671, Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκό Δίκαιο, β' έκδ., 2013, σελ. 613-616, αριθμ. 33-38, και οι δύο με πολυάριθμες περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του ΔΕΚ και του ΔΕΕ.

τα επίδικα ομολόγια ΕΤΒΑ στον κατάλογο Β με αποκλειστικό κριτήριο την εισαγωγή τους στο χρηματιστήριο, προκύπτει αβίαστα ότι οι σχετικές με τις επενδύσεις σε τίτλους διατάξεις της πρώτης οδηγίας σε κάθε περίπτωση δεν είχαν τον απαιτούμενο βαθμό ακρίβειας και σαφήνειας.

104. Το ίδιο ισχύει και ως προς το ζήτημα αν η κίνηση κεφαλαίων που συνίσταται στη χρησιμοποίηση, για την αγορά των ως άνω ομολόγων, κεφαλαίων από λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών, εμπίπτει στον (περιλαμβάνοντα μη ελευθερωμένες κινήσεις κεφαλαίων) κατάλογο Δ του παραρτήματος Ι και στη θέση ΙΧ της ονοματολογίας του παραρτήματος ΙΙ της ως άνω πρώτης οδηγίας, ενόψει των όσων αναφέρθηκαν παραπάνω (αριθμ. 83-96) σε σχέση με την απάντηση του ΔΕΚ στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα.

105. Πρακτικά, η ως άνω **άκρως τολημηρή και απρόσμενη ερμηνεία των σχετικών διατάξεων** από το ΔΕΚ σήμαινε ότι η Τράπεζα της Ελλάδος θα έπρεπε να ακολουθηθεί τα εξής διαδοχικά στάδια εκτιμήσεων και ενεργειών:

**α)** Θα έπρεπε **πρώτον** να εξετάσει αν η διάθεση των ποσών που υπήρχαν στον λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών της ενάγουσας βελγικής τράπεζας για την αγορά των επίδικων ομολόγων ΕΤΒΑ ετήσιας διάρκειας συνιστά παράβαση της Απόφασης 1097/1959 της Νομισματικής Επιτροπής, η οποία (Απόφαση), όπως προαναφέρθηκε (βλ. παραπάνω, αριθμ. 93), ήταν, καθεαυτή, απολύτως σύμφωνη με την πρώτη οδηγία.

**β)** Ακόμα όμως και αν διαπίστωνε την ως άνω παράβαση, η οποία εν προκειμένω ήταν **προφανέστατη**, αυτό δεν θα αρκούσε για την απόρριψη του αιτήματος να επιτρέψει την εκ νέου μετατρεψιμότητα του παρανόμως αναληφθέντος ποσού. Η Τράπεζα της Ελλάδος θα έπρεπε **δεύτερον** να εξετάσει περαιτέρω και κατά περίπτωση **πώς χρησιμοποιήθηκε** το ως άνω παρανόμως αναληφθέν ποσό από το λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών.

**γ)** Αν διαπίστωνε ότι **το ως άνω παρανόμως αναληφθέν ποσό χρησιμοποιήθηκε για κάποια άλλη συναλλαγή**, θα έπρεπε **τρίτον** να εξετάσει **αν η συναλλαγή αυτή συνιστά κάποια μορφή κίνησης κεφαλαίων από τις αναφερόμενες στην Ονοματολογία του Παραρτήματος ΙΙ της πρώτης οδηγίας**.

**δ)** Σε περίπτωση που διαπίστωνε ότι η ως άνω περαιτέρω συναλλαγή ενέπιπτε καταρχήν σε κάποια ή κάποιες από τις ως άνω κατηγορίες της Ονοματολογίας θα έπρεπε **τέταρτον** να εξετάσει: **αα)** αν οι συγκεκριμένες κατηγορίες κινήσεων κεφαλαίων ήταν ελευθερωμένες βάσει των άρθρων 1 και 2 και των καταλόγων Α και Β του Παραρτήματος Ι της πρώτης οδηγίας, **ββ)** αν ήταν ελευθερωμένες υπό όρους βάσει του άρθρου 3 και του καταλόγου Γ του ως άνω Παραρτήματος Ι, ή **γγ)** αν δεν ήταν ελευθερωμένες βάσει του άρθρου 4 και του καταλόγου Δ του ως άνω Παραρτήματος Ι.

**ε)** Τέλος, σε περίπτωση που διαπίστωνε ότι η ως άνω συναλλαγή θα μπορούσε καταρχήν να υπάγεται σε περισσότερες από τις ως άνω κατηγορίες κινήσεων κεφαλαίων, από τις οποίες άλλες ήταν ελευθερωμένες και άλλες όχι (βλ. ιδίως σκ. 37 της

απόφασης του ΔΕΚ, παραπάνω, αριθμ. 36), θα έπρεπε, **πέμπτον, να προκρίνει την υπαγωγή της συγκεκριμένης συναλληλαγής σε εκείνη την κατηγορία, η οποία ήταν ελευθερωμένη και να παραγνωρίσει όλα εκείνα τα ισχυρότατα στοιχεία που συνηγορούσαν υπέρ της υπαγωγής της σε άλλη, μη απελευθερωμένη κατηγορία κινήσεων κεφαλαίων** (βλ. εκτενέστερα παραπάνω, αριθμ. 36-82). Και τούτο παρά το γεγονός ότι **μία τέτοια υπαγωγή θα οδηγούσε σε εκ των υστέρων νομιμοποίηση της προηγηθείσας παράνομης καθεαυτήν συναλληλαγής**, δηλ. της ανάληψης ποσών από λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών και της διάθεσής τους **για σκοπό άλλον από τους περιοριστικώς αναφερόμενους στην Απόφαση Ν.Ε. 1097/1959**, η οποία, όπως προαναφέρθηκε (βλ. παραπάνω, αριθμ. 93 επ.), ήταν απολύτως συμβατή με την πρώτη οδηγία.

106. Ενόψει των παραπάνω, η παράλειψη της Τράπεζας της Ελλάδος να προβεί σε όλες τις προαναφερθείσες σταθμίσεις και ενέργειες, και εν συνεχεία να εγκρίνει την κατάθεση του προϊόντος ρευστοποίησης των επίδικων ομολόγων στο λογαριασμό μετατρέψιμων δραχμών, **ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι συνιστούσε παράβαση υποχρέωσης απορρέουσας από την πρώτη οδηγία, η παράβαση αυτή δεν ήταν κατάφωρη σύμφωνα με την προαναφερθείσα πάγια σχετική νομολογία του ΔΕΚ** (βλ. παραπάνω, αριθμ. 101) **και επομένως δεν θεμελιώνει υποχρέωση αποζημίωσης.**

#### 6.2.2. Σημαντικό εύρος των περιθωρίων εκτίμησης που άφηναν οι σχετικές διατάξεις της πρώτης οδηγίας

107. Η καταδειχθείσα παραπάνω έλλειψη επαρκούς βαθμού ακρίβειας και σαφήνειας των επίμαχων διατάξεων της πρώτης οδηγίας είναι προφανές ότι άφηνε, εξ αντικειμένου, σημαντικά περιθώρια εκτίμησης στην Τράπεζα της Ελλάδος, όσον αφορά την προσήκουσα υπαγωγή των επίδικων κινήσεων κεφαλαίων στον (απελευθερωμένο) κατάλογο Β ή στον (μη ελευθερωμένο) κατάλογο Δ, και κατ' επέκταση όσον αφορά την εκτίμηση της έκτασης του ελέγχου, εκ μέρους της, της φύσης, της νομιμότητας και της αυθεντικότητας των σχετικών συναλληλαγών που προβλέπεται στο άρθρο 5 της ίδιας οδηγίας. Αυτό το **αναγνώρισε άλλωστε, εμμέσως πλην σαφώς, και το ίδιο το ΔΕΚ**, όπως προκύπτει από τα όσα εκτενώς προαναφέρθηκαν (βλ. παραπάνω, αριθμ. 36-82 και 83-95), **ανεξάρτητα από τις τελικές απαιτήσεις που έδωσε στα προδικαστικά ερωτήματα. Επομένως, και εξ αυτού του λόγου, η προβαλλόμενη παράβαση δεν ήταν κατάφωρη.**

#### 6.2.3. Μη ηθελημένος χαρακτήρας της προβαλλόμενης παράβασης

108. Ήδη από τα παραπάνω προκύπτει ότι, ακόμα και αν η ως άνω συμπεριφορά της Τράπεζας της Ελλάδος ήθελε θεωρηθεί ότι συνιστά παράβαση, η παράβαση

αυτή, ενόψει των εύλογων αμφιβολιών ως προς την προσήκουσα κατάταξη των επίδικων κινήσεων κεφαλαίων (τις οποίες εύλογες αμφιβολίες είχε συμμεριστεί και ο ΑΠ όταν αποφάσισε να απευθύνει τα προαναφερθέντα προδικαστικά ερωτήματα), **δεν ήταν ηθελημένη αλλήλ ακούσια.**

109. Πράγματι, η Τράπεζα της Ελλάδος δεν αρνήθηκε αυθαίρετα την έγκριση του αιτήματος της ενάγουσας-αναιρεσίβλητης για πίστωση του λογαριασμού της μετατρέψιμων δραχμών με το προϊόν ρευστοποίησης των επίδικων ομολόγων ΕΤΒΑ. Αντίθετα, η ως άνω άρνηση της Τράπεζας της Ελλάδος στηριζόταν:

**– τόσο στη ρητή διάταξη της Απόφασης 1097/1959 της Νομισματικής Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία** *«πάσα ανάληψις εκ των ανωτέρω λογαριασμών καταθέσεως όψεως εις δραχμάς συνεπάγεται αυτομάτως την απώλειαν του δικαιώματος μετατρεψιμότητας του αναληφθέντος ποσού»*, **και η οποία (Απόφαση) ήταν, καθεαυτή, απολύτως σύμφωνη με την πρώτη οδηγία, ως υπαγόμενη στον κατάλογο Δ, θέση ΙΧ, του Παραρτήματος Ι της τελευταίας, όπως αποφάνθηκε και το ίδιο το ΔΕΚ** (βλ. σκέψη 37 και «διατακτικό», υπό 2, της απόφασης της 27.10.2005, βλ. και παραπάνω, αριθμ. 33, 83 και 93 επ.), **– όσο και στην υιοθέτηση εκείνης της ερμηνείας** (από τις δύο δυνατές, σύμφωνα και με το ίδιο το ΔΕΚ, βλ. ιδίως σκέψεις 24, 26 και 30 της απόφασης της 27.10.2005, βλ. και παραπάνω, υπό αριθμ. 36) **του όρου «ομολογίες» της πρώτης οδηγίας, σύμφωνα με την οποία (ερμηνεία) οι «ομολογίες» του καταλόγου Β (όπως άλληλωςτε και του καταλόγου Γ) δεν μπορούσαν να είναι βραχυπρόθεσμης (δηλ. μέχρι ενός έτους), αλλήλ θα έπρεπε να είναι μεσομακροπρόθεσμης διάρκειας, όπως άλληλωςτε διευκρινίστηκε ρητά και στις (μεταγενέστερες) οδηγίες 86/566 και 88/361** (βλ. παραπάνω αριθμ. 36-82).

Το στοιχείο αυτό συνηγορεί επίσης υπέρ του μη κατάφωρου χαρακτήρα της προβαλλόμενης παράβασης.

#### 6.2.4. Ύπαρξη συγγνωστής νομικής πλάνης

110. Για τους ίδιους ως άνω λόγους συντρέχει, σε κάθε περίπτωση, **συγγνωστή νομική πλάνη** εκ μέρους της Τράπεζας της Ελλάδος όσον αφορά την έκταση των εξουσιών της κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων της (βλ. και τα αναφερόμενα αμέσως παρακάτω, αριθμ. 111-112).

6.2.5. Μη ύπαρξη προηγούμενης προδικαστικής απόφασης ή πάγιας σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ από την οποία να προκύπτει ότι η επίδικη συμπεριφορά της Τράπεζας της Ελλάδος συνιστούσε παράβαση

111. Η καθοριστική σημασία που έχει η ύπαρξη προηγούμενης προδικαστικής απόφασης ή πάγιας σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ από την οποία να προκύπτει ότι η



επίμαχην συμπεριφορά στοιχειοθετεί παράβαση, καθώς και **η συνάρτηση του ζητήματος αυτού με το ζήτημα της ύπαρξης συγγνωστής νομικής πλάνης**, προκύπτει από τα όσα δέχθηκε το ίδιο το ΔΕΚ στη σκέψη 59 της θεμελιώδους σημασίας απόφασης Brasserie du Pêcheur (ό.π.), όπου το ΔΕΚ **διέκρινε** μεταξύ μιας συγκεκριμένης παράβασης, που δεν οφείλεται σε συγγνωστή πλάνη, ενόψει της ύπαρξης σχετικής προγενέστερης νομολογίας του και συνεπώς είναι «κατάφωρη» (με συνέπεια να θεμελιώνεται ευθύνη προς αποζημίωση) και άλλης συγκεκριμένης διαπιστωμένης παράβασης, η οποία όμως δεν θεμελιώνει ευθύνη προς αποζημίωση, δεδομένου ότι δεν υπήρχε προηγούμενη σχετική νομολογία του ΔΕΚ, από την οποία να προκύπτει ότι η επίμαχη συμπεριφορά στοιχειοθετεί παράβαση του κοινοτικού δικαίου<sup>41</sup>.

112. Στην επίδικη υπόθεση, μέχρι την έκδοση της απόφασης του ΔΕΚ της 27.10.2005 στην υπόθεση C-329/03 επί των προδικαστικών ερωτημάτων του ΑΠ **δεν υπήρχε σχετική νομολογία του ΔΕΚ ως προς τα υπό κρίση ζητήματα. Αυτό επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι το ίδιο το ΔΕΚ, στην ως άνω απόφαση του, δεν επικαλείται καμία προηγούμενη σχετική απόφασή του ως προς τα συγκεκριμένα ζητήματα, προκειμένου να στηρίξει τα συμπεράσματα στα οποία κατέληξε.**

#### 6.2.6. Συμπέρασμα

113. Τα ως άνω στοιχεία, τα οποία οφείλει να εκτιμά το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο, **απέκλειαν, σε κάθε περίπτωση, τον κατάφωρο χαρακτήρα της προβαλλόμενης παράβασης του κοινοτικού δικαίου εκ μέρους της Τράπεζας της Ελλάδος και συνεπώς δεν μπορούσε να θεμελιωθεί, σύμφωνα με την προαναφερθείσα πάγια σχετική νομολογία του ΔΕΚ (βλ. παραπάνω, αριθμ. 101), ευθύνη της για αποζημίωση λόγω παράβασης του κοινοτικού δικαίου.**

114. Και τούτο διότι, **αυτό που προσαπτόταν στην Τράπεζα της Ελλάδος με την ένδικη αγωγή αποζημίωσης ήταν αποκλειστικά και μόνον** παράβαση των

41 Συγκεκριμένα, στη σκέψη 59 της ως άνω θεμελιώδους απόφασης αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «59. Ειδικότερα, στην υπόθεση C-46/93, έχει σημασία να γίνει διάκριση μεταξύ αφενός μεν του ζητήματος της διατήρησης, από τον Γερμανό νομοθέτη, των διατάξεων του νόμου περί καθαρότητας του ζύθου, που απαγορεύουν την εμπορία υπό την ονομασία "Bier" ζύθου εισαγόμενου από άλλα κράτη μέλη, όπου νομίμως παρασκευάζεται σύμφωνα με διαφορετικούς κανόνες, **αφετέρου δε του ζητήματος της διατήρησης εν ισχύι των διατάξεων του ίδιου αυτού νόμου, που απαγορεύουν την εισαγωγή ζύθου περιέχοντος πρόσθετες ουσίες.** Συγκεκριμένα, **όσον αφορά τις διατάξεις περί της ονομασίας του πωλούμενου προϊόντος, η παράβαση του άρθρου 30 της Συνθήκης από τη γερμανική νομοθεσία δυσχερώς θα μπορούσε να θεωρηθεί ως συγγνωστή πλάνη, δεδομένου ότι το ασυμβίβαστο αυτής της ρυθμίσεως προς το άρθρο 30 της Συνθήκης καθίστατο πρόδηλο εν όψει της προϋπάρχουσας νομολογίας του Δικαστηρίου, και ιδίως των αποφάσεων της 20ής Φεβρουαρίου 1979, υπόθεση 120/78, Rewe-Zentrale, γνωστή ως "Cassis de Dijon" (Συλλογή τόμος 1979/I, σ. 321), και της 9ης Δεκεμβρίου 1981, υπόθεση 193/80, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1981, σ. 3019). Αντιθέτως, τα στοιχεία εκτιμήσεως τα οποία διέθετε ο εθνικός νομοθέτης, εν όψει της σχετικής νομολογίας, για να κρίνει αν η απαγόρευση χρήσεως προσθέτων ουσιών αντέβαινε προς το κοινοτικό δίκαιο, ήταν σαφώς λιγότερο αποφασιστικά μέχρι την έκδοση της αποφάσεως της 12ης Μαρτίου 1987, Επιτροπή κατά Γερμανίας, ό.π., με την οποία το Δικαστήριο έκρινε την απαγόρευση αυτή μη συμβιβαζόμενη προς το άρθρο 30» (έμφαση από τον γράφοντα).**



υποχρεώσεων που υπείχε από την πρώτη οδηγία, λόγω του αμέσου αποτελέσματος των σχετικών διατάξεων της τελευταίας. **Δεν της προσαπτόταν οποιαδήποτε παράβαση συνιστώμενη στην μη εμπρόθεσμη ή μη προσήκουσα μεταφορά της ως άνω οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο.** Επομένως δεν θα μπορούσε στην προκειμένη περίπτωση να γίνει επίκληση της νομολογίας εκείνης του ΔΕΚ, σύμφωνα με την οποία «η παράλειψη θέσπισης οποιουδήποτε μέτρου μεταφοράς οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου από αυτήν αποτελέσματος εντός της προς τούτο ταχθείσας προθεσμίας συνιστά καθεαυτήν κατάφωρη παραβίαση του κοινοτικού δικαίου και, κατά συνέπεια, γεννά δικαίωμα αποζημιώσεως των ζημιωθέντων ιδιωτών»<sup>42</sup>. Και τούτο διότι **η ως άνω νομολογία ισχύει μόνον όταν ενάγεται απευθείας το κράτος-μέλος για την παράλειψη μεταφοράς μιας οδηγίας και δεν μπορεί να εφαρμοστεί στην υπό κρίση περίπτωση,** όπου αναμφίβολα **η Τράπεζα της Ελλάδος ουδεμία αρμοδιότητα ή εξουσία είχε για τη μεταφορά των ως άνω οδηγιών,** η οποία μπορούσε να γίνει (όπως και έγινε) **μόνο με προεδρικά διατάγματα** (βλ. σχετικά παραπάνω, αριθμ. 53-58).

115. Πρέπει επίσης στο σημείο αυτό να επισημανθεί ότι **η διαπίστωση του κατάφωρου χαρακτήρα της επικαλούμενης παράβασης του κοινοτικού δικαίου,** αποτελεί, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΚ, **εγγενές στοιχείο** της ευθύνης προς αποζημίωση **διότι ανάγεται στην ορθή εφαρμογή του κοινοτικού κανόνα δικαίου που καθιερώνει την ευθύνη προς αποζημίωση.** Όπως έχει επανειλημμένα τονίσει το ΔΕΚ, η αρχή της ευθύνης του κράτους για καταλογιστέες σ' αυτό ζημίες που προκαλούνται στους ιδιώτες από παραβιάσεις του κοινοτικού δικαίου είναι σύμφυτη προς το σύστημα της Συνθήκης<sup>43</sup>.

116. Επομένως, **η εφαρμογή της ως άνω αρχής σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση προϋποθέτει τη συνδρομή όλων ανεξαιρέτως των προϋποθέσεων που έχει θεσπίσει το ίδιο το ΔΕΚ** στην πάγια σχετική νομολογία του<sup>44</sup>. Μεταξύ των προϋποθέσεων αυτών πρωταρχική και εξέχουσα θέση κατέχει η διαπίστωση του κατάφωρου χαρακτήρα της παράβασης του κοινοτικού δικαίου, όπως αυτός (ο κατάφωρος χαρακτήρας) έχει εξειδικευτεί από το ίδιο το ΔΕΚ σε σειρά αποφάσεων του (βλ. παραπάνω, αριθμ. 101).

117. Επομένως, εφόσον η υπό κρίση υπόθεση αφορούσε **αξίωση αποζημιώσεως για παράβαση του κοινοτικού δικαίου, το ζήτημα του κατάφωρου χα-**

42 Βλ. ιδίως ΔΕΚ, απόφαση της 8.10.1996, συνεκδ. υποθ. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 και C-190/94, Dillenkofer, σκέψη 29 και σχετικά αντί πολλών Χριστιανό, Εισαγωγή στο δίκαιο της ΕΕ, ό.π., σελ. 189, αριθμ. 621-623.

43 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, αποφάσεις Brasserie du Pêcheur και Factortame, ό.π., σκέψη 31, Haim, ό.π., σκέψη 26 και Köbler, ό.π., σκέψη 30, όπου και περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του ΔΕΚ.

44 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, αποφάσεις της 15.9.1994, C-146/91, ΚΥΔΕΠ κατά Συμβουλίου και Επιτροπής, σκέψεις 19 και 81, της 9.9.1999, υποθ. C-257/98 P, Lucaccioni, σκέψεις 14 και 63, βλ. επίσης ΠΕΚ, αποφάσεις της 20.2.2002, T170/00, Förde-Reederei κατά Συμβουλίου και Επιτροπής, σκέψη 37, της 24.4.2002, υποθ. T-220/96, EBO κατά Συμβουλίου και Επιτροπής, σκέψη 39 και της 17.12.2003, T-146/01, DLD Trading, σκέψη 74.

**ρακτήρα της παράβασης ως προϋπόθεσης για τη θεμελίωση της αξίωσης αποζημίωσης θα έπρεπε να κριθεί με βάση το ίδιο το κοινοτικό (τώρα ενωσιακό) δίκαιο, πράγμα που σημαίνει ότι το ζήτημα αυτό δεν μπορούσε να διαχωριστεί από την ίδια την παράβαση.**

118. Διαφορετικά θα είχαν τα πράγματα στην περίπτωση που με την αγωγή εξητείτο **μόνο η συμμόρφωση** του εναγομένου (κράτους ή «κρατικού φορέα») **προς τις άμεσες ισχύος διατάξεις μιας οδηγίας, ή προς άλλες άμεσα εφαρμοστέες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου.** Πράγματι, στην τελευταία αυτή περίπτωση, εφόσον διαπιστωθεί τελικά ότι συντελέστηκε παράβαση των ως άνω διατάξεων, η αγωγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και ο εναγόμενος θα πρέπει να υποχρεωθεί να παύσει τη διαπιστωθείσα παράβαση, ανεξάρτητα από το αν αυτή είχε κατάφωρο ή μη χαρακτήρα.

6.2.7. Τα σφάλματα της αναιρεσιβληθείσας απόφασης 4172/2001 του ΕφΑθ υπό το φως των προαναφερθέντων κοινοτικών νομολογιακών κανόνων

119. Επισημαίνεται καταρχάς ότι στην επίδικη υπόθεση που αφορούσε, όπως προαναφέρθηκε, **αγωγή αποζημίωσης κατά της Τράπεζας της Ελλάδος για παράβαση της πρώτης οδηγίας**, το Εφετείο στήριξε το σκεπτικό του αποκλειστικά στη σκέψη 40 της απόφασης **Francovich** του ΔΕΚ<sup>45</sup>. Αυτό προκύπτει από τις ακόλουθες παραδοχές της αναιρεσιβληθείσας εφετειακής απόφασης:

«Εξάλλου, η παράλειψη του Κράτους να συμμορφωθεί με το περιεχόμενο της οδηγίας, η οποία είναι αμέσως εφαρμοστέα ή η εσφαλμένη εφαρμογή της γεννά αξίωση αποζημιώσεως, **αν συντρέχουν οι προς τούτο προϋποθέσεις** (ΑΠ 648/1992 ΕλλΔ 1994, σελ. 88 επ., ΕΑ 9162/1992, ΕλλΔ 34, 403, Π. Παυλιόπουλος: Ευθύνη του Κράτους για παράβαση του Κοινοτικού Δικαίου, Δίκη 25, σελ. 431 και 442 επ.), **ήτοι: α) το αποτέλεσμα που επιδιώκει η οδηγία να χορηγεί δικαίωμα στους ιδιώτες, β) οι διατάξεις της οδηγίας να μπορούν από μόνες τους να προσδιορίσουν το περιεχόμενο του δικαιώματος αυτού και γ) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παραβάσεως της κοινοτικής υποχρεώσεως και της ζημίας που υπέστησαν οι ιδιώτες** (βλ. προσκομιζόμενες αποφάσεις του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ΔΕΚ της 19.11.1991 στην υπόθεση *Francovich*, C-6/90 και C-9/90 και της 5.3.1996 στην υπόθεση *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 και C-48/93). Σε κάθε περίπτωση όμως το δικαίωμα που χορηγείται από την οδηγία πρέπει να είναι ευδιάκριτο και αναγνώσιμο από τις ίδιες τις διατάξεις της Οδηγίας, ήτοι **η σχετική διάταξη της οδηγίας πρέπει να είναι σαφής και συγκεκριμένη** (ΟλΑΠ 10/2000 ό.π.)» (έμφαση από τον γράφοντα).

45 ΔΕΚ, απόφ. της 19.11.1991, συνεκδ. υποθέσεις C-6/90 και C-9/90.

120. Επί των παραδοχών αυτών παρατηρείται καταρχάς ότι οι ως άνω, υπό α-γ, προϋποθέσεις περιλαμβάνονται αυτούσιες στη σκέψη 40 της απόφασης Francovich (στην οποία άλληλωσε παραπέμπει και το ίδιο το Εφετείο). Αυτό σημαίνει ότι το Εφετείο θεώρησε τις προϋποθέσεις αυτές εφαρμοστέες και στην ενώπιόν του υπόθεση<sup>46</sup>.

121. Επισημαίνεται ωστόσο ότι **το ίδιο το ΔΕΚ, στη σκέψη 38 της μεταγενέστερης, επίσης θεμελιώδους σημασίας απόφασής του Brasserie du Pêcheur (δ.π.), εξειδίκευσε περαιτέρω τις ως άνω προϋποθέσεις**, επικαλούμενο, μεταξύ άλλων, τη σκέψη 38 της απόφασης Francovich και αναφέροντας τα εξής:

*«38. Πρέπει να υπομνησθεί σχετικώς ότι, ενώ η ευθύνη του κράτους επιβάλλεται έτσι από το κοινοτικό δίκαιο, οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες γεννάται το δικαίωμα αποζημιώσεως **εξαρτώνται από τη φύση της παραβάσεως** του κοινοτικού δικαίου στην οποία οφείλεται η προκλήθείσα ζημία (προαναφερθείσα απόφαση Francovich κ.λπ., σκέψη 38)».*

122. Με αφετηρία την ως άνω σκέψη το ΔΕΚ **προέβη περαιτέρω** (σκέψεις 39–73) **σε λεπτομερέστατη εξειδίκευση των ως άνω προϋποθέσεων** ευθύνης του Κράτους για παράβαση του κοινοτικού δικαίου, **αφενός εξομοιώνοντάς τις με τις προϋποθέσεις ευθύνης των κοινοτικών οργάνων** (σκέψεις 40–45 και 53) και αφετέρου **αναδεικνύοντας την καθοριστική σημασία που έχει ο κατάφωρος χαρακτήρας της παράβασης για τη θεμελίωση ευθύνης προς αποζημίωση** (σκέψεις 51 και 55–64), η οποία δεν ήταν πράγματι επαρκώς εμφανής στην απόφαση Francovich αλλήλ προέκυπτε, όπως προκύπτει από τη μεταγενέστερη απόφαση Brasserie du Pêcheur, **ερμηνευτικά από τη σκέψη 38 της απόφασης Francovich, όπου γίνεται λόγος για τη «φύση της παραβάσεως» του κοινοτικού δικαίου.**

123. Αυτό ακριβώς το στοιχείο, ότι δηλ. το ΔΕΚ, στην απόφαση Francovich, **παρέλειψε να αναφερθεί ρητά στον κατάφωρο χαρακτήρα της παράβασης, ως προϋπόθεσης για τη γένεση ευθύνης προς αποζημίωση**, ήταν που οδήγησε αρχικά, δηλ. πριν από την έκδοση της απόφασης Brasserie du Pêcheur (5.3.1996), ένα μέρος της θεωρίας στην (εσφαλμένη) παραδοχή ότι για την ευθύνη του Κράτους προς αποζημίωση λόγω παράβασης του κοινοτικού δικαίου δεν απαι-

46 Αυτό προκύπτει επίσης από το ότι, σε άλλα σημεία της ίδιας απόφασής του, το Εφετείο δέχθηκε ότι «η αγωγή του ιδιώτη κατά του κράτους μέλους ή ΝΠΔΔ με αίτημα την **αναγνώριση ή επιδίκαση αποζημιώσεως, λόγω άρνησης ή εσφαλμένης εφαρμογής των οδηγιών της Κοινότητας, στηρίζεται στις διατάξεις των άρθρων 2, 189 §3, 145, 191, 67 και 106 της ΣυνθΕΟΚ και τις συναφείς διατάξεις της σχετικής οδηγίας που δεν εφαρμόσθηκε ή εφαρμόσθηκε εσφαλμένα σε συνδυασμό και με τις συναφείς διατάξεις του εθνικού δικαίου κάθε κράτους-μέλους, που δεν αντιστρατεύονται και δεν προσκρούουν στις ως άνω διατάξεις και αρχές του κοινοτικού δικαίου» και περαιτέρω ότι «**οι άνω διατάξεις του κοινοτικού δικαίου κατισχύουν των διατάξεων των ν.δ. 659/1945 και 800/1937 και 105 ΕισΝΑΚ** (το οποίο έχει εφαρμογή κατ' άρθρο 106 του ίδιου Κώδικα και ως προς την ευθύνη ν.π.δ.δ.) **κατά το μέρος που απαλλάσσει το Δημόσιο και τα ΝΠΔΔ από την υποχρέωση καταβολής αποζημιώσεως, όταν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος, σύμφωνα με το άρθρο 28 §1 του Συντάγματος**».**

τείται καμία άλλη ειδικότερη προϋπόθεση πέραν αυτών που αναφέρονταν στη σκέψη 40 της απόφασης Francovich<sup>47</sup>.

124. Φαίνεται λοιπόν ότι το Εφετείο παρασύρθηκε από τη σκέψη 40 της απόφασης Francovich, όπως η σκέψη αυτή είχε ερμηνευθεί αρχικά από ένα μέρος της θεωρίας, χωρίς να εξετάσει, όπως όφειλε, αν η παράβαση είχε επιπλέον και κατάφωρο χαρακτήρα με βάση τα όσα διευκρίνισε το ΔΕΚ στη **μεταγενέστερη** απόφαση Brasserie du Pêcheur (και ιδίως στις σκέψεις 51 και 55-64), και μάλιστα παρά το γεγονός ότι το Εφετείο επικαλέστηκε την απόφαση Brasserie du Pêcheur του ΔΕΚ, χωρίς όμως προφανώς να έχει μελετήσει προσεκτικά το περιεχόμενό της.

125. Ενόψει αυτού το Εφετείο παρέλειψε περαιτέρω να εξετάσει αν η ενάγουσα βελγική τράπεζα είχε αποδείξει τη συνδρομή όλων των προϋποθέσεων θεμελίωσης της ευθύνης της Τράπεζας της Ελλάδος προς αποζημίωση, συμπεριλαμβανομένης και της απόδειξης περί του κατάφωρου χαρακτήρα της προβαλλόμενης παράβασης. Η υποχρέωση αυτή προκύπτει από το ότι, σύμφωνα με την (εφαρμοστέα εν προκειμένω) πάγια σχετική κοινοτική νομολογία η θεμελίωση της ευθύνης της Ευρ. Κοινότητας (ώρα Ευρ. Ένωσης) **προϋποθέτει ότι ο αιτών αποζημίωση αποδεικνύει τη συνδρομή όλων των σχετικών προϋποθέσεων**<sup>48</sup>.

126. Ενόψει δε της **εξομοίωσης των προϋποθέσεων ευθύνης τόσο της Ευρ. Κοινότητας** (ώρα Ευρ. Ένωσης) βάσει του άρθρου 215 ΣυνθΕΟΚ (μετέπειτα άρθρου 288 ΣυνθΕΚ και τώρα άρθρου 340 ΣΛΕΕ), **όσο και των κρατών-μελών για παραβάσεις του κοινοτικού (ώρα ενωσιακού) δικαίου, στην οποία εξομοίωση έχει προβεί το ΔΕΚ**<sup>49</sup>, είναι προφανές ότι και στην επίδικη υπόθεση η ενάγουσα έφερε το βάρος της απόδειξης.

47. Είναι χαρακτηριστικό ότι η παραπεμπόμενη από την εφετειακή απόφαση μελέτη του **Π. Παυλόπουλου**, Ευθύνη του Κράτους για παράβαση του Κοινοτικού Δικαίου [Δίκη 25 (1994), σελ. 431] **δημοσιεύθηκε το έτος 1994, δηλ. πριν από την έκδοση της απόφασης Brasserie du Pêcheur (5.3.1996)**. Βλ. επίσης τη μελέτη της **Ευτ. Μουαμελετζή**, Η ευθύνη του Κράτους για παράβαση του κοινοτικού δικαίου και το δικαίωμα αποζημίωσης των ιδιωτών, **η οποία δημοσιεύθηκε στην ΕΕΕυρΔ 1993, σελ. 371 επ.**

48. Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, αποφάσεις της 29.9.1982, υπόθ. 26/81, Oleifici Mediterranei κατά ΕΟΚ, σκέψη 16, της 14.1.1993, υπόθ. C-257/90, Italsolar κατά Επιτροπής, σκέψη 33, καθώς και τη διάταξη της 4.10.2007, υπόθ. C-100/07 P, «Σπογγώδης εγκεφαλοπάθεια των βοοειδών», σκέψη 27, βλ. επίσης ΠΕΚ, αποφάσεις της 17.12.2003, υπόθ. T-146/01, DLD Trading, σκέψη 71 και της 12.9.2007, υπόθ. T-259/03, Νικολάου, σκέψη 34.

49. Ενδεικτικά παραπέμπεται στη θεμελιώδη σημασία απόφαση Bergaderm της 4.7.2000, υπόθ. C-352-98 P, όπου το ΔΕΚ, συνοψίζοντας τη σχετική νομολογία του, αποφαινεται ως εξής (σκέψεις 41-43): «41. Το Δικαστήριο έχει τονίσει ότι **οι προϋποθέσεις θεμελίωσης της ευθύνης του Δημοσίου για τις ζημιές που προκαλούνται στους ιδιώτες λόγω παραβάσεων του κοινοτικού δικαίου δεν πρέπει, ελλείψει ειδικής δικαιολογίας, να διαφέρουν από τις προϋποθέσεις που διέπουν την ευθύνη της Κοινότητας υπό ανάλογες συνθήκες. Συγκεκριμένα, η προστασία των δικαιωμάτων τα οποία οι ιδιώτες αντλούν από το κοινοτικό δίκαιο δεν μπορεί να ποικίλλει ανάλογα με το αν τη ζημία την έχει προκαλέσει εθνική ή κοινοτική αρχή (προπαρατεθείσα απόφαση Brasserie du Pêcheur και Factortame, σκέψη 42)**. 42. Αποφαινόμενο όμως σχετικά με την ευθύνη των κρατών-μελών για ζημία προκληθείσα σε ιδιώτες, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι **το κοινοτικό δίκαιο αναγνωρίζει δικαίωμα αποζημιώσεως αν συντρέχουν τρεις προϋποθέσεις, ότι δηλαδή ο παραβιασθείς κανόνας δικαίου αποσκοπεί στην απονομή δικαιωμάτων στους ιδιώτες, ότι η παράβαση είναι κατάφωρη και, τέλος, ότι υφίσταται άμεσος αιτώδης σύνδεσμος μεταξύ της εκ μέρους του κράτους παραβάσεως και της ζημίας που υπέστησαν τα θιγθέντα πρόσωπα (προπαρατεθείσα απόφαση Brasserie du Pêcheur και Factortame, σκέψη 51)**. 43. Ως προς τη δεύτερη προϋπόθεση, **όσον αφορά τόσο την ευθύνη της Κοινότητας βάσει**

127. Με άλλα λόγια, το Εφετείο, **εφόσον έκρινε αγωγή αποζημίωσης για προβαλλόμενη παράβαση του κοινοτικού δικαίου**, θεωρώντας μάλιστα εφαρμοστέες, για τη θεμελίωση της ως άνω αγωγής αποζημίωσης, **τις σχετικές «διατάξεις και αρχές του κοινοτικού δικαίου»**, οι οποίες μάλιστα, όπως ανέφερε, κατισχύουν των περισσότερο περιοριστικών σχετικών εθνικών διατάξεων (στις οποίες περιέλαβε και τη διάταξη του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ «κατά το μέρος που απαλλιάσσει το Δημόσιο και τα ΝΠΔΔ από την υποχρέωση καταβολής αποζημίωσης, όταν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος»)<sup>50</sup>, όφειλε να εξετάσει, **ακόμα και αυτεπαγγέλτως, αν συνέτρεχαν όλες οι προϋποθέσεις του (εφαρμοστέου) κοινοτικού δικαίου προκειμένου να διαπιστώσει αν η ως άνω αγωγή αποζημίωσης ήταν νόμω και ουσία βάσιμη**. Η παράλειψη του Εφετείου να προβεί στην ως άνω εξέταση καθίσταται ακόμα εμφανέστερη, αν ληφθεί υπόψη ότι η απόφαση Brasserie du Pêcheur του ΔΕΚ, της οποίας γινόταν επίκληση και στην απόφασή του, αναφέρει ρητά, στις σκέψεις 55-56, ως προϋπόθεση της θεμελίωσης ευθύνης για αποζημίωση λόγω παράβασης του κοινοτικού δικαίου, τον «κατάφωρο» χαρακτήρα της παράβασης (σκέψη 55), τα επιμέρους στοιχεία του οποίου (κατάφωρου χαρακτήρα) εξειδικεύει στις επόμενες σκέψεις 56 και 57.

128. Με την ως άνω παράλειψη το Εφετείο προέβη σε εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των εφαρμοστέων κανόνων του κοινοτικού (τώρα ενωσιακού) δικαίου **και συγκεκριμένα εν προκειμένω των κανόνων και προϋποθέσεων που τίθενται από το ίδιο το κοινοτικό δίκαιο για τη θεμελίωση αξίωσης αποζημίωσης για παράβαση των διατάξεών του**. Μάλιστα, όπως προκύπτει από την πάγια **σχετική κοινοτική νομολογία** (βλ. παραπάνω, αριθμ. 116 και την εκεί παραπεμπόμενη νομολογία), **οι ως άνω προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά, έτσι ώστε η έλλειψη της μιας απ' αυτές να αρκεί για την απόρριψη της αγωγής αποζημίωσης**.

129. Ενόψει των παραπάνω σφαλημάτων της εφετειακής απόφασης, **η Τράπεζα της Ελλάδος ζήτησε την αναίρεσή της, άλλως**, σε περίπτωση δηλ. που ο ΑΠ είχε

---

*του άρθρου 215 της Συνθήκης όσο και την ευθύνη των κρατών-μελών για παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου, αποφασιστικό κριτήριο για να θεωρηθεί μια παράβαση του κοινοτικού δικαίου κατάφωρη είναι το αν υπήρξε, εκ μέρους κράτους-μέλους ή κοινοτικού οργάνου, πρόδηλη και σοβαρή υπέρβαση των ορίων που επιβάλλονται στην εξουσία εκτιμήσεως (αποφάσεις Brasserie du Pêcheur και Factortame, όπ.ν., σκέψη 55, και της 8ης Οκτωβρίου 1996, C-178/94, C-179/94 και C-188/94 έως C-190/94, Dillenkofer κ.λπ., Συλλογή 1996, σ. I-4845, σκέψη 25)» (έμφαση από τον γράφοντα). Βλ. επίσης σχετικά Σαχκείδου, Ευρωπαϊκό Δίκαιο, ό.π., σελ. 605-616, § 24, αριθμ. 21-38.*

50 Επισημαίνεται ότι το Εφετείο επικαλέστηκε την ως άνω διάταξη, σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 106 ΕισΝΑΚ, μόνο προκειμένου να αιτιολογήσει την παθητική νομιμοποίηση της Τράπεζας της Ελλάδος (υπό τη συγκεκριμένη ιδιότητα της ως διαδόχου της Νομισματικής Επιτροπής, βλ. και παραπάνω, αριθμ. 23 με την εκεί υποσημείωση), λόγω παράβασης, από την τελευταία, των προαναφερθεισών διατάξεων της πρώτης οδηγίας και όχι επειδή έκρινε ότι η διάταξη αυτή είναι ευνοϊκότερη, από πλεονάζουσας προϋποθέσεων θεμελίωσης της ευθύνης της τελευταίας, σε σχέση με τις προϋποθέσεις που έχουν θεθεί από την προαναφερθείσα νομολογία του ΔΕΚ. Το ίδιο έπραξε και ο ΑΠ στην υπ' αριθμ. 1492/2008 απόφασή του (ό.π.). Από την αντίστοιχη σχετική κοινοτική νομολογία βλ. ιδίως ΔΕΚ, απόφ. της 4.7.2000, C-424/97, Haim, σκ. 31-32, 34 και διατακτικό, υπό 1.

αμφιβολίες, την απεύθυνση νέου προδικαστικού ερωτήματος προς το (τότε) ΔΕΚ σχετικά με το ζήτημα αν η προσαπτόμενη στην Τράπεζα της Ελλάδος παράβαση των σχετικών διατάξεων της πρώτης οδηγίας, ενόψει των προαναφερθεισών όλως ειδικών συνθηκών υπό τις οποίες αυτή συντελέστηκε (όπως κρίθηκε τελικά, με βάση τις – επιδεχόμενες εύλογη κριτική, όπως προαναφέρθηκε – απαντήσεις του ΔΕΚ στα προδικαστικά ερωτήματα του ΑΠ), συνιστά «κατάφωρη παράβαση», όπως η έννοια αυτή έχει προσδιοριστεί από τη σχετική κοινοτική (τόρα ενωσιακή) νομολογία. Σημειώτεον ότι, όπως προαναφέρθηκε (βλ. παραπάνω, αριθμ. 34-35 και 98), το ζήτημα αυτό δεν είχε αποτελέσει αντικείμενο των προηγούμενων προδικαστικών ερωτημάτων του ΑΠ (απόφαση 503/2003, ό.π.) προς το ΔΕΚ. Στο πλαίσιο αυτό η Τράπεζα της Ελλάδος επισήμανε και τη σχετική νομολογία του ΔΕΚ (τόρα ΔΕΕ), σύμφωνα με την οποία μπορεί να θεμελιωθεί ευθύνη του κράτους-μέλους για παράβαση του κοινοτικού δικαίου, όταν η παράβαση αυτή προκύπτει από απόφαση δικαστηρίου κρίνοντος σε τελευταίο βαθμό και μπορεί να συνιστάται, μεταξύ άλλων, στην παράλειψη απεύθυνσης προδικαστικού ερωτήματος προς το ΔΕΚ<sup>51</sup>.

130. Όμως ο ΑΠ, με την εδώ σχολιαζόμενη απόφασή του 1492/2008 (ό.π.), επιβεβαίωσε την απόφαση του Εφετείου χωρίς να προβεί σε μια τέτοια ενέργεια και μάλιστα χωρίς να υπεισέλθει καν στο ως άνω αίτημα της Τράπεζας της Ελλάδος περί απεύθυνσης νέου προδικαστικού ερωτήματος προς το ΔΕΚ.

## 7. Αντί επιλόγου

131. Από τα όσα προαναφέρθηκαν, προκύπτει ότι η απόφαση του ΔΕΚ της 27.10.2005 στην υπόθεση των ομολόγων της ETBA, αφήνει σοβαρές αμφιβολίες όσον αφορά την ορθότητα των απαντήσεων που δόθηκαν στα προδικαστικά ερωτήματα του ΑΠ.

132. Πάντως, ενόψει του χρονικού σημείου έκδοσης της ως άνω απόφασης (27.10.2005), δεν υπήρχε κίνδυνος δημιουργίας ενός (κακού) νομολογιακού προηγούμενου, αλλιά ούτε και δυνατότητα αναθεώρησης της ερμηνείας που έδωσε το ΔΕΚ στις σχετικές διατάξεις της πρώτης οδηγίας (αλλιά και των οδηγιών 86/566 και 88/361), δεδομένου ότι, μετά την πλήρη ελευθέρωση όλων των κινήσεων κεφαλαίων, ήδη με τις (προγενέστερες της ως άνω απόφασης του ΔΕΚ) οδηγίες 88/361 και 92/122 και τη συνακόλουθη αντικατάσταση, από 1.1.1994, των (πρώην) άρθρων

51 Βλ. ΔΕΚ, αποφάσεις της 30.9.2003, C-224/01, Köbler, σκ. 33-36 και 53-59 και της 13.6.2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, σκ. 31-46 και ιδίως σκ. 32 και 43 και σχετικά αντί πολλών Χριστιανό, Εισαγωγή στο Δίκαιο της ΕΕ, ό.π., σελ. 197-200, αριθμ. 645-655, Σουφλήρο, Ο Κανονισμός 1/2003, Κατ' άρθρο ερμηνεία, 2015, άρθρο 16, αριθμ. 23, και οι δύο με περαιτέρω παραπομπές.



67-73 της (πρώην) ΣυνθΕΟΚ με τα (νέα) άρθρα 73Α-73Ζ και στη συνέχεια με τα άρθρα 56-59 ΣυνθΕΚ (τώρα άρθρα 63-66 ΣΛΕΕ) δεν υπάρχει πλέον περίπτωση να ανακύψουν παρόμοια ζητήματα στο μέλλον, τουλάχιστον με τη μορφή που τέθηκαν ενώπιον του ΔΕΚ. Ο γράφων δεν είναι σε θέση να γνωρίζει κατά πόσο το στοιχείο αυτό μπορεί να οδήγησε το ΔΕΚ στο να κλίνει τελικά υπέρ της (μη ορθής, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα) πλέον «φιλελεύθερης» εκδοχής, παρά τα σημαντικότερα στοιχεία που συνηγορούσαν υπέρ της πλέον «περιοριστικής» εκδοχής.

133. Η πρόσφατη επαναφορά στην Ελλάδα των περιορισμών στην κίνηση κεφαλαίων (capital controls), αν και δεν έχει ακριβώς τα ίδια ποιοτικά χαρακτηριστικά, καταδεικνύει την καθοριστική σημασία που μπορούν να έχουν, υπό συγκεκριμένες συνθήκες, παρόμοιοι περιορισμοί για τη γενικότερη οικονομική πολιτική μιας χώρας, η οποία (σημασία) μπορεί να υπερτερεί των ωφελειών που έχει για τους ιδιώτες η απρόσκοπτη κίνηση κεφαλαίων.

134. Η Τράπεζα της Ελλάδος, στην εδώ συζητούμενη υπόθεση, ενήργησε με γνώμονα την παραπάνω στάθμιση συμφερόντων, η οποία αποτυπωνόταν και στα σχετικά κοινοτικά (νομοθετικά και άλλα) κείμενα, καθώς και στη (μέχρι τότε) σχετική κοινοτική νομολογία, με τη σύμφωνη γνώμη του Νομικού της Συμβουλίου, Πρόεδρος του οποίου ήταν, κατά την κρίσιμη περίοδο, ο αείμνηστος Καθηγητής Λεωνίδας Γεωργακόπουλος, ο οποίος μάλιστα και εκπροσώπησε την Τράπεζα της Ελλάδος, ως ένας εκ των πληρεξουσίων δικηγόρων της, σε μια από τις σχετικές δίκες ενώπιον του ΑΠ (βλ. ΟλΑΠ 10/2000, παραπάνω, αριθμ. 29), ανεξάρτητα από το ότι η ως άνω συμπεριφορά της Τράπεζας της Ελλάδος δεν κρίθηκε τελικά από το ΔΕΚ σύμφωνη προς την πρώτη οδηγία.

135. Το γεγονός αυτό είχε ως περαιτέρω συνέπεια να καταδικαστεί η Τράπεζα της Ελλάδος, από τα ελληνικά δικαστήρια, στην καταβολή σημαντικής αποζημίωσης λόγω παράβασης της ως άνω οδηγίας, χωρίς, κατά την άποψη του γράφοντος και σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, να συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις που έχει καθορίσει το ΔΕΚ στη νομολογία του, και ιδίως αυτή της «κατάφωρης παράβασης» (βλ. παραπάνω, αριθμ. 100-130). Με την παράλειψη του ΑΠ να υπεισέλθει στο ζήτημα αυτό και ενδεχομένως να απευθύνει σχετικά προδικαστικά ερωτήματα χάθηκε μια σημαντική ευκαιρία συμβολής του τελευταίου στην περαιτέρω αποσαφήνιση αλλήλ και στον εμπλουτισμό του σχετικού κοινοτικού (τώρα ενωσιακού) νομολογιακού κεκτημένου.

136. Τέλος, ο γράφων δεν θα ήθελε να κλείσει την παρούσα μελέτη χωρίς να σχολιάσει τα αναφερόμενα στην αρχή (σημ. 1) των από 14.4.2005 προτάσεων του Γεν. Εισαγγελέα Jacobs στην προκείμενη υπόθεση, που έχουν ως εξής:

«1. *"Gentlemen prefer bonds"* («οι κύριοι προτιμούν τα ομόλογα»), σύμφωνα με τον πρώην Υπουργό Οικονομικών των Ηνωμένων Πολιτειών, Andrew Mellon (υποσημ. 2: Ο Andrew Mellon χρημάτισε Υπουργός Οικονομικών από το 1921 έως το 1932, και θήτευσε υπό τους προέδρους Harding, Coolidge και Hoover. Η παρατεθείσα φράση



*ήταν η απάντηση που έδωσε όταν ζητήθηκε η γνώμη του σχετικά με τις επενδύσεις στη χρηματιστηριακή φούσκα του 1920). Η Τράπεζα της Ελλάδος, ωστόσο, δεν έχει τέτοια προτίμηση, ή τουλάχιστον δεν την είχε το 1982: η αγορά ομολόγων από λογαριασμούς σε μετατρέψιμες δραχμές απαιτούσε ειδική άδεια [...]».*

137. Οι εξελίξεις που ακολούθησαν στην Ελλάδα, ως συνέπεια της (συνεχιζόμενης) οικονομικής κρίσης και των επιπτώσεών της στους κατόχους παρόμοιων ομολόγων (βλ. «κούρεμα»), κατέδειξαν ότι η ως άνω (αξιωματικά διατυπωμένη) θέση του Γεν. Εισαγγελέα δεν (μπορεί να) έχει καθολική ισχύ ούτε (μπορεί να) τυγχάνει γενικής αποδοχής, ιδίως σε περιόδους γενικότερης οικονομικής κρίσης και σοβαρής διατάραξης της οικονομίας ενός κράτους. Το ίδιο μπορεί να ληχθεί ότι ισχύει (και μάλιστα με ακόμα μεγαλύτερη βεβαιότητα) και για τις απόψεις του ίδιου Γεν. Εισαγγελέα που αφορούσαν την ουσία της συγκεκριμένης υπόθεσης, η οποία αποτέλεσε αντικείμενο της παρούσας μελέτης. Και τούτο διότι το εσφαλμένο των ως άνω απόψεων δεν χρειαζόταν να αποδειχθεί από μεταγενέστερες εξελίξεις, αλλήλ προέκυπτε ήδη από το προγενέστερο της διατύπωσής τους και ισχύον κατά τον κρίσιμο χρόνο των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης νομικό καθεστώς.



## Η νομική οντότητα ως νέος θεσμός του εταιρικού δικαίου

Στο νέο νομοθετικό τοπίο που δημιουργήθηκε με ραγδαίους ρυθμούς κατά τα τελευταία έτη υπό την πίεση της ολοκληρωτικής οικονομικής κρίσης, σε μεγάλο βαθμό και με τη μεταφορά στην ελληνική έννομη τάξη αλλοδαπών νομοθετικών προτύπων, παρατηρούμε ότι χρησιμοποιείται ευρύτατα ένας νέος όρος, ο όρος **«νομική οντότητα»**, σε πλήθος νομοθετημάτων, αρχικά του φορολογικού και στη συνέχεια του λογιστικού και ακόμη και του εταιρικού δικαίου.

Κεντρικός ορισμός δεν υπάρχει στο ελληνικό δίκαιο για αυτόν τον όρο, ο οποίος συνιστά μεταφορά από τα αγγλοσαξωνικά δίκαια του όρου **«legal entity»**. Στην καλύτερη περίπτωση κάθε ελληνικός νόμος (φορολογικός, λογιστικός, εταιρικός ή άλλος) έχει τον δικό του ορισμό για αυτόν, ενώ στη χειρότερη είναι θέμα ερμηνείας το τι περιλαμβάνεται ή δύναται να περιληφθεί σε αυτόν.

Το βέβαιο είναι ότι ως **«νομικές οντότητες»** κατ' ελάχιστον χαρακτηρίζονται όλες οι γνωστές στο ελληνικό δίκαιο μορφές εταιρειών και λοιπών νομικών προσώπων, ώστε να δικαιούμαστε να θέσουμε υπό εξέταση το ζήτημα, **εάν** η νομική οντότητα είναι ένας **νέος θεσμός** του ελληνικού δικαίου που καλείται να **αντικαταστήσει** προοδευτικά και βαθμιαία τα μέχρι σήμερα γνωστά στο δίκαιο **νομικά πρόσωπα** και ιδίως τις **εταιρείες** του εμπορικού δικαίου **ή εάν** είναι απλώς ένας **περιγραφικός όρος** που καλείται μόνον για λόγους νομοθετικής πρακτικής να συμπεριλάβει τα **υφιστάμενα νομικά πρόσωπα** της, **ελληνικής και μη, έννομης τάξης**.

Η παρούσα μελέτη διαιρείται σε δύο μέρη ως εξής:

A. Στο πρώτο μέρος εκτίθενται και αναλύονται οι διατάξεις του εθνικού, κοινοτικού ή διεθνούς δικαίου, στις οποίες γίνεται χρήση του όρου νομική οντότητα ή οντότητα και ενδεχομένως δίδεται και σχετικός ορισμός ή εν γένει επιχειρείται νομοθετικά η οριοθέτηση της έννοιας.

B. Στο δεύτερο μέρος εξετάζεται η έννοια της νομικής οντότητας μέσα στο γενικότερο πλαίσιο των υφιστάμενων κανόνων δικαίου και επιχειρείται ερμηνευτικά η ένταξη και τοποθέτηση αυτής στην ελληνική έννομη τάξη.

---

\* Δικηγόρος, Δ.Ν., LL.M. (L.S.E.)

## Α. Χρήση του όρου «νομική οντότητα» σε σύγχρονα νομοθετήματα με ευρύ πεδίο εφαρμογής

### 1. Φορολογία Εισοδήματος (Ν. 4172/2013)

Σύμφωνα με το άρ. 1 παρ. 1 **Ν. 4172/23.7.2013** με τίτλο «*Φορολογία εισοδήματος, επείγοντα μέτρα εφαρμογής του Ν. 4046/2012, του Ν. 4093/2012 και του Ν. 4127/2013 και άλλες διατάξεις*» στο Τμήμα Α' αυτού με τίτλο «*Κώδικας φορολογίας εισοδήματος*» ορίζεται επί λέξει το πεδίο εφαρμογής ως εξής: «Ο Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος (Κ.Φ.Ε.) ρυθμίζει τη φορολογία του εισοδήματος: (α) των φυσικών προσώπων, (β) των νομικών προσώπων και των κάθε είδους νομικών οντοτήτων».

Ακολουθώντας στο άρ. 2 Ν. 4172/2013 με τίτλο «*Ορισμοί*» θεσπίζονται τα εξής: Οι όροι που χρησιμοποιούνται για τους σκοπούς του Κ.Φ.Ε. έχουν την έννοια που προβλέπει η κείμενη νομοθεσία, εκτός εάν ο Κ.Φ.Ε. ορίζει διαφορετικά. Για τους σκοπούς του παρόντος νοούνται ως:

(α) **«φορολογούμενος»:** κάθε πρόσωπο που υπόκειται σε **φόρο εισοδήματος**, σύμφωνα με τον Κ.Φ.Ε.,

(β) **«πρόσωπο»:** κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή κάθε είδους νομική οντότητα,

(γ) **«νομικό πρόσωπο»:** κάθε επιχείρηση ή εταιρεία με νομική προσωπικότητα ή ένωση επιχειρήσεων ή εταιρειών με νομική προσωπικότητα,

(δ) **«νομική οντότητα»:** κάθε **μόρφωμα** εταιρικής ή μη οργάνωσης (ανεξαρτήτως νομικής προσωπικότητας) και κερδοσκοπικού ή μη χαρακτήρα που **δεν είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο**, όπως **ιδίως:** συνεταιρισμός, οργανισμός, υπεράκτια ή εξωχώρια εταιρεία, κάθε μορφής εταιρεία ιδιωτικών επενδύσεων, κάθε μορφής καταπίστευμα ή εμπίστευμα ή οποιοδήποτε μόνρφωμα παρόμοιας φύσης, κάθε μορφής ίδρυμα ή σωματείο ή οποιοδήποτε μόνρφωμα παρόμοιας φύσης, κάθε μορφή προσωπικής επιχείρησης ή οποιαδήποτε οντότητα προσωπικού χαρακτήρα, κάθε μορφής κοινή επιχείρηση, κάθε μορφής εταιρεία διαχείρισης κεφαλαίου ή περιουσίας ή διαθήκης ή κληρονομιάς ή κληροδοσίας ή δωρεάς, κάθε φύσης κοινοπραξία, κάθε μορφής εταιρεία αστικού δικαίου, συμμετοχικές ή αφανείς εταιρείες, κοινωνίες αστικού δικαίου.

Επισημαίνεται ότι στο αρχικό κείμενο του άρ. 2 (δ) Ν. 4172/2013 στον ορισμό της «νομικής οντότητας» και μετά τη φράση «κάθε μόνρφωμα» αναφερόταν η φράση «*ανεξαρτήτως νομικής προσωπικότητας*», η οποία διαγράφηκε με το άρ. 21 παρ.1 Ν. 4223/31.12.2013.

Ακολουθώντας ορίζονται τα **υποκείμενα του φόρου** ως εξής (άρ. 3 Ν. 4172/2013):

• Ο φορολογούμενος που έχει τη **φορολογική κατοικία** του στην **Ελλάδα** υπόκειται σε φόρο για το φορολογητέο εισόδημά του που προκύπτει στην ημεδαπή και

την αλληλοδαπή, ήτοι το **παγκόσμιο εισόδημά** του που αποκτάται μέσα σε ορισμένο φορολογικό έτος<sup>1</sup>.

• Ο φορολογούμενος που **δεν έχει** τη **φορολογική κατοικία** του στην **Ελλάδα** υπόκειται σε φόρο για το φορολογητέο εισόδημά του που **προκύπτει στην Ελλάδα** και αποκτάται μέσα σε ορισμένο φορολογικό έτος.

## 2. Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας (Ν. 4174/2013)

Στον Ν. 4174/2013 με τίτλο «Φορολογικές διαδικασίες και άλλες διατάξεις», στο Μέρος Α' αυτού με τίτλο «*Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας*» καθορίζεται η διαδικασία προσδιορισμού, βεβαίωσης και είσπραξης των εσόδων του Δημοσίου, ήτοι του φόρου εισοδήματος, του φόρου προστιθέμενης αξίας (Φ.Π.Α.), του Ενιαίου Φόρου Ιδιοκτησίας Ακινήτων (ΕΝ.Φ.Ι.Α.), του φόρου κληρονομιών, δωρεών, γονικών παροχών, προικών και κερδών από τυχερά παίγνια, και όλων των λοιπών φόρων, τελών, εισφορών ή χρηματικών κυρώσεων που αναφέρονται στον ανωτέρω Κώδικα, καθώς και των χρηματικών κυρώσεων και τόκων προβλεπόμενων στον ανωτέρω Κώδικα και των σχετικών διοικητικών κυρώσεων για τη μη συμμόρφωση προς τη σχετική με τα ανωτέρω νομοθεσία (αρ. 1 και 2 Ν. 4174/2013<sup>2</sup>).

Ο Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας περιέχει ορισμούς, οι οποίοι ισχύουν για τους σκοπούς του Κώδικα (αρ. 3 Ν. 4174/2013) ως εξής:

(α) ως «**φορολογούμενος**» νοείται:

(αα) κάθε πρόσωπο που υποχρεούται να καταβάλλει φόρο, τέλος, εισφορά ή χρηματική κύρωση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Κώδικα ή έχει οποιαδήποτε άλλη φορολογική υποχρέωση ή

(ββ) κάθε πρόσωπο που υποχρεούται να παρακρατεί φόρους και να τους αποδίδει στη Φορολογική Διοίκηση,

(β) ως «**πρόσωπο**» νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, καθώς και κάθε είδους νομική οντότητα,

(γ) ως «**νομικό πρόσωπο**» νοείται κάθε επιχείρηση ή **εταιρεία με νομική προσωπικότητα** ή και κάθε ένωση επιχειρήσεων ή εταιρειών με νομική προσωπικότητα,

(δ) ως «**νομική οντότητα**» νοείται **κάθε μόρφωμα εταιρικής ή μη οργάνωσης**<sup>3</sup> και κερδοσκοπικού ή μη χαρακτήρα που δεν είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο,

1 Κατ' εξαίρεση «φορολογούμενος», ο οποίος είναι αλληλοδαπή προσωπικό των εγκατεστημένων στην Ελλάδα γραφείων κατά τον ΑΝ 89/1967 υπόκειται σε φόρο στην Ελλάδα μόνο για το εισόδημα που προκύπτει στην Ελλάδα (αρ. 3 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4172/2013).

2 Όπως τροποποιήθηκαν και αντικαταστάθηκαν με το αρ. 39 παρ. 1-2 Ν. 4223/2013.

3 Στο αρ. 3 παρ. 3 Ν. 4174/2013 οι ηέξεις «ανεξαρτήτως νομικής προσωπικότητας» διαγράφηκαν με το αρ. 39 παρ. 3 Ν. 4223/2013.

όπως ιδίως συνεταιρισμός, οργανισμός, υπεράκτια ή εξωχώρια εταιρεία, κάθε μορφής εταιρεία ιδιωτικών επενδύσεων, κάθε μορφής καταπίστευμα ή εμπίστευμα ή οποιοδήποτε μόρφωμα παρόμοιας φύσης, κάθε μορφής ίδρυμα, σωματείο ή οποιοδήποτε μόρφωμα παρόμοιας φύσης, κάθε μορφή προσωπικής επιχείρησης ή οποιαδήποτε οντότητα προσωπικού χαρακτήρα, κάθε μορφής κοινή επιχείρηση, κάθε μορφής εταιρεία διαχείρισης κεφαλαίου ή περιουσίας ή διαθήκης ή κληρονομιάς ή κληροδοσίας ή δωρεάς, κάθε φύσης κοινοπραξία, κάθε μορφής εταιρεία αστικού δικαίου, συμμετοχικές ή αφανείς εταιρείες, κοινωνίες αστικού δικαίου [...].».

### 3. Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας (άρ. 8 Ν. 4174/2013 και ΠΟΛ 1283/2013)

Ο φορολογούμενος που δεν διαθέτει ταχυδρομική διεύθυνση στην Ελλάδα υποχρεούται να ορίσει εκπρόσωπο με φορολογική κατοικία στην Ελλάδα, ώστε να καθίσταται δυνατή στην πράξη η συμμόρφωση αυτού προς τις τυπικές υποχρεώσεις του σύμφωνα με τον Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (αρ. 8 παρ. 1 Ν. 4174/2013). Σε εκτέλεση της ανωτέρω διάταξης ορίζεται ότι ο φορολογούμενος, φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή **νομική οντότητα** που εμπίπτει στις διατάξεις του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (Ν. 4174/2013) και δεν διαθέτει ταχυδρομική διεύθυνση στην Ελλάδα, υποχρεούται από την 1.1.2014 να ορίσει φορολογικό εκπρόσωπο με φορολογική κατοικία στην Ελλάδα, στην ταχυδρομική διεύθυνση του οποίου η φορολογική διοίκηση θα μπορεί να αποστέλλει κάθε είδους αλληλογραφία σχετική με τον φορολογούμενο» (αρ. 1 παρ. 1 ΠΟΛ. 1283/30-12-2013<sup>4</sup>).

### 4. Φορολογία Ακινήτων – ΕΝ.Φ.Ι.Α. (Ν. 4223/2013)

Στη φορολογία ακινήτων ορίζεται ότι από το έτος 2014 και για κάθε επόμενο έτος επιβάλλεται Ενιαίος Φόρος Ιδιοκτησίας Ακινήτων (ΕΝ.Φ.Ι.Α.) στα εμπράγματα και ενοχικά δικαιώματα του αρ. 1 παρ. 2 Ν. 4223/2013<sup>5</sup>, σε ακίνητα που βρίσκονται στην Ελλάδα και ανήκουν **σε φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή κάθε είδους νομικές οντότητες** την 1η Ιανουαρίου κάθε έτους (αρ. 1 Ν. 4223/2013).

4 ΠΟΛ. 1283/30.12.2013 με τίτλο «Ορισμός Φορολογικού εκπροσώπου σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 8 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας» δημοσιευθείσα στην ΥΑ 1283/30.12.2013 (ΦΕΚ Β' 3367/31.12.2013) με τυχόν διαφοροποιήσεις του κειμένου της.

5 Ο ΕΝ.Φ.Ι.Α. κατά τη χρονική στιγμή που γράφεται το παρόν επιβάλλεται στα εμπράγματα δικαιώματα πλήρους κυριότητας, ψιλής κυριότητας, επικαρπίας, οίκησης και επιφάνειας επί ακινήτου και στα εμπράγματα ή ενοχικά δικαιώματα αποκλειστικής χρήσης θέσης στάθμευσης, βοηθητικού χώρου και κολυμβητικής δεξαμενής, που βρίσκονται σε κοινόκτητο τμήμα ακινήτου και αποτελούν παρακοιλούθημα των ανωτέρω εμπραγμάτων δικαιωμάτων, καθώς και στο δικαίωμα της νομής ή οιονεί νομής, κατοχής και στη δέσμευση δικαιωμάτων επί του ακινήτου από ΟΤΑ (αρ. 1 παρ. 2 Ν. 4223/2013).

## 5. Ελληνικά Λογιστικά Πρότυπα (Ν. 4308/2014)

Το πρώτο κεφάλαιο του Ν. 4308/24.11.2014 με τίτλο «*Ελληνικά Λογιστικά Πρότυπα, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις*» αναφέρεται στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4308/2014 και ορίζει τέσσερις «κατηγορίες **οντοτήτων**» αναλόγως του μεγέθους αυτών και συγκεκριμένα πολύ μικρές, μικρές, μεσαίες και μεγάλες (αρ. 1 και 2 Ν. 4308/2014), ενώ προβλέπει ότι για την εφαρμογή των ρυθμίσεων του Ν. 4308/2014 λαμβάνονται υποχρεωτικά υπόψη οι ορισμοί του Παραρτήματος Α' αυτού, οι οποίοι ορισμοί με τον τρόπο αυτόν αποκτούν νομική ισχύ. Αξιοσημείωτο είναι ότι στους ορισμούς παρατίθεται και ο αγγλικός όρος σε παρένθεση, με αποτέλεσμα να αποκτά και ο αγγλικός όρος ισχύ νόμου, εντασσόμενος σε ελληνικό νομοθέτημα.

Σύμφωνα δε με τον σχετικό ορισμό του Παραρτήματος Α' Ν. 4308/2014 ως «*οντότητα (entity)*» ορίζεται κάθε **φυσικό** ή **νομικό** πρόσωπο ή **ένωση προσώπων**, με ή χωρίς νομική προσωπικότητα, επιχείρηση ή οργανισμός κερδοσκοπικού ή μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, που ανήκει στον ιδιωτικό ή στον δημόσιο τομέα.

Περαιτέρω στο ίδιο Παράρτημα Α' Ν. 4308/2014 ορίζονται και ειδικές κατηγορίες ή περιπτώσεις «οντοτήτων» ως εξής:

Ως «**οντότητες δημοσίου ενδιαφέροντος (public interest entities)**» οι «*οντότητες που υπόκεινται στον Ελληνικό νόμο και περιλαμβάνουν:*

(α) *Τις οντότητες των οποίων μετοχές ή άλλες κινητές αξίες είναι εισηγμένες σε οργανωμένη αγορά κράτους-μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατά την έννοια της Οδηγίας 2004/39/ΕΟΚ και σύμφωνα με τις προβλέψεις του Κανονισμού 1606/2002 της Ευρωπαϊκής Ένωσης.*

(β) *Τις ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις των περιπτώσεων 5 και 6 της παραγράφου 1 του άρθρου 4 του Κανονισμού (ΕΕ) 575/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Ιουνίου 2013 σχετικά με τις απαιτήσεις προληπτικής εποπτείας για πιστωτικά ιδρύματα και επιχειρήσεις επενδύσεων και την τροποποίηση του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 648/2012.*

(γ) *Τα πιστωτικά ιδρύματα όπως αυτά καθορίζονται από την περίπτωση 1 της παραγράφου 1 του άρθρου 4 του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 575/2013.*

(δ) *Οντότητες που καθορίζονται από τη νομοθεσία ως δημοσίου ενδιαφέροντος οντότητες, με βάση τη φύση της επιχειρηματικής δραστηριότητας, το μέγεθος ή τον αριθμό των απασχολούμενων.*

Ως «**οντότητες χαρτοφυλακίου (financial holding entities)**» ορίζονται οι οντότητες που έχουν ως αποκλειστικό αντικείμενο την απόκτηση συμμετοχών σε άλλες οντότητες με σκοπό τη διαχείρισή τους για δημιουργία κέρδους, ενεργούντες ως μέτοχοι, χωρίς άμεση ή έμμεση ανάμειξη στη διοίκηση των οντοτήτων αυτών.

Ως «**συγγενής οντότητα (associated entity)**» ορίζεται η οντότητα, στην οποία συμμετέχει μια άλλη οντότητα και επί της οποίας η άλλη οντότητα ασκεί ουσιώδη επιρ-



ροή στις λειτουργίες και τις χρηματοοικονομικές πολιτικές της. Η συγγενής οντότητα δεν είναι ούτε θυγατρική ούτε κοινοπραξία για την άλλη οντότητα.

Ομοίως, οι εγκύκλιοι και αποφάσεις που έχουν εκδοθεί για την παροχή διευκρινίσεων και οδηγιών ως προς την εφαρμογή της νέας νομοθεσίας περί Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων χρησιμοποιούν την έννοια της νομικής οντότητας στην ευρύτερη δυνατή έκταση αυτής, καθιστώντας πλέον άνευ ουσιαστικής σημασίας στο πεδίο εφαρμογής τους τη διάκριση μεταξύ των περισσότερων τύπων νομικών προσώπων και ακόμη πιο πολύ μεταξύ των διαφορετικών νομικών τύπων εταιρειών<sup>6</sup>.

Χαρακτηριστική της εξέλιξης του δικαίου από δίκαιο των εταιρειών σε δίκαιο των νομικών οντοτήτων είναι η διόρθωση της ΠΟΛ. 1003/2014 από την ΠΟΛ. 1261/2015 με διαγραφή από την παράγραφο 1.2.1. της πρώτης των τελευταίων λέξεων «*συμπεριλαμβανομένων και των αλλοδαπών νομικών προσώπων*», με την αιτιολογία ότι η αναφορά σε «*κάθε οντότητα*» που προηγείται συμπεριλαμβάνει και τα αλλοδαπά νομικά πρόσωπα. Από αυτό συνάγεται η βούληση επιβολής της ευρύτερης δυνατής ερμηνείας στην έννοια της νομικής οντότητας.

## 6. Τακτικός έλεγχος εταιρειών (αρ. 2 παρ. Α' υποπαρ. Α.1. Ν. 4336/2015)

Και η ρύθμιση του τακτικού ελέγχου των χρηματοοικονομικών καταστάσεων είναι ενιαία σε όλες τις «*οντότητες*», αφού το ζήτημα πότε είναι υποχρεωτικός ή προαιρετικός ο τακτικός έλεγχος των εταιρειών εξαρτάται από το μέγεθος μίας «*οντότητας*» ή από τον χαρακτηρισμό μίας «*οντότητας*» ανεξαρτήτως μεγέθους ως δημοσίου ενδιαφέροντος (συμφέροντος) κατά την έννοια του Ν. 4308/2014 σε συνδυασμό προς τον Ν. 4336/2015 (αρ. 2 παρ. Α' υποπαρ. Α.1. Ν. 4336/2015), ενώ πουθενά δεν χρησιμοποιείται η έννοια του νομικού προσώπου ούτε οι έννοιες των μέχρι σήμερα γνωστών εταιρικών τύπων (ΑΕ, ΕΠΕ, ΙΚΕ, ΟΕ, ΕΕ). Ενιαίες για όλες τις εταιρείες όλων των εταιρικών τύπων είναι κατά τα λοιπά οι διατάξεις για τον τακτικό έλεγχο.

Οι ανωτέρω νέες διατάξεις αρχίζουν να ισχύουν από την 1.1.2016 (άρ. 2 παρ. Α' υποπαρ. Α.1, περίπτ. 6 Ν.4336/2015), ενώ καταργούνται οριζοντίως όλες οι σχετικές διατάξεις των επιμέρους νόμων των διαφορετικών εταιρικών μορφών (άρ. 36 έως 38 και άρ. 43α παρ. 4 ΚΝ 2190/1920, άρ. 42α παρ. 6 ΚΝ 2190/1920, όπως είχε τροποποιηθεί με τα άρ. 38 Ν. 4308/2014, άρ. 108 ΚΝ 2190/1920, άρ. 23 Ν. 3190/1955, άρ. 99 Ν. 4072/2012 και κάθε άλλη διάταξη που αντίκειται στις παραπάνω ρυθμίσεις.

6 ΠΟΛ. 1003/31.12.2014 με τίτλο «*Παροχή οδηγιών για την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 4308/2014 (ΦΕΚ Α' 251) περί των Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις*», ΠΟΛ. 1024/21-1-2015 με τίτλο «*Παροχή συμπληρωματικών οδηγιών και διευκρινίσεων για την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 4308/2014 περί των Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις*» και ΠΟΛ. 1261/3-12-2015 με τίτλο «*Παροχή συμπληρωματικών οδηγιών και διευκρινίσεων για την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 4308/2014 περί των Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις*».

## 7. Ο όμιλος επιχειρήσεων ως εταιρικό μόρφωμα

Υποστηρίζεται ότι και ο ίδιος ο όμιλος επιχειρήσεων μπορεί να χαρακτηριστεί ως ιδιαίτερο **«εταιρικό μόρφωμα»**, αν και το ελληνικό δίκαιο δεν τον αναγνωρίζει ως τέτοιο<sup>7</sup>. Και στο σημείο αυτό το ελληνικό δίκαιο ακολουθεί την πορεία από το δίκαιο των εταιρειών προς το δίκαιο των νομικών οντοτήτων, αφού με τη νομοθεσία περί Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων εισάγεται επισήμως και ορίζεται νομοθετικώς η έννοια του ομίλου. Συγκεκριμένα, ως **«όμιλος» («group»)** ορίζεται η μητρική επιχείρηση και όλες οι θυγατρικές της και ως **«οντόντες ομίλου (affiliated entities)»** ορίζονται οποιεσδήποτε δύο ή περισσότερες οντότητες ενός ομίλου (Παράρτημα Α' περί Ορισμών Ν. 4308/2014). Ακολουθώντας, ορίζονται οι προϋποθέσεις υποχρεωτικής ενοποίησης των χρηματοοικονομικών καταστάσεων των οντοτήτων (άρ. 32 Ν. 4308/2014), ενώ καταργείται η διάταξη του άρ. 42ε παρ. 5 ΚΝ 2190/1920 και εφεξής παραπομπή στη διάταξη του άρ. 42ε παρ. 5 ΚΝ 2190/1920 από άλλες διατάξεις θα λογίζεται αυτομάτως ως παραπομπή στη διάταξη του άρ. 32 Ν. 4308/2014 (άρ. 38 παρ. 5 περίπτ. β' Ν. 4308/2014).

## 8. Διατάξεις του δικαίου της ΕΕ για ζητήματα φοροδιαφυγής και φοροαποφυγής

Υποστηρίζεται ότι θεμελιώδη επιδίωξη του δικαίου της ΕΕ στα ζητήματα της αντιμετώπισης της φοροδιαφυγής και της φοροαποφυγής αποτελεί πρωτίστως η συγκέντρωση των φορολογικών υποχρεώσεων των φυσικών προσώπων και των νομικών οντοτήτων στο κράτος – μέλος ΕΕ της πραγματικής φορολογικής κατοικίας των ουσιαστικά υπόχρεων. Ταυτόχρονα, παραμένει μεγάλο πρόβλημα στην πράξη η αδυναμία εύρεσης και αποδοχής ενός ενιαίου συστήματος, μέσα από το οποίο θα αντιστοιχούνται και θα ταυτοποιούνται νομικά τα επιμέρους **«εταιρικά μορφώματα»** που αναγνωρίζονται στα επιμέρους κράτη-μέλη της ΕΕ, όπως συχνά αποκαλούνται στη θεωρία και στην πράξη<sup>8</sup>.

Στην περιγραφή αυτής της θεμελιώδους επιδίωξης ενίοτε απουσιάζει παντελώς η χρήση του όρου **«εταιρεία»** ή **«νομικό πρόσωπο»** και αντικαθίσταται ολοσχερώς από τον νέο όρο **«νομική οντότητα»**.

Ενδεικτικώς, αναφέρεται η Οδηγία 2011/16/ΕΕ<sup>9</sup> και η τροποποιητική αυτής Οδηγία 2014/107/ΕΕ. Σχετικά με τη διοικητική συνεργασία στον τομέα της φορολογίας προβλέπει την ανταλλαγή οικονομικών πληροφοριών, στο πλαίσιο ενός σταθερού

7 Το δίκαιο των συνδεδεμένων επιχειρήσεων ρυθμίζεται αυτοτελώς μόνο στο γερμανικό και το πορτογαλικό δίκαιο, Νικολάου Ρόκα, *Εμπορικές Εταιρίες*, 7η ενημερωμένη έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, παρ. 61/8, σελ. 614.

8 Βασίλη Δούβλη, *Διεθνείς δράσεις κατά της φοροδιαφυγής-φοροαποφυγής: «Η Μεγάλη Χίμαιρα»*; σε ΔΕΕ 2015, 769 επ., 775.

9 Με την Οδηγία 2011/16/ΕΕ καταργήθηκε η Οδηγία 77/799/ΕΟΚ.

ηλεκτρονικού δικτύου, μεταξύ αρμοδίων υπηρεσιών των κρατών-μελών της ΕΕ, και ενδεχομένως τρίτων κρατών μη μελών της ΕΕ, σε σχέση με μία σειρά από φόρους που είναι καταβλητέοι όχι μόνον από φυσικά και νομικά πρόσωπα, αλλά και **από νομικές οντότητες άλλης μορφής**<sup>10</sup>.

Περαιτέρω, η Οδηγία 2003/48/ΕΚ<sup>11</sup> έχει ως αντικείμενο τη φορολόγηση των εισοδημάτων τόκων από αποταμιεύσεις και από ένα ευρύ φάσμα περιουσιακών στοιχείων<sup>12</sup>. Το κρίσιμο και εξαιρετικά ενδιαφέρον στοιχείο της Οδηγίας για την παρούσα μελέτη είναι ότι σκοπός των διατάξεων της είναι η αναζήτηση των αληθινών δικαιούχων ή αληθινών κυρίων ή αληθινών ιδιοκτητών (*«beneficial owners»*) τελικών φυσικών προσώπων που **κρύπτονται πίσω από «νομικές οντότητες»** και «συμβατικά μορφώματα»<sup>13</sup>, όπως ενδεικτικώς είναι οι εντολοδόχοι μέτοχοι (*«nominee shareholders»*) ή οι εντολοδόχοι διοικητές ή διαχειριστές (*«nominee directors»*) νομικών προσώπων.

Μεγάλο εμπόδιο ακόμη και στο πλαίσιο της ΕΕ αποτελεί η ποικιλομορφία των νομικών τύπων των εταιρειών, αφού σε κάθε κράτος-μέλος της ΕΕ αναγνωρίζονται διαφορετικοί νομικοί τύποι εταιρειών και νομικών προσώπων εν γένει, που δεν μπορούν ευχερώς να αντιστοιχηθούν και να ταυτοποιηθούν. Και στο παρελθόν είχε γίνει, ανεπιτυχής μέχρι σήμερα, απόπειρα να υιοθετηθεί στο πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας σχέδιο *«Σύμβασης Αμοιβαίας Αναγνώρισης Εταιρειών των κρατών-μελών»* κατά την περίοδο 1962-1968, το οποίο θα περιείχε ένα ενιαίο μοντέλο νομικής ταυτοποίησης των επιμέρους εταιρικών νομικών τύπων των κρατών-μελών<sup>14</sup>, πράγμα που καταδεικνύει την από μακρό χρόνο διαπίστωση του ζητήματος.

Ακόμη, πρέπει να επισημανθεί ότι η ΕΕ δεν επιδιώκει, και ενδεχομένως δεν επιθυμεί την πλήρη και πραγματική **εναρμόνιση των φορολογικών συστημάτων** των κρατών-μελών της<sup>15</sup>, η οποία και θα έλυνε στην ουσία του το ζήτημα της φοροαποφυγής μέσω της εκμετάλλευσης των διαφορετικών φορολογικών συστημάτων που ισχύουν σε μία ενιαία ευρωπαϊκή ένωση και, ακόμη περισσότερο, σε μία ενιαία νομισματική ένωση. Όπως προκύπτει και από τα ανωτέρω, αλλά και από πλήθος στοιχείων, οι θεσπιζόμενοι κανόνες εξαντλούνται σε ζητήματα διαφάνειας και πληροφόρησης και μόνον.

Όμως, η μη εναρμόνιση των φορολογικών κανόνων μεταξύ των περισσότερων κρατών-μελών αποτελεί μακροπρόθεσμα τροχοπέδη στην ίδια την ιδέα της ευρω-

10 Β. Δούβλην, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 774, 777.

11 Η Οδηγία θεωρείται ξεπερασμένη από τα διεθνή οικονομικά δεδομένα και προτείνεται η αντικατάστασή της, βλ. σχετικώς Β. Δούβλην, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 775 υποσημ. 37.

12 ΕΕ 26.6.2003 L 157/38. Βλ. και άρ. 3-13 Ν. 3312/2005 για εναρμόνιση στο εθνικό δίκαιο. Β. Δούβλην, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 773 και υποσημ. 22.

13 Β. Δούβλην, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 774.

14 Β. Δούβλην, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 775 υποσημ. 38.

15 Βλ. αναφορά σε δηλώσεις του Προέδρου της ΕΕ Γιουνκέρ στο πλαίσιο της κοινής συνδιάσκεψης ΟΟΣΑ/G20 στο Μπρίσμπερν της Αυστραλίας την 15-16.11.2014 εις Β. Δούβλην, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 778-779.

παϊκής σύγκλισης και ενοποίησης, οικονομικής, κοινωνικής και πολιτικής<sup>16</sup>. Και αυτό, επειδή χωρίς ενιαίους φορολογικούς κανόνες, πάντα η καλώς ή κακώς εννοούμενη ιδιωτική πρωτοβουλία θα αναζητά, θα εντοπίζει ή θα εφευρίσκει σχήματα ή μεθόδους φοροαποφυγής, έχοντας το κίνητρο της μετακίνησης από το λιγότερο στο περισσότερο φορολογικά ευμενές καθεστώς. Οι έννομες τάξεις, διαφοροποιούμενες επαρκώς, μπορούν να προσφέρουν τη βάση για, θεμιτό ή αθέμιτο, **φορολογικό ανταγωνισμό** σε βάρος άλλων κρατών, ακόμη και εντός της ΕΕ, με θεμελιώδες επίχειρημα την αρχή της ελεύθερης εγκατάστασης εταιρειών.

Μέσα σε αυτό το πλαίσιο θα πρέπει να θεωρήσουμε και την πορεία των Οδηγιών και των ευρωπαϊκών νομικών κανόνων εν γένει από την έννοια της εταιρείας προς την έννοια της νομικής οντότητας. Σε αντίθεση προς την έννοια της εταιρείας που χαρακτηρίζεται από τη διαφοροποίηση και την πολυπλοκότητα που της προσδίδουν οι κανόνες των εταιρικών δικαίων επιμέρους κρατών, η έννοια της νομικής οντότητας, μη επαρκώς οριοθετημένη νομικώς, μπορεί να αποτελέσει το όχημα για την εν τοις πράγμασι ενοποίηση των φορολογικών κανόνων επιμέρους κρατών-μελών.

### 9. Διεθνείς Συμβάσεις κατά της φοροδιαφυγής και της φοροαποφυγής (ΟΟΣΑ, Συμβούλιο Ευρώπης, G20)

Ο διεθνής σκοπός καταπολέμησης της φοροδιαφυγής και της φοροαποφυγής οδήγησε μία σειρά από διεθνείς οργανισμούς και μηχανισμούς να υιοθετήσουν υπερεθνικούς κανόνες προς αυτή την κατεύθυνση. Σε αυτόν τον σκοπό, όμως, μεγάλο εμπόδιο αποτελούσε πάντα η **ποικιλομορφία των νομικών προσώπων** που αναγνωρίζονται από το δίκαιο του κάθε κράτους, τα οποία είναι συχνά περισσότερο ή λιγότερο διαφορετικά μεταξύ τους από κράτος σε κράτος, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται η αντιστοίχιση μεταξύ των νομικών προσώπων των επιμέρους κρατών και να καθίσταται αδύνατη ή εξαιρετικά δυσχερής και η θέσπιση και εφαρμογή κοινών κανόνων αντιμετώπισης της φοροδιαφυγής και ακόμη περισσότερο της φοροαποφυγής.

Ιδίως τα ανωτέρω επιτάθηκαν δραματικά τα τελευταία έτη με τη διεθνοποίηση της δράσης των επιχειρήσεων και την εν ευρεία εννοία παγκοσμιοποίηση της νομικής και οικονομικής παρουσίας των ιδίων φορέων επιχειρηματικής δράσης σε περισσότερες της μίας δικαιοδοσίες, πολλές εκ των οποίων ανήκουν σε διαφορετικά συστήματα δικαίων. Η ανωτέρω εξέλιξη κατέστησε εξαιρετικά χρήσιμο όπλο στα χέρια των επιχειρήσεων τη διαφορετικότητα των νομικών προσώπων και συνακό-

16 Αλέξανδρου Π. Σπυρίδωνος, *Φορολογικός ανταγωνισμός και φορολογική σύγκλιση: Η πορεία προς μία κοινή βάση για τη φορολογία των εταιρειών στην Ευρωπαϊκή Ένωση*, εις 16ο Συνέδριο Συνδέσμου Ελλήνων Εμπορικολόγων, Βόλος 2006.

ήλουθα των φορολογικών κανόνων από κράτος σε κράτος κατά τρόπο τέτοιο, ώστε να μην είναι δυνατή πλέον η αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής και της φοροαποφυγής με διεθνή χαρακτηριστικά από τους επιμέρους κανόνες δικαίου κάθε κράτους και από τις μέχρι σήμερα διακρατικές συνθήκες και συνεργασία.

Η τάση και διάθεση για φοροδιαφυγή και φοροαποφυγή ενισχύθηκε στο διεθνές και ιδίως στο ευρωπαϊκό οικονομικό, φορολογικό και νομικό περιβάλλον από την παρατεινόμενη χωρίς ορίζοντα απεμπλοκής οικονομική κρίση και από τις πολιτικές λιτότητας, διά της υπερφορολόγησης που υιοθετήθηκαν σε κάποιες περιπτώσεις, παρέχοντας οικονομικά κίνητρα για αξιοποίηση φορολογικά ευνοϊκών φορολογικών καθεστώτων ή/και για διερεύνηση διεθνοποιημένων φοροαποφευκτικών σχημάτων (*tax evading structures*).

Τη νομική απάντηση στα ανωτέρω αποπειρώνται να δώσουν μία σειρά από διεθνείς νομικές προσπάθειες με έντονο, αναπόφευκτα, πολιτικό και οικονομικό υπόβαθρο, λόγω της φύσης του αντικειμένου. Στην κατεύθυνση της αντιμετώπισης της νέας πραγματικότητας ενδεικτικώς αναφέρουμε κατωτέρω κάποιες από τις πλέον σημαντικές διεθνείς πρωτοβουλίες που κατέληξαν σε θέσπιση υπερεθνικών κανόνων.

Ειδικότερα, με την «*Ενιαία Σύμβαση για την Αμοιβαία Διοικητική Συνδρομή σε Φορολογικά Θέματα*» που εκπονήθηκε από κοινού από τον Οργανισμό Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ)<sup>17</sup> και από το Συμβούλιο της Ευρώπης<sup>18</sup> (*Joint Council of Europe/OECD Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*) επιχειρείται η καταπολέμηση αθέμιτων πρακτικών φορολογικού ανταγωνισμού και εν γένει η καταπολέμηση της φοροδιαφυγής και της φοροαποφυγής μέσα από τη θέσπιση διεθνών συμβατικών κανόνων ανταλλαγής φορολογικών στοιχείων μεταξύ των συμβαλλόμενων κρατών σχετικά με φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή **νομικές οντότητες άλλης μορφής**. Η ανωτέρω διεθνής σύμβαση παρουσιάστηκε στο Στρασβούργο με άνοιγμα υπογραφών από τα κράτη-μέλη του ΟΟΣΑ και του Συμβουλίου της Ευρώπης την 25.1.1988 προς τον σκοπό έναρξης ισχύος την 1.4.1995<sup>19</sup>.

Στη συνέχεια, δημιουργήθηκε από τον ΟΟΣΑ και αναπτύχθηκε με τη σύμπραξη των κρατών G20 ένα «*Παγκόσμιο Φόρουμ για τη Διαφάνεια και την Ανταλλαγή Πληροφοριών για Φορολογικούς Σκοπούς*» (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*) που είχε ως αποτέλεσμα την αποδοχή ενός «*Τροποποιητικού Πρωτοκόλλου*» (*Amending Protocol*) της ανωτέρω *Ενιαίας Σύμβασης για την Αμοιβαία Διοικητική Συνδρομή σε Φορολογικά Θέματα*. Το Τροποποιητικό Πρωτόκολλο έγινε αποδεκτό την 27.5.2010 στο Παρίσι με άνοιγμα υπογραφών από τα κράτη-μέλη την 1.6.2011<sup>20</sup>.

17 [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

18 [www.coe.int](http://www.coe.int).

19 Β. Δούβλην, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 776-777.

20 Β. Δούβλην, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 777.

Ακόμη, το «Ενιαίο Συμβατικό Μοντέλο Αυτόματης Διακρατικής Ανταλλαγής Οικονομικών Πληροφοριών» (*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information – Common Reporting Standard, CAA-CRS*), το οποίο εκπονήθηκε από την Επιτροπή Φορολογικών Υποθέσεων του ΟΟΣΑ σε συνεργασία με τους G20 και έγινε αποδεκτό ως διακρατική σύμβαση από τα κράτη-μέλη του ΟΟΣΑ την 21.7.2014, προβλέπει μεταξύ άλλων και τη διερεύνηση των υπό ευρεία έννοια λογαριασμών όχι μόνο ιδιωτών, αλλά και **νομικών οντοτήτων γενικότερα**, ενώ για τους προϋπάρχοντες του χρόνου έναρξης εφαρμογής της σύμβασης λογαριασμούς **μόνο των νομικών οντοτήτων** θέτει ως όριο το ποσό των 250.000 δολαρίων<sup>21</sup>.

Η Ενιαία Σύμβαση, το Τροποποιητικό Πρωτόκολλο και το Μοντέλο Ανταλλαγής έγιναν αποδεκτά από την 7η Σύνοδο του Παγκόσμιου Φόρουμ στο Βερολίνο την 29.10.2014 και από την κοινή συνδιάσκεψη ΟΟΣΑ/G20 στο Μπρίσμπερν της Αυστραλίας στις 15-16.11.2014. Από τα 68 κράτη που είχαν προσυπογράψει την Ενιαία Σύμβαση, μόνο τα 51 συμφώνησαν στην ενεργοποίηση του Μοντέλου Ανταλλαγής<sup>22</sup>.

Η Ελλάδα έχει κυρώσει προσφάτως την ανωτέρω Σύμβαση και το ανωτέρω Τροποποιητικό Πρωτόκολλο με τον Ν. 4153/2013 με ημερομηνία έναρξης εφαρμογής την 1.9.2013, ενώ η αυτόματη ανταλλαγή των φορολογικών πληροφοριών θα ενεργοποιηθεί από τον Σεπτέμβριο 2017<sup>23</sup> με αποτέλεσμα όλα τα αναφερόμενα σχετικώς με τις νομικές οντότητες να έχουν καταστεί πλέον και ελληνικό δίκαιο.

## Β. Απόπειρα ένταξης της νομικής οντότητας στην ελληνική έννομη τάξη

Στο δεύτερο μέρος της παρούσας μελέτης εξετάζεται η έννοια της νομικής οντότητας μέσα στο γενικότερο πλαίσιο των υφιστάμενων κανόνων δικαίου και επιχειρείται ερμηνευτικά η ένταξη και τοποθέτηση αυτής στην ελληνική έννομη τάξη.

### 1. Ικανότητα δικαίου

Κατά το ελληνικό αστικό δίκαιο ικανότητα δικαίου έχουν τα φυσικά και τα νομικά πρόσωπα<sup>24</sup>.

Αφενός για τα φυσικά πρόσωπα η ικανότητα δικαίου ορίζεται στη διάταξη του άρθρου 34 ΑΚ, σύμφωνα με την οποία κάθε άνθρωπος είναι ικανός να έχει δικαιώματα και υποχρεώσεις.

21 Β. Δούβλη, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 777-778.

22 Β. Δούβλη, *Διεθνείς δράσεις*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 778 και υποσημ. 66.

23 Σε άλλα κράτη που κύρωσαν τη σύμβαση το σύστημα ανταλλαγής πληροφοριών θα ενεργοποιηθεί από τον Σεπτέμβριο 2018.

24 Α. Γεωργιάδη – Μ. Σταθόπουλου, *Αστικός Κώδιξ, Μέρος Ι, Γενικά Αρχαί*, Εκδόσεις Αφοί Π. Σάκκουφα, Αθήναι 1978, υπό άρθρο 61/1, σελ. 125.



Αφετέρου για τα νομικά πρόσωπα η ικανότητα δικαίου ορίζεται στη διάταξη του άρθρου 61 ΑΚ, στην οποία δίδεται και ο ορισμός του **«νομικού προσώπου»** ως εξής: *«Ένωση προσώπων για την επιδίωξη ορισμένου σκοπού, καθώς επίσης σύνολο περιουσίας που έχει ταχθεί στην εξυπηρέτηση ορισμένου σκοπού, μπορούν να αποκτήσουν προσωπικότητα (νομικό πρόσωπο), αν τηρηθούν οι όροι που αναγράφει ο νόμος»*. Η ικανότητα του νομικού προσώπου δεν εκτείνεται σε έννομες σχέσεις που προϋποθέτουν ιδιότητες φυσικού προσώπου (άρ. 62 ΑΚ).

Ακόμη, για τα νομικά πρόσωπα ισχύει η αρχή του κλειστού αριθμού αυτών, σύμφωνα με την οποία η ιδιωτική βούληση δεν δύναται να διαμορφώσει άλλα νομικά πρόσωπα, πέραν αυτών που προβλέπονται στον νόμο, και τα οποία κατ' αρχήν διακρίνονται σε νομικά πρόσωπα δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου<sup>25</sup>.

Σύμφωνα με τον ΑΚ τα νομικά πρόσωπα του αστικού δικαίου είναι τα εξής: Το σωματείο (άρ. 78 ΑΚ), το ίδρυμα (άρ. 108 ΑΚ) και η επιτροπή εράνων (άρ. 122 ΑΚ), ενώ η ένωση προσώπων για την επιδίωξη σκοπού που δεν αποτελεί σωματείο διέπεται από τις διατάξεις των άρ. 741 επ. ΑΚ για την αστική εταιρεία (άρ. 107 ΑΚ) και άρα δύναται να αποκτήσει νομική προσωπικότητα κατ' άρ. 784 ΑΚ. Περαιτέρω, υφίστανται τα εκ του νόμου οριζόμενα νομικά πρόσωπα του εμπορικού δικαίου που θεσπίζονται με βάση τους ειδικούς αυτών νόμους, στα οποία περιλαμβάνονται οι εμπορικές εταιρείες.

Αντίθετα, η εταιρεία του αστικού δικαίου δεν έχει κατ' αρχήν νομική προσωπικότητα, αλλά αποτελεί σύμβαση του ειδικού ενοχικού δικαίου. Σύμφωνα με το άρ. 741 ΑΚ η εταιρεία είναι μία μορφή σύμβασης του ειδικού ενοχικού δικαίου, η οποία κατ' αρχήν δεν συνιστά νομικό πρόσωπο. Συγκεκριμένα, *«με τη σύμβαση της εταιρείας δύο ή περισσότεροι έχουν αμοιβαίως υποχρέωση να επιδιώκουν με κοινές εισφορές κοινό σκοπό και ιδίως οικονομικό»* (άρ. 741 ΑΚ<sup>26</sup>).

Αστική εταιρεία θεωρείται ότι αποτελεί και η **παραεταιρική ή εξωεταιρική συμφωνία** ενοχικού χαρακτήρα μεταξύ μετόχων ΑΕ ή μετόχων και τρίτων, με την οποία οι συμβαλλόμενοι ρυθμίζουν θέματα σχετικά με την ΑΕ, και η οποία συχνά χρησιμεύει για την προστασία της μειοψηφίας από την πλειοψηφία ή για τον αντίστροφο σκοπό<sup>27</sup>. Η συμφωνία αυτή ως κατ' αρχήν έγκυρη αστική εταιρεία διέπεται από τους κανόνες της αστικής εταιρείας χωρίς νομική προσωπικότητα (αρ. 741 επ. ΑΚ)<sup>28</sup>.

25 Α. Γεωργιάδης – Μ. Σταθόπουλου, ό.π., υπό άρθρο 61/2, σελ. 125.

26 Βλ. και άρ. 270 Ν. 4072/2012 για την αστική εταιρεία με νομική προσωπικότητα.

27 Βλ. σχετικώς με το ζήτημα Αλέξανδρου Σπυρίδωνος, *Τα δικαιώματα της μειοψηφίας στην Ανώνυμη Εταιρεία*, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2001– Πρόλογος Καθηγητού Λεωνίδα Γεωργακόπουλου, του ίδιου, *Η προστασία των μετόχων της μειοψηφίας έναντι των παραεταιρικών συμφωνιών*, σε ΔΕΕ 2004, 641 επ. και του ίδιου, «Η προστασία της μειοψηφίας με ασφαλιστικά μέτρα», Ανακοίνωση σε Συνέδριο Ελλήνων Εμπορικόλογων, Καλαμπάκα 2004, και αντίστοιχη δημοσίευση στο *Βιβλίο Πρακτικών* του Συνεδρίου με τίτλο «Τα ασφαλιστικά μέτρα στο εμπορικό δίκαιο», Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη.

28 ΑΠ 1448/2014 ΕΕμπΔ 2015, 339. Νικολάου Ρόκα, *Εμπορικές Εταιρείες*, έδ.π., παρ. 7/4, σελ. 43.



Η αστική εταιρεία μπορεί να αποκτήσει κατά τον νόμο **νομική προσωπικότητα** μόνο αν αφενός επιδιώκει οικονομικό σκοπό και αφετέρου τηρηθούν οι όροι δημοσιότητας που τάσσονται από την εκάστοτε ισχύουσα νομοθεσία για τις ομόρρυθμες εμπορικές εταιρείες (άρ. 15 παρ. 1 Ν. 3419/2005).

Ομοίως και η ένωση προσώπων για την επιδίωξη σκοπού που δεν αποτελεί σωματείο κατά τον Αστικό Κώδικα, εφόσον δεν ορίζεται άλλως, διέπεται από τις διατάξεις περί εταιρείας (άρ. 107 εδ. α' ΑΚ).

Επομένως, από όλα τα ανωτέρω συνάγεται ότι ένα ή περισσότερα υποκείμενα δικαίου, φυσικά ή/και νομικά πρόσωπα δεν μπορούν κατ' αρχήν να αποφασίσουν την ίδρυση νομικού προσώπου, το οποίο να θεωρηθεί συνεστημένο και έχον νομική προσωπικότητα αναγνωριζόμενη από το δίκαιο, φέρουσα δικαιώματα και υποχρεώσεις, με μόνη την ιδιωτική τους βούληση, χωρίς να υφίσταται ειδική προς τούτο νομοθετική πρόβλεψη.

Συνεπώς και με βάση όλα τα ανωτέρω, η νομική οντότητα σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις νομοθετημάτων αναγνωρίζεται ως υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, φορολογικών, λογιστικών, εταιρικών ελεγκτικών και άλλων, και άρα εξ αυτού δύναται να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι συνιστά αυτοτελώς νομικό πρόσωπο κατά την έννοια του Αστικού Κώδικα. Με την υιοθέτηση μίας τέτοιας άποψης, αφενός δεν θίγεται η αρχή του κλειστού αριθμού των νομικών προσώπων, αφού νομοθετήματα και όχι η ιδιωτική βούληση προβλέπουν και οριοθετούν τη νομική οντότητα, και αφετέρου δικαιολογείται η απονομή στη νομική οντότητα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων κατά νόμον, η οποία άλλως δεν θα δικαιολογείτο ή έστω θα αμφισβητείτο, αφού η νομική οντότητα δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι διαθέτει ικανότητα δικαίου.

## 2. Ικανότητα διαδίκου

Την ικανότητα να είναι **διάδικος** έχει αφενός όποιος έχει την ικανότητα να είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων και αφετέρου ενώσεις προσώπων που επιδιώκουν κάποιο σκοπό, χωρίς να είναι σωματεία, καθώς και εταιρείες που δεν έχουν νομική προσωπικότητα (αρ. 62 ΚΠολΔ).

Από την ανωτέρω διάταξη συνάγεται ότι, αν κάποιος **δεν** έχει την ικανότητα να είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, έχει την ικανότητα να είναι διάδικος μόνο στις λοιπές περιοριστικώς αναφερόμενες στη διάταξη του άρθ. 62 ΚΠολΔ περιπτώσεις, ήτοι (α) αν είναι ένωση προσώπων που επιδιώκουν σκοπό χωρίς να είναι σωματεία, ή (β) αν είναι εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα.

Επομένως, κατ' εφαρμογή της ανωτέρω διάταξης του άρθ. 62 ΚΠολΔ, για να θεωρηθεί ότι μία «*νομική οντότητα*» είναι διάδικος κατά το ελληνικό αστικό δικονομικό δίκαιο, θα πρέπει να αποδεικνύεται ότι εμπίπτει σε μία από τις κατωτέρω περιοριστικώς αναφερόμενες περιπτώσεις:

(α) Έχει την ικανότητα να είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, όπως ενδεικτικώς αν είναι εταιρεία οποιασδήποτε μορφής, εμπορικού ή αστικού δικαίου, με νομική προσωπικότητα ή αν είναι ίδρυμα ή σωματείο.

(β) Είναι ένωση προσώπων που επιδιώκει ορισμένο σκοπό.

(γ) Είναι εταιρεία χωρίς νομική προσωπικότητα.

Με βάση τα ανωτέρω η νομική οντότητα θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι έχει δικονομική αυτοτέλεια, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι δεν έχει πλήρη ικανότητα δικαίου, εφόσον η δικονομική αυτή αυτοτέλεια προκύπτει από ειδική διάταξη αναφερόμενη στη νομική οντότητα. Αλλήλα και υπό αυτό το πρίσμα δεν επιλύεται κατά τρόπο γενικό και αποτελεσματικό το ζήτημα της πρόβλεψης και απονομής δικαιωμάτων και υποχρεώσεων στη νομική οντότητα από το σύνολο των διατάξεων που αναφέρθηκαν στο πρώτο μέρος της παρούσας μελέτης.

### 3. «Ατελή» νομικά πρόσωπα

Υποστηρίζεται ότι είναι δυνατή η αναγνώριση μερικής κυρίως, ή ενδεχομένως και ολικής, ικανότητας δικαίου σε ορισμένες ενώσεις προσώπων, οι οποίες δεν έχουν νομική προσωπικότητα, και καλούνται «ατελή» νομικά πρόσωπα. Θα πρόκειται στην περίπτωση αυτή για μία νέα κατηγορία ικανότητας δικαίου κάποιων ενώσεων προσώπων, οι οποίες, χωρίς να είναι νομικά πρόσωπα, μπορεί να έχουν κατά περίπτωση, ενδεικτικώς, δικονομική αυτοτέλεια, ικανότητα αυτοτελούς παράστασης στο δικαστήριο ή/και φορολογική αυτοτέλεια<sup>29</sup>.

Σε περίπτωση που υιοθετείτο τέτοια άποψη, η νομική οντότητα θα μπορούσε να θεωρηθεί κατά περίπτωση και ανάλογα με το νομοθέτημα που κάθε φορά την προβλέπει, ως ατελής νομικό πρόσωπο με μερική ικανότητα δικαίου ως προς ορισμένα μόνο ζητήματα.

### 4. Κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου

Η ικανότητα δικαίου του φυσικού προσώπου ρυθμίζεται από το δίκαιο της ιθαγένειας (αρ. 5 ΑΚ), ενώ η ικανότητα του νομικού προσώπου ορίζεται από το δίκαιο της έδρας του (αρ. 10 ΑΚ), ήτοι από το δίκαιο της πραγματικής και όχι της καταστατικής του έδρας σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, με εξαίρεση θεμελιούμενη στη νομοθεσία περί ΙΚΕ από τη διάταξη του άρθρου 45 παρ. 3 Ν. 4072/2012, σύμφωνα με την οποία η ΙΚΕ δεν υποχρεούται να έχει την πραγματική της έδρα στην Ελλάδα<sup>30</sup>.

Σύμφωνα με την ανωτέρω αρχή κατά το δίκαιο της πραγματικής έδρας θα κρίνεται αν το νομικό πρόσωπο έχει συσταθεί νομίμως, καθώς και τα ζητήματα τα σχετικά

29 Νικολάου Ρόκα, *Εμπορικές Εταιρίες*, ό.π., παρ. 3/2, σελ. 15 επ.

30 Αλέξανδρου Σπυρίδωνος, *Το νέο δίκαιο ΙΚΕ και ΕΠΕ*, Β' έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2015, σελ. 27 επ.

με τη λειτουργία του, τη λύση και εκκαθάριση αυτού και εν γένει τις εσωτερικές σχέσεις του. Καμία έννομη συνέπεια για την αναγνώριση της νομικής προσωπικότητας στην Ελλάδα δεν θα ασκεί το ενδεχόμενο να είναι άγνωστος στην ελληνική έννομη τάξη ο εταιρικός τύπος, με τον οποίο αυτή παρουσιάζεται, εφόσον αρκεί το γεγονός ότι δραστηριοποιείται με πραγματική έδρα στην Ελλάδα<sup>31</sup>.

Εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η νομική οντότητα συνιστά νομικό πρόσωπο, τότε όλα τα ανωτέρω νέα νομοθετήματα που την αναφέρουν θα μπορούσαν ευχερώς να θεωρηθούν εφαρμοστέα και σε κάθε άλλο νομικό τύπο αλλοδαπού νομικού προσώπου, το οποίο έχει την πραγματική του έδρα στην Ελλάδα, ήτοι την πραγματική διοίκηση αυτού, ανεξαρτήτως του εάν η ελληνική έννομη τάξη αναγνωρίζει ή όχι τον συγκεκριμένο τύπο του αλλοδαπού νομικού προσώπου.

## 5. Ο ευρύς αγγλικός ισοδύναμος όρος «legal entity» ως ερμηνευτικός οδηγός

Στο σημείο αυτό κρίνεται σκόπιμο να εξετασθεί ο αγγλικός ισοδύναμος της νομικής οντότητας όρος. Ο όρος «*legal entity*» στην αγγλική γλώσσα και νομική επιστήμη ορίζεται ως «*legal existence*»<sup>32</sup>, ήτοι ως νομική ύπαρξη.

Αναλυτικότερα, ως «*legal entity*» ορίζεται: «*An association, corporation, partnership, proprietorship, trust, or individual that has legal standing in the eyes of law. A legal entity has legal capacity to enter into agreements or contracts, assume obligations, incur and pay debts, sue and be sued in its own right, and to be held responsible for its actions*»<sup>33</sup>.

Συνεπώς, στο αγγλικό δίκαιο νομική οντότητα καλείται κάθε μορφή νομικής οργάνωσης που, ενώ δεν αποτελεί φυσικό πρόσωπο, αναγνωρίζεται από το δίκαιο ως νομικώς υπαρκτή. Ο ορισμός είναι ευρύτατος και συμπεριλαμβάνει κάθε δυνατή μορφή νομικής οργάνωσης χωρίς περιορισμούς και εξαιρέσεις.

Με την ερμηνευτική συνδρομή του ανωτέρω ευρύτατου ορισμού θα μπορούσε ενδεχομένως να θεωρηθεί ότι η έννοια της νομικής οντότητας διαμορφώνεται μέσα από τα νέα ανωτέρω αναφερθέντα νομοθετήματα ως μία αόριστη νομική έννοια κατά το ελληνικό δίκαιο, δυνάμενη να συμπεριλάβει κάθε νομικό πρόσωπο, το οποίο αφενός αναγνωρίζεται ως υπαρκτό και ως έχον δικαιώματα και υποχρεώσεις είτε στην ελληνική έννομη τάξη είτε σε οποιοδήποτε αλλοδαπή δικαιοδοσία και αφετέρου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των νομοθετημάτων, στα οποία αναφέρεται.

31 Ως πραγματική έδρα νοείται ο τόπος, όπου ασκείται πράγματι η διοίκηση του νομικού προσώπου και λαμβάνονται οι βασικές για τη λειτουργία του αποφάσεις, Α. Γεωργιάδη – Μ. Σταθόπουλου, *Αστικός Κώδικς*, ό.π., υπό άρθρο 10/5-6, σελ. 21, Β. Βαθρακοκοίλη, ΕΡΝΟΜΑΚ (*Ερμηνεία – Νομολογία Αστικού Κώδικα*), Τόμος Α', Γενικές Αρχές, υπό άρ. 10, σελ. 92 επ., άρ. 6, ΠΠρΠειρ 494/1987 ΕΕμπΔ 8, 408.

32 *Black's Law Dictionary*, Revised Fourth Edition, West Publishing Co, 1968, sel. 1039, όπου και παραπομπή σε *Department of Banking v. Hedges*, 136 Neb. 382, 286 N.W. 277, 281.

33 *Business Dictionary* (<http://www.businessdictionary.com/definition/legal-entity.html#ixzz40gvAi7y8>).

## 6. Η έννοια της επιχείρησης στο δίκαιο του ανταγωνισμού ως ερμηνευτικός οδηγός

Το ζήτημα του ορισμού της έννοιας της **«επιχείρησης»** στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί ότι ομοιάζει με αυτό της νομικής οντότητας ως προς το γεγονός ότι η επιχείρηση δεν οριοθετείται νομοθετικά ούτε στο ελληνικό ούτε στο ευρωπαϊκό δίκαιο, παρότι είναι η μία από τις δύο κεντρικές έννοιες στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού μαζί με την έννοια της *«σχετικής αγοράς»*. Αντίθετα, υποστηρίζεται ότι ορθώς ο νομοθέτης δεν οριοθετεί την έννοια της επιχείρησης, ώστε αυτή να δύναται να είναι περισσότερο ευέλικτη και διαπλάσιμη και προσαρμόζεται ευχερέστερα στην εξυπηρέτηση των σκοπών του δικαίου του ανταγωνισμού. Το πλέον ενδιαφέρον εδώ είναι ότι γίνεται δεκτό πως η έννοια της επιχείρησης σκοπίμως *«αποσυνδέεται δογματικά από τον θεσμό της νομικής προσωπικότητας και ερμηνεύεται κατ' εξοχήν σε συνάρτηση με τα πραγματικά οικονομικά δεδομένα που τη χαρακτηρίζουν»*<sup>34</sup>.

Μέσα σε αυτό το πλαίσιο νομοθετικής βούλησης γίνεται δεκτό ότι *«η έννοια της επιχείρησης καλύπτει κάθε φορέα, ο οποίος ασκεί οικονομική δραστηριότητα, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς που τον διέπει και τον τρόπο χρηματοδοτήσεώς του»* κατά παγία νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου<sup>35</sup>.

Παραλείπεται στην ανωτέρω αλληλουχία δικαιιοπολιτικών σκέψεων η αναζήτηση νομικών ορίων στην έννοια του **«φορέως»**, στην οποία μετακυλίεται πλέον η ανάγκη εννοιολογικής προσέγγισης, κατά τρόπο, ώστε κατ' αρχήν ως φορέας να δύναται να θεωρηθεί οποιοδήποτε «μόρφωμα», ακόμη και αν δεν αναγνωρίζεται από κάποια έννομη τάξη ως υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων.

Και το δίκαιο του ανταγωνισμού καταφεύγει στον όρο **«οντότητα»**, για να οριοθετήσει και να προσεγγίσει τον όρο **«επιχείρηση»**. Συγκεκριμένα, γίνεται δεκτό ότι *«επιχείρηση είναι κάθε **οντότητα** που ασκεί οικονομική δραστηριότητα και διαθέτει αποφασιστική αυτονομία ως προς τον καθορισμό της συμπεριφοράς της στην αγορά, **ανεξαρτήτως** εάν πρόκειται για **φυσικό ή νομικό πρόσωπο** ή για **οργανωμένο σύνολο προσώπων** και παραγωγικών μέσων χωρίς νομική προσωπικότητα»*<sup>36</sup>. Στο σημείο αυτό παρακάμπτεται απολύτως και κατηγορηματικώς η ανάγκη ύπαρξης νομικής προσωπικότητας.

Όμως, περαιτέρω γίνεται δεκτό ότι οι κανόνες του ανταγωνισμού μπορούν να έχουν δικονομική εφαρμογή σε μία **«οντότητα»**, **μόνο** υπό την προϋπόθεση ότι η **«οντότητα»** αυτή **διαθέτει νομική προσωπικότητα** ως υποκείμενο δικαιωμάτων

34 Λία Αθανασίου, «Το υποκείμενο της απαγόρευσης: Η επιχείρηση», εις Δ. Τζουγανάτου, *Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 191.

35 Λία Αθανασίου, ό.π., σελ. 192.

36 Λία Αθανασίου, ό.π., σελ. 192.

και υποχρεώσεων, ενώ αντίθετα για την εφαρμογή των κανόνων του ουσιαστικού δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού δεν είναι αναγκαία η ύπαρξη νομικής προσωπικότητας και αρκεί η ύπαρξη «*ανεξάρτητης ή ενιαίας οικονομικής οντότητας (single economic unit)*», αφού κρίσιμο δεν θεωρείται το στοιχείο της ανεξάρτητης νομικής προσωπικότητας, αλλήλ το ανεξάρτητο της συμπεριφοράς στην αγορά<sup>37</sup>.

Επισημαίνεται εδώ ότι στην αγγλική ορολογία δεν χρησιμοποιείται ο όρος «*entity*», αλλήλ ο όρος «*unit*», ο οποίος είναι εννοιολογικώς ακόμη περισσότερο απομακρυσμένος από την έννοια της νομικής προσωπικότητας και έχει καθαρά οικονομικά χαρακτηριστικά.

Ακόμη και μία συμβατικώς καθοριζόμενη από τα μέρη σχέση συνεργασίας μεταξύ αντιπροσωπευόμενου και αντιπροσώπου μπορεί να θεωρηθεί ως ενιαία επιχείρηση, ήτοι ως «*ενιαία οικονομική οντότητα*»<sup>38</sup>.

Το άκρως ενδιαφέρον ερώτημα που ανακύπτει στο σημείο αυτό είναι αν μία οντότητα, για να θεωρηθεί οικονομική, θα πρέπει προηγουμένως να έχει θεωρηθεί νομική. Η παραδοχή αυτή κατ' αρχήν μπορεί να κρίνεται ως εννοιολογικώς αναγκαία προϋπόθεση της επέλευσης εννόμων συνεπειών στη δράση της οικονομικής οντότητας. Αν η οντότητα ήταν μόνο οικονομική, το δίκαιο δεν θα μπορούσε να την αναγνωρίσει εννοιολογικώς ως φορέα δικαιωμάτων και πολύ περισσότερο υποχρεώσεων, και μάλιστα ιδιαιτέρως αυστηρών και ενίοτε κυρωτικού χαρακτήρα, όπως συμβαίνει συχνά στο δίκαιο του ανταγωνισμού.

Ενδεικτικώς επίσης για την απόδειξη της τάσης μη συνάρτησης εννόμων συνεπειών προς τη νομική προσωπικότητα και την έννοια του προσώπου εν γένει αξίζει να αναφερθεί ότι, ακόμα και στις οριζόντιες συνεργασίες μεταξύ δυνητικών ανταγωνιστών που ερευνώνται στο δίκαιο του ανταγωνισμού, γίνεται δεκτό ότι το νομικό ένδυμα που επιλέγουν τα μέρη της οριζόντιας συνεργασίας, όπως κοινοπραξία, εταιρεία με ή χωρίς νομική προσωπικότητα κ.λπ., δεν είναι κρίσιμο για τη νομική ρύθμιση του ζητήματος<sup>39</sup>.

Αν ακολούθηθεί η ερμηνευτική προσέγγιση της έννοιας της επιχείρησης στο δίκαιο του ανταγωνισμού, τότε κατ' αναλογία και η έννοια της νομικής οντότητας δεν θα ταυτίζεται αναγκαίως προς αυτήν του νομικού προσώπου, αλλήλ θα δύναται να γίνει αποδεκτή η συνάρτηση και επέλευση εννόμων συνεπειών επί μορφών οργάνωσης και δράσης που δεν έχουν περιβληθεί τον τύπο του νομικού προσώπου, ούτε κατά την ελληνική έννομη τάξη, ούτε και σύμφωνα με τους κανόνες κάποιας άλλης αλλοδαπής έννομης τάξης.

37 Λία Αθανασίου, «"Ενιαία οικονομική οντότητα" και όμιλος εταιρειών», εις Δ. Τζουγανάτου, *Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, ό.π., σελ. 202.

38 Λία Αθανασίου, «"Ενιαία οικονομική οντότητα" αντιπροσώπου και αντιπροσωπευόμενου», εις Δ. Τζουγανάτου, *Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, ό.π., σελ. 205.

39 Ε. Μαστρομανώλης, «Νομικό ένδυμα της οριζόντιας συνεργασίας», εις Δ. Τζουγανάτου, *Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, ό.π., σελ. 349.

## 7. Νομοθετικός σκοπός ο περιορισμός ευελιξίας συμβαλλομένων με ενοποίηση ρυθμίσεων

Ένας από τους σκοπούς του νομοθέτη που επιδιώκεται με την εισαγωγή του όρου της νομικής οντότητας στο ελληνικό δίκαιο είναι ο περιορισμός της ευελιξίας των συμβαλλομένων να επιλέγουν την προσφορότερη μορφή οργάνωσης της κερδοσκοπικής κυρίως, αλλά και της μη κερδοσκοπικής, δραστηριότητάς τους, αξιοποιώντας τη διαφορετικότητα των νομικών καθεστώτων που διέπουν διαφορετικές μορφές νομικών προσώπων, μεταξύ αυτών και των εμπορικών εταιρειών.

Εάν ένα φορολογικό, λογιστικό, εταιρικό ή άλλο νομοθέτημα έχει εφαρμογή σε όλες τις δυνατές μορφές νομικής οργάνωσης μίας δραστηριότητας, καθίσταται στην πράξη άνευ σημασίας η διαδικασία επιλογής από τους ενδιαφερόμενους του ενός έναντι του άλλου νομικού προσώπου ή, ειδικότερα, του ενός έναντι του άλλου εταιρικού τύπου, αφού όποιο νομικό πρόσωπο ή εταιρικό τύπο και αν επιλέξουν, θα ισχύουν οι ίδιες κατ' αρχήν φορολογικές, λογιστικές, εταιρικές ή άλλες διατάξεις.

Ο ανωτέρω επιδιωκόμενος σκοπός θα μπορούσε να οδηγήσει σε τελολογική ερμηνεία υπέρ της άποψης ότι η έννοια της νομικής οντότητας θα πρέπει να ερμηνεύεται με ευρύτητα, ώστε να περιλαμβάνει όχι μόνο τα νομικά πρόσωπα, αλλά και τις λοιπές μορφές οργάνωσης και δράσης που δεν έχουν περιβληθεί τον τύπο του νομικού προσώπου.

## 8. Συγκριτική ερμηνευτική προσέγγιση: Εύρος όρου – όρος ευρύτερος από αυτόν του νομικού προσώπου – και αλλοδαπές οντότητες

Μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ερμηνευτικά η άποψη ότι ο όρος «*νομική οντότητα*» είναι ιδιαίτερος ευρύς, αφού υπερβαίνει προδήλως τόσο τον όρο «*εταιρεία*» όσο και αυτόν τον ίδιο τον όληως γενικό όρο «*νομικό πρόσωπο*». Αυτό εξάγεται ως συμπέρασμα και από την απλή γραμματική ερμηνεία των νέων ανωτέρω αναφερόμενων νομοθετημάτων που κάνουν χρήση του όρου, αφού άλλως τα σχετικά νομοθετήματα θα χρησιμοποιούσαν τον γνωστό σε όλους μας στην Ελλάδα όρο «*νομικό πρόσωπο*».

Αν όμως το εννοιολογικό εύρος του όρου «*νομική οντότητα*» δεν ταυτίζεται με αυτό του όρου «*νομικό πρόσωπο*», αλλά η νομική οντότητα είναι ευρύτερη του νομικού προσώπου, το συμπέρασμα που εξάγεται είναι ότι τελικώς στην έννοια της νομικής οντότητας περιέχεται κάθε δυνατή μορφή οργάνωσης κάθε δυνατής νόμιμης δραστηριότητας, κερδοσκοπικού ή μη χαρακτήρα χωρίς περιορισμό, ακόμη και αν δεν μπορεί αυτή να χαρακτηριστεί ως «*νομικό πρόσωπο*» κατά το ελληνικό ή κατά το εφαρμοστέο κοινοτικό δίκαιο.

Με αυτή τη συγκριτική ερμηνευτική προσέγγιση, στην έννοια της νομικής οντότητας θα δύνανται να περιλαμβάνονται ακόμη και μορφές οργάνωσης δραστηριότη-

τας χωρίς νομική προσωπικότητα, όπως η αστική εταιρεία χωρίς νομική προσωπικότητα, η αφανής εταιρεία, η ένωση προσώπων του Αστικού Κώδικα ή άλλες.

Ακόμη, θα εντάσσονται και μορφές οργάνωσης δραστηριότητας, οι οποίες αναγνωρίζονται μεν σε άλλα δικαιοικά συστήματα, πλην όμως δεν αναγνωρίζονται στο ελληνικό δίκαιο, όπως ενδεικτικώς το καταπίστευμα ή εμπίστευμα εν ζωή (trust) των αγγλοσαξωνικών δικαίων.

### 9. Η ερμηνευτική διεύρυνση της έννοιας της νομικής οντότητας ως μορφής περιορισμού οικονομικής ελευθερίας και συναλλακτικής δράσης

Από την άλλη πλευρά και σε αντίθεση προς τα αμέσως ανωτέρω ληχθέντα σχετικώς με την τελολογική, συγκριτική και γραμματική ερμηνευτική προσέγγιση, η ένταξη και χρήση του όρου «*νομική οντότητα*» στα ελληνικά νομοθετήματα συνιστά εν τοις πράγμασιν περιορισμό της συναλλακτικής δράσης των προσώπων στην ελληνική έννομη τάξη, αφού περιορίζει όχι μόνο τις αθέμιτες, αλλά και τις θεμιτές δυνατότητες αυτών για επιλογή του προσφορότερου τρόπου οργάνωσης της δραστηριότητάς τους. Αν οι συμβαλλόμενοι έχουν ευχέρεια επιλογής, καθίστανται πιο δημιουργικοί, αφού η ευχέρεια αυτή συνιστά κίνητρο ανάπτυξης δραστηριότητας, μέσα και από την ενίσχυση της πεποίθησης ότι η επιλογή του ενός έναντι του άλλου τύπου νομικού προσώπου ή, ειδικότερα, εταιρείας θα αποβεί τελικώς περισσότερο επωφελής για αυτούς. Αντίθετα, αν ισχύουν οι ίδιοι κανόνες σε κάθε μορφή οργάνωσης δραστηριότητας και σε κάθε μορφή εταιρείας, δημιουργείται προδήλως αντικίνητρο ανάπτυξης νέων και διαφορετικών δράσεων, ιδίως σε περιόδους οικονομικής κρίσης και διαρκούς ύφεσης.

Υπό την ανωτέρω θεώρηση, ο όρος «*νομική οντότητα*» δύναται να θεωρηθεί ότι επιτελεί ισοπεδωτικό ρόλο και ενδεχομένως παραβιάζει τη συνταγματική επιταγή του άρθρου 5 παρ. 1 του Συντάγματος, σύμφωνα με την οποία «*καθένας έχει δικαίωμα να συμμετέχει στην κοινωνική και οικονομική ζωή της χώρας, εφόσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα και τα χρηστά ήθη*». Η ισοπεδωτική αντίληψη της απόλυτης ενοποίησης στην πράξη όλων των μορφών της οικονομικής, αλλά και της κοινωνικής, δραστηριότητας δεν συνάδει προς την οικονομική και κοινωνική ελευθερία, ακόμη και όταν επιτελείται, ή έστω επιδιώκεται, εν ονόματι της αύξησης των κρατικών εσόδων από την περιστολή της φοροδιαφυγής και της φοροαποφυγής ή εν ονόματι του καλύτερου λογιστικού και οικονομικού ελέγχου των εταιρειών ή για άλλους ανάλογους σκοπούς.

Ακόμη, με την ίδια ανωτέρω θεώρηση, η ισοπεδωτική νομοθετική εξίσωση όλων των μορφών οργάνωσης δραστηριότητας και ιδίως όλων των εταιρικών μορφών σε μία σειρά από καίρια ζητήματα θα μπορούσε υπό προϋποθέσεις να θεωρηθεί ότι παραβιάζει και τη συνταγματικά κατοχυρωμένη από το άρθρο 4 παρ. 1 και 2 του



Συντάγματος αρχή της ισότητας, η οποία έχει εφαρμογή μόνον επί όμοιων καταστάσεων και όχι αδιακρίτως επί κάθε δραστηριότητας, ή έστω ότι κινείται στα όρια αυτής.

Με βάση αυτές τις τελευταίες ερμηνευτικές προσεγγίσεις, μπορεί να υποστηριχθεί ως ορθότερη η συστηματική ερμηνεία της έννοιας της νομικής οντότητας κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να συμπεριλάβει μόνο τα νομικά πρόσωπα που αναγνωρίζονται στην ελληνική έννομη τάξη ή σε αλληλοδαπές δικαιοδοσίες και όχι κάθε μορφή οργάνωσης δραστηριότητας γενικώς και αορίστως.

#### 10. Η έννοια της νομικής οντότητας – σύνοψη των ανωτέρω ερμηνευτικών προσεγγίσεων και ζητημάτων

Σε μία προσπάθεια συγκερασμού όλων των ανωτέρω ερμηνευτικών προσεγγίσεων και σκέψεων μπορούμε κατ' αρχήν να καταλήξουμε στα εξής βασικά συμπεράσματα όσον αφορά την αόριστη νομική έννοια της «*νομικής οντότητας*» και τη σχέση της με την ορισμένη και συγκεκριμένη νομική έννοια του «*νομικού προσώπου*»:

(α) Ο Έλληνας νομοθέτης με την εισαγωγή του όρου «*νομική οντότητα*» ήλπιαν προσφάτως σε πλήθος νομοθετημάτων θέλησε να καθιερώσει στο ελληνικό δίκαιο μία έννοια ευρύτερη από αυτήν του «*νομικού προσώπου*». Επομένως, είναι ακριβές να θεωρήσουμε ότι όλα τα νομικά πρόσωπα εμπίπτουν στην έννοια της νομικής οντότητας. Δεν θα είναι όμως κατ' αρχήν σύμφωνο με τη βούληση του νομοθέτη να θεωρήσουμε και το αντίθετο, ήτοι ότι όλες οι νομικές οντότητες εμπίπτουν στην έννοια του νομικού προσώπου, διότι αν δεχόμαστε μία τέτοια θέση, αυτό θα σήμαινε ότι οι έννοιες *νομικό πρόσωπο* και *νομική οντότητα* ταυτίζονται, πράγμα που σαφώς δεν ήταν η βούληση του νομοθέτη των ανωτέρω νομοθετημάτων και, επίσης σαφώς, θα καθιστούσε άνευ νοήματος τη χρήση του όρου «*νομική οντότητα*».

(β) Όμως, αν υφίστανται μορφές οργάνωσης δράσεων αναγνωριζόμενες από το ελληνικό δίκαιο (φορολογικό, δικονομικό, λογιστικό ή άλλο), που δεν εμπίπτουν στην έννοια του νομικού προσώπου, τα κρίσιμα ερωτήματα που ευλόγως ανακύπτουν είναι, μεταξύ άλλων, και τα εξής:

(i) Αν η έμμεση νομοθετική αναγνώριση αυτών των μορφών οργάνωσης δράσεων μπορεί να γίνει αποδεκτή από το ουσιαστικό δίκαιο των νομικών προσώπων και από το ουσιαστικό εταιρικό δίκαιο και αν ενδεχομένως αντίκειται σε γενικές αρχές του δικαίου, όπως αυτή του κλειστού αριθμού των νομικών προσώπων, σύμφωνα με την οποία η ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να διαμορφώσει άλλα νομικά πρόσωπα, εκτός από τα προβλεπόμενα από τον νόμο.

(ii) Αν η έμμεση νομοθετική αναγνώριση αυτών των μορφών οργάνωσης δράσεων μπορεί να θεωρηθεί και ως έμμεση αναγνώριση ως υπαρκτών κατά την ελληνική έννομη τάξη μορφών οργάνωσης δράσεων, νομικών προσώπων και θεσμών αλληλοδαπών δικαίων, όπως το καταπίστευμα εν ζωή (trust) των αγγλοσα-

ξωνικών δικαίων, τα οποία μέχρι σήμερα θεωρούνται ως μη αναγνωριζόμενα από το ελληνικό δίκαιο.

(iii) Σε περίπτωση που η απάντηση στο αμέσως προηγούμενο υπό (ii) ερώτημα είναι αρνητική, αν παρά ταύτα είναι δυνατόν ο Έλληνας νομοθέτης να επιβάλει φορολογικές, λογιστικές, εταιρικές, ελεγκτικές και άλλες υποχρεώσεις σε μορφές οργάνωσης δράσεων, που δεν αναγνωρίζονται στην ελληνική έννομη τάξη ως αυτοτελή υποκείμενα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων εν γένει.

(iv) Σε περίπτωση που η απάντηση στο ανωτέρω υπό (ii) ερώτημα είναι θετική, αν η έμμεση αυτή αναγνώριση από την ελληνική έννομη τάξη με κανόνες ουσιαστικού ελληνικού δικαίου των αλληλοδαπών μορφών οργάνωσης δράσεων ως υποκειμένων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων συνιστά έμμεσως και ανατροπή των κανόνων του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου και της αρχής της πραγματικής έδρας. Και αυτό, διότι ο νομοθέτης θεώρησε σκόπιμο και αναγκαίο να θεσπίσει ειδικές διατάξεις για να θεμελιώσει υποχρεώσεις των μορφωμάτων αυτών, τα οποία απεκάλεσε νομικές οντότητες, χωρίς να θεωρήσει επαρκή την προσφυγή στη θεωρία της πραγματικής έδρας. Πιο αναλυτικά, δεν θεώρησε ότι θα ήταν επαρκής η επίκληση της εκπόρευσης της πραγματικής διοίκησης από το ελληνικό έδαφος, αλλά θέλησε να αναγνωρίσει τα μωρφώματα αυτά ως αυτοτελή, ώστε να επιβάλει σε αυτά ευθέως νομικές υποχρεώσεις.

Οι απαντήσεις μπορούν να είναι πολλές και ποικίλες και να εξυπηρετήσουν περισσότερες οικονομικές, κοινωνικές, πολιτικές και δικαιοπολιτικές επιδιώξεις. Πλην όμως, με μία κατά το δυνατόν αντικειμενική νομική προσέγγιση μπορούν να συνοψισθούν κυρίως στα εξής σημεία κριτικής θεώρησης και προτάσεων:

(α) Η αοριστία της έννοιας της νομικής οντότητας και η οριοθέτησή της κατά τρόπο διαφορετικό στα επιμέρους διαφορετικά νομοθετήματα, φορολογικά, ελεγκτικά, εταιρικά, λογιστικά και άλλα δημιουργεί ανασφάλεια δικαίου σε μία περίοδο της νομοθετικής ιστορίας της Ελλάδας που κατακλύζεται από νέα, ιδιαιτέρως εκτεταμένα, νομοθετήματα σε πολύ σύντομο χρονικό διάστημα, κάποια εκ των οποίων προέρχονται σε μεγάλο βαθμό από αλληλοδαπά δίκαια. Η ανασφάλεια δικαίου αυτή έρχεται να αθροιστεί με την έλλειψη αναπτυξιακών κινήτρων και στην παρατεινόμενη ύφεση.

Σκόπιμο είναι επομένως να ορισθεί νομοθετικά η έννοια της νομικής οντότητας κατά τρόπο ενιαίο στην ελληνική έννομη τάξη και ο ορισμός αυτός να έχει ισχύ για όλα τα νομοθετήματα, ανεξαρτήτως του τομέα δικαίου, στον οποίον αυτά εντάσσονται. Αυτό δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ότι ένας τέτοιος ορισμός δεν θα έχει και στοιχεία αόριστης νομικής έννοιας, όπως τόσες άλλες στο ελληνικό και στα αλληλοδαπά δίκαια. Όμως, τα στοιχεία αυτά θα αποτελούν μέρος ενός ενιαίου θεμελιώδους ορισμού για όλο το ελληνικό δίκαιο, ο οποίος θα αποκαταστήσει την ασφάλεια δικαίου που τόσο αναγκαία είναι στο παρόν περιβάλλον.

(β) Κατά τη διαμόρφωση του ανωτέρω κεντρικού νομοθετικού ορισμού της νομικής οντότητας δεν δύναται να αγνοηθεί ο θεσμός του νομικού προσώπου και η θεμελιώδης αρχή της αναγνώρισης ικανότητας δικαίου σε φυσικά και νομικά

πρόσωπα. Η νομική οντότητα δεν δύναται να λειτουργεί παράλληλα προς το λοιπό νομικό σύστημα της ελληνικής έννομης τάξης, αλλά πρέπει να ενταχθεί αρμονικά σε αυτό. Τα μέχρι στιγμής νομοθετήματα απονέμουν στη νομική οντότητα επιμέρους δικαιώματα και υποχρεώσεις κατά περίπτωση σε διάφορους τομείς του δικαίου κατά τρόπο αποσπασματικό.

Τα ανωτέρω ευλόγως και αναγκαίως δημιουργούν και ασάφεια ως προς το αν τελικώς η νομική οντότητα έχει πλήρη ή περιορισμένη ικανότητα δικαίου και, αν ναι, σε ποιες περιπτώσεις, σε ποιο βαθμό και σε ποια έκταση και αν την όποια αυτή ικανότητα έχουν όλες οι νομικές οντότητες ή μόνον κάποιες από αυτές. Απλώς και μόνον η αναζήτηση της φορολογητέας ύλης και η πάταξη της φοροδιαφυγής και της φοροαποφυγής δεν δύνανται να συνιστούν από καθαρώς νομική (και όχι από πολιτική ή οικονομική άποψη) επαρκές νομικό θεμέλιο για την ανατροπή του συστήματος υποκειμένων δικαίου στην ελληνική έννομη τάξη, χωρίς συστηματοποίηση.

Για την αντιμετώπιση των ανωτέρω ζητημάτων μία πρόσφορη λύση μπορεί να είναι η αναγνώριση της νομικής οντότητας ως ενός νέου νομικού προσώπου στο ελληνικό δίκαιο, το οποίο θα έχει κάποια κοινά χαρακτηριστικά προσδιοριζόμενα στον κατά τα ανωτέρω ενιαίο νομοθετικό ορισμό του. Η νομική οντότητα μπορεί να αποτελεί νομικό πρόσωπο μη κατηγοριοποιούμενο σε μία από τις διακρίσεις των υφιστάμενων νομικών προσώπων. Με τον τρόπο αυτόν θα μπορούσε να αντιμετωπισθεί, απλά και με σαφήνεια, το ζήτημα της ύπαρξης ικανότητας δικαίου και διαδίκου στη νομική οντότητα, πράγμα επίσης αναγκαίο.

(γ) Κατά τη διαμόρφωση του ανωτέρω κεντρικού νομοθετικού ορισμού της νομικής οντότητας δεν δύνανται να αγνοθούν οι κανόνες του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου και η αρχή της πραγματικής έδρας. Ο Έλληνας νομοθέτης σκόπιμο είναι να οριοθετήσει με πολύ μεγαλύτερη ακρίβεια και σαφήνεια τις περιπτώσεις, στις οποίες θα αναγνωρίζει στην ελληνική έννομη τάξη κάποιες οντότητες που δεν αναγνωρίζονται στο κράτος προέλευσης και θα επιβάλει σε αυτές έννομες συνέπειες.

Από την άλλη πλευρά δεν είναι σκόπιμη και δεν θα πρέπει να γίνεται αποδεκτή από την ελληνική έννομη τάξη η επιβολή μόνο νομικών υποχρεώσεων σε οντότητες που δεν αναγνωρίζονται, αυτές οι ίδιες, από το ελληνικό δίκαιο ως υποκείμενα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, με πλέον χαρακτηριστικό παράδειγμα όλων το καταπίστευμα εν ζωή (trust) των δικαίων που ανήκουν στην αγγλοσαξωνική οικογένεια δικαίων (Αγγλία, Κύπρος κ.λπ.).

Εάν το ελληνικό δίκαιο κρίνει ότι οι ανωτέρω κατηγορίες οντοτήτων πρέπει να υπόκεινται σε νομικές υποχρεώσεις, θα πρέπει να εξετάσει το ενδεχόμενο αναγνώρισης νομικής υπόστασης, δικαιωμάτων και υποχρεώσεων συνολικώς σε όλες τις αντίστοιχες νομικές οντότητες, πρόσωπα και εταιρικές μορφές, στις οποίες αναγνωρίζει και υποχρεώσεις.

(δ) Τελικώς, η νομική οντότητα συνιστά νέο θεσμό του δικαίου των νομικών προσώπων και ειδικότερα του εταιρικού δικαίου. Στην πραγματικότητα πρόκειται για μία

υπερ-εταιρεία, στην οποία μπορεί να θεωρηθεί ότι ενσωματώνονται όλοι οι μέχρι σήμερα νομικοί τύποι εταιρειών<sup>40</sup> και λοιπών νομικών προσώπων στους κλάδους του δικαίου, στους οποίους ο νομοθέτης αποφάσισε αποσπασματικά κατά τα ανωτέρω να την αναγνωρίσει.

Η εισαγωγή του όρου της «*νομικής οντότητας*» μπορεί να θεωρηθεί ότι σηματοδοτεί το τέλος των μέχρι σήμερα γνωστών νομικών προσώπων στην κατεύθυνση της εισαγωγής νέων ενιαίων κανόνων δικαίου που έχουν εφαρμογή αδιακρίτως σε όλες τις επιμέρους εταιρικές μορφές.

Από την άλλη πλευρά, σε αντίθεση προς την έννοια της εταιρείας που χαρακτηρίζεται από τη διαφοροποίηση και την πολυπλοκότητα που της προσδίδουν οι κανόνες των εταιρικών δικαίων επιμέρους κρατών, η έννοια της νομικής οντότητας, μη επαρκώς οριοθετημένη νομικώς, μπορεί να αποτελέσει το όχημα για την εν τοις πράγμασιν ενοποίηση των φορολογικών, λογιστικών, ελεγκτικών και άλλων κανόνων των επιμέρους κρατών-μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

(ε) Από τα ανωτέρω καταδεικνύεται προδήλως και επαρκώς ότι η αδιάκριτη χρήση του όρου «νομική οντότητα» στη σύγχρονη ελληνική έννομη τάξη δύναται να δημιουργήσει αφενός ανισότητες και σοβαρά νομικά ζητήματα και αφετέρου σημαντική ανασφάλεια δικαίου. Το επιχείρημα ότι ο απώτερος σκοπός αντιμετώπισης της φοροδιαφυγής και φοροαποφυγής δικαιολογεί την ύπαρξη μίας αόριστης νομικής έννοιας ελέγχεται ως μη επαρκές.

Σκόπιμη είναι επομένως η αναζήτηση σχετικού ορισμού, ο οποίος θα καθιερωθεί ενδεχομένως και νομοθετικά, για την αντιμετώπιση της ανωτέρω ασάφειας κατά τα πιο πάνω αναφερθέντα. Στην κατεύθυνση αυτή θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η έννοια «νομική οντότητα» είναι μία **αόριστη νομική έννοια** που ορίζεται ως εξής:

Νομική οντότητα είναι οποιοδήποτε πρόσωπο, το οποίο (σωρευτικώς):

- (i) Είναι μη φυσικό πρόσωπο.
- (ii) Ενεργεί πράξεις ή παραλείψεις.
- (iii) Οι ενεργούμενες αυτές πράξεις ή παραλείψεις εμπίπτουν σε οποιονδήποτε εφαρμοστέο κανόνα δικαίου.
- (iv) Ο εφαρμοστέος κανόνας δικαίου ισχύει είτε κατά το ελληνικό δίκαιο, είτε κατά το ευρωπαϊκό δίκαιο που έχει καταστεί εφαρμοστέο στην ελληνική έννομη τάξη, είτε κατά τις διεθνείς συνθήκες που έχουν κυρωθεί από την Ελλάδα.

40 Για το ζήτημα της σύγκλησης των εταιρικών τύπων βλ. ιδίως Αλέξανδρου Σπυρίδωνος, «Προς ένα δίκαιο ενοποίησης των δικαίων των επιμέρους εταιρικών μορφών» σε *Νομικό Σύμβουλο*, Ιούλιος – Αύγουστος 2015, Τεύχος 86, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 20, αλλά και του ιδίου «Μία "προσωπική εταιρεία περιορισμένης ευθύνης": Η ΙΚΕ με προσωπικά στοιχεία ως εναλλακτική μορφή προσωπικής εταιρείας», σε *Συνήγορο*, Α' Τεύχος 2016, του ιδίου «Το Νέο Δίκαιο ΕΠΕ και ΙΚΕ – Το πρώτο στάδιο της ενοποίησης του εταιρικού δικαίου», σε *Συνήγορο*, Τεύχος 111, Σεπτέμβριος-Οκτώβριος 2015, σελ. 44 επ., του ιδίου «Η ΙΚΕ ως απλή ΑΕ, μία εταιρεία πολύ περισσότερο κεφαλαιουχική και πολύ λιγότερο μικρομεσαία από την ΕΠΕ», σε *ΔΕΕ* 2012, 1085 επ. και του ιδίου «Η ΙΚΕ ως εναλλακτική λύση της απλής μη εισηγμένης ΑΕ», σε *Συνήγορο* 2012, 50 επ.

Με βάση τον ανωτέρω ορισμό, η κατά το ελληνικό δίκαιο αόριστη νομική έννοια της «*νομικής οντότητας*» δεν επηρεάζεται από τα εξής:

- (i) Από τη δικαιοδοσία, στην οποία το πρόσωπο έχει ιδρυθεί.
- (ii) Από τη δικαιοδοσία, στην οποία έχει ενδεχομένως μεταφερθεί στη συνέχεια.
- (iii) Από τη δικαιοδοσία, στην οποία το πρόσωπο λειτουργεί ή λειτουργούσε στο παρελθόν.
- (iv) Από τη δικαιοδοσία, στην οποία το πρόσωπο έχει ή είχε την καταστατική ή/και πραγματική έδρα του.

(v) Από την τήρηση ή μη τήρηση των κανόνων ίδρυσης και/ή λειτουργίας του προσώπου στο πλαίσιο, σε σχέση ή σε συνάρτηση με οποιαδήποτε δικαιοδοσία.

Με σύνθεση των ανωτέρω αναλυτικώς παρατιθέμενων στοιχείων μπορούμε να αποπειραθούμε να διατυπώσουμε τον ορισμό της νομικής οντότητας ως ακολούθως:

Νομική οντότητα είναι οποιοδήποτε μη φυσικό πρόσωπο, το οποίο ενεργεί πράξεις ή παραλείψεις, που εμπίπτουν σε οποιονδήποτε εφαρμοστέο κανόνα δικαίου ισχύοντα είτε κατά το ελληνικό δίκαιο, είτε κατά το ευρωπαϊκό δίκαιο που έχει καταστεί εφαρμοστέο στην ελληνική έννομη τάξη, είτε κατά τις διεθνείς συνθήκες που έχουν κυρωθεί από την Ελλάδα, ανεξαρτήτως της δικαιοδοσίας, στην οποία αυτό το πρόσωπο έχει ιδρυθεί, έχει μεταφερθεί, λειτουργούσε ή λειτουργεί, έχει ή είχε την καταστατική ή/και πραγματική έδρα του και ανεξαρτήτως της τήρησης ή μη των κανόνων ίδρυσης και/ή λειτουργίας του προσώπου στο πλαίσιο, σε σχέση ή σε συνάρτηση με οποιαδήποτε δικαιοδοσία.

Μόνο ένας τέτοιου εύρους ορισμός είναι δυνατόν να καλύψει ταυτόχρονα την ανάγκη για υπαγωγή των νομικών οντοτήτων στο ελληνικό λογιστικό, φορολογικό και εταιρικό ελεγκτικό δίκαιο, αλλήλα και στις, φορολογικές κυρίως, διατάξεις του δικαίου της ΕΕ και των διεθνών συνθηκών.

Με βάση τον ανωτέρω ορισμό οι νομικές οντότητες θα πρέπει να θεωρηθεί ότι διαθέτουν ικανότητα δικαίου και ικανότητα διαδίκου, αφού άλλως δεν θα ήταν δυνατόν να γίνει δεκτή η σε αυτές επιβολή οποιωνδήποτε νομικών υποχρεώσεων, φορολογικών, λογιστικών και τακτικού ελέγχου.

Όμως, η ικανότητα δικαίου και η ικανότητα διαδίκου δεν είναι δυνατόν να απονέμεται περιπτωσιολογικά, πράγμα που έχει ως αναγκαίο λογικό επακόλουθο ότι οι νομικές οντότητες έχουν και όλα τα δικαιώματα που το δίκαιο απονέμει στα νομικά πρόσωπα και τελικώς ότι οι νομικές οντότητες έχουν «προσωπικότητα» κατ' άρ. 61 ΑΚ, εκτεινόμενη σε όλες τις έννομες σχέσεις, πλην αυτών που προϋποθέτουν ιδιότητες φυσικού προσώπου κατ' άρ. 62 ΑΚ.

Επομένως, και αφού ως νομικές οντότητες δύνανται να χαρακτηρίζονται όλες οι γνωστές στο ελληνικό δίκαιο μορφές εταιρειών και λοιπών νομικών προσώπων, η νομική οντότητα μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά έναν **νέο, μερικώς αρρύθμιστο**, θεσμό του ελληνικού δικαίου που καλείται να **αντικαταστήσει** προοδευτικά και

βαθμιαία τα μέχρι σήμερα γνωστά στο δίκαιο **νομικά πρόσωπα** και ιδίως τις **εταιρείες** του εμπορικού δικαίου.





Constantin A. Stephanou\*

## Le nouveau droit européen en matière de redressement et de résolution bancaire

### I. Le changement de modèle

#### A. Le recours aux contribuables

Dans le système de l'économie du marché, il est essentiel, afin de prévenir tout aléa moral, que les budgets d'Etat, c.à.d. les contribuables, n'aient pas à renflouer les établissements de crédit en difficulté; ainsi, en cas de défaillance, la procédure normalement applicable aux établissements de crédit – ainsi qu'à toute personne commerçante – comporte selon le droit national applicable le dessaisissement partiel ou total d'un débiteur et la nomination d'un liquidateur ou d'un administrateur. Avant les crises financières récentes l'autocorrection du système par le recours à la procédure normale d'insolvabilité était généralement suffisante. S'il y avait risque de contagion financière, il était d'usage, du moins au sein de l'Europe communautaire, d'accorder des aides d'Etat dans le but de préserver ou de rétablir la viabilité, la liquidité ou la solvabilité d'un établissement financier, sous réserve de leur contrôle par la Commission.

Le premier cas d'intervention massive avec des fonds publics pour prévenir le *melt-down* du système bancaire a eu lieu aux Etats-Unis, lors de la crise des produits bancaires toxiques (*subprime*). L'idée «*Too big to fail*» (trop gros pour faire faillite) a déterminé la politique des Etats-Unis à l'égard des grosses banques d'investissement en difficulté qui ont été absorbées par les banques de détail à l'aide de fonds publics. A noter que si les Etats Unis n'étaient pas parvenus à assainir leur marché financier, de nombreuses banques européennes auraient été secourues, voire même éliminées du jeu. A noter encore que les actions acquises par le gouvernement américain au titre du renflouement ont été revendues à profit au bout de 4-5 ans.

La deuxième crise financière, celle de la dette publique en zone euro, s'est manifestée lorsque des Etats membres de la zone euro (Grèce, Portugal, Irlande) ont été successivement exclus des marchés internationaux des capitaux. La crise fut endiguée grâce à une combinaison de moyens censés être conformes à la lettre,

---

\* Professeur à l'Université Panteion d'Athènes, Chaire Jean Monnet de droit européen (92/0100)

sinon à l'esprit des interdictions du renflouement externe (*bail-out*) des Etats et du financement monétaire des dettes publiques énoncées dans le TFUE.

## B. Les interventions des banques centrales

Pendant la crise de la dette publique les banques centrales membres de l'euro-système, agissant en tant que prêteurs de dernier refuge (PDR) pour les banques, sont intervenues pour rétablir la confiance dans le système et éviter la contagion financière. Normalement, l'euro-système fournit des prêts à court-terme, qualifiés de *main refinancing operations* (MROs). Toutefois, pour éviter la contagion financière la BCE a eu recours aux mesures dites «non conventionnelles» et notamment les *long-term refinancing operations* (LTROs), soit des prêts au taux directeur accordés aux banques en manque de liquidité qui apportent en garantie des suretés «éligibles». Enfin, des banques centrales membres de l'euro-système ont été autorisées par la BCE à donner suite à des demandes d'apports urgents de liquidités (mécanisme ELA) formulées par un établissement financier solvable «connaissant des problèmes temporaires de liquidité sans que cette opération fasse partie de la politique monétaire». A noter que par rapport au taux directeur, qui était de 0,05% en 2014, le taux applicable aux interventions de l'ELA était de 1,05%.

## C. La responsabilisation des actionnaires et des créanciers

L'idée de responsabiliser les Etats dans la gestion de leurs finances publiques afin d'éviter des futurs renflouements externes fut à la base du Mécanisme européen de stabilité (MES), entré en vigueur en octobre 2012. L'autre idée fondamentale derrière le MES – qui avait déjà été appliquée au renflouement de la Grèce par le biais de la facilité provisoire (FESF) – était de lutter contre l'aléa moral, en subordonnant tout renflouement à la prise de pertes par les créanciers privés, selon la formule du *private sector involvement* / *PSI*. La possibilité d'intervention directe du MES pour renflouer les banques fit par ailleurs l'objet de longs débats au cours de 2013 et 2014. Mais, entre-temps, le MES est intervenu à deux reprises – d'abord pour renflouer les caisses d'épargne espagnoles au moyen de prêts accordés au gouvernement espagnol et, ensuite, dans le cas chypriote, en combinant le renflouement externe avec un nouveau type de renflouement, qualifié d'interne (*bail-in*). La restructuration du secteur bancaire chypriote comportait la liquidation de la Banque populaire et la cession de ses actifs à la Banque de Chypre (banque commerciale). Cette dernière fit l'objet d'un renflouement interne comportant des pertes importantes pour ses actionnaires et créanciers, y compris les titulaires de dépôts non-assurés – dépassant les 100.000 euros. A noter qu'à la suite de la conversion de leurs dépôts et créances, les créanciers russes se sont trouvés actionnaires

majoritaires de la Banque de Chypre et ont désigné au poste de président, Monsieur J. Ackerman, ancien président de la Deutsche Bank.

## II. La directive sur le redressement et la résolution bancaire

### A. Remarques préliminaires

Une supervision efficace, par le biais notamment de tests de résistance (*stress tests*) crédibles, est la meilleure façon de minimiser les risques de défaillance d'établissements de crédit et de prévenir les crises financières. Cela étant, la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil sur le redressement et la résolution bancaire<sup>1</sup> (*Banking Recovery and Resolution Directive / BRRD*) qui est entrée en vigueur le 1.1.2016 souligne dans son préambule qu'il «n'est cependant pas possible de concevoir un cadre de réglementation et de surveillance qui puisse empêcher ces établissements de jamais connaître des difficultés. Les Etats membres devraient donc être préparés et disposer d'instruments adéquats de redressement et de résolution pour gérer des situations impliquant à la fois des crises systémiques et des défaillances d'établissements donnés...» (cons. 6).

L'objectif primordial de la directive est l'introduction de mesures susceptibles d'éviter que les banques défaillantes soient renflouées par les contribuables. On relèvera d'abord que les plans de redressement et de résolution ne peuvent prévoir des soutiens financiers publics exceptionnels ou des apports de liquidités par une banque centrale. Ensuite, avant de s'adresser aux fonds de résolution, les banques doivent essayer de se renflouer auprès de leurs actionnaires et créanciers; ainsi, avant ou simultanément avec le déclenchement de la procédure de résolution les actions pourront être dépréciées et certains prêts convertis en actions de la banque défaillante. A noter encore que les fonds de résolution sont alimentés par les banques elles-mêmes.

### B. L'imbrication étroite des systèmes de surveillance et de résolution

La directive *BRRD*, tout en se focalisant sur les mesures de gestion des crises, confère des pouvoirs de prévention aux autorités de résolution, comme le confirme d'ailleurs la lecture des définitions. Ainsi, l'article 2 par. 1 qualifie de:

- mesure de prévention de crise «l'exercice de pouvoirs visant à supprimer directement les lacunes ou obstacles en vue du redressement...l'exercice de pouvoirs visant à réduire ou supprimer les obstacles à la résolvabilité ...l'application d'une

---

1 J.O. L 173/190, 12.6.2014.

- quelconque mesure d'intervention précoce..., la nomination d'un administrateur temporaire...ou l'exercice de pouvoirs de dépréciation ou de conversion».
- mesure de gestion de crise «une mesure de résolution ou la nomination d'un administrateur spécial...».

L'imbrication des deux systèmes apparaît aussi au niveau du système décisionnel. La directive *BRRD* impose aux Etats membres de créer des autorités de résolution «habilitées à appliquer les instruments de résolution et à exercer les pouvoirs de résolution». Ces autorités peuvent être des banques centrales nationales – ce qui ne correspond pas au choix effectué par le règlement sur le CRU (cf. *infra*). De l'autre côté, la même autorité nationale peut être chargée de fonctions de surveillance et de résolution, pourvu que ces fonctions soient séparées par des «murailles de Chine» (*chinese walls*), afin de prévenir des conflits d'intérêts.

L'imbrication apparaît encore au niveau des habilitations. Ainsi, l'autorité de résolution, après consultation avec l'autorité de surveillance, peut fixer des exigences minimales de fonds propres et d'engagements éligibles pour chaque établissement, conformément aux définitions de l'article 4 par. 1 du règlement (UE) no. 575/2013 dit *Capital Requirements Regulation*<sup>2</sup>. Les exigences en question seront fixées en fonction de la taille, du profil de risque et du modèle d'entreprise de l'établissement concerné. L'exigence minimale est calculée comme étant «le montant de fonds propres et d'engagements éligibles exprimé en pourcentage du total des passifs et des fonds propres de l'établissement» (art. 45 par. 1 de la directive). Les engagements éligibles doivent remplir les conditions de l'art. 45 par. 4. A partir de 2015 la Commission pourra introduire par acte délégué des exigences minimales harmonisées élaborées par l'ABE; les Etats membres seront néanmoins en mesure d'introduire des critères supplémentaires, plus exigeants.

### C. Nature de l'harmonisation

La directive se situe dans la logique de l'harmonisation minimum. Elle comporte une clause générale de compatibilité: «Les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des règles qui sont plus strictes ou des règles complétant celles fixées dans la présente directive et dans les actes délégués et les actes d'exécution adoptés sur la base de la présente directive à condition qu'elles soient d'application générale et qu'elles ne soient pas contraires à la présente directive ou aux actes délégués ou d'exécution adoptés sur la base de la présente directive» (art. 1 par. 2).

La portée de l'harmonisation est clarifiée au préambule, notamment en ce qui concerne les instruments et pouvoirs supplémentaires des autorités de résolution.

<sup>2</sup> JO L 176 du 27.6.2013, p. 1.

Ainsi «... Les Etats membres devraient pouvoir conférer aux autorités de résolution des pouvoirs et instruments de résolution supplémentaires, en plus de ceux qui leur sont conférés par la présente directive. L'utilisation de ces pouvoirs et instruments supplémentaires devrait toutefois être compatible avec les principes et les objectifs définis dans la présente directive en matière de résolution. En particulier, leur utilisation ne saurait entraver la résolution de groupes transnationaux» (par. 44).

Il ressort enfin du préambule que la liquidation d'un établissement défaillant par la procédure normale d'insolvabilité peut être envisagée avant l'application d'instruments de résolution. A partir du moment où une procédure de résolution est engagée conformément à la directive, il n'y a plus place à une procédure normale d'insolvabilité engagée par les créanciers.

## D. Mesures et pouvoirs de prévention

### a) Les plans de redressement

Les plans de redressement sont considérés comme un dispositif de gouvernance au sens de l'article 74 de la directive 2013/36/UE. Ils doivent comporter «des conditions et procédures appropriées permettant d'assurer la mise en œuvre rapide des mesures de redressement, ainsi qu'un large éventail d'options en matière de redressement. Les Etats membres requièrent que les plans de redressement envisagent un éventail de scénarios de crise macroéconomique et financière grave en fonction des conditions particulières de l'établissement, incluant des événements d'ampleur systémique et des crises spécifiques aux personnes morales et aux groupes» (art. 5 par. 6).

Les plans de redressement sont soumis pour évaluation à l'autorité de surveillance qui les transmet pour recommandation à l'autorité de résolution – cette dernière pouvant se prononcer sur les obstacles éventuels à la résolvabilité de l'établissement. Si l'autorité de surveillance estime que le plan de redressement est inadéquat elle invite l'établissement concerné à soumettre dans les deux mois un plan révisé. A noter que les plans de redressement doivent être actualisés au moins une fois par an.

Les plans de redressement de groupe sont soumis à l'autorité de surveillance sur base consolidée par les entreprises mères. Toutefois, les autorités compétentes peuvent exiger des filiales qu'elles soumettent des plans individuels. Les plans de redressement de groupe ont pour objectif «de stabiliser l'ensemble du groupe ou de l'établissement en faisant partie, lorsqu'il est en difficulté, de manière à réduire ou supprimer les causes de ces difficultés et à rétablir la position financière du groupe ou de l'établissement en cause, en tenant compte de la position financière des autres entités du groupe» (art. 7 par. 4). La directive prévoit une procé-

de d'évaluation des plans de redressement par les autorités compétentes et la possibilité de médiation de l'ABE.

#### b) Les plans de résolution

Le plan de résolution définit les mesures de résolution que l'autorité de résolution peut prendre si l'établissement remplit les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution. L'autorité de résolution peut solliciter l'aide de l'établissement concerné pour élaborer ou mettre à jour le plan. Le plan prévoit une série d'éléments décrits à l'article 10 par. 7, y compris une description des mesures nécessaires pour réduire ou supprimer les obstacles à la résolvabilité.

Les plans de résolution de groupe contiennent un plan prévoyant la résolution du groupe, placé sous la direction de l'entreprise mère dans l'Union dans son ensemble «soit par une résolution au niveau de l'entreprise mère dans l'Union, soit par une dissolution et une résolution des filiales» (art. 12 par. 1). Le plan peut comporter «la séparation juridique et économique de fonctions ou d'activités particulières, qui sont nécessaires pour faciliter la résolution du groupe, lorsque les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution sont remplies» (art. 12 par. 3 d).

#### c) Les pouvoirs en matière de résolvabilité

Les autorités de résolution ont le pouvoir d'évaluer, de réduire ou et de supprimer les obstacles à la résolvabilité. La résolution est réputée possible pour un établissement «si l'autorité de résolution peut, de manière crédible, soit le mettre en liquidation dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité, soit procéder à une résolution en lui appliquant les différents instruments et pouvoirs de résolution dont elle dispose, tout en évitant dans toute la mesure du possible, tout effet négatif significatif sur le système financier...et en ayant pour objectif d'assurer la continuité de ses fonctions critiques exercées par l'établissement. Les autorités de résolution notifient à l'ABE, en temps utile, chaque fois que la résolution d'un établissement est réputée impossible».

La directive prévoit des mesures aptes à faciliter la résolvabilité des groupes. Ainsi, un projet d'accord de soutien financier de groupe pourra être soumis à l'autorité de surveillance sur base consolidée; en cas de désaccord d'autres autorités compétentes, la question sera portée devant l'ABE. Les autorités compétentes peuvent encore s'opposer à une décision de soutien prise à un stade ultérieur par l'organe de l'entité du groupe qui fournit ce soutien. La procédure de règlement des conflits retenue par la directive justifie amplement le recours à un système de règlement centralisé (cf. *infra*).

#### d) Les mesures d'intervention précoce

En cas de dégradation de la situation financière l'autorité de résolution peut exiger de l'organe de direction qu'il applique une ou plusieurs des dispositions ou mesures énoncées dans le plan de redressement ou qu'il actualise ce plan. Si cet organe ne se plie pas aux dites décisions, l'autorité de résolution pourra demander la convocation d'une réunion des actionnaires de l'établissement ou convoquer directement cette réunion et exiger la destitution et le remplacement de l'organe de direction. Si ces mesures sont jugées insuffisantes l'autorité de résolution pourra nommer un administrateur temporaire.

#### E. Le déclenchement d'une procédure de résolution

La procédure de résolution sera déclenchée en cas d'échec des mesures d'intervention précoce. Leur adoption préalable n'est pas toutefois indispensable pour prendre une mesure de résolution (art. 32 par. 3). De leur côté, les mesures de dépréciation ou de conversion des fonds propres peuvent être prises indépendamment d'une action en résolution ou simultanément à celle-ci, lorsque les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution sont remplies (art. 59 par. 1).

La procédure de résolution est déclenchée par l'autorité de résolution, qui après consultation avec l'autorité de surveillance établit que la défaillance d'un établissement est avérée ou prévisible, en particulier si celui-ci se trouve dans une des situations suivantes décrites à l'article 32 par. 4 de la directive et qui devaient être précisées par le biais d'orientations émises par l'ABE:

- l'établissement enfreint les exigences qui conditionnent le maintien de l'agrément ou des éléments objectifs permettent de conclure qu'il les enfreindra dans un proche avenir, dans des proportions justifiant un retrait d'agrément par l'autorité compétente
- l'actif de l'établissement est inférieur à son passif, ou il existe des éléments objectifs permettant de conclure que cela se produira dans un proche avenir
- l'établissement n'est pas en mesure de s'acquitter de ses dettes ou autres engagements à l'échéance, ou il existe des éléments objectifs permettant de conclure que cela se produira dans un proche avenir
- un soutien financier public exceptionnel est requis, excepté les cas dans lesquels, afin d'empêcher ou de remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre et de préserver la stabilité financière, ce soutien prend notamment la forme d'une garantie de l'Etat ou d'une injection de fonds propres à des prix et des conditions qui ne confèrent pas un avantage à l'établissement.



A noter que lesdites conditions s'appliquent aussi à l'égard d'établissements financiers ou entreprises mères faisant l'objet d'une surveillance sur base consolidée, ainsi que d'établissements qui sont des filiales de compagnies holding.

## F. Principes applicables à la résolution

Ces principes – qui sont repris et détaillés dans le cadre des dispositions sur les instruments et les pouvoirs de résolution – se rapportent aux limitations des droits des actionnaires et des créanciers de l'établissement soumis à une procédure de résolution. Ainsi:

- les actionnaires doivent supporter en premier lieu la nomination d'un administrateur spécial en lieu et place de la direction générale et, ensuite, la limitation de leurs droits patrimoniaux, puisqu'ils seront les premiers à supporter des pertes;
- les créanciers de même catégorie seront traités sur un pied d'égalité; de plus, aucun créancier ne pourra encourir des pertes plus importantes que celles qu'il aurait subies si l'établissement ou entité assimilée avaient été liquidés selon une procédure normale d'insolvabilité. Ce principe est mis en œuvre à l'aide du fonds de résolution (cf. article 75).
- les dépôts couverts sont pleinement protégés;
- la mesure de résolution doit respecter les «mesures de sauvegarde» destinées à protéger les droits des actionnaires et créanciers déposés.

## G. Les instruments de résolution

### a) Remarques générales

Le terme de résolution peut être porteur de confusion dans la mesure où il peut suggérer une méthode unique de traitement des banques en difficulté. Or, les autorités de résolution ont à leur disposition quatre instruments, décrits au chapitre IV de la directive, sous réserve d'instruments nationaux supplémentaires compatibles (cf. *supra*). Il convient d'ores et déjà de noter les conséquences du choix d'un instrument sur la continuité de l'établissement en difficulté. L'instrument du renflouement interne (*bail-in*) ne peut être appliqué que s'il existe, entre autres, une possibilité raisonnable «de rétablir la bonne santé financière ainsi que la viabilité à long-terme de l'établissement...» (art. 43 par. 3). L'assainissement et la continuité de l'établissement peuvent encore être assurés par le recours à l'instrument de séparation des actifs – et le transfert notamment des prêts non-performants. En revanche, lorsqu'il est fait usage des instruments de cession des activités ou de l'établissement-relais – et en fonction de l'importance des actifs, droits ou engagements transférés – l'établissement résiduel est liquidé selon une procédure nor-

male d'insolvabilité (art. 37 par. 6). A noter enfin que les autorités de résolution peuvent appliquer les instruments de résolution de manière séparée ou combinée. L'instrument de séparation des actifs ne peut toutefois être appliqué que simultanément à un autre instrument.

#### b) La cession des activités des établissements

C'est le mécanisme permettant le transfert par une autorité de résolution à un acquéreur autre qu'un établissement-relais, des actions ou autres titres de propriété émis par un établissement soumis à une procédure de résolution ou des actifs, droits ou engagements d'un établissement soumis à une procédure de résolution. Dans le premier cas l'établissement sera maintenu dans son existence et les actionnaires recevront la contrepartie versée par l'acquéreur, tandis que dans le second cas l'établissement recevra la contrepartie, aux fins de liquidation. La cession est effectuée par l'autorité de résolution sans l'approbation des actionnaires ou de tierces parties et par dérogation aux dispositions du droit des sociétés et des valeurs mobilières. La directive précise les conditions que doit réunir l'acquéreur et les modalités d'évaluation des actions ou actifs transférés. Après avoir rappelé les grands principes d'éthique financière applicables à ce type de transaction, la directive permet à l'autorité de résolution d'y déroger aux exigences, si la défaillance de l'établissement soumis à la procédure de résolution «fait peser une menace importante sur la stabilité financière ou bien aggrave une telle menace» et si «le respect des exigences en question nuirait probablement à l'efficacité de l'instrument de cession des activités...» (art. 39 par. 3). On s'aperçoit que l'instrument en question permet à l'autorité compétente de mener une action de résolution rapide, afin de prévenir toute contagion financière.

#### c) L'instrument de l'établissement-relais

C'est le mécanisme permettant de transférer à un établissement-relais des actions ou autres titres de propriété émis par un établissement soumis à une procédure de résolution ou des actifs, droits ou engagements d'un établissement soumis à une procédure de résolution. Le but de l'établissement-relais est de faire en sorte que les services financiers essentiels continuent d'être fournis aux clients de l'établissement défaillant et que ses activités essentielles se poursuivent. Cette continuité peut être reflétée dans la dénomination de la nouvelle personne morale qui sera entièrement ou partiellement détenue par une autorité publique, y compris, le cas échéant, une autorité de résolution. A la différence de l'instrument précédent, la constitution de l'établissement-relais, ainsi d'ailleurs que de l'établissement chargé de gérer les actifs, présente une certaine lourdeur, dans la mesure où elle

suppose l'intervention du législateur. Elle est créée «dans le but de recevoir et détenir une partie ou la totalité des actions ou autres titres de propriété émis par un établissement soumis à une procédure de résolution ou une partie ou la totalité des actifs, droits et engagements d'un ou plusieurs établissements soumis à une procédure de résolution en vue de maintenir l'accès aux fonctions critiques et de vendre l'établissement ou entité visé...» (art. 40 par. 2 lettre b). A noter que l'établissement-relais peut être constitué et agréé sans se conformer dès le départ aux directives y afférentes; mais les règles sur les aides d'Etat s'y appliquent, tout en sachant que le capital initial doit être versé par l'Etat concerné. L'établissement-relais a une durée de vie limitée – deux ans, avec possibilité d'extension.

#### d) L'instrument de séparation des actifs

C'est le mécanisme permettant le transfert à une structure de gestion des actifs, par une autorité de résolution, des actifs, des droits ou des engagements d'un établissement soumis à une procédure de résolution. La structure de gestion des actifs est une personne morale entièrement ou partiellement détenue par une autorité publique – dont éventuellement une autorité de résolution. A la différence, toutefois, de l'établissement-relais, elle ne reçoit **que** des actifs – qu'elle a pour fonction de gérer «de manière à maximiser leur valeur par le biais d'une vente ou d'une liquidation ordonnée» (art. 42 par. 3). L'autorité de résolution, voire un établissement-relais en fin de mission, lui transfère notamment des prêts non-performants, à la suite d'une crise financière etc. Cette fonction de gestion d'actifs toxiques correspond au terme de *bad bank*.

#### e) L'instrument de renflouement interne (bail-in)

C'est le mécanisme permettant l'exercice par une autorité de résolution des pouvoirs de dépréciation et de conversion à l'égard d'éléments de passif d'un établissement soumis à une procédure de résolution. Il vise à responsabiliser les actionnaires et les créanciers, en les incitant à surveiller la santé des établissements concernés. Le renflouement interne est la pièce maîtresse du système de résolution. Il peut être utilisé séparément ou en combinaison avec les autres instruments. Dans le premier cas il intervient dans le cadre d'une recapitalisation de l'établissement ou entité assimilée, lui permettant ainsi de poursuivre les activités pour lesquelles il a été agréé, alors que dans le second il intervient en combinaison avec d'autres instruments. Le renflouement interne comporte l'absorption de pertes par les actionnaires et créanciers de la banque défaillante, avant que l'accès au fonds de résolution puisse être accordé (cf. *infra*).

La directive instaure un système de priorité entre créanciers – qui subissent ainsi des pertes dans un ordre déterminé – et un système d'exclusion de créances à deux composantes: l'exclusion obligatoire et l'exclusion facultative. La première s'applique principalement aux dépôts couverts en vertu de l'article 6 de la directive 2014/49/UE (ceux qui ne dépassent pas les 100.000 euros) et aux engagements garantis, y compris les obligations garanties. Au titre de l'exclusion facultative, l'autorité de résolution pourra exclure totalement ou partiellement certains actifs, sur une base discrétionnaire, et compenser cette exclusion en transférant ces pertes à d'autres créanciers. Ce pouvoir de transfert des pertes à d'autres créanciers est néanmoins encadré, conformément aux dispositions de l'art. 44 par. 3. Ainsi, il ne peut être exercé s'il n'est pas possible de procéder au renflouement interne de ces passifs dans un délai raisonnable; en outre, il pourra être exercé:

- pour assurer la continuité des fonctions critiques;
- pour éviter une contagion;
- pour éviter une destruction de valeur qui accroîtrait les pertes subies par d'autres créanciers.

## H. Pouvoirs d'application des instruments de résolution

Conformément à l'article 63, les autorités de résolution disposent de tous les pouvoirs nécessaires pour appliquer les instruments de résolution. Cette affirmation est suivie d'une énumération indicative. En dernière analyse, l'exercice des ces pouvoirs a un impact sur les titulaires des droits et sur la valeur de ceux-ci.

### a) Pouvoirs affectant les titulaires des droits

Il s'agit des pouvoirs suivants, inscrits à l'article 63 par. 1, lettres b, c et d,

- le pouvoir de prendre le contrôle d'un établissement soumis à une procédure de résolution; conformément à l'article 72 par. 1, ce contrôle leur permet de faire fonctionner et exercer les activités et fournir les services de l'établissement en question, en disposant de tous les pouvoirs des actionnaires et de l'organe de direction, et de gérer les actifs et le patrimoine de cet établissement,
- le pouvoir de transférer les actions et autres titres de propriété émis par un établissement soumis à une procédure de résolution (cas de transfert à un établissement-relais ou de séparation d'actifs),
- le pouvoir de transférer à une autre entité, avec l'accord de celle-ci, des droits, actifs ou engagements d'un établissement soumis à une procédure de résolution.

A noter que la directive met en œuvre le principe d'universalité de la résolution. Ainsi, pour les actifs situés dans un Etat membre autre que celui de l'autorité de résolution, ou des droits ou engagements relevant du droit d'un Etat

membre autre que celui de l'autorité de résolution, le transfert produit ses effets «dans cet autre Etat ou en vertu du droit de cet Etat» (art. 66 par. 1). A noter que les actionnaires, les créanciers ou les tiers n'ont pas le droit de contester le transfert en vertu de la *lex rei sitae*.

#### b) Pouvoirs affectant la valeur des droits

Il s'agit des pouvoirs de dépréciation et de conversion, inscrits à l'article 63 par. 1, lettres e) à h) inclus:

- le pouvoir de réduire, y compris jusqu'à zéro, le principal ou l'encours exigible des engagements exigibles d'un établissement soumis à une procédure de résolution,
- le pouvoir de convertir les engagements éligibles d'un établissement soumis à une procédure de résolution en actions ordinaires ou autres titres de propriété ordinaires de cet établissement ou d'une entité assimilée,
- le pouvoir d'annuler les instruments de dette émis par un établissement soumis à une procédure de résolution, sauf dans le cas des engagements garantis,
- le pouvoir de réduire, y compris jusqu'à zéro, le montant nominal des actions ou autres titres de propriété d'un établissement soumis à une procédure de résolution et de résilier ces actions ou autres titres de propriété.

L'exercice des pouvoirs susmentionnés a lieu «avant l'application de l'instrument de résolution ou simultanément». Il est précédé d'une «valorisation» (évaluation) effectuée en vertu de l'article 36 qui constitue la base du calcul de la dépréciation à appliquer aux instruments de fonds propres pertinents afin d'absorber les pertes et du niveau de conversion à appliquer aux instruments de fonds propres pertinents afin de recapitaliser l'établissement ou entité assimilée. Conformément à l'article 47 par. 1, lorsque les autorités de résolution appliquent l'instrument de renflouement interne visé à l'article 43 par. 2 ou la dépréciation ou la conversion des instruments de fonds propres, elles peuvent annuler les actions existantes. Sous réserve que la valorisation soit positive, elles peuvent procéder à la dilution des actionnaires et des détenteurs d'autres titres de propriété, à la suite d'une conversion en actions ou d'autres instruments de propriété «à un taux de conversion qui dilue fortement les actions et les autres titres de propriété existants» (art. 47 par. 1 *in fine*).

Les autorités de résolution exercent le pouvoir de dépréciation ou de conversion «conformément à l'ordre de priorité des créances dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, d'une manière qui donne les résultats suivants...» (art. 60 par. 1). Sont visés successivement les fonds de base de catégorie 1, les fonds propres additionnels de catégorie 1 et les fonds propres de catégorie 2. A noter enfin les dispositions spéciales sur le niveau de priorité des dépôts (art. 108).

## I. Résolution des groupes transfrontaliers

Les autorités nationales de résolution doivent s'assurer que toute mesure de résolution tienne compte de l'incidence potentielle de la résolution dans tous les Etats membres où l'établissement ou le groupe est actif. La directive met en place des procédures dans le but de minimiser les conflits de compétences.

Le devoir de coopération des Etats membres en matière de supervision des établissements de crédit s'applique aussi bien en matière de résolution. La coopération des autorités de résolution et des autorités compétentes au titre de la directive présente toutefois des défis accrus. Au niveau de la supervision, le plus grand défi consiste à approuver les termes d'une recapitalisation au moyen de fonds privés (modalités de répartition etc.). Au niveau du redressement et, surtout, de la résolution, les mesures ou l'absence de mesures peut entraîner la disparition de filiales ou de succursales, voire même de l'entreprise mère et du groupe entier.

La réglementation en la matière vise à promouvoir des solutions consensuelles, en posant des principes et en instituant des procédures de consultation. Ainsi, lorsqu'un Etat membre prend en vertu de la directive des décisions ou des mesures susceptibles d'avoir une incidence dans un ou plusieurs autres Etats membres, il doit tenir compte des intérêts des Etats dans lesquels sont situés l'entreprise mère, les filiales ou les succursales d'importance significative. La directive impose aux autorités qui prennent des mesures de résolution au niveau du groupe de suivre les plans de résolution «à moins qu'elles n'estiment, compte tenu des circonstances de l'espèce, que les objectifs de résolution seront mieux réalisés en prenant des mesures qui ne sont pas prévues dans les plans de résolution» (art. 87 lettre j).

La directive s'inspire en outre du principe que l'utilisation des pouvoirs par les autorités nationales ne doit pas entraver la résolution de groupes transnationaux. Les autorités de résolution d'un Etat membre dans lequel se trouve une filiale peuvent néanmoins s'opposer aux décisions de l'autorité de résolution au niveau du groupe «non seulement pour des raisons liées à l'opportunité mais aussi en invoquant la nécessité de préserver la stabilité financière dans cet Etat membre» (préambule, cons. 97).

La directive prévoit par ailleurs que l'action commune des autorités de résolution s'effectue dans un cadre préétabli – celui des collèges d'autorités de résolution. Ces collèges sont créés à partir des collèges de surveillance existants, auxquels viennent s'ajouter les autorités de résolution. Ils ont notamment pour tâche d'élaborer des plans de résolution de groupe (art. 12 et 13), évaluer la résolvabilité de groupes (art. 16) et en réduire ou supprimer les obstacles (art. 18). En cas de crise, les collèges s'ouvrent à la participation des ministères compétents, des banques centrales, l'ABE et, le cas échéant, aux systèmes de garantie des dépôts. Ils ont alors pour tâche de coordonner l'action en matière de résolution du groupe, par la

mise en place d'un dispositif de résolution (art. 91 et 92) et l'utilisation des dispositifs de financement (ci-après). À noter que lorsque les mesures envisagées par l'autorité de résolution au niveau du groupe comprennent un dispositif de résolution de groupe, ce dernier prend la forme d'une décision commune de l'autorité de résolution du groupe et des autorités de résolution responsables des filiales couvertes par le dispositif (art. 92 par 3). En cas de désaccord, les autorités de résolution qui n'ont pas marqué leur désaccord peuvent prendre une décision commune sur un dispositif de résolution de groupe, couvrant les entités du groupe dans leur Etat membre (art. 92 par. 5).

### J. Sort des droits acquis

Aucune indemnisation n'est versée à aucun détenteur d'instruments de fonds propres lorsque le montant des fonds propres est déprécié (art. 60 par. 2 lettre c). De l'autre côté, aucun créancier n'encourt des pertes plus importantes que celles qu'il aurait subies si l'établissement de crédit ou entité assimilée avait été liquidé selon une procédure normale d'insolvabilité (art. 34 par. 1 g). Afin de déterminer si les actionnaires ou créanciers auraient bénéficié d'un meilleur traitement par rapport au traitement réel, si l'établissement soumis à la procédure de résolution avait été soumis à une procédure normale d'insolvabilité, les Etats membres veillent à ce qu'une valorisation soit réalisée dans les meilleurs délais par une personne indépendante, après l'exécution de la mesure ou des mesures de résolution (art. 74 par. 1).

S'il ressort de la valorisation qu'un quelconque actionnaire ou créancier ou que le système de garantie de dépôts a subi des pertes plus importantes que celles qu'il aurait subies dans une liquidation opérée dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité, il a droit au paiement de la différence de la part du dispositif de financement pour la résolution (art. 75).

### K. Protection juridictionnelle

La protection juridictionnelle des intérêts privés doit être efficace et conforme à la Charte des droits fondamentaux, mentionnée à plusieurs reprises au préambule de la directive. Les Etats membres peuvent choisir entre un contrôle juridictionnel *ex-ante* ou un contrôle *ex-post* des mesures de prévention ou de gestion de crise. Dans le premier cas ils doivent s'assurer de la rapidité de cette procédure et dans le second ils doivent exclure tout effet suspensif du recours. Encore faut-il souligner que le contrôle juridictionnel porte sur l'indemnisation éventuelle des actionnaires ou des créanciers, l'annulation des décisions de l'autorité de résolution étant en principe exclue.



## L. Les instruments de financement

### a) Instrument de soutien public en fonds propres

Le soutien public en fonds propres concerne les établissements qui ne sont pas soumis à une procédure de résolution. La directive offre en effet la possibilité, sous réserve du respect du régime des aides d'Etat, d'injecter temporairement des capitaux dans des établissements solvables qui ne peuvent avoir accès à des fonds privés. Cette forme de recapitalisation vise à combler les insuffisances de capitaux constatées lors des tests de résistance, des examens de la qualité d'actifs ou autres exercices menés par la BCE, l'ABE ou les autorités nationales. L'établissement bénéficiaire du soutien sera géré «sur une base commerciale et professionnelle» ce qui n'exclut pas en principe des changements dans la direction de l'établissement. Par ailleurs, conformément à la pratique de la Commission dans ce domaine, la prise de participation qui résulte de l'injection des capitaux est temporaire: l'Etat en question veille à ce que sa participation dans l'établissement «soit transférée au secteur privé dès que les conditions commerciales et financières le permettent».

### b) Dispositifs de financement pour la résolution

La directive exige que les Etats membres créent des fonds de résolution *ex-ante* afin de faciliter l'application des instruments de résolution. Ils peuvent néanmoins utiliser la même structure administrative que celle de leur dispositif de financement pour les besoins de leur système de garantie des dépôts.

### c) Conditions d'intervention des fonds

Les fonds de résolution fournissent un soutien temporaire aux établissements soumis à une procédure de résolution au moyen de prêts, garanties, achats d'actifs ou de capitaux pour les établissements-relais. Par ailleurs, dans le contexte du renflouement interne ils peuvent être utilisés pour indemniser les actionnaires ou les créanciers – si, et dans la mesure, où les pertes qu'ils auraient subies seraient plus importantes que celles qu'ils auraient subies dans le cadre d'une procédure normale d'insolvabilité, conformément au principe selon lequel aucun créancier ne peut être plus désavantagé.

Les dispositifs de financement pour la résolution ne servent pas directement à absorber les pertes d'un établissement soumis à une procédure de résolution. Il a cependant été question plus haut de situations dans lesquelles l'autorité de résolution peut exclure en tout ou en partie certains engagements de l'application des

pouvoirs de dépréciation ou de conversion (art. 44 par. 3). Ces pertes doivent en principe être répercutées sur les autres créanciers. Toutefois, le fonds de résolution pourra intervenir, dans des cas exceptionnels, pour couvrir les pertes qui n'ont pas été absorbées par les engagements éligibles et ramener à zéro la valeur de l'actif net de l'établissement soumis à une procédure de résolution ou acquérir des actions ou d'autres titres de propriété ou des instruments de fonds propres afin de recapitaliser cet établissement.

L'intervention du fonds de résolution est strictement encadrée, devant, entre autres conditions, respecter des seuils qui portent sur le bilan des établissements soumis à la procédure de résolution, voire même les ressources disponibles du fonds de résolution.

Deux seuils portent sur la contribution préalable des actionnaires, des créanciers et des personnes qui leur sont assimilées. Leur contribution ne peut être inférieure à 8% du total des passifs, fonds propres compris, de l'établissement soumis à une procédure de résolution ou, alternativement, à 20% des actifs pondérés en fonction du risque de l'établissement concerné, à condition toutefois que le dispositif de financement dispose de contributions *ex-ante* d'un montant au moins égal à 3% des dépôts couverts.

En outre, la contribution du fonds de résolution ne peut dépasser 5% du total des passifs, fonds propres compris, de l'établissement soumis à une procédure de résolution. L'autorité de résolution peut toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, «mobiliser des moyens de financement alternatifs» lorsque le plafond de 5% est atteint et que «tous les passifs non garantis et non privilégiés, autres que les dépôts éligibles, ont été dépréciés ou convertis intégralement».

#### d) Modalités de financement des fonds

Les fonds de résolution nationaux devront atteindre, d'ici 2025, un niveau cible d'au moins 1% des dépôts couverts de tous les établissements agréés sur leur territoire. Pour atteindre ce niveau les établissements de crédit devront verser des contributions annuelles calculées proportionnellement au montant de leur passif, hors fonds propres et dépôts couverts, et adaptées en fonction de leur profil de risque. La Commission pourra préciser par un acte délégué les critères en question. A noter enfin que la directive prévoit la possibilité de contributions *ex-post* et d'emprunts lorsque les moyens disponibles sont insuffisants pour couvrir les pertes, coûts et autres frais encourus en raison de l'utilisation des dispositifs de financement. La directive institue par ailleurs un mécanisme de mutualisation des dispositifs de financement nationaux en cas de résolution de groupe.

### III. Le Mécanisme de résolution unique (MRU) et le Fonds de résolution unique (FRU)

Le règlement (UE) no. 806/2014 du Parlement européen et du Conseil «établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) no. 1093/2010»<sup>3</sup> institue un système décisionnel centralisé, applicable aux «Etats membres participants». Cette centralisation, qui s'ajoute à la centralisation en matière de supervision bancaire, constitue le complément nécessaire pour l'application efficace des règles matérielles de la directive sur le redressement et la résolution.

#### A. Justification du mécanisme de résolution unique

Le préambule du règlement (cons. 10) met en évidence les insuffisances de la directive. Il s'agit d'abord de la marge d'appréciation des autorités nationales pour les recours aux instruments de résolution et l'utilisation des dispositifs nationaux de financement pour la résolution. Il s'agit ensuite du danger de prise de décisions distinctes et potentiellement divergentes sur la résolution des groupes transfrontaliers par les Etats membres. Enfin, et dans la mesure où la directive prévoit des dispositifs de financement nationaux, elle ne réduit pas suffisamment la dépendance des banques à l'égard des soutiens budgétaires nationaux et n'empêche pas complètement les Etats membres d'appliquer des approches différentes quant à l'utilisation des dispositifs de financement.

Le préambule (cons. 12) souligne que l'application uniforme de régime de résolution dans les Etats membres participants se trouvera renforcée. La création du MRU garantira une approche neutre pour le traitement des banques défaillantes et renforcera par conséquent la stabilité des banques des Etats membres participants et préviendra la propagation des crises aux Etats membres non-participants.

#### B. Les périmètres d'application du règlement (UE) 806/2014

Selon un parallélisme voulu, les périmètres d'application du règlement (UE) no. 806/2014 correspondent à ceux du règlement (UE) no. 1024/2013 du Conseil «confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> J.O. L 225/1 du 30.7.2014.

<sup>4</sup> JO L 287 du 29.10.2013, p. 63.

Le règlement sous examen adopte d'abord la notion d'Etats participants. Le règlement reprend par ailleurs à l'article 7 les critères de partage de compétences énoncés au règlement (UE) no. 1024/2013 précité. Ainsi la compétence du Conseil de résolution unique (CRU) porte d'une part sur les établissements les plus importants au sens de l'art. 6 par. 4 dudit règlement et, d'autre part, sur les établissements à l'égard desquels la BCE a décidé d'exercer elle-même directement toutes les compétences pertinentes. Les autorités nationales s'acquittent et sont responsables de toutes les mesures énoncées à la directive et reprises au règlement à l'égard des établissements restants. Toutefois, si la mesure de résolution exige le recours au Fonds de résolution unique, le CRU adopte le dispositif de résolution. A noter enfin les clauses passerelles prévues aux par. 4 et 5 de l'article 7.

### C. Système décisionnel

#### a) Structure générale

Le règlement institue un système décisionnel centralisé mais les pouvoirs de décision n'ont pas été confiés à un organe préexistant – la BCE ou la Commission. Il aurait été cependant logique de leur confier l'essentiel des pouvoirs de résolution, vu notamment le rôle du premier dans la supervision bancaire et du second dans le contrôle des aides publiques. Les Etats ont gardé un rôle déterminant, quoique indirect, sur le processus décisionnel, au terme d'une confrontation avec le Parlement; ils ont ainsi assuré leur représentation dans le cadre du Conseil de résolution unique (CRU) institué par le règlement. Le CRU est qualifié d'agence de l'Union, dotée de la personnalité juridique (art. 42). Il est permis toutefois de se demander si, vu ses pouvoirs réglementaires, l'agence en question respecte le principe de l'équilibre institutionnel découlant de la jurisprudence *Meroni*<sup>5</sup>.

#### b) Composition

La composition du CRU n'est pas sans rappeler celle du Conseil d'administration de la BCE. Sa composante supranationale est constituée du président et de quatre autres membres à temps plein – et sa composante nationale d'un membre par Etat participant qui «représente ses autorités de résolution nationales» (art. 43 par. c). A noter les devoirs d'indépendance énoncés à l'article 47, auxquels sont soumis tous les membres du CRU, avec il est vrai une plus grande insistance sur les devoirs de la composante supranationale. S'y ajoutent deux personnes sans droit de vote,

---

5 CJCE 13.6.1958, aff. 9/56.

désignées respectivement par la Commission et la BCE qui sont habilités à participer aux réunions du CRU en session plénière, en qualité d'observateur permanent. Le CRU se réunit en session plénière et en session exécutive – dans ce dernier cas avec seule sa composante supranationale.

### c) Prise de décisions

À la différence des décisions du Conseil d'administration de la BCE, le règlement introduit le critère des contributions au capital du Fonds pour la prise des décisions importantes par le CRU, réuni en session plénière. Ainsi, conformément à l'article 52:

- certaines décisions, telle la décision de recours au Fonds «sont prises à la majorité simple représentant au moins 30% des contributions»
- les décisions concernant la perception de contributions *ex post*, les emprunts volontaires entre dispositifs de financement, les moyens de financement alternatifs, ainsi que la mutualisation des dispositifs nationaux de financement au-delà des moyens financiers disponibles dans le Fonds «sont prises à la majorité des deux tiers des membres du CRU représentant au moins 50% des contributions pendant la période transitoire de huit ans avant la pleine mutualisation du Fonds, et à la majorité des deux tiers des membres du CRU représentant au moins 30% des contributions après cette période».

A noter toutefois les modalités spéciales introduites par le règlement, en lieu et place des dispositions de la directive, pour éviter l'impasse en matière de résolution des groupes. Le règlement prévoit ainsi que les délibérations en cette matière ont lieu au sein du CRU réuni en session exécutive élargie aux membres nommés par les Etats membres concernés. Si la formation élargie ne parvient pas à un «accord commun par consensus», la décision sera prise par la composante supranationale du CRU.

### D. Les pouvoirs du CRU

Le CRU adopte des plans de résolution après consultation avec la BCE ou les autorités nationales. Il peut être demandé à ces dernières qu'elles soumettent des projets de plans de résolution. Le CRU peut par ailleurs exiger des établissements concernés qu'ils l'aident à établir les plans et à les actualiser. À noter encore les pouvoirs du CRU en matière de résolvabilité des groupes. Si le CRU constate à l'issue d'une évaluation de résolvabilité qu'il existe d'importants obstacles il peut arrêter une décision donnant instruction aux autorités de résolution nationales d'exiger de l'établissement, de l'entreprise mère ou de toute filiale du groupe concerné qu'il prenne des mesures énoncées à l'article 10 par. 11, y compris des mesures com-

portant la modification de ses structures juridiques ou opérationnelles, la création d'une compagnie financière holding mère dans l'Union ou exiger de l'entité qu'elle émette des engagements éligibles au sens de l'article 12.

Le CRU adopte un dispositif de résolution après avoir constaté en consultation avec la BCE que «la défaillance de l'entité soumise à son autorité est avérée ou prévisible et il n'existe aucune perspective que d'autres mesures de nature privée ...ou des mesures prudentielles...empêchent sa défaillance dans un délai raisonnable» (art. 18 par. 1). Le dispositif soumet l'entité à une procédure de résolution, précise les instruments de résolution et les conditions de recours au Fonds, conformément à l'article 76 (cf. *infra*).

Les autorités de résolution nationales sont chargées de l'exécution du dispositif de résolution. Le CRU peut enfin donner des instructions aux autorités nationales afin qu'elles exercent les pouvoirs de dépréciation ou de conversion, s'il constate qu'une entité n'est plus viable, même si les conditions de déclenchement de la procédure de résolution ne sont pas réunies (art. 21 par. 8).

À noter enfin le système d'amendes et d'astreintes qui peuvent être imposées aux établissements qui refusent de fournir des renseignements, ou qui refusent de se soumettre à des enquêtes ou qui ne se conforment pas aux décisions que leur adresse le CRU.

### E. Le Fonds de résolution unique (FRU)

Le règlement sous examen instaure un Fonds de résolution unique. Un accord a par ailleurs été conclu par 25 Etats membres «concernant le transfert et la mutualisation des contributions au Fonds de résolution unique». Cet accord, daté du 14 mai 2014, a été circulé comme document du Conseil no. 8457/14 sous une rubrique «actes législatifs et autres instruments». Son existence est reconnue à l'article 67 du règlement, ce qui lui donne une présomption de compatibilité avec le droit de l'Union. Cela étant, l'accord pourrait être entaché de nullité dans la mesure où les Etats membres ne sont pas libres de conclure à volonté des accords dans le domaine des compétences de l'Union, comme le fit remarquer la Cour dans son arrêt *Pringle*<sup>6</sup>. L'accord met en place un dispositif permettant d'alimenter le Fonds pendant une période transitoire. Ce dispositif faisait partie de la proposition du règlement et a été soustrait par la suite, sur insistance de l'Allemagne. Dans ces conditions l'accord ne paraît pas empiéter sur les règles communes de l'Union.

Le Fonds de résolution unique est un fonds de solidarité alimenté par les contributions *ex ante* venant de chaque établissement et calculées en fonction de son

---

6 CJCE 27.11.2012, aff. C-370/12. Cf. aussi l'article de J.-V. Louis, «La difficile naissance du mécanisme européen de résolution des banques», éditorial, CDE 2014, 7.

passif, hors fonds propres. Le Fonds est composé au départ de compartiments nationaux – et sera complètement mutualisé au bout de 8 ans. L'Allemagne s'était opposée à cette mutualisation: elle n'avait sous sa tutelle qu'une seule grande banque tandis que la France en avait quatre.

Les moyens financiers du Fonds devraient atteindre au bout de huit ans un niveau cible de «1% du montant des dépôts couverts de l'ensemble des établissements de crédit agréés dans tous les Etats membres participants» (art. 69 par. 1). Cette formule devrait générer une somme de 55 milliards d'euros. Vu l'insuffisance évidente des contributions *ex ante* en cas de crise majeure, le règlement habilite le CRU à faire une demande d'emprunt volontaire ou faire appel aux marchés financiers, mais sans se prévaloir de la garantie des Etats. À noter enfin, qu'après de longues négociations dues aux réticences allemandes, le Conseil des gouverneurs du Mécanisme européen de stabilité a adopté le 8 décembre 2014 la résolution no. 4 approuvant une ligne directrice (*guideline*) qui permet sous certaines conditions la recapitalisation directe d'établissements financiers établis dans un Etat membre du MES. En définitive, le nouveau système impose la recapitalisation des banques avec des fonds privés, sans exclure toutefois les soutiens publics. Toutefois, le recours obligatoire à l'instrument de renflouement interne (*bail-in*) afin de prévenir l'aléa moral, risque de saper la confiance dans le système bancaire.





Γεώργιος Δ. Σωτηρόπουλος\*

## Ζητήματα σχετικά με τις προκαταβολές μετόχων για μελλοντική αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου και την εκπρόθεσμη καταβολή των εισφορών (γνωμ.)

### 1. ΙΣΤΟΡΙΚΟ

1.1. Τέθηκαν υπόψη μου από την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «ΑΒΓ Α.Ε.» (εφεξής: η «Εταιρία») τα ακόλουθα πραγματικά και νομικά περιστατικά:

1.2. Η Εταιρία συνεστήθη το έτος 2005 και εδρεύει στο Χαλάνδρι Αττικής. Η μετοχική σύνθεση της Εταιρίας προ της αποφασισθείσας αύξησης του μετοχικού της κεφαλαίου την 8.10.2012 είχε ως εξής (σε σύνολο 60.000 κοινών ονομαστικών μετοχών, ονομαστικής αξίας 1 ευρώ εκάστη):

α. ΠΣ 30.000 μετοχές.

β. ΙΑ 18.000 μετοχές.

γ. ΔΑ 6.000 μετοχές.

δ. ΑΑ 6.000 μετοχές,

1.3. Η Εταιρία την 8.10.2012 αποφάσισε την αύξηση του μετοχικού της κεφαλαίου κατά το ποσό των 6.537.208 ευρώ, έχοντας τηρήσει το σύνολο της τυπικής διαδικασίας που απαιτεί ο νόμος για τη σύγκληση και συγκρότηση σε σώμα της γενικής συνέλευσης των μετόχων. Η εν λόγω απόφαση λήφθηκε στο πλαίσιο έκτακτης επαναληπτικής γενικής συνέλευσης, στην οποία συμμετείχε μόνο ο μέτοχος ΠΣ.

1.4. Το ως άνω ποσό της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας είχε εν μέρει προκαταβληθεί από τους μετόχους από το έτος 2006 και μετά ως εξής:

(α) Ο μέτοχος ΠΣ είχε προκαταβάλει από το 2006 και μετά στην Εταιρία το συνολικό ποσό των 1.354.000 ευρώ (ο εν λόγω μέτοχος από το 2006 και μετά είχε επίσης προβεί σε επιπλέον καταβολές συνολικού ύψους 1.007.207,59 ευρώ, δαπανώντας το ποσό αυτό υπέρ θυγατρικής εταιρίας της Εταιρίας, όμως το ΔΣ της Εταιρίας κατά την πιστοποίηση της καταβολής της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου δεν έλαβε υπόψη του τις επιπλέον αυτές καταβολές, με την αιτιολογία ότι δεν έγιναν σε ειδικό τραπεζικό λογαριασμό της Εταιρίας).

(β) Ο μέτοχος ΙΑ είχε προκαταβάλει το 2006 στην Εταιρία το ποσό των 705.600 ευρώ.

---

\* Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος.

(γ) Ο μέτοχος ΔΑ είχε προκαταβάλει το 2006 στην Εταιρία το ποσό των 235.200 ευρώ.

(δ) Η μέτοχος ΑΑ είχε προκαταβάλει το 2006 στην Εταιρία το ποσό των 235.200 ευρώ.

1.5. Ως εκ τούτου, στο πρακτικό της από 8.10.2012 γενικής συνέλευσης της Εταιρίας αναγράφεται ότι:

(α) οι μέτοχοι της Εταιρίας ως προς τα ανωτέρω υπό α-δ ποσά έχουν ήδη από το 2006 ασκήσει το δικαίωμα προτίμησής τους και

(β) οι εκ μέρους των μετόχων προκαταβολές των ποσών αυτών έλαβαν χώρα υπό την αίρεση της λήψης αποφάσεως για αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας.

1.6. Η πρόθεση των μετόχων να χρησιμοποιηθούν τα ως άνω υπό α-δ ποσά για μελλοντική αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας αποτυπώνεται και στους ισολογισμούς της Εταιρίας, στους οποίους εμφανίζεται η λογιστική εγγραφή των ως άνω υπό α-δ ποσών στο παθητικό σκέλος του ισολογισμού, στα ίδια κεφάλαια της Εταιρίας και συγκεκριμένα στο λογαριασμό 43 ως «ποσά προοριζόμενα για μελλοντική αύξηση κεφαλαίου». Σημειώνεται επίσης ότι το σύνολο των ισολογισμών της Εταιρίας, στους οποίους έχουν καταχωρηθεί τα ανωτέρω ποσά, έχει υπογραφεί από τον ΙΑ υπό την ιδιότητά του ως Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της Εταιρίας.

1.7. Για το εναπομείναν (μετά τις ως άνω προκαταβολές) υπόλοιπο της αύξησης συνολικού ποσού 3.000.000 ευρώ δόθηκε η δυνατότητα στους παλαιούς μετόχους να ασκήσουν το δικαίωμα προτίμησης, που διαθέτουν, κατ' αναλογία του ποσοστού συμμετοχής τους στο μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας, εντός ενός (1) μηνός από τη δημοσίευση της προσκλήσεως της Εταιρίας προς τους μετόχους για την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης στο Τεύχος Α.Ε. – Ε.Π.Ε. και ΓΕΜΗ. Περαιτέρω, στο από 8.10.2012 πρακτικό της γενικής συνέλευσης ορίσθηκε ότι η καταβολή του ποσού της αύξησης, που αντιστοιχεί στο ποσό των 3.000.000 ευρώ, πρέπει να λάβει χώρα μέχρι την 9.1.2013. Το ως άνω δικαίωμα προτίμησης άσκησε μερικώς ο μέτοχος ΠΣ για το ποσό των 1.180.000 ευρώ με εμπρόθεσμη δήλωσή του προς την Εταιρία. Το εν λόγω ποσό των 1.180.000 ευρώ ο μέτοχος ΠΣ κατέβαλε πράγματι στον ειδικό προς τούτο τραπεζικό λογαριασμό της Εταιρίας από την 10.10.2012 μέχρι και την 1.2.2013. Από το συνολικό ποσό των 1.180.000 ευρώ, ποσό 1.007.207,59 ευρώ καταβλήθηκε εκπρόθεσμα την 1.2.2013, ήτοι μετά τη λήξη της προθεσμίας καταβολής.

1.8. Την 1.2.2013 συνεδρίασε το Διοικητικό Συμβούλιο της Εταιρίας με κύριο θέμα ημερησίας διάταξης την πιστοποίηση μερικής καταβολής της αποφασισθείσας την 8.10.2012 αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας. Κατά την ως άνω συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου αποφασίσθηκε η πιστοποίηση της καταβολής μέρους του ποσού της αύξησης κατά τα ποσά, που προκαταβλήθηκαν από τους μετόχους από το 2006 και μετά, και κατά το ποσό των 1.180.000 ευρώ, που καταβλήθηκε από το μέτοχο ΠΣ (μερικώς) εκπροθέσμως. Το από 1.2.2013 πρακτικό του

Διοικητικού Συμβουλίου της Εταιρίας υποβλήθηκε μαζί με τα σχετικά έγγραφα στην Περιφέρεια Αττικής μέσω του ΓΕΜΗ.

## 2. ΕΡΩΤΗΜΑΤΑ

Ενόψει των ανωτέρω μου τέθηκαν τα ακόλουθα ερωτήματα:

2.1. Συνιστούν οι προκαταβολές των μετόχων από το έτος 2006 και μετά καταβολές υπό την αίρεση της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας;

2.2. Η εκ μέρους των μετόχων προκαταβολή ποσών προοριζόμενων για μελλοντική αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου συνιστά ταυτόχρονα και δήλωσή τους περί ασκήσεως του δικαιώματος προτίμησης ως προς τα κατατιθέμενα από αυτούς ποσά;

2.3. Είναι έγκυρη η καταβολή ποσού για αύξηση μετοχικού κεφαλαίου σε χρόνο μεταγενέστερο της καταληκτικής ημερομηνίας καταβολής, όπως αυτή καθορίστηκε με την απόφαση της γενικής συνέλευσης των μετόχων της Εταιρίας;

## 3. ΑΠΑΝΤΗΣΗ

### 3.1. Επί του πρώτου ερωτήματος

Στο άρθρ. 11 παρ. 6 Κ.Ν. 2190/1920 προβλέπεται ρητά η δυνατότητα καταθέσεων μετόχων με προορισμό τη μελλοντική αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου. Οι λεγόμενες και «προκαταβολές» έναντι μελλοντικών αυξήσεων του μετοχικού κεφαλαίου θα πρέπει – για να είναι νόμιμες – να γίνονται σε μετρητά σε ειδικό λογαριασμό της εταιρίας, που τηρείται σε οποιοδήποτε πιστωτικό ίδρυμα το οποίο λειτουργεί νόμιμα στην Ελλάδα, εκτός κι αν η καταβολή έγινε με έναν από τους τρόπους που προβλέπονται στο β' εδ. της παρ. 6 του άρθρ. 11 Κ.Ν. 2190/1920, όπως το εδάφιο αυτό προστέθηκε με το άρθρ. 17 Ν. 3604/2007. Στην προκειμένη περίπτωση οι προκαταβολές των μετόχων της Εταιρίας έγιναν με τον «κλασικό» τρόπο, ήτοι με κατάθεση σε ειδικό τραπεζικό λογαριασμό, που άλλωστε ήταν και ο μοναδικός προβλεπόμενος στο νόμο τρόπος το έτος 2006 (ήτοι πριν την τροποποίηση του άρθρ. 11 παρ. 6 Κ.Ν. 2190/1920 με το άρθρ. 17 Ν. 3604/2007), όταν πραγματοποιήθηκαν (κατά το μεγαλύτερο μέρος τους) οι προκαταβολές.

Ο θεσμός των προκαταβολών έναντι μελλοντικών αυξήσεων είναι ιδιαίτερα χρήσιμος στην πράξη, καθώς μέσω αυτού μπορεί άμεσα η εταιρία να αντλήσει ρευστότητα από τους μετόχους της με τη μορφή ιδίων κεφαλαίων, που αποτελούν μια υγιή μορφή εξωτερικής χρηματοδότησης και στη συνέχεια ακολουθούν οι τυπικές διαδικασίες της λήψης απόφασης από τη γενική συνέλευση για την αύξηση, η έκδοση της τυχόν απαιτούμενης εγκριτικής πράξης της Διοίκησης, η καταχώρηση στο ΓΕΜΗ κ.λπ. (Περάκης, Η προκαταβολή του κεφαλαίου ανώνυμης εταιρείας, ΔΕΕ 2011, σ. 871

επ.). Ειδικά για το χρόνο προ της τροποποίησης του Κ.Ν. 2190/1920 με το Ν. 3604/2007 και της μέσω αυτής της νομοθετικής μεταβολής επεληθούσας απομείωσης της κρατικής εποπτείας επί των ανωνύμων εταιριών, η σημασία των προκαταβολών έναντι μελλοντικών αυξήσεων ήταν μεγάλη, καθώς η αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου αποτελούσε πάντοτε (εκτός από τις περιπτώσεις της λεγόμενης «έκτακτης» αύξησης του άρθρ. 13 παρ. 1 Κ.Ν. 2190/1920) τροποποίηση του καταστατικού, για την οποία απαιτείτο η έκδοση εγκριτικής πράξης της αρμόδιας εποπτεύουσας Αρχής.

Τα ποσά, που καταβάλλουν οι μέτοχοι έναντι μελλοντικών αυξήσεων του μετοχικού κεφαλαίου, καταχωρούνταν σύμφωνα με το προϊσχύσαν ΕΓΛΣ λογιστικά στο λογαριασμό 43 των ιδίων κεφαλαίων, στο παθητικό σκέλος του ισολογισμού, όπως έχει συμβεί και στην υπό κρίση περίπτωση, και με την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, όταν αυτή ολοκληρωθεί, ο λογαριασμός 43 μηδενίζεται (χρεώνεται) και αυξάνεται (πιστώνεται) ισόποσα ο λογαριασμός 40, που αφορά το καταβεβλημένο μετοχικό κεφάλαιο. Η εγγραφή αυτή των προκαταβολών στα ίδια κεφάλαια έχει στόχο τη λογιστική και νομική δέσμευση των ποσών αυτών, τα οποία δεν επιτρέπεται να διανεμηθούν στους μετόχους ως μέρισμα. Επιπλέον, μέσω της εγγραφής αυτής γνωστοποιείται στους τρίτους, που διαβάζουν τον ισολογισμό, ότι ήδη έχουν εισπρεύσει στην εταιρία αντίστοιχα ποσά, τα οποία λογιστικά, αν και δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί τυπικά η διαδικασία αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου, επιτελούν ήδη λειτουργία οιονεί μετοχικού κεφαλαίου, η δε αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, όταν θα ολοκληρωθεί τυπικά, θα επιφέρει μια απλή λογιστική αναδιάρθρωση των ιδίων κεφαλαίων, όπως ήδη αναφέρθηκε. Δηλ. ήδη με τη διενέργεια των προκαταβολών δημιουργείται μία μη αναστρέψιμη κατάσταση, με την έννοια ότι οι καταβαλλόντες μέτοχοι δεν έχουν δικαίωμα να ζητήσουν την επιστροφή των χρημάτων τους παρά μόνο εάν η γενική συνέλευση απορρίψει την πρόταση για την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, οπότε και θα αναζητήσουν τις προκαταβολές με βάση τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού «για αιτία, που δεν επακολούθησε» (*Περάκης*, ό.π., ΔΕΕ 2011, σ. 873 επ.).

Σχετικά με τη νομική φύση των προκαταβολών των μετόχων θα πρέπει να παρατηρηθούν τα εξής: κατά το χρόνο πραγματοποίησης των προκαταβολών, δεν υφίσταται γεγεννημένη αξίωση της εταιρίας κατά των μετόχων και ως εκ τούτου οι προκαταβολές δεν μπορούν να θεωρηθούν περίπτωση προεξόφλησης κατά την έννοια του άρθρ. 324 ΑΚ (*Περάκης*, ό.π., ΔΕΕ 2011, σ. 871). Οι προκαταβολές δίδονται προς εκπλήρωση μιας συναπτόμενης σιωπηρά μεταξύ της εταιρίας και των υποψήφιων μετόχων σύμβασης ανάληψης των μετοχών, η οποία τελεί υπό την αναβλητική αίρεση της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου. Στην κλασική αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου πρώτα αποφασίζεται η αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, στη συνέχεια ακολουθεί η κάλυψη της αύξησης (ανάληψη των μετοχών) από μετόχους ή τρίτους και στο τέλος γίνεται η καταβολή από τους καλύψαντες του ποσού της αύξησης. Η σύμβαση ανάληψης αποτελεί μια ιδιόμορφη οιονεί αμφοτεροβαρή σύμβαση

μεταξύ εταιρίας και μετόχου, η οποία διέπεται από τις διατάξεις του εταιρικού δικαίου και επικουρικά από τις γενικές διατάξεις του αστικού κώδικα για την ανώμαλη εξέλιξη των ενοχών, στο βαθμό που αυτές συμβιβάζονται με τις διατάξεις και το σύστημα του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας (*Γεωργακόπουλος*, Το Δίκαιον των Εταιριών, τόμος δεύτερος, Η Ανώνυμη Εταιρία, Μέρος Α', 1972, σ. 195, *Παμπούκης*, Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρίας, τεύχος δεύτερο, β' έκδ., 1994, σ. 73–74, *Λιακόπουλος*, Από την αστική στην κεφαλαιουχική εταιρία, 2000, σ. 41, *Βερβεσός*, εις ΔικΑΕ [επ. ύλ. Ε. Περάκης], γ' έκδ., 2010, τομ. Ι, άρθρ. 8 αρ. 16 επ., *Τουντόπουλος*, Ζητήματα από τη σύμβαση ανάληψης μετοχών κατά την αύξηση μετοχικού κεφαλαίου ανώνυμης εταιρείας, ΕπισκεΔ 2006, σ. 962 επ., ΕφΠειρ 907/2005 ΔΕΕ 2005, 1185 επ., ΕφΑθ 6048/2005 ΔΕΕ 2006, 174). Με τη σύμβαση ανάληψης ο υποψήφιος μέτοχος δηλώνει την ανάληψη συγκεκριμένου αριθμού μετοχών, αναλαμβάνει την υποχρέωση καταβολής της εισφοράς, που αντιστοιχεί στις αναλαμβανόμενες μετοχές, και δηλώνει την υπαγωγή του στο καταστατικό της εταιρίας, ενώ από πλευράς της συμβαλλήμενης εταιρίας αναλαμβάνεται η υποχρέωση να δημιουργηθεί η μετοχική σχέση πρωτογενώς στο πρόσωπο του αντισυμβαλλομένου της υποψήφιου μετόχου. Η καταβολή της εισφοράς συνιστά την εκπλήρωση της αναληφθείσας με τη σύμβαση ανάληψης υποχρέωσης του υποψήφιου μετόχου να καταβάλει εισφορά συγκεκριμένου είδους και ύψους (*Τριανταφυλλιάκης*, εις ΔικΑΕ [επ. ύλ. Ε. Περάκης], γ' έκδ., 2010, τομ. Ι, άρθρ. 13 & 13α αρ. 225, *Βερβεσός*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 8 αρ. 18).

Θα πρέπει να παρατηρηθεί, ότι και στην κλασική αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, όπως περιγράφηκε παραπάνω, η σύμβαση ανάληψης και η προς εκπλήρωση αυτής πραγματοποιούμενη καταβολή της εισφοράς γίνονται υπό την αίρεση της ολοκλήρωσης της διαδικασίας αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου (το ίδιο συμβαίνει και στην ίδρυση της ανώνυμης εταιρίας, όταν το μετοχικό κεφάλαιο καλύπτεται [και ενδεχομένως καταβάλλεται] πριν την ίδρυση, όπως απαιτεί ο νόμος, οπότε και πάλι η σύμβαση ανάληψης των μετοχών από τους ιδρυτές ή τρίτους και η καταβολή των εισφορών τελεί υπό την αναβλητική αίρεση της σύστασης της εταιρίας, έτσι *Γεωργακόπουλος*, Το Δίκαιον των Εταιριών, ό.π., σ. 217, *Περάκης*, ό.π., ΔΕΕ 2011, σ. 872, *Παμπούκης*, Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρίας, ό.π., σ. 109, *Λινάρης*, εις ΔικΑΕ [επ. ύλ. Ε. Περάκης], γ' έκδ., 2010, τομ. Ι, άρθρ. 11 αρ. 8, βλ. και *Πασσιά*, Το δίκαιον της ανωνύμου εταιρείας, τομ. Α', 1955, σ. 148 επ.). Όπως είναι γνωστό, η καταχώρηση στο ΓΕΜΗ της απόφασης της καταστατικής γενικής συνέλευσης για την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου έχει συστατικό χαρακτήρα (arg. από άρθρ. 13 παρ. 4 στοιχ. β' Κ.Ν. 2190/1920, *Ν. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, 7η έκδ., 2012, σ. 241). Ειδικά όταν απαιτείται η έκδοση ατομικής διοικητικής πράξης, που να εγκρίνει την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, η καταχώρηση στο ΓΕΜΗ μπορεί να καθυστερήσει. Οι εν τω μεταξύ συναφθείσες συμβάσεις ανάληψης και οι καταβολές των υποψήφιων μετόχων δεν δημιουργούν τη μετοχική ιδιότητα στο πρόσωπο αυτών, καθώς δεν υπάρχει ακόμη στο νομικό κόσμο η αύξηση του μετοχικού κε-

φαλαίου (*N. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., σ. 360). Όταν η τελευταία αποκτήσει νομική υπόσταση (από το χρονικό σημείο της καταχώρησης στο ΓΕΜΗ), τότε θα δημιουργηθεί πρωτογενώς η μετοχική ιδιότητα στο πρόσωπο των υποψήφιων μετόχων. Εάν για οποιονδήποτε λόγο δεν πραγματοποιηθεί η καταχώρηση στο ΓΕΜΗ, οι καλύψαντες την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου δεν θα καταστούν μέτοχοι, έστω κι αν έχουν καταβάλει τις σχετικές εισφορές. Συνεπώς σε κάθε περίπτωση η σύμβαση ανάληψης, ως σύμβαση θεμελιούσα τη μετοχική ιδιότητα, τελεί υπό την αναβλητική αίρεση ολοκλήρωσης της διαδικασίας αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου. Γι' αυτό το λόγο στο άρθρ. 11 παρ. 4 Κ.Ν. 2190/1920, όπως η διάταξη τροποποιήθηκε με το άρθρ. 17 Ν. 3604/2007, προβλέπεται, ότι η μηνιαία παράταση για την καταβολή της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου δεν ξεκινά πριν την καταχώρηση της αύξησης στο ΓΕΜΗ, ούτως ώστε να δοθεί η δυνατότητα στους υποψήφιους μετόχους, εφόσον το επιθυμούν, να καθυστερήσουν την καταβολή της εισφοράς μέχρι να είναι βέβαιοι για την υλοποίηση της αύξησης και την απόκτηση της μετοχικής ιδιότητας (*Σωτηρόπουλος*, Οι νέες ρυθμίσεις του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας σχετικά με την αύξηση και τη μείωση του μετοχικού κεφαλαίου μετά το Ν. 3604/2007, *ΕπισκεΔ* 2008, σ. 438 επ.).

Ανάλογα ισχύουν και ως προς τις λεγόμενες καταθέσεις μετόχων έναντι μελλοντικής αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου: η *causa* των καταθέσεων αυτών είναι η σιωπηρά συναπτόμενη μεταξύ της εταιρίας και των υποψήφιων μετόχων σύμβαση ανάληψης, η οποία, όπως και οι καταθέσεις, τελεί υπό την αναβλητική αίρεση της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου (έτσι *Περάκης*, ό.π., ΔΕΕ 2011, σ. 872 επ., *Λιακόπουλος*, ό.π., σ. 57, *Ρέππας*, Οφειλή ή μη χαρτοσήμου στις καταθέσεις χρημάτων για μελλοντική αλλήλ μη πραγματοποιηθείσα αύξηση του κεφαλαίου τους, ΔΦΝ 2003, σ. 584). Η σύμβαση ανάληψης με την εταιρία καταρτίζεται σιωπηρά μέσω της αποδοχής από την εταιρία των προκαταβολών εκ μέρους των μετόχων, η δε διάκριση μεταξύ σύμβασης ανάληψης και (προ)καταβολής υφίσταται νομικά ακόμη κι αν αυτές ταυτίζονται χρονικά (*Τριανταφυλλιάκης*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 13 & 13α αρ. 225). Επιπλέον, όπως γίνεται δεκτό και στο αστικό δίκαιο, δεν αποκλείεται η προκαταβολή μιας μη ακόμη γεγεννημένης οφειλής ως εκπλήρωση υπό την αναβλητική αίρεση γένεσης του χρέους (*Περάκης*, ό.π., ΔΕΕ 2011, σ. 872, *Βουζίκας*, ΕρμΑΚ Εισαγ. 806–809 αρ. 43, *Λιακόπουλος*, ό.π., σ. 5, *Απ. Γεωργιάδης*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, 2001, σ. 8, *Αυγητίδης*, εις Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 2010, άρθρ. 806–809 αρ. 17). Το ότι η σύμβαση ανάληψης έχει συναφθεί (και οι καταθέσεις έχουν γίνει) πριν τη λήψη της απόφασης της γενικής συνέλευσης για την αύξηση, ουδόλως διαφοροποιεί νομικά την περίπτωση αυτή από εκείνη της σύναψης της σύμβασης ανάληψης (και της πραγματοποίησης των καταβολών) μετά τη λήψη της απόφασης για την αύξηση από τη γενική συνέλευση, αλλήλ πριν την καταχώρηση αυτής στο ΓΕΜΗ, καθώς και στις δύο περιπτώσεις δεν υπάρχει ακόμη υποστατή αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, οπότε και στις δύο περιπτώσεις η σύμβαση ανά-



ληψης (και οι ενδεχόμενες καταβολές) τελεί υπό αναβλητική αίρεση (*N. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., σ. 360. Βλ. και *Περάκη*, ό.π., ΔΕΕ 2011, σ. 872).

Από τα παραπάνω συνάγεται το συμπέρασμα ότι οι προκαταβολές των μετόχων της Εταιρίας από το έτος 2006 και μετά αποτελούν καταβολές υπό την αίρεση της απόφασης για αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας, η οποία αίρεση πληρώθηκε τον Οκτώβριο του 2012.

### 3.2. Επί του δεύτερου ερωτήματος

Το δικαίωμα προτίμησης κατά την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου αποτελεί ένα ιδιαίτερης σημασίας ατομικό δικαίωμα του κάθε μετόχου, καθώς μέσω αυτού διασφαλίζει, εφόσον το ασκήσει, τη διατήρηση του ποσοστού του στο μετοχικό κεφάλαιο και εμποδίζει τη διατάραξη της μετοχικής ισορροπίας (*N. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., σ. 450, *Τριανταφυλλάκης*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 13 & 13α αρ. 177 επ.). Τα της άσκησης του δικαιώματος προτίμησης ρυθμίζονται στο άρθρ. 13 παρ. 7 επ. Κ.Ν. 2190/1920. Το δικαίωμα προτίμησης ασκείται εντός της προθεσμίας, την οποία όρισε το όργανο της εταιρίας (συνήθως η γενική συνέλευση), που αποφάσισε την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου (άρθρ. 13 παρ. 8 Κ.Ν. 2190/1920), η δε πρόσκληση και η γνωστοποίηση της προθεσμίας άσκησης του δικαιώματος προτίμησης μπορούν να παραλειφθούν, εφόσον στη γενική συνέλευση παρέστησαν όλοι οι μέτοχοι και έλαβαν γνώση της προθεσμίας άσκησης ή δήλωσαν την απόφασή τους για την από αυτούς άσκηση ή μη του δικαιώματος προτίμησης. Μάλιστα η δημοσίευση της πρόσκλησης μπορεί να αντικατασταθεί με συστημένη επιστολή εφόσον όλες οι μετοχές είναι ονομαστικές (άρθρ. 13 παρ. 9 Κ.Ν. 2190/1920).

Από τις παραπάνω διατάξεις και γενικά από την όλη ρύθμιση του δικαιώματος προτίμησης προκύπτει ότι στόχος του νομοθέτη είναι να εξασφαλιστεί η πραγματική ενημέρωση των μετόχων για την ύπαρξη και τον τρόπο άσκησης του. Όταν οι μέτοχοι έχουν ενημερωθεί και πολύ περισσότερο, όταν έχουν ήδη ασκήσει το δικαίωμα προτίμησης, οποιαδήποτε ενημέρωσή τους είναι περιττή (*Σωτηρόπουλος*, ό.π., ΕπισκεΔ 2008, σ. 435). Στην κλασική διαδικασία αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου από τη γενική συνέλευση, η τελευταία ορίζει και την προθεσμία άσκησης του δικαιώματος προτίμησης, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη των 15 ημερών (άρθρ. 13 παρ. 8 Κ.Ν. 2190/1920), όπως επίσης η γενική συνέλευση ορίζει και την προθεσμία καταβολής της εισφοράς του κάθε μετόχου σύμφωνα με το άρθρ. 11 παρ. 3 Κ.Ν. 2190/1920. Ο μέτοχος ή θα ασκήσει το δικαίωμα προτίμησης μέσα στην προθεσμία που τάσσει η γενική συνέλευση ή μπορεί να το ασκήσει (ή να δηλώσει ότι δεν το ασκεί) και ενώπιον της γενικής συνέλευσης, πράγμα που προβλέπεται ρητά ως δυνατότητα στο άρθρ. 13 παρ. 9 Κ.Ν. 2190/1920.

Η άσκηση του δικαιώματος προτίμησης γίνεται μέσω σχετικής δήλωσης του μετόχου προς την εταιρία, με την οποία ο μέτοχος ορίζει εάν το ασκεί στο σύνολό του

ή μερικώς. Η δήλωση αυτή συνιστά δήλωση δικαιοπρακτικής βούλησης προς την εταιρία και μέσω αυτής καταρτίζεται η σύμβαση ανάληψης των νέων μετοχών μεταξύ μετόχου και εταιρίας (*Γεωργακόπουλος*, Το Δίκαιον των Εταιριών, ό.π., σ. 383 επ., *Ν. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π, σ. 451, *Τριανταφυλλιάκης*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 13 & 13α αρ. 220 επ., *Παμπούκης*, Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρίας, ό.π., σ. 193 επ., ο ίδιος, Για το δικαίωμα προτίμησης στην έκδοση νέων μετοχών, Αρμ 1986, 778, *Λιναρίτης*, Η ελληνωματική καταβολή στην αύξηση του κεφαλαίου με χρηματικές εισφορές, ΕπισκΕΔ 2010, 372. Ο *Πασσιάς* [ό.π., σ. 302] θεωρεί ότι η άσκηση του δικαιώματος προτίμησης γίνεται με μονομερή δικαιοπραξία του μετόχου, με την οποία αναλαμβάνει τις νέες μετοχές). Η εταιρία με την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου απευθύνει προς τους μετόχους πρόταση (η πρόταση αυτή δεν γίνεται υποχρεωτικά μέσω της «πρόσκλησης» για την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης, για την οποία γίνεται λόγος στο άρθρ. 13 παρ. 9 Κ.Ν. 2190/1920, καθώς η πρόσκληση αυτή μπορεί να παραλειφθεί, όπως στην ίδια τη διάταξη προβλέπεται. Στην ουσία η πρόταση εκ μέρους της εταιρίας εμπεριέχεται στην ίδια την απόφαση για την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου και απλά η «πρόσκληση» είναι ένα από τα προβλεπόμενα μέσα γνωστοποίησης της πρότασης προς κατάρτιση σύμβασης ανάληψης μετοχών κατά την έννοια του άρθρ. 185 ΑΚ και μάλιστα η εταιρία δεσμεύεται καθ' όλη τη διάρκεια της προθεσμίας για την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης να μη διαθέσει τις μετοχές σε τρίτους (βλ. άρθρ. 13 παρ. 8 Κ.Ν. 2190/1920). Ο μέτοχος, ασκώντας με δήλωσή του το δικαίωμα προτίμησης εντός της ταχθείσας προθεσμίας, αποδέχεται την πρόταση της εταιρίας κατά την έννοια του άρθρ. 189 ΑΚ και έτσι συνάπτεται – από το χρόνο περιέλευσης στην εταιρία της δήλωσης άσκησης του δικαιώματος προτίμησης (άρθρ. 192 ΑΚ) – η σύμβαση ανάληψης για τις μετοχές που προσδιορίζει ο μέτοχος με τη δήλωσή του (όλες ή κάποιες, τις οποίες αφορά το δικαίωμα προτίμησης) (*Γεωργακόπουλος*, Το Δίκαιον των Εταιριών, ό.π., σ. 383 επ., *Τριανταφυλλιάκης*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 13 & 13α αρ. 220 επ., *Παμπούκης*, Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρίας, ό.π., σ. 193 επ., ΝΣυμβΥπΕμπ 62/1968 ΕΕμπΔ 1969, 456).

Μετά την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης, ο μέτοχος δεσμεύεται και δεν μπορεί να υπαναχωρήσει, καθώς έχει μέσω αυτής καταρτισθεί σύμβαση (η σύμβαση ανάληψης των μετοχών), πράγμα που ισχύει ακόμη περισσότερο, εάν ο μέτοχος εκπληρώσει τη σύμβαση ανάληψης καταβάλλοντας την εισφορά του (*Τριανταφυλλιάκης*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 13 & 13α αρ. 228, *Τουντόπουλος*, ΕπισκΕΔ 2006, σ. 962 επ., *Λιναρίτης*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 11 αρ. 39). Μάλιστα θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι μέτοχοι, που έχουν προβεί σε προκαταβολές, είναι υποχρεωμένοι να ψηφίσουν στην πραγματοποιηθείσα γενική συνέλευση θετικά υπέρ της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου, καθώς σε αντίθετη περίπτωση θα μπορούσαν να μатаιώσουν την αύξηση και να λάβουν πίσω τα προκαταβληθέντα ποσά, καταστρατηγώντας τη συναφθείσα σύμβαση ανάληψης των μετοχών που έχουν συνάψει με την εταιρία.

Όπως ήδη έχει αναφερθεί κατά την απάντηση επί του πρώτου ερωτήματος, η σύμβαση ανάληψης των μετοχών και ως εκ τούτου και η αποτελούσα τμήμα αυτής δικαιοπρακτική δήλωση του μετόχου για την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης, με την οποία καταρτίζεται η σύμβαση ανάληψης, τελούν (όπως και η τυχόν καταβολή της εισφοράς) υπό την αίρεση της ολοκλήρωσης της διαδικασίας αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου, εάν κατά το χρόνο πραγματοποίησής τους δεν έχει ακόμη καταχωρηθεί στο ΓΕΜΗ η απόφαση της γενικής συνέλευσης για την αύξηση. Αλλά κι αν ακόμη έχει καταχωρηθεί και έχει αποκτήσει νομική υπόσταση, πάλι δεν αποκλείεται οι ως άνω πράξεις (άσκηση δικαιώματος προτίμησης, σύναψη σύμβασης ανάληψης, καταβολή εισφοράς) να εξακολουθούν να τελούν υπό αιρέσεις και ειδικότερα, ότι θα καθυφθεί το σύνολο του ποσού της αύξησης (εκτός κι αν προβλέπεται στην απόφαση της γενικής συνέλευσης η δυνατότητα μερικής κάλυψης σύμφωνα με το άρθρ. 13α Κ.Ν. 2190/1920), καθώς και ότι θα καταβληθούν οι εισφορές από τους αναλαμβάνοντες τις νέες μετοχές, καθώς σε αντίθετη περίπτωση ανατρέπεται η αύξηση και αναπροσαρμόζεται το ποσό του μετοχικού κεφαλαίου στο προ της αύξησης ύψος με απόφαση του ΔΣ (άρθρ. 11 παρ. 5 Κ.Ν. 2190/1920) (βλ. σχετ. ΝΣυμβΥπΕμπ 62/1968 ΕΕμπΔ 1969, 456).

Στην περίπτωση της προκαταβολής έναντι μελλοντικής αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου, που ενδιαφέρει εν προκειμένω, το τοπίο διαμορφώνεται ως εξής: όπως ήδη έχει αναφερθεί, κατά την απάντηση επί του πρώτου ερωτήματος, και στην περίπτωση της προκαταβολής καταρτίζεται μεταξύ μετόχου και εταιρίας σύμβαση ανάληψης νέων μετοχών, προς εκπλήρωση της οποίας ο μέτοχος προβαίνει στην προκαταβολή. Τόσο η σύμβαση ανάληψης όσο και η προκαταβολή τελούν υπό την αίρεση ολοκλήρωσης στο μέλλον της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου, όπως γίνεται δεκτό και στη θεωρία. Άλλωστε, το στοιχείο της «εκκρεμότητας» (νομικά: αίρεσης) ενυπάρχει, όπως ήδη έχει εκτεθεί, και στην κλασική αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, όπου η σύμβαση ανάληψης και η καταβολή της εισφοράς λαμβάνουν χώρα μετά τη λήψη της απόφασης από τη γενική συνέλευση για την αύξηση του κεφαλαίου, έστω κι αν η απόφαση έχει αποκτήσει νομική υπόσταση μέσω της καταχώρησής της στο ΓΕΜΗ. Στη σιωπηρά καταρτιζόμενη σύμβαση ανάληψης των μετοχών εμπεριέχεται νομικά και η δήλωση για την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης: ο μέτοχος, προκαταβάλλοντας την εισφορά, ασκεί συγχρόνως το δικαίωμα προτίμησης ως προς ορισμένο αριθμό νέων μετοχών, τις οποίες και αφορά η προκαταβολή, και έτσι καταρτίζεται (μέσω και της αποδοχής από την εταιρία της προκαταβολής και της εγγραφής αυτής στα λογιστικά της βιβλία) η σύμβαση ανάληψης των νέων μετοχών. Δηλ. η χρονική αλληλουχία των γεγονότων στην περίπτωση της προκαταβολής είναι αντίστροφη: πρώτα πραγματοποιείται η προκαταβολή, η οποία εμπεριέχει και δήλωση δικαιοπρακτικής βούλησης προς την εταιρία για την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης και την κατάρτιση της σύμβασης ανάληψης των νέων μετοχών (πρόταση προς κατάρτιση σύμβασης). Με την αποδοχή από την εταιρία της

προκαταβολής, η εταιρία αποδέχεται την πρόταση του μετόχου και καταρτίζεται σύμβαση ανάληψης υπό αίρεση (της ολοκλήρωσης της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου). Οποιαδήποτε άλλη εκδοχή θα οδηγούσε σε παράδοξα νομικά αποτελέσματα: είναι δυνατό στην περίπτωση της προκαταβολής να θεωρηθεί ότι ο μέτοχος δεν έχει ασκήσει ήδη με την προκαταβολή το δικαίωμα προτίμησης; Εάν γινόταν δεκτό το αντίθετο (ότι δηλ. δεν το έχει ασκήσει), θα πρέπει να γίνει αναγκαστικά δεκτό, ότι έχει τη διακριτική ευχέρεια να το ασκήσει στο μέλλον μετά τη λήψη της απόφασης από τη γενική συνέλευση για την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου. Το αποτέλεσμα μίας τέτοιας ερμηνείας θα ήταν να μπορεί ο μέτοχος να πάρει την εισφορά του πίσω ματαιώνοντας την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου. Κάτι τέτοιο θα έπληττε τα συμφέροντα της εταιρίας και των τρίτων, καθώς μέσω της προκαταβολής και της λογιστικής της αποτύπωσης στα ίδια κεφάλαια γνωστοποιείται στους τρίτους η οριστική εισροή στην εταιρία αντίστοιχων περιουσιακών στοιχείων, στα οποία πλέον οι εισφέροντες μέτοχοι δεν έχουν καμία εξουσία. Δηλ. θα ήταν ασυμβίβαστο όχι μόνο με γενικές αρχές του δικαίου των συμβάσεων, αλλά και με θεμελιώδεις αρχές του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας οι εισφέροντες μια εισφορά για αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου να μπορούν να προκαλούν την επιστροφή της (*Τριανταφυλλιάκης*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 13 & 13α αρ. 228). Άλλωστε, θα ήταν παράλογο να θεωρήσει κανείς ότι κάποιος μέτοχος προβαίνει σε προκαταβολές έναντι μελλοντικής αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου χωρίς μέσω των προκαταβολών αυτών να δηλώνεται συγχρόνως η βούλησή του να αναλάβει αντίστοιχες μετοχές. Ακριβώς η νομική *causa* αυτών των προκαταβολών είναι η σύμβαση ανάληψης των μετοχών, τμήμα της οποίας είναι η δήλωση περί ασκήσεως του δικαιώματος προτίμησης.

Από τα ανωτέρω συνάγεται το συμπέρασμα ότι η εκ μέρους των μετόχων προκαταβολή ποσών προοριζόμενων για μελλοντική αύξηση κεφαλαίου εμπεριέχει ταυτόχρονα και δήλωσή τους περί ασκήσεως του δικαιώματος προτίμησης ως προς τα κατατιθέμενα από αυτούς ποσά.

### 3.3. Επί του τρίτου ερωτήματος

Στο άρθρ. 11 παρ. 3 Κ.Ν. 2190/1920, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρ. 17 Ν. 3604/2007, προβλέπεται ο καθορισμός προθεσμίας καταβολής για την πραγματοποίηση των εισφορών στο πλαίσιο αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου, η οποία προθεσμία καθορίζεται από το όργανο, που αποφασίζει την αύξηση, και κυμαίνεται μεταξύ δεκαπέντε ημερών και τεσσάρων μηνών με δυνατότητα παράτασης για έναν ακόμη μήνα με απόφαση του ΔΣ, όταν η αύξηση γίνεται με τροποποίηση του καταστατικού (άρθρ. 11 παρ. 3 Κ.Ν. 2190/1920, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρ. 17 Ν. 3604/2007). Το ΔΣ της εταιρίας οφείλει εντός μηνός μετά τη λήξη της προθεσμίας καταβολής να πιστοποιήσει με σχετική απόφασή του την καταβολή (άρθρ. 11 παρ. 2 Κ.Ν. 2190/1920, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρ. 17 Ν. 3604/2007), το δε πρα-

κτικό του ΔΣ πρέπει να υποβληθεί εντός 20 ημερών στην αρμόδια εποπτεύουσα Αρχή (άρθρ. 11 παρ. 5 Κ.Ν. 2190/1920, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρ. 17 Ν. 3604/2007). Στόχος των διατάξεων αυτών είναι να διασφαλιστεί η καταβολή του ποσού της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου. Στο άρθρ. 11 παρ. 5 Κ.Ν. 2190/1920 προβλέπεται επίσης ότι η μη εμπρόθεσμη καταβολή του κεφαλαίου δημιουργεί υποχρέωση στο ΔΣ να επαναφέρει το κεφάλαιο με απόφασή του στο πριν από την αύξηση ποσό, ακόμη και με τροποποίηση του καταστατικού, εφόσον η αύξηση είχε γίνει με αυτόν τον τρόπο, μέχρι το τέλος της χρήσης εντός της οποίας έληξε η προθεσμία καταβολής, μάλιστα δε προβλέπονται και ποινικές κυρώσεις για την περίπτωση παραβίασης της υποχρέωσης αυτής. Με την τελευταία αυτή διάταξη σκοπείται η προστασία των τρίτων και ειδικά των δανειστών από την αναγραφή μη καταβληθέντος μετοχικού κεφαλαίου στον ισολογισμό της εταιρίας, πράγμα που θα δημιουργούσε παραπλανητική εικόνα για το ύψος του μετοχικού κεφαλαίου και τα περιουσιακά στοιχεία που έχουν εισρεύσει στην εταιρία.

Το ζήτημα της εκπρόθεσμης, ήτοι μετά την πάροδο της σχετικής προθεσμίας, καταβολής του μετοχικού κεφαλαίου είχε απασχολήσει τη νομολογία και τη θεωρία ήδη υπό το καθεστώς του προϊσχύσαντος (προ του Ν. 3604/2007) δικαίου, όπου στο άρθρ. 11 παρ. 5 Κ.Ν. 219/1920 προβλεπόταν ότι αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία καταβολής ανακαλείται από την εποπτεύουσα Αρχή η εγκριτική απόφαση για την τροποποίηση του καταστατικού. Όπως γινόταν παγίως δεκτό, η εκπρόθεσμη (πάντως μέχρι την ανάκληση της εγκριτικής απόφασης) καταβολή του ποσού της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου είναι νόμιμη και αποστερεί πλέον τη Διοίκηση από τη δυνατότητα να παρέμβει και να ανακαλέσει την εγκριτική απόφαση (ενδεικτικά ΣτΕ 3052/1991 ΕΕμπΔ 1992, 400, ΣτΕ 544/1989 ΕΕμπΔ 1989, 233, ΣτΕ 2738/1989 ΕΕμπΔ 1990, 641, ΣτΕ 1309/1955 ΕΕμπΔ 1956, 234, *Παμπούκης*, Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρίας, ό.π., σ. 104 επ., *Κοτσίρης*, Η άσκηση δικαιώματος προτίμησης σε αύξηση κεφαλαίου ανώνυμης εταιρίας ως δισταδιακή διαδικασία [γνωμ.], ΔΕΕ 2006, σ. 987, *Νισυραίος*, εις ΔικΑΕ, 1992, τομ. Ι, άρθρ. 8–8α αρ. 117 επ.). Η δικαιολογητική βάση της (ορθής) αυτής θέσης εντοπίζεται στην προσπάθεια διάσωσης της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου προς όφελος κυρίως των εταιρικών δανειστών: από τη στιγμή που έστω και εκπρόθεσμα καταβλήθηκε το κεφάλαιο, εκπληρώθηκε ο σκοπός του νόμου και ως εκ τούτου η ανάκληση της εγκριτικής απόφασης από τη Διοίκηση όχι μόνο θα στερείτο πλέον νομίμου ερείσματος, αλλά θα έπληττε τα συμφέροντα των δανειστών, οι οποίοι εξυπηρετούνται από την αύξηση και όχι από τη ματαίωση της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου, καθώς στην περίπτωση της ανατροπής της αύξησης τα κατατεθέντα κεφάλαια θα επιστρέφονταν στους μετόχους (κατ' ακριβολογία σε όσους τα είχαν εισφέρει προς εκπλήρωση της σύμβασης ανάληψης μετοχών). Η πρόβλεψη στο νόμο της θέσης προθεσμίας για την καταβολή του ποσού της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου και της μετά την πάροδο αυτής ενεργοποίησης της Διοίκησης αποσκοπούσαν στην κατά το δυνατό σύντομη εκκαθάριση της εκκρεμώ-

τητας της καταβολής και στην άσκηση πίεσης στους αναλαμβάνοντες τις νέες μετοχές να εκπληρώσουν τις υποχρεώσεις καταβολής, που ανέλαβαν.

Οι αλληλαγές, που επήλθαν στο ζήτημα της μη εμπρόθεσμης καταβολής του ποσού της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου με το Ν. 3604/2007 με την προσθήκη νέων διατάξεων στο άρθρ. 11 παρ. 5 Κ.Ν. 2190/1920, δεν μεταβάλλουν τις αξιολογήσεις του προϊσχύσαντος δικαίου, όπως αυτό είχε ερμηνευτεί από την κρατούσα άποψη στη νομολογία και στη θεωρία. Οι αλληλαγές αυτές αφορούν στην ουσία τη μετατόπιση του βάρους ελέγχου της καταβολής της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου: στο πλαίσιο της απομείωσης της κρατικής εποπτείας επί των ανωνύμων εταιριών, το βάρος ελέγχου της καταβολής του μετοχικού κεφαλαίου μεταφέρεται από την εποπτεύουσα Αρχή στο ΔΣ της κάθε εταιρίας με την πρόβλεψη συγκεκριμένων υποχρεώσεων και ποινικής κύρωσης σε περίπτωση παράλειψής τους (χωρίς βεβαίως να καταργείται ο έλεγχος από τη Διοίκηση, βλ. άρθρ. 52 Κ.Ν. 2190/1920). Κατά τα λοιπά δεν έχει μεταβληθεί η βασική λογική και η λειτουργία του θεσμού της προθεσμίας καταβολής. Έτσι και υπό το ισχύον δίκαιο γίνεται δεκτό από την κρατούσα και ορθή άποψη ότι η εκπρόθεσμη καταβολή του ποσού της αύξησης είναι νόμιμη (και πάντως μετά βεβαιότητας όταν γίνει στη χρήση εντός της οποίας έληξε η προθεσμία καταβολής) και στην περίπτωση αυτή δεν επέρχονται οι συνέπειες που προβλέπονται στο άρθρ. 11 παρ. 5 Κ.Ν. 2190/1920 (*Γεωργακόπουλος*, ΕρμΑΕ, 2010, σ. 223, *Σωτηρόπουλος*, ό.π., ΕπισκΕΔ 2008, σ. 439, *Περάκης*, ό.π., ΔΕΕ 2011, 871, *Ν. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π, σ. 456, *Αντωνόπουλος*, Δίκαιο ΑΕ και ΕΠΕ, γ' έκδ., 2009, 171, *Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Κεφαλαιουχικές Εταιρίες, γ' έκδ., β' τεύχος, 2009, σ. 272, *Λιναρίτης*, ό.π., ΕπισκΕΔ 2010, 391 επ., *ο ίδιος*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 11 αρ. 14, 44, *Σιδηρόπουλος*, Η έκτακτη αύξηση κεφαλαίου στην ΑΕ, 2008, σ. 155).

Η ως άνω άποψη, η οποία διασώζει την ισχύ της εκπρόθεσμης καταβολής της αύξησης του κεφαλαίου, επιρρωνύεται και από το εξής: ο νόμος στο άρθρ. 11 παρ. 5 Κ.Ν. 2190/1920 δεν επιβάλλει στο ΔΣ την άμεση, ήτοι αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας καταβολής, επαναφορά του μετοχικού κεφαλαίου στο προ της αύξησης ύψος, αλλήλ επιτρέπει αυτή να γίνει μέχρι το τέλος της χρήσης, εντός της οποίας έληξε η προθεσμία καταβολής. Αυτό καταδεικνύει την «ανοχή» του νομοθέτη απέναντι στην εκπρόθεσμη καταβολή με απώτατο χρονικό σημείο το τέλος της χρήσης, καθώς σκοπός των σχετικών διατάξεων δεν είναι η επιβολή κυρώσεων, αλλήλ η προστασία των συναλληλασσομένων με την εταιρία. Το χρονικό αυτό σημείο δεν είναι τυχαίο, καθώς μετά το τέλος της χρήσης θα πρέπει να συνταχθούν και να δημοσιευθούν οικονομικές καταστάσεις. Εάν δεν επανέλθει το μετοχικό κεφάλαιο με ευθύνη του ΔΣ στο πραγματικό του ύψος, ήτοι σε αυτό προ της μη ολοκληρωθείσας αύξησης, τότε ο ισολογισμός θα δίδει μια παραπλανητική εικόνα για το ύψος του μετοχικού κεφαλαίου και της εισφερθείσας περιουσίας (*Λιναρίτης*, εις ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 11 αρ. 43). Πάντως θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ακόμη και μετά το τέλος της χρήσης, εάν το ΔΣ δεν έχει αναπροσαρμόσει το μετοχικό κεφάλαιο, είναι δυνατή η εκπρόθεσμη κα-



ταβολή της αύξησης του κεφαλαίου, καθώς μέσω αυτής θα αποκατασταθεί η ορθότητα της εσφαλμένης πληροφόρησης ως προς το ύψος του μετοχικού κεφαλαίου, που δόθηκε στους τρίτους μέσω της δημοσίευσης του ισολογισμού.

Τέλος, θα πρέπει να παρατηρηθεί και το εξής: στο άρθρ. 48 Κ.Ν. 2190/1920, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρ. 56 Ν. 3604/2007, προβλέπεται ανάμεσα σε άλλα και η δικαστική λύση της εταιρίας στην περίπτωση που κατά τη σύσταση της εταιρίας δεν καταβλήθει το κεφάλαιο ολικά ή μερικά. Πλέον και στην περίπτωση αυτή δεν μπορεί η Διοίκηση να ανακαλέσει την απόφαση για τη σύσταση της εταιρίας (εφόσον υπάρχει εγκριτική απόφαση), όπως είχε τη δυνατότητα στο παρελθόν προ του Ν. 3604/2007, αλλά και η Διοίκηση θα πρέπει να προσφύγει στο δικαστήριο και να ζητήσει να διαταχθεί η λύση της εταιρίας. Το δικαστήριο, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρ. 48 Κ.Ν. 2190/1920, οφείλει να παράσχει στην εταιρία εύλογη προθεσμία για άρση των λόγων λύσης, εκτός κι αν αιτιολογημένα θεωρεί ότι το μέτρο αυτό είναι άσκοπο, η δε προθεσμία μπορεί να είναι από δύο έως έξι μήνες με δυνατότητα παράτασης από το δικαστήριο για επιπλέον τρεις μήνες. Αυτό σημαίνει ότι επί μη καταβολής του αρχικού κεφαλαίου και μη πιστοποίησης της καταβολής αυτού από το ΔΣ εντός του πρώτου διμήνου από τη σύσταση της εταιρίας, το δικαστήριο θα πρέπει, επιλαμβανόμενο αίτησης δικαστικής λύσης της εταιρίας, να χορηγήσει, εκτός κι αν κατ' εξαίρεση το κρίνει άσκοπο, στην εταιρία προθεσμία κατά τα ανωτέρω για την ίαση του προβλήματος, ήτοι για την καταβολή του κεφαλαίου. Εάν μέχρι τη συζήτηση της αίτησης έχει καταβληθεί το κεφάλαιο, το δικαστήριο εννοείται ότι θα απορρίψει την αίτηση, αλλά ακόμη κι αν δεν έχει καταβληθεί, θα εξαντλήσει κάθε δυνατότητα καταβολής χορηγώντας την ως άνω προθεσμία άρσης του λόγου λύσης (*Βενιέρης*, εις ΔικΑΕ [επ. ύλ. Ε. Περάκης], γ' έκδ., 2010, том. II, άρθρ. 48 αρ. 10 επ.). Και από το άρθρ. 48 Κ.Ν. 2190/1920 καταδεικνύεται ότι οι διατάξεις για την καταβολή του μετοχικού κεφαλαίου, ακόμη και του αρχικού, που συνδέεται με την ίδια την ύπαρξη της εταιρίας, δεν έχουν ως στόχο την επιβολή κυρώσεων, αλλά την προστασία των τρίτων: οι τρίτοι προστατεύονται με την καταβολή, έστω και εκπρόθεσμη, του κεφαλαίου και όχι με την ανατροπή της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου ή τη λύση της εταιρίας, εάν πρόκειται για το αρχικό κεφάλαιο. Ως εκ τούτου θα πρέπει να εξαντλείται κάθε δυνατότητα καταβολής του κεφαλαίου πριν ληφθούν τα κατά περίπτωση προβλεπόμενα στο νόμο μέτρα που αποσκοπούν στην προστασία των τρίτων, καθώς, εάν καταβληθεί έστω και εκπρόθεσμα το κεφάλαιο, δεν τίθεται καν θέμα προστασίας των τρίτων. Το συμπέρασμα αυτό συμβαδίζει και με τη διατρέχουσα όλη το δίκαιο αρχή της αναλογικότητας.

Σχετικά με την εκπρόθεσμη (την 1.2.2013) καταβολή εκ μέρους του μετόχου ΠΣ ποσού 1.007.207,59 ευρώ για την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας, η καταβολή αυτή είναι απολύτως νόμιμη και ισχυρή σύμφωνα με όσα έχουν εκτεθεί ανωτέρω. Μάλιστα θα πρέπει να παρατηρηθεί ότι η καταβολή ήταν κατά μόλις είκοσι ημέρες εκπρόθεσμη, καθώς η προθεσμία καταβολής έληξε την 9.1.2013. Επιπλέον



η καταβολή έγινε εντός της χρήσης (2013), κατά την οποία έληξε η προθεσμία καταβολής. Επίσης, σημειωτέο είναι ότι η (τρίμηνη) προθεσμία καταβολής ήταν μικρότερη από τη μέγιστη προθεσμία του τετραμήνου, που επιτρέπει ο νόμος. Από όλα αυτά συνάγεται ότι επ' ουδενί με την κατά λίγες ημέρες εκπρόθεσμη καταβολή μέρους της αύξησης δεν διακυβεύονται οποιαδήποτε συμφέροντα τρίτων, αλλιά αντίθετα με την καταβολή εξυπηρετούνται οι τρίτοι, καθώς διευρύνεται η κεφαλαιακή βάση της Εταιρίας.

#### 4. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Με βάση τα ανωτέρω προκύπτουν τα ακόλουθα συμπεράσματα:

(α) Οι προκαταβολές των μετόχων της Εταιρίας από το έτος 2006 και μετά αποτελούν καταβολές υπό την αίρεση της αποφάσεως της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας.

(β) Η εκ μέρους των μετόχων προκαταβολή ποσών προοριζομένων για μελλοντική αύξηση κεφαλαίου της Εταιρίας συνιστά ταυτόχρονα και δήλωσή τους περί ασκήσεως του δικαιώματος προτίμησης ως προς τα κατατιθέμενα από αυτούς ποσά.

(γ) Είναι έγκυρη η εκπρόθεσμη (την 1.2.2013) καταβολή εκ μέρους του μετόχου ΠΣ ποσού 1.007.207,59 ευρώ για την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της Εταιρίας, που αποφασίστηκε κατά τη γενική συνέλευση της 8.10.2012.

## Μεταβίβαση απαιτήσεων από πώληση δανείων μετά τον ν. 4354/2015\*\*

### 1. Εισαγωγικά

#### 1.1. Στοχοθέτηση

Με το ν. 4354/2015, όπως ισχύει, επήλθε νομοθετική παρέμβαση για τη μεταβίβαση χαρτοφυλακίων μη εξυπηρετούμενων δανείων (ΜΕΔ)<sup>1</sup> των πιστωτικών ιδρυμάτων (π.ι.) σε εποπτευόμενα μορφώματα (εταιρείες ειδικού σκοπού) είτε προς διαχείριση (κατ' ανάθεση) είτε κατά μεταβίβαση (διάθεση) των απαιτήσεων. Αντικείμενο της μελέτης είναι η διευκρίνιση ζητημάτων ιδιωτικού δικαίου που ανακύπτουν από την πώληση δανείων και την εκχώρηση απαιτήσεων, εξεταζόμενων ιδιαίτερα των δικαιοπολιτικών διλημμάτων και των νομοθετικών λύσεων.

#### 1.2. Ανάγκη μεταβίβασης των ΜΕΔ

Πέραν των λοιπών, εκ του εποπτικού δικαίου εκπορευόμενων επιταγών<sup>2</sup>, η ανάγκη για «αποβολή» των ΜΕΔ και για αποξένωση των π.ι. από αυτά επιτείνεται από την επαύξηση της πιθανότητας επέλευσης πιστωτικού κινδύνου, λόγω ήδη υφιστάμενης, άλλως με βεβαιότητα επικείμενης, ανικανότητας του δανειολήπτη να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του, υπό το πρίσμα της ανεπάρκειας των σχετικών

\* Δ.Ν., LL.M. (Frankfurt a.M.), Λέκτορας Νομικής Σχολής ΑΠΘ, Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος.

\*\* ΦΕΚ Α' 176/16.12.2015, όπως αντικαταστάθηκε πλέον με τα άρθρα 70-71 του ν. 4389/2016 (ΦΕΚ Α' 94/02.05.2016). Οι παραπομπές σε άρθρα δίδως άλλη ένδειξη αναφέρονται στα άρθρα του νόμου.

1 «Μη εξυπηρετούμενα δάνεια» (non-performing loans, NPL) ή «δάνεια σε καθυστέρηση». Βλ. Έκθεση Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος (ΤτΕ) 2010 (<http://www.bankofgreece.gr/BogEkdoseis/ekthdkth2010.pdf>) Έκθεση για τη Νομισματική Πολιτική 2010-2011 (<http://www.bankofgreece.gr/BogEkdoseis/NomPol20102011.pdf>) Νομισματική-Τραπεζική Στατιστική 2015 (<http://www.bankofgreece.gr/Pages/el/Statistics/monetary/default.aspx>) Έκθεση Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος για το 2015 (<http://www.bankofgreece.gr/BogEkdoseis/ekthdkth2015.pdf>). Βλ. όμως το άρθρο 1 παρ. 1 και άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 2, όπως ισχύουν μετά την 27.05.2016, κατά τα οποία φαίνεται να επιτρέπεται η μεταβίβαση και (μόνο) εξυπηρετούμενων δανείων, πρβλ. παρακάτω υποσημ. 9, 15, 21, 29, 74, 95, 111, 162, 168.

2 Ανάγκη των π.ι. για εξυγίανση ισολογισμών, ανάκτηση ικανότητας αναχρηματοδότησης των ΜΕΔ, εφεξής καλύτερα σταθμισμένη και προσανατολισμένη σε ανάληψη κινδύνου (risk approach) παροχή δανείων και συνακόλουθη αναδόμηση (restructuring) χαρτοφυλακίου δανείων, λαμβανομένων ιδίως υπόψη της τήρησης ιδίων και εποπτικών κεφαλαίων κατά τους κανόνες «Βασιλεία III» και τους αντίστοιχους στο ενωσιακό δίκαιο, το ηλεγόμενο «πακέτο CRD IV» [πρόκειται για τον (αμέσου εφαρμογής) Κανονισμό 575/2013 (CRR) και την Οδηγία 2013/36/ΕΕ (CRD), όπως ενσωματώθηκε με το ν. 4261/2014, σε αντικατάσταση των Οδηγιών 2006/48/ΕΕ και 2006/49/ΕΕ (όπως οι τελευταίες είχαν ενσωματωθεί στο ν. 3601/2007)].

ασφαλειών<sup>3</sup>. Χάριν «απομόχλευσης» των ισολογισμών και βελτίωσης της κεφαλαιακής θέσης και ρευστότητας των π.ι., που προσδοκάται να διευκολύνουν την παροχή νέων πιστώσεων και να τονώσουν την οικονομική δραστηριότητα<sup>4</sup>, προτείνεται η αγορά ΜΕΔ από επενδυτές, με εκ μέρους τους ανάληψη του κινδύνου φερεγγυότητας των δανειοληπτών, ώστε να αποκτήσουν ένα συνολικώς υπολογιζόμενο κέρδος από την (χαμηλή σε σχέση με την ονομαστική αξία) τιμή αγοράς (distressed debt investing)<sup>5</sup>. Άλλως, πέραν της εκχώρησης απαιτήσεων σε εξειδικευμένα επενδυτικά οχήματα (specialized debt funds), δηλ. σε τρίτους (με συμμεταβίβαση των παρεπόμενων δικαιωμάτων, ασφαλειών, δηλ. εγγυήσεων, υποθηκών<sup>6</sup>), η απαίτηση των π.ι. από τα ΜΕΔ δύναται να λάβει μορφή τιτλοποίησης χαρτοφυλακίων απαιτήσεων, κατά το ειδικό νομικό πλαίσιο (ν. 3156/2003), όπως και τη μορφή μεταβίβασης δανειακών συμβάσεων (εν όλω)<sup>7</sup>.

3 Λαμβανομένης ιδίως υπόψη της κατάστασης στην αγορά ακινήτων, των οποίων η υποθήκευση αποτελεί κύρια μορφή εξασφάλισης δανείων, που λόγω «κατάρρευσης» των τιμών, καθιστά απαγορευτική τόσο την αναχρηματοδότηση όσο και την παροχή νέων δανείων. Ειδικότερα, οι τιμές των διαμερισμάτων υποχώρησαν κατά 9,3%, 10,2% και 11,7% το α', β' και γ' τρίμηνο του 2012, αντίστοιχα, έναντι μέσου όρου 3,7% (το 2009), 4,7% (το 2010) και 5,4% (το 2011). Από το γ' τρίμηνο του 2008 έως το γ' τρίμηνο του 2012 η συνολική ονομαστική υποχώρηση των τιμών των διαμερισμάτων έφθασε το 24,2% (ή 30,9% σε πραγματικούς όρους), *Μητράκος/Ακαντζιλώτου*, Πρόσφατες εξελίξεις και προοπτικές της ελληνικής αγοράς ακινήτων και πρωτοβουλίες της Τράπεζας της Ελλάδος, Ειδική Έκδοση ΤΕ, «Η αγορά ακινήτων στην πρόσφατη χρηματοοικονομική κρίση» (2012), σ. 77 επ., 122.

4 Για τους λόγους για τους οποίους τα π.ι. αποχωρίζονται τα ΜΕΔ, βλ. *Wentzler*, Motivation, Ziele und Treiber für NPL-Transaktionen, σε: *Wiedenhofer* (επιμ.), Non Performing Loans (NPL): Problemerkredite Transaktionen, Recht und Steuern (2006), σ. 3 επ., 9 επ. (με περαιτέρω παραπομπές).

5 *Βουλή των Ελλήνων, Γραφείο Προϋπολογισμού*, Τριμηνιαία έκθεση (Ιανουάριος-Μάρτιος 2016), σ. 39 σημ. 106. Ενδεικτικά για τη σχετική επενδυτική δραστηριότητα (<http://www.wrdic.org>), βλ. τη διοργάνωση "12th Annual Wharton Restructuring and Distressed Investing Conference", 26.02.2016, Νέα Υόρκη, (<http://www.distressed-debt-investing.com>)· τη διοργάνωση "Distressed Investment Forum", 09/10.03.2016, Λονδίνο, με θέμα, μεταξύ άλλων, "Setting up and Running a Bad Bank in Greece – Key Lessons Learned" (<http://www.ddc-financial.com/#!distressed-invest-forum/kw16w>)· *Whitman/Diz*, Distress Investing: Principles and Technique (2009), passim.

6 ΑΚ 458, 467-469. Η εκχώρηση απαιτήσεων χάριν εξασφάλισης, άλλως εξασφαλιστική (καταπιστευτική) εκχώρηση [Γ. Κορνηλάκης, Η καταπιστευτική εκχώρηση των απαιτήσεων (1978), σ. 22 επ.: *Αν. Γεωργιάδης*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων (2η έκδ., 2008), παρ. 28 αρ. 1 επ.: παρ. 31 αρ. 1 επ.: *Χρ. Φίλιππος*, Οι εξασφαλιστικές μεταβιβάσεις (2002), σ. 135, 144], κατά διάκριση από την ενεχύρση της απαίτησης (ΑΚ 1247 επ.) παρέχει μεν δυνατότητες αναχρηματοδότησης, πλην διά αυτής ή διά της καταπιστευτικής (εξασφαλιστικής) εκχώρησης δεν «εξυγιαίνονται» οι ισολογισμοί των π.ι. Ο ν. 4354/2014 ρητά απαγορεύει οποιαδήποτε καταπιστευτικής φύσης μεταβίβαση απαιτήσεων, καθιστώντας άκυρο οποιοδήποτε καταπιστευτικό όρο (άρθρο 3 παρ. 5 εδ. 1): βλ. υπό κεφ. 7.3. και υπό κεφ. 8.1.

7 Ενδεικτικά *Βενιέρης*, Τιτλοποίηση απαιτήσεων σύμφωνα με το Ν. 3156/2003 (2005), passim: *Παπαντωνίου*, Μεταβιβάσεις συμβατικών σχέσεων (1962), passim. Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 1 στοιχ. δ (όπως ισχύει) «δ. Οι διατάξεις του παρόντος δεν επηρεάζουν την εφαρμογή των διατάξεων των νόμων 3156/2003 (Α' 157), ν. 1905/1990 (Α' 147), 1665/1986 (Α' 194), 3606/2007 (Α' 195) και 4261/2014 (Α' 107)», ενώ η επιλογή της μεταβίβασης συμβατικής σχέσης απορρίφθηκε. Πρβλ. Εισηγητική Έκθεση του ν. 4389/2016, κεφ. Ε' (Αντικατάσταση διατάξεων του ν. 4354/2015 - Α' 176), σ. 23, υπό Γενικές Παρατηρήσεις.

Σε κάθε περίπτωση, προς διαφοροποίηση και διασπορά των κινδύνων (risk diversification), τα μέσα που έχει στη διάθεσή του ο δανειστής του αστικού δικαίου είναι: α) να συγκροτήσει με άλλους δανειστές «κοινοπραξία» για από κοινού χορήγηση της πίστωσης (concordium creditorum), β) να ιδρύσει με άλλους δανειστές αστική εταιρία, χωρίς νομική προσωπικότητα (pooling), για την οργανωμένη κοινή προσπάθεια ικανοποίησης, ιδίως στο στάδιο της αναγκαστικής εκτέλεσης, γ) να εμπλέξει πριν την παροχή του δανείου ή και μετά και άλλους (φερεγγυούς) οφειλότες (εις ολόκληρον) της ενочής (συνοφειλή ή αντίστοιχα σωρευτική αναδοχή χρέους), *Κουτσουράδης*, Δίκαιο εξασφάλισης απαιτήσεων – Γενική θεωρία – Σημειώσεις σύμφωνα με τις πανεπιστημιακές παραδόσεις (χειμερινό εξάμηνο 2014-2015), § 6 αρ. 5 σ. 64-65. Τα παραπάνω ισχύουν παράλληλα προς την αντίστοιχη με την εκχώρηση/μεταβίβαση απαιτήσεων δυνατότητα κατάρτισης συμβάσεων πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων, δηλ. την εκχώρηση επισφαλούς απαίτησης του π.ι. κατά ν. 1905/1990 (factoring). Η έννοια «πώληση/αγορά» ή «μεταβίβαση» απαιτήσεων, κατά ΑΚ 513 επ., 455 επ. (την οποία επιλέγει νομοτυπικά ο ν. 4354/2015), εφόσον κατ' αποτέλεσμα υπάγεται εννοιολογικά στην εκχώρηση απαιτήσεων με ή χωρίς δικαίωμα αναγωγής (ΑΚ 455 επ., 467-468), προσιδιάζει και στο factoring, *Αν. Γεωργιάδης*, Νέες μορφές συμβάσεων (5η έκδ., 2008), passim.

## 2. Προλεγόμενα

### 2.1. Διαφορετικοί ορισμοί των ΜΕΔ και διακρίσεις

Η διάθεση στο παρελθόν διαφορετικών και αποκλινόντων μεταξύ τους στοιχείων για τα ΜΕΔ<sup>8</sup>, σχετίζεται με διαφορετικές μεθοδολογίες μέτρησης και με διαφορετικό ορισμό τους<sup>9</sup>, καθώς η έννοια “non-performing loan” (NPL) χρησιμοποιούνταν αλληλώς στο φορολογικό δίκαιο και στις διατάξεις περί ισολογισμού και αλληλώς στο εποπτικό τραπεζικό δίκαιο<sup>10</sup>. Απαραίτητοι λοιπόν, μεθοδολογικά, καθίστανται, εκ των προτέρων ορισμοί και διευκρινίσεις (με συναφείς θεματικούς περιορισμούς)<sup>11</sup>, π.χ. για την πίστωση<sup>12</sup> και τη νομοτυπική μορφή του δανείου στον ΑΚ<sup>13</sup> ή τη διαφορά του δανείου του ΑΚ από το σύννηθες στις συναλλαγές, αμφοτεροβαρές, με επιτόκιο και το-

8 Τα ΜΕΔ ανέρχονται σε ποσοστό 43,6% του συνόλου των ανοιγμάτων (Σεπτέμβριος 2015, από 39,9% το Δεκέμβριο του 2014), ΤτΕ, Έκθεση του Διοικητή για το 2015, Φεβρουάριος 2016 (<http://www.bankofgreece.gr/BogEkdoseis/ekthdkt2015.pdf>), σ. 23, 173 επ., 188 επ. (στα καταναλωτικά ανοίγματα ποσοστό 55,4%, στα επιχειρηματικά ποσοστό 43,3% και στα στεγαστικά ποσοστό 39,8%). Πρβλ. *Giakoumis*, NPLs: The Achilles heel of the Greek banking system, 15.07.2014 (<http://www.macropolis.gr/?i=portal.en.the-agma.1375>). Σε απόλυτους αριθμούς ξεπερνούν τα €103-107 δισεκατομμύρια.

9 Υφίσταται ενοποιημένος πανευρωπαϊκός ορισμός, χάριν άσκησης ενιαίας ευρωπαϊκής τραπεζικής εποπτείας (παρακάτω υποσημ. 15). Κανονισμός (ΕΕ) 549/2013, υπό Κεφ. «Χρηματικά Περιουσιακά Στοιχεία και Υποχρεώσεις», στην παρ. ΑFm2 (Ορισμός) σημ. 7.101., όπου ως ΜΕΔ κατατάσσεται το δάνειο όταν: α) οι πληρωμές τόκων ή κεφαλαίου καταβάλλονται με καθυστέρηση πλέον 90 ημερών, β) οι πληρωτέοι τόκοι πλέον 90 ημερών έχουν κεφαλαιοποιηθεί, αναχρηματοδοτηθεί ή καθυστερήσει βάσει συμφωνίας, γ) οι πληρωμές δεν έχουν καθυστερήσει άνω των 90 ημερών, αλλά υπάρχουν άλλοι σοβαροί λόγοι (χρεοκοπία του οφειλέτη) που θέτουν υπό αμφισβήτηση την πλήρη καταβολή των οφειλών.

Με βάση τα κριτήρια που υιοθετήσε η *Ευρωπαϊκή Αρχή Τραπεζών – EAT (European Banking Authority – EBA)* με τη «Γνώμη για τις βέλτιστες πρακτικές σχετικά με τη μεταχείριση των οφειλετών που έχουν παράσχει εμπράγματος εξασφαλίσεις και βρίσκονται σε δυσκολία αποπληρωμής» (EBA-Op-2013-03/13.06.2013) διαχωρίζουν: πρώτον μη εξυπηρετησή δανείων, υφιστάμενων ασφαλειών διαθεσίμων προς ρευστοποίηση, δεύτερον συμφωνία παράτασης αποπληρωμής, λαμβανομένων υπόψη υφιστάμενων ασφαλειών, δηλ. «διευκόλυνση» ή «παραχώρηση» (forbearance), κατά συμφωνία, π.χ. όταν το π.ι. συναινεί σε μεταβολή των όρων του δανείου υπέρ του δανειολήπτη, ακόμη και κατ' εφαρμογή ρήτρας αναπροσαρμογής ή αναδιαπραγματεύσεων, κατά απόκλιση όμως από το πιστωτικό προφίλ φερεγγυότητας του δανειολήπτη· τρίτον 90ήμερη καθυστέρηση για ένα από περισσότερα δάνεια, το οποίο αντιπροσωπεύει 20% του συνόλου των δανείων.

Κρίσιμο είναι το χρονικό σημείο της έναρξης της «δυσχέρειας» αποπληρωμών («καταλύτνης»), ώστε έτσι π.χ. να αποδίδεται ο χαρακτηρισμός του ΜΕΔ και σε οφειλή που δεν είναι ακόμη μη ενήμερη επί 90 ημέρες, αλλά και να γίνεται άρση του χαρακτηρισμού, όταν κατά υπολογισμούς και προσδοκίες είναι ρεαλιστική η αποπληρωμή (όταν δεν υπάρχει δάνειο υπερήμερο άνω των 90 ημερών). Βλ. υποσημ. 15 και παρακάτω υπό κεφ. 4.6. Πρβλ. Κώδικα Δεοντολογίας του Ν. 4224/2013 (απόφαση ΕΠΑΘ/ΤτΕ αρ. 116/1/25.08.2014, όπως ισχύει, Παράρτημα 2, Τμήμα ΙΙΙ, υπό 4, περιπτώσεις ζ, ν', θ): *Τασίκας*, τμΤ Αλεξανδρίδου (2016), σ. 713 επ., σημ. 6-7.

10 *Richter*, Möglichkeiten und Grenzen des Distressed Debt Investing in Deutschland (2006), σ. 9 επ., 89 επ.

11 Οι έννοιες δάνειο και πίστωση χρησιμοποιούνται χωρίς διάκριση, ενιαία, για πιστώσεις (τραπεζικά δάνεια) που παρέχονται από τα π.ι. σε ιδιώτες (κυρίως καταναλωτές, δηλ. καταναλωτικά, προσωπικά, στεγαστικά δάνεια κ.λπ.) και σε επιχειρηματίες. Για τα προβλήματα και τις ιδιαιτερότητες ειδικότερων μορφών δανείων και πίστωσης σε σχέση με την αγορά ΜΕΔ, *Richter*, ό.π. (υποσημ. 10), σ. 144 επ.

12 Η έννοια της πίστωσης δεν είναι ενιαία, ενώ η σύμβαση πίστωσης νοοείται ευρύτερη της σύμβασης δανείου (ΑΚ 806 επ.), *Ρόκας/Κόρτσας*, Τραπεζικό δίκαιο (2η έκδ., 2012), σ. 226 επ. Για τη σημασία των πιστώσεων, *Ψυχολάνης*, Τραπεζικό δίκαιο, Δίκαιο τραπεζικών συμβάσεων, τ. ΙΙ (6η έκδ., 2010), σ. 169 επ., 171-172.

13 Η νομοτυπική μορφή του δανείου (ΑΚ 806) παρέχει αφορμή για διάκριση χαρακτηρισμού του είτε ως re καταρτιζόμενης, και ως εκ τούτου ετεροβαρούς, σύμβασης είτε ως consensu καταρτιζόμενης, και ως εκ τούτου αμφοτεροβαρούς σύμβασης, *Κληθανιδού*, Καταναλωτικά δάνεια (1997), σ. 144 επ.· *Αστ. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΕνΜ (6η έκδ., 2011), παρ. 14 αρ. 15 (σημ. 16)· *Αν. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΕΙδΜ Ι (2004), παρ. 41 αρ. 5-6· *Αυγητίδης/ΣΕΑΚ*, Εισαγ. 806-809 αρ. 7 επ.· 806 αρ. 5 επ., αρ. 9-10.

κοχρεωλυτικές δόσεις δάνειο ορισμένης λήξης<sup>14</sup>. Τέλος τα ΜΕΔ δεν ταυτίζονται με ούτε επικαλύπτονται πάντα από τα «υπερήμερα» ή «καταγγελλθέντα» δάνεια του ασιτικού (ενοχικού) δικαίου στη σύμβαση δανείου ή πίστωσης<sup>15</sup>. Συγκεκριμένα:

Κρίσιμη είναι η πραγμάτωση του πιστωτικού κινδύνου, δηλ. η αφερεγγυότητα του δανειολήπτη, από την οποία ανακύπτει πρόβλημα ρευστότητας και προκαλείται ανάγκη ενεργοποίησης της ασφάλειας<sup>16</sup>. Το π.ι. μπορεί οποτεδήποτε σε ανώμαλη εξέλιξη παροχής ή παράβαση κύριων ή παρεπόμενων υποχρεώσεων, άλλως μίας εκ των περιοδικών παροχών με αντίκτυπο στις λοιπές<sup>17</sup>, να καταγγείλει το δάνειο ή την πίστωση<sup>18</sup>. Αναφορικά με τον ορισμό των ΜΕΔ, «μη εξυπηρετούμενο

Κρίσιμο είναι αν στα νομοτυπικά χαρακτηριστικά που προσδιορίζουν το ελάχιστο περιεχόμενο του συμβατικού τύπου ανήκει και η υποχρέωση του δανειολήπτη «να αποδώσει άλλα πράγματα της ίδιας ποσότητας και ποιότητας». Πρόκειται για τέλεια ή ατελή (αμφοτεροβαρή) σύμβαση, ανάλογα με το αν έχει συμφωνηθεί καταβολή τόκου ως αντάλλαγμα ή όχι (αντίστοιχα)· απλή η επιστροφή του δανείσματος από το δανειολήπτη δεν συνιστά αντιπαροχή απλή συνέπεια της παροχής του δανείσματος (ΔΕΚ, 03.06.2010, C-484/08, *Casa de Madrid/Ausbanc*). Το άρθρο 3 στοιχ. γ' της Οδηγίας 2008/48/ΕΚ για την καταναλωτική πίστη περιορίζει τα νομοτυπικά χαρακτηριστικά της πίστωσης στην υποχρέωση του πιστωτικού φορέα για χορήγηση πίστωσης στον καταναλωτή, *Τασίκας*, ΕλλΔνη 2009, 374 επ.: *Τασίκας*, ΧρηΔικ 2009, 52 επ.

- 14 Ακόμη και στη μορφή της re καταρτιζόμενης σύμβασης, ειδικά το έντοκο δάνειο αποτελεί μάλλον αμφοτεροβαρή σύμβαση με υποχρέωση του μὲν δανειοδότη να επιτρέψει τη χρήση του δανείσματος από το δανειολήπτη στη διάρκεια της σύμβασης και του δανειολήπτη να επιστρέψει το δάνεισμα πλὴν τόκων, *Απ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΕΙΔΜ Ι*, παρ. 41 αρ. 6, 43-44. Η αποπληρωμή των τοκοχρεωλυτικών δόσεων είναι η ισότιμη και αντίστοιχη, κατά την έννοια του συμβατικού συνάλλαγματος, αντιπαροχή της παροχής πίστωσης. Εφόσον το δάνειο συμφωνήθηκε έντοκο, πρόκειται για αμφοτεροβαρή σύμβαση (ΑΚ 374 επ.), *Αυγιτίδης/ΣΕΑΚ*, 806 αρ. 13 επ. Εκτός από την επιστροφή κεφαλαίου, ο δανειολήπτης αναλαμβάνει υποχρέωση να καταβάλει τόκους, συνήθως τμηματικά, σε μηνιαία δόση, στην οποία εκτός του κεφαλαίου αποπληρώνεται και τμήμα των αναλογούντων τόκων, *Ρόκας/Γκόρτσας*, ό.π. (υποσημ. 12), σ. 227 επ.: *Ψυχολαμάνης*, ό.π. (υποσημ. 12), σ. 179· ΑΠ 637/1997 ΔΕΕ 1998, 294· ΕφΘεσσ 2999/2005 Αρμ 2006, 1021· ΕφΛαρ 63/2003 ΝοΒ 2003, 1652.
- 15 Ο ορισμός των μη εξυπηρετούμενων δανείων (ΜΕΔ) δεν ταυτίζεται με τις οφειλές σε υπερημερία κατά ΑΚ 340 επ. Στον Κανονισμό ΕΕ 575/2013 (άρθρο 178) «καθυστερημένα» ή «μη ενημερωμένα» ορίζονται *πρώτον* όσα δάνεια είναι σε καθυστέρηση πληρωμών άνω των 90 ημερών (εκτός αν είναι ασφαλισμένα με ακίνητα, οπότε μπορεί να θεωρούνται καθυστερημένα το πρώτον μετά από 180 ημέρες), *δεύτερον* όσα είναι πιθανό (όταν εκτιμάται ότι υπάρχει κίνδυνος) να μην αποπληρωθούν. Κατά απόκλιση των ΑΚ 340 επ., ορισμός υπερημερίας, ειδικά για τις εμπορικές συναλλαγές, στο άρθρο Πρώτο, παρ. Ζ, υποπαρ. Ζ.4 του ν. 4152/2013 που κατήργησε το π.δ. 166/2003, άρθρο 4 παρ. 2· *Σταθόπουλος*, *ΓενΕνοχΔ* (4η έκδ., 2004), παρ. 19 αρ. 113. Για ορισμό της υπερημερίας στο δευτερογενές κοινοτικό/ενωσιακό δίκαιο, στις εμπορικές συναλλαγές, Οδηγία 2011/7/ΕΕ, που αντικατέστησε την Οδηγία 2000/35/ΕΚ.
- 16 *Rieder/Hofmann*, *Die Abwicklung notleidender Kredite* (5η έκδ., 2006), *passim*.
- 17 Πλημμελή εκπλήρωση παροχής έχουμε σε περίπτωση: α) μη προσήκουσας εκπλήρωσης της κύριας παροχής, β) μη εκπλήρωσης μίας από περισσότερες κύριες υποχρεώσεις, γ) παράβασης παρεπόμενων υποχρεώσεων, μη εξαναγκαστών, δ) παράβασης υποχρέωσης για παράληψη, ε) άρνησης εκπλήρωσης μη ληξιπρόθεσμης παροχής. Επίσης, σε αδυναμία καταβολής μίας ή περισσότερων τοκοχρεωλυτικών δόσεων, που μπορεί να έχει αντίκτυπο στις λοιπές εκπληρωθείσες ή δυνατόνες να εκπληρωθούν δόσεις (δεν ρυθμίζεται στον ΑΚ), οπότε στη διαδοχική τμηματική παροχή εφαρμόζεται η ΑΚ 386, ενώ στην μερική εκπλήρωση παροχής η ΑΚ 337 (ομοίως και στην περίπτωση πλημμελούς εκπλήρωσης της όλης ενοχής, δηλαδή για το σύνολο της ενοχικής σχέσης). *Σταθόπουλος*, *ΓενΕνοχΔ*, παρ. 19 αρ. 125, 126, 127, 128· *Αστ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΓενΜ*, παρ. 20 αρ. 89 επ.: πρβλ. §§ 488-489, 490 σε συνδ. με §§ 313, 314 γερμΑΚ και σε συνδ. με τους τραπεζικούς ΓΟΣ (Nr. 19 III, Nr. 26 II AGB-Banken).
- 18 Το π.ι. έχει ήδη από την ανάμνηξη εξελίξει τις χρηματικές ενοχές του δανειολήπτη δικαιώματα καταγγελίας (ΑΚ 807), αποζημίωσης κ.λπ., λόγω καθυστέρησης (υπερημερίας). Η μη εξυπηρέτηση από το δανειολήπτη του δανείου (υπερημερία οφειλτέ χρηματικής ενοχής), επιφέρει κατά ΑΚ 808 συνέπειες των ΑΚ 343 επ., 345 εδ. 2, 383 (θετική ζημία από καθυστέρηση, όχι πλὴν των τόκων υπερημερίας, ΑΚ 808, *Βουζίκας*, *ΕρμΑΚ* 808 αρ. 12)· και τις συνέπειες τόκων επιδικίας κατά ΑΚ 346 (άρθρο 2 του ν. 4055/2012), *Απ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΓενΜ* (2η έκδ., 2015), παρ. 25 αρ. 31 επ. Στην ΑΚ 346, ανεξάρτητα αν ο οφειλέτης είναι υπερήμερος, αρκεί μόνο να ασκηθεί αγωγή, ως αντικίνητρο στον στρεψόδικο οφειλέτη χρηματικής ενοχής και ως εύνοια στο δανειστή, ΟλΑΠ 20/2003 ΧριΔ 2004, 41· *Μεντής*, *Αμυνα και εθευθέρωση του υπερχρεωμένου οφειλέτη* (2012), σ. 101 επ.: *Απ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΕΙΔΜ Ι*, παρ. 41 αρ. 63-65· *Αυγιτίδης/ΣΕΑΚ*, 806 αρ. 13 επ., 21 και 808 αρ. 1 επ.

δάνειο» υφίσταται στην πράξη μετά από σημαντική χειροτέρευση των περιουσιακών συνθηκών και οικονομικών στοιχείων του οφειλέτη (δανειολήπτη) – λαμβανομένης υπόψη, μεταξύ άλλων, της απαξίωσης των ασφαλειών – τέτοια που να προσδοκάζεται βάσιμα ότι το δάνειο είναι αδύνατο να εξυπηρετηθεί, ακόμη και αν δεν έχει καταστεί υπερήμερο<sup>19</sup>.

Έτσι, πέραν νομικών κατηγοριοποιήσεων, όπως «υπερήμερία» ή «πλημμελής εκπλήρωση», όταν οι οικονομικές συνθήκες και η απαξίωση των ασφαλειών του δανείου επισείουν την απειλή επέλευσης πιστωτικού κινδύνου (για μεγάλο μέρος του δανείου) ή υπερημερίας, τότε δικαιολογείται καταγγελία της σύμβασης (ακόμη και για σπουδαίο λόγο), ιδίως μετά από μια ή περισσότερες οχλήσεις, στις οποίες ο δανειολήπτης δεν ανταποκρίνεται, οπότε παραβαίνει τη σύμβαση και τις υποχρεώσεις του<sup>20</sup>. Έτσι, πέραν νομικών εννοιών, με την 90ή ημέρα (τρίμηνο) παγιωμένης αφεγγυότητας και διαπιστωμένης μη καταβολής των δόσεων, το δάνειο θεωρείται (με τεχνικούς όρους) ότι δεν εξυπηρετείται. Κατά συνέπεια δεν είναι προϋπόθεση η νομική καταγγελία του δανείου εκ μέρους του π.ι., ώστε να έχουμε ένα μη εξυπηρετούμενο δάνειο (ΜΕΔ), αφού τα μη εξυπηρετούμενα, δεν περιορίζονται στα υπερήμερα<sup>21</sup>. Αντίθετα υφίστανται ήδη καταγγελλθέντα (ως υπερήμερα) δάνεια τα

Ο δανειστής καθώς αποκλείεται η αποκατάσταση διαφυγόντος κέρδους, αν δεν έχει συμφωνηθεί άλλως, σε υπερήμερία οφειλέτη χρηματικής παροχής μπορεί να απαιτήσει ό,τι άλλο ζημιώθηκε (μόνο θετική ζημία – τόκοι υπερημερίας) και τα έξοδα για τη λεγόμενη σύμβαση κάλυψης, π.χ. ό,τι θα αποκέρδιαι από το δανεισμό σε τρίτους των ποσών που δεν εκπλήρωσε ο οφειλέτης εγκαίρως, ΑΠ 1522/2003 ΝΟΜΟΣ: *Καλλιμόπουλος*, Το δίκαιο του χρήματος (1993), σ. 357 επ., 362-363: *Αστ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΓενΜ*, παρ. 20 αρ. 60 επ.: *Ν. Ρόκας*, *ΧρηΔικ* 2015, 5, 12 (επιπλέον έξοδα καθυστέρησης που δεν περιλαμβάνονται στον τόκο υπερημερίας).

- 19 Όπως και η καταγγελία, η υπαναχώρηση (για τις υπόλοιπες εκκρεμείς, μη καταβληθείσες οφειλές, έστω ήδη ληξιπρόθεσμες και απαιτητές δόσεις), καταλήγει να ενεργεί ex nunc, *Μιχαηλίδης-Νούρος*, ΕρμΑΚ 386 αρ. 12: *Σταθόπουλος*, σε ΑΚ Γεωργιάδης/Σταθόπουλου, 386 αρ. 8. Αναζήτηση των εκατέρωθεν παροχών, δηλ. του κεφαλαίου (εντόκως) από τον πιστωτή και των ήδη καταβληθεισών δόσεων από το δανειολήπτη, δεν αποκλείεται, όμως είναι ο δεύτερος που επιβαρύνεται, λόγω ιδιαιτερότητας της πίστωσης, ότι δηλ. έχει ήδη αναλώσει το δάνεισμα προς απόκτηση υπηρεσιών, αγαθών, οικογενειακής στέγης: *Τασίκας*, ΔΕΕ 2011, 1021, 1026 σημ. 64 (η διαφοροποίηση της παροχής πίστης – ως διαρκούς ενοχής και παροχής έτσι αγοραστικής δύναμης – από άλλες καταναλωτικές συμβάσεις καθιστά για τον καταναλωτή απαραίτητη τη διατήρηση, καταρχήν, του κύρους της). Για την καταγγελία σύμβασης δανείου § 488-489, 490, 498 γερμΑΚ, *Beucher/Räther/Stock*, AG 2006, 277 επ.: *Koch*, ZBB 2008, 232, 235 επ. Για την καταγγελία του δανειολήπτη για σπουδαίο λόγο (§ 314 γερμΑΚ), εφόσον σε δάνειο (εξυπηρετούμενης απαίτησης) ανακύπτει βλαπτική μεταβολή συνθηκών και αλλοίωση ενοχικού δεσμού, *OLG Karlsruhe*, ZIP 2001, 1806: BGH, από 12.03.2002 Az XI ZR 285/01 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=18436&pos=0&anz=1>).
- 20 Στην πράξη έχει παγιωθεί η πρακτική ότι το δάνειο καθίσταται στο σύνολό του ληξιπρόθεσμο και απαιτητό, πλέον τόκων, μετά π.χ. από την τρίτη, αν όχι ήδη μετά από την πρώτη κίχλα, ληξιπρόθεσμη και απαιτητή (υπερήμερη) δόση εξόφλησης, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι τα π.ι. καταφεύγουν άμεσα στην ανάκτηση της οφειλής με μέσα αναγκαστικής εκτέλεσης. Ένας «κακόπιστος δανειολήπτης» που καταβλήγει π.χ. κάθε τρίτη δόση, αφήνοντας απλήρωτες τις δύο προηγούμενες, αντιμετωπίζεται στο πλαίσιο της τελολογίας των ΑΚ 386, 337, 343, 384-385, ανεδομένων και με προφυγή στην ερμηνεία των ΑΚ 422-423 και εφαρμογή της ΑΚ 281. Πρβλ. γερμΑΚ § 498 ("Anrechnungsreihfolge") στην πριν την 21.03.2016/11.06.2010 μορφή της, *MünchKomm/Schubnbrand* (5η έκδ., 2007), BGB § 498 Rn. 12. Για τη συναλλακτική πρακτική στη Γερμανία *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1568: *Langenbucher*, NJW 2008, 3169, 3171 επ.
- 21 Τούτο επιτρέπει άλλωστε και ο Κώδικας Δεοντολογίας της ΤτΕ, ο οποίος αναφέρεται σε όλα τα δάνεια (όχι μόνο τα μη εξυπηρετούμενα) που μπορούν να ρυθμιστούν (παράπλανά υποσημ. 9 και παρακάτω υποσημ. 29): *Τασίκας*, ΕπισκΕΔ 2015/2016 (υπό έκδοση), υπό ΙΙ.4. αρ. 18, υπό ΙΙΙ.1. αρ. 25, υπό ΙΙΙ.3. αρ. 32, υπό ΙΙΙ.4. αρ. 33. Πρβλ. και άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 2 ημεδ. 1 (αλλά και άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 2 στην πριν την 27.05.2016 μορφή του).



οποία βεβαίως κατατάσσονται στα ΜΕΔ και βαρύνουν τους ισολογισμούς του π.ι., όπως και ΜΕΔ που δεν έχουν ακόμα καταγγεληθεί, μοιλονότι πληρούνται οι προϋποθέσεις καταγγελίας<sup>22</sup>, αλλιά και ΜΕΔ που δεν είναι ακόμη υπερήμερα.

Η έννοια λοιπόν των «μη εξυπηρετούμενων» ή «μη ενήμερων» δανείων (ΜΕΔ) δεν ταυτίζεται με ούτε επικαλύπτεται από τα νομικά ως «ληξιπρόθεσμα» και «απαιτητά» (ΑΚ 340 επ., 345) ή «καταγγελητέα» νοούμενα δάνεια, όταν δηλ. ο δανειολήπτης είναι υπερήμερος, ή όταν πληρούνται οι προϋποθέσεις για καταγγελία εκ μέρους του π.ι. – αν όχι κατά ρητά συμφωνημένους όρους θεμελίωσης δικαιώματος καταγγελίας, πάντως λόγω επέλευσης συγκεκριμένου γεγονότος, όπως υπερημερίας, ή συγκεκριμένης χρονικά ακολουθίας μη αποπληρωμής τοκοχρεωλυτικών δόσεων ή κεφαλαίου και τόκων (ΑΚ 386), ή όταν πληρούνται προϋποθέσεις καταγγελίας για σπουδαίο λόγο (πρβλ. ΑΚ 588, 672, 766)<sup>23</sup>.

Σε περίπτωση δανείων σε οριστική καθυστέρηση (ΜΕΔ), τα οποία έχουν ήδη καταγγεληθεί, θα πρόκειται, από τη σκοπιά του νέου διαχειριστή ή του νέου δικαιούχου της εκχωρηθείσας απαίτησης οφειλής του δανειολήπτη, κατ' ουσίαν για μια απαίτηση από εξ υπαρχής νέα πίστωση, στο βαθμό βεβαίως που συμβατικά επιβεβαιώνεται ότι έχουμε είτε ανανέωση (novatio) είτε αναγνώριση παλαιάς ενοχής και ενδεχομένως και αναχρηματοδότηση, με την οικονομικής φύσης στόχευση να καλυφθούν και υποχρεώσεις που αναφύονται από την καταγγελία (κατ' ουσίαν συμψηφισμός των εκατέρωθεν ενοχών εκ του ενοχικού δεσμού της εκκαθάρισης): είτε θα πρόκειται για συμβατική συμφωνία (ρύθμιση) εκ νέου παροχής πίστωσης προς οικονομική υποστήριξη του δανειολήπτη και αναχρηματοδότησης της εξέλιξης της έννομης σχέσης<sup>24</sup>.

22 Από το σύνολο των ΜΕΔ το ήμισυ αποτελεί ήδη καταγγελημένα από το π.ι. δάνεια, οπότε αυτά έχουν καταστεί έτσι άμεσα απαιτητά, ΤτΕ, Νομισματική Πολιτική 2014-2015 (Ιούλιος 2015), σ. 122 (<http://www.bankofgreece.gr/BogEkdoseis/NomPol20142015.pdf>). Σύγκρ. Fischer/Zuleger, Rechtliche Rahmenbedingungen beim Verkauf und Erwerb von notleidenden Krediten, σε: Jobe/Stachuletz (επιμ.), Workout – Management und Handel von Problemkrediten (2005), σ. 411 επ., 413.

23 Σε περίπτωση μη εκπλήρωσης της κύριας ενοχής του δανειολήπτη (αποπληρωμή δανείου), θεμελιώνεται εκτός από αξίωση για αποζημίωση επιπλέον και διαπλαστικό δικαίωμα καταγγελίας του δανείου, με εκκίνηση της σχέσης εκκαθάρισης, κατά μετατροπή της (άκυρης, πλέον, ex nunc) σύμβασης δανείου σε ενοχική σχέση απόδοσης των οφειλόμενων τοκοχρεωλυτικών δόσεων, Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΕΙΔΜ Ι, παρ. 41 αρ. 72, 74, 76 (βλ. υποσημ. 17, 19, 46, 93 και παρακάτω υπό κεφ. 3.1.2., κεφ. 3.2.2., κεφ. 3.2.3., κεφ. 4.5., κεφ. 4.6., κεφ. 6.1., κεφ. 6.2.). Παράβαση παρεπόμενων εκ της ΑΚ 288 υποχρεώσεων του δανειολήπτη συνιστά πλημμελή εκπλήρωση παροχής και ενδέχεται να συνιστά λόγο καταγγελίας του δανείου ή/και αποζημίωσης, Αυγιντιάδης/ΣΕΑΚ, 806 αρ. 21· Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΕΙΔΜ Ι, παρ. 41 αρ. 72. Για την καταγγελία δανείου (ΑΚ 807 εδ. 1), Ρόκας/Γκόρτσος, ό.π. (υποσημ. 12), σ. 228, 234· ΕφΛαρ 83/1998 ΕπισκΔ 1999, 190 επ. (με παρατηρήσεις Ψυχογιάνη): Ψυχογιάνης, ό.π. (υποσημ. 12), σ. 244, 250· Απ. Γεωργιάδης, ΓενΕνοχΔ, παρ. 29 αρ. 28· ΑΠ 1252/2011· ΑΠ 16/2010· ΠΠρΠλατρ 104/2014· ΠΠρΘεσ 11163/2004· ΜΠρΑθ 2728/2014 ΝΟΜΟΣ. Πρβλ. §§ 490 Ι, ΙΙΙ γερμΑΚ, Bredow/Vogel, Kreditverkäufe in der Praxis Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze (2008), σ. 2 επ.

Όσον αφορά την άσκηση διαπλαστικού δικαιώματος έκτακτης καταγγελίας για σπουδαίο λόγο, Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ, παρ. 55 αρ. 85· παρ. 21 αρ. 74· ΑΠ 1041/2010 ΧρΙΔ 2011, 375· Bamberger/Roth/Unberath, BGB (3η έκδ., 2012), § 314 Rn. 8, 12· Roussos, Der wichtige Kündigungsgrund bei Dauerschuldverhältnissen, σε: Tröger/Karampatzios (επιμ.), Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten (2014), σ. 75 επ.

24 Σε κάθε αναπροσαρμογή του προγράμματος αποπληρωμής της οφειλής, π.χ. επιμήκυνση/παράταση του χρόνου ληξιπρόθεσμου κάποιων ή όλων των δόσεων, μείωση επιτοκίων, διαγραφή μέρους του χρέους κ.λπ., είναι δυνατό να



Εν τέλει, η έννοια των ΜΕΔ, ανάγεται στην πραγμάτωση και κατηγοριοποίηση του πιστωτικού και συμβατικά ανειλημμένου κινδύνου (σε δύο φάσεις)<sup>25</sup>: *Πρώτον* στην εξέλιξη της πίστωσης, κατά την οποία δεν έχει ακόμη καταστεί ληξιπρόθεσμη και απαιτητή η αξίωση, αλλιά έχει επέλθει ουσιώδης χειροτέρευση της οικονομικής-προσωπικής κατάστασης του οφειλέτη και της ικανότητάς του να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του, η οποία με βεβαιότητα προσδοκάται (και σε εντονότερη μορφή) και στη λήξη της πίστωσης (credit migration, Insolvenzzisiko, Bonitätsrisiko). Ο κίνδυνος συναρτάται με το στοιχείο του χρόνου και συνίσταται τόσο στην αδυναμία πρόβλεψης μελλιοντικής εξέλιξης της ανωτέρω κατάστασης του οφειλέτη, όσο και στην ήδη επεληθούσα χειροτέρευση της οικονομικής του θέσης, που με βεβαιότητα οδηγεί σε αδυναμία του να εκπληρώσει εμπρόθεσμα και προσηκόντως την ενοχή του. Πρόκειται όχι για υπαρκτό αλλιά για προφανώς επερχόμενο και ρεαλιστικώς εκτιμώμενο ως εν δυνάμει κίνδυνο (απειλή) για τα συμφέροντα του δανειστή. *Δεύτερον* στη λήξη της πίστωσης, κατά την οποία ανακύπτει ο πλέον συνήθης κίνδυνος που αντιμετωπίζει ο δανειστής, όταν δεν ικανοποιείται από τον οφειλέτη του για οποιονδήποτε λόγο, κατά το χρονικό σημείο που η απαίτηση γίνεται ληξιπρόθεσμη και απαιτητή και παράλληλα εκκινεί ο χρόνος της παραγραφής της αξίωσης. Πρόκειται για την απευκταία επέλευση του λεγόμενου πιστωτικού κινδύνου (default risk, Ausfallrisiko)<sup>26</sup>.

## 2.2. Διάκριση μεταξύ κοινής εκχώρησης και εποπτικού δικαίου διατάξεων

Κατά το ν. 4354/2015, αντικείμενο της σύμβασης διαχείρισης ή/και μεταβίβασης, καταρτιζόμενης μεταξύ π.ι. και αποκλειστικά συγκεκριμένων εταιρειών ειδικού σκοπού, είναι απαιτήσεις από δάνεια και πιστώσεις μεταξύ π.ι. και δανειοληπτών (άρθρο 1 παρ. 1α και 1β). Πρόκειται για πώληση (ΑΚ 513 επ., ενοχική, υποσχετική σύμβαση μεταβίβασης απαίτησης) και εκχώρηση (ΑΚ 455 επ., εκποιτική, διαθετική δικαιοπραξία) σε εκπλήρωση της προηγούμενης<sup>27</sup>. Η πρακτική

έχουμε (ερμηνευτικά) διάληψη της ενοχής με δημιουργικό αποτέλεσμα («ανανέωση ενοχής», novatio), αν η τροποποίηση ισοδυναμεί με αντικατάστασή της. Αλλή παράταση ληξιπρόθεσμου της οφειλής θα μπορούσε να ερμηνευθεί ως απλώς τροποποίηση-αλλοίωση ("alteratio") ενοχής (ΑΚ 361), δηλ. μεταβολή όρου της και όχι απόσβεση και αντικατάστασή της, *Απ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΓενΜ*, παρ. 49 αρ. 1 επ.: *Μαντζούφας*, *ΕνοχΔ* (3η έκδ., 1959), παρ. 26 ΙΙ 1 σ. 168 σημ. 6: *Ζέπος*, *ΕνοχΔΓενΜ* Ι (2η έκδ., 1955), παρ. 27 ΙV 2 σ. 483. Εν αμφιβολία, η ενοχή τροποποιείται χωρίς να αποσβένεται και να αντικαθίσταται με νέα, *Σταθόπουλος*, *ΓενΕνοχΔ*, παρ. 18 αρ. 59, αφού προϋπόθεση της ανανέωσης είναι ο σκοπός της (animus novandi) να συνάγεται σαφώς (ΑΚ 438). Είτε ο ίδιος οφειλέτης ενέχεται έναντι του ίδιου δανειστή σε διαφορετική, με νέα χαρακτηριστικά, οφειλή (ενοχή), που αντικατέστησε την παλαιά, είτε συμβάλλεται σε μια εξολοκλήρου νέα ενοχική σχέση με διαφορετική ενοχή (ΑΚ 436 επ.), ώστε να υπόκειται πλέον σε νέα παραγραφή, ενώ απαιτείται (η ανανέωση) να συνοδεύεται από ρητή συμφωνία του εγγυητή ή του ενεχυρικού ή υποθηκικού οφειλέτη (ΑΚ 1269) για την ασφάλισή της (ΑΚ 439), *Απ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 6), παρ. 3 αρ. 114: *Αστ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΓενΜ*, παρ. 26 αρ. 88 επ.: *Μπεχλιθάνης/ΣΕΑΚ*, 436 αρ. 1 επ., 10 επ., 15 επ.: *Σταθόπουλος*, *ΓενΕνοχΔ*, παρ. 18 αρ. 60 επ.

25 *Κουτσουράδης*, ό.π. (υποσημ. 7), § 5, σ. 47-48.

26 *Κουτσουράδης*, ό.π. (υποσημ. 7), § 5, σ. 47-48.

27 *Καραμπατζός/ΣΕΑΚ*, 513 αρ. 2. Η πώληση της απαίτησης (causa της εκχώρησης), διακρίνεται από την ίδια την εκχώρηση όπως διακρίνεται η πώληση πράγματος (ΑΚ 513) από τη μεταβίβαση της κυριότητας (ΑΚ 1033, 1034): *ΑΠ* 335/1999 *ΕφλΔνη* 1999, 1328. Βλ. άρθρο 1 παρ. 1β και άρθρο 3 παρ. 1.

υπεροχή και χρησιμότητα της εκχώρησης στις συναλλαγές, ως διαθετικής σύμβασης του αστικού δικαίου προς μεταβίβαση οικονομικών αξιών<sup>28</sup>, επιβεβαιώνεται, καθώς η εγκυρότητα της κοινής εκχώρησης του ΑΚ παραμένει ανεξάρτητη από τυχόν ανάγκη εποπτικής φύσης αδειοδότησης των εκδοχέων της απαίτησης (εταιρειών ειδικού σκοπού)<sup>29</sup>. Πλέον για την τυπολογικά ειδικώς ορισμένη στο νόμο σύμβαση εκχώρησης επιβάλλεται ειδικός συστατικός τύπος με διπλή δημοσιότητα (άρθρο 3 παρ. 1, 3, 4, 6, ηρβή. άρθρο 3 παρ. 1 και παρ. 5 εδ. 2, 3 πριν την 27.05.2016 μορφή τους)<sup>30</sup>. Η αδειοδότηση κατά τους κανόνες των εποπτικών διατάξεων σκοπό έχει να προστατεύσει το δημόσιο συμφέρον, οργανώνοντας σύστημα εποπτικών περιορισμών και προϋποθέσεων για τους συμμετέχοντες στην αγορά πίστης. Η εκχώρηση (μεταβίβαση) των απαιτήσεων από δάνεια και πιστώσεις που χορηγούνται ή έχουν χορηγηθεί, μεταξύ των προσώπων που νομιμοποιούνται ως εκχωρητές και εκδοχείς, τηρουμένων των ειδικών διατάξεων του άρθρου 1 παρ. 1α, 1β, 1γ του ν. 4354/2015 (αυστηρότερων αυτών του ΑΚ), είναι έγκυρη και δεν απαιτεί συναίνεση ούτε έγκριση του δανειολήπτη, εφόσον κατά γενική αρχή του

28 Σταθόπουλος, ΕπισκεΔ 1997, 26 επ.: Λαδογιάννης, Οι επιχειρηματικές απαιτήσεις ως αντικείμενο ασφάλειας (2005), *passim*: Γ. Γεωργιάδης, Η εκχώρηση μελλοντικής απαίτησης (2006), *passim*: Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ Εισαγ. 455-470 αρ. 3. Για την οικονομική σημασία της εκχώρησης, *Flessner/Verhagen*, Assignment in European International Private Law (2006), σ. 4 επ.: *Beale*, Cases, materials and text on contract law (2η έκδ., 2010). Οι απαιτήσεις έχουν καίρια οικονομική σημασία. Με την εκχώρηση και μεταβίβαση, χρησιμοποιούνται ως μέσο εξασφάλισης, χρηματοδότησης και ανάληψης ευθύνης. *Gernhuber*, FS Raiser, σ. 57, 80: *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457, 458 επ.: *Nefzger*, Vertragliche Abtretungsverbote (2013), σ. 43 επ.: *Rosch/juris-OnlineKomm*, BGB § 398 Rn. 4. Αντίστοιχα για την «εξουσιοδότηση προς είσπραξη», την «εξασφαλιστική εκχώρηση», τη σύμβαση factoring, τη σύμβαση forfeiting, την τιτλοποίηση (securitization) απαιτήσεων, *Staudinger/Busch*, BGB Vor § 398 Rn. 136 επ.: *MünchKomm/Roth*, BGB § 398 Rn. 164 επ., 189, 189a επ.: *Baur/Stürner*, SachenR (18η έκδ., 2009), § 58 Rn. 11 επ.: *Wilhelm*, SachenR (4η έκδ., 2010), Rn. 2480 επ.: *Blaurock*, ZHR 142 (1978), 325 επ.: *Martinek/Ochsler*, σε: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (επιμ.), Bankrechts-Handbuch II (2007), § 102, 103.

29 BGH, NJW 2011, 3024. Βέβαια, όταν ο νομοθέτης επιτάσσει αποκλειστικότητα και αναγκαιότητα υπαγωγής σε διατάξεις για συγκεκριμένα πραγματικά (Tatbestände) που αναδεικνύει ως αξιολογικά κρίσιμα, δεν καταλείπεται χώρος στην ιδιωτική αυτονομία [Παπαντωνίου, ΓενΑρχΑσΔ (3η έκδ., 1983), σ. 37: *Αν. Γεωργιάδης*, ΓενΑρχΑσΔ (4η έκδ., 2012), παρ. 5 αρ. 7 επ., 13 επ., 18 επ.], ώστε να ευδοκνείται η στόχευσή του για διαμόρφωση ειδικών δικαϊκών κανόνων (π.χ. ρύθμιση των περί απαιτήσεων από ΜΕΔ) προς ικανοποίηση ειδικών έννομων συμφερόντων ή ομάδων συναλλασσομένων (π.χ. τα π.ι., συγκεκριμένοι δανειολήπτες, καταναλωτές κ.λπ.). Εισηγητική Έκθεση του ν. 4354/2015, Κεφ. Α, Γενικό Μέρος, άρθρο 1, τρίτη παράγραφος από το τέλος. Εισηγητική Έκθεση του ν. 4389/2016, κεφ. Ε' (Αντικατάσταση διατάξεων του ν. 4354/2015 - Α'176), σ. 23, υπό Γενικές Παρατηρήσεις, σ. 24, 25, 26 υπό άρθρο 70.

Συνεπώς η κοινή εκχώρηση του ΑΚ δεν προσήκει ως επιλογή συμβατικού «τύπου», όταν τα τυπολογικά στοιχεία της εκχώρησης είναι αυτά που περιγράφουν οι διατάξεις του ειδικού νόμου, και θα είναι άκυρη. Δεν λαμβάνεται πρόνοια (διατάξεις διαχρονικού δικαίου – *ius intertemporale*) για την τύχη των ήδη πριν την ισχύ του νόμου εκχωρηθεισών από τα π.ι. (κατά τις διατάξεις του ΑΚ ή κατά εξασφαλιστική εκχώρηση προς τρίτους, όχι εποπτευόμενους, εκδοχείς) απαιτήσεων από ΜΕΔ ή (και μόνο) από εξυηηρετούμενα δάνεια (βλ. άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 2, *e contrario*, στην πριν την 27.05.2016 μορφή του), καθώς η εκχώρηση απλώς και μόνο εξυηηρετούμενων απαιτήσεων δεν φαίνεται πλέον να εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής του ειδικού νόμου (άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 2 ημεδ. 1), όπως προδίδει και η αλληλαγία ονοματολογίας των εταιρειών ειδικού σκοπού από Ε.Δ.Α.Μ.Ε.Δ. και Ε.Μ.Α.Μ.Ε.Δ. σε Ε.Δ.Α.Δ.Π. και Ε.Α.Α.Δ.Π., βλ. και Εισηγητική Έκθεση του ν. 4389/2016, κεφ. Ε' (Αντικατάσταση διατάξεων του ν. 4354/2015 - Α'176), σ. 23, υπό Γενικές Παρατηρήσεις, σ. 26-27 υπό άρθρο 70.

30 Ο νόμος απονέμει τυπικό-αυστατικό ρόλο στην καταχώριση της σύμβασης εκχώρησης σε ειδικό δημόσιο βιβλίο και στην αναγγελία (ηρβή. άρθρο 3 παρ. 4 εδ. 2 και παρ. 5 εδ. 1, 3 στην πριν την 27.05.2016 μορφή τους). Σύγκρ. άρθρο 14 παρ. 1 β' του ν. 2844/2000: άρθρο 10 παρ. 9, 10 του ν. 3156/20103: *Αν. Γεωργιάδης*, ΧρΔ 2001, 7 επ.: Γ. Γεωργιάδης, ό.π. (υποσημ. 28), §§ 33, 34: ΜΠρΑθ 2391/2011 ΝΟΜΟΣ: ΕιρΠειρ 163/2012 ΕφΑΔ 2012, 975 (με παρατηρήσεις *Κρητικού*, σ. 981). Βλ. παρακάτω υπό κεφ. 7.2.

δικαίου της εκχώρησης, δεν μεταβάλλονται οι όροι της σύμβασης πίστωσης ή δανείου<sup>31</sup>.

### 2.3. Ανεκχώρητο, μεταβολή προσώπου του αντισυμβαλλομένου του δανειολήπτη και συναίνεση ή έγκριση εκ μέρους του

Πρόβλημα, όχι απλώς οικονομικό αλλά νομικό (αλληλίσωση της επιλογής αντισυμβαλλομένου<sup>32</sup>), θα μπορούσε να αποτελέσει η συναλλακτική συμπεριφορά του νέου δικαιούχου της απαίτησης (εκδοχέα) προς τον οφειλέτη (δανειολήπτη), ο οποίος δεν τον έχει επιλέξει ούτε διατηρεί μακρά συμβατική σχέση μαζί του. Ενδεχόμενοι λόγοι εναντίωσης, που θα μπορούσε να προβάλει ο δανειολήπτης, είναι οι ήδη προβλεπόμενοι στο δίκαιο της εκχώρησης: προσωποπαγής χαρακτήρας της παροχής (της εκχωρούμενης απαίτησης), κρισιμότητα της επιλογής του προσώπου του δανειστή, αλληλίσωση του ενοχικού δεσμού με τη μεταβολή αυτού, ώστε να καθιερώνεται έτσι εν τοις πράγμασι ανεκχώρητο<sup>33</sup>.

Βεβαίως οι γενικές διατάξεις του ΑΚ<sup>34</sup>, του ΚΠολΔ και οι ειδικές του ν. 4354/2015<sup>35</sup> λαμβάνουν ανοιχτά την ενάντια θέση με τα γνωστά επιχειρήματα, ότι δηλ. δεν αναμένεται λήψη μέτρων αναγκαστικής εκτέλεσης (enforcement of judgment) άλλων ή περισσότερων από αυτά που ήδη διέθετε το π.ι. (εκχωρητής)<sup>36</sup>. Υφί-

31 ΑΚ 460, 462-463 και άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 1 («Στις περιπτώσεις πώλησης και μεταβίβασης απαιτήσεων του παρόντος νόμου, καθώς και σε περιπτώσεις ανάθεσης διαχείρισης, δεν χειροτερεύει η ουσιαστική και δικονομική θέση του οφειλέτη και του εγγυητή...», πρβλ. άρθρο 3 παρ. 8 στην πριν την 27.05.2016 μορφή του). Απαραίτητη προϋπόθεση είναι να μην παραλείπεται η ενημέρωση του δανειολήπτη, καθώς προκειμένου να είναι ισχυρή και έγκυρη η μεταβίβαση επιβάλλεται να έχει παρέλθει 12μνο από την διαπίστωση αλυσιτέλειας διαπραγματεύσεων για ρύθμιση και αποπληρωμή του μεταβιβασθέντος δανείου (άρθρο 3 παρ. 2 – πρβλ. άρθρο 3 παρ. 3 εδ. 1 στην πριν την 27.05.2016 μορφή του), παρακάτω υπό κεφ. 3.2.4.

32 Ως έκφραση της ιδιωτικής αυτονομίας και της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361) που ανάγεται σε συνταγματικές αξίες επιταγή της δικαιοσύνης τάξης (Σ 5, Σ 17).

33 Παρακάτω υπό κεφ. 5. Γίνεται δεκτή αλληλίσωση της ενοχής (οπότε είναι ανεπίτρεπτη η μεταβολή του προσώπου του δανειστή), όταν η αξίωση δεν μπορεί να αποχωριστεί από την (εν ευρεία έννοια) ενοχική σχέση και τον ενοχικό δεσμό (εν συνόλῳ), MünchKommB/Roth, BGB § 399 Rn. 2· άλλως όταν η εκχωρούμενη απαίτηση συνδέεται στενά με το πρόσωπο του δανειστή, λόγω της φύσης της παροχής, κατά τρόπο ώστε αν αυτή αποχωριζόταν από το πρόσωπο του δανειστή και μεταβιβαζόταν σε άλλον, θα έχανε την ταυτότητά της και θα γινόταν διαφορετική από εκείνη που ο οφειλέτης έχει υποχρέωση να καταβάλει, ΕφΑθ 5950/1990 ΕλλΔνη 1990, 1518.

34 ΑΚ 462, 463. Κατά ΑΚ 455 επ. εκχώρηση είναι η συμφωνία μεταξύ δανειστή και τρίτου, με την οποία μεταβιβάζεται η απαίτηση από τον πρώτο στον δεύτερο, χωρίς συναίνεση του οφειλέτη, ΑΠ 934/2007· ΑΠ 1887/2005· ΑΠ 501/2003 ΝΟΜΟΣ.

35 Άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 1 (παραπάνω υποσημ. 31) και άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 2 (πρβλ. άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 1 ημίδ. 2: «τιχόν συμφωνίες μεταξύ μεταβιβάζοντος πιστωτικού ιδρύματος ή εταιρίας ειδικού σκοπού του άρθρου 10 του ν. 3156/2003 και δανειοληπτών περί ανεκχώρητου των μεταξύ τους απαιτήσεων δεν αντιτάσσονται στον εκδοχέα», στην πριν την 27.05.2016 μορφή του). Αντίστοιχα στο ν. 3156/2003 (άρθρο 10 παρ. 8 εδ. 1), βλ. παρακάτω υποσημ. 54 και υπό κεφ. 5.

36 Στη Γερμανία (2007-2008) είχε προκληθεί στα ΜΜΕ η εντύπωση, περί της διαχείρισης εκχωρηθεισών απαιτήσεων, ότι εκκίνησαν διαδικασίες αναγκαστικής εκτέλεσης, μοιλονότι οι δανειολήπτες βρίσκονταν σε δικαιολογημένη αδυναμία ή παρότι δεν είχαν ενημερωθεί νομίμως ή δεν είχαν καν προσκληθεί σε ρυθμίσεις των οφειλών. Ελήφθησαν ασφαλιστικά μέτρα από συνδέσμους ταμειωτηρίων και πιστωτών κατά «ενημερωτικών» εκπομπών με την αιτιολογία ότι υπήρξε παραπληροφόρηση αναφορικά με το ότι ακόμη και συνεπείς δανειολήπτες υπέστησαν διαδικασία πλειστηριασμού ακινήτων. *Schalast*, FAZ 13.02.2008· αλλὰ και FAZ 30.01.2008.

σταται δε δυνατότητα αποζημίωσης σε περίπτωση παράνομης και ως εκ τούτου άκυρης αναγκαστικής εκτέλεσης<sup>37</sup>. Επίσης δεν μεταβάλλονται οι συμμεταβιβαζόμενες εμπράγματα ή προσωπικές ασφάλειες<sup>38</sup>, ενώ οι δανειολήπτες ενημερώνονται τόσο για το ύψος του δανείου και της οφειλής όσο και για την ίδια τη μεταβίβαση<sup>39</sup>. Αιτία και, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, δικονομικά ο εκχωρητής ήδη επιβάλλεται να διορίζεται αντίκλητος, προς διευκόλυνση στις επιδόσεις εγγράφων<sup>40</sup>, όπως και ειδικά για οποιαδήποτε επίδοση περί των εκχωρούμενων απαιτήσεων από ΜΕΔ (άρθρο 3 παρ. 3 εδ. 4). Ενώ το επαγγελματικό (τραπεζικό) απόρρητο και οι διατάξεις για την προστασία των προσωπικών (οικονομικών) δεδομένων («στο μέτρο που οι πληροφορίες αυτές είναι απαραίτητες για τις ανάγκες της διαχείρισης») δεν αποτελούν πρόσκομμα στην ειδική μορφή μεταβίβασης δανείων, σύμφωνα και με επιταγή του νομοθέτη (άρθρο 1 παρ. 21)<sup>41</sup>.

### 3. Δικαιοπολιτικά διλήμματα (de lege ferenda) και οι νομοθετικές λύσεις τους (de lege lata)

Κρίσιμα λοιπόν νομικά ζητήματα αναδεικνύονται και σχετικά με το επιτρεπτό της εκχώρησης απαιτήσεων δανείων ή πιστώσεων ενάντια στη συμφωνία ανεκχώρητου,

37 ΚΠολΔ 940 παρ. 3. ΑΠ 9/2010· ΑΠ 2191/2003· ΑΠ 1410/2002 ΝΟΜΟΣ· Νίκας, ΕΠολΔ 2011, 281· Νίκας, ΝοΒ 2007, 277.

38 ΑΚ 458, 459 (πρβλ. γερμΑΚ § 401), άρθρο 3 παρ. 1 εδ. 2 και άρθρο 3 παρ. 6 (πρβλ. άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 3 και άρθρο 3 παρ. 7 στην πριν την 27.05.2016 μορφή του). Παρακάτω *υπό κεφ. 6.1*.

39 Άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 1 (πρώην άρθρο 3 παρ. 8). Κατά τις γενικές διατάξεις ο δανειολήπτης έχει έναντι του εκδοχέα τις ίδιες υποχρεώσεις και ενστάσεις που είχε και έναντι του δανειστή (ΑΚ 462, 463, πρβλ. γερμΑΚ § 404). Για τούτο και δεν απαιτείται, καταρχήν, να ενημερωθεί ο δανειολήπτης, αφού δεν επέρχεται βλαπτική μεταβολή των δικαιωμάτων του· παρά μόνο απαιτείται αναγγελία στον οφειλέτη ως όρος ενεργού της εκχώρησης, προκειμένου να μπορεί ο εκδοχέας να προβάλει τη μεταβίβαση στον οφειλέτη ή σε τρίτους (ΑΚ 460, πρβλ. γερμΑΚ § 409). Εν προκειμένω πρόκειται για αναγγελία της καταχώρισης της σύμβασης (άρθρο 3 παρ. 4), βλ. παρακάτω *υπό κεφ. 7.2*.

40 Άρθρο 11 παρ. 5 του ν. 4161/2013 (προσθήκη στο άρθρο 2 παρ. 5 του ν. 3869/2010), που επέβαλε (και αναδρομικά) να ορίζεται αντίκλητος (ΚΠολΔ 142) στην Ελλάδα για αλλοδαπούς πιστωτές, που αποκτούν με (κοινή) εκχώρηση αξίωση αποπληρωμής δανείων από π.ι. στην Ελλάδα. Πρβλ. ΕφΑθ 1437/2014 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΠατρ 406/2014 ΕφΑΔ 2014, 621· ΕιρΠειρ (προσ. διαταγή) από 12.08.2014 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· ΕιρΠατρ 406/2014 ΕφΑΔ 2014, 621 (με σχόλιο *Κρητικού*, σ. 625), για εκχώρηση ειδικού σκοπού στο πλαίσιο του νόμου περί τιτλοποίησης απαιτήσεων. Μέχρι τη γνωστοποίηση τεκμαίρεται ως αντίκλητος ο τελευταίος εκχωρητής της απαίτησης με κύρια κατοικία ή έδρα στην ελληνική επικράτεια. Σε περίπτωση διάθεσης του περιουσιακού δικαιώματος (εκχώρηση απαίτησης από τον πιστωτή), η δίκη συνεχίζει ακώλυτα, ενώ ο ειδικός διάδοχος μπορεί να ασκήσει παρέμβαση ως την έκδοση αμετάκλητης απόφασης, ΕιρΚορίνθου 89/2013 ΝΟΜΟΣ.

41 Με αναλογική εφαρμογή του άρθρου 10 παρ. 20 και 21 του ν. 3156/2003. Για τις αρχές της αναγκαιότητας και του σκοπού της προστασίας των οικονομικών δεδομένων του δανειολήπτη στην εκχώρηση, *Τασίκας*, τιμΤ Σπυριδάκη (2014), 951 επ., 1015. Στη γερμανική νομολογία το τραπεζικό απόρρητο έχει συμβατική (ενοχική) φύση και νομιμοποιητική βάση και δεν παρεμποδίζει την εκχώρηση (καθιστώντας την άκυρη), παρά μόνο θα μπορούσε να θεμελιώνει τυχόν αξίωση αποζημίωσης κατά τις διατάξεις του γερμΑΚ §§ 280 I, 241 II· BGH, WM 2007, 643 (νομικά επιτρεπτή εκχώρηση όσον αφορά τη μεταβίβαση οικονομικών-προσωπικών δεδομένων και παράβαση τραπεζικού απόρρητου και νόμου προσωπικών δεδομένων). Το ομοσπονδιακό συνταγματικό δικαστήριο (*BVerfG*, WM 2007, 1694) απέρριψε αίτηση αντισυνταγματικότητας κατά της απόφασης του ακυρωτικού. Για την προστασία προσωπικών δεδομένων έχει κριθεί ότι η § 1 III 2 του ειδικού γερμανικού νόμου (BDSG) έχει ευρύτερη εφαρμογή από το στενά οριοθετημένο τραπεζικό απόρρητο, *BGH*, NJW 2010, 361.

πέρα από τα ανακύπτοντα εκ της εκχώρησης ζητήματα, π.χ. η τύχη των παρεπόμενων εξασφαλίσεων τόσο προσωπικών (εγγυήσεων) όσο και (κυρίως) υποθηκών επί ακινήτων<sup>42</sup>, όπως κρίσιμος είναι ο τρόπος που επηρεάζεται το γενικό αστικό (συμβατικό) δίκαιο, καθώς επέρχονται μεταβολές στη μεταβίβαση των απαιτήσεων, αλλιά και ο τρόπος που επηρεάζεται η ιδιωτικού δικαίου προστασία δανειοληπτών, κυρίως καταναλωτών<sup>43</sup>.

### 3.1. Εκχώρηση απαίτησης ή μεταβίβαση σχέσης(;) Συναρμογή διατάξεων αστικού με στοχεύσεις εποπτικού δικαίου

#### 3.1.1. Η προκριθείσα εκχώρηση αιτία πώλησης (ΑΚ 513 επ., 455 επ.)

Στο σύστημα των κανόνων του αστικού δικαίου οι απαιτήσεις από δάνεια ή πιστώσεις μεταβιβάζονται δικαιοπρακτικά εν ζωή είτε με εκχώρηση των ΑΚ 455 επ. (αιτία πώλησης, ΑΚ 513 επ.) είτε με μεταβίβαση της συμβατικής σχέσης<sup>44</sup>. Τη δεύτερη απορρίπτει ως επιλογή ο ειδικός νόμος: η πώληση των μεταβιβαζόμενων απαιτήσεων διέπεται από τις ΑΚ 513 επ., η δε μεταβίβαση από τις ΑΚ 455 επ., στο βαθμό που δεν αντίκεινται στις διατάξεις του νόμου (άρθρο 3 παρ. 1 εδ. τελευταίο), δηλ. εφόσον ερμηνευτικά δεν αντίκεινται στο σύστημα (τη συνοχή) των διατάξεων και την ειδική στόχευση του νόμου (οπότε η εφαρμογή τους θα χωρεί αναλόγως, δηλ. στο βαθμό που η φύση της ρυθμιστέας ύλης και η ανακύψασα ανάγκη ρύθμισης το επιτρέπουν)<sup>45</sup>.

Ο ειδικός νομοθέτης δεν έκρινε σκόπιμο να επιδιώξει κάποια ειδικότερη στόχευση ή να αλλιάξει προς κάποια ειδικότερη κατεύθυνση τους γενικούς κανόνες του αστικού δικαίου, π.χ. απέφυγε να θεσπίσει άλλες, ειδικότερες προϋποθέσεις καταγγελίας των δανείων και των πιστώσεων<sup>46</sup>, ούτε προέκρινε να αλλοιωθεί ουσιωδώς η εκχώρηση κατά τη νομοτυπική της μορφή (ΑΚ 455 επ.), π.χ. δεν προέκρινε ως προϋπόθεση τη σύμφωνη γνώμη ή τη συναίνεση ή την εκ των υστέρων έγκριση του οφειλέτη. Τέτοιες αλληλαγές θα επιβάρυναν τα π.ι. και τους αντισυμβαλλομένους τους κατά τις συγκεκριμένες συναλλακτικές δραστηριότητες, δηλ. κατά τη διάθεση απαιτήσεων ληξιπρόθεσμων δανείων, δίχως κάποια εμφανή βελτίωση της έννομης θέσης των υπερχρεωμένων δανειοληπτών, ακόμη και αυτών που χρήζουν υπό αυστηρές προ-

42 *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 επ.

43 *Bredow/Vogel*, ό.π. (υποσημ. 23), σ. 1, 2 επ. Πρβλ. άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. η' και παρ. 22.

44 Η μεταβίβαση απαιτήσεων ή συμβάσεων εν συνόλῳ εντάσσεται ως δραστηριότητα στην αρχή της ελεύθερης διακίνησης κεφαλαίων που προστατεύεται από το ενωσιακό (κοινοτικό) κεκτημένο και από τα άρθρα ΑΚ 361, Σ 5, Σ 17. Περιπτώσεις διαδοχής στο πλαίσιο του εταιρικού δικαίου παραλείπονται στην παρούσα ανάλυση.

45 Αντίστοιχα στην πρακτορεία (factoring) και πώληση επιχειρηματικών απαιτήσεων (forfaiting), *Αν. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 7), παρ. 28 επ.: παρ. 18 επ.: *Βάθης*, Η σύμβαση factoring (1995), *passim*: ΕφΑθ 6182/2007 ΔΕΕ 2008, 742.

46 Έννομες συνέπειες που δεν θίγουν ήδη γεννημένες αξιώσεις του π.ι., καταλαμβάνοντας υπολειπόμενες, μη καταβληθείσες αλλιά υπερήμερες παροχές (αφού κατέστησαν ληξιπρόθεσμες και απαιτητές), βλ. στην υποσημ. 19 αλλιά και υποσημ. 18, 26. Για την § 490 γερμΑΚ και την έκτακτη καταγγελία (außerordentliche Kündigung) για σπουδαίο λόγο της γερμΑΚ § 314, βλ. υποσημ. 17, 23. Για το ειδικό δικαίωμα καταγγελίας της § 498 II γερμΑΚ, βλ. υποσημ. 19, 20, 93.

υποθέσεις ειδικότερης προστασίας (δικαιοπολιτικά σκόπιμες)<sup>47</sup>· ενώ θα οδηγούσαν τα π.ι. σε δυσχερείς οικονομικά καταστάσεις, όπως προσκόμματα αναχρηματοδότησης στο πεδίο των αγορών κ.λπ. Αντίθετα χωρεί να εξειδικευθεί περαιτέρω το πλέγμα των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα, όπως και μεταξύ εκδοχέα και δανειολήπτη, όπως προκύπτει από την αρχική δικαιοπραξία του δανείου, από τη συμφωνία μεταβίβασης και τους λοιπούς όρους αυτών, αλλήλ και τις παρεπόμενες εξασφαλιστικές συμφωνίες.

Αναφερόμαστε στη συναλλακτική μορφή μεταβίβασης δανείων (“true sale”, γνήσια, πραγματική ή ολοκληρωμένη μεταβίβαση), στην οποία τα π.ι. μεταβιβάζουν απαιτήσεις με τις εξασφαλίσεις και τους κινδύνους τους, οπότε επιτυγχάνεται η επιθυμητή απαλλογική από τον πιστωτικό κίνδυνο και η εξυγίανση του ισολογισμού τους, καθώς αποχωρίζονται τις απαιτήσεις<sup>48</sup>. Μπορεί να πρόκειται είτε για μεταβίβαση μεμονωμένων απαιτήσεων (single names transfer), περίπτωση στην οποία μπορεί ειδικότερα να μεταβιβάζονται δάνεια κατά μόνas, και δη ως σύνολο περιουσίας (asset deal) ή ως κατηγοριοποιημένα δάνεια (ομάδες απαιτήσεων, “baskets”)<sup>49</sup>· είτε για μεταβίβαση συμμετοχών ή μεριδίων σε επιχείρηση (share deal)<sup>50</sup>. Επειδή η μεταβίβαση είτε απαιτήσεων κατά μόνas (single names transfer) είτε περισσότερων αξιώσεων (asset deal), αλλήλ και επειδή σε κάθε περίπτωση η αιτία πώλησης (true sale) μπορεί να αξιολογείται νομικά ως «εκχώρηση» (assignment)<sup>51</sup>, για την οποία δεν απαιτείται συναίνεση του δανειολήπτη, ο νομοθέτης επέλεξε αυτή τη μορφή μεταβίβασης απαιτήσεων<sup>52</sup>· ενώ η περίπτωση μεταβίβασης έννομης σχέσης απαιτεί τη συμμετοχή ή τουλάχιστον την συναίνεση του δανειολήπτη, καθώς εν προκειμένω θα επρόκειτο για μεταβίβαση όλων των δικαιωμάτων αλλήλ και των υποχρεώσεων που αναπτύσσονται αμφιμερώς από την έννομη σχέση, δηλ. τόσο

47 Ηθική διάσταση του προβλήματος των ΜΕΔ και ανάγκη προστασίας πρώτης κατοικίας, *Βουλή των Ελλήνων, Γραφείο Προϋπολογισμού*, Τριμηνιαία έκθεση (Ιανουάριος-Μάρτιος 2016), σ. 43 (με παραπομπές στις σημ. 128-131). Βλ. πλέον τα πιο πρόσφατα στοιχεία σε ΤτΕ, Επισκόπηση του Ελληνικού Χρηματοπιστωτικού Συστήματος, Ιούλιος 2016, σ. 8 επ., 19 επ., 31 επ., 61 επ.

48 Απαραίτητη καταχώριση της σύμβασης στο δημόσιο βιβλίο του άρθρου 3 του ν. 2844/2000 για συμβάσεις επί κινήτων ή απαιτήσεων υποκείμενων σε δημοσιότητα και για άλλες συμβάσεις παροχής ασφάλειας. Με αυτήν το πρώτον επέρχεται η μεταβίβαση των πωλούμενων απαιτήσεων του πιστωτικού ή χρηματοδοτικού ιδρύματος (πλέον δεν αναφέρεται ρητά η δυνατότητα περαιτέρω μεταβίβασης από την ίδια την Ε.Α.Α.Δ.Π., πρώην Ε.Μ.Α.Μ.Ε.Δ.), αφού πριν την καταχώριση δεν αποκτώνται έναντι τρίτων δικαιώματα που απορρέουν από τη μεταβίβαση (άρθρο 3 παρ. 1, παρ. 3 εδ. 3 παρ. 4 εδ. 2, παρ. 6 εδ. 1 (πρβλ. άρθρο 3 παρ. 1, παρ. 4 εδ. 2 και παρ. 5 εδ. 1 και 3 στην πριν την 27.05.2016 μορφή του)).

49 *Schmilmar/Breiteneicher/Wiedenhofner*, DB 2005, 1367, 1369: *Gleumes*, Der Verkauf von notleidenden Krediten an Distressed-Debt-Investoren, σε: *Jobe/Stachuletz* (επιμ.), *Workout-Management und Handel von Problemkrediten* (2005), σ. 349 επ., 369. *Παναγιώτου*, Η μεταβίβαση της επιχείρησης και η ευθύνη για τα χρέη της (2011), σ. 90-94.

50 *Καραματζός/ΣΕΑΚ*, 513 αρ. 43. Η τελευταία μορφή (share deal) δεν συνθίζεται στην πράξη καθώς θεωρείται υψηλότερου κόστους συναλλαγή με περισσότερες περιπλοκές, *Nachtwey/Leclaire*, Möglichkeit der rechtlichen Ausgestaltung, σε: *Froitzheim* (επιμ.), Non Performing Loans (NPL) in Deutschland - Praxisrelevante Aspekte, Instrumente zur Abgabe non notleidenden Krediten und Bedeutung für die Banksteuerung (2006), σ. 103 επ., 115.

51 Και μεταβίβαση έννομης σχέσης (Vertragsübernahme) ή ανανέωση (novatio), *Bergjan*, ZIP 2012, 1997 επ. Για τη σημασία στην εκχώρηση της συναίνεσης ή έγκρισης του δανειολήπτη (ΑΚ 236, 238· πρβλ. γερμΑΚ §§ 183, 184), παρακάτω υπό κεφ. 3.1.3., κεφ. 3.2., ιδίως κεφ. 3.2.1., κεφ. 4.5.

52 *Theewen*, WM 2004, 105, 111-113.



υπέρ ή κατά του π.ι. όσο και υπέρ ή κατά του δανειολήπτη· αντίθετα, στην εκχώρηση μεταβιβάζεται μόνο η απαίτηση με τις παρεπόμενες εξασφαλίσεις της, χωρίς τη συμμετοχή, ως συμβαλλομένου, αλλήλ ούτε καν με ανάγκη έγκρισης ή και εκ των προτέρων συναίνεσης, του δανειολήπτη<sup>53</sup>.

### 3.1.2. Μη δυνατότητα συμμετοχής στη μεταβίβαση και εναντίωσης του δανειολήπτη

Ο πλέον πρόσφορος νομικά τρόπος, από την έποψη του συμβατικού δικαίου των ενοχών, είναι η εκχώρηση, η οποία συνάδει με την ιδιότητα που απονέμει το αστικό δίκαιο στην απαίτηση αλλήλ και ενισχύει την εικόνα που δίδει για αυτήν, ότι δηλ. κυκλοφορεί ελευθέρως στις συναλλαγές, εφόσον, εννοείται, δεν είναι για κάποιον λόγο, εκ του νόμου ή από συμβατική συμφωνία, ανεκχώρητη<sup>54</sup>. Τέτοιες είναι κυρίως οι περιπτώσεις που η απαίτηση μεταβιβάζεται χάριν εξασφάλισης<sup>55</sup> ή που η εκχώρηση αλληλοιώνει τη φύση της ενοχής<sup>56</sup> ή που αντίκειται σε ρητή συμφωνία περί ανεκχώρητου<sup>57</sup>. Το δίκαιο της εκχώρησης του ΑΚ δεν διακρίνει τις δικαιοπρακτικές (ενοχικές) σχέσεις από τις οποίες προέρχεται η εκχωρούμενη απαίτηση, δηλ. εφαρμόζεται σε όλων των ειδών τα δάνεια, περιλαμβάνοντας αυτά ανεξαιρέτως, π.χ. ανεξαρτήτως τυχόν ληξιπροθέσμου ή υπερήμερου χαρακτήρα της απαίτησης ή δυσχέρειας εκπλήρωσης αυτής<sup>58</sup>.

Από τη φύση λοιπόν του δανείου (της απαίτησης) και την επίδραση που έχει η μη εξυπηρέτησή του στον ισολογισμό του π.ι., εξαρτάται η επιλογή: έτσι για όλες τις μορφές μη εξυπηρετούμενων δανείων (είτε είναι υπερήμερα, ή όχι, είτε είναι καταγγελλθέντα, ή όχι, δηλ. ακόμη και αυτά για τα οποία προσδοκάται ή πιθανολογείται η δυσχέρεια

53 Παπαντωνίου, ό.π. (υποσημ. 7), σ. 21 επ., 29 επ., 67 επ., 150, 194, 256· Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1568 επ.

54 Άρθρο 3 παρ. 3 εδ. 2 (πρβλ. άρθρο 3 παρ. 4 εδ. 1 ημιδ. 2 στην πριν την 27.05.2016 μορφή του)· άρθρο 10 παρ. 8 εδ. 1 του ν. 3156/2003· παραπάνω υποσημ. 35.

55 Θα πρέπει να γίνεται δεκτή ως έγκυρη (ΑΚ 361) η από τυχόν επαχθή αιτία (αντί καταβολής) εκχώρηση δανειακής απαίτησης, όταν δηλ. ο εκδοχέας δέχεται (ΑΚ 421) την εκχώρηση σ' αυτόν της απαίτησης του οφειλέτη του π.ι. έναντι του δανειολήπτη, ΑΠ 1537/2004 ΕλλΔνη 2005, 772. Εν αμφιβολία (ΑΚ 421) θεωρείται ότι η εκχώρηση γίνεται χάριν καταβολής (Μπεχλιβάνης/ΣΕΑΚ, 419-420 αρ. 15· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 468 αρ. 3· ΕφΘεσ 1627/2003 Αρμ 2004, 682· ΕφΑθ 812/2003 ΕπισκΕΔ 2003, 455), δηλαδή προς εξασφάλιση της αρχικής παροχής, οπότε πρόκειται για καταπιστευτική εκχώρηση (Μπεχλιβάνης/ΣΕΑΚ, 419-420 αρ. 6 επ., 9, 10 επ.· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 42 επ.). Για ειδικότερες μορφές εξασφαλιστικής (καταπιστευτικής) εκχώρησης, παραπάνω υποσημ. 6 και παρακάτω 170, 193, 246, 248, 255 υπό κεφ. 5., κεφ. 6.1., κεφ. 6.2., κεφ. 7.3., κεφ. 8.1.

56 Αν η εκχωρούμενη απαίτηση συνδέεται στενά με το πρόσωπο του δανειστή, λόγω της φύσης της παροχής, κατά τρόπο ώστε αν η παροχή αποχωριζόταν από το πρόσωπο του δανειστή και μεταβιβαζόταν σε άλλον, θα έχανε την ταυτότητά της και θα γινόταν διαφορετική από εκείνη που ο οφειλέτης έχει υποχρέωση να εκτελέσει, ΕφΑθ 5950/1990 ΕλλΔνη 1990, 1518 (πρβλ. § 399 εδ. 1 γερμΑΚ).

57 Παρακάτω υπό κεφ. 5 (πρβλ. § 399 εδ. 2 γερμΑΚ). Τυχόν συμφωνία για ανεκχώρητο, δεν επηρεάζει το κύρος της εκχώρησης, όταν η απαίτηση εδράζεται σε διμερώς εμπορικής φύσης σύμβαση κατά § 343 γερμΕμΚ (έτσι η § 354a εδ. 1, με εξαίρεση που αφορά τα π.ι. στο εδ. 2 γερμΕμΚ)· Jobe, Rechtliche Rahmenbedingungen des Workout – Managements: Die Haftungsrisiken der Kreditinstitute bei der Bearbeitung Not leidender Kredite, σε: Jobe/Stachuletz (επιμ.), Workout – Management und Handel von Problemkrediten (2005), σ. 226 επ., 258.

58 Ανεξαρτήτως (κατά τις γενικές διατάξεις) της φύσης, του σκοπού και των δραστηριοτήτων του εκδοχέα. Ο ειδικός νόμος (ν. 4354/2015) καθορίζει προϋποθέσεις για την (δημοσίαι, εποπτικού δικαίου) αδειοδότηση των δραστηριοτήτων των εκδοχέων, όπως και συγκεκριμένο εταιρικό τύπο (Α.Ε.).



αποπληρωμής) γίνεται τεχνική κατηγοριοποίηση και σχετική αξιολόγηση χάριν εκτίμησης του πιστωτικού κινδύνου<sup>59</sup>. Όλα ανεξαιρέτως τα ΜΕΔ, ακόμη και αυτά για τα οποία υφίσταται απλώς προσδοκία μη εκπλήρωσης και απλώς πιθανολογούνται δυσχέρειες αποπληρωμής, συνεχίζουν να επιβαρύνουν τον ισολογισμό και μόνο η μεταβίβαση αυτών επιτυγχάνει απομείωση της συγκέντρωσης κινδύνων<sup>60</sup>.

Στη σύμβαση της εκχώρησης δεν απαιτείται να συμμετέχει ο οφειλέτης της εκχωρούμενης απαίτησης (ΑΚ 455)<sup>61</sup>. Τυχόν εναντίωση του δανειολήπτη ή απαίτησή του να παραμείνει αμετάβλητο το πρόσωπο του δανειστή της απαίτησης· ή αίτημά του να παταθεί και να συνεχιστεί στο πρόσωπο του νέου δικαιούχου (εκδοχέα) η ανοχή που είχε επιδείξει ο δανειστής (εκχωρητής) ως προς τη μη καταγγελία ή ως προς τη μη ανάληψη μέτρων ανάκτησης της οφειλής, π.χ. αναγκαστική εκτέλεση<sup>62</sup>· ή (περίπτωση δανειοληπτών/εμπόρων) να παραμείνει ανοιχτή η γραμμή πίστωσης ή να συνεχιστεί διάθεση κεφαλαίου κ.λπ., μάλιστα θα μπορούσε να αντιμετωπίζεται, όπως από τον εκχωρητή, το π.ι., έτσι και από τον εκδοχέα, την Ε.Δ.Α.Δ.Π./Ε.Α.Α.Δ.Π. (πρώην Ε.Δ.Α.Μ.Ε.Δ./Ε.Μ.Α.Μ.Ε.Δ.) κ.λπ., με την προβολή της ένστασης της ΑΚ 281<sup>63</sup>.

### 3.1.3. Η μεταβίβαση της συμβατικής σχέσης

Η μεταβίβαση, τουναντίον, της ενοχικής σχέσης εν συνόλῳ, διακρίνεται από την απλή εκχώρηση μεμονωμένης απαίτησης<sup>64</sup>. Η πρώτη κατά κανόνα προϋποθέτει, εκτός από την εκχώρηση απαιτήσεων (ΑΚ 455 επ.) ή τη μεταβίβαση άλλων δικαιωμάτων, και σύμβαση στερντικής αναδοχής χρέους (ΑΚ 471 επ.), με αποτέλεσμα να είναι αναγκαία η σύμπραξη του οφειλέτη<sup>65</sup>· έχει δε ως αποτέλεσμα την υπεισέλευση τρίτου προσώπου στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις υποκειμένου της έννομης σχέσης<sup>66</sup>. Αντίθετα, ο εκδοχέας απαίτησης δεν καθίσταται αυτόματα υποκείμενο της έν-

59 ΠΕΕ/ΤτΕ αρ. 42/30.05.2014, όπως ισχύει με ΠΕΕ/ΤτΕ αρ. 47/09.02.2015 σε συνδ. με ΠΕΕ/ΤτΕ αρ. 82/08.03.2016, όπως η τελευταία αντικαταστάθηκε από την ΠΕΕ/ΤτΕ 92/27.05.2016 (ΦΕΚ Β' 1574/3.06.2016).

60 Weber, True Sale und synthetischer Risikotransfer für Performing und Non-Performing Loans (2006), σ. 3 επ.

61 Συμμετοχή του οφειλέτη στη σύμβαση μπορεί να ερμηνευθεί ως αφηρημένη αναγνώριση χρέους (ΑΚ 873, υπό την προϋπόθεση του έγγραφου τύπου), αν όχι γενικότερα ως αναγνώριση (ΑΚ 361) ή ως παραίτηση από προβολή ενστάσεων (ΑΚ 463)· καθιστά περιττή την αναγγελία της εκχώρησης (ΑΚ 460), *Απ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΓενΜ*, παρ. 42 αρ. 19· *Αστ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΓενΜ*, παρ. 24 αρ. 2 σημ. 3.

62 Nobbe, FS Hopt (2010), σ. 2301 επ., 2303, 2310-2313 (ο δανειολήπτης δεν έχει αξίωση στην ανοχή ή σε ιδιαίτερα προστατευτική για τα συμφέροντά του συμπεριφορά, που τυχόν επιδείκνυε ο εκχωρητής)· Nobbe, ZIP 2008, 97, 98· Lehleiter/Hoppe, BKR 2008, 363, 365-366· Habersack, NJW 2008, 3173, 3175· *Freitag*, WM 2008, 1813, 1815.

63 Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1568 επ.· Nobbe, ό.π.

64 ΑΠ 1201/1992 ΕλλΔνη 1994, 1511· *Γ. Γεωργιάδης*/ΣΕΑΚ 455, αρ. 7-8. Υποκατάσταση συνοδικά στην έννομη θέση του πωλητή από τον αγοραστή, σε σχέση με όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις της δανειακής σύμβασης, όχι μόνο στην ευπόδηλη εξασφάλιση, ως παρεπόμενη εξασφαλιστική του δανείου σύμβαση, HGB Großkommentar/Renner, (5n έκδ., 2015), 10/2. Band (Bankvertragsrecht 1.), σ. 341, 342, σημ. 2642-2654.

65 Μόνο όταν είναι, στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, και δανειστής του μεταβιβάζοντος εκχωρητή, ΑΚ 455, 460, 462, 471 σε συνδυασμό με ΑΚ 361. ΑΠ 479/2001 ΝοΒ 2002, 519· ΑΠ 734/1998 ΝοΒ 1999, 1557· ΑΠ 681/1995 ΔΕΕ 1995, 855· ΕφαΘ 4510/1998 ΕλλΔνη 1998, 1658.

66 Για τη μεταβίβαση συμβατικής σχέσης, ΑΠ 1693/2007· ΑΠ 1957/2006 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ (στη μεταβίβαση μισθωτικής σχέσης η συναίνεση του εκμισθωτή δεν τεκμαίρεται με μόνη την προς αυτόν απευθείας καταβολή από το νέο μισθωτή του μισθώματος και των αναπροσαρμογών του)· *Παπαντωνίου*, ό.π. (υπόσημ. 7), σ. 150, 194· *Σούπλιας*, ΕρμΑΚ 455 αρ. 9· *Κρητικός*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 455 αρ. 39.

νομης σχέσης<sup>67</sup>. Ιδίως δε όταν, όπως εν προκειμένω, δεν υφίσταται πλέον ο ενοχικός δεσμός εν τη ευρεία του εννοία, αφού απομένει να αποσβεσθεί μόνο η αποπληρωμή του δανείου από τον οφειλέτη, τα δε καθήκοντα πρόνοιας, προστασίας, ενημέρωσης κ.λπ. έχουν ήδη εξαντληθεί με την προσπάθεια εύρεσης κατάλληλης λύσης προς ρύθμιση των οφειλών και απομένει η ανάκτηση της καθυστερημένης οφειλής διά της αναγκαστικής εκτέλεσης<sup>68</sup>.

Μπορεί λοιπόν να σημειωθεί ότι μετά την ουσιαστική λήξη της πιστωτικής σχέσης μεταξύ του π.ι. και του δανειολήπτη, όταν δηλ. απομένει μόνο η ανάκτηση της οφειλής για τον πιστωτή, η απαίτηση αυτή μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εκχώρησης, χωρίς να θεωρηθεί ότι πρέπει να συντελείται μεταβίβαση της πιστωτικής σχέσης, πράγμα αληθές στο βαθμό που έχει εκπληρωθεί η βασική παροχή του δανείου και απομένει να εκπληρωθεί η αντιπαροχή του δανειολήπτη· οπότε δύναται να εκχωρηθεί απλώς η σχετική απαίτηση του πιστωτή, ώστε να μην απαιτείται μεταβίβαση της πιστωτικής σχέσης εν συνόλῳ<sup>69</sup>.

### 3.2. Η μεταβίβαση απαίτησης, υπό το φως της σχέσης εμπιστοσύνης τράπεζας-πελάτη

#### 3.2.1. Ο προβληματισμός

Προς διερεύνηση είναι αν ο δανειολήπτης (καταναλωτής ή επαγγελματίας, μικρή ή μεγάλη επιχείρηση) θα έχει (ή όχι) ίδια μεταχείριση από το νέο δικαιούχο της απαίτησης (αγοραστή ΜΕΔ, επενδυτή), ο οποίος υπό τη νομική μορφή (ανωνύμων) εταιρειών ειδικού σκοπού (διαχείρισης και απόκτησης απαιτήσεων από δάνεια και πιστώσεις - Ε.Δ.Α.Δ.Π./Ε.Α.Α.Δ.Π.) προφανώς δεν ενδιαφέρεται για μακροπρόθεσμες συναλλαγές, όπως τα π.ι., αλλά για ρευστοποίηση των απαιτήσεων ή περαιτέρω μεταβίβαση αυτών με υπεραξία<sup>70</sup>. Το πρόβλημα θα μπορούσε να διατυπωθεί κατά νομική αξιολόγηση ως ερώτημα σχετικά με το αν μαζί με την απαίτηση συνεχίζει να υφίσταται η υποχρέωση προστασίας, ενημέρωσης και διαφώτισης κατά την ευρεία μεταξύ π.ι. και πελάτη νοούμενη σύμβαση<sup>71</sup>.

67 Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 15.

68 Για την υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης (ενοχή ή βάρος) στον Κώδικα Δεοντολογίας προς εύρεση κατάλληλης λύσης στο πλαίσιο ρύθμισης των οφειλών, βλ. Τασίκα, τιμΤ Αλεξανδρίδου (2016), 713 επ., 716 επ., 729 επ., 736 επ., 739 επ., 746 επ..

69 Διακριτέα εν προκειμένω η ανανέωση (ΑΚ 436), όταν εκδηλώνεται ως αλληγή προσώπου του δανειστή. Η ανανέωση απαιτεί δικαιοπρακτική σύμβαση του οφειλέτη και επιφέρει σύσταση νέας ενοχής σε αντικατάσταση της παλαιάς· στη μεταβίβαση συμβατικής σχέσης (δανείου) και στην εκχώρηση η απαίτηση παραμένει ίδια, Σούρλης, ΕρμΑΚ, Εισαγ. 455-470 αρ. 2. Βλ. παραπάνω υποσημ. 24, 51, υπό κεφ. 2.1., κεφ. 3.1.

70 Westermann, Die Gestaltung und Finanzierung von Grundstückskaufverträgen, σε: Träger/Karampatzos (επιμ.) Gestaltung und Anpassung von Verträgen in Krisenzeiten (2014), σ. 91 επ., 94 επ.

71 Ψυχογιάνης, ό.π. (υποσημ. 12), 1 επ.· Ρόκας/Κόρτσος, ό.π. (υποσημ. 12), σ. 181 επ., 183 επ., 189 επ., 192 επ., 196 επ.· Πιτσιρίκο, ΔΕΕ 2012, 442 επ.· ηρββ. Grundmann, σε: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (επιμ.), HGB-Kommentar II (3η έκδ., 2015), Bank- und BörsenR, υπό 1.2. Rn. 101 επ.· HGB-Großkommentar/Grundmann (5η έκδ., 2015), 10/2. Band, Bankvertragsrecht 1, σ. 142 επ. Rn. 11 επ.

γιατί, εφόσον δεν υφίσταται, αφού το ερώτημα πρέπει μάλιστα να απαντάται αρνητικά (δεδομένου ότι οι σχετικές υποχρεώσεις έχουν ήδη εξαντληθεί με την προσπάθεια εύρεσης της κατάλληλης λύσης προς ρύθμιση των οφειλών), τότε, ανεξαρτήτως τυχόν αντιρρήσεων και ανησυχιών του δανειολήπτη<sup>72</sup>, το ερώτημα αναδιατυπώνεται: αν έχουμε δυσμενή εξέλιξη και χειροτέρευση της έννομης θέσης του οφειλέτη, ενάντια στη βασική αρχή του δικαίου της εκχώρησης (ΑΚ 460, 462, 463)<sup>73</sup>. Και πάλι όμως θα μπορούσε να ισχυριστεί κανείς ότι προκειμένου να μεταβιβάζεται η απαίτηση του π.ι. εναντίον του δανειολήπτη δεν αρκεί η εκχώρηση (έστω και δίχως χειροτέρευση της έννομης θέσης του δανειολήπτη), αλλά απαιτείται να επιλεγεί η μεταβίβαση ενοχικής (συμβατικής) σχέσης εν συνόλω, κάτι που προϋποθέτει τη συμμετοχή (ακόμη και κατά συναίνεση ή έγκριση) του δανειολήπτη<sup>74</sup>.

Από την άλλη, θα μπορούσε, ενδεχομένως, για άλλες εθνικές έννομες τάξεις και τραπεζοπιστωτικές αγορές χρήματος, να ισχυριστεί κανείς εύλογα ότι η προσωπική σχέση εμπιστοσύνης ισχύει όλο και λιγότερο, καθώς η παροχή πίστωσης γίνεται απρόσωπα και μέσω διαδικτύου<sup>75</sup>. Πλην όμως, ειδικότερα στην ενυπόθηκη στεγαστική πίστη στην Ελλάδα, δεν αμφισβητεί κανείς την ειδική, προσωπικής και θεσμικής εμπιστοσύνης σχέση μεταξύ π.ι. και δανειολήπτη: Το δάνειο είναι σχέση εμπιστοσύνης στην ιδιότητα του πιστωτή (π.ι.), ότι εποπτεύεται, ότι συμμορφώνεται προς ειδικούς κανόνες κ.λπ.: καταρτίζεται δε μετά από προσωπική επαφή και πρότερη διαφώτιση και παροχή πληροφοριών και επεξηγήσεων, χωρίς να παροράται η μαζικότητα στις κοινές συναλλαγές (εναρμονισμένοι όροι, πανομοιότυπη διαδικασία, συνθήκες, σχεδόν αποκλειστικά, ενυπόθηκη εξασφάλιση κ.λπ.). Το π.ι. εξετάζει τα οικονομικά δεδομένα και τη φερεγγυότητα, όπως και την πιστοληπτική ικανότητα<sup>76</sup>, προτείνει διάρκεια δανείου κ.λπ.

Αυτά συνδυαζόμενα μεταξύ τους (και με διαπροσωπική επαφή, επ' αφορμή της εξυπηρέτησης από τους υπαλλήλους και προστιθέντες του π.ι.) συνθέτουν ένα πλαίσιο προσδοκιών του δανειολήπτη, ιδίως του καταναλωτή, τέτοιο ώστε η εκχώρηση της απαίτησης, υπό συνθήκες και προϋποθέσεις, θα μπορούσε να χαρακτηρίζεται

72 *Knops*, VuR 2009, 286 επ.: *Knops*, WM 2008, 2185 επ.

73 Άρθρο 3 παρ. 8 του ν. 4354/2015. Βλ. παραπάνω υποσημ. 31, 35· παρακάτω υποσημ. 108· πρβλ. υπό κεφ. 2.1., κεφ. 2.2., κεφ. 3.2.1., κεφ. 3.2.3., κεφ. 3.2.4., κεφ. 4.5., κεφ. 5. Πρβλ. άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 1.

74 *Παπαντωνίου*, ό.π. (υποσημ. 7), σ. 29 επ., 67 επ. σ. 150, 194, 256· *Bartels*, *Der vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse* (2003), *passim*. Είναι αδιάφορο αν πρόκειται για εξυπηρετούμενα δάνεια, των οποίων τη μεταβίβαση φαίνεται να επιτρέπει πλέον ο νόμος αυτοτελώς και όχι απλώς σωρευτικά με άλλα μη εξυπηρετούμενα δάνεια του ίδιου δανειολήπτη (άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 2, πρβλ. άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 2 στην ως την 27.05.2016 μορφή του): βλ. υποσημ. 29, 95, 111, 162, 168.

75 *Birkelbach*, *Finanzgeschäfte im Internet* (1997), σ. 74 επ. και *passim*· *Schütz*, *Internet-Banking in den USA und in Deutschland* (1997), *passim*· *Scheubert/Schramm/Massong/Schmelz*, *Verkauf beratungsintensiver Bankdienstleistungen über den Vertriebsweg Internet* (1999), *passim*.

76 Για εξέταση φερεγγυότητας και πιστοληπτικής ικανότητας, *Χιωτέλλης*, *ΧρηΔικ* 2010, 302 επ.: *Τασίκας*, τιμΤ Σπουριδάκη, 951 επ.: *Τασίκας*, ΝοΒ 2011, 2284 επ.: *Τασίκας*, *ΕπισκΕΔ* 2011, 337 επ.

ως παράβαση της σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ π.ι. και πελάτη<sup>77</sup>. Ιδίως δε ο χαρακτήρας του δανείου ή της πίστωσης ως διαρκούς σύμβασης, συνοδευόμενης από εξασφαλίσεις<sup>78</sup>, έτι περισσότερο όταν ο ασφαλειοδότης δεν είναι ο ίδιος ο δανειολήπτης, όταν δηλ. προς εξασφάλιση παρέχεται κυριότητα τρίτου (ενυπόθηκου οφειλέτη), καθώς και η εκ τρίτου αυτή σχέση εξασφάλισης δεν αλληλοιώνει τη σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ π.ι. και δανειολήπτη, τουναντίον επικυρώνει τη σημασία που της δίδεται από τα εμπλεκόμενα πρόσωπα αλληλά και μεταξύ τους.

Ειδικά στην ενυπόθηκη πίστη στην Ελλάδα ο δανειολήπτης γνωρίζει ότι η τράπεζά του έχει πρόσβαση στα νομικά και οικονομικά στοιχεία της οικογενειακής ή επαγγελματικής και στεγαστικής του κατάστασης<sup>79</sup>. Το χαμηλό ποσοστό διασυννοριακών δανείων ενυπόθηκνης στεγαστικής πίστης υπογραμμίζει τα παραπάνω, καθώς φαίνεται ότι είναι δύσκολο να διαμορφωθεί σχέση εμπιστοσύνης με αλληλοδαπή ευρωπαϊκή τράπεζα, καθώς οι προσφερόμενες πιστώσεις και οι όροι τους δεν είναι κοντά στις ανάγκες και τους όρους της ελληνικής αγοράς. Ακόμη και η εποπτεία, έστω και αν δεν αποτελεί στοιχείο της αστικού δικαίου συμβατικής (ενοχικής) σχέσης μεταξύ π.ι. και δανειολήπτη<sup>80</sup>, όμως αποτελεί βασικό συστατικό της εμπιστοσύνης του πελάτη και του δανείου. Τα εποπτευόμενα π.ι. έχουν υψηλή κεφαλαιακή βάση και παρέχουν ασφάλεια ως προς την αναχρηματοδότηση<sup>81</sup>.

Έτσι, ιδίως στην περίπτωση δανείου ενυπόθηκνης στεγαστικής πίστης, θα μπορούσε και να αποτελεί πρόσκομμα στην εκχώρηση απαίτησης ενδεχόμενη παραδοχή ότι η ενοχή (αντίστοιχα η αξίωση) μπορεί και να μην παραμένει αμετάβλητη και απaráλληλη, κατά τρόπο ώστε να υποστηρίζεται πως η εκχωρούμενη απαίτηση είναι προσωποπαγής· τουναντίον, από την άλλη, υπογραμμίζεται ιδιαίτερος ότι η αλληλαγή του προσώπου του δανειστή (π.ι.) δεν θα μπορούσε να σημαίνει στην περίπτωση της κατά τον ειδικό νόμο μεταβίβασης δανείων ότι θα απαιτηθεί από τον οφειλέτη (δανειολήπτη) κάποια οικονομικής φύσης «θυσία» ή κάποια «υποχώρηση» των έννομων συμφερόντων του και απομείωση της έννομης θέσης του. Εναπόκειται λοιπόν στις

77 Πρβλ. *Deutsche Bundesbank*, Asset-Backed Securities in Deutschland: Die Veräußerung und Verbriefung von Kreditforderungen durch Deutsche Kreditinstitute (Monatsbericht Juli 1997), σ. 57 επ., 60 επ. ([http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichtsauftaetze/1997/1997\\_07\\_asset\\_backed\\_secu-rity.pdf?\\_blob=publicationFile](http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichtsauftaetze/1997/1997_07_asset_backed_secu-rity.pdf?_blob=publicationFile)). Βλ. όμως και *Deutsche Bundesbank*, Instrumente zum Kreditrisikotransfer (Monatsbericht April 2004), σ. 27 επ., 32 επ. και passim ([http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichte/2004/2004\\_04\\_monatsbericht.pdf?\\_blob=publicationFile](http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichte/2004/2004_04_monatsbericht.pdf?_blob=publicationFile)).

78 Βλ. BGH, BGH 133, 25, 30· BGH, WM 1989, 210· Knops, VuR 2009, 286 επ.

79 Παραπάνω, υποσημ. 77· *Baur/Stürner*, Sachenrecht (18n έκδ., 2009), § 40 Rn. 47a.

80 Λαδός, ΓενΑρχΑσΔ II (2009), παρ. 44 αρ. 21· *Ψυχομάνης*, Δίκαιο του τραπεζικού συστήματος - Οι τράπεζες και η εποπτεία τους (2n έκδ., 2009), αρ. 1 επ., 15 επ., 35 επ., 48 επ., 121 επ.· *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2057· *Schimansky/Bunte/Lwowski (-Fischer)*, Bankrechtshandbuch III (3n έκδ., 2007), § 125 Rn. 17 (το εποπτικό δίκαιο σκοπό έχει να προστατεύει τους πιστωτές του π.ι. και όχι τους οφειλέτες)· *Zöbele*, Vergütungsvorgaben in Banken und Versicherungen (2014), σ. 184 επ., 351-352.

81 Η ελάχιστη κεφαλαιακή βάση (€100.000) των ειδικού σκοπού α.ε. του ν. 4354/2015 αυξάνεται (€4,5 εκ.) σε περίπτωση αναχρηματοδότησης, ΠΕΕ/ΤτΕ 92/27.05.2016 Ενότητα Α.1. παρ. 2, 3 (πρβλ. ΠΕΕ/ΤτΕ 82/08.03.2016, Κεφ. Α., Ενότητα Α1., υπό 2, 3, όπως ίσχυε πριν την 27.05.2016).

εξαιρετικές περιπτώσεις και τις ειδικές συνθήκες υπό τις οποίες το π.ι. εκχωρεί απαιτήσεις, να μπορεί τελικώς να υποστηριχθεί, εφόσον γίνεται δεκτό ότι θεμελιώνεται και υφίσταται καθήκον του π.ι. (δανειστή/εκχωρητή) για πρόνοια υπέρ των συμφερόντων του δανειολήπτη (οφειλέτη) και προστασία αυτών, ότι, σε αυτές τις περιπτώσεις, η μεταβίβαση απαιτήσεων αποτελεί παράβαση της σχετικής υποχρέωσης<sup>82</sup>.

Σε θεραπεία αυτής της αδυναμίας της, κατά τα γνωστά, απρόσκοπτης δυνατότητας εκχώρησης φαίνεται να κατατείνει καταρχήν η θεμελίωση υπέρ του κυρίου του ακινήτου που ασφαρίζει το χρέος (κυριότητας είτε δανειολήπτη είτε τρίτου υποθηκικού οφειλέτη<sup>83</sup>) της δυνατότητας για σχετική προσφυγή και αποζημίωση, αν, μετά τη μεταβολή του προσώπου του δικαιούχου της απαίτησης, εκτεθεί σε αθέμιτη και άδικη (ως εκ τούτου άκυρη) αναγκαστική εκτέλεση<sup>84</sup> και τούτο καθώς κρίσιμο είναι αν ο δανειολήπτης (υπέρ του οποίου η ασφάλεια), εν τέλει, δεν είναι εξίσου εκτεθειμένος (νομικά) έναντι του εκδοχέα, όπως ήταν και πριν την εκχώρηση έναντι του αρχικού δανειστή του και π.ι.<sup>85</sup> Στο πλαίσιο του δικαίου αναγκαστικής εκτέλεσης αναγνωρίζεται από θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον του ανακόπτοντος να επιδιώξει ακύρωση της προσβαλλομένης κατασχετήριας έκθεσης, αναδρομικά από τη διενέργεια αυτής· σε τέτοια περίπτωση, καθισταμένης αμετάκλητης της ακύρωσης της αναγκαστικής εκτέλεσης, αυτός κατά του οποίου διενεργήθηκε θεμελιώνει δικαίωμα αποζημίωσης κατά του επισπεύδοντος άκυρη εκτέλεση<sup>86</sup>.

Πάντως, και θιασώτες του φιλελεύθερου πνεύματος του ΑΚ (και αντίστοιχα του γερμΑΚ) ανησυχούν για την εκ μέρους των π.ι. σύγχρονη οικονομική τάση να μετα-

82 Eickmann, FS Westermann, (2008), 175 επ.: αντίθετα (ορθά) Langebucher, NJW 2008, 3169 επ.: Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816 επ.

83 ΑΚ 1266, 1294, 1298 και 1297. Ο «τρίτος υποθηκικός οφειλέτης», παραχωρώντας ακίνητό του υπέρ εξασφάλισης ξένου χρέους, υποκείμενος στην εμπράγματη-υποθηκική αγωγή του ασφαλειολήπτη-δανειστή, οφείλει με την άσκηση αγωγής να ανεχθεί αναγκαστική εκτέλεση επί του ενυπόθηκου ακινήτου του, το οποίο και μόνο είναι υπέγγυο διά το χρέος, δυναμένος απλώς, για να αποφύγει την σε βάρος του επί του ενυποθήκου αναγκαστική εκτέλεση, να καταβάλει ολόκληρο το ποσό της εμπραγμάτως ασφαλιζόμενης απαίτησεως, ΑΠ 1791/2007 ΔΕΕ 2008, 354. Δεν έχει λοιπόν ενοχική υποχρέωση εξόφλησης αλλήλ αφενός υποχρέωση ανοχής της αναγκαστικής εκτέλεσης στο βεβαρημένο ακίνητο και αφετέρου δυνατότητα εξόφλησης του ενυπόθηκου δανειστή, υποκαθιστάμενος στα δικαιώματά του (ΑΚ 1294, 1298). Κατά τις ΑΚ 1291, 1294-1295 ο νέος δικαιούχος (εκδοχέας), του οποίου η απαίτηση είναι ασφαλισμένη με υποθήκη (που παραχώρησε είτε ο ίδιος ο πρωτοφειλέτης είτε τρίτος κύριος υπέρ του), μπορεί να στραφεί είτε κατά του πρωτοφειλέτη ενοχικά, απαιτώντας καταβολή του χρέους (ενοχική αγωγή), είτε να επισπεύσει αναγκαστική εκτέλεση (κατάσχεση-πλειστηριασμό) στο ενυπόθηκο, ανεξαρτήτως σε ποιον ανήκει, κατά περίπτωση, κατά του πρωτοφειλέτη είτε έτερου, τρίτου, ασφαλειοδότη, εφόσον διαθέτει εκτελεστό τίτλο (π.χ. συμβόλαιο παραχώρησης υποθήκης, ΑΚ 1266).

84 Στην § 799a γερμΚΠολΔ (σε συνδυασμό με την § 37 γερμΕισΝΚΠολΔ) καθορίζεται υποχρέωση αποζημίωσης (ανεξαρτήτως υπαιτιότητας) του επισπεύδοντος την αναγκαστική εκτέλεση επί των αντικειμένων ειδικών μορφών ασφάλειας, σε περίπτωση που είναι άλλο πρόσωπο από τον αρχικό δανειστή, αν εκκινήσει ακύρωσ (μετά από σχετική δικαστική διάγνωση, από 19.08.2008 και εφεξής) διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης. Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld (5η εκδ., 2010), Rn. 306 (με περαιτέρω παραπομπές): Koch, ZBB 2008, 232, 236-237.

85 Αντίστοιχη της § 799a γερμΚΠολΔ (για αναγκαστική εκτέλεση επί ειδικών, μη παρεπόμενων, μορφών ασφάλισης, που επισπεύδεται από έτερο δανειστή από τον αρχικό), προστασία διέθετε ο δανειολήπτης και πριν την έναρξη ισχύος του Risikobegrenzungs-gesetz (19.08.2008), με την § 767 (Vollstreckungsabwehrklage) ή με ασφαλιστικά μέτρα (αναλογικά) §§ 717 II, 945 γερμΚΠολΔ, ακόμη και ενάντια στην εκχωρήτρια τράπεζα, με δυνατότητα καταβολής αποζημιώσεως, Schimansky, WM 2008, 1049, 1050.

86 ΚΠολΔ 940 παρ. 3· Βαθρακογιάνης, ΚΠολΔ, 933 αρ. 60· 940 αρ. 18 και Συμπλήρωμα τ. Η' ΚΠολΔ, 940 αρ. 5. ΑΠ 980/2015· ΑΠ 1501/2015· ΑΠ 1510/2015 ΝΟΜΟΣ. Παραπάνω υποσημ. 37.

βιβάζουν απαιτήσεις από «κόκκινα» δάνεια σε νέους δικαιούχους<sup>87</sup>. Αντίστοιχα, τονίζεται ιδιαίτερα (προς ανάδειξη της εξισορρόπησης των έννομων συμφερόντων και αντιστάθμισης των υποτιθέμενων κινδύνων για το δανειολήπτη) ότι αμφότεροι οι νεοσυσταθέντες στο ν. 4354/2015 τύποι των ανώνυμων εταιρειών ειδικού σκοπού υπάγονται ρητά (και όχι απλώς διακηρυκτικά) στον Κώδικα Δεοντολογίας της ΤτΕ για τη Διαχείριση των μη Εξυπηρετούμενων Ιδιωτικών Οφειλών («Κώδικας Δεοντολογίας»)<sup>88</sup> και στις ειδικές αυτού διατάξεις και επιτασσόμενες συμπεριφορές των πιστωτών για τη διευθέτηση των ΜΕΔ και δη δεσμευτικά, ώστε ο νέος δικαιούχος να οφείλει να εκκινεί εκ νέου τις διαδικασίες (τηρουμένων των υποχρεώσεων ενημέρωσης και διαφάνειας) του Κώδικα για την εξέλιξη των μεταβιβασθέντων απαιτήσεων και τη ρύθμισή τους<sup>89</sup>, ενώ ρητά υπέχουν τις υποχρεώσεις των π.ι. από την ΠΔ/ΤΕ 2501/2002 για ενημέρωση των συναλληλασσομένων<sup>90</sup>.

### 3.2.2. Η προοπτική μεταβίβασης ΜΕΔ ως (αντι)κίνητρο για την (μη) καταγγελία τους

Σημείο εκκίνησης προβληματισμών είναι η αδυναμία του δανειολήπτη, ιδίως του καταναλωτή, να αντεπεξέλθει στις ανάγκες που τυχόν προκαλούνται στον ενοχικό δεσμό του δανείου από την πώληση/μεταβίβαση απαιτήσεων, όταν ο ίδιος (τεκμαίρεται ότι) βαρύνεται ήδη με έλλειμμα διαπραγμάτευσης, γνώσεων και πληροφοριών αλλήλ και έλλειμμα οικονομικής ισχύος και δυνατοτήτων· ενώ αντίθετα διακρίνεται από πλεόνασμα οικονομικής και βιοτικής ανάγκης, όπως αυτό αποδεικνύεται από την ανώμαλη εξέλιξη στο δάνειο και την υπερχρέωσή του<sup>91</sup>. Έτσι, μπορεί να υποστηριχθεί ότι η δυνατότητα μεταβίβασης δανείων, π.χ. με εκχώρηση απαιτήσεων, επενεργεί αρνητικά στον καταναλωτή, γιατί παρέχει κίνητρο στα π.ι. για επίσπευση ή αποφυγή (ανάλογα) της καταγγελίας του δανείου<sup>92</sup>.

87 *Medicus*, FS Nobbe (2009), 995 επ.; *Schimansky*, WM 2008, 1049 επ.

88 Απόφαση Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων Τράπεζας της Ελλάδος (ΕΠΑΘ/ΤτΕ) αρ. 116/25.08.2014, κατ' εφαρμογή του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4224/2013, όπως ισχύει. Παρέμεινε ανενεργός μέχρι τον Οκτώβριο του 2015. Με την απόφαση ΕΠΑΘ/ΤτΕ αρ. 148/10/5.10.2015 τροποποιήθηκε, δίνοντας δυνατότητα στα π.ι. να αποστείλουν πρώτη γραπτή υποχρεωτική ειδοποίηση στους δανειολήπτες στις 30.12.2015, ανάλογα με την ιεράρχηση των οφειλών με κριτήρια που κάθε τράπεζα έχει επιλέξει και γνωστοποιήσει στην ΤτΕ. *Τασίκας*, ό.π. (υποσημ. 21), υπό ΙΙΙ.2. αρ. 26 επ., υπό ΙΙΙ.3. αρ. 30 επ.

89 ΠΕΕ/ΤτΕ 92/27.05.2016 (και η προϊσχύσασα ΠΕΕ/ΤτΕ 82/08.03.2016), «*Ενότητα Β5. Κανόνες που διέπουν τις σχέσεις με οφειλότες*», υποενότητα «1. Κώδικας Δεοντολογίας του Ν. 4224/2013». Πρβλ. άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. ν', παρ. 21' άρθρο 3 παρ. 2 εδ. τελευταίο.

90 ΠΕΕ/ΤτΕ 92/27.05.2016 (και η προϊσχύσασα ΠΕΕ/ΤτΕ 82/08.03.2016) υπό κεφ. Γ («Υποβολή στοιχείων και αναφορών»), παρ. 1, στοιχείο στ' (για την υποχρέωση συμπλήρωσης και κατάθεσης των παραρτημάτων των κεφ. Δ και κεφ. Ζ της ΠΔ/ΤΕ 2501/2002): αλλήλ και ειδικότερα «*Ενότητα Β5. Κανόνες που διέπουν τις σχέσεις με οφειλότες*», υποενότητα «2. Διαφάνεια – Ενημέρωση – Χειρισμός παραπόνων». Πρβλ. άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. ν', παρ. 21' άρθρο 3 παρ. 2 εδ. τελευταίο.

91 Για τα σχετικά έλλειμματα της έννομης θέσης του καταναλωτή, *Δέλλιος*, ΓΟΣ (2η έκδ., 2013), αρ. 9 επ., 18, αρ. 148 επ., 152 επ., 162 επ. (με περαιτέρω παραπομπές). *OLG München*, ZIP 2008, 498.

92 Χρίζει σχετικής έρευνας, αν στη συναλληλακτική πράξη, στην ελληνική αγορά, σε περιπτώσεις που καταγγέλλθηκαν ΜΕΔ, επισπεύσθηκαν ή όχι πληστηριασμοί (τηρουμένων των όρων προστασίας του νόμου για την πρώτη κατοικία).



Αυτό σε κάθε περίπτωση υπογραμμίζει την ανάγκη για επιβολή μιας ιδιαίτερης (ειδικότερης) προστασίας αναφορικά με δάνεια με εμπράγματα ασφάλεια επί κατοικίας του δανειολήπτη<sup>93</sup>. Θα απαιτούνταν σύγκριση των ΓΟΣ των δανειακών και πιστωτικών συμβάσεων των π.ι., προς εξακρίβωση των προϋποθέσεων θεμελίωσης και άσκησης εκ μέρους τους του δικαιώματος καταγγελίας<sup>94</sup>. Το πρόβλημα βεβαίως του (αντι)κινήτρου εκμηδενίζεται με τη ρητή υπαγωγή στο νόμο τόσο των ΜΕΔ όσο και των εξυπηρετούμενων δανείων, ιδίως λαμβανομένου υπόψη ότι η έννοια των ΜΕΔ είναι ευρύτερη από τις νομικές έννοιες του «υπερήμερου» ή «καταγγεληθέντος» δανείου<sup>95</sup>: όπως λαμβανομένου υπόψη του ότι ήδη από τις διατάξεις του Κώδικα Δεοντολογίας είναι δυνατό τα π.ι. να θέλουν να ρυθμίσουν εν όλω τις οφειλές του δανειολήπτη, υπερήμερες και μη<sup>96</sup>.

### 3.2.3. Συναλλακτικές ανάγκες και προσωποπαγής φύση της εκχωρούμενης απαίτησης

Πρέπει ακόμη να συνεκτιμάται ότι λόγω πτώσης τιμών των ακινήτων, επί των οποίων εμπράγματα βάρη εξασφαλίζουν τις απαιτήσεις, τα π.ι. ωφελούνται από τη μεταβίβαση δανείων, καθώς απαηλλιάσσονται από παθητικό που εγγράφεται στον ισολογισμό. Αντίθετα δεν είναι σαφές, με κάθε επιφύλαξη για το μέλλον, αν μπορεί να επαληθευθεί η προσδοκία (από σκοπία οικονομική-συναλλακτική) ότι οι απαιτήσεις θα παραμείνουν στα χέρια των νέων δικαιούχων (εταιρείες απόκτησης – Ε.Α.Α.Δ.Π., πρώην Ε.Μ.Α.Μ.Ε.Δ.) και επενδυτών μέχρι να επαναπωληθούν (πρβλ άρθρο 1 παρ. 1γ εδ. 1). Ενώ οι εταιρείες στις οποίες ανατίθενται κατά διαχείριση τα δάνεια (Ε.Δ.Α.Δ.Π., πρώην Ε.Δ.Α.Μ.Ε.Δ.), σκοπεύουν στη ρύθμιση και στην εν γένει περαιτέρω διαχείρισή τους, στην (πιθανή) περίπτωση μη ρεαλιστικής δυνατότητας είσπραξης και ανάκτησης των οφειλών<sup>97</sup>.

93 Η § 498 II γερμΑΚ (με ισχύ από 21.03.2016) επιτρέπει καταγγελία της χρηματοδότησης για αγορά ακινήτου μετά από δύο συνεχόμενες υπερήμερες δόσεις ή τουλάχιστον μέρος 2,5% του ονομαστικού κεφαλαίου του δανείου σε υπερημερία (μετά την παρέλευση αυτής άπρακτης ταχθείσα 15ήμερη προθεσμία, καθίσταται απαιτητό το υπόλοιπο, με δυνατότητα ενημέρωσης και αναδιαπραγμάτευσης για εύρεση συναινετικής λύσης).

94 Υπερμερία μετά την πάροδο μηνός ή διμήνου από καταγγελία (σε δάνειο αόριστου χρόνου, ΑΚ 809, βλ. και άρθρο 13 ΚΥΑ 21-699/2010). Οι τραπεζικοί ΓΟΣ είθισται να προβλέπουν άμεση καταγγελία σε υπερημερία μίας ή περισσότερων συνεχόμενων δόσεων. Ο *Koehling*, ZInsO 2008, 848, 850 επ., αναφέρεται σε ΓΟΣ που ορίζουν ως όριο υπερήμερες δόσεις 2-3 μηνών, με παράταση και ανοχή των γερμανικών π.ι. στην πράξη (πριν το 2008). Για ενδεχόμενη τακτική δανειοληπτικών να καταβάλλουν μια δόση, να μην καταβάλλουν την επόμενη κ.ο.κ. (*böswilliger Schuldner*), παραπάνω υποσημ. 20.

95 Υποσημ. 29, 74, 111, 161. Δεν προκύπτει από την Εισηγητική Έκθεση ούτε του ν. 4354/2015 ούτε του ν. 4389/2016, που επιτρέπει πλῆον και τη μεταβίβαση μόνο εξυπηρετούμενων δανείων, αλλά μπορεί να αποτελέσει άρρηκτη στόχευση του νομοθέτη η αποτροπή δανειοληπτικών από επιλεκτική εξυπηρέτηση ληξιπρόθεσμων δανείων.

96 Η καταγγελία του δανείου εκ μέρους του π.ι. δεν είναι προϋπόθεση για να ορίζεται αυτό ως ΜΕΔ, κάτι που συνάδει με τον Κώδικα Δεοντολογίας, οι διατάξεις του οποίου χωρεί να εφαρμοστούν και σε εξυπηρετούμενα δάνεια προς ρύθμιση, ενώ από τα ΜΕΔ δεν περιορίζεται μόνο στα υπερήμερα, *Τασίκας*, ό.π. (υποσημ. 21), υπό κεφ. ΙΙ.4. αρ. 18, κεφ. ΙΙΙ.1. αρ. 25, κεφ. ΙΙΙ.3. αρ. 32, υπό ΙΙΙ.4. αρ. 33.

97 Η υποχρέωση των ανώνυμων εταιρειών ειδικού σκοπού του ν. 4354/2015 να εφαρμόζουν ειδικά το νομικό πλαίσιο προστασίας του καταναλωτή και δανειολήπτη (άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. ν' και παρ. 22 του ν. 4354/2015: υποσημ. 88, 89, 90). Πρβλ. *BaFin*, Positionspapier Verkauf von Krediten", από 05.09.2007 GZ:Q 13 – FI – 5410 (Raimund Rösel), σ. 1 επ., 4: αλλή και *Reifner*, Verkauf von notleidenden Krediten: Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des deutschen Bundestages zu dem Gesetzentwurf (Risikobegrenzungs-gesetz) der Bundesregierung (2008), passim ([http://www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/file\\_download.php?l=de&sect=ov&mod=Kapitalmarktrecht&type=artikelgesetz&c=50&q=Risikobegrenzungs-gesetz&d=Stellungnahme-Prof\\_\\_Reifner.pdf](http://www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/file_download.php?l=de&sect=ov&mod=Kapitalmarktrecht&type=artikelgesetz&c=50&q=Risikobegrenzungs-gesetz&d=Stellungnahme-Prof__Reifner.pdf)).



Μάλιστα η «καθίζηση» των τιμών των ακινήτων δεν είναι απλώς αιτία που συνέβαλε στο «κοκκίνισμα» των δανείων, καθώς η υπερημερία του οφειλέτη ως κίνδυνος όχι απλώς ενδεχόμενος αλλά ήδη γενόμενος δεν μπορούσε πλέον να αντισταθμιστεί από την αξία της εξασφάλισης: είναι επιπλέον και ο λόγος που τα «κόκκινα» δάνεια δεν είναι σε όλες τις περιπτώσεις ευχερές, ούτε νομικά ασφαλές, αλλά, κυρίως, ούτε οικονομικά προσδοφόρο να καταλήξουν σε ρευστοποίηση ή εκπλειστηριασμό ακινήτων, λόγω ακριβώς της πιθανότητας να αποβεί ελάχιστη η ανάκτηση των οφειλών. Βέβαια, αναμένεται να επαληθευθεί στην πράξη αν οι δανειολήπτες θα έχουν ιδιαίτερα αποκλίνουσα (ιδιαίτερα δυσμενέστερη, σε σχέση με αυτήν του εκχωρητή και αρχικού δανειστή) αντιμετώπιση από τον εκδοχέα και νέο δικαιούχο της απαίτησης<sup>98</sup>.

Η εκχώρηση και μεταβίβαση απαίτησης από δάνειο είναι από τα αναμενόμενα και εύλογα «δυσμενή» γεγονότα στην εξέλιξη σύμβασης δανείου<sup>99</sup>. Η δανειακή σύμβαση είναι διαρκής ενοχική σύμβαση και όσο μακρότερη η διάρκεια της πίστωσης, τόσο χωρεί να επισυμβούν γεγονότα δυσμενή στον δανειολήπτη, μη δυνάμενα να προβλεφθούν ή να αποφευχθούν, ακόμη και με επίδειξη άκρας επιμέλειας και σύνεσης. Ένα από αυτά είναι και η αλληλαγή του πρόσωπου του δανειστή<sup>100</sup>, ιδίως στις περιπτώσεις π.ι., λόγω εκχώρησης της απαίτησης<sup>101</sup> εφόσον δεν συμφωνήθηκε ρητά το ανεκχώρητο (ΑΚ 466)<sup>102</sup>, πράγμα μάλλον σπάνιο, γιατί εύλογο είναι να μη αποδέχεται, συνήθως, τέτοια συμφωνία το π.ι.<sup>103</sup>. Βεβαίως ο οφειλέτης δύναται να ισχυρίζεται ότι απέβληπε κυρίως στο πρόσωπο του δανειστή (ενδεχομένως για αυτόν συνήψε και τη δεδομένη πιστωτική-δανειακή σύμβαση) και κάθε αλληλαγή στο πρόσωπό του, εφόσον δεν έχει νομική δυνατότητα να την αποτρέψει μονομερώς, ούτε να την πληροφορηθεί έγκαιρα, δεν εγγυάται ομαλή εξέλιξη της ενοχής και της προσωπικής σχέσης εμπιστοσύνης δανειστή-οφειλέτη (ΑΚ 455, 460).

98 Αν και στην ελληνική αγορά ακινήτων, η πώση των τιμών καθιστά αβέβαιη την ανάκτηση των οφειλών ενυπόθηκα ασφαλισμένων δανείων, αναμφισβήτητη είναι η «έλιξη» των επενδυτών στο πεδίο "asset distressed debt investing" όχι τόσο στα ΜΕΔ, αλλά στις αξίες των ακινήτων (private equity), *Daynes/Schalast*, *Distressed Debt Investing*, σε: *Busack/Kaiser* (επιμ.), *Handbuch Alternative Investments II* (2006), σ. 271 επ., 286-287 επ.

99 Σε αόριστη διάρκεια δάνειο (ΑΚ 807), αν δεν ασκηθεί καταγγελία με νόμιμη βάση ή για σπουδαίο λόγο, ο χρονικός ορίζοντας καθορίζεται από την αντίστοιχη παραγραφή της αξίωσης, π.χ. 5 έτη για τη δικαιοπρακτική και για τυχόν αδικπρακτική ή π.χ. 20 έτη για την αξίωση αδικαιολογήτου πλουτισμού (ΑΚ 249, 937, 904 επ.).

100 Με την εκχώρηση επέρχεται ειδική διαδοχή στο πρόσωπο του δανειστή, όχι απόσβεση της απαίτησης, ούτε μεταβολή της ταυτότητας της απαίτησης, ΕφΑθ 5752/ 1988 ΝοΒ 1990, 454· ΕφΑθ 4404/1991 ΝοΒ 1991, 1396· ΕφΑθ 459/1993 ΝοΒ 1994, 206· ΕφΘεσ 90/1994 Αρμ 1994, 1043.

101 Η ex lege απαίτηση δεν εκχωρείται πάντοτε ελεύθερα, π.χ. ΑΚ 464, 465, 933, 1401.

102 Κατά ΑΚ 464 ακατάσχετες απαιτήσεις της ΚΠολΔ 982 παρ. 2 είναι και ανεκχώρητες (υποσημ. 186). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου ισχύει και το αντίστροφο. Ανεκχώρητες (και ακατάσχετες) απαιτήσεις περιλαμβάνονται στις ΑΚ 91, 433 παρ. 2, 465, 466, 760, 933, 1401 παρ. 2. Ενώ είναι ανεπίδεκτες συμψηφισμού (ΑΚ 451, 449 σε συνδ. με ΚΠολΔ 984 παρ. 2)· *Ρούσσος*, ΧρΔικ 2012, 218 επ.

103 Για συμφωνίες μεγάλο-οφειλετών έναντι μικροδανειστών, Γ. Γεωργιάδης, ό.π. (υποσημ. 28), αρ. 260· *Κίτσαράς*, Ενοχικές δεσμεύσεις της εξουσίας διάθεσης κατά το άρθρο 177 ΑΚ (1999), σ. 384 επ. Σιωπηρή δε συμφωνία ανεκχώρητου μεταξύ π.ι. και δανειολήπτη είναι μάλλον αδύνατη, λόγω της προφανούς και συναλλακτικά εύλογης πρόθεσης του π.ι. για αξιοποίηση της απαίτησης προς αναχρηματοδότηση.

Κρίσιμο όμως, κατά νομική αξιολόγηση, είναι το ερώτημα αν είναι προσωποπαγής η παροχή, άλλως το αντικείμενο της εκχωρούμενης απαίτησης, ήτοι αν είναι στενά συνδεδεμένη με το πρόσωπο του δανειστή και εκχωρητή (ΑΚ 465). Ορθότερα ο προσωποπαγής χαρακτήρας πρέπει να προκύπτει από τη φύση της παροχής<sup>104</sup>, ενώ εύλογο είναι ότι ενδεχόμενος στενός δεσμός απαίτησης και προσώπου δανειστή προκύπτει μεν από τη φύση της παροχής, αλλήλ πάντως και κατά ερμηνεία του εκάστοτε παραγωγικού λόγου ενοχής<sup>105</sup>. Συνήθως τέτοιος σύνδεσμος υπάρχει είτε όταν το πρόσωπο του δανειστή αποτελεί (ex ante) ουσιώδες στοιχείο της σύμβασης (λόγοι προσωπικοί ή οικονομικοί) είτε όταν με την αλλοίωση του προσώπου του μεταβάλλεται (ex post) η ταυτότητα (η ιδιοσυστασία ή τα στοιχεία) της ενοχής ή το οικονομικό περιεχόμενο της απαίτησης<sup>106</sup>.

Δεν παραβλέπεται βέβαια ότι η αξίωση του δανειολήπτη έναντι του π.ι. έχει ήδη εκπληρωθεί και τυχόν προσωποπαγής χαρακτήρας της έχει ήδη εξαντληθεί, στην περίπτωση που δεν υπάρχει ποσό δανείσματος ή κεφάλαιο δανείου να καταβληθεί. Αντίθετα ο χαρακτήρας της εκχωρούμενης απαίτησης από δάνειο ή πίστωση, δηλ. της ενοχής για αποπληρωμή του δανείσματος και απόδοσή του εντόκως, αφορά παροχή χρηματική, η οποία, ευλόγως δεν δύναται, εκ της φύσης της, να συνδέεται προσωποπαγώς με τον πιστοδότη<sup>107</sup>. Ακόμη δε και πιθανή (εύλογη) προσδοκία του δανειολήπτη για παροχή νέου δανείου ή αναχρηματοδότηση ή «προσωπική», άλλως «επικική» προσέγγιση από το δανειοδότη στο πλαίσιο είτε ρύθμισης του Κώδικα Δεοντολογίας είτε νέας συμφωνίας είτε ρευστοποίησης ασφαλειών, δεν εξυπηρετεί το σκοπό της ΑΚ 465 ούτε εντάσσεται στη σχετική νομοθετική ratio για τη φύση της παροχής (της εκχωρούμενης απαίτησης) που είναι στενά συνδεδεμένη με το πρόσωπο του δανειστή (λαμβάνομένης ιδίως υπόψη της εκ του ειδικού νόμου υπαγωγής του εκδοχέα στο σύνολο του προστατευτικού για το δανειολήπτη νομικού πλαισίου)<sup>108</sup>.

### 3.2.4. Η (έγκαιρη) ενημέρωση και πληροφόρηση του δανειολήπτη

Λύση στους ανωτέρω προβληματισμούς, στις όληως εξαιρετικές περιπτώσεις που τυχόν ήθελε γίνουν δεκτοί, θα πρέπει να αναζητηθεί στην ενημέρωση του δανειολήπτη και στη διαφάνεια όσον αφορά τη μεταβίβαση της απαίτησης. Η δικαιιοπολι-

104 ΕφΑθ 5950/1990 ΕλλΔνη 1990, 1518. Ορθότερα όχι από τη συμφωνία των μερών, καθώς θα επρόκειτο για συμφωνία ανεκχώρητου κατά ΑΚ 466, *Κρητικός*, ό.π. (υποσημ. 66), 465 αρ. 1· *Αστ. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 67.

105 Γ. *Γεωργιάδης*/ΣΕΑΚ Ι, 465 αρ. 1 επ.

106 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 31· *Μπαλής*, ΕνοχΔ (1969), παρ. 160 σ. 498· *Ζένος*, ΕνοχΔΓενΜ Ι, παρ. 34 σ. 615.

107 Κρίσιμο είναι αν η παροχή αποσυνδεδεμένη από το πρόσωπο του δανειστή αποβάλλει την ταυτότητά της και καθίσταται διαφορετική από εκείνη την οποία όφειλε ο δανειολήπτης να εκπληρώσει, ΕφΑθ 5950/1990 ΕλλΔνη 1990, 1518· *Σούρλας*, ΕρμΑΚ 465 αρ. 1. Αντίστοιχα στενά συνδεδεμένη με το πρόσωπο του οφειλέτη, παροχή, ώστε μόνον η εκπλήρωση εκ μέρους αυτού και όχι άλλου δύναται να θεωρείται εκπλήρωση (ΑΚ 317).

108 Πρβλ. άρθρο 1 παρ. 22, άρθρο 3 παρ. 2 εδ. τελευταίο. Πρβλ. παραπάνω υποσημ. 88, 89, 90. Η ΑΚ 465 έχει τεθεί προς το συμφέρον του οφειλέτη, με σκοπό να αποφευχθεί χειροτέρευση της έννομης θέσης του από τη μεταβολή του δανειστή· μπορεί και με συμφωνία να αποκλίνουν τα μέρη, όπως μπορεί ο οφειλέτης οποτεδήποτε να επικαλεστεί την ΑΚ 465, προς ακύρωση εκχώρησης τυχόν προσωπαγούς απαίτησης, κατά σχετική ακυρότητα υπέρ του, *Κρητικός*, ό.π. (υποσημ. 66), 465 αρ. 4· *Καράκωστας*, ΑΚ, 465 αρ. 1682· *Απ. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 33.

τικά σκόπιμη απάντηση είναι δηλ. η έγκαιρη ενημέρωση για την επικείμενη εκχώρηση απαίτησης, η οποία θα παρέχει έναυσμα και κίνητρο για μια «ουσιαστική» αντίδραση του δανειολήπτη, ενόψει της μεταβίβασης δανείου σε νέο δικαιούχο, δηλ. να προβεί, μετά από πρόσκληση του π.ι., σε ενέργειες αποπληρωμής και τακτοποίησης ή ρύθμισης των οφειλών από ΜΕΔ, ανταποκρινόμενος στις προτάσεις εκ μέρους του π.ι. για εύρεση κατάλληλης ρύθμισης<sup>109</sup>, αντί να αντικρούσει το επιτρεπτό της εκχώρησης με βάση κάποιο ανύπαρκτο έννομο συμφέρον<sup>110</sup>.

Από τη σκοπιά του ειδικού (εποπτικού) νομοθέτη ως λύση προκρίνεται, κατά το συγκεκριμένο τρόπο μεταβίβασης και τη συγκεκριμένη στόχευση, η υπαγωγή των σχετικών δραστηριοτήτων των εταιρειών ειδικού σκοπού στην τραπεζική εποπτεία, στην οποία υπάγονται πλέον με το ν. 4354/2015, κυρίως η δραστηριότητά τους απόκτησης ΜΕΔ, αλλά και εξυπηρετούμενων δανείων των δανειοληπτών (άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 1)<sup>111</sup>. Το νέο νομικό πλαίσιο καθορίζει ως αναγκαία προϋπόθεση για να προσφερθούν προς πώληση απαιτήσεις του άρθρου 3 παρ. 1, δηλ. για να καταρτισθεί η ενοχική σύμβαση πώλησης και να ακολουθηθεί η εκποιντική διά της εκχώρησης μεταβίβαση των απαιτήσεων στις ΕΜΑΜΕΔ (όχι όμως και για να ανατεθεί η διαχείρισή τους στις ΕΔΑΜΕΔ, άρθρα 1 και 2) να έχουν μεσοληβήσει δώδεκα (12) μήνες από την εξώδικη πρόσκληση προς το δανειολήπτη και τον εγγυητή της εκχωρούμενης απαίτησης να ρυθμίσουν ή να διακατονίσουν τις οφειλές τους (άρθρο 3 παρ. 2)<sup>112</sup>. Πρέπει δηλ. πριν την προσφορά προς πώληση των απαιτήσεων, και μάλιστα 12 μήνες ενωρίτερα, να έχει κληθεί, έστω αλυσιτελώς, ο δανειολήπτης (και ο εγγυητής<sup>113</sup>) εξωδίκως σε ρύθμιση δανείου, με σκοπό αν όχι να καταστεί αυτό εξυπηρετούμενο, πάντως να αποπληρώνεται υπό καθεστώς ρύθμισης. Σκοπός είναι να αποτραπεί ο αιφνιδιασμός των δανειοληπτών, αλλά και να έχουν ευκαιρία να ρυθμίσουν την οφειλή τους πριν εκχωρηθεί σε τρίτους, για αυτό και το ιδιαίτερα μεγάλο (12μην) διάστημα που κρίθηκε σκόπιμο να μεσοληβεί<sup>114</sup>.

109 Για τις διαπραγματεύσεις στο πλαίσιο της διαδικασίας του Κώδικα Δεοντολογίας, βλ. *Τασίκα*, τιμΤ Αλεξανδρίδου, σ. 713 επ.

110 Βλ. παρακάτω υπό κεφ. 4.

111 Η υπαγωγή αρχικά στο νόμο και εξυπηρετούμενων δανείων, με συμπώληση και μεταβίβαση αλλά μόνο συμπληρωματικά προς τα ΜΕΔ, εξηγείται, καθώς οι Ε.Δ.Α.Δ.Π. και Ε.Α.Α.Δ.Π. έχουν αρμοδιότητα να ρυθμίσουν, άλλως να ανακτήσουν μέρος οφειλών του δανειολήπτη συνολικά για τα δάνειά του, κάτι που συνάδει με τις διατάξεις του Κώδικα Δεοντολογίας (να ρυθμιστούν συνολικά οι οφειλές του δανειολήπτη). Πλέον η μεταβίβαση εξυπηρετούμενων δανείων χωρεί και αυτοτελώς. Βλ. υποσημ. 29, 74, 95, 162, 168.

112 Η ρύθμιση ανατρέχει χρονικά στο χρόνο έναρξης ισχύος του νόμου· όσες απαιτήσεις έχουν ήδη πωληθεί και μεταβιβαστεί/εκχωρηθεί δεν επηρεάζονται από την, πλέον κατά νόμο, υποχρεωτική προαναγγελία/ενημέρωση.

113 Για την έννομη θέση (δικαιώματα και υποχρεώσεις) που επιφυλάσσει στον εγγυητή και κατ' επέκταση στον τρίτο υποθηκικό οφειλέτη ο Κώδικας Δεοντολογίας, *Τασίκα*, τιμΤ Αλεξανδρίδου, σ. 713 επ., 753 επ. (αρ. 63-66, 70 επ.). Ενόψει του κινδύνου εκποίησης από το π.ι. εξασφαλίσεων που έχουν παρασχεθεί από τρίτο υποθηκικό οφειλέτη, ο οποίος ανέλαβε σχετικό κίνδυνο ρευστοποίησης του υπέγγυου ακινήτου του (παραπάνω υποσημ. 83), πρέπει να γίνεται δεκτό ότι αυτός και ο εγγυητής υπέχουν ίδια δικαιώματα ενημέρωσης κατά τις διαδικασίες του Κώδικα, με υπαγωγή τους, αντίστοιχα με το δανειολήπτη, σε όλα τα στάδια της επικοινωνίας, έγγραφης ενημέρωσης και Διαδικασίας Επίλυσης Καθυστερήσεων (Δ.Ε.Κ.), ήτοι επικοινωνία, συγκέντρωση οικονομικών πληροφοριών, αξιολόγηση στοιχείων, πρόταση κατάλληλων λύσεων· αλλά και ίδια υποχρέωση να ενημερώνουν το π.ι. για την οικονομική τους κατάσταση ή αυτήν του υπέγγυου ακινήτου ή για μεταβολές. Βλ. άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 1, παρ. 3 εδ. 1 και παρ. 4 εδ. 1.

114 Εισηγητική Έκθεση του ν. 4354/2015, άρθρο 3 παρ. 3. Πρβλ. Εισηγητική Έκθεση του ν. 4389/2016, κεφ. Ε' (Αντικατάσταση διατάξεων του ν. 4354/2015 - Α' 176, σ. 26 (άρθρο 70)).

Τα παραπάνω, αν δεν λύνουν, πάντως αμβλύνουν ενδεχόμενη αντίθεση εκχώρησης (μεταβίβασης) δανείων προς την ιδιαίτερη σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ εκχωρητή (π.ι.) και οφειλέτη (δανειολήπτη). Η αντίθεση θα αίρεται κατά περίπτωση με γνώμονα τη βασική αρχή του δικαίου της εκχώρησης, ότι, εν απουσία συμφωνίας περί ανεκχώρητου, μόνο οι αυστηρά προσωποπαγείς ενοχές (αξιώσεις) δεν δύνανται να εκχωρούνται, κατά εξέταση του συνδέσμου μεταξύ εκχωρούμενης απαίτησης και προσώπου του δανειστή, ζήτημα πραγματικά ερειδόμενο στη φύση της εκχωρούμενης αξίωσης<sup>115</sup>. Εν προκειμένω πάντως η μεταβολή προσώπου του δανειστή δεν φαίνεται να μεταβάλλει την ταυτότητα και τη φύση της απαίτησης, αφού το πρόσωπο του πιστωτή δεν αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της καταβολής και αποπληρωμής της (αντιστοιχίας στην εκχωρούμενη απαίτηση) παροχής, ανεξαρτήτως αν ήταν ουσιώδης η επιλογή του προσώπου στην κατάρτιση του δανείου· πάντως, όχι τέτοια που να καθιστά προσωποπαγούς φύσης το σύνδεσμο της παροχής με το πρόσωπο ή που να μεταβάλλει σε περίπτωση εκχώρησης το οικονομικό περιεχόμενο της απαίτησης<sup>116</sup>.

Ενδεχόμενη δηλ. ανάγκη προστασίας του οφειλέτη, αν ερείδεται στην παραδοχή ότι αυτός ούτε γνωρίζει το νέο δικαιούχο ούτε καλείται να συναινέσει στην εκχώρηση, γίνεται δεκτό ότι ικανοποιείται και εξισορροπείται με το ότι κατά τις γενικές αρχές της εκχώρησης (ΑΚ 455 επ., 460, 462-463· πρβλ. γερμΑΚ §§ 399 επ., 404, 407) η έννομη θέση του οφειλέτη δεν επιτρέπεται να χειροτερεύσει, κάτι που συμβαίνει αν απολήσει τα έννομα βοηθήματα και τις ενστάσεις που η έννομη τάξη του παρείχε έναντι του δανειστή (εκχωρητή). Πέραν αυτού του ορίου, δηλ. υπό την επιφύλαξη της μη χειροτέρευσης της θέσης του, το ελεuthέρως μεταβιβάσιμο και κυκλοφορίσιμο της απαίτησης επικρατεί και υπερτερεί κάθε προστατευτικής για τον οφειλέτη σκέψης<sup>117</sup>. Σημαντικό είναι ότι οι ενστάσεις του δανειολήπτη κατά του δανειοδότη παραμένουν παρά την αλληλαγή του προσώπου του δικαιούχου της απαίτησης επιστροφής και αποπληρωμής του δανείου, ενώ οι εξασφαλίσεις μεταβιβάζονται αναλλοίωτες, ως παρεπόμενες, και ο νέος δικαιούχος παραμένει αντιμέτωπος με ενστάσεις του ασφαλειοδότη (δανειολήπτη ή τρίτου)<sup>118</sup>.

### 3.3. Δικαίωμα ενημέρωσης και σχετικής εναντίωσης του δανειολήπτη

Κρίσιμο λοιπόν μέγεθος αποτελεί η γνώση και η σχετική διαφώτιση του δανειολήπτη, κάτι που, όταν ελλείπει, επιτείνει το πληροφοριακό του έλλειμμα, ιδίως αν

115 Μπαλής, ΕνοχΔ, παρ. 160 σ. 498· Ζέπος, ΕνοχΔΓενΜ Ι, παρ. 34 Ι 2 σ. 615· Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 32· Αστ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 67.

116 Υπό τον όρο ότι ο οφειλέτης δεν δυσχεραίνεται στην καταβολή της παροχής, αν η απαίτηση περιέλθει στον εκδοχέα, ούτε διευκολύνεται στην καταβολή της παροχής, αν η απαίτηση παραμείνει στον ίδιο δανειστή και δεν μεταβιβαστεί σε νέο δικαιούχο. Βεβαίως προέχει η εξυπηρέτηση του εναπομείναντος ενοχικού δεσμού, ήτοι η απόσβεση της ενοχής για αποπληρωμή των οφειλών.

117 Άρθρο 3 παρ. 8 του ν. 4354/2015. Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 1 επ.

118 Βλ. παραπάνω υποσημ. 39. Πρβλ. κεφ. 4., κεφ. 4.1., κεφ. 4.3., κεφ. 5., κεφ. 7.2. Οφείλει δε ρητά να εκκινεί εκ νέου τη διαδικασία του Κώδικα Δεοντολογίας (άρθρο 3 παρ. 2 εδ. τελευταίο).

είναι καταναλωτής (π.χ. αν αγνοεί ότι χωρεί νομικά ρύθμιση ή αναχρηματοδότηση και με το νέο δικαιούχο και εκδοχέα ή αν πιστεύει ότι επαπειλούνται ενέργειες εκ μέρους του ανάκτησης της οφειλής, π.χ. αναγκαστική εκτέλεση, σε αντίθεση με τον αρχικό δανειστή, ο οποίος κωλυόταν νομικά)<sup>119</sup>. Αν και δεν εφαρμόζεται στην εκχώρηση, ενδεικτικά αναφέρεται η § 309 Nr. 10 γερμΑΚ<sup>120</sup>, κατά την οποία είναι απολύτως καταχρηστικοί οι Γενικοί Όροι Συναλλαγών (ΓΟΣ) με τους οποίους συμφωνείται να επιτρέπεται η υπεισέλευση τρίτου στη σύμβαση, εκτός αν παρέχεται εναλλακτική δυνατότητα στον καταναλωτή άσκησης δικαιώματος υπαναχώρησης (ανάκλησης) από τη σύμβαση, άλλως, εκτός αν γίνεται ονομαστική αναφορά του «εκδοχέα», ώστε να αποφεύγεται η επιβολή ενός αγνώστου (τρίτου) στην καταναλωτική σύμβαση<sup>121</sup>.

Δεν μπορεί όμως να γίνει δεκτό ότι σε ενδεχόμενη αντίστοιχη δικαιοπολιτική στόχευση εμπίπτει και η περίπτωση προστασίας του αντισυμβαλλομένου του π.ι. (δανειολήπτη), που οφείλει αποπληρωμή χρηματικής ενοχής από δάνειο, πλέον σε τρίτο, τον εκδοχέα της απαίτησης, έστω και δίχως πρότερη συγκεκριμένη γνώση για το πρόσωπό του. Τούτο δεν θα μπορούσε να ισχύει στην παροχή πίστωσης, λαμβανομένου ιδίως υπόψη ότι η διάταξη του γερμΑΚ αντιστοιχεί στη διάταξη της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ (Παράρτημα στοιχ. 1π') για απαγόρευση, ως καταχρηστικής, της μονομερούς, εκ μέρους του προμηθευτή, δέσμευσης του καταναλωτή τη στιγμή της κατάρτισης (τεκμαιρόμενη συναίνεση) σε μελλοντική, αόριστη, μεταβολή του προσώπου του προμηθευτή, εφόσον όμως αυτή σήμαινε πιθανότητα κινδύνου λόγω απομείωσης της οικονομικής ασφάλειας του καταναλωτή (με την έννοια της ικανότητας εκπλήρωσης ή συνέχισης εκπλήρωσης της σύμβασης από τον προμηθευτή)<sup>122</sup>.

Η δικαιοπολιτική σκέψη και στόχευση του κοινοτικού (τότε) νομοθέτη ήταν ότι ο καταναλωτής επέλεξε τον συγκεκριμένο αντισυμβαλλόμενο, μεταξύ περισσότερων προμηθευτών για το προϊόν ή παρόχων για την υπηρεσία, μετά από έρευνα για την ποιότητα του αγαθού ή της υπηρεσίας αλλήλ και τη φερεγγυότητα του προμηθευτή/παρόχου, ενόψει της υποχρέωσής του για εκπλήρωση της παροχής στον καταναλωτή· οπότε υπό αυτό το σκεπτικό, του μελλοντικού οικονομικού κινδύνου, απαγορεύεται η μεταβολή του προσώπου του προμηθευτή δίχως γνώση του κατα-

119 Πρβλ. άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. ν', παρ. 21· άρθρο 3 παρ. 2 εδ. τελευταίο. Η § 492 Ia, εδ. 2, 3 γερμΑΚ (ισχύουσα από 19.08.2008 ως 11.06.2010 σε χρηματοδότηση για αγορά ακινήτων από καταναλωτές), επέβαλε να συμφωνείται στη σύμβαση ότι η αξίωση από το δάνειο μπορεί να εκχωρηθεί ή να μεταβιβαστεί σε τρίτο, δίχως συναίνεση και μάλιστα κατά τρόπο διαφανή και σαφή, αντίστοιχο της ενημέρωσης για το δικαίωμα ανάκλησης, § 355 γερμΑΚ· Palandt/Grüneberg, (71n έκδ., 2012), BGB § 355 Rn. 16· MünchKomm/Masuch, BGB § 355 Rn. 49.

120 Υπάρχουν τόσο η σύμβαση αναδοχής χρέους (αναδόχου και δανειοδότη), όσο και η μεταβίβαση εν συνόλῳ της συμβατικής σχέσης (§§ 414-415 γερμΑΚ), Staudinger/Coester-Waltjen (13n ενέφεργ., 2006), BGB § 309 Nr. 10 Rn. 12, 18· δεν υπόκειται η εκχώρηση, Palandt/Grüneberg, BGB § 309 Rn. 90-91.

121 Για την § 309 Nr. 10 γερμΑΚ, MünchKomm/Kieninger, BGB § 309 Nr. 10 Rn. 2, 9· Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (10n έκδ. 2006), § 309 Nr. 10 Rn. 3, 11.

122 Wolff/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht-Kommentar (5n έκδ., 2009), Anhang RiLi Rn. 201-204. Η περίπτωση του Παράρτηματος της Οδηγίας δεν έχει ενσωματωθεί στο άρθρο 2 παρ. 7 του ν. 2251/1994 (πρβλ. εδάφιο κβ' και κγ'), παραμένοντας αντικείμενο ελέγχου της γενικής ρήτρας της παρ. 6, Δέλλιος, ΓΟΣ, αρ. 427-428· Μεντής, ΓΟΣ (2000), σ. 146.

ναλωτή ή δίχως δυνατότητα απαλλογής του από τη σύμβαση. Αντίστοιχα η ratio του γερμανού νομοθέτη<sup>123</sup> ήταν ο καταναλωτής, ως αντισυμβαλλόμενος του προμηθευτή, να προστατεύεται από τον κίνδυνο αφερεγγυότητας του τελευταίου, ιδίως στις διασυννοριακές συναλλαγές σε ό,τι αφορά το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας, δηλ. ο πελάτης να μην περιέρχεται σε δυσχερή θέση στην περίπτωση μεταβίβασης της έννομης σχέσης και στη διάρκεια εξέλιξης της σύμβασης να αντιμετωπίζει έναν άλλον προμηθευτή, όχι τον αρχικό αντισυμβαλλόμενο του ούτε καν συγκρίσιμο με αυτόν<sup>124</sup>.

Επίσης, κατά την § 309 Nr. 10 γερμΑΚ, πρέπει, για να είναι έγκυρος ο κρίσιμος ΓΟΣ, να επιτρέπει την εξαιρετική δυνατότητα του δανειολήπτη, σε περίπτωση αλλογής του προσώπου του πιστωτή, να καταγγείλει και να απελευθερωθεί από τη σύμβαση. Τα π.ι. ενημερώνουν ήδη κατά την κατάρτιση του δανείου τον καταναλωτή/δανειολήπτη για τη μεταβίβαση της έννομης σχέσης (δίχως άλλη προϋπόθεση, δίχως δηλ. ανάγκη συναίνεσης ή έγκρισης εκ μέρους του)<sup>125</sup>, αλλιά και για τη σχετική δυνατότητα λύσης της σύμβασης. Επιπλέον κατά την § 496 II γερμΑΚ ο πιστωτής οφείλει να πληροφορήσει το δανειολήπτη για τα στοιχεία του νέου αντισυμβαλλομένου του, μετά τη μεταβίβαση της έννομης σχέσης και την αλλογή του προσώπου του<sup>126</sup>.

Το σκεπτικό που θα πρέπει να επικρατήσει είναι οικονομικής φύσης και στόχευσης, δηλ. ότι ο ως τώρα πιστωτής έχει εισπράξει, π.χ. σε μηνιαίες δόσεις, ένα μέρος μόνο του ποσού του δανείσματος και πλέον μεταβιβάζει την εναπομείνουσα μη εκπληρωθείσα απαίτηση, για να ικανοποιηθεί από αυτήν άλλος, ο εκδοχέας, ο οποίος δεν έχει λάβει καμία παροχή για την απαίτηση που έχει να ικανοποιήσει, παρά μόνο πρόσφερε στον εκχωρητή ένα μέρος της εκκρεμούς απαίτησης, έχει δηλ. απαξιώσει την εκχωρούμενη αξίωση, αλλιά επιδιώκει να ικανοποιηθεί ρευστοποιώντας μεγαλύτερη αξία, δηλ. την ονομαστική, φέροντας όμως και τον αντίστοιχο κίνδυνο. Η μόνη αντιστοιχία που θα μπορούσε να επικρατήσει προς την ανωτέρω δικαιοπολιτική και προστατευτική στόχευση θα ήταν στη θεωρητική περίπτωση κατά την οποία τα δάνεια μεταβιβάζονται σε εταιρείες άνευ οικονομικής επιφάνειας ή κεφαλαιακής βάσης και αυτές προτείνουν νέους, χειρότερους όρους πίστωσης (αναχρηματοδότησης), όπως π.χ. δυσμενέστερα επιτόκια· πλην όμως για αυτές τις περιπτώσεις προκρίνεται, ως ειδικότερη, η εποπτικής φύσης προστασία από αντίστοιχες δημόσιου

123 Όχι μόνο στην ενσωμάτωση των διατάξεων στις §§ 305 επ. γερμΑΚ (το έτος 2002) ούτε απλώς στη μεταφορά της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ, αλλιά ήδη από τις §§ 9, 10-11 AGB-Gesetz· ήδη BGH, απόφαση από 10.03.1976 (Az. VIII ZR 268/74), WM 1976, 508, 510 = MDR 1976, 834.

124 Ο γερμανός νομοθέτης παρέλειψε να ενσωματώσει την προϋπόθεση του πραγματικού της διάταξης του Παραρτήματος της Οδηγίας που (ισότιμα με τα άλλα στοιχεία του πραγματικού) αναφέρεται στον κίνδυνο μείωσης της «ασφάλειας» του καταναλωτή, όχι με την έννοια της εξασφάλισης πίστωσης ή πίστης, αλλιά με την έννοια της εγγυητικής κάλυψης του προμηθευτή ή παρόχου υπηρεσιών· Schulte-Nölke, σε: Schulze κ.ά. (επιμ.), BGB/Handkommentar, (8η έκδ., 2014), § 309 Rn. 47-48.

125 Βλ. § 492 Ia εδ. 2, 3 γερμΑΚ, εφόσον επιτρέπεται η εκχώρηση (παραπάνω υποσημ. 119). Για τη μεταβίβαση εν συνόλῳ της ενοχικής σχέσης μεταξύ π.ι. και δανειολήπτη, προϋπόθεση είναι η συναίνεση/έγκριση του τελευταίου (§ 415 γερμΑΚ), Scharpf, NJW 2009, 3476 (3476)· MünchKomm/Roth, BGB § 398 Rn. 4.

126 Αντίστοιχα ενημερώνεται ο δανειολήπτης όταν επέρχεται η εκχώρηση, § 496 II γερμΑΚ, σε συνδ. με άρθρο 246b I 1 Nr. 1, 3 και 4 και άρθρο 247 III 1 Nr. 1 ΕισNgερμΑΚ.



δικαίου διατάξεις, ήτοι η υπαγωγή των εταιρειών ειδικού σκοπού ως εκδοχέων των απαιτήσεων σε τραπεζική εποπτεία κατά τις διατάξεις του ν. 4354/2015, όπως ισχύει, και της ΠΕΕ/ΤτΕ 95/27.05.2016.

Εν προκειμένω το ειδικό νομικό πλαίσιο της ελληνικής έννομης τάξης δεν χρήζει σχετικής ρύθμισης (αντίστοιχης της § 309 Nr. 10 γερμΑΚ) που να καλύπτει και την εκχώρηση, καθώς αυτή η γερμανική ρύθμιση, εκτός του ότι αφορά αποκλειστικά τους καταναλωτές, πάντως δεν αλληλιώνει τις διατάξεις περί εκχώρησης του γερμΑΚ<sup>127</sup>: η εκχώρηση λαμβάνει χώρα δίχως άλλες προϋποθέσεις πρότερης ή επιγενόμενης ενημέρωσης του οφειλέτη της εκχωρούμενης απαίτησης, πλην της αναγγελίας<sup>128</sup>. Εξάλλου στην καταναλωτική πίστη προβλέπεται ειδικά η υποχρέωση του π.ι. να ενημερώσει για την εκχώρηση της απαίτησης τον καταναλωτή (άρθρο 17 της Οδηγίας 2008/48/ΕΚ, άρθρο 17 της ΚΥΑ Ζ-699/2010<sup>129</sup>). Επιπλέον ο ΑΚ έχει ήδη προβλέψει σε διαρκείς συμβάσεις, όπως ιδίως η μίσθωση, για την περίπτωση αλληλιάς των προσώπων των αρχικώς συμβαλλομένων με προστατευτικές διατάξεις (ΑΚ 614-615: πρβλ. γερμΑΚ § 566), επειδή προέκρινε τη διευκόλυνση και προστασία των εμπλεκομένων λόγω ειδικών συνθηκών, κυρίως όπου έπρεπε να γίνει στάθμιση προσωπαγών δικαιωμάτων<sup>130</sup>.

Μπορεί λοιπόν να αναγνωρίζεται γενικότερα η ανάγκη για πληροφόρηση και διαφάνεια εκ των προτέρων για τη δυνατότητα εκχώρησης και τη γενόμενη εκχώρηση, ακόμα και αν δεν ζητείται η συναίνεση ή έγκριση του δανειολήπτη<sup>131</sup>: πλην όμως αυτή ικανοποιείται μόνο σε ειδικές περιπτώσεις, όπως αντίστοιχα στην εκχώρηση, όπου δεν επιτρέπεται όταν οι εκχωρούμενες απαιτήσεις ή το περιεχόμενο της παροχής κρίνονται προσωπαγείς<sup>132</sup>. Όμως από αυτό το σημείο και από την παραδοχή ότι θα πρέπει να ενημερώνεται για την εκχώρηση ο δανειολήπτης (ως οφειλέτης γενικά και όχι μόνο ο καταναλωτής, περίπτωση στην οποία ίσως θα δικαιολογείτο κάποια υπερτείνουσα προστασία) ως την υποχρέωση να προαναγγέλλεται η εκχώρηση, ώστε ο δανειολήπτης να εξετάζει αν αυτή βλάπτει έννομα συμφέροντά του και να εναντιώνεται σε αυτήν ή να καταγγέλλει τη σύμβαση, πριν λάβει χώρα η εκχώρηση, υπάρχει μια μακρά (δικαιοπολιτικά και μεθοδολογικά-συστημικά νοούμενη) απόσταση να καλυφθεί.

127 Για τη σημασία της § 309 Nr. 10 γερμΑΚ ("Ausstrahlungswirkung") στον έλεγχο καταχρηστικότητας ΓΟΣ σε συμβάσεις αμφιμερώς εμπορικές (§§ 310 I 1, 310 I 2, 307 I γερμΑΚ), *Schulte-Nölke*, ό.π. (υποσημ. 124), § 309 Rn. 49. Για τα σχετικά εδάφια κβ' και κγ' της παρ. 7 του άρθρου 2 του ν. 2251/1994, *Δέλλιος*, ΓΟΣ, αρ. 427-428.

128 Η αναγγελία εξυπηρετεί κυρίως τη δημοσιότητα, παρακάτω *κεφ. 4.5, κεφ. 7.2*: και υποσημ. 48, 189, 235, 247, 251 (όπου για τη διπλή δημοσιότητα του ν. 4354/2015).

129 Είτε ο εκδοχέας είτε το π.ι. (δανειστής/εκχωρητής) ενημερώνουν το δανειολήπτη (πλην κατά ορθότερη τελλολογική ερμηνεία και τυχόν εγγυητές ή τρίτους υποθηκικούς οφειλέτες) για την απόκτηση του δανείου (άρθρο 17 παρ. 2 της ΚΥΑ Ζ-699/2010): εκτός αν ο εκχωρητής, σε συμφωνία με τον εκδοχέα, εξακολουθεί να διαχειρίζεται την πίστωση έναντι του καταναλωτή, *Τασίκας*, τιμΤ Σπυριδάκη, σ. 951 επ., 1018 (με παραπομπές στη σημ. 316): πρβλ. άρθρο 1 παρ. 1γ.

130 *Αντάπας*, ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 614 αρ. 3, 35-36.

131 Αντίθετος εν γένει ο *Knops*, WM 2008, 2185 επ.: *Knops*, VuR 2009, 286, 291.

132 Περιπτώσεις απαιτήσεων προσωπαγούς χαρακτήρα, ώστε να καθίστανται ενδεχομένως ανεκχώρητες, *v. Kübel*, *Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1: Allgemeiner Teil (Redaktorenvorschläge Schuldrecht I), σ: *Schubert* (εμπ.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die Erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches* (1980), σ. 994.



## 4. Αντιρρήσεις του δανειολήπτη

Η κατωτέρω ανάλυση παρατίθεται υπό την παραδοχή (χρήζουσα σε εκάστη περίπτωση *ad hoc* εξέτασης) ότι οι θεμελιώδεις δογματικές αρχές του δικαίου της εκχώρησης, χωρεί να εφαρμοστούν και στην περίπτωση της μεταβίβασης δανείων του ειδικού νομικού πλαισίου.

### 4.1. Γενικά

Από τους παραπάνω αστικοδικαιικούς προβληματισμούς προκύπτει ότι ο δανειολήπτης έχει ενδεχομένως οικονομικής φύσης και νομικής αιτίας συμφέρον να αντιταχθεί στη μεταβίβαση απαιτήσεων από ΜΕΔ, δίχως να συνάγεται ότι έχει υπέρτερο έννομο συμφέρον από αυτό των λοιπών εμπλεκόμενων, δανειστή/εκχωρητή και επενδυτή/εκδοχέα ή υπέρτερο από το δημόσιο συμφέρον ολοκλήρωσης των σχετικών συναλλαγών<sup>133</sup>. Έτσι, μοιλονότι ανωτέρω δεν επιβεβαιώθηκε νομική βάση για αντίστοιχα δικαιώματα, εύλογα διαφαίνεται το περιεχόμενο ενδεχόμενων αντιδράσεων από πλευράς δανειοληπτών, όπως π.χ. ότι αν και δεν χάνουν την επιλογή ελευθερίας του αντισυμβαλλομένου, καθώς αυτή ήδη ασκήθηκε επιτυχώς, όμως χάνουν την προσωπική και θεσμική εμπιστοσύνη στο συγκεκριμένο π.ι. που επέλεξαν ως δανειστή και με το οποίο συνεχίζουν ως την αποπληρωμή του δανείου να έχουν προσωπική σχέση εξυπηρέτησης· την τελευταία πάντως, σημειωτέον, δύναται να αξιοποιήσουν ως «συνεργάσιμοι δανειολήπτες» στο πλαίσιο των προβλεπόμενων στον Κώδικα Δεοντολογίας διαδικασιών αναδιαπραγμάτευσης του δανείου και ρύθμισης των οφειλών<sup>134</sup>. Οι δανειολήπτες θα μπορούσαν πιθανόν να επικαλεστούν ότι αλληλιώνεται ο ενοχικός δεσμός με το π.ι. (εκχωρητή), ιδίως στην περίπτωση που μαζί με ΜΕΔ (ή πλέον και αυτοτελώς) μεταβιβάζονται και εξυπηρετούμενα δάνεια ή ότι ο νέος δικαιούχος (όχι πλέον π.ι.) υπόκειται σε διαφορετικού είδους και διαφορετικής φύσης τραπεζική εποπτεία, π.χ. χαμηλή κεφαλαιακή βάση για εταιρείες διαχείρισης και μεταβίβασης<sup>135</sup>.

133 Για την κρισιμότητα των ΜΕΔ ως “κλειδί” «...για την επανεκκίνηση της οικονομίας», *Βουλή των Ελλήνων, Γραφείο Προϋπολογισμού*, Τριμηνιαία Έκθεση (Ιανουάριος-Μάρτιος 2016), σ. 37 επ. 44, αφού αφενός επηρεάζονται από τα μακροοικονομικά μεγέθη και αφετέρου θέτουν σε κίνδυνο κάθε προηγούμενη ανακεφαλαιοποίηση των π.ι.: ανάλογα βέβαια με την δικαιοπολιτική, οικονομοτεχνικής φύσης επιλογή λύσεων, *Καθημέριου*, Εναλλακτικές προσεγγίσεις για την εξυγίανση χαρτοφυλακίων μη εξυπηρετούμενων τραπεζικών δανείων. Οικονομικό Δελτίο ΤτΕ, τεύχος 41, Ιούλιος 2015, σ. 49· *Καθημερινή*, Τράπεζες, ευελιξία στην πώληση δανείων, 11.02.2016.

134 Για την έννοια του «συνεργάσιμου δανειολήπτη», στο Κυβερνητικό Συμβούλιο Διαχείρισης Ιδιωτικού Χρέους του ν. 4224/2013 (προοίμιο Κώδικα Δεοντολογίας υπό στοιχ. ε'), «Ερωτήσεις-Απαντήσεις σχετικά με τους ορισμούς των “εύλογων δαπανών διαβίωσης” και του “συνεργάσιμου δανειολήπτη”» από 18.04.2014 ([http://www.efpolis.gr/file-base/1791\\_sitefile-10915.pdf](http://www.efpolis.gr/file-base/1791_sitefile-10915.pdf)) ν. 3869/2010, άρθρο 5.Α (προστέθηκε με την παρ. 13 του άρθρου 1 της υποπαρ. Α.4 του άρθρου 2 του ν. 4336/2015) και άρθρο 10 παρ. 4 (προστέθηκε με την παρ. 19 του άρθρου 1 της υποπαρ. Α.4 του άρθρου 2 του ν. 4336/2015 και τροποποιήθηκε με την παρ. 8 του άρθρου 14 του κεφ. δεύτερου του ν. 4346/2015).

135 Προκειμένου για την αναχρηματοδότηση εκχωρηθέντων απαιτήσεων, επιβάλλεται αυξημένη κεφαλαιακή βάση, (€4,5 εκ.), όχι μόνο €100.000, όπως για την ίδρυση, λειτουργία και δραστηριοποίηση των εταιρειών ειδικού και αποκλειστικού σκοπού. Βλ. παραπάνω υποσημ. 81.

Ιδίως οι τελευταίες περιπτώσεις αφορούν κρίσιμα ζητήματα εποπτικού δικαίου και συστημικής ασφάλειας του τραπεζικού και χρηματοπιστωτικού συστήματος, έτσι π.χ. σε μια πίστωση διάρκειας από π.ι. στο δανειολήπτη το επιτόκιο αποπληρωμής για το κεφάλαιο μπορεί να ορίζεται σταθερό ως ένα συγκεκριμένο χρονικό όριο, μετά το οποίο προβλέπεται επανακαθορισμός του (είτε ως σταθερό είτε ως κυμαινόμενο), πριν τη λήξη του συγκεκριμένου χρόνου με ανακοίνωση στο δανειολήπτη. Σε αντίστοιχη περίπτωση οι εταιρείες ειδικού σκοπού, είτε διαχείρισης (μετά από συναίνεση του δικαιούχου της απαίτησης) είτε μεταβίβασης μπορεί να μην έχουν το κεφάλαιο και την κάλυψη να προσφέρουν ελκυστικούς όρους αναδανειοδότησης, πράγμα αδιάφορο από έποψης ενοχικού δικαίου, όσο εκκρεμεί η αποπληρωμή του δανείου. Όμως δεν θα ήταν μεθοδολογικά ορθό να χρησιμοποιείται η αστικοδικαιϊκή σκέψη, όπου η εφαρμογή της δεν χωρεί, καθώς τα ζητήματα από πλευράς αστικού δικαίου είναι συγκεκριμένα:

*Πρώτον* τα δικαιώματα και οι ενστάσεις του δανειολήπτη παραμένουν τα ίδια με εκείνα που είχε ενάντια στον αρχικό δανειστή (το π.ι.). *Δεύτερον* μοιλονότι για την οικονομική θέση και σκέψη του δανειολήπτη παίζει ρόλο η εποπτεία του αντισυμβαλλομένου και οι επαγγελματικές υποδομές και μέθοδοι με τις οποίες ο νέος δικαιούχος της απαίτησης όχι απλώς διαχειρίζεται ή ανακτά την πίστωση αλλιώς και τη ρυθμίζει και την αναχρηματοδοτεί (ζητήματα εποπτικού δικαίου), προς εξέταση είναι στο αστικό δίκαιο, αν αλλησιώνεται ο ενοχικός δεσμός, δηλ. η ενοχική σχέση που συνδέει δανειολήπτη και αρχικό δανειστή και αν υφίσταται σχετικό έννομο συμφέρον του δανειολήπτη, ιδιαίτερα άξιο προστασίας, εφόσον η μεταβολή του δανειστή συνδέεται με την ποιότητα παροχών του συγκεκριμένου<sup>136</sup>. *Τρίτον* θα πρέπει, και εύλογα προσδοκάται από το δανειολήπτη, κατά τρόπο άξιο προστασίας, να υπάρχει ακριβής ενημέρωση για την απαίτηση, όπως διαμορφώνεται στη διάρκεια του χρόνου, καθ' ύψος, μετά τις αποπληρωμές, όπως εξάλλου αυτό ήδη ορίζεται και στις διατάξεις του Κώδικα Δεοντολογίας<sup>137</sup>. *Τέταρτον* οι συμβάσεις παροχής δανείων μπορούν να περιέχουν συναίνεση του δανειολήπτη σε μελλοντική εκχώρηση· αλλιώς σε περίπτωση άρνησης παροχής της συναίνεσης, προφανώς θα προσφέρονται στις συναλλαγές δάνεια με αντίστοιχα υψηλότερο επιτόκιο<sup>138</sup>.

#### 4.2. Περίπτωση εκχώρησης μέρους απαίτησης

Αντικείμενο εκχώρησης μπορεί να είναι και μέρος απαίτησης (ΑΚ 456 παρ. 2), όταν εκχωρείται τμήμα διαιρετής απαίτησης, υπό την προϋπόθεση ότι η διαίρεση

<sup>136</sup> BGH, BGH 96, 146, 149· BGH, WM 2003, 2191.

<sup>137</sup> Γραπτή πληροφοριακή ειδοποίηση προβλέπεται στο Στάδιο 1(γγ) του Κώδικα Δεοντολογίας (κεφ. ΣΤ), αριθμός και συνολικό ύψος δόσεων (περιλαμβανομένων και τμηματικών καταβολών) που είναι ληξηπρόθεσμες, άληκτο υπόλοιπο της οφειλής, επιτόκιο εκτοκισμού για μη ενήμερο τμήμα της οφειλής κ.λπ., *Τασίκας*, ό.π. (υπόσημ. 21), υπό ΙΙΙ.2. αρ. 27 επ. Βλ. άρθρο 2 παρ. 2β για τη δυνατότητα να υπογραφεί και συμβιβασμός κατά τις ΑΚ 871-872 μεταξύ δανειοληπτών και Ε.Δ.Α.Δ.Π.

<sup>138</sup> Σημαντικό είναι να προσφέρονται στις συναλλαγές δάνεια με ρήτρες ανεκχώρητου, ώστε οι δανειολήπτες να επιλέγουν τη μη μεταβίβαση απαιτήσεων σε τρίτους, *Koch*, ZBB 2008, 232, 234, 235.

δεν καθιστά τη θέση του οφειλέτη δυσχερέστερη, κάτι που θα κριθεί κατά ΑΚ 288<sup>139</sup>. Συνέπεια είναι ότι αυτονομούνται τα δύο μέρη της απαίτησης και κρίνονται αυτοτελώς, ως προς το λόγο παραγωγής ενοχών, και ισότιμα, με την έννοια ότι δεν τίθεται θέμα προτίμησης καταβολής από τον οφειλέτη<sup>140</sup>. Γίνεται δεκτό ότι το εκχωρούμενο μέρος της απαίτησης állιποτε κρίνεται αυτοτελώς (π.χ. παραγραφή) και állιποτε κατά συσχέτιση προς την αρχική απαίτηση<sup>141</sup>. Εναντίωση λοιπόν του δανειολήπτη ενδεχομένως προκύπτει σε εκχώρηση μέρους απαίτησης (ΑΚ 456), στην περίπτωση π.χ. που μέρος της απαίτησης έχει ρυθμιστεί και αποπληρώνεται ομαλά, ενώ το υπόλοιπο εκχωρείται από το π.ι. állιλά δυσχεραίνεται ο οφειλέτης διπλά: *πρώτον* επειδή έχει πλέον δύο διαφορετικούς δανειστές για τα δύο μέρη της πρώην ενιαίας χρηματικής οφειλής· *δεύτερον* γιατί το π.ι., κατά παράβαση του ορισμού του «συνεργάσιμου οφειλέτη» και των αριθμητικών ορίων των «εύλογων δαπανών» και με εξάντληση αυτών, αντί να προτείνει και για το υπόλοιπο του μη ρυθμισμένου δανείου κάποια βιώσιμη και κατάλληλη λύση, το εκχωρεί ως αυτοτελή απαίτηση· ώστε έτσι, πλέον, ο οφειλέτης ευθύνεται αυτοτελώς και εκ νέου για το ίδιο μέρος της ενοχής, για το οποίο οι διαπραγματεύσεις ή οι διαδικασίες του Κώδικα Δεοντολογίας ενδεχομένως απέδειξαν ότι δεν είναι δυνατό να ανταποκριθεί σε ρύθμιση ή αποπληρωμή του, όπως μπορεί, υπό περιστάσεις, να προκύπτει από τη μη ανεύρεση κατάλληλης λύσης ρύθμισης.

### 4.3. Ένσταση αischροκέρδειας

Ένσταση του οφειλέτη θα μπορούσε να αφορά σε ενδεχόμενο ελάττωμα της εκχώρησης που τυχόν συνέχεται προς την υπερβολική δυσαναλογία παροχής και αντιπαροχής της κύριας σύμβασης, δηλ. τη φανερή δυσαναλογία μεταξύ ονομαστικής αξίας των δανείων προς το τίμημα της πώλησης και μεταβίβασής τους<sup>142</sup>. Πλην όμως, αφενός δεν τίθεται θέμα, προφανώς, στις συναλλαγές, εκμετάλλευσης της απειρίας και κουφότητας του αντισυμβαλλόμενου του π.ι. και εκδοχέα (επενδυτή)· αφετέρου κατ' αυτόν τον τρόπο (εξέταση ένστασης αischροκέρδειας) δυσχεραίνεται κατά πολύ η ταχεία μεταβίβαση απαιτήσεων δανείων και αίρεται η

139 Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 16· ΑΠ 1013/1988 ΕλλΔνη 1990, 62. Περίπτωση εκχώρησης μέρους απαίτησης νοείται κατά μία άποψη και η εκχώρηση μίας από τις περισσότερες αυτοτελείς απαιτήσεις που πηγάζουν από την ίδια σύμβαση, Καράκωστας, ΑΚ, 455 αρ. 1599.22.

140 Σούρλας, ΕρμΑΚ 455 αρ. 20· Κρητικός, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 44· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 32.

141 Όταν π.χ. πρέπει να συνυπολογιστεί ολόκληρο το ποσό της απαίτησης προς άσκηση συγκεκριμένων δικαιωμάτων (π.χ. μείωσης τιμήματος από σύμβαση πώλησης), Κρητικός, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 44.

142 Δεν απαιτείται τα συμβαλλόμενα μέρη (π.ι. ή χρηματοδοτικό ίδρυμα και επενδυτής, δηλ. Ε.Δ.Α.Δ.Π. και Ε.Α.Α.Δ.Π.) να έχουν αναγάγει το έγκυρο της πώλησης σε όρο ή αίρεση εγκύρου της μεταβίβασης· αρκεί που η πώληση είναι άκυρη, π.χ. αischροκερδής ή αντίθετη στα χρηστά ήθη, Μπαλής, ΓενΑρχ (1961), παρ. 66 σ. 191· Μπαλής, ΕνοχΔ, παρ. 153 αρ. 3 σ. 477· όμως Σούρλας, ΕρμΑΚ Εισαγ 455-470 αρ. 6· Ζένος, ΕνοχΔΓενΜ Ι, παρ. 34 Ι 1 σ. 611· Κρητικός, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 7. Αντίστροφα, η εκχώρηση είναι μεν ανατιώδης, αν όμως είναι αυτοτελής άκυρη η ίδια (ΑΚ 174, 178, 179), τότε πάσχει η αιτία της (πώλησης).

ασφάλεια των συναλλαγών. Από την άλλη είναι αντικείμενο του ερμηνευτικού έργου του δικαστή να εξετάσει τυχόν αντίθεση στα χρηστά ήθη (ΑΚ 178), μεμονωμένης μεταβίβασης απαίτησης δανείου υπό συγκεκριμένες συνθήκες και περιστάσεις<sup>143</sup>. Ταυτόχρονα η επιβολή από το νομοθέτη έγγραφου συστατικού τύπου της μεταβίβασης, τόσο της υποσχτικής (αιτίας) όσο και της διαθετικής δικαιοπραξίας, χωρίς βεβαίως να διαγιγνώσκεται, εν προκειμένω, ανατροπή της αρχής του ανατιώδους στην εκχώρηση<sup>144</sup>, υπογραμμίζει την ανάγκη για συνεκτίμηση της νομοθετικής βούλησης, ότι δηλ. ο νομοθέτης ήθελε να εξετάζεται η αιτία της εκχώρησης και αυτή να είναι συγκεκριμένη και να καθορίζεται από το νόμο, επομένως και να λαμβάνεται υπόψη σε τυχόν ενστάσεις περί ακυρότητας λόγω εναντίωσης στα χρηστά ήθη αλλά και ενδεχομένως λόγω λοιπών ελαττωμάτων του κύρους της πώλησης.

#### 4.4. Διαλυτική αίρεση ή όρος ανεκχώρητου στη μεταβίβαση

Οίκοθεν νοείται ότι αυξάνεται η σημασία της (κατά την ιδιωτική αυτονομία και δικαιοπρακτική βούληση των συμβαλλομένων) ελεύθερης διαμόρφωσης της εκχώρησης με συμβατικά στοιχεία (όρους, αιρέσεις), τέτοια που να εξασφαλίζονται η ισχύς και η εξέλιξή της από ενδεχόμενη ένσταση ή αντίρρηση ή εναντίωση του δανειολήπτη σε υποτιθέμενη αλληοίωση (παρούσα ή επικείμενη) της έννομης σχέσης και του πιστοδοτικού χαρακτήρα ενοχικού δεσμού του με τον εκχωρητή (π.ι.).

Με αυτό δεν γίνεται αναφορά στην, αυτονόητη ούτως ή άλλως, δυνατότητα του π.ι. (εκχωρητή) να επιβάλει στον εκδοχέα και να διαμορφώνει τη σύμβαση ως εκχώρηση «χάριν είσπραξης», κατά τρόπο μάλιστα που να αφίσταται διακριτά από την κοινή κατά μετακλητή εξουσία «εξουσιοδότηση προς είσπραξη ποσού απαίτησης», έστω και στο όνομα αυτού του εκδοχέα, αλλά πάντως προς όφελος του εξουσιοδοτούμενου<sup>145</sup> ή στη δυνατότητα του π.ι. να καταρτίσει «σιωπηρή» ή «αφανή» εκχώρηση (*stille Zession*)<sup>146</sup>. Σε καμία από τις ανωτέρω περιπτώσεις δεν επέρχεται η

143 Παπανικολάου, Δικαιοπραξίες αντίθετες προς τα χρηστά ήθη (2012), *passim*: Λαδογιάννης, ό.π. (υπόσημ. 28), σ. 262-263 (εναντίωση στα χρηστά ήθη της συμφωνίας περί ανεκχώρητου).

144 Συνάγεται από το πνεύμα και τα πλεονεκτήματα της αρχής του ανατιώδους, ταχύτητα και ασφάλεια συναλλαγών, ανεξαρτητως ύπαρξης ή μη νόμιμης αιτίας, ανυπαρξίας ή ακυρότητας της *causa* της εκχώρησης, Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ, παρ. 27 αρ. 17· Αστ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 7. Παρακάτω υποσημ. 221, 228, 232, υπό κεφ. 4.3., κεφ. 7.2., κεφ. 8.1.

145 Όσον αφορά την «εξουσιοδότηση προς είσπραξη» (ΑΚ 236, 239), η οποία είναι διακριτά από την εκχώρηση, καθώς δεν επέρχεται μεταβίβαση απαίτησης αλλά παραχωρούνται στον εξουσιοδοτούμενο συγκεκριμένες εξουσίες δανειστή χάριν δυνατότητας και διευκόλυνσης είσπραξης, Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 9-10· Κρητικός, ό.π. (υπόσημ. 66), 455 αρ. 76· μονογραφικά Stathopoulos, Die Einziehungsermächtigung (1968), σ. 14, 110, 124, 145, 154, 161 (και *passim*): Haertlein/Thümmel, WM 2008, 2137 επ.

146 Γ. Γεωργιάδης, ό.π. (υπόσημ. 28), παρ. 12 αρ. 208· Τασίκας, τιμΤ Σπυριδάκη, σ. 951 επ., 1018, αφού η διαδικασία διεκπεραίωσης και εκπλήρωσης υποχρεώσεων του δανείου θα συνεχιζόταν να εκτυλίσσεται μεταξύ δανειολήπτη και π.ι., άλλως μεταξύ δανειολήπτη και Ε.Δ.Α.Δ.Π. που διαχειρίζεται (κατά ανάθεση όχι κατά μεταβίβαση) την απαίτηση, Langenbucher, NJW 2008, 3169, 3171 επ. HGB-Großkommentar/Renner, Rn. 508.

επιθυμητή από έποψης τραπεζικού-εποπτικού δικαίου διαγραφή από τον ισολογισμό των καθυστερημένων οφειλών, δηλ. εξυγίανση του ισολογισμού και απαλλογική από τον πιστωτικό κίνδυνο, όπως και δεν υφίσταται μεταβίβαση απαιτήσεων όπως προβλέπεται κατ' αντικειμενικό και υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής από π.ι. σε εποπτευόμενη εταιρεία ειδικού σκοπού, είτε Ε.Δ.Α.Δ.Π. είτε Ε.Α.Α.Δ.Π., με την έννοια του ν. 4354/2015.

Αυτό που θα μπορούσε να αποτελέσει κατάλληλη διαμόρφωση της σύμβασης εκχώρησης, προς την κατεύθυνση ενδεχόμενης ανάγκης προστασίας τυχόν ανακυψάντων έννομων συμφερόντων του δανειολήπτη και προς αποφυγή πιθανής βλάβης αυτών, στην εξαιρετική περίπτωση που γινόταν δεκτό ότι οι συνεχείς μεταβολές προσώπου του δανειστή θα αλλοίωναν τη δανειακή σύμβαση και θα ήταν επιβαρυντικές για τον οφειλέτη/δανειολήπτη, θα μπορούσε να ήταν συμβατικός όρος εκχώρησης με αίρεση διαλυτική ή με συμφωνία ότι ο εκδοχέας δεν θα δικαιούται περαιτέρω διάθεση της απαίτησης<sup>147</sup>.

#### 4.5. Ξανά: Μεταβίβαση της απαίτησης ή της ενοχικής σχέσης(ς)

Ο ειδικός νόμος παρέχει βέβαια στο νέο δικαιούχο της απαίτησης (εταιρεία ειδικού σκοπού, Ε.Α.Α.Δ.Π.) από τη σκοπιά του εποπτικού δικαίου, το δικαίωμα να αναχρηματοδοτεί την απαίτηση, να τροποποιεί τους όρους του δανείου (επιτόκιο, ύψος οφειλής κ.λπ.) ή να ρυθμίζει την οφειλή, δηλ. στην ουσία να τροποποιεί τον εναπομείναντα πιστωτικό δεσμό εν συνόλῳ, ιδίως στο πλαίσιο εύρεσης κατάλληλης λύσης του Κώδικα Δεοντολογίας, τον οποίο εφαρμόζουν οι Ε.Δ.Α.Δ.Π. και Ε.Α.Α.Δ.Π.<sup>148</sup> Έτσι, από το σύνθημα, συναλλακτικά, δάνειο ορισμένου χρόνου, με αποπληρωμή τοκοχρεωλυτικών δόσεων (αμφοτεροβαρής σύμβαση), στο οποίο έχει ήδη εκπληρωθεί η παροχή του δανειστή (του π.ι.), δηλ. η καταβολή του δανείσματος, εκκρεμεί μόνο η εκπλήρωση από το δανειολήπτη της υποχρέωσης αποπληρωμής των δόσεων· δυνατή είναι λοιπόν η άσκηση διαπληστικών δικαιωμάτων από το δανειστή, με τη μορφή καταγγελίας από μη εκπλήρωση, που μπορεί να ασκεί και ο εκδοχέας (συμμεταβιβαζόμενο μη αυτοτελές διαπληστικό δικαίωμα)· ενώ, πλέον, για τον οφειλέτη/δανειολήπτη δεν τίθεται θέμα να ασκήσει διαπληστικά δικαιώματα (εκτός της έκτακτης καταγγελίας από σπουδαίο λόγο) κατά του δανειστή αλλῶ ούτε και κατά του νέου δικαιούχου (εκδοχέα). Ενώ λοιπόν δεν έχουμε μεταβίβαση έννομης σχέσης (της εν ευρεία έννοια ενοχής)<sup>149</sup>, στην πράξη, πολύ περισσότερο από τη σκοπιά του

147 Προφανώς η διαλυτική αίρεση σε υποσχετική (ΑΚ 513) και εκποιντική δικαιοπραξία (ΑΚ 455) είναι αποτελεσματικότερη από μια ενοχικής αξίας συμφωνία για μη περαιτέρω εκχώρηση της απαίτησης, καθώς αυτή δεν επιδρά στο κύρος της κατά παράβαση της υποχρέωσης εκχώρησης (ΑΚ 177). Ειδικότερα άρθρο 3 παρ. 4 εδ. 1 ημιεδ. 2 του ν. 4354/2015, παραπάνω υποσημ. 35, 54· παρακάτω υπό κεφ. 5.

148 Παραπάνω υπό κεφ. 3.2.1., υπό κεφ. 3.2.2. υποσημ. 88, 89, 90· Τασίκας, τιμΤ Αλεξανδρίδου, σ. 713 επ.

149 Παπαντωνίου, ό.π. (υποσημ. 7), σ. 29 επ., 67 επ. (και passim).

εποπτικού δικαίου, ο δανειστής πετυχαίνει οριστικά την απαγκίστρωση από την έννομη σχέση εν συνόλῳ.

Από έποψη αστικού δικαίου δικαιολογείται η μεταβίβαση απαιτήσεων από δάνειο ή πίστωση (ως εκχώρηση και όχι μεταβίβαση έννομης σχέσης), καθώς το π.ι. όχι μόνο δεν αποβλήπει να αποπληρωθεί σε αυτό η υποχρέωση του δανειολήπτη, αλλήλ, τουναντίον, επιθυμεί με νομικούς λόγους από το εποπτικό δίκαιο ή το δίκαιο των α.ε. (αποβολή πιστωτικού κινδύνου, εξυγίανση ισολογισμών) να μεταβιβασθεί η απαίτηση στον εκδοχέα έναντι τιμήματος, τη στιγμή που η μεταβίβαση δεν χειροτερεύει την έννομη θέση του δανειολήπτη (ανεξαρτήτως της στάσης και τακτικής που θα τηρήσει ο εκδοχέας, π.χ. ανοχή ή προσφυγή σε αναγκαστική εκτέλεση προς ανάκτηση των οφειλών, κάτι που δεν μπορεί να αξιοποιηθεί νομικά). Βεβαίως, όπου ο νομοθέτης ήθελε να ρυθμίσει μεταβίβαση έννομων σχέσεων το αναφέρει ρητά, ενώ ο προκείμενος ειδικός νόμος (ν. 4354/2015) δεν διασαφνίζει κάτι αντίστοιχο<sup>150</sup>.

Εν προκειμένῳ όμως δεν έχουμε μεταβίβαση συμβατικής έννομης σχέσης, στο σύνολό της, ούτε καν και από την πλευρά ενός μόνο των συμβαλλομένων (δανειστή), ήτοι υποκειμενική μεταβίβαση συμβατικής σχέσης<sup>151</sup> με την έννοια της διπλής σύμβασης και το συνδυασμό αφενός της εκχώρησης απαιτήσεων (μεταξύ π.ι. και εταιρείας ειδικού σκοπού) και αφετέρου της στερητικής αναδοχής ενοχών (μεταξύ εταιρείας ειδικού σκοπού και π.ι.)<sup>152</sup>, κάτι το οποίο θα απαιτούσε κατά κρατούσα άποψη τη συμμετοχή του δανειολήπτη (πιθανώς κατά ΑΚ 236, 238-239, δηλ. προηγούμενη συναίνεση ή επιγενόμενη έγκριση)<sup>153</sup>. Αλλήλ ούτε και τη μορφή της υποκατάστασης τρίτου σε δικαιώματα και υποχρεώσεις του ενός μέρους της σύμβασης έχουμε, κατά τριμερή σύμβαση μεταξύ αρχικού φορέα της σύμβασης, του αντισυμβαλλομένου του και του νέου (τρίτου) υποκειμένου της σύμβασης, σχήμα κατά το οποίο ολόκληρη η σύμβαση και οι εκατέρωθεν ενοχι-

150 Στο νόμο ορίζεται πότε κάποιος υπεισέρχεται σε δικαιώματα και υποχρεώσεις άλλου, π.χ. ΑΚ 614 (υπείσέλευση νέου κτήτορα στην έννομη θέση προηγούμενου κυρίου-εκμισθωτή ακινήτου), ΑΚ 479 (ευθύνη αποκτώντος περιουσία ή επίχρηση ως την αξία των μεταβιβαζόμενων στοιχείων – η εφαρμογή του αποκλείεται κατά άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 1 ημιεδ. 2 του ν. 4354/2015), συγχώνευση επιχειρήσεων (άρθρα 68-80 του κ.ν. 2190/1920), ιδίως διά απορροφήσεως και με οινει καθολική διάδοχο ανώνυμο εταιρεία (άρθρο 75 παρ. 1 περ. α' του κ.ν. 2190/1920), όπου η απορροφώσα αποκτά δικαιώματα, ακόμη και διαπιστωτικά, υποχρεώσεις κ.λπ., δηλ. περιπτώσεις στις οποίες μεταβιβάζεται εκ του νόμου ολόκληρη η ενοχική σχέση, ως σύνολο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων και όχι μόνο συγκεκριμένη απαίτηση, Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 7-8.

151 Παπαντωνίου, ό.π. (υπόσημ. 7), σ. 256 επ. Αντίθετα, ο εκδοχέας μίας απαίτησης δεν καθίσταται αυτόματα και υποκείμενο της αντίστοιχης έννομης σχέσης, Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, § 42 αρ. 15.

152 Για τη θεωρία της καταμήςσεως που γίνεται δεκτή και στην Ελλήδα, Ζένος, ΕνοχΔΓενΜ Ι, παρ. 35 V σ. 650· Μιχαήλδης-Νουάρος, ΕνοχΔ (1957), σ. 326· Παπαντωνίου, ό.π. (υπόσημ. 7), σ. 150, 194, 223 επ.· Κρητικός, ό.π. (υπόσημ. 66), 455 αρ. 39 επ.

153 Η μεταβίβαση ενοχικής σχέσης διακρίνεται από την εκχώρηση μεμονωμένων απαίτησης (ΑΠ 1201/1992 ΕλλΔνη 1994, 1511) αφού προϋποθέτει, εκτός από εκχώρηση απαιτήσεων (ΑΚ 455 επ.) ή μεταβίβαση άλλων δικαιωμάτων, σύμβαση στερητικής αναδοχής χρέους (ΑΚ 471 επ.), ΑΠ 1693/2007 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ. Έτσι καθίσταται κατ' αποτέλεσμα αναγκαία η σύμπραξη του οφειλέτη (ΑΠ 1957/2006 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· ΑΠ 479/2001 ΝοΒ 50, 519· ΑΠ 681/1995 ΔΕΕ 1, 855), για την υπείσέλευση τρίτου προσώπου στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του αρχικού υποκειμένου της έννομης σχέσης, ΑΠ 1957/2006 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· Παπαντωνίου, ό.π. (υπόσημ. 7), σ. 150, 194· Σούρπας, ΕρμΑΚ 455 αρ. 9· Κρητικός, ό.π. (υπόσημ. 66), 455 αρ. 39.



κοί δεσμοί (δικαιώματα και υποχρεώσεις δανειστή-οφειλέτη) μεταβιβάζονται ως ενότητα<sup>154</sup>.

Στο δάνειο, ιδίως στη μορφή του ως αμφοτεροβαρούς σύμβασης ορισμένου χρόνου με τοκοχρεωλυτικές δόσεις<sup>155</sup>, ο εκχωρητής παραμένει τυπικά δανειστής και αντισυμβαλλόμενος του δανειολήπτη ακόμη και σε μέρος της σύμβασης (ανεξάρτητο από την εκχωρούμενη απαίτηση), ως υποκείμενό της· ενώ η (μόνη εναπομείνασα) απαίτηση, ως αξίωση συγκεκριμένης παροχής, μεταβιβάζεται στον εκδοχέα, μαζί με όσα παρεπόμενα ή, ειδικότερα εν προκειμένω, στην περίπτωση του ν. 4354/2015, με όσα κατά οικονομική και λειτούργική αυτοτέλεια ληοιπά («συνδεόμενα») με το δάνειο δικαιώματα, που συµμεταβιβάζονται και αυτά στον εκδοχέα (την ειδικού σκοπού Ε.Δ.Α.Δ.Π. ή Ε.Α.Α.Δ.Π.)· πλέον αυτών που έχουν μεταβιβαστεί από το δανειστή ως εξαρτώμενα ή παρεπόμενα της συγκεκριμένης εκχωρούμενης απαίτησης, δηλ. όχι ως «συνδεόμενα» με την ιδιότητα του συγκεκριμένου (αρχικού) δανειστή, ως υποκειμένου της σύμβασης (προσωποπαγή), αλλήλως συνδεόμενα με την ιδιότητα γενικότερα του δανειστή της συγκεκριμένης φύσης ενοχής (από δάνειο ή πίστωση)<sup>156</sup>. Τούτο έχει αξία στο βαθμό που κατά τον ειδικό νόμο ο νέος δικαιούχος (εκδοχέας) της απαίτησης δύναται να αξιώσει την απαίτηση αλλήλως δικαιούται να ασκήσει και κάθε σχετικώς εξαρτώμενο με την απαίτηση δικαίωμα (διαπληστικό μη αυτοτελές), π.χ. την όχληση, αλλήλως και δικαιώματα (διαπληστικά αυτοτελή) που αλληλιώνουν και διαπληθύνουν την εναπομείνασα ενοχή αποπληρωμής, αλλήλως και εν συνόλῳ το δανειακό-πιστωτικό δεσμό, χάριν αναχρηματοδότησης και εξυπηρέτησης αυτών στο μέλλον<sup>157</sup>.

Βεβαίως και δεν υφίσταται εν προκειμένῳ μεταβίβαση όλης της ενοχικής σχέσης, δηλ. όλης της ενότητας πολυληπλών εκατέρωθεν απαιτήσεων και αξιώσεων, επιπλέον και των διαπληστικών δικαιωμάτων (μη αυτοτελών αλλήλως και αυτοτελών) για αμφοτέρα τα συμβαλλόμενα μέρη του δανείου (δανειστή και οφειλέτη/δανειολήπτη)<sup>158</sup>. Έτσι τυχόν ένσταση, αντίρρηση ή πρόταξη υπέρτερου έννομου συμφέροντος εκ μέρους του δανειολήπτη που θα μπορούσε να προκύψει με το επιχείρημα ότι δεν πρόκειται ενδεχομένως κατά κυριολεξία για εκχώρηση απαίτησης, αλλήλως για μεταβίβαση περισσότερων δικαιωμάτων (ενοχικού δεσμού εν ευρεία έννοια) δεν έχει νόμιμη βάση, καθώς δύσκολα θα μπορούσε ο δανειολήπτης στο θεωρητικό-δογματικό πεδίο να αποδείξει αλληλιώση και χειροτέρευση της έννομης θέσης του λόγω αλλη-

154 Στη Γερμανία (Vertragsübernahme), Palandt/Grüneberg, § 398, Rn. 41· BGH, WM 2012, 2020· ZIP 2002, 1897, 1899· ZIP 2000, 1895· ZIP 1996, 1209.

155 Έτσι στη συνήθη και εν προκειμένῳ υπό εξέταση μορφή του, παραπάνω υποσημ. 11 επ.

156 Παρακάτω υπό κεφ. 6.1. Άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 3 ν. 4354/2015 (υποσημ. 207). Σούρλας, ΕρμΑΚ 455 αρ. 22-24· Μπαλής, ΕνοχΔ, παρ. 152 αρ. 4 σ. 474.

157 Αντιδιαστολή προς τη διάληψη συνοληκιά της έννομης σχέσης δανείου, νοούμενης ως εν ευρεία έννοια ενοχικής σχέσης. Αν διέθετε αυτά τα δικαιώματα το π.ι. (εκχωρητής), τυχόν άσκησή τους θα υπέσκαπτε την εκχωρούμενη απαίτηση, την ενάσκηση και ανάκτησή της. Αστ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 49 (ειδικότερα για τα διαπληστικά δικαιώματα στην εκχώρηση)· Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 50, 88· ήδη Μπαλής, ΕνοχΔ, παρ. 152 αρ. 9 σ. 475· Σούρλας, ΕρμΑΚ 455 αρ. 23.

158 Παπαντωνίου, ό.π. (υποσημ. 7), σ. 21 επ., 29 επ., 67 επ. σ. 150, 194, 256.



γής του προσώπου του δανειστή, αφού ο εκδοχέας δεν αποκτά διαπληστικά δικαιώματα, όπως όχληση, καταγγελία κ.λπ., άλλα ή περισσότερα από αυτά που είχε ο δανειστής, προς ανάκτηση και έτσι εξυπηρέτηση της ληξιπρόθεσμης οφειλής<sup>159</sup>.

#### 4.6. Έννομα συμφέροντα δανειολήπτη και ενδεχομένως υπέρτερο (δημόσιο) συμφέρον μεταβίβασης των απαιτήσεων

Με τυχόν αντίρρησή του σχετικά, ο δανειολήπτης παρεμβαίνει και επεμβαίνει (πιθανώς αδικαιολόγητα, δηλ. δίχως υπέρτερο έννομο συμφέρον) στο έννομο συμφέρον των π.ι. να πωλήσουν τις απαιτήσεις τους και να αξιοποιήσουν έτσι οικονομικά τα περιουσιακά τους στοιχεία. Το έννομο συμφέρον του π.ι. (εκχωρητή) από τη σκοπιά του αστικού δικαίου είναι αναμφισβήτητο, ενώ το ίδιο υποστηρίζεται και από έποψης εποπτικού-τραπεζικού δικαίου (ανάληψη πιστωτικού κινδύνου) και δικαίου των ανωνύμων εταιριών (εξυγίανση ισολογισμού), χάριν αποφυγής δηλ. του συστημικού κινδύνου (πιστωτικών ανοιγμάτων), κάτι που ενδεχομένως εδραιώνει πιθανό χαρακτήρα δημοσίου συμφέροντος της ολοκλήρωσης των σχετικών συναλλαγών<sup>160</sup>. Ο δανειολήπτης πρέπει να αντιτάσσει υπέρτερο έννομο συμφέρον που υπερβαίνει αυτό της απαλλοτρίωσης των πιστωτικών ιδρυμάτων από τα «κόκκινα δάνεια» και της σχετικής εξυγίανσης των ισολογισμών τους<sup>161</sup>. Έτσι αναμένεται να γίνεται δεκτό ότι στα ήδη υπερήμερα άνω των 90 ημερών και καταγγελιτέα, έστω και μη έτι καταγγελθέντα δάνεια<sup>162</sup> δεν υφίσταται από τη μεριά του δανειολήπτη υπέρτερο έννομο συμφέρον, στο βαθμό που η εκχώρηση επιτρέπεται στο αστικό δίκαιο χάριν ελεύθερης κυκλοφορίας απαιτήσεων, και τυχόν αντίρρηση ειδικά στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζει ο ειδικός νομοθέτης δεν δικαιολογείται κατά τα ανωτέρω.

Κρίσιμο είναι ότι ο νέος δικαιούχος (εταιρεία ειδικού σκοπού) δεν έχει περισσότερα δικαιώματα από τον προηγούμενο (π.ι.), καθώς ο δανειολήπτης νομικά υπόκειται ομοίως σε δίωξη για ανάκτηση οφειλών λόγω υπερήμερου δανείου με έκδοση εκτελεστού τίτλου και αναγκαστική εκτέλεση<sup>163</sup>. Ταυτόχρονα, όταν ο δανειολήπτης

159 Για τα συμμεταβιβαζόμενα μη παρεπόμενα δικαιώματα παρακάτω *υπό κεφ. 6.1*. Για την ασφάλεια και την εξάρτησή της από την ασφαλιζόμενη απαίτηση, *Λαδογιάννης*, ό.π. (υπόσημ. 28), σ. 397 επ., 407 επ. (με παραπομπές).

160 Υπόσημ. 47, 133. Πρβλ. *Ψυχογιάνη*, ό.π. (υπόσημ. 80), αρ. 143. Βλ. και παραπάνω, υπόσημ. 1. Δεν γίνεται στην παρούσα ειδικότερη διάκριση μεταξύ ΜΕΔ (NPLs) και μη εξυπηρετούμενων ανοιγμάτων (NPEs – Non performing exposures).

161 Πρβλ. *Jobe*, ό.π. (υπόσημ. 57), σ. 226 επ., 263 επ.: *Theewen*, WM 2004, 105, 113-115.

162 Τέτοια ήταν π.χ. η περίπτωση στην απόφαση του γερμανικού ακυρωτικού BGH, WM 2007, 643. Ζήτημα διάκρισης τίθεται πολύ περισσότερο στα δάνεια που δεν δύνανται νομικά να καταγγελθούν, όταν δηλ. δεν έχει επέλθει ακόμη πιστωτικός κίνδυνος κατά τους ορισμούς της τράπεζας, έστω και αν οι προϋποθέσεις για την ανώμαλη εξέλιξη της ενοχής, δηλ. η μη πληρωμή κάποιος ή κάποιων δόσεων έχει ήδη σημειωθεί (*sub-performing loans*): όπως, αντίστοιχα και στα δάνεια που ναι μεν ακόμη εξυπηρετούνται, όμως εμφανίζουν σημάδια επέλευσης πιστωτικού κινδύνου, οπότε και επιβάλλεται να εποπτεύονται ιδιαίτερα, αφού υπάρχει μεγάλη βασισμότητα να επέλθει ο κίνδυνος στο μέλλον ή πάντως η αποπληρωμή να μη γίνει σύμφωνα με τη σύμβαση (*loans on watchlist*). Παραπάνω *υπό κεφ. 2.1*. Σε κάθε περίπτωση ο ν. 4354/2015 (άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 2) ορίζει ότι εφόσον μεταβιβάζονται ΜΕΔ, τότε συμμεταβιβάζονται και εξυπηρετούμενα δάνεια του ίδιου, παραπάνω υπόσημ. 29, 74, 95, 111.

163 Βλ. *Jobe*, ό.π. (υπόσημ. 57), σ. 226 επ., 266.

είναι ήδη υπερήμερος και εκθέτει υπαίτια το π.ι. στον πιστωτικό κίνδυνο πρέπει να αντιτάσσει ένα υπέρτερο και άξιο προστασίας δικαίωμα, προκειμένου να δικαιολογούνται παρά τη μη εξυπηρέτηση του δανείου επιπλέον και οι δυσχέρειες στην ενάσκηση της απαίτησης και την επιδίωξη της πληρωμής τόσο από το π.ι. όσο και από το νέο δικαιούχο (εκδοχέα) λόγω εναντίωσής του στην εκχώρηση και μεταβίβαση της απαίτησης. Κάτι τέτοιο δεν δικαιολογείται ούτε από έποψης αστικού δικαίου (λαμβάνομένων υπόψη των ανωτέρω) ούτε από τη σκοπιά του εποπτικού (δημοσίου χαρακτήρα) συμφέροντος της συστημικής σταθερότητας του τραπεζικού-χρηματοπιστωτικού τομέα και της εμπορικής πίστης στις συναλλαγές· ώστε παρίσταται πλέον αδικαιολόγητη κάθε εναντίωση στην εκχώρηση και μεταβίβαση, όπως και στη διαβίβαση απαραίτητων πληροφοριών για την ενάσκηση της εκχωρούμενης απαίτησης<sup>164</sup>, λαμβανομένης υπόψη της υπερημερίας, αλλήλ και της απόρριψης ή αδράνειας αναφορικά με γενόμενες εκ μέρους του π.ι. προτάσεις ρύθμισης οφειλών, π.χ. κατά τη διαδικασία του Κώδικα Δεοντολογίας, αλλήλ και του χαρακτηρισμού του δανειολήπτη ως συνεργάσιμου ή μη<sup>165</sup>.

Τα ανωτέρω θα πρέπει να γίνεται δεκτό ότι ισχύουν και στις μη ληξιπρόθεσμες και απαιτητές οφειλές, δηλ. στα μη υπερήμερα, πλην όμως κατά προσδοκία ανασφαλούς αποπληρωμής, κατηγοριοποιημένα ως μη εξυπηρετούμενα δάνεια (ΜΕΔ), υπό τον όρο ότι εν προκειμένω επίσης δεν υφίσταται (μάλλον) υπέρτερο έννομο συμφέρον του δανειολήπτη που να παρίσταται ικανό να αποτρέπει την εκχώρηση των απαιτήσεων και τη μεταβίβαση των δανείων<sup>166</sup>. Αντίθετα, για τα αμιγώς εξυπηρετούμενα δάνεια, θα μπορούσε ο δανειολήπτης να εναντιωθεί στη μεταβίβασή τους, επικαλούμενος την ελευθερία επιλογής συγκεκριμένου δανειστή (π.ι.), ώστε να υπάρχει απαίτηση για εδραίωση υπέρτερου έννομου συμφέροντος του π.ι. προς δικαιολόγηση της εκχώρησης και μεταβίβασης δεδομένων διά της παροχής των πληροφοριών για λογαριασμούς, περιουσία κ.λπ.<sup>167</sup>· βεβαίως η μεταβίβαση απαιτήσεων από εξυπηρετούμενα δάνεια, όχι απλώς συμπληρωματικά προς αυτά από ΜΕΔ, αλλήλ και αυτοτελώς, επιτρέπεται πλέον ρητά στο νόμο (άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 1)<sup>168</sup>.

Εν κατακλείδι, και χάριν της απαραίτητης στάθμισης συμφερόντων, στη βάση της αρχής της καλής πίστης και της αναλογικότητας, σε περίπτωση ΜΕΔ (ιδιαίτερα δυναμένου να καταγγεληθεί), τα άξια προστασίας έννομα συμφέροντα του π.ι. για μετα-

164 Τασίκας, τιμΤ Σπυριδάκης, σ. 951 επ.

165 Για τον χαρακτηρισμό του «συνεργάσιμου δανειολήπτη» βλ. υποσημ. 134. Πρβλ. *Beucher/Räther/Stock*, AG 2006, 277, 280.

166 Δεν κάνει διάκριση μεταξύ καταγγελλθέντων ή καταγγελλτέων και άλλων δανείων ο *Nobbe*, ZBB 2005, 1548· *Schallast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 επ.

167 *Nobbe*, ZBB 2005, 1548· *Richter*, ό.π. (υποσημ. 10), σ. 134· *Koch/Strauß*, NPL-Verkauf durch deutsche Banken (2006), σ. 52. Απορρίπτεται γενικώς το εκχωρητό μη καταγγελλθέντων δανείων ο *Knops*, VuR 2009, 286, 291· *Knops*, WM 2008, 2185 επ.· αντίθετα *Nobbe*, ZIP 2008, 97, 102, 106.

168 Με αμφίβολη νομοθετική στόχευση, πρβλ. παραπάνω υποσημ. 15, 21, 29, 74, 95, 111, 162.

βίβαση των απαιτήσεων του δανείου, είναι υπέρτερα των έννομων συμφερόντων του δανειολήπτη, εφόσον η έννομη θέση του δεν βλάπτεται αλλήλ παραμένει αναλλοίωτη· τουναντίον θα ήταν καταχρηστικό να αντικρουσθεί η μεταβίβαση, όταν στην ίδια (δεινή) νομικά θέση έναντι του εκδοχέα βρισκόταν ο δανειολήπτης ήδη έναντι του εκχωρητή· η επίκληση μάλιστα τέτοιων επιχειρημάτων δυσχεραίνει έτι περισσότερο τον εκχωρητή του οποίου η ανάγκη για μεταβίβαση της απαίτησης πηγάζει από την παράβαση των υποχρεώσεων του δανείου από το δανειολήπτη. Προς επίρρωση τούτων, αναφέρονται επιχειρήματα υπέρ της σταθερότητας του χρηματοπιστωτικού συστήματος και της οικονομικής ανάπτυξης από την εκκαθάριση των «κόκκινων» δανείων κ.λπ.<sup>169</sup>.

## 5. Η τύχη των συμφωνιών περί ανεκχώρητου

Καθώς υφίσταται συναλλακτική ανάγκη για ελεύθερα εκχωρητές απαιτήσεις<sup>170</sup>, εύλογοι είναι η ανάγκη να «υπερπηδώνται» στις συναλλαγές συμφωνίες ανεκχώρητου, χάριν επίτευξης του οικονομικού σκοπού της μεταβίβασης απαιτήσεων<sup>171</sup>, περιοριζόμενες έτσι οι συμφωνίες αυτές (κατά ορθότερη άποψη) σε δεσμεύσεις ενοχικής φύσης μεταξύ δανειστή (π.ι.) και οφειλέτη (δανειολήπτη)<sup>172</sup>. Δεκτής γενομένης της άποψης περί σχετικής ακυρότητας της εκχώρησης, ζήτημα θα ανέκυπτε από τη δυνατότητα (ή μη) του οφειλέτη να εγκρίνει, επικυρώνοντας εκ των υστέρων, την καταρχήν άκυρη εκχώρηση, θεραπεύοντάς την έτσι, παρά τη συμφωνία περί ανεκχώρητου<sup>173</sup>. Εν προκειμένω μια μονομερής, δίχως δηλ. την αντίστοιχη δήλωση βουλήσεως του δανειστή, επικύρωση εκ μέρους του οφειλέτη της εκχώρησης, παρά

169 Υποσημ. 47, 133, 160· Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1573· Glos, Die Rolle des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes fuer NPL, σε: Wiedenhofer (επιμ.), Non Performing Loans (NPL) Problemerkredite Transaktionen Recht und Steuern (2006), σ. 161, 169.

170 Η § 354a I γερμΕμπΚ (από 01.08.1994), αίρει έναντι τρίτων τη συμφωνία περί ανεκχώρητου στις από εμπορική αιτία χρηματικές οφειλές· η § 354a II γερμΕμπΚ (από 19.08.2008) εξαιρεί από τις χρηματικές ενοχές από συμβάσεις δανείων με δανειστής πάροχους πίστης εν τη εννοία του γερμανικού νόμου τραπεζικής εποπτείας (KWG), σε συνδ. με το άρθρο 64 ΕισΝΕμπΚ, Baumbach/Hopt, HGB (33η έκδ., 2008), § 354a Rn. 1 επ.

171 Κατά τη διαδικασία τιτλοποίησης απαιτήσεων του ν. 3156/2003 (άρθρο 10 παρ. 8 εδ. 1) η εκχώρηση είναι πάντα έγγραφη (συστατικός τύπος) και σε κάθε περίπτωση δεσμευτική για τον εκχωρητή και την εταιρεία τιτλοποίησης αλλήλ και τον οφειλέτη της απαίτησης, Βενιένης, ό.π. (υποσημ. 7), σ. 142 επ. Η σύμβαση πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων (factoring) κατισχύει κάθε συμφωνίας περί ανεκχώρητου (άρθρο 2 παρ. 5 του ν. 1905/1990)· ΕφΑθ 5634/2004 ΔΕΕ 2005, 58 (από τη ρύθμιση προκύπτει σαφώς ότι, οσάκις ενάγεται ο οφειλέτης από τον πράκτορα των απαιτήσεων, δεν μπορεί να ανττάξει κατ' αυτού την ύπαρξη συμφωνίας με τον προμηθευτή περί ανεκχώρητου των απαιτήσεων).

172 Απόλυτη (erga omnes), εμρηγάματος φύσης απαγόρευση εκχώρησης, λόγω συμφωνίας ανεκχώρητου, Ζένος, ΕνοχΔΓενΜ Ι, παρ. 34 Ι 2γ, σ. 616 (σημ. 2)· Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ, παρ. 27 αρ. 51 σημ. 52. Σχετική ακυρότητα (υπέρ του οφειλέτη/δανειολήπτη), Μπαλής, ΕνοχΔ, παρ. 161 σ. 500· Σούρλας, ΕρμΑΚ 466 αρ. 5· Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 36. Το επιχείρημα που επικρατεί είναι ότι εφόσον είναι σχετική η ακυρότητα της εκχώρησης που έλαβε χώρα ενάντια στην ΑΚ 465, δηλ. ενάντια στην εκ της φύσης και εκ του νόμου απαγόρευση, μάλλον θα είναι σχετική και η ακυρότητα της εκχώρησης που έλαβε χώρα ενάντια στη συμβατική συμφωνία περί ανεκχώρητου, Αστ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 70 σημ. 94 και αρ. 73.

173 Βλ. ΑΚ 239, 174, 460, πρβλ. γερμΑΚ §§ 184-185. Βλ. παρακάτω υποσημ. 177.

την αρχική συμφωνία περί ανεκχώρητου, δεν θα έπρεπε να προβληματίζει, επιπροσθέτως και από την άποψη ότι πρόκειται για προστασία του οφειλέτη, από την οποία μπορεί ο ίδιος εκ των υστέρων να παραιτηθεί, ακόμη και αναδρομικά<sup>174</sup>. Ανεξάρτητα από το αποτέλεσμα της άρσης συμφωνίας περί ανεκχώρητου, δηλ. με επιφύλαξη για το αν θα επενεργεί μόνο για το μέλλον ή/και αναδρομικά<sup>175</sup>, γίνεται σαφές ότι το ενοχικά συμφωνημένο ανεκχώρητο παραβιάζεται δίχως την καθοιονδήποτε τρόπο συναίνεση, έγκριση, άληθως νέα δήλωση βούλησης, έστω μονομερώς, του οφειλέτη<sup>176</sup>.

Με το ν. 4354/2015 συμφωνίες μεταξύ μεταβιβάζοντος π.ι. και δανειοληπτών περί ανεκχώρητου δανειακών απαιτήσεων δεν αντιτάσσονται στον εκδοχέα (άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 2)<sup>177</sup>. Η ακύρωση της συμφωνίας περί ανεκχώρητου επέρχεται το πρώτον με την καταχώριση της περίληψης της συμφωνίας πώλησης και μεταβίβασης (άρθρο 3 παρ. 1 εδ. τελευταίο) στο μητρώο που τηρείται κατά το άρθρο 3 του ν. 2844/2000 (άρθρο 3 παρ. 3 εδ. 1 και παρ. 6 εδ. 1).

Με αυτόν τον τρόπο ο νομοθέτης θέτει εκποδών την επί τη βάση της ιδιωτικής αυτονομίας καταρτισθείσα συμφωνία περί ανεκχώρητου, με την έννοια ότι τίθεται εκποδών κάθε κατά ΑΚ 466 εμπράγματα ενέργειά της, διατηρούμενης πάντως της ενοχικής της ενέργειας (ΑΚ 177)<sup>178</sup>. Η ΑΚ 466 που προβλέπει συμφωνία ανεκχώρητου μεταξύ δανειστή και οφειλέτη, είτε πριν είτε μετά τη γένεση της απαίτησης που εκχωρείται<sup>179</sup>, αποτελεί μεν έκφραση της συμβατικής ελευθερίας (ΑΚ 361), αλλή και ειδική ρύθμιση κατ' απόκλιση από την ΑΚ 177: κατά ΑΚ 466 εδ. 1 ο περιορισμός της

174 *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil (20η έκδ., 2002), Rn. 761. Κάθε συμβατική αλληλαγή απαιτεί αντίστοιχη κάλυψη και με δήλωση βουλήσεως του αντισυμβαλλομένου του οφειλέτη (δανειστή/εκχωρητή), όχι απλώς του τελευταίου, *Fikentscher/Hainemann*, Schuldrecht (10η έκδ., 2006), Rn. 725.

175 Δεν φαίνεται πάντως εύλογη η άποψη ότι μονομερής επικύρωση εκ μέρους του οφειλέτη της εκχώρησης και θεραπείας της έτσι, ενάντια στην αρχική συμφωνία ανεκχώρητου, ισχύει μόνο για το μέλλον, δίχως αναδρομικά αποτελέσματα.

176 Διακρίτεια η ειδικότερη προβληματική στη γερμανική θεωρία και νομολογία (πλὴν § 1191 Ια γερμΑΚ), περί ανεπίτρεπτης εκχώρησης (§ 307 Ι 1 γερμΑΚ· πρβλ. άρθρο 2 παρ. 6 του ν. 2251/1994), όταν ο εξεταζόμενος ΓΟΣ επιβάλλει άμεσο πλειστηριασμό σε βάρος του δανειολήπτη και εμπραγμάτως υπέγγυου οφειλέτη· περίπτωση που συνδέεται με συγκεκριμένης μορφής (μη παρεπόμενη) εμπράγματη ασφάλεια (Grundschild), άμεσα εκτελεστή, η οποία προσιδιάζει σε καταπιστευτικής φύσης συμφωνία προς εξασφάλιση μεταξύ πιστωτή και δανειολήπτη, οπότε περαιτέρω εκχώρηση της εξασφαλισμένης απαίτησης μαζί με την εξασφάλιση αντίκειται στη φύση της, *Clemente*, ό.π. (υποσημ. 75), Rn. 306 επ.· *LG Hamburg*, NJW 2008, 2786 (με παρατηρήσεις *Doernig*)· *OLG Celle*, ZIP 1999, 1515· *BGH*, NJW 2010, 2041· πρβλ. *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1051· *Koch*, ZBB 2008, 232, 233, 235-236.

177 Παραπάνω υποσημ. 35, 54, 171, 173 (για την αντίστοιχη ειδική διάταξη στις περιπτώσεις τιτλοποίησης, του άρθρου 10 παρ. 8 εδ. 1 του ν. 3156/2003 και πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων του άρθρου 2 παρ. 5 του ν. 1905/1990). Για περιορισμούς εκχώρησης στο γερμΑΚ (συμφωνία, ακόμη και σωτηρητή, ανεκχώρητου), *Staudinger/Busche*, BGB (13η επεξεργ., 2005), § 399 Rn. 6· *MünchKomm/Roth*, BGB § 399 Rn. 24· *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 επ.· *Schimansky*, WM 2008, 1049, 1050· *Bredow/Vogel*, BKR 2008, 271, 275, 279· *BGH*, NJW 2005, 2703. Τα ίδια ισχύουν για κάθε μεταβίβαση δικαιώματος (§ 412 γερμΑΚ· πρβλ. ΑΚ 470), *Ermann/Westermann*, BGB (12η έκδ., 2008), § 412 Rn. 2· *Palandt/Grüneberg*, § 412 Rn. 1 επ. Το ανεκχώρητο δεν ενεργεί εμπραγμάτως (απόλυτα), δεν αντιτάσσεται *erga omnes*, *Canaris*, FS Serick (1992), σ. 9 επ.· αντίθετα *BGH*, BGHZ 40, 159· *Looschelders*, Schuldrecht-Algemeiner Teil (11η έκδ., 2013), Rn. 1107.

178 Εισηγητική Έκθεση, άρθρο 3 παρ. 4 και παρ. 5. *Κιτσαράς*, ό.π. (υποσημ. 103), σ. 375 επ., 378 επ., 385 επ. (και *passim*)· *Λαδογιάννης*, ό.π. (υποσημ. 28), σ. 244 επ., 253 επ., 267 επ.

179 Για περιπτώσεις συμφωνιών μεταξύ ισχυρών οικονομικά οφειλετών και μικρομεσαίων δανειστών, *Κιτσαράς*, ό.π. (υποσημ. 103), σ. 384 επ.· *Γ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 28), αρ. 260· *Καράκωστας*, ΑΚ, 466 αρ. 1690.

εξουσίας διάθεσης, δηλ. της εκχώρησης, ισχύει έναντι τρίτων, οπότε ο εκδοχέας δεν αποκτά την εκχωρηθείσα απαίτηση (σχετική υπέρ του οφειλέτη ακυρότητα)· ενώ κατά ΑΚ 177 την αποκτά, απλώς ο δανειστής/εκχωρητής, ο οποίος έχει ευθύνη έναντι του οφειλέτη για παράβαση της μεταξύ τους συμφωνίας<sup>180</sup>.

Με αυτόν τον τρόπο δεν αποδυναμώνεται η θέση ότι πρόκειται για μεταβίβαση απαίτησης δίχως χειροτέρευση (αλλήλ ούτε και βελτίωση – ΑΚ 462, 463) της έννομης σχέσης οφειλέτη/δανειολήπτη<sup>181</sup>, δεδομένου δηλ. ότι ο πρώτος θα πρέπει να μπορεί να προβάλει στον εκδοχέα όλες τις ενστάσεις που είχε προς τον εκχωρητή, συμπεριλαμβανομένης και της ένστασης ακυρότητας της σύμβασης εκχώρησης. Αυτό που δεν μπορεί να προβάληται είναι η ένσταση ενεργητικής νομιμοποίησης του εκδοχέα, όταν αυτός ενάγει τον δανειολήπτη, ως δικαιούχος της απαίτησης, με το επιχείρημα ότι η εκχώρηση δεν είναι έγκυρη έναντι του δανειολήπτη<sup>182</sup>· ενώ έτσι και αλλιώς εκλείπει στις συναλλαγές η δυνατότητα να προβάληται η ακυρότητα της εκχώρησης σε καλόπιστο εκδοχέα (ΑΚ 466 εδ. 2), αφού δεν είναι πρακτικά δυνατόν η Ε.Δ.Α.Δ.Π. ή η Ε.Α.Α.Δ.Π. να μην έχουν φροντίσει να λάβουν υπόψη τους τη σχετική ρήτρα στο έγγραφο με το οποίο αποδεικνύεται η ύπαρξη της απαίτησης, π.χ. στη δανειακή σύμβαση<sup>183</sup>.

Με το νέο νόμο υπογραμμίζονται ειδικότερες μεν, αλλήλ προφανώς σπάνιες στις σύγχρονες συναλλαγές μεταβίβασης απαιτήσεων, περιπτώσεις: η εξαίρεση της ΑΚ 466 εδ. 2 από την απόκλιση της ΑΚ 466 εδ. 1, υπέρ της προστασίας του καλόπιστου εκδοχέα ή περισσότερων εκδοχέων<sup>184</sup> και έτσι και υπέρ της προστασίας των συναλλαγών, αφού στην ΑΚ 466 εδ. 2 προβλέπεται ότι η εκχώρηση είναι ισχυρή και έναντι του οφειλέτη, παρά τη συμφωνία ανεκχώρητου με το δανειστή, όταν ο εκδοχέας βασίστηκε σε έγγραφο που δεν περιείχε όρο περί ανεκχωρήτου<sup>185</sup>· ενώ γίνεται δεκτό ότι δεν χρειάζεται να είναι συγκεκριμένο αλλήλ αρκεί οποιοδήποτε έγγραφο που αποδεικνύει ή περιγράφει την εκχωρούμενη απαίτηση<sup>186</sup>. Σε κάθε περίπτωση, αν δεν προ-

180 ΑΚ 330, 335, με συρρέουσα αδιοπρακτική ευθύνη του δανειστή (ΑΚ 914 επ., 919) και συντρέχον πταίσμα του οφειλέτη (ΑΚ 300 παρ. 1 εδ. 1), επειδή δεν φρόντισε να τεθεί η συμφωνία σε έγγραφο, ώστε να εφαρμοστεί, ανάλογα με τα πραγματικά περιστατικά, η ΑΚ 466, *Κρητικός*, ό.π. (υποσημ. 66), 466 αρ. 11· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ 466 αρ. 6.

181 Για τη συμφωνία περί ανεκχώρητου, όταν αλλησιώνεται η έννομη σχέση με την αλληγή του προσώπου του αρχικού δανειστή, ώστε (υπό προϋποθέσεις) είναι πιθανή η αλληγή του περιεχομένου (και της ταυτότητας) της παροχής, *W. Lüke*, JuS 1992, 114 επ.· *Wagner E.*, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse (1994), passim· *Wagner E.*, JZ 1994, 227 επ.· *Depping/Nikolaus*, DB 1994, 1199, 1203 (από την έποψη της οικονομικής θεωρίας του δικαίου, οισνεί μακροοικονομική η σημασία της εκχώρησης)· *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), passim.

182 Αστ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 98 επ., 103.

183 Αστ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 74 επ.· *Λαδογιάννης*, ό.π. (υποσημ 28), σ. 260-261.

184 Αν ο δεύτερος (χρονικώς) αγοραστής έγινε κύριος, τότε ο πρώτος δεν έχει κατ' αρχήν καμία αξίωση εναντίον του, εκτός αν υφίσταται αντίθετη προς τα χρυστά ήθη συμπαιγνία με τον πωλητή, με σκοπό τη βλάβη του, οπότε θα μπορεί να αξιώσει αποζημίωση από τον δεύτερο αγοραστή (ΑΚ 919), *Σταθόπουλος*, ΓενΕνοχΔ, παρ. 4 αρ. 53.

185 Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 36. Και χωρίς τέτοιο έγγραφο ο εκδοχέας προστατεύεται, *Σούρλης*, ΕρμΑΚ 466 αρ. 6.

186 Ο καλόπιστος εκδοχέας προστατεύεται και μετά, άνευ γνώσης της συμφωνίας ανεκχώρητου, αν στηρίχθηκε σε έγγραφο που δεν περιέχει όρο, Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 36· *Kuhn*, AcP 208 (2008), 101 επ.· *MünchKomm/Roth*, BGB § 405 Rn. 7.

κύπτει με σαφήνεια από τη φύση της παροχής του δανειολήπτη το δίχως άλλο, ιδίως δε από το σκοπό της, ότι η αξίωση είναι ανεκχώρητη<sup>187</sup>, δεν ισχύει πλέον ως νομικά ασφαλές, ότι αν ο οφειλέτης αποδίδει μεγάλη σημασία στο πρόσωπο του π.ι. ως δανειστή, μπορεί να συμφωνήσει το ανεκχώρητο της απαίτησης (ΑΚ 466 εδ. 1)<sup>188</sup>.

## 6. Συμμεταβιβαζόμενα δικαιώματα - Η τύχη των εξασφαλίσεων

### 6.1. Συμμεταβίβαση δικαιωμάτων

Υποθήκη, ενέχυρο ή εγγύηση και άλλη (παρεπόμενη), εμπράγματα ή προσωπική, μορφή ασφάλειας παρεχόμενη σε εξασφάλιση της απαίτησης, συμμεταβιβάζεται στον εκδοχέα, στον οποίο εκχωρείται η απαίτηση (ΑΚ 458)<sup>189</sup>. απαραίτητη είναι η σχετική μνεία στην περιήληψη του εμπράγματος βάρους, του παρεπόμενου δικαιώματος ή προνομίου<sup>190</sup>. Και άλλα όμως δικαιώματα, μη παρεπόμενα της απαίτησης κατά ΑΚ 458<sup>191</sup>, εφόσον «συνδέονται» με τις μεταβιβαζόμενες απαιτήσεις, συμμεταβιβάζονται με αυτές (άρθρο 3 παρ. 1 εδ. 2). Πρόκειται για τα δικαιώματα που δεν θα μεταβιβάζονταν αυτοδίκαια κατά ΑΚ 458<sup>192</sup>, καθώς δεν έχουν χαρακτήρα

187 Για τα ακατάσχετα που είναι και ανεκχώρητα (ΑΚ 464, 465 σε συνδυασμό με ΚΠολΔ 982 παρ. 2 γ-δ και ΕισΝΚΠολΔ 1 στοιχ. ε' και στοιχ. στ' και ΕισΝΚΠολΔ 4), αλλά και ειδικότερες διατάξεις του ΑΚ ή νόμων π.χ. ΑΚ 91, 433 παρ. 2, 664 παρ. 3, 651, 755, 760, 933, 1401, 1444 παρ. 2 εδ. 2, 1391, 1485 επ., 1504, 1389-1390, γίνεται δεκτή απόλυτη ακυρότητα (ΑΚ 174), *Μπαλής*, ΕνοχΔ παρ. 162 αρ. 2 σ. 501. Πρβλ. τις §§ 399, 400 γερμΑΚ σε συνδ. με την § 850 γερμΚΠολΔ: *Walker*, FS Musielak (2004), σ. 655 επ.: *BGH*, ZIP 2010, 890.

188 Πρβλ. *Σούρη*, ΕρμΑΚ 466 αρ. 2: *Γ. Γεωργιάδης*/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 18.

189 Κατά τις γενικές διατάξεις, στον αναδοχέα μεταβιβάζονται όλα τα παρεπόμενα δικαιώματα της εκχωρούμενης απαίτησης, π.χ. δικαίωμα από τίτλο για εγγραφή υποθήκης, δικαίωμα τροπής υφιστάμενης προσημείωσης υποθήκης σε υποθήκη (ΑΠ 90/1972 ΝοΒ 1972, 640), αξίωση για λογοδοσία ή παροχή πληροφοριών (ΑΚ 755), απαίτηση τόκων, μελλοντικών ή δεδουλευμένων, καθώς και προνόμια (Απ. *Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 51), δηλ. ιδιότητες της απαίτησης που καθορίζουν την χρονική προτεραιότητά της κατά σειρά ικανοποίησής της στην αναγκαστική εκτέλεση (ΚΠολΔ 975, 976, 1007) και εμφανίζονται κατά τη σύγκριση (και σύγκρουση) της ασφαλιζόμενης απαίτησης με άλλες απαιτήσεις του ίδιου οφειλέτη (ΕφΑθ 4404/1991 ΝοΒ 1991, 1396).

190 Κατά άρθρο 3 παρ. 7 του ν. 4354/2015, σε περίπτωση ειδικά ενέχυρου ή άλλου παρεπόμενου δικαιώματος ή προνομίου, το οποίο έχει υποβληθεί σε δημοσιότητα με καταχώριση σε δημόσιο βιβλίο ή αρχείο, για τη σημείωση της μεταβολής του δικαιούχου είναι απαραίτητη η καταχώριση της βεβαίωσης στο δημόσιο βιβλίο του άρθρου 3 του ν. 2844/2000 (και σχετική μνεία σε περιήληψη του εμπράγματος βάρους, του παρεπόμενου δικαιώματος ή του προνομίου)· ενώ ειδικά για τα ενέχυρα, από την καταχώριση για κάθε ενέχυρο σε σχέση με τις μεταβιβαζόμενες απαιτήσεις του π.ι. ή της εταιρείας ειδικού σκοπού του άρθρου 10 του ν. 3156/2003 επέρχονται τα αποτελέσματα των άρθρων 39 και 44 του ν.δ. 17.7./13.8.1923. Κατά τις γενικές διατάξεις, συμμεταβίβαση παρεπόμενων δικαιωμάτων επέρχεται αυτοδικαίως, ανεξαρτήτως γνώσης των συμβαλλομένων, δίχως ανάγκη συμφωνίας, ΕφΑθ 459/1993 ΝοΒ 1994, 206: ΕφΑθ 4404/1991 ΝοΒ 1991, 1396.

191 Πρόκειται για δικαιώματα, π.χ. υπαναχώρηση ή καταγγελία, των οποίων οι συνεπαγόμενες από την άσκηση έννομες συνέπειες εξαντλούνται στην εκχωρηθείσα απαίτηση, χωρίς να επηρεάζεται η οφειλόμενη από τον εκχωρητή αντιπαροχή, *Γ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υπόσημ. 28), αρ. 388: *Γ. Γεωργιάδης*/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 26: 458 αρ. 9.

192 Κατά τις γενικές διατάξεις δεν συμμεταβιβάζονται δικαιώματα που αναφέρονται σε ολόκληρη τη συμβατική σχέση, π.χ. δικαίωμα υπαναχώρησης ή καταγγελίας της σύμβασης, δικαίωμα ακύρωσης λόγω ελαττωμάτων στη βούληση (ΕφΑθ 3321/1992 ΕλλΔνη 1994, 144) κ.λπ. Η άσκηση αυτών οδηγεί σε αναστολή της σύμβασης στην οποία αντισυμβαλλόμενος παραμένει ο εκχωρητής και η οποία υποστηρίζει την απαίτηση του εκδοχέα (Απ. *Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 50)· άλλως, ο εκχωρητής ανατρέπει τη σύμβαση και ευθύνεται έναντι του εκδοχέα κατά ΑΚ 467.



παρεπόμενο αλλήλ αυτοτελή<sup>193</sup>· το ίδιο ισχύει, ακόμη περισσότερο, και για τα μη αυτοτελή διαπληστικά δικαιώματα, τα οποία, αν και δεν συνδέονται άμεσα με την εκχωρούμενη απαίτηση, η άσκησή τους επηρεάζει ολόκληρο τον ενοχικό δεσμό αποπληρωμής του δανείσματος<sup>194</sup>.

Πάντως η βούληση του ειδικού νομοθέτη να συμμεταβιβάζονται και μη παρεπόμενα δικαιώματα, εφόσον «*συνδέονται με τις μεταβιβαζόμενες απαιτήσεις*», συνεπάγεται ότι τελικά όλα τα δικαιώματα συμμεταβιβάζονται, είτε ως παρεπόμενα (ΑΚ 458) είτε ως «συνδεόμενα» με την εκχωρούμενη απαίτηση, κατά το νόμο. Έτσι εξασφαλίζεται ότι δεν μπορεί πλέον να ασκήσει ο εκχωρητής (π.ι.) δικαιώματα καταγγελίας, άλλως θα ευθύνεται κατά ΑΚ 467, 288 έναντι του εκδοχέα· ενώ τυχόν ανάγκη συναίνεσης, ώστε να θεμελιώνεται κοινή άσκηση από εκχωρητή και εκδοχέα<sup>195</sup>, δεν φαίνεται να ισχύει, εν προκειμένω, ούτε κατά την τελολογία των διατάξεων του ειδικού νόμου. Τα αυτοτελή διαπληστικά δικαιώματα (καθώς και τα μη αυτοτελή διαπληστικά, π.χ. όχληση), συμμεταβιβάζονται με την απαίτηση, επειδή δεν θα μπορούσαν να μεταβιβάζονται αυτοδίκαια με την εκχώρηση (αφού δεν συνδέονται με την απαίτηση)· ο νομοθέτης έκρινε ότι, ακριβώς επειδή επηρεάζουν την έννομη σχέση, πρέπει να μεταβιβάζονται επίσης, έτσι ώστε να εξυπηρετείται καλύτερα η εναπομείνασα από τον πιστωτικό δεσμό ενοχή (υποχρέωση) αποπληρωμής του δανείσματος την οποία αφορούν<sup>196</sup>.

Αναλυτικότερα, στην ειδική νομοτυπική μορφή της εκχώρησης του ν. 4354/2015, μάλιστα εννοούνται ως συμμεταβιβαζόμενα δικαιώματα και αυτά τα οποία δεν είναι ευθύς εξυπαρχής και ως εκ του σκοπού και της σύστασής τους προορισμένα να εξυπηρετούν την εκχωρούμενη απαίτηση δανείου, κυρίως όχι εν είδει εξασφάλισης (υποθήκη, ενέχυρο, εγγύηση κλπ.) και τα οποία έτσι διακρίνονται από εκείνα που είτε πηγάζουν από την εκχωρούμενη απαίτηση δανείων, π.χ. απαίτηση τόκων, είτε εξαρτώνται από την εκχωρούμενη απαίτηση, π.χ. ποινική ρήτρα (ΑΚ 408, το έγκυρο αυτής εξαρτάται από την κύρια σύμβαση). Και τέτοια λοιπόν «παρεπόμενα» δικαιώματα (κατά διάκριση προς τα εξασφαλιστικά και έτσι

193 Π.χ. δικαίωμα επίσχεσης, δικαίωμα επιφύλαξης κυριότητας σε σχέση με την εκχωρούμενη αξίωση στο τμήμα πώλησης, ΑΠ 1136/2000 ΕλλΔνη 2001, 1349. Όχι όμως δικαιώματα από καταπιστευτική εκχώρηση, χάριν εξασφάλισης της κύριας απαίτησης, αφού η καταπιστευτική μορφή της εκχώρησης απαγορεύεται στον ειδικό νόμο. Κατά τις γενικές διατάξεις, όταν η εκχωρούμενη απαίτηση συνδυάζεται με την ύπαρξη καταπιστευτικής δικαιοπραξίας, μπορεί να προκύπτει από την ΑΚ 458 υποχρέωση του εκχωρητή να μεταβιβάσει στον εκδοχέα ακόμη και δικαιώματα από καταπιστευτική δικαιοπραξία, εφόσον αυτό δεν αντίκειται στο περιεχόμενο της καταπιστευτικής συμφωνίας και ο εκδοχέας αναλαμβάνει όλες τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την τελευταία, Γ. Γεωργιάδης, *δ.π.* (υποσημ. 28), αρ. 498· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 458 αρ. 9.

194 Για παράδειγμα υπαναχώρηση ή καταγγελία, των οποίων οι συνεπαγόμενες από την άσκηση έννομες συνέπειες είτε δεν αφορούν άμεσα είτε υπερβαίνουν το πεδίο της εκχωρηθείσας απαίτησης (και στις λοιπές αμφοτεροβάρεις, π.χ. αντιληκτικές, συμβάσεις επηρεάζουν την οφειλόμενη από τον εκχωρητή αντιπαροχή), Γ. Γεωργιάδης, *δ.π.* (υποσημ. 28), αρ. 388· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 26· 458 αρ. 9.

195 Καράκωστας, ΑΚ, 458 αρ. 1609· Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 50. Αντίστοιχη η προβληματική στη σύμβαση υπέρ τρίτου (σ.υ.τ.), Τασίκας, Αρμ. 2011, 1089 επ.

196 Π.χ. σε καταγγελία ενοχικής σχέσης ή υπαναχώρηση από αυτήν, αλλήλ όχι για λόγους άμεσα συνδεόμενους με την απαίτηση (αυτοτελή διαπληστικά δικαιώματα), Παπαντωνίου, *δ.π.* (υποσημ. 7), σ. 21 επ. (με περαιτέρω παραπομπές)· βλ. τελολογικές σταθμίσεις σε Αστ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 55 επ.



άνευ σκοπού, αν αποχωριστούν από την εκχωρούμενη απαίτηση δικαιώματα) συµµεταβιβάζονται<sup>197</sup>.

Επίσης ως «συνδεόμενα» µε την εκχωρούµενη απαίτηση νοούνται και άλλα, εκτός από τα ενοχικά (αξιώσεις) και εμπράγµατα ή διαπληστικά, δικαιώµατα, τα οποία (ακόµη και ως έννοµες καταστάσεις) µπορεί να συνδέονται µε τις μεταβιβαζόµενες απαιτήσεις, οπότε και αυτά συµµεταβιβάζονται κατά τον ειδικό νοµοθέτη. Εν προκειµένω θα μεταβιβαστούν µε ανάλογη εφαρµογή των διατάξεων περί εκχώρησης, δηλ. μεταβίβασης απαιτήσεων, όπως ορίζει και η ΑΚ 470, δηλ. εφαρµογή ανάλογα µε την ιδιαίτερη φύση των δικαιωµάτων που συµµεταβιβάζονται<sup>198</sup>.

Εν κατακλείδι, πρέπει να κρίνεται *ad hoc* αν μεταβιβάζονται προσωπαγούς φύσης παρεπόμενα δικαιώµατα, που είναι άρρηκτα συνδεδεµένα µε το πρόσωπο του εκχωρητή, π.χ. αξίωση του π.ι. για παροχή πληροφοριών ή λογοδοσία εκ µέρους του δανειολήπτη (ΑΚ 303-304, 755), αν υποθέσουµε ότι πρόκειται για δάνεια από π.ι. το οποίο συµµετέχει ή έχει κάποιας µορφής δικαίωµα στη δανειολήπτρια επιχείρηση ή εταιρεία, τα οποία, ενώ καταρχήν φαίνεται ότι δεν μεταβιβάζονται, θα µπορούσαν όµως να μεταβιβαστούν αν κριθούν ως «συνδεόμενα» µε την απαίτηση<sup>199</sup>.

Τουναντίον πρέπει να γίνεται δεκτό ότι συµµεταβιβάζεται τόσο η αξίωση σε δεδουλευµένους αλλήλ καθυστερούµενους τόκους, όσο και η αξίωση σε µη δεδουλευµένους, δηλ. µελλοντικούς τόκους (ΑΚ 459)<sup>200</sup>· αλλήλ και τα προνόµια κατά ΑΚ 458 εδ. 2, ήτοι ιδιότητες της απαίτησης που καθορίζουν τη σειρά ικανοποίησης στην αναγκαστική εκτέλεση (ΚΠολΔ 975, 976, 1007, 1012 παρ. 3, 1015 παρ. 3, 1018 εδ. 1) για τα οποία υπάρχει ρητή διάταξη (άρθρο 3 παρ. 6 εδ. 1)· ενώ και πάλι *ad hoc* πρέπει να κρίνεται αν συµµεταβιβαστέα είναι τυχόν προσωποπαγή δικαιώµατα, όπως π.χ. προνόµια ειδικά του π.ι. ως δανειολήπτη<sup>201</sup>.

Βασικό κριτήριο όλων των ανωτέρω σκέψεων πρέπει πάντα να παραµένει, και εκ της τελολογίας των διατάξεων για την εκχώρηση, η αρχή ότι δεν πρέπει ο εκδοχέας να έχει αλλήλ ιδιαίτερα προνόµια (αυτοτελή) και να µπορεί να τα ασκήσει έναντι του δανειολήπτη, κατά τρόπο ώστε να χειροτερεύει η θέση του τελευταίου ως οφειλέτη, ενάντια στο

197 Μολοντί πρόκειται για δικαιώµατα µε οικονοµική και λειτουργική αυτοτέλεια, σε αντίθεση µε τα εξασφαλιστικά παρεπόμενα δικαιώµατα, Μπαλής, ΓενΕνοχΔ, παρ. 152 αρ. 8 σ. 475· Μπένς, ΠολΔ, τ. V υπό άρθρο 225, σ. 1028.

198 Από τη µια, εμπράγµατα δικαιώµατα μεταβιβάζονται κατά ΑΚ 1033, 1034 ή 1035 (πραγµατικές δουλείες κατά ΑΚ 1118)· η υποθήκη ή το ενέχυρο μεταβιβάζονται αυτοδικαίως, ως παρεπόμενα δικαιώµατα, κατά ΑΚ 458, άλλως, βάσει ειδικής διάταξης νόµου, ως ανωτέρω, ήτοι µε τη «...σχετική µνεία σε περίληψη του εμπράγµατος θάρους, του παρεπόμενου δικαιώµατος ή του προνοµίου...» από την άλλη, η επικαρπία ή οι προσωπικές δουλείες είναι, εκτός αν συµφωνήθηκε άλλως, αµεταβίβαστες.

199 Αστ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 90 επ., 92 επ., 94 επ., 96 επ. Αλλό είναι το ζήτηµα του περιεχοµένου του συµµετοχικού δικαιώµατος και της αστικής ευθύνης από ενδεχόµενη (παράνοµη και υπαίτια µε αιτιώδη πρόκληση ζηµίας) άσκηση αυτού (ΑΚ 914 επ.) και γενικότερα της συµπεριφοράς του π.ι. ως µετέχοντος στο ν.π. του δανειολήπτη/εκχωρητή, σύµφωνα µε το καθήκον πίστης (Treuepflicht) και όχι µε βάση αποκλειστικά τα δικά του συµφέροντα. Άρθρο 1 παρ. 5δ του ν. 4354/2015 (στην πριν την 27.5.2016 µορφή του) και του Κώδικα Δεοντολογίας, Παράρτηµα 2, Τμήµα II («Τύποι μακροπρόθεσμων ρυθμίσεων») στοιχ. ν'. Πρβλ. πλέον άρθρο 1 παρ. 5 στοιχ. δ) και παρ. 2 στοιχ. ζ) και η).

200 Εφόσον δεν υπάρχει αντίθετη συµφωνία· ενώ το ίδιο πρέπει να ισχύει αναλογικά και για αλλήλ παρακολουθήµατα, Σούρλα, ΕρμΑΚ 459 αρ. 4.

201 Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 51. Βλ. και παραπάνω υποσηµ. 197.

πνεύμα των διατάξεων περί εκχώρησης<sup>202</sup>. Ταυτόχρονα διατυπώνεται και η παράλληλη ισχύουσα (κατά ΑΚ 288) αρχή στις μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα σχέσεις, ότι δηλ. ο εκχωρητής έχει υποχρέωση να παραλείπει καθετί που θα μπορούσε είτε να ματαιώσει είτε να δυσχεράνει την ικανοποίηση του εκδοχέα από την εκχωρηθείσα απαίτηση<sup>203</sup>.

## 6.2. Ειδικότερες περιπτώσεις

Από το άρθρο 10 παρ. 6 του ν. 3156/2003<sup>204</sup> συνάγεται ότι η μελλοντική απαίτηση από οριστικό κλείσιμο ανοικτού αλληλολόχρεου λογαριασμού<sup>205</sup>, είναι δυνατόν να αποτελέσει αντικείμενο τιτλοποίησης<sup>206</sup>. Πλέον αντίστοιχη διατύπωση υφίσταται στο ν. 4354/2015<sup>207</sup>, οπότε είναι δυνατή με τη μεταβίβαση της απαίτησης από τη σχέση πίστωσης από ανοικτό αλληλολόχρεο λογαριασμό και η συμμεταβίβαση του (μη παρεπόμενου-εξασφαλιστικού) διαπραγμαστικού δικαιώματος καταγγελίας και κλείσιματος του αλληλολόχρεου λογαριασμού, οπότε και της συνεπαγόμενης απαίτησης από το οριστικό κλείσιμο αυτού<sup>208</sup>.

Ειδικότερο νομοθετικό δίλημμα ανακύπτει όχι τόσο για την τύχη των εξασφαλίσεων (προσωπικών εγγυήσεων, αληθ. κυρίως εμπράγματων, επί υπέγγυων ακινήτων, κυρίως οικιστικών και μάλιστα πρώτης-κύριας κατοικίας), αλλήλ για την ιδιαίτερη προστασία τους στην περίπτωση καταναλωτών-δανειοληπτών<sup>209</sup>. Όπως ήδη ανα-

202 Κρητικός, ό.π. (υποσημ. 66), 458 αρ. 7 και 462 αρ. 5· πρβλ. ΟλΑΠ 1558/1969 ΝοΒ 1969, 563· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 458 αρ. 1.

203 ΑΚ 330, 335 (νόμιμος λόγος ενδοσυμβατικής ευθύνης εκχωρητή). Αν ο εκχωρητής εισπράξει από τον οφειλέτη πριν την καταχώριση στο ειδικό βιβλίο (που υποκαθιστά λειτουργικά την αναγγελία του ΑΚ), θεμελιώνεται και εξωδικαιοπρακτική (αδικοπρακτική) ευθύνη κατά ΑΚ 914, 919· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ 460 αρ. 12· 461 αρ. 9.

204 «Οι απαιτήσεις που μεταβιβάζονται με σκοπό την τιτλοποίηση μπορεί να είναι απαιτήσεις κατά οποιουδήποτε τρίτου, υφιστάμενες ή μελλοντικές, εφόσον αυτές προσδιορίζονται ή είναι δυνατόν να προσδιοριστούν με οποιονδήποτε τρόπο». Επίσης, σύμφωνα με την ίδια διάταξη «Διαπραγμαστικά ή άλλα δικαιώματα, ακόμα και αν δεν αποτελούν παρεπόμενα δικαιώματα κατά την έννοια του άρθρου 458 ΑΚ, εφόσον συνδέονται με τις μεταβιβαζόμενες απαιτήσεις, μπορούν να μεταβιβάζονται μαζί με αυτές».

205 Η απαίτηση για το κατάλοιπο αλληλολόχρεου λογαριασμού δεν είναι μελλοντική απαίτηση, ΑΠ 1256/2000 ΔΕΕ 2001, 500· Γ. Γεωργιάδης, ό.π. (υποσημ. 28), αρ. 195-197· Ρούσσος, ΧρΝΔικ 2011, 383 επ.

206 Στη διάταξη ευρίσκει επαρκές έρεισμα η μεταβίβαση από δικαιούχο της απαίτησης προς εταιρεία ειδικού σκοπού και του δικαιώματος οριστικού κλείσιματος ανοικτού αλληλολόχρεου λογαριασμού. Πρβλ. ΕφαΘ 5634/2004 ΔΕΕ 2005, 58 (από τη χωρίς οποιαδήποτε διάκριση διατύπωση της διατάξεως [άρθρο 2 παρ. 5 του ν. 1905/1990], συνάγεται ότι η αδυναμία προβολής του ανεκχώρητου καλύπτει όχι μόνο τις συμφωνίες περί του ανεκχώρητου, αλλά και εκείνες, όπως η σύμβαση περί αλληλολόχρεου λογαριασμού, που συνεπαγονται ως εκ του χαρακτήρα τους το ανεκχώρητο).

207 Άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 2 «Αληθ. δικαιώματα, ακόμα αν δεν αποτελούν παρεπόμενα δικαιώματα, κατά την έννοια του άρθρου 458 ΑΚ, εφόσον συνδέονται με τις μεταβιβαζόμενες απαιτήσεις, μπορούν να μεταβιβάζονται μαζί με αυτές».

208 Για αυτοτελή μεταβίβαση (όχι «συμμεταβίβαση» των παρεπόμενων δικαιωμάτων), των μη παρεπόμενων-εξασφαλιστικών δικαιωμάτων, π.χ. της εμπράγματης μορφής ασφάλειας "Grundschild" του γερμΑΚ (§§ 1191 επ.), Gernhuber/Grunewald, Bürgerliches Recht (8n εκδ., 2009), § 35 Rn. 5· Rumpker, Forderungs- und Grundschildzession nach dem Risikobegrenzungs-gesetz (2010), σ. 196 επ. (και passim).

209 Συμμεταβίβαση κατά την εκχώρηση όλων των (κυρίως εμπράγματων) ασφαλείων, όταν είναι παρεπόμενες, δίχως συναίνεση ή έγκριση του δανειολήπτη (πρβλ. γερμΑΚ § 401 I· Theewen, WM 2004, 105, 113), όταν δηλ. πρόκειται για υποθήκη, προσημείωση, ενέχυρο, εγγύηση και όχι καταπιστευτικούς εξασφαλιστικούς ενέχυρα, υποθήκες, μεταβιβάσεις, εκχωρήσεις, εγγυήσεις, αναγνωρίσεις χρέους κ.λπ. Klerx/Penzlin, NPL - Legal Due Dilligence in der Datenraumphase, σε: Wiedenhofer (επιμ.), Non Performing Loans (NPL) Problemkredite – Transaktionen, Recht und Steuern (2006), σ. 117, 127. Έτσι παρέχεται δυνατότητα στους εκδοχείς να ενεργοποιήσουν δικαιώματα που δεν ασκούσαν ή ασκούσαν ατελέσφορα οι εκχωρητές, δηλ. αναγκαστική εκτέλεση, πλειστηριασμούς κ.λπ. Κρίσιμη είναι, ως παράλληλο αποτέλεσμα έτι περαιτέρω, η απότομη πτώση των ήδη απαξιωμένων τιμών ενυποθηκωμένων ακινήτων.

φέρθηκε για τη ραγδαία πτώση των τιμών των ακινήτων<sup>210</sup>, αυτή αφενός μεν συνέβαλε στη μεταβολή πλήθους δανείων σε «κόκκινα», δηλ. μη εξυπηρετούμενα, δάνεια, καθώς η υπερημερία του οφειλέτη ως κίνδυνος όχι ενδεχόμενος αλλήλ γενόμενος δεν μπορεί πλέον να αντισταθμιστεί από την αξία της εξασφάλισης· αφετέρου δε είναι ο λόγος που τα λεγόμενα «κόκκινα» δάνεια πιθανώς να αποδειχθούν μη πρόσφορα να καταλήξουν σε ρευστοποίηση ή σε εκπληκτιστηριασμό των ακινήτων, λόγω υψηλής πιθανότητας να αποβεί ελάχιστη η ανάκτηση των οφειλών<sup>211</sup>. Προφανής λύση είναι ο συνδυασμός (υπό εξαιρετικές περιστάσεις και αυστηρές προϋποθέσεις) με τις διατάξεις προστασίας για τους καταναλωτές-δανειολήπτες με ενυπόθηκο στεγαστικό δάνειο σε κύρια κατοικία<sup>212</sup>.

## 7. Η συμβατική διαμόρφωση πώλησης και εκχώρησης απαιτήσεων στο ειδικό νομοθετικό πλαίσιο

### 7.1. Γενικά

Αντικείμενο της σύμβασης πώλησης και μεταβίβασης απαιτήσεων του άρθρου 3 παρ. 1 του ν. 4354/2015 μπορεί να είναι όχι μόνο μεμονωμένες απαιτήσεις αλλήλ και ομάδες απαιτήσεων κατά οποιουδήποτε δανειολήπτη<sup>213</sup>, μη εφαρμοζόμενου του άρθρου 479 ΑΚ για την ευθύνη αποκτώντος περιουσία ή επιχείρηση<sup>214</sup>. Σε αντίθεση με την ίδια την απαίτηση που αρκεί να είναι οριστή<sup>215</sup>, το ορισμένο (και όχι απλώς οριστό) του προσώπου του οφειλέτη αποτελεί απαραίτητο στοιχείο προσδιορισμού της

210 Υποσημ. 3, 98, 209. Για τη δυσχερή οικονομική κατάσταση στη Γερμανία, στα μέσα της δεκαετίας του 1990, η οποία στα νέα (ανατολικά) ομόσπονδα κρατίδια οδήγησε την αξία των ακινήτων να αντιπροσωπεύει μόνο κλάσμα της αρχικής τιμής αγοράς τους, βλ. *Bolder/Lehrbaß/Zimmer*, Die Bank 2005, 14 επ., 15· *Gleumes*, ό.π. (υποσημ. 49), σ. 349 επ., 364.

211 Υποσημ. 88, 89, 90, 97.

212 Για πρόσφατες (του έτους 2015) τροποποιήσεις του ν. 3869/2010, *Βενιέρης/Κατσός*, Εφαρμογή του ν. 3869/2010 για τα υπερχρεωμένα φυσικά πρόσωπα (3η έκδ., 2016) *passim*· *Κρητικός*, Ρύθμιση των οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων (4η έκδ., 2016), *passim*.

213 Υφίσταται δυνατότητα μεταβίβασης μεμονωμένων δανείων (single names) ή «καλαθιών» (baskets) απαιτήσεων, με περισσότερα δηλ. τυποποιημένα και κατηγοριοποιημένα βάσει τυπολογικών χαρακτηριστικών, δάνεια, πέραν της δυνατότητας να μεταβιβασθούν ενδεχομένως αξιώσεις που ενσωματώνονται σε εταιρικές συμμετοχές (share deal), με τη μορφή της εταιρικού δικαίου διαδοχής, παραπάνω *υπό κεφ. 3.1.1.*, υποσημ. 48-50· *Bergjan*, ZIP 2012, 1997 επ.

214 Ρητά αποκλείεται η εφαρμογή της ΑΚ 479 (άρθρο 3 παρ. 1 εδ. 1 ημιεδ. 2) προς αποφυγή ευθύνης του επενδυτή (εταιρείας ειδικού σκοπού) στον οποίο μεταβιβάζεται η απαίτηση από ΜΕΔ (ακόμη και από εμπορικής φύσης πιστώσεις), έναντι δανειστών του μεταβιβάζοντος π.ι. Αλλώς οι εκδοχές θα ήταν απρόθυμοι να αποκτήσουν περιουσιακά στοιχεία από π.ι., ώστε να τίθεται σε κίνδυνο η προοπτική τηλεφορίας των νέων νομοθετικών διατάξεων και η στόχευση της αποξένωσης των π.ι. από τις καθυστερημένες δανειακές απαιτήσεις. *Λαδογιάννης*, ό.π. (υποσημ. 28), σ. 269 επ., 278 επ.· *Αρχανιωτάκης*, Μεταβίβαση περιουσίας ή επιχείρησης (1997), σ. 183 επ. (όπου και για τη σημασία της ΑΚ 479 στη μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων επιχείρησης, σ. 65 επ., 85 επ.). Αποκλεισμός της ΑΚ 479 στο άρθρο 141 παρ. 5 εδ. 2 του ν. 4261/2014 στο πλαίσιο της εντολής μεταβίβασης περιουσιακών στοιχείων του υπό εξυγίανση π.ι., *Τσιμπανούλης*, ΧρΔικ 2014, 53, 65-66.

215 Ακόμα και σε εκχώρηση μελλοντικών (μελλουσών να γεννηθούν) απαιτήσεων, αυτές μπορούν να είναι κατ' ελάχιστον οριστές, ενώ πρέπει να μπορούν να προσδιοριστούν κατ' αντικείμενο και έκταση το πρώτον το χρόνο γέννησής τους· η

εκχωρηθείσας απαίτησης<sup>216</sup>, δηλ. πέραν του είδους, του ύψους ή της έκτασης της απαίτησης προσδιορίζεται και το πρόσωπο του οφειλέτη· ενώ τα οικονομικά (προσωπικά) δεδομένα του κακοπληρωτή δανειολήπτη είναι προσδιοριστικά της «ποιότητας» της εκχωρούμενης απαίτησης από ΜΕΔ (“Bonität”)<sup>217</sup>, ήδη από το προσυμβατικό στάδιο, έστω και διαβιβασθέντα σε ανωνυμοποιημένη μορφή<sup>218</sup>. Ανάλογα δε με την ευρηματικότητα των συμβαλληομένων και τους ειδικότερους όρους της, η σύμβαση πώλησης και μεταβίβασης δανειακών απαιτήσεων μπορεί να εμφανίζεται με πολλές και ποικίλες μορφές, περιέχοντας έτσι, στοιχεία και άλλων συμβάσεων του ενοχικού ή του εμπορικού δικαίου, εκτός της εκχώρησης απαιτήσεων (π.χ. της παροχής υπηρεσιών)<sup>219</sup>.

Στο νόμο επιβεβαιώνεται ειδικότερα η δυνατότητα αναπροσαρμογής του συμφωνημένου τιμήματος της πώλησης (πρβλ. ΑΚ 388) και πίστωσης του τιμήματος, ενώ αντίστοιχη αναφορά γίνεται στην υπαναχώρηση από την πώληση, κατά τους συμφωνημένους όρους της σύμβασης (πρβλ. ΑΚ 389 επ.), αλλήλ και κατά τις διατάξεις για την πώληση και τα σχετικώς γεννώμενα δικαιώματα των ΑΚ 513

εκχώρηση τελεί υπό την αίρεση ότι θα γεννηθεί η απαίτηση, *Κρητικός*, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 49· μονογραφικά *Γ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 28), *passim*. Ως μελλοντικές απαιτήσεις νοούνται απαιτήσεις των οποίων ο νομικός λόγος παραγωγής είτε υπάρχει κατά την εκχώρηση, απλώς η απαίτηση δεν έχει γεννηθεί ακόμη (περιορισμένα μελλοντική απαίτηση), είτε δεν υπάρχει καν κατά την εκχώρηση (πλήρως μελλοντική απαίτηση), ΑΠ 1471/2000 ΕλλΔνη 2001, 701 = ΧρΙΔ 2001, 425· ΑΠ 1543/2004 ΧρΙΔ 2005, 508· ΑΠ 661/2004 ΧρΙΔ 2004, 797. Οι τελευταίες (πλήρως μελλοντικές απαιτήσεις) αδυνατούν να αποτελέσουν κυρίως αντικείμενο της εκχώρησης του ν. 4354/2015. Για περιπτώσεις μελλοντικών απαιτήσεων που εκχωρούνται, άρθρο 1 § 1, 2 του ν. 1905/1990· άρθρο 12 § 1 του ν. 2844/2000· άρθρο 10 παρ. 6 του ν. 3156/2003· άρθρο 25 του ν. 3389/2005. Μονογραφικά, *Λιβάνης*, Διάθεση μελλοντικού δικαιώματος (1990), σ. 138-140.

216 Κατά τις γενικές διατάξεις, γίνεται δεκτό ότι πρέπει να είναι ορισμένη στη σύμβαση ή τουλάχιστον οριστή η εκχωρούμενη απαίτηση (η ύπαρξη και το είδος της), όπως και τα πρόσωπα του εκχωρητή, του εκδοχέα και του οφειλέτη της απαίτησης, *Κρητικός*, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 41-43· ΕφΘεσ 749/1993 Αρμ 1993, 517· ΕφΑθ 1277/1996 ΝοΒ 1996, 1017. Αυτό σημαίνει ότι η σύμβαση εκχώρησης πρέπει να περιγράφει κατά τέτοιο τρόπο την απαίτηση, ώστε να μπορεί να διαπιστωθεί τι μεταβιβάζεται στον εκδοχέα και τι απομένει στον εκχωρητή, *Γ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 28), παρ. 14 αρ. 283· πρβλ. όμως *Αστ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΓενΜ*, παρ. 24.

217 *Αστ. Γεωργιάδης*, *ΕνοχΔΓενΜ*, παρ. 24 αρ. 12-14· *Χιωτέλλης*, *ΧρΔικ* 2010, 302 επ., 303· *Τασίκας*, τμΤ Σπυριδάκη, σ. 951 επ.

218 Στο προσυμβατικό στάδιο της εκχώρησης φαίνεται να αρκεί η ιδιότητα του οφειλέτη και η εκ της σύμβασης δανείου έννομη θέση του, που καθορίζουν τη φύση της εκχωρούμενης απαίτησης. Της κατάρτισης της εκποινητικής σύμβασης εκχώρησης απαιτήσεων προηγείται, στο προσυμβατικό στάδιο, το λεγόμενο “due diligence”, η έρευνα της νομικής και οικονομικής κατάστασης της επιχείρησης του δανειολήπτη (ή των φυσικών προσώπων των δανειοληπτών) και ιδίως των απαιτήσεων, η οποία πέραν της καθαρά εμπορικής (commercial due diligence) πλεονάς επικεντρώνεται κατά νομικό μέρος (legal due diligence) στο κύρος των πιστωτικών συμβάσεων και εξασφαλίσεων, ιδίως εμπράγματων ασφαλειών και χρονικής τάξης και σειράς έναντι άλλων βαρών, στην υφιστάμενη πρόοδο και προσδοκώμενη εξέλιξη της διαδικασίας αναγκαστικής εκτέλεσης, στα προβλήματα παραγραφής και τήρησης τύπου, στα ενδεχόμενα νομικά προσκόμματα εκχώρησης απαίτησης (π.χ. συμφωνίες περί ανεκχώρητου, έλλειψη συναίνεσης για μεταβίβασης των προσωπικών δεδομένων, τυχόν υποχρεώσεις ενημέρωσης κλπ.). *Eyring/von Jacobs/Wiedenfels*, *Der Darlehensverkauf durch Kreditinstitute in Deutschland* (15.07.2005), σ. 4 [[https://www.ashurst.com/doc.aspx?id\\_Content=1817](https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=1817)].

219 Π.χ. στη σύμβαση *factoring*, ο προμηθευτής έχει αξίωση κατά του *factor* να καταβάλει το τελευταίος την αξία απαιτήσεων που εισέπραξε ή πρόκειται να εισπράξει· ενώ ο *factor* έχει αξίωση, εφόσον ο προμηθευτής έκανε χρήση της ευχέρειας της σύμβασης, να αναλάβει ποσά χρημάτων πριν καταστούν ληξιπρόθεσμες ή εισπραχθούν οι εκχωρηθείσες απαιτήσεις, να ζητήσει την επιστροφή των πιστωθέντων, όπως και απαίτηση να του καταβληθεί η προμήθεια του τόκου πιστωθέντων χρημάτων, έξοδα, δικαστικά ή άλλα, για την είσπραξη των απαιτήσεων κ.ο.κ. ΕφΑθ 346/2002 ΕπισΕΔ 2002, 1069 (με σχόλια *Παμπούκη*)· ΕφΑθ 6182/2007 ΔΕΕ 2008, 76.

επ.<sup>220</sup>. Πρόκειται μάλλον για διακηρυκτικής φύσης και νομοτεχνικά άστοχη αναφορά στην εφαρμογή των ενδοτικού δικαίου διατάξεων της πώλησης, περί υπαναχώρησης και αναπροσαρμογής του τιμήματος· όπως και για αναφορά στην πίστωση του τιμήματος ως μορφή συμφωνημένης παράτασης του ληξιπρόθεσμου και απαιτητού της απαίτησης του πωλητή για την καταβολή του τιμήματος.

## 7.2. Έγγραφο συστατικός τύπος, δημοσιότητα και ελάχιστο νόμιμο περιεχόμενο της σύμβασης

Η σύμβαση ανάθεσης διαχείρισης απαιτήσεων υπόκειται σε συστατικό έγγραφο τύπο (άρθρο 2 παρ. 1, 2)<sup>221</sup>. Το δε περιεχόμενό της πρέπει να καθορίζει τουλάχιστον: α) τις προς διαχείριση απαιτήσεις και το στάδιο μη εξυπηρέτησης κάθε μιας εξ αυτών, β) το περιεχόμενο της διαχείρισης, το οποίο συνίσταται ιδίως στη νομική και λογιστική παρακολούθηση, την είσπραξη, τη διενέργεια διαπραγματεύσεων με τους δανειολήπτες και την κατάρτιση συμβιβασμού (ΑΚ 871-872) ή ρύθμισης και διακανονισμού οφειλών σύμφωνα με τον Κώδικα Δεοντολογίας<sup>222</sup>, καθώς και σε κάθε άλλη πράξη διαχείρισης στο πλαίσιο της ισχύουσας νομοθεσίας, γ) την καταβλητέα αμοιβή διαχείρισης (η οποία σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να μετακυλισθεί στον δανειολήπτη). Αντίστοιχα η σύμβαση πώλησης και μεταβίβασης απαιτήσεων του άρθρου 3 παρ. 1 του ν. 4354/2015 υπάγεται σε συστατικό έγγραφο τύπο (άρθρο 3 παρ. 1, 3)<sup>223</sup>. Προκύπτει από τη διατύπωση του νόμου ότι στον ίδιο συστατικό τύπο εμπερικλείονται και τα *essentialia negotii* της υποσχετικής πώλησης, η οποία και αποτελεί αιτία της διάθεσης (με εκχώρηση) μαζί με τα στοιχεία της τελευταίας<sup>224</sup>.

220 Άρθρο 3 παρ. 5 εδ. 2 του ν. 4354/2015: «*Επιτρέπεται η αναπροσαρμογή ή πίστωση του τιμήματος της πώλησης και η υπαναχώρηση από τη σύμβαση πώλησης κατά τους όρους της σχετικής συμβάσεως και τις διατάξεις των άρθρων 513 επ. ΑΚ*». Εν προκειμένω προβληματίζει η αναφορά στο δικαίωμα της υπαναχώρησης (ΑΚ 540 παρ. 1 στοιχ. 3, ΑΚ 541, 543), καθώς η διάνληση με αυτόν τον τρόπο της πώλησης θα είχε ως αποτέλεσμα στο πλαίσιο της ενοχικής σχέσης εκκαθάρισης μεταξύ πωλητή και αγοραστή την επιστροφή των μεταβιβασθέντων απαιτήσεων στο π.ι. (εκχωρητή): οπότε μια δυνατότητα διαφυγής, ως εκ της τελολογίας του ειδικού νόμου επιβαλλόμενη, θα μπορούσε να ήταν η ΑΚ 542 (να διατάξει ο δικαστής μόνο μείωση του τιμήματος), εφόσον τα μέρη δεν έχουν αποκλείσει την εφαρμογή συγκεκριμένων ενδοτικών διατάξεων του δικαίου της πώλησης ή ή δεν έχουν ρυθμίσει ειδικότερα τα σχετικά ζητήματα. Πρβλ. *Καραμπαζό/ΣΕΑΚ*, 540 αρ. 1 επ. αρ. 20 επ. αρ. 28 επ., 35 επ· 542 αρ 1 επ· 543-544 αρ. 1 επ.

221 Κατ' απόκλιση από τις διατάξεις του ΑΚ, όπου το άτυπο συνδέεται με τον ανατιωδή χαρακτήρα της εκχώρησης, *Σούρλας*, ΕρμΑΚ 455 αρ. 37· *Σταθόπουλος*, ΓενΕνοχΔ, παρ. 27 αρ. 21· *Αν. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ παρ. 42 αρ. 25. Εξ αντιδιαστολής, ο συστατικός τύπος του ειδικού νομοθέτη υπογραμμίζει τη σημασία της έγκυρης αιτίας της εκχώρησης, απομειώνοντας δηλ. τον αφηρημένο χαρακτήρα της σύμβασης, υποσημ. 144· *Αστ. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 15 επ., αρ. 89 επ., αρ. 98 επ.

222 *Τασίκας*, τμΤ Αλεξανδρίδου, σ. 713 επ., 766 επ.

223 Η ΑΚ 457 εδ. 1 θεμελιώνει (παρεπόμενη) υποχρέωση του εκχωρητή για σύνταξη δημόσιου εγγράφου για την εκχώρηση, ύστερα από απαίτηση του εκδοχέα που αναλαμβάνει τα σχετικά έξοδα, *Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ* 457 αρ. 1 επ. Όταν η υποκείμενη σχέση (αίτια) είναι άκυρη, ο εκχωρητής δεν υπέχει ευθύνη κατά ΑΚ 457 κατ' εφαρμογή της ΑΚ 288, *Κρητικός*, ό.π. (υποσημ. 66), 457 αρ. 2.

224 Ενδεχομένως καθίσταται άνευ ουσίας η διαμάχη σχετικά με την ανάγκη τήρησης τύπου όταν η causa της εκχώρησης είναι ειδικά τυπική δικαιοπραξία, *Μπαλής*, ΓενΕνοχΔ, παρ. 151 αρ. 3 σ. 472, παρ. 153 αρ. 3, σ. 477· *Π. Κορνηλάκης*, ΕιδΕνοχΔ Ι, παρ. 6, 2 ΙΙΙ 1, σ. 38 (στο παράδειγμα της δωρεάς ως αιτία εκχώρησης). Τα *essentialia negotii* της πώλησης σε περίπτωση υποχρεωτικής συστατικού τύπου πρέπει να καταλαμβάνονται από αυτόν, τα ελάχιστα ουσιαστικά χάριν υποστατού της εκχώρησης στοιχεία είναι αυτά του νόμου (πλέον του προσώπου του οφειλέτη), *Αστ. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 1 επ., 8 επ· πρβλ. *Σπυριδάκη*, ΕφΑΔ 2009, 394 επ.

Πρόκειται για μερική απόκλιση από τις γενικές διατάξεις του αστικού δικαίου κατά τις οποίες τόσο η πώληση (ακόμη και μελλοντικών) απαιτήσεων, ως υποσχετική σύμβαση που αποτελεί την αιτία της εκποιτικής, δηλ. της εκχώρησης κατά ΑΚ 455 επ., όσο και η τελευταία, η ίδια η εκχώρηση, είναι αμφοτέρως άτυπες<sup>225</sup>, εκτός αν ορίζεται αλλιώς από το νόμο, όπως εν προκειμένω· ενώ ειδικά η σύμβαση εκχώρησης είναι πάντα ανατιμώδης (αφηρημένη) και δεν επηρεάζεται ούτε εξαρτάται από το άτυπο ή μη της υποκείμενης σχέσης, εν προκειμένω της πώλησης<sup>226</sup>. Ανεξάρτητα πάντως από τον ειδικότερα και συνοληκικά επιβαλλόμενο συστατικό τύπο της σύμβασης πώλησης και εκχώρησης, το καταρχήν ανατιμώδες της εκχώρησης συνεχίζει εν προκειμένω να ισχύει, μοιλονότι επιβάλλεται τήρηση τύπου για την αιτία της εκχώρησης (πώληση) ή ενδεχομένως για τη σύσταση της εκχωρούμενης απαίτησης<sup>227</sup>.

Κρίσιμο είναι αν ο δανειολήπτης μπορεί ή όχι να αντιτάξει κατά του νέου δικαιούχου (εκδοχέα) ενστάσεις από την υποκείμενη σχέση (όχι την εκχώρηση) μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα, εκτός αν αυτές στηρίζονται σε περιστατικά που θίγουν αυτοτελώς το κύρος της σύμβασης εκχώρησης<sup>228</sup>· και αυτό δεν πρέπει να θεωρείται ότι αλληλάζει με τον ειδικό νόμο, δηλ. τυχόν ένσταση ακυρότητας της πώλησης λόγω έλλειψης, υποτεθήσθω, του νόμιμου συστατικού τύπου, δεν θίγει το έγκυρο της εκποιτικής διάθεσης της εκχώρησης, αν βεβαίως για αυτήν τηρήθηκε ο τύπος: παρά την ενδεχομένως άκυρη (λόγω έλλειψης τύπου) υποκείμενη σχέση πώλησης, ο εκδοχέας αποκτά την απαίτηση, εφόσον τηρηθεί ο αναγκαίος τύπος (η εκχώρηση συστήνεται εγκύρως), αλλήλ και η δημοσιότητα<sup>229</sup>.

Η δικαιοπολιτική επιλογή του ειδικού νομοθέτη φαίνεται να ήταν η επίλυση ζητημάτων της «αρρύθμιστης», ως άτυπης – έως τώρα – κατά τις γενικές διατάξεις, εκχώρησης απαιτήσεων από ΜΕΔ μεταξύ π.ι. και τρίτων, ιδίως χάριν ρυθμίσεων εποπτικού δικαίου και προστασίας των δανειοληπτών, και μάλιστα από την έποψη του αστικού δικαίου υπέβαλε την εκχώρηση σε τύπο και σε διπλή δημοσιότητα, που συνιστούν πλέον ειδικώς συστατικό στοιχείο της σύμβασης<sup>230</sup>, κατά τρόπο ώστε δίχως συστατικό τύπο να μην συστήνεται, αλλήλ και δίχως δημοσιότητα να μην υφίσταται εγκύρως, άλλως να είναι ανυπόστατη, έστω και αν είναι έγκυρη κατά τον τύπο, η εκ-

225 ΑΠ 481/1960 ΝοΒ 1961, 227· ΕφΑθ 459/1993 ΝοΒ 1994, 206· ΑΠ 902/1994 ΑρΧΝ 1994, 647· ΑΠ 335/1999 ΕλλΔνη 1999, 1327.

226 Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 14 επ., αρ., 21 επ.· Κρητικός, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 11, 12 επ.· ΑΠ 711/1986 ΕΕΝ 1987, 149.

227 Όπως π.χ. για την απαίτηση τιμήματος από πώληση ακινήτου, ΑΠ 534/2002 ΧρΙΔ 2002, 403· ΑΠ 335/1999 ΕλλΔνη 1999, 1327· Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 25· Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ, παρ. 27 αρ. 21.

228 Κατά τις γενικές διατάξεις, τυχόν ένσταση που απορρέει από υποσχετική δικαιοπραξία, την causa της εκχώρησης, δεν μπορεί ο οφειλέτης να την επικαλεσθεί ή να την αντιτάξει κατά του εκδοχέα, λόγω του ανατιμώδους χαρακτήρα της εκχώρησης· η εκχώρηση είναι πάντα έγκυρη παρά την ελαττωματικότητα της causa, ΠΠρθεσ 14712/1998 Αρμ 1998, 1179.

229 Έχει ωστόσο υποχρέωση να αναμεταβιβάσει την απαίτηση κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού ΑΚ 904 επ. ή να αποδώσει το προϊόν του πλουτισμού, π.χ. την είσπραξη της απαίτησης κατά ΑΚ 908. Πρβλ. Κρητικό, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 3 επ.· ΑΠ 946/2002 ΧρΙΔ 2002, 689· Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 16.

230 Ανάλογα με τη σύμβαση *factoring* και το «πλησματοκό» ενέχυρο, *Περβολαράκη*, Η δημοσιότητα στο *leasing*, στο *factoring* και στο *πλησματοκό* ενέχυρο (2000), σ. 48 επ.



χώρηση<sup>231</sup>, κατά διατήρηση όμως σε κάθε περίπτωση του ανατιώδους χαρακτήρα αυτής<sup>232</sup>. Ειδικότερα:

Έστω και αν ο ειδικός νομοθέτης θέσπισε συστατικό έγγραφο τύπο και για την υποσχετική σύμβαση πώλησης της απαίτησης (εξαίρεση από ΑΚ 158, 513 επ.), κάτι που συνάδει με τις ανάγκες εποπτείας ή προστασίας των δανειοληπτών, αλλιά και τις σύγχρονες, πολυπληδές συναλλαγές μεταβίβασης δανειακών απαιτήσεων, και που πληρούται και με χωριστό συστατικό έγγραφο τύπο, δηλ. άλλο για την υποσχετική (ΑΚ 513) και άλλο για την εκποιντική (ΑΚ 455) σύμβαση, πάντως δεν φαίνεται να ερμηνεύεται από την τελοιολογία των διατάξεων του νόμου ότι έτσι ανατρέπεται το ανατιώδες της σύμβασης εκχώρησης: *πρώτον* με την επίδοση οι δικαιοπρακτούντες πάντα έχουν άρρητο, πλην όμως έμμεσο σκοπό, την εκπλήρωση της υποσχετικής σύμβασης, αυτής νοούμενης πάντα ως causa και ως οικονομικής αιτίας της διάθεσης· τουναντίον η επίδοση αποτελεί τον κύριο σκοπό τους και αυτός εκπληρώνεται άμεσα με την κατάρτιση της εκποιντικής σύμβασης και τη μεταβίβαση των απαιτήσεων· επομένως είναι μάλλον απίθανο ο εκχωρητής και ο εκδοχέας να θέλουν ή να έχουν συμφωνήσει αιτιώδη την εκχώρηση, δηλ. η ύπαρξη και το κύρος της πώλησης να έχει αναχθεί σε ουσιώδες στοιχείο, στην ουσία σε αίρεση της μεταβίβασης και σε προϋπόθεση του κύρους της· *δεύτερον* δεν συμβαδίζει ούτε με την ταχύτητα των σύγχρονων και δη χρηματοοικονομικών συναλλαγών ούτε με το σύστημα του σύγχρονου ελληνικού αστικού δικαίου ενδεχόμενη βούληση του νομοθέτη να αναχθεί σε ουσιώδες στοιχείο του περιεχομένου της επίδοσης και, άρα, σε προϋπόθεση του κύρους της εκχώρησης η εγκυρότητα (λόγω τήρησης τύπου) της υποσχετικής πώλησης<sup>233</sup>. Στην ανατιώδη εξάλλου δικαιοπραξία όπου η επίδοση είναι αυτοτελής και ισχυρή, ανεξαρτήτως του κύρους της causa, ο εκχωρητής συνεχίζει να έχει τη δυνατότητα, αν ακυρωθεί, π.χ. λόγω μη τήρησης τύπου, η υποσχετική δικαιοπραξία, ανάκτησης (αναμεταβίβασης) της απολεσθείσας (εκχωρηθείσας) απαίτησης ή της αξίας της με τις διατάξεις περί αγωγής αδικαιολόγητου πλουτισμού, αναγκαίο σύστοιχο του θεσμού της αφηρημένης επίδοσης<sup>234</sup>.

Η ανωτέρω τυπική δημοσιότητα (καταχώρισης της εκχώρησης στο δημόσιο βιβλίο) σε συνέργεια με την αναγγελία της στον δανειολήπτη (διπλή δημοσιότητα),

231 Παπαστερίου, Εμπράγματο Δίκαιο ΙΙΙ (2008), σ. 331· Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσημ. 6), παρ. 31 αρ. 1, 8 επ.

232 Η πώληση της απαίτησης (causa της εκχώρησης), συνεχίζει να διακρίνεται από την εκχώρηση της απαίτησης κατά τρόπο που διακρίνεται η πώληση πράγματος (ΑΚ 513) από τη μεταβίβαση της κυριότητας (ΑΚ 1033, 1034), Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ, παρ. 27 αρ. 16 επ. Για τη σημασία της αρχής του ανατιώδους, ιδίως στις επιδοτικές δικαιοπραξίες, Παπαντωνίου, ΓενΑρχΑσΔ (1983), παρ. 54 ΙV σ. 278-285.

233 Μπαλής, ΓενΑρχ (3η έκδ., 1961/1969), παρ. 34, σ. 113-114 «*Εννοείται ότι και επί αφηρημένης δικαιοπραξίας δεν αποκλείεται τα μέρη να εξαρτήσων το κύρος της εκ της υπαγορευσάσης αυτήν αιτίας, διατυπώνοντες τούτο ως αίρεση της δικαιοπραξίας (condicio in praesens collata)*. Αυτό δε ως επί το πλείστον πρέπει να δεχθώμεν επί εκείνων των δικαιοπραξιών των περιεχουσών διάθεσιν εν αις συνάμα ενοείται συμφωνία των μερών επί της αιτίας, δηλαδή υποσχετική σύμβασις περί της αιτίας».

234 Κρητικός, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 3. Προς τούτο όμως δεν υφίσταται καμία ανάγκη καθώς ρητή σκοπιμότητα των διατάξεων του νόμου είναι η αποξένωση των π.ι. από τις απαιτήσεις από κόκκινα δάνεια που βαρύνουν τον ισολογισμό τους.



συνθέτουν μια ιδιότυπη μείξη υπέρ της προστασίας των συναλληλαγών και των τρίτων συναλληλασσομένων αλλιά και υπέρ της εκπλήρωσης και απόσβεσης (έστω μέρους) της ενοχής του δανειολήπτη, αφού επέρχεται εγκύρως η απελευθέρωση του ή (εν μέρει) απαλλοτρίασή του ακόμη και σε περίπτωση καταβολής στον εκχωρητή και πριν την αναγγελία σε αυτόν της καταχώρισης. Κατά φαινομενική μόνο απόκλιση από τις διατάξεις του ΑΚ, η αναγγελία της εκχώρησης δεν υφίσταται πλέον ως όρος ενεργού των μεταβιβαστικών αποτελεσμάτων της εκχώρησης έναντι του οφειλέτη<sup>235</sup>. Τη λειτουργική της θέση επέχει πλέον η απαραίτητη καταχώριση της σύμβασης πώλησης και εκχώρησης στο δημόσιο βιβλίο του άρθρου 3 του ν. 2844/2000 για συμβάσεις επί κινητών ή απαιτήσεων υποκείμενων σε δημοσιότητα και για άλλες συμβάσεις παροχής ασφάλειας (προστασία των συναλληλαγών) σε συνδυασμό με την αναγγελία της καταχώρισης στο δανειολήπτη (προστασία του τελειωτικού).

Το πρώτον με την καταχώριση επέρχεται η μεταβίβαση των πωλούμενων απαιτήσεων του μεταβιβάζοντος π.ι. ή χρηματοδοτικού ιδρύματος, αφού πριν από την καταχώριση δεν αποκτώνται έναντι τρίτων δικαιώματα που απορρέουν από τη μεταβίβαση απαιτήσεων της παρ. 1 του άρθρου 3 (άρθρο 3 παρ. 4 εδ. 2 και παρ. 6)<sup>236</sup>. Πριν από την αναγγελία της ανωτέρω καταχώρισης που γίνεται προς το δανειολήπτη ή τον εγγυητή του δανείου με κάθε πρόσφορο μέσο (τόσο από τον εκχωρητή όσο και από τον εκδοχέα) δεν αποτρέπεται η απελευθέρωση του οφειλέτη, αν τυχόν καταβάλει στον εκχωρητή, ήτοι στο π.ι. ή το χρηματοδοτικό ίδρυμα· αυτός απελευθερώνεται σε κάθε περίπτωση με καταβολή είτε στον εκχωρητή (πριν την αναγγελία) είτε στον εκδοχέα αμέσως μετά την καταχώριση («διπλή» δημοσιότητα, συστατική και προστατευτική των συναλληλαγών)<sup>237</sup>.

Ως την αναγγελία δηλ. της καταχώρισης της σύμβασης εκχώρησης στο ειδικό βιβλίο του ν. 2844/2000, με την οποία καταχώριση συστήνεται το πρώτον η εκχώ-

235 Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ, παρ. 27 αρ. 32, 33 επ.: *Αστ. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 24 αρ. 82 επ., 86 επ., σημ. 122· *Απ. Γεωργιάδης*, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 37 επ., 39 επ.: *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ (2η έκδ., 2010), παρ. 89 αρ. 106· *Απ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 6), παρ. 31 αρ. 24 επ., 27 επ. Αντίθετα *Κρητικός*, ό.π. (υποσημ. 66), 460 αρ. 6 επ., 10 επ.: αλλιά *Μπαλής*, ΕνοχΔ, σ. 485, 487· *Λαδογιάννης*, ό.π. (υποσημ. 28), σ. 342 επ., 354 επ.

236 Στο πλαίσιο σύμβασης είσπραξης και διαχείρισης απαιτήσεων, που είναι τιτλοποιημένες, θα πρέπει η συμφωνία να αναγραφεί στο δημόσιο βιβλίο του άρθρου 3 του ν. 2844/2000 της έδρας του μεταβιβάζοντος τις απαιτήσεις (άρθρο 10 παρ. 16 του ν. 3156/2003). Η εγγραφή είναι κρίσιμη για την επέλευση του μεταβιβαστικού αποτελέσματος, δηλ. η μεταβίβαση επέρχεται το πρώτον από την καταχώριση σε περίπτωση της σύμβασης πώλησης και μεταβίβασης κατά τα ουσιαστικά τους στοιχεία (άρθρο 3 του ν. 2844/2000), βλ. άρθρο 3 παρ. 3 εδ. 3 (πρβλ. άρθρο 3 παρ. 4 εδ. 1 ημεδ. 1, εδ. 2 και παρ. 5 εδ. 1 και 3 στην πριν την 27.05.2016 μορφή του).

237 Άρθρο 3 παρ. 5 εδ. 2, 3 και παρ. 1 του ν. 4354/2015. Από τη διατύπωση του νόμου δεν προκύπτει ότι πρόκειται για ενδοτικό δίκαιο και ότι τα μέρη της σύμβασης εκχώρησης μπορούν να συμφωνήσουν αντίθετα με το νόμο την κατά ΑΚ 460 σειρά, ότι μετά τη σύναψη της σύμβασης και πριν την καταχώριση στο ειδικό βιβλίο του ν. 2844/2000 ο εκδοχέας, μετά την αναγγελία στο δανειολήπτη εκ μέρους του ή από τον εκχωρητή, θα έχει την ένομη θέση του εκχωρητή, ώστε μόνο σε αυτόν καταβάλει έγκυρα πλέον ο οφειλέτης. Διαφορετική είναι τυχόν μεταξύ τους ισχύουσα συμφωνία απόδοσης των καταβολών. Άρθρο 2 του ν. 1905/1990 σε συνδ. με ΑΚ 460, στην περίπτωση της σύμβασης factoring· *Απ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 7), σ. 139· ΑΠ 661/2004 ΕλλΔνη 2004, 1636· ΑΠ 501/2003 ΕλλΔνη 2004, 750· ΑΠ 1136/2000 ΕλλΔνη 2001, 1349.

ρηση<sup>238</sup>, η σχέση του δανείου λειτουργεί κανονικά και αναπτύσσει αποτελέσματα ανάμεσα στον εκχωρητή και τον οφειλέτη. Επομένως, ο δανειολήπτης εγκύρως καταβάλλει στο π.ι. Και πριν την αναγγελία όμως, αν ο οφειλέτης λάβει γνώση με οποιονδήποτε τρόπο της συσταθείσας με την καταχώριση εκχώρησης μπορεί έγκυρα να καταβάλει στον εκχωρητή (το π.ι.) και να απαλλοτριωθεί. Τουναντίον, μετά την αναγγελία πρέπει να καταβάλει στον εκδοχέα και νέο δανειστή, προκειμένου να απαλλοτριωθεί, ήτοι να αποσβεσθεί, εν όλω ή εν μέρει η ενοχή<sup>239</sup>.

### 7.3. Μελλοντικές απαιτήσεις

Από τις διατάξεις του νόμου δεν φαίνεται να αποκλείονται, καταρχήν, ως αντικείμενο εκχώρησης οι μελλοντικές απαιτήσεις από συμβάσεις δανείων ή πιστώσεις, εφόσον στον ορισμό των δυνάμενων να εκχωρηθούν απαιτήσεων από ΜΕΔ υπάγονται και αυτές από μη υπερήμερα, ακόμη και μη καταγγελλθέντα δάνεια, όπως και από δάνεια που εξυπηρετούνται πλέον και αυτοτελώς (δηλ. όχι πια μόνο μαζί με απαιτήσεις από ΜΕΔ)<sup>240</sup>. Έτσι δύνανται να εκχωρούνται απαιτήσεις οι οποίες είτε θα γεννηθούν μελλοντικά, από αιτία που ήδη υπάρχει, π.χ. περιοδικές παροχές δανειακών συμβάσεων, αλλιώς μελλοντικές απαιτήσεις από δόσεις υφιστάμενου δανείου, ή δευτερογενείς απαιτήσεις που ακόμα δεν έχουν γεννηθεί αλλά υφίσταται η αιτία τους, ή σύμβαση δανείου, όπως π.χ. αξίωση αποζημίωσης<sup>241</sup>, ή και απαιτήσεις που θα γεννηθούν μελλοντικά από αιτία που επίσης θα γεννηθεί στο μέλλον, αρκεί στην τελευταία περίπτωση τα παραγωγικά της απαίτησης γεγονότα να πιθανολογούνται βάσιμα<sup>242</sup>.

Πλην όμως, επειδή η τελολογία και η δικαιοπολιτική στόχευση του νομοθέτη ήταν ο αποκλεισμός και η απαγόρευση της αιτία χρηματοδότησης ή αιτία εξασφάλισης μεταβίβασης απαιτήσεων (μάλιστα ρητά απαγορεύει οποιαδήποτε καταπιστευτική συμφωνία), απαιτείται προσεκτική ερμηνεία η οποία πιθανώς δεν θα επιτρέπει να εκχωρούνται αιτία χρηματοδότησης ή αιτία εξασφάλισης απαιτήσεις που θα γεννηθούν μελλοντικά και από αιτία που επίσης θα γεννηθεί στο μέλλον, καθώς σκοπός του νομοθέτη είναι η εξυγίανση των ισολογισμών των π.ι. από ΜΕΔ, έστω και μη υπε-

238 Η αναγγελία στο δανειολήπτη-οφειλέτη της καταχώρισης, αντίθετα με τις γενικές διατάξεις όπου η αναγγελία λειτουργεί ως είδος δημοσιοποίησης της εκχώρησης σε οφειλέτη αλλήλ και τρίτους, υπέχει την ειδική λειτουργία της βεβαιότητας για τη συγκεκριμένη γνώση εκ μέρους του δανειολήπτη. Τη λειτουργία της δημοσιότητας κατά ΑΚ (αναγγελία σε απαιτήσεις, παράδοση κατοχής για κινητά, εγγραφή σε δημόσια βιβλία για εκποιήσεις ακινήτων κ.λπ.) υπέχει πλέον η ειδική εγγραφή και καταχώριση, πρβλ. *Λαδογιάννη*, ό.π. (υποσημ. 28), σ. 315 επ., 341 επ., 354 επ., 371 επ.

239 Αναγγελία χωρεί και με αγωγή ή με διαταγή πληρωμής, ΑΠ 836/1994 ΕφλΔνη 1996, 114 = ΕΕΝ 1995, 551· ΠΠρΘεσσ 14712/1998 Αρμ 1998, 1179· ΜΠρΆρτας 20/1996 Αρμ 1996, 875.

240 Παραπάνω *υπό κεφ. 2.1.*, υποσημ. 15, 21, 29, 74, 95, 111, 162.

241 ΑΚ 343 επ., 345 εδ. 2, 383 σε συνδ. με ΑΚ 807-808· ΑΚ 386, 337· π.χ. ΑΚ 335, 382 για μελλοντικά μισθώματα ΑΠ 1334/2005 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· *Γ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 28), αρ. 188 επ.

242 Εξυπηρετούμενα δάνεια που προσδοκείται να περιέλθουν σε κατάσταση που ορίζεται για τα ΜΕΔ, βλ. παραπάνω *υπό κεφ. 6.1.*, *κεφ. 6.2.*, *κεφ. 7.3.* υποσημ. 189, 204-205, 215· *Λιβάνης*, ό.π. (υποσημ. 213), σ. 50 επ.· *Γ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 28), αρ. 148, 156 επ.· ΑΠ 661/2004 ΧρλΔ 2004, 797· ΑΠ 1471/2000 ΧρλΔ 2001, 425 (εκχώρηση απαίτησης για την επιστροφή της διαφοράς τόκων από εξαγωγές προϊόντων που η εταιρεία πρόκειται να πραγματοποιήσει στο μέλλον).

ρήμερα και έτι μη καταγγελλθέντα, αλλήλ και εξυπηρετούμενα, που είναι πολύ πιθανό να καταστούν μη εξυπηρετούμενα<sup>243</sup>.

Ακόμα περισσότερο δεν θα μπορούσε να ήταν υπό το νέο νόμο αντικείμενο εκχώρησης το σύνολο των μελλοντικών απαιτήσεων που προέρχονται από ορισμένη έννομη σχέση (κάτι που σίγουρα θα γίνεται για εξασφαλιστικούς σκοπούς) καθώς είναι δυνατό να αντίκειται στις ΑΚ 178, 179 όπως και κάθε καταπιστευτική μεταβίβαση<sup>244</sup>, ενώ όπου τυχόν χωρεί εκχώρηση μελλοντικής απαίτησης, υπό τις ανωτέρω επιφυλάξεις, θα πρέπει να γίνεται ερμηνευτικά δεκτό ότι απαγορεύεται ο εκδοχέας της μελλοντικής απαίτησης να μεταβιβάσει αυτή περαιτέρω, ήδη πριν από τη γέννησή της, ενώ δηλαδή δεν έχει αποκτήσει την απαίτηση αυτή ούτε καν έναντι του εκχωρητή<sup>245</sup>.

## 8. Ειδικότερες περιπτώσεις συμβατικών μορφωμάτων υπό το φως των διατάξεων του ν. 4354/2015

### 8.1. Περιπτώσεις καταπιστευτικής εκχώρησης και εκχώρησης απαιτήσεων εξασφαλισμένων διά καταπιστευτικών εξασφαλίσεων

Κατά το άρθρο 3 παρ. 5 απαγορεύεται κάθε καταπιστευτική μεταβίβαση απαιτήσεων του π.ι. ή του χρηματοδοτικού ιδρύματος και οποιοσδήποτε καταπιστευτικός όρος στη μεταβίβαση απαιτήσεων καθίσταται άκυρος<sup>246</sup>. Τούτο γιατί η καταπιστευτική εκχώρηση είναι ζήτημα συμφωνίας αφενός του εκχωρητή/οφειλέτη/καταπιστεύοντος και αφετέρου του εκδοχέα/δανειστή/καταπιστευματούχου, καθώς προς τις μεν συναλληλάς και τους τρίτους είναι κανονική εκχώρηση και ο εκδοχέας αποκτά τη μεταβιβασθείσα απαίτηση· ενώ μπορεί μετά την αναγγελία στον οφειλέτη (δανειολήπτη) να την εισπράξει<sup>247</sup>, του τελευταίου μη δυναμένου να αντιτάξει τον καταπιστευτικό χαρακτήρα, προκειμένου να αρνηθεί την καταβολή στον εκδοχέα/καταπιστευματούχο<sup>248</sup>· στις εσωτερικές δε σχέσεις εκχωρητή και εκδοχέα, ο δεύτερος υποχρεού-

243 Εκχώρηση μελλοντικής απαίτησης *Σταθόπουλος*, ΓενΕνοχΔ, παρ. 27 αρ. 12 επ.: *Λαδογιάννης*, ό.π. (υποσημ 28), σ. 211 επ., 217 επ.

244 Περιπτώσεις εκχώρησης ομάδας απαιτήσεων, μελλοντικών και μη, *Γ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 28), αρ. 210 επ.

245 *Γ. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 28), αρ. 509.

246 Τόσο ο καταπιστευτικός σκοπός όσο και η έλλειψη δημοσιότητας, κυρίως η απουσία αναγγελίας στην εξασφαλιστική (καταπιστευτική) εκχώρηση απαίτησης [*Δωρής*, Η εμπράγματη ασφάλεια (1986), σ. 31], δεν συμβαδίζουν με τους στόχους του ειδικού νομοθέτη για προστασία του δανειολήπτη μέσω ενημέρωσής του και για πραγματική αποξένωση του π.ι. από τις απαιτήσεις των ΜΕΔ.

247 Η απαίτηση εγείρεται και με άσκηση αγωγής ή με διαταγή πληρωμής, οπότε και αναγγέλλεται η εκχώρηση (ΑΠ 836/1994 ΕλλΔνη 1996, 114 = ΕΕΝ 1995, 551· ΠΠρΘεσσ 14712/1998 Αρμ 1998, 1179· ΜΠρΑρτας 20/1996 Αρμ 1996, 875). Πρβλ. ΕφαΘ 6180/2002 ΕλλΔνη 2003, 830.

248 Άρθρο 39 παρ. 1 του ν.δ. 17.7./13.8.1923, η ενεύραση ονομαστικής απαίτησης του οφειλέτη (π.ι.) κατά τρίτου (δανειολήπτη) συνεπάγεται εκχώρησή της στο δανειστή. Πότε (εν αμφιβολία) η συναλληλαγή αποτελεί εξασφαλιστική (*stricto sensu*) εκχώρηση, ΑΠ 1669/1995 ΕλλΔνη 1998, 378· ΠΠρΘεσσ/ΕφΘεσσ 3088/2014 ΧρηΔικ 2014, 330. Άρθρο 10 παρ. 2 εδ. 2 του ν. 2844/2000 (καταπιστευτική μεταβίβαση κινητού ως ενευχυική σύμβαση)· *Λαδογιάννης*, ό.π. (υποσημ. 28), σ. 104 επ., 460 επ.

ται να προβεί σε νομικές ενέργειες για να ικανοποιηθεί ο σκοπός της καταπιστευτικής εκχώρησης (εξασφαλιστικός ή εισπρακτικός), ανάλογα με τη συμφωνία των μερών στο πλαίσιο της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων<sup>249</sup>.

Η ratio της γενικότερης δυσπιστίας του δικαίου προς τον καταπιστευτικό σκοπό είναι ότι χαρακτηριστικό της καταπιστευτικής δικαιοπραξίας είναι η αναντιστοιχία (δυσαναλογία) μεταξύ επιδιωκόμενου οικονομικού σκοπού και δικαιοπρακτικού αποτελέσματος (οπότε το νομικό αποτέλεσμα βαίνει πέραν και όχι αντίθετα του σκοπού που επιδιώκεται από τους δικαιοπρακτούντες). Ο δικαιοπρακτών (καταπιστευματούχος) αποκτά μεγαλύτερη νομική ισχύ από όση απαιτείται για το σκοπό στον οποίο αποβλήπει: ο αντισυμβαλλόμενος (καταπιστεύων) του εμπιστεύεται περισσότερα πράγματα σε σχέση με τον επιδιωκόμενο από αμφοτέρους σκοπό και αναμένει να επανέλθει η προτέρα κατάσταση με τη λήξη της έννομης σχέσης της καταπίστευσης<sup>250</sup>. Επί καταπιστευτικής (εξασφαλιστικής) δηλ. εκχώρησης που προφανώς πρέπει να ερμηνεύεται ότι καταρτίζεται *χάριν* καταβολής, όταν ο εκχωρητής/οφειλέτης/καταπιστεύσας εξοφλήσει το χρέος του και λήξει ο σκοπός της εξασφαλιστικής causa, ο εκδοχέας/δανειστής/καταπιστευματούχος υποχρεούται να αναμεταβιβάσει την απαίτηση στον εκχωρητή<sup>251</sup>. Μια τέτοια δικαιοπρακτική ισχύς δικαιολογείται μόνο με μια υψηλή θέση εμπιστοσύνης, καθαρά προσωπική, στο πρόσωπό του<sup>252</sup>.

Πάντως ζήτημα είναι αν θα έπρεπε να γίνεται δεκτή ως έγκυρη και επιτρεπτή (έτσι και αλλιώς στο πλαίσιο της ΑΚ 361) και στο πλαίσιο του ν. 4354/2015 η από τυχόν επαχθή αιτία εκχώρηση δανειακής απαίτησης, όταν ο εκδοχέας δέχεται κατά ΑΚ 421, αντί καταβολής, την εκχώρηση σ' αυτόν της απαίτησης του οφειλέτη του<sup>253</sup>. Αντίθετα δηλ. προς την *χάριν* καταβολής καταπιστευτική εκχώρηση, όταν αυτή καταρτίζεται *αντί* καταβολής και συμφωνείται ότι το χρέος εξοφλείται με την

249 Σ 5 § 1, ΑΚ 361' Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 77. Αν η απαίτηση του εκδοχέα κατά του εκχωρητή δεν ικανοποιηθεί, εισπράττει ο πρώτος την εκχωρηθείσα απαίτηση και αποδίδει τυχόν πλεόνισμα στον εκχωρητή. Δεν συνάδει με το σκοπό του ειδικού νομοθέτη, προκειμένου δηλ. να αποξενωθούν τα π.ι. πλήρως από τις απαιτήσεις των ΜΕΔ και να εξυγιανθεί ο ισολογισμός τους, μεταβίβαση απαίτησης χωρίς να είναι αληθής causa (οικονομική αιτία) η πώληση, αλλά με εξασφαλιστικό σκοπό και επαναφορά της στην έννομη σφαίρα του δανειστή/εκχωρητή (π.ι.)

250 Όριο της καταπίστευσης είναι η ΑΚ 178, ελλείψει ειδικής ρύθμισης στον ΑΚ, Κουτσουράδης, ό.π. (υποσημ. 7), § 8 αρ. 3 σ. 78.

251 Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 455 αρ. 44. Πρβλ. ΠΠρΑθ 1367/2003 ΝοΒ 2004, 419. Κατά την καλή πίστη (ΑΚ 288), ως εκ της ιδιαιτερότητας της συναλλαγής, μη αποβλήπουσας σε οριστική περιουσιακή μετακίνηση, ο εκδοχέας οφείλει να εξασφαλίσει τα συμφέροντα του εκχωρητή-ενεχυραστή, διαφυλάσσοντας απαίτηση κατά του τρίτου με επιμελή διαχείριση, ώστε να μην αποσβεστεί μερικά ή ολικά, με κίνδυνο μη ύπαρξης ή μείωσης υπολοίπου, Λαδογιάννης, ό.π. (υποσημ. 28), σ. 455. Βλ. υποσημ. 255.

252 Καθώς inter partes ο δανειστής έχει αναλάβει ιδιαίτερες υποχρεώσεις και καθήκοντα, αφού η εκχώρηση τείνει περισσότερο στην εξασφάλιση και λιγότερο στην αληθή περιουσιακή μετακίνηση κατά αλλοίωση έτσι θεμελιωδών αρχών τυπικότητας, δημοσιότητας και προστασίας συναλλαγών και τρίτων, Χρ. Φίλιος, ό.π. (υποσημ. 6), σ. 145-146. Medicus/Lorenz, SchuldR I (20ή έκδ., 2012), Rn. 765.

253 ΑΠ 1537/2004 ΕλλΔνη 2005, 772. Τότε μόνο θεωρείται ότι αποτελεί δόση *αντί* καταβολής προς αποπληρωμή του δανείου (ΑΚ 419-420), εφόσον συνάγεται σαφώς βούληση των μερών για απόσβεση της ενοχής ως συνέπεια της εκχώρησης (Μπεχλιβάνης/ΣΕΑΚ, 419-420 αρ.11' ΑΠ 1463/1998 ΕΕΝ 2000, 167), οπότε και η ενοχή του εκχωρητή προς τον εκδοχέα αποσβήνεται και ο εκχωρητής ελευθερώνεται. Ευθύνη του για ύπαρξη της εκχωρηθείσας απαίτησης (ΑΚ 467 εδ. 1)' Μπεχλιβάνης/ΣΕΑΚ, 419-420 αρ. 15 και Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ, 467 αρ. 3' Κρητικός, ό.π. (υποσημ. 66), 455 αρ. 5.

εκχωρούμενη απαίτηση, ώστε δηλ. συνάγεται με σαφήνεια ότι δεν τίθεται θέμα αναμεταβίβασης στον εκχωρητή, προκύπτει ότι η απαίτηση εκχωρήθηκε με σκοπό την οριστική αποξένωση του εκχωρητή από αυτήν και την απόκτησή της από τον εκδοχέα, οπότε και αυτή πράγματι εισέρχεται οριστικά στην περιουσία του, έχουμε δηλ. διάθεση/εκποίηση<sup>254</sup>. Έτσι θα μπορούσε να υποστηριχθεί (δεδομένου του αναλλοίωτου ανατιμώνδους χαρακτήρα της εκχώρησης) ότι εκπληρούται ο σκοπός του ν. 4354/2015, έστω και αν η causa της μεταβίβασης είναι καταπιστευτική, αλλήλ τίθεται θέμα της ακριβούς ηλεκτικής διατύπωσης αφενός μεν στη σύμβαση εκχώρησης (ανατιμώνδης) αφετέρου δε στην υποσχετική αυτής υποκείμενη δικαιοπραξία<sup>255</sup>.

Τα ίδια ή ανάλογα ζητήματα με αυτά της μεταβίβασης της έννομης συμβατικής σχέσης του δανείου, δηλ. ανάγκη εμπλοκής (ακόμη και με μορφή συναίνεσης ή έγκρισης εκ μέρους του) του δανειολήπτη, θα αντιμετώπιζαν το π.ι. (εκχωρητής) και ο νέος δικαιούχος (εκδοχέας), σε περίπτωση μεταβίβασης (εκχώρησης) δανειακών απαιτήσεων, οι οποίες όμως είναι συνδεδεμένες (εξασφαλισμένες) με καταπιστευτικές εξασφαλίσεις. Έτσι π.χ. το π.ι. (εκχωρητής/καταπιστευματούχος) αναλαμβάνει έναντι του εκδοχέα την υποχρέωση να μεταβιβάσει την απαίτηση με την καταπιστευτική εξασφάλιση, πλην όμως μια μεταβίβαση κατά ΑΚ 455 επ., 458 θα σήμαινε ότι αυτός συνεχίζει να είναι δεσμευμένος έναντι του δανειολήπτη/καταπιστεύοντος στη σκοπιμότητα που εξυπηρετεί αυτή η καταπιστευτική εξασφάλιση, δηλ. ο επενδυτής/εκδοχέας κινδυνεύει να είναι νομικά αντίστοιχα με τον εκχωρητή/καταπιστευματούχο δεσμευμένος στην υποχρέωση να αποδώσει στο δανειολήπτη/καταπιστεύοντα το αντικείμενο της καταπιστευματικής εξασφάλισης, αν εκπέσει ή εκλείψει ο εξασφαλιστικός σκοπός, δηλ. εκπληρωθεί η εξασφαλιζόμενη καταπιστευτική απαίτηση που αποτέλεσε αντικείμενο της εκχώρησης<sup>256</sup>.

Αν δεν διατυπωθούν και δεν εξιχνιαστούν ως το τέλος με σαφήνεια οι παραπάνω παραδοχές, τότε τυχόν εκχώρηση απαίτησης που εξασφαλίζεται καταπιστευτικά,

254 *Μπεχλιβάνης/ΣΕΑΚ*, 419-420 αρ. 14· και *Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ*, 455 αρ. 43· *Καρακατσάνης*, στον ΑΚ *Γεωργιάδης/Σταθούλου*, 419 αρ. 7.

255 Με την εκχώρηση, μόνος δικαιούχος της απαίτησης και των παρεπόμενων δικαιωμάτων, όπως απαιτήσεις τόκων, καθυστερούμενων ή δεδουλευμένων ή μελλοντικών (ΑΚ 458-459, *Γ. Γεωργιάδης/ΣΕΑΚ*, 458 αρ. 8· 459 αρ. 1) καθίσταται ο εκδοχέας ή ενευχυρούχος δανειστής· αυτός μόνο νομιμοποιείται να επιδιώξει δικαστικώς επιδίκαση και είσπραξη τους. Ειδικά στην καταπιστευτική (εξασφαλιστική) ή χάριν ενευχύρου εκχώρηση ο εκδοχέας μετά την ικανοποίηση της ασφαλιζόμενης απαίτησής του οφείλει να αποδώσει τυχόν υπόλοιπο στον εκχωρητή, *Αν. Γεωργιάδης*, ΓενΕνοχΔ, παρ. 42 αρ. 79. Κι αυτό, ακόμη και αν δεν συμφωνήθηκε ρητά, μάλιστα σύμφωνα με τις διατάξεις περί εντολής που γίνεται δεκτό ότι εφαρμόζονται συμπληρωματικά προς την εξασφαλιστική σύμβαση, *Λαδογιάννης*, ό.π. (υποσημ 28), σ. 456. ΠΠρθεσσ/Εφθεσ 3088/2014 ΧρηΔικ 2014, 330· Εφαθ 1518/2014 ΕπισκΕΔ 2014, 37· πλέον ΑΠ 1168/2015 ΝΟΜΟΣ. Αν μάλιστα η εμπρόθεσμη εξόφληση του ασφαλιζόμενου χρέους τέθηκε ως διαλυτική αίρεση (ΑΚ 202), πληρουμένης αυτής, σε εμπρόθεσμη εξόφληση του ασφαλιζόμενου χρέους, η εκχωρηθείσα απαίτηση επιστρέφει αυτοδικαίως στον καταπιστεύσαντα εκχωρητή, χαρακτηριστικά ο *Αν. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ ΙΙ (1993), παρ. 94 αρ. 31 «*ύπαρξη διαλυτικής αίρεσης πρέπει να γίνει δεκτή και στην περίπτωση που τα μέρη δεν πρόβλεψαν ρητά την τύχη της απαίτησης μετά την εξόφληση του χρέους*».

256 Για τις διαφορές μεταξύ εξασφαλιστικής εκχώρησης και της υποσχετικής αυτής causa (εξασφαλιστικής συμφωνίας)· *Αν. Γεωργιάδης*, ό.π. (υποσημ. 6), παρ. 31 αρ. 25· *Λαδογιάννης*, ό.π. (υποσημ 28), σ. 283 επ., 291 επ., 295 επ.· Εφθεσ 90/1994 Αρμ 1994, 1043.

δίχως ανάληψη των σχετικών υποχρεώσεων της έννομης σχέσης και των χαρακτηριστικών (ιδιαιτέρων) υποχρεώσεων της εξασφαλιστικής (καταπιστευτικής) σύμβασης, θα σήμαινε παραβίαση των όρων και των συμφωνιών της καταπιστευτικής εξασφάλισης μεταξύ π.ι./εκχωρητή/καταπιστευματούχου και δανειολήπτη/καταπιστεύοντος. Προς αποφυγή αυτού, πρέπει να συμβληθεί και να αναλάβει τη σχετική υποχρέωση από το π.ι./καταπιστευματούχο ο επενδυτής/εκδοχέας, κάτι όμως που θα απαιτούσε και την εμπλοκή του δανειολήπτη ή τη δήλωση συναίνεσης ή έγκρισής του<sup>257</sup>.

Τέλος, καθώς ο νόμος αφενός προβλέπει σύμβαση ανάθεσης διαχείρισης απαιτήσεων από το π.ι. προς την Ε.Δ.Α.Δ.Π. (με ελάχιστο συστατικό έγγραφο τύπου που περιέχει τις προς διαχείριση απαιτήσεις και το περιεχόμενο της διαχείρισης, άρθρο 2 παρ. 2), ενώ αφετέρου οποιοσδήποτε καταπιστευτικός όρος δεν ισχύει (άρθρο 3 παρ. 5 εδ. 1), καθώς δεν επιτρέπεται καταπιστευτική μεταβίβαση σε Ε.Α.Α.Δ.Π. των απαιτήσεων του π.ι. ή του χρηματοδοτικού ιδρύματος, συνάγονται δύο τινά όσον αφορά τις συμβάσεις διαχείρισης στο πλαίσιο της ενδεικτικώς αναφερόμενης περιπτώσιολογίας, όσον αφορά το περιεχόμενό τους (ιδίως νομική και λογιστική παρακολούθηση, είσπραξη, διενέργεια διαπραγματεύσεων με τους δανειολήπτες, ακόμη και σύναψη συμβάσεων συμβιβασμού ή ρύθμισης και διακανονισμού οφειλών σύμφωνα με τον Κώδικα Δεοντολογίας): *πρώτον* παραμένει η δυνατότητα του π.ι. να προβεί συμβατικά σε «εκχώρηση προς είσπραξη», δηλ. με σκοπό ο εκδοχέας να εισπράξει την απαίτηση για λογαριασμό του εκχωρητή (π.ι.) και να αποδώσει το ποσό, με βασική υποκείμενη σχέση τη σύμβαση εντολής (ΑΚ 713 επ.) ή τη σύμβαση έργου (ΑΚ 681 επ.) καθ' ομοίωση με την πληρεξουσιότητα (ΑΚ 211) ή την «εξουσιοδότηση προς είσπραξη» (ΑΚ 236, 239)<sup>258</sup>. *δεύτερον* ελλείπει η δυνατότητα να προβεί σε εξασφαλιστική εκχώρηση (με το επιχείρημα από το μείζον στο έλασσον), καθώς με την εκπλήρωση ή λήξη του εξασφαλιστικού σκοπού, ο εκδοχέας/εξασφαλισμένος δανειστής θα υποχρεούτο ενοχικά να αναμεταβιβάσει την απαίτηση στον εκχωρητή/οφειλέτη.

## 8.2. Μεταβίβαση με τη μορφή σύμβασης υπέρ τρίτου (σ.υ.τ.)

Προς αποφυγή μειονεκτημάτων ενός εκάστου τρόπου από τους συμβατικούς μεταβίβασης (εκχώρηση απαίτησης ή μεταβίβαση σύμβασης), αλλιά κατά συνδυασμό των πλεονεκτημάτων αυτών, δηλ. κατά τρόπο που και άμεση μεταβίβαση της απαίτησης (προσидιζόντως προς τη μεταβίβαση της συμβατικής σχέσης) αλλιά ταυτόχρονα και παράκαμψη της ανάγκης για συναίνεση ή έγκριση, δίχως δηλ. συμμετοχή του δανειολήπτη, αλλιά δίχως και περιορισμό στην ενημέρωσή του, επιτυγχάνονται,

<sup>257</sup> Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1569· Nachtwey/Leclaire, ό.π. (υπόσημ. 50), σ. 103 επ. 111.

<sup>258</sup> Παραπάνω υπόσημ. 28, 145. ΠΠρΑθ 1367/2003 ΝοΒ 2004, 419· Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, § 42 αρ. 79· Τασίκας, τμΤ Σπυριδάκης, σ. 951 επ., 1018-1019 (με παραπομπές στις σημ. 318, 319).



θα μπορούσε να ακολουθηθεί η οδός της γνήσιας σύμβασης υπέρ τρίτου (σ.υ.τ.) των ΑΚ 410, 411 επ.<sup>259</sup>. Κατά αυτόν τον τρόπο ο δανειολήπτης (τρίτος) αποκτά έναντι του επενδυτή (υποσχεθέντος), στη θέση του εκδοχέα σε περίπτωση εκχώρησης, απαίτηση ενοχική, ενώ το π.ι. (δέκτης υπόσχεσης) διατηρεί και το ίδιο (εκτός από το δανειολήπτη/τρίτο) έναντι του υποψήφιου επενδυτή (υποσχεθέντα) την απαίτηση για ικανοποίηση του δανειολήπτη/τρίτου, ενώ διατηρεί το δικαίωμα να απαλλιάξει τον επενδυτή από σχετική υποχρέωση (ΑΚ 412, 413).

Βέβαια στο γνωστό στις συναλλαγές συμβατικό τύπο του (καταναλωτικού ή στεγαστικού-ενυπόθηκου) δανείου με αποπληρωμή σε τοκοχρεωλυτικές δόσεις, εφόσον δηλ. έχει ήδη εκταμιευθεί όλο το δάνεισμα, προφανώς και δεν έχει ο δανειολήπτης/τρίτος ενοχική αξίωση να εγείρει έναντι του δανειοδότη/δέκτη υπόσχεσης, η οποία να αποτελεί την οικονομική αιτία (causa) της ανωτέρω περιγραφόμενης σ.υ.τ.<sup>260</sup>· ώστε ο επενδυτής/υποσχεθείς σε μη ληξιπρόθεσμα δάνεια να αναλαμβάνει έναντι του π.ι./δέκτη υπόσχεσης την υποχρέωση για παροχή στον δανειολήπτη/τρίτο. Το αντίθετο μάλιστα θα συμβαίνει, δηλ. μόνο ο δανειολήπτης ενέχεται για δική του χρηματική παροχή (εντόκου αποπληρωμής του δανείσματος), ώστε η κατασκευή να προσφέρεται σε περιπτώσεις πίστωσης, όπου δεν έχει καταβληθεί το δάνεισμα ή περιπτώσεις «ανακυκλούμενων δανείων» (revolving loans)<sup>260</sup>.

Αυτό που ίσως γινόταν δεκτό σε μια τέτοια θεωρητική κατασκευή (συνδυαστικά με εκχώρηση) μπορούσε να είναι η έναντι του δανειστή/εκχωρητή/δέκτη υπόσχεσης ανάληψης υποχρέωσης εκ μέρους του εκδοχέα της απαίτησης/τρίτου της σ.υ.τ. να συνεχίζει, όπως αυτός, να ενημερώνει τον δανειολήπτη/οφειλέτη της εκχωρούμενης απαίτησης/τρίτου της σ.υ.τ. και να εκπληρώνει αντίστοιχες με αυτές του δανειστή/εκχωρητή υποχρεώσεις ενημέρωσης, και παρεπόμενες υποχρεώσεις πρόνοιας και καλόπιστης ανοχής ή εύλογης αποχής από την ανάληψη μέτρων για την ανάκτηση της οφειλής, π.χ. αναγκαστική εκτέλεση, ή κατά ρεαλιστικότερο τρόπο, κλήσης σε διαπραγματεύσεις για ρύθμιση της οφειλής<sup>261</sup>.

Η ανωτέρω θεωρητική κατασκευή είναι διακριτέα από τη σύμβαση εκχώρησης υπό μορφή σ.υ.τ., στην οποία δηλ. τρίτο πρόσωπο, ξένο προς τη σύμβαση εκχώρησης (μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα), μπορεί να αποκτήσει απευθείας την εκχωρούμενη απαίτηση έναντι του αμέτοχου οφειλέτη, αν προκύπτει τέτοια θέληση των μερών που έχουν συμβληθεί ή αυτό συνάγεται από τη φύση και το σκοπό της σύμβασης (εκχώρηση υπέρ τρίτου ΑΚ 411 επ., 455)<sup>262</sup>· όπως διακριτέα είναι και από την

259 Για τη δικαιοσυστηματική κατάσταση της σ.υ.τ. και τη συγγενεία της με την εκχώρηση, Soergel/Hadding, BGB (13η έκδ., 2010), Vor §§ 328 Rn. 4 επ.: Peters, AcP 180 (1980), 329 επ.

260 Ρόκας/Γκόρτσος, ό.π. (υποσημ. 12), σ. 233.

261 Τασίκας, τιμΤ Αλεξανδρίδου, σ. 713 επ.. Το π.ι. (ως δέκτης της υπόσχεσης), θα μπορούσε να μεταβιβάσει στον επενδυτή (ως υποσχεθέντα) εμπραγμάτως τα βάρη επάνω στα αντικείμενα της εξασφαλιστικής σχέσης υπό την αίρεση της πλήρωσης της επέλευσης του εξασφαλιστικού κινδύνου, όπως δηλ. είχε το π.ι. τα βάρη προς εξασφάλιση κατά του δανειολήπτη.

262 Απ. Γεωργιάδης, ΕνοχΔΓενΜ, παρ. 42 αρ. 19· αντίθετα Καράκωστας, ΑΚ 455 αρ. 1599.15 (με παραπομπές).



εκχώρηση στον τρίτο της γεννώμενης από τη μη γνήσια σ.υ.τ. απαίτησης του δέκτη υπόσχεσης έναντι του υποσχεθέντα<sup>263</sup>.

## 9. Αντί συμπερασμάτων

Προς αποφυγή επαναλήψεων αλλήλ και των κενών που αναπόφευκτα προκαλεί η απόπειρα συμπύκνωσης των ανωτέρω αναλύσεων σε αφαιρετικά συμπεράσματα, αρκούμαστε εν προκειμένω στη διατύπωση γενικών παρατηρήσεων: *πρώτον* η δικαιοπολιτική επιλογή του ειδικού νομοθέτη ήταν να επιλύσει ζητήματα της «άτυπης», ρυθμισμένης μόνο επί τη βάσει των γενικών διατάξεων του ΑΚ εκχώρησης απαιτήσεων από ΜΕΔ μεταξύ π.ι. και τρίτων επενδυτών (μη εποπτευομένων πριν το ν. 4354/2015), κυρίως δε να υπαγάγει τους τελευταίους σε συγκεκριμένο πλαίσιο κανόνων τραπεζικής εποπτείας· *δεύτερον* τα προβλήματα παραμένουν σε κάθε περίπτωση τα ίδια, όπως και στην περίπτωση που τα ΜΕΔ παρέμεναν στους ισολογισμούς των π.ι., δηλ. ακόμη και κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Κώδικα Δεοντολογίας, ο νέος δικαιούχος θα πρέπει να εξετάσει την επιλογή της κατάλληλης ρύθμισης, άλλως τη λήψη μέτρων αναγκαστικής εκτέλεσης του αντικειμένου της ασφάλειας με συνέπεια την απώλεια αυτού και μάλιστα με υποτιμημένο πλειστηρίασμα· *τρίτον* και χωρίς τις ειδικές ρυθμίσεις δεν θα ήταν δυνατόν τυχόν συμφωνία περί ανεκχώρητου της απαίτησης να επιβαρύνονταν τελικά στο π.ι., ιδίως όταν η ανάγκη για συναίνεση ή έγκριση του δανειολήπτη αναδεικνυόταν *ad hoc* καταχρηστική και δεν υφίστατο άξιο προστασίας έννομο συμφέρον του δανειολήπτη<sup>264</sup> ή, άλλως, κρινόταν τελικά ότι υπερισχύει το αντίστοιχο υπέρτερο έννομο συμφέρον του π.ι.<sup>265</sup>· *τέταρτον* η ανάγκη στάθμισης παραμένει μεταξύ της προστασίας των δανειοληπτών (καταναλωτών και μη) που δεν ήταν συνεπείς στην αποπληρωμή του δανείου και της αλληλοίωσης του συμβατικού δεσμού με μεταβολή του προσώπου του δανειστή αφενός και των έννομων συμφερόντων του π.ι. για ελάφρυνση από τις ληξιπρόθεσμες απαιτήσεις αφετέρου· *πέμπτον* δεν ρυμίζεται στο νόμο ειδικά ούτε η διαδικασία (π.χ. προσυμβατικό στάδιο) κατάρτισης της σύμβασης ούτε η ανώμαλη εξέλιξη της εκχώρησης, όπως ούτε και οι δυνατότητες του εκδοχέα για ανάκτηση και είσπραξη της οφειλής· οπότε επαφίεται στις δυνάμεις της αγοράς και στην ιδιωτική αυτονομία

263 Ο τρίτος, στις μη γνήσιες σ.υ.τ., όταν δηλ. δεν προκύπτει από τη σύμβαση ότι προσπορίζεται δικαίωμα στον τρίτο (ΑΚ 410, 411), αποκτά δικαίωμα να απαιτήσει την παροχή από τον υποσχεθέντα, αλλήλ με τις ΑΚ 455 επ., 460, δηλ. όταν εκχωρηθεί σε αυτόν (τον τρίτο) η απαίτηση από εκείνον που δέχθηκε την υπόσχεση, γιατί αλλήλως δεν νομιμοποιείται (ο τρίτος) στην άσκηση αγωγής κατά του υποσχεθέντος, λόγω μη γνήσιας σ.υ.τ., ΑΠ 1017/1990 ΕλλΔνη 1991, 74.

264 Παραπάνω υπό κεφ. 2.3., κεφ. 3.1.2., κεφ. 3.3.2., κεφ. 3.2.4., κεφ. 4.4., κεφ. 5. υποσημ. 35, 57, 103 επ., 138, 143, 170 επ., 181, 186, 206, 218 Για την απουσία κινδύνων του δανειολήπτη από τη μεταβίβαση δανείων, *Nobbe*, ZIP 2008, 97, 105 επ.

265 Παραπάνω υπό κεφ. 2.1., κεφ. 2.2., κεφ. 3.2.1., κεφ. 3.2.4., κεφ. 3.3., κεφ. 4.1., κεφ. 4.5., κεφ. 4.6., υποσημ. 47, 133. Από τη γερμανική νομολογία BGH, NJW 1997, 3434.

και τη συμβατική ελευθερία των συμβαλλομένων να ρυθμίσουν π.χ. τη δυνατότητα μείωσης ή αποκλεισμού της ευθύνης· έκτον, αναφορικά με τις έννομες συνέπειες, ιδίως στο επίπεδο του ενοχικού και εμπράγματος δικαίου, οι συμβατικές ρυθμίσεις πρέπει να εξασφαλίζουν μια δίκαιη, μετά από ενημέρωση του δανειολήπτη, αναδιοργάνωση του ενοχικού πιστωτικού δεσμού, την τύχη των ασφαλειών, τυχόν νέες μορφές παροχής πίστης, π.χ. παράταση, αλληλαγή επιτοκίου κ.λπ., δικαιώματα καταγγελίας κ.λπ.: *έβδομον*, η μετάθεση των συμβατικών βαρών της αφερεγγυότητας δανειοληπτών από χιλιάδες δάνεια στις συναλληλαγές, σε συγκεντρωμένη μορφή «πακέτων» δανειακών απαιτήσεων που διατέθηκαν αρχικά σε εταιρείες τιτλοποιημένων δανείων και μετά στην αγορά, μαζί με εκδοθείσες επί τούτου ομολογίες, προκάλεσαν την οικονομική κρίση<sup>266</sup>· έτσι τα πιθανά ωφελήματα, όπως εξυγίανση των ισολογισμών των τραπεζών (με αισθητά μικρότερο πάντως αντάλλαγμα σε σχέση με την ονομαστική αξία των απαιτήσεων), η ταχύτερη και εξασφαλισμένη εξέλιξη των δανείων (σε συνδυασμό με την πτώση των τιμών των ακινήτων που χρησιμεύουν ως ασφάλεια) και η δυνατότητα έτσι παροχής νέων υγιών δανείων, μπορεί να αποδυναμώνονται από την ποιότητα των μεταβιβαζόμενων δανείων και τη διασπορά του κινδύνου στις συναλληλαγές<sup>267</sup>· *όγδοον*, οι εταιρείες διαχείρισης και μεταβίβασης δεν αρκούνται στην απόκτηση απαιτήσεων από καταγγεληθέντα δάνεια ΜΕΔ σε μια τιμή κάτω της ονομαστικής αξίας, αλλά τους παρέχεται υπό προϋποθέσεις δυνατότητα απόκτησης ενός πακέτου (*pool*) αποτελούμενου και μόνο από εξυπηρετούμενα δάνεια, όχι πια απλώς και από εξυπηρετούμενα δάνεια μεταξύ των ΜΕΔ (άρθρο 3 παρ. 7 εδ. 2 ημιεδ. 1, αλλά και άρθρο 3 παρ. 2 εδ. 2, *e contrario*, στην πριν την 27.05.2016 μορφή του).

266 *Ady/Paetz*, WM 2009, 1061, 1066· *Vorwerk*, NJW 2009, 1777 επ.· *Grundmann/Hofmann/Moeslein*, Finanzkrise und Wirtschaftsordnung (2008), σ. 1, 8 επ., 14-15.

267 *Knops*, WM 2008, 2184 επ.· *Sinn*, *Kasinoökonomismus* (2009), σ. 12 επ., 15 επ., 54, 127 επ.



Δημήτριος-Παναγιώτης Λ. Τζάκας\*

## Η αστική ευθύνη εκ της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου στις διεθνείς συναλλαγές

### Ι. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Η προώθηση και ολοκλήρωση της ευρωπαϊκής κοινής αγοράς ως διακηρυγμένος στόχος τόσο του πρωτεύοντος ενωσιακού δικαίου (άρ. 26 και 27 ΣυνθΛΕΕ), όσο και των δραστηριοτήτων της ΕΕ (άρ. 3 παρ. 3 ΣυνθΕΕ, άρ. 3 παρ. 1 στοιχ. β' και άρ. 4 παρ. 2 στοιχ. α' ΣυνθΛΕΕ) εμπειρικλίνει τη μεγιστοποίηση της πρόσβασης των επιχειρήσεων σε επενδυτικά κεφάλαια. Προς τούτο, κατατείνει και η ελευθερία διακίνησης κεφαλαίων, η οποία συμβάλλει στη σφυρηλάτηση, μεταξύ άλλων, της ενιαίας αγοράς κινητών αξιών.<sup>1</sup> Κεντρικό ρόλο διαδραματίζει η διαμόρφωση κοινών κανόνων αναφορικά με τη λειτουργία των οργανισμών επενδύσεων, τη διαφάνεια των συναλλαγών και τους μηχανισμούς προληπτικής ή κατασταλτικής προστασίας, προκειμένου να προαχθεί η εταιρική χρηματοδότηση με τα μέσα των κινητών αξιών. Έτσι, η ολοκλήρωση των ευρωπαϊκών κεφαλαιαγορών συνδέεται αναπόδραστα με την ισότιμη μεταχείριση των επενδυτών ανεξαρτήτως του τόπου εγκατάστασης αυτών. Τούτο προϋποθέτει άνευ ετέρου την ανεμπόδιστη πρόσβαση στη δέουσα πληροφόρηση συνεπεία της πρόβλεψης ελάχιστων προτύπων ποιότητας για τη διάχυση πληροφοριών στο σύνολο της ΕΕ με ταχύ και αποτελεσματικό τρόπο.<sup>2</sup>

Λαμβάνοντας υπόψη τους σοβαρούς κινδύνους για τη σταθερότητα του χρηματοοικονομικού συστήματος, όπως ανέκυψαν και κατά την πρόσφατη χρηματοοικονομική και δημοσιονομική κρίση, καθίσταται επιτακτική η διατήρηση και βελτίωση των συνθηκών αναφορικά με την εγκαθίδρυση μιας πλήρως ενοποιημένης και λειτουργικής εσωτερικής αγοράς στον τομέα των χρηματοοικονομικών υπηρεσιών.<sup>3</sup> Στο πλαίσιο του οικείου σχεδίου δράσης (*Financial Services Action Plan*),<sup>4</sup> κεφαλαιώδη ρόλο

\* Δ.Ν., Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος.

1 Βλ. Δ. Λιάπη, Αποζημίωση των επενδυτών και δίκαιο της κεφαλαιαγοράς, 2012, σελ. 70 επ.: Δ. Τσιμpanούλη, Οι επενδυτικές υπηρεσίες στο Ελληνικό και Κοινοτικό Δίκαιο, ιδίως επί χρηματιστηριακών συναλλαγών, 1989, σελ. 15 επ. Στο πλαίσιο του ηγοιστικού δικαίου, βλ. Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Στρατηγική χρηματοοικονομικής πληροφόρησης της ΕΕ: Η μελλοντική πορεία, COM(2000) 359 τελικό.

2 Βλ. και αιτ. σκ. 25 Οδ. 2004/109/ΕΚ της 15ης Δεκεμβρίου 2004 για την εναρμόνιση των προϋποθέσεων διαφάνειας αναφορικά με την πληροφόρηση σχετικά με εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε ρυθμιζόμενη αγορά και για την τροποποίηση της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ, ΕΕ L 390 (31.12.2004) 38.

3 Βλ. και Communication from the Commission, Regulating financial services for sustainable growth, COM(2010) 301 final.

4 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Εφαρμογή του πλαισίου για τις χρηματοπιστωτικές αγορές: Πρόγραμμα δράσης, COM(1999) 232 τελικό. Βλ. Ε. Ferran, Building an EU Securities Market, 2004, σελ. 5 επ.

διαδραματίζει η νομοθεσία περί ενημερωτικού δελτίου, δεδομένου ότι αφενός θέτει συγκεκριμένες υποχρεώσεις αναφορικά με την οφειλόμενη πληροφόρηση από τους εκδότες κινητών αξιών και αφετέρου θεσμοθετεί ειδικό καθεστώς κατανομής αρμοδιοτήτων, ελέγχου και συνεργασίας μεταξύ των αρμόδιων εθνικών εποπτικών αρχών. Εξάλλου, η προϊούσα ολοκλήρωση των ευρωπαϊκών κεφαλαιαγορών θα ήταν αποσπασματική εάν δεν συνοδευόταν από την ομοιομορφοποίηση των κανόνων που διέπουν την αστική ευθύνη επί παραβάσεων των οικείων ενωσιακών κανόνων.

Η παρούσα μελέτη εκκινεί από το δικαιοπολιτικό υπόβαθρο της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου και διαγιγνώσκει τη δυνατότητα και τα όρια εφαρμογής της αρχής του κράτους προέλευσης επί των (κατ' ελάχιστον σε παραπληρωματική σχέση τελούντων) εθνικών κανόνων που αφορούν την αστική ευθύνη. Έμφαση δίδεται όχι μόνο στη συστηματική ένταξη αυτής, αλλά ιδίως στον εντοπισμό και την ερμηνεία των κανόνων σύγκρουσης υπό το φως των ελευθεριών της Συνθήκης και της νομολογίας του ΔικΕΕ.

## II. Η δογματική κατάσταση της Οδηγίας 2003/71/ΕΚ

### A. Το δικαιοπολιτικό υπόβαθρο της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου

Οι πρώτες νομοθετικές πρωτοβουλίες για τη θεσμοθέτηση του ενημερωτικού δελτίου σε ενωσιακό επίπεδο ανατρέχουν στην Οδηγία 80/390/ΕΟΚ,<sup>5</sup> η οποία εισήγαγε την υποχρέωση δημοσίευσης πληροφοριακού σημειώματος ως προϋπόθεση για την εισαγωγή κινητών αξιών σε οργανωμένη αγορά. Προς το σκοπό εμπέδωσης της ενομοζόμενης «κοινοτικής πολιτικής ενημέρωσης», συμπληρώθηκε από την Οδ. 89/298/ΕΟΚ<sup>6</sup> εν αναφορά προς τις κινητές αξίες που αποτελούν αντικείμενο πρόσκλησης προς το επενδυτικό κοινό και περαιτέρω ενσωματώθηκε στην κωδικοποιητική Οδ. 2001/34/ΕΚ.<sup>7</sup> Η νυν ισχύουσα Οδ. 2003/71/ΕΚ<sup>8</sup> αποσκοπεί στην ενίσχυση του «ευρωπαϊκού διαβατηρίου» και την αποτελεσματικότερη εναρμόνιση με τη διαμόρφωση κοινών ορισμών (ιδίως ως προς την έννοια της «δημόσιας προσφοράς κι-

5 Της 17ης Μαρτίου 1980 περί συντονισμού των όρων κατάρτισης, ελέγχου και διαδόσεως του ενημερωτικού δελτίου που πρέπει να δημοσιεύεται για την εισαγωγή κινητών αξιών σε χρηματιστήριο αξιών, ΕΕ L 100 (17.4.1980) 1.

6 Της 17ης Απριλίου 1989 για το συντονισμό των όρων κατάρτισης, ελέγχου και κυκλοφορίας του ενημερωτικού δελτίου που πρέπει να δημοσιεύεται όταν απευθύνεται στο κοινό πρόσκληση για κινητές αξίες, ΕΕ L 124 (5.5.1989) 8.

7 Της 28ης Μαΐου 2001 σχετικά με την εισαγωγή κινητών αξιών σε χρηματιστήριο αξιών και τις πληροφορίες επί των αξιών αυτών που πρέπει να δημοσιεύονται, ΕΕ L 184 (6.7.2001) 1.

8 Της 4ης Νοεμβρίου 2003, σχετικά με το ενημερωτικό δελτίο που πρέπει να δημοσιεύεται κατά τη δημόσια προσφορά κινητών αξιών ή την εισαγωγή τους προς διαπραγμάτευση και την τροποποίηση της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ, ΕΕ L 345 (31.12.2003) 64.

νητών αξιών») και ενιαίου εγγράφου κοινοποίησης, προκειμένου να επιτευχθεί ο αναγκαίος βαθμός ομοιομορφίας και να περιορισθεί ο κατακερματισμός της Ευρωπαϊκής χρηματαγοράς.<sup>9</sup>

Η Οδ. 2003/71/ΕΚ δεν φαίνεται να μεταβάλλει ουσιαστικά τη δικαιοπολιτική στόχευση του ενωσιακού νομοθέτη, η οποία κινείται γύρω από το τρίπτυχο της αποτελεσματικής λειτουργίας της αγοράς, της διασφάλισης της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας και της προστασίας των επενδυτών.<sup>10</sup> Ιδιαίτερη έμφαση δίδεται στην εταιρική διαφάνεια ως κύριο μέσο για την επίτευξη των ανωτέρω σκοπών, αφού η πληροφόρηση των επενδυτών κατά πρώτον μεγιστοποιεί το επίπεδο προστασίας και κατά δεύτερον βελτιστοποιεί τη λειτουργία των αγορών κινητών αξιών, γεγονός που αντανakλάται στη σταθερότητα του χρηματοπιστωτικού συστήματος.<sup>11</sup> Για το λόγο αυτό, ειδικό βάρος προσδίδεται στην ποιότητα της υποχρεωτικά παρεχόμενης πληροφόρησης, ανεξαρτήτως των επιμέρους διαφοροποιήσεων ανάλογα με την εμπειρία και τις γνώσεις των επιμέρους κατηγοριών επενδυτών (βλ. π.χ. άρ. 3 παρ. 2 και άρ. 4 παρ. 1 στοιχ. ε' Οδ. 2003/71/ΕΚ).<sup>12</sup> Ειδικότερα, η υποχρέωση διαφώτισης των υφιστάμενων ή δυνητικών επενδυτών<sup>13</sup> κατατείνει στη μετάδοση ενός ελάχιστου επιπέδου πληροφοριών,<sup>14</sup> προκειμένου να δύναται να σχηματισθεί επενδυτική κρίση υπό τη μορφή απόφασης είτε περί της τοποθέτησης σε τίτλους της κεφαλαιαγοράς είτε περί της διακράτησης ή της εκποίησης των ήδη κτηθεισών κινητών αξιών. Κάθε άλλο παρά τυχαίο είναι εξάλλου το γεγονός ότι η συγκεκριμένη υποχρέωση διαφώτισης των επενδυτών αποτελεί κοινό τόπο σχεδόν του συνόλου της ενωσιακής νομοθεσίας περί κεφαλαιαγοράς, όπως προκύπτει από τις Οδ. 2004/109/ΕΚ (βλ. αιτ.

9 Βλ. την Πρόταση Οδηγίας της 30.5.2001, COM(2001) 280 τελικό και την τροποποιημένη Πρόταση Οδηγίας της 9.8.2002, COM(2002) 460 τελικό.

10 Βλ. και αιτ. σκ. 5, 31, 44 και 71 Οδ. 2004/39/ΕΚ της 21ης Απριλίου 2004 για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων, ΕΕ L 145 (30.4.2004) 1· αιτ. σκ. 2, 12 και 24 Οδ. 2003/6/ΕΚ της 28ης Ιανουαρίου 2003 για τις πράξεις προσώπων που κατέχουν εμπιστευτικές πληροφορίες και τις πράξεις χειραγώγησης της αγοράς (κατάχρηση αγοράς), ΕΕ L 96 (12.4.2003) 16· αιτ. σκ. 31 Οδ. 2001/34/ΕΚ. Βλ. Α. Καραγκουνίδη, Προστασία του Επενδυτή στο δίκαιο των επενδυτικών υπηρεσιών, 2007, σελ. 209 επ., 235-7· Δ. Λιάππη, §27, Πληροφόρηση και προστασία των επενδυτών, εις Β. Δούβλη/Α. Μπάβλο (Επ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, τ. II, 2008, σελ. 1251 αρ. 14 επ.

11 Βλ. ΔικΕΕ, Απόφ. 22.3.2012, υπόθ. C248/11 *Rares Doralin Nilas*, αδημ., σκ. 48· ΔικΕΕ, Απόφ. 28.6.2012, υπόθ. C19/11 *M. Geltl κατά Daimler AG*, αδημ., σκ. 24, 33-4, 47· ΔικΕΕ, Απόφ. 7.7.2011, υπόθ. C445/09 *IMC Securities BV*, Συλλ. 2011, I-5917, σκ. 27-8· ΔΕΚ, Απόφ. 23.12.2009, υπόθ. C45/08 *Spector Photo Group*, Συλλ. 2009, I-12073, σκ. 37, 45, 47, 52, 55, 61-2. Βλ. Δ. Αυγινίδη, Η ευθύνη του αναδόχου για το ενημερωτικό δελτίο, ΕπισκεΔ 2007, 8-10· Χ. Ικρόρσο, Εισαγωγή στο Διεθνές Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο, 2011, σελ. 53 επ.· Α. Καραγκουνίδη, Προστασία του Επενδυτή, σελ. 242-254· Δ. Λιάππη, Αποζημίωση των επενδυτών, σελ. 78 επ.· Γ. Ψαρουδάκη, ΕΕμπΔ 2007, 868-869, 871-872.

12 Αναλυτικά ως προς τη μορφή και τις διακρίσεις της πληροφόρησης, βλ. Δ. Λιάππη, Αποζημίωση των επενδυτών, σελ. 59 επ.· Γ. Μιχαλόπουλο, Η πληροφόρηση των επενδυτών, ΧρΔ 2002, 5. Βλ. και Γ. Τριανταφυλλόκη, Ευθύνη των χρηματιστηριακών επιχειρήσεων έναντι των επενδυτών από παράληψη πληροφόρησης ή από παροχή εσφαλμένων συμβουλών, εις 9ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Το Χρηματιστήριο στο ελληνικό δίκαιο, 2000, σελ. 71.

13 Βλ. Ο. Gerber, Die Haftung für unrichtige Kapitalmarktinformationen, DStR 2004, 1793, 1795.

14 Ως προς τις ελάχιστες πληροφορίες, τις οποίες διαλαμβάνει το ενονομαζόμενο «πρότυπο ενημερωτικό δελτίο», βλ. τον Κανονισμό 809/2004 της 29ης Απριλίου 2004 για την εφαρμογή της Οδηγίας 2003/71/ΕΚ όσον αφορά τις πληροφορίες που περιλαμβάνονται στα ενημερωτικά δελτία, τη μορφή των ενημερωτικών δελτίων, την ενσωμάτωση πληροφοριών μέσω παραπομπής, τη δημοσίευση των ενημερωτικών δελτίων και τη διάδοση των σχετικών διαφημίσεων, ΕΕ L 149 (30.4.2004) 3.

σκ. 2, 5, 18), Οδ. 2004/39/EK<sup>15</sup> (βλ. αιτ. σκ. 30-1, 44, 71), Οδ. 2003/6/EK (βλ. αιτ. σκ. 15 και 24) και Οδ. 2001/34/EK (βλ. αιτ. σκ. 9, 21 και 24).<sup>16</sup>

Από πλευράς ρυθμιστικής τεχνικής, η Οδ. 2003/71/EK υιοθετεί τον ευρύ ορισμό της έννοιας των κινητών αξιών, ο οποίος συμβαδίζει με το άρ. 1 παρ. 4 Οδ. 93/22/ΕΟΚ<sup>17</sup> (βλ. νυν άρ. 4 παρ. 18 Οδ. 2004/39/EK) και καταλαμβάνει τις μεταβιβάσιμες κινητές αξίες (βλ. και αιτ. σκ. 12 Οδ. 2003/71/EK). Κεντρική σημασία για την ενεργοποίηση της υποχρέωσης έκδοσης ενημερωτικού δελτίου επέχει η πραγματοποίηση δημόσιας προσφοράς, η οποία καταλαμβάνει κάθε μορφής ανακοίνωση, που πραγματοποιείται με οποιοδήποτε μέσο, απευθύνεται σε πρόσωπα και περιέχει επαρκείς πληροφορίες για τους όρους και τις προσφερόμενες κινητές αξίες.

Με την επιφύλαξη των εξαιρέσεων του άρ. 3 παρ. 2 και του άρ. 4 Οδ. 2003/71/EK (βλ. άρ. 1 παρ. 3, άρ. 3 παρ. 2 και άρ. 4 Ν. 3401/2005), το ενημερωτικό δελτίο<sup>18</sup> – τουλάχιστον στην πλήρη μορφή του (ήτοι κατ' αντιδιαστολή προς το βασικό ενημερωτικό δελτίο του άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιν' Οδ. 2003/71/EK και άρ. 5 παρ. 6 Ν. 3401/2005<sup>19</sup>) – εμπεριέχει διευκρινίσεις αναφορικά με (i) τα ειδικότερα χαρακτηριστικά του εκδότη, (ii) το περιεχόμενο και τα χαρακτηριστικά της δημόσιας προσφοράς ή της εισαγωγής προς διαπραγμάτευση, (iii) τα κύρια χαρακτηριστικά των υπό εξέταση κινητών αξιών και της διάθεσης αυτών στο επενδυτικό κοινό, καθώς επίσης (iv) τους κινδύνους που εμπεριέχει η επένδυση στις εν λόγω κινητές αξίες (συμπεριλαμβανομένων των προειδοποιήσεων του άρ. 5 παρ. 2 Οδ. 2003/71/EK και άρ. 5 παρ. 2 Ν. 3401/2005).<sup>20</sup> Σε κάθε περίπτωση επιβάλλεται ο «έλεγχος διαφάνειας» (*Transparenzgebot*), ο οποίος αναλύεται αφενός στην πληρότητα, ακρίβεια και αξιοπιστία<sup>21</sup> των παρεχόμενων πληροφοριών (*αρχή της αληθείας· Wahrheitspflicht*) και αφετέρου στον

15 Βλ. και άρ. 2 παρ. 13 Ν. 3606/2007. Βλ. Α. Σινανιώτη-Μαρούδη, Ο ν. 3606/2007 «Αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων και άλλες διατάξεις» και οι επιπτώσεις του στη λειτουργία των χρηματιστηρίων και των οργανωμένων αγορών, ΝοΒ 2009, 809· Δ. Τσιμπανούλη, Αποχαιρετώντας το χρηματιστηριακό δίκαιο, ΔΕΕ 2007, 35.

16 Πρβλ. και Α. Καραγκουνίδη, Προστασία του Επενδυτή, σελ. 251 επ., 308 επ.· Χ. Τσπανιδίου, Η οργανωμένη αγορά, Κοινοτικό δίκαιο και εθνική εναρμόνιση, 2008, σελ. 34 επ.

17 Της 10ης Μαΐου 1993 σχετικά με τις επενδυτικές υπηρεσίες στον τομέα των κινητών αξιών, ΕΕ L 141 (11.6.1993) 27. Βλ. και Μ. Weber, Unterwegs zu einer europäischen Prospektkultur - Vorgaben der neuen Wertpapierprospektrichtlinie vom 4.11. 2003, NZG 2004, 362.

18 Αναφορικά με την αστική ευθύνη εκ της εκδόσεως σημειωμάτων πληροφοριακού χαρακτήρα αναφορικά με κινητές αξίες στην απόκτηση των οποίων μεσολαβούν πιστωτικά ιδρύματα ή ΕΠΕΥ, εφόσον τούτα δεν συνιστούν ενημερωτικό δελτίο κατά την έννοια της Οδ. 2003/71/EK ή του Ν. 3401/2005, βλ. Δ. Λιάννης, εις Β. Δούβλη/Α. Μπώλο (Επ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, σελ. 1313-1316 αρ. 132-5· Α. Schlee/I.M. Maywald, PIB: Ein neues Risiko im Rahmen der Prospekthaftung? BKR 2012, 322 επ.

19 Δ. Λιάννης, εις Β. Δούβλη/Α. Μπώλο (Επ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, σελ. 1259-1262 αρ. 29-33· Μ. Weber, NZG 2004, 363.

20 Αναλυτικά επί της εν λόγω θεματικής, βλ. Γ. Μιχαλόπουλο, ΧρΔ 2002, 9-13· BGH, Urt. v. 22.3.2010, NZG 2010, 709· K.R. Wagner, Prospekthaftung bei Berlin-Fonds, NZG 2010, 696. Πρβλ. και Ε. Reinelt, Haftung aus Prospekt und Anlageberatung bei Kapitalanlagefonds, NJW 2009, 3-5.

21 Ειδικώς επί της αξιολόγησης των εμπεριεχόμενων σε ενημερωτικά δελτία οικονομικών προβλέψεων για την εξέλιξη των επιχειρηματικών υποθέσεων του εκδότη και την απόδοση των προσφερόμενων κινητών αξιών, βλ. την πρόσφατη νομολογία του BGH, Urt. v. 31.5.2010, NZG 2010, 869. Επ' αυτής, βλ. K.R. Wagner, Prospekthaftung bei fehlerhaften Prognosen? NZG 2010, 857. Στο ελληνικό δίκαιο, βλ. Γ. Σωτηρόπουλο, «Soft information» και δίκαιο της Κεφαλαιαγοράς, ΔΕΕ 1999, 832.



αντικειμενικό, κατανοητό για το μέσο<sup>22</sup> επενδυτή<sup>23</sup> και εύληπτο τρόπο παρουσίασης αυτών.<sup>24</sup> Ομοίως ειδικής μνείας χρήζει η υποχρέωση επικαιροποίησης του ενημερωτικού δελτίου σύμφωνα με το άρ. 16 Οδ. 2003/71/ΕΚ και Ν. 3401/2005.

## Β. Οι μηχανισμοί κατίσχυσης της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου

Αναπόσπαστη πτυχή της γενικής αρχής της διασφάλισης της πλήρους αποτελεσματικότητας του ενωσιακού δικαίου αποτελεί η υποχρέωση των κρατών-μελών, όπως εισάγουν συνοδευτικό καθεστώς κυρώσεων κατά τη μεταφορά των επιτακτικού ή απαγορευτικού χαρακτήρα διατάξεων των Οδηγιών.<sup>25</sup> Προς τούτο, η αιτ. σκ. 43 και το άρ. 25 παρ. 1 Οδ. 2003/71/ΕΚ<sup>26</sup> προβλέπουν ρητώς την υποχρέωση των κρατών-μελών όπως θεσμοθετήσουν κυρώσεις με αποτελεσματικό, αναλογικό και αποτρεπτικό χαρακτήρα,<sup>27</sup> προκειμένου να αντιμετωπίσουν παραβάσεις των οικείων διατάξεων.<sup>28</sup> Στο ίδιο πλαίσιο εντάσσεται η μέριμνα για την επιβολή των εν λόγω κυρώσεων συνεπεία της αποτελεσματικής δράσης διοικητικών ή δικαστικών αρχών. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία<sup>29</sup> τα κράτη-μέλη δεν μπορούν να επικαλεστούν διατάξεις, πρακτικές ή καταστάσεις της εσωτερικής έννομης τάξης αυτών, προκειμένου να δικαιολογήσουν τη μη τήρηση των υποχρεώσεων που προβλέπουν οι διατάξεις του ενωσιακού δικαίου.

- 22 Σε αντιδιαστολή προς τους επονομαζόμενους ειδικούς επενδυτές των άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ε' Οδ. 2003/71/ΕΚ και άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. στ' Ν. 3401/2005. Βλ. European Securities Markets Expert Group, Differences between the Definitions of "Qualified investor" in the Prospectus Directive and "Professional Client" and "Eligible Counterparty" in MiFID - Is Alignment Needed? διαθέσιμο υπό την ιστοσελίδα [http://ec.europa.eu/internal\\_market/securities/docs/esme/report-qualified-investor\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/esme/report-qualified-investor_en.pdf). Δ. Λιάννη, εις Β. Δούβλην/Α. Μπώλο (Εν.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, σελ. 1254-1256 αρ. 20-3.
- 23 Αναλυτικά επί του κρίσιμου μέτρου αναφοράς ως προς τον επενδυτή/αποδέκτη των εν λόγω πληροφοριών, βλ. BGH, Urt. v. 18. 9. 2012, NZG 2012, 1262· BGH, Urt. v. 12.7.1982, NJW 1982, 2823· Α. Zech/B. Hanowski, Haftung für fehlerhaften Prospekt aus §13 VerkProspG a.F., Maßgeblicher Empfängerhorizont bei der Beurteilung der Unrichtigkeit eines Prospekts, NJW 2013, 510. Πρβλ. και Γ. Μιχαήλπουλο, ΧρΔ 2002, 10-1.
- 24 Βλ. συναφώς Δ. Λιάννη, εις Β. Δούβλην/Α. Μπώλο (Εν.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, σελ. 1270, 1278 αρ. 51 επ., 67 επ.· Γ. Σωτηρόπουλο, Εξαιρούμενοι τύποι προσκλήσεων από την υποχρέωση δημοσίευσης ενημερωτικού δελτίου, ΕΕμπΔ 1999, 866-7· BGH, Urt. v. 14.6.2007, WM 2007, 1503. Πρβλ. και στο πλαίσιο της παροχής επενδυτικών υπηρεσιών Στ. Γεωργιάδη, Η ευθύνη της επιχείρησης παροχής επενδυτικών υπηρεσιών από την παροχή επενδυτικών συμβουλών, 2003, σελ. 110 επ.
- 25 Ως προς την εν λόγω υποχρέωση στο πεδίο του ευρωπαϊκού εταιρικού δικαίου, βλ. ΔΕΚ, Απόφ. 3.5.2005, συνεκδ. υποθ. C-387/02, C-391/02 και C-403/02 *Silvio Berlusconi* κ.λπ., Συλλθ. 2005, I-3565, σκ. 53-65· ΔΕΚ, Απόφ. 29.9.1998, υποθ. C-191/95 *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, Συλλθ. 1998, I-5449, σκ. 66-9.
- 26 Ομοίως αιτ. σκ. 37 και άρ. 28 Οδ. 2004/109/ΕΚ· άρ. 51 παρ. 1 Οδ. 2004/39/ΕΚ· αιτ. σκ. 27 και άρ. 17 Οδ. 2004/25/ΕΚ της 21ης Απριλίου 2004 σχετικά με τις δημόσιες προσφορές εξαγοράς, ΕΕ L 142 (30.4.2004) 12· αιτ. σκ. 38 και άρ. 14 παρ. 1 Οδ. 2003/6/ΕΚ. Στον τομέα της εποπτείας ιδρυμάτων (ήτοι πιστωτικών ιδρυμάτων και επιχειρήσεων επενδύσεων), βλ. αιτ. σκ. 35 και άρ. 65 παρ. 1 Οδ. 2013/36/ΕΕ.
- 27 Επί της ερμηνείας των συγκεκριμένων απαιτήσεων στο πλαίσιο της Οδ. 2003/6/ΕΚ, βλ. ΔΕΚ, Απόφ. *Spector Photo Group*, σκ. 37, 42, 70-3.
- 28 Αναλυτικά επί της εν λόγω θεματικής, βλ. Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 8.12.2010, Ενίσχυση των καθεστώτων επιβολής κυρώσεων στον τομέα των χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών, COM(2010) 716 τελικό.
- 29 ΔΕΚ, Απόφ. 29.6.1995, συνεκδ. υποθ. C-109/94, C-207/94 και C-225/94 *Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας*, Συλλθ. 1995, I-1791, σκ. 11· ΔΕΚ, Απόφ. 2.8.1993, υποθ. C-303/92 *Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών*, Συλλθ. 1993, I-4739, σκ. 9· ΔΕΚ, Απόφ. 7.4.1992, υποθ. C-45/91 *Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας*, Συλλθ. 1992, I-2509, σκ. 21· ΔΕΚ, Απόφ. 19.2.1991, υποθ. C-374/89 *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλθ. 1991, I-367, σκ. 10.

Σκόπιμη είναι εν προκειμένω η ανάλυση αναφορικά με το καθεστώς των κυρώσεων, άλλως τα μέσα κατίσχυσης των επιμέρους προβλήσεων της Οδ. 2003/71/ΕΚ. Ειδικότερα:

**(1) Διοικητικές κυρώσεις.** Πέρα από την υποχρεωτική παρεμβολή των διοικητικών αρχών κατά την έγκριση του ενημερωτικού δελτίου – ζήτημα που αναπόσπαστα άπτεται και της θεσμοθέτησης του «ενιαίου διαβατηρίου» – η Οδ. 2003/71/ΕΚ επιβάρυνε και την κυρωτική παρέμβαση αυτών. Τούτο προκύπτει τόσο από το άρ. 21 παρ. 1 Οδ. 2003/71/ΕΚ, το οποίο θεμελιώνει την υποχρέωση των εθνικών νομοθετών, όπως προβλέψουν κάποια αρμόδια και μάλιστα ανεξάρτητη αρχή,<sup>30</sup> η οποία θα είναι επιφορτισμένη με την εφαρμογή των επιμέρους προβλήσεων της Οδηγίας, όσο και από τη ρητή πρόβλεψη των δυνάμενων να επιβληθούν κυρώσεων ή έτερων διοικητικών μέτρων (βλ. άρ. 21 παρ. 3 ιδίως στοιχ. δ' έως η' και παρ. 4 στοιχ. β' και άρ. 25 Οδ. 2003/71/ΕΚ· άρ. 21 και 24 Ν. 3401/2005). Λαμβάνοντας υπόψη τη ρητή πρόβλεψη του άρ. 25 παρ. 1 Οδ. 2003/71/ΕΚ (πρβλ. άρ. 25 Ν. 3401/2005), η εν λόγω κυρωτική παρέμβαση δεν θα πρέπει να αναχθεί σε προσπατούμενο των αστικών αξιώσεων, γεγονός που θα αποστερούσε τους ιδιώτες από τη δυνατότητα άμεσης επίκλησης του Ν. 3401/2005 (*Verbotbarkeitsnormen*). Αντιθέτως, η εν λόγω δράση είναι παραπληρωματική της προστασίας των επενδυτών με τα μέσα του αστικού δικαίου, δεδομένου ότι κατατείνει στην εύρυθμη και διαφανή λειτουργία των αγορών, καθώς επίσης στη διευκόλυνση αυτών λόγω του εντοπισμού παραβάσεων και της διά των αρμοδίων αρχών επιτυχανόμενης συγκέντρωσης αποδεικτικού υλικού.

**(2) Αστικές αξιώσεις.** Εκ προοιμίου, πρέπει να επισημανθεί ότι σύμφωνα με γενικώς παραδεχγμένη αρχή<sup>31</sup> τα εθνικά δικαιοδοτικά όργανα υποχρεούνται στην προστασία των δικαιωμάτων ιδιωτών που απορρέουν από προβλέψεις του πρωτεύοντος ή του παράγωγου ενωσιακού δικαίου. Παρά ταύτα, δεν θα πρέπει να παραγνωρίζεται ότι η εν λόγω αρχή δεν αποκλείει την προσφυγή στη «θεωρία του προστατευτικού σκοπού» (*Schutznormtheorie*), προκειμένου να διερευνηθεί τόσο η δυνατότητα θεμελίωσης αστικών αξιώσεων,<sup>32</sup> όσο και ο κύκλος των προστατευόμενων προσώπων.<sup>33</sup>

30 Βλ. και αιτ. ακ. 36 και 37 Οδ. 2003/6/ΕΚ.

31 Βλ. ενδεικτικά τις θεμελιώδεις αποφάσεις ΔΕΚ, Απόφ. 19.11.1991, συνεκδ. υποθ. C-6/90 και C-9/90 Α. *Francovich κατά Ιταλικής Δημοκρατίας*, Συλλ. 1991, I-5357, ακ. 31-2· ΔΕΚ, Απόφ. 19.6.1990, υπόθ. C-213/89 *Factortame Ltd*, Συλλ. 1990, I-2433, ακ. 18-9· ΔΕΚ, Απόφ. 9.3.1978, υπόθ. 106/77 *Simmmenthal*, Συλλ. Ειδ.έκδ. 1978, 239, ακ. 16, 21, 26. Βλ. ενδεικτικά και ΟΔΑΠ 11/2013 (ΝΟΜΟΣ)· ΟΔΑΠ 10/2013 (ΝΟΜΟΣ).

32 Ομοίως επί της θεμελίωσης εξωσυμβατικής ευθύνης σε βάρος των οργάνων της ΕΕ, βλ. ενδεικτικά ΔικΕΕ, Απόφ. 16.7.2009, υπόθ. C440/07 Ρ *Επιτροπή κατά Schneider Electric*, Συλλ. 2009, I-6413, ακ. 160· ΔΕΚ, Απόφ. 19.4.2007, υπόθ. C-282/05 Ρ *Holcim (Deutschland) AG*, Συλλ. 2007, I-2941, ακ. 47· ΔΕΚ, Απόφ. 19.5.1992, συνεκδ. υπόθ. C-104/89 και C-37/90 J. M. Mulder, Συλλ. 1992, I-3061, ακ. 12.

33 Επί της συμβατότητας της θεωρίας του προστατευτικού σκοπού υπό τη μορφή της θεμελίωσης αστικών αξιώσεων υπέρ των προστατευόμενων προσώπων από τις διατάξεις Οδηγιών, βλ. ΔΕΚ, Απόφ. 12.10.2004, υπόθ. C-222/02 *Peter Paul*, Συλλ. 2004, I-9425, ακ. 40-1, 46-7. Γενικότερα επί της εν λόγω θεματικής, βλ. ΔΕΚ, Απόφ. 16.6.1998, υπόθ. C-226/97 *ποινική δίκη κατά Lemmens*, Συλλ. 1998, I-3711, ακ. 34-7.

Ενόψει των ανωτέρω, το άρ. 6 Οδ. 2003/71/ΕΚ<sup>34</sup> καθιστά σαφή τόσο την υποχρέωση των κρατών-μελών προς θεσμοθέτηση της αστικής ευθύνης επί παραβάσεως των οικείων διατάξεων όσο και τα πρόσωπα τα οποία σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να θεωρηθούν υπεύθυνα<sup>35</sup> (πρβλ. και τη σχετική υποχρέωση προειδοποίησης σύμφωνα με το άρ. 5 παρ. 2 στοιχ. δ' Οδ. 2003/71/ΕΚ και το άρ. 5 παρ. 2 στοιχ. γ' Ν. 3401/2005).<sup>36</sup> Οι ειδικότερες διατυπώσεις της εν λόγω μορφής ευθύνης υπό την έννοια τόσο της δογματικής κατηγοριοποίησης αυτής (συμβατική, αδικοπρακτική ή ευθύνη από διαπραγματεύσεις) όσο και των επιμέρους λεπτομερειακών ρυθμίσεων (αιτιώδης συνάφεια,<sup>37</sup> υπαιτιότητα, υπολογισμός ζημίας, παραγραφή, ποινική αποζημίωση, συντρέχον πταίσμα, τοκοφορία κ.λπ.) καταλείπονται στην κα-  
νονιστική αυτονομία των κρατών-μελών (βλ. άρ. 25 Ν. 3401/2005).<sup>38</sup>

**(3) Ποινικές Κυρώσεις.** Η Οδ. 2003/71/ΕΚ προβλέπει κατηγορηματικά τη δυνατότητα κατίσχυσης των προβλήσεων αυτής και με τα μέσα του ποινικού δικαίου,<sup>39</sup> διευκρινίζοντας ότι η επιβολή διοικητικών κυρώσεων τελεί υπό την επιφύλαξη των τυχόν ποινικής φύσεως προβλήσεων (άρ. 25 παρ. 1 Οδ. 2003/71/ΕΚ).<sup>40</sup> Στο πλαίσιο αυτό, βέβαια, δεν θα πρέπει να παραγνωρίζεται η «*αρχή της σύμφωνης προς το ποινικό δίκαιο ερμηνείας*» (*principe d'interprétation conforme en matière pénale*). Ειδικότερα, σύμφωνα με πάγια νομολογία,<sup>41</sup> όταν οι διατάξεις κάποιας Οδηγίας προβάλλονται σε βάρος ιδιώτη στο πλαίσιο ποινικών διαδικασιών, δεν μπορούν – αυτές καθεαυτές και ανεξαρτήτως του εσωτερικού νόμου που το κράτος-μέλος θεσπίζει για την εφαρμογή τους – να έχουν ως συνέπεια τη στοιχειοθέτηση ή την επίταση της ποινικής ευθύνης όσων ενεργούν κατά παράβαση των εν λόγω διατάξεων. Ειδικές ποινικές διατάξεις για τους σκοπούς της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου δεν έχει θεσμοθετήσει ο Έλληνας νομοθέτης.<sup>42</sup>

34 Ομοίως αιτ. σκ. 17, άρ. 7 και άρ. 28 παρ. 1 Οδ. 2004/109/ΕΚ.

35 Πρβλ. από τη σκοπιά του γερμανικού δικαίου *H. Fleischer*, Prospektpflicht und Prospekthaftung für Vermögensanlagen des Grauen Kapitalmarkts nach dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz, BKR 2004, 343-4· *E. von Heymann*, Haftung für unrichtige Prospektangaben, DStR 1993, 840 επ.

36 Βλ. *Μ. Κορδή-Αντωνοπούλου*, Το νομικό πλαίσιο των αγορών χρηματοπιστωτικών μέσων, 2η έκδ. 2010, σελ. 68-69. Πρβλ. σχετικά και τη διευκρινιστική πρόβλεψη του άρ. 6 παρ. 2 εδ. β' και γ' Οδ. 2003/71/ΕΚ εν αναφορά προς την ευθύνη λόγω περιληπτικού σημειώματος, η οποία εισήχθη με το άρ. 1 παρ. 6 Οδ. 2010/73/ΕΕ, ΕΕ L 327 (11.12.2010) 1. Συναφώς, βλ. άρ. 25 παρ. 7 και άρ. 5 παρ. 2 στοιχ. γ' Ν. 3401/2005.

37 Βλ. *Δ. Λιάννη*, Η αιτιώδης συνάφεια στην ευθύνη από ενημερωτικό δελτίο, ΔΕΕ 2003, 138.

38 *Δ. Αυγινίδης*, ΕπισκΕΔ 2007, 12-3· *Μ. Κορδή-Αντωνοπούλου*, Το νομικό πλαίσιο των αγορών χρηματοπιστωτικών μέσων, σελ. 70-73· *Δ. Λιάννης*, εις Β. Δούβλην/Α. Μπώλο (Επ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, σελ. 1296-1297 αρ. 101-2. Βλ. στη γερμανική θεωρία *S. Barta*, Der Prospektbegriff in der neuen Verkaufsprospekthaftung, NZG 2005, 306· *A. Junker*, Der Reformbedarf im Internationalen Deliktsrecht der Rom II-Verordnung drei Jahre nach ihrer Verabschiedung, RfW 2010, 261· *T. Keul/D. Erttmann*, Inhalt und Reichweite zivilrechtlicher Prospekthaftung, DB 2006, 1664· *M. Weber*, NZG 2004, 366.

39 Ομοίως στο πλαίσιο της Οδ. 2003/6/ΕΚ, βλ. ΔΕΚ, Απόφ. *Spector Photo Group*, σκ. 42. Βλ. και άρ. 28 παρ. 1 Οδ. 2004/109/ΕΚ.

40 Ειδικώς επί της συρροής διοικητικών και ποινικών κυρώσεων στα αδικήματα της κεφαλαιαγοράς, βλ. ΔΕΚ, Απόφ. *Spector Photo Group*, σκ. 74-7.

41 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, Απόφ. *Silvio Berlusconi*, σκ. 74-8· ΔΕΚ, Απόφ. 7.1.2004, υπόθ. C-60/02 X, Συλλ. 2004, I-651, σκ. 61-2· ΔΕΚ, Απόφ. 8.10.1987, υπόθ. 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen BV*, Συλλ. 1987, 3969, σκ. 13· ΔΕΚ, Απόφ. 11.6.1987, υπόθ. 14/86 *Pretore του Salò*, Συλλ. 1987, 2545, σκ. 18-20.

42 Βλ. *Δ. Λιάννη*, εις Β. Δούβλην/Α. Μπώλο (Επ.), Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτών, σελ. 1291 αρ. 92.

### III. Η εφαρμογή της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου στις διασυνοριακές συναλλαγές

#### A. Η εμβέλεια της αρχής του κράτους προέλευσης

Σε κεντρικής σημασίας παράμετρο για τη διάπληση της ενιαίας αγοράς κινητών αξιών αναδεικνύεται η αρχή του κράτους προέλευσης. Πραγματικά, η Οδ. 2003/71/EK επικαλείται σε σειρά αιτιολογικών σκέψεων την ανάγκη θεσμοθέτησης του «ενιαίου διαβατηρίου» (*single passport· passeport unique· Einmalzulassung*, βλ. αιτ. σκ. 4, 14 και 45), προκειμένου να ευνοηθεί η διασυνοριακή συγκέντρωση κεφαλαίων από τους εκδότες κινητών αξιών. Η συγκεκριμένη ρυθμιστική τεχνική κατατείνει κατά πρώτον στον προσδιορισμό μιας και μόνης έννομης τάξης, η οποία θα ρυθμίζει – τουλάχιστον καταρχήν – το σύνολο των ζητημάτων που άπτονται της έκδοσης ενημερωτικού δελτίου (πχ. κατάφαση της υποχρέωσης έκδοσης, περιεχόμενο, μέσα διάδοσης κ.λπ.). Επιπροσθέτως, η εν λόγω προσέγγιση αποσκοπεί στη συγκέντρωση της αρμοδιότητας προς έγκριση του εκάστοτε κρινόμενου δελτίου, θεμελιώνοντας υπό τη μορφή κανόνα του διεθνούς διοικητικού δικαίου την αποκλειστική δικαιοδοσία μίας αρχής συγκεκριμένου κράτους-μέλους (βλ. και αιτ. σκ. 37 και 46, άρ. 13, άρ. 15 παρ. 6 και άρ. 16 παρ. 1 Οδ. 2003/71/EK).<sup>43</sup> Συμπληρωματική πτυχή της εν λόγω κατασκευής αποτελεί η υποχρέωση αναγνώρισης<sup>44</sup> της αλληλοδαπής (ιδίως της εγκριτικής) διοικητικής πράξης από τα λοιπά κράτη-μέλη (βλ. άρ. 17 παρ. 1 Ν. 3401/2005),<sup>45</sup> γεγονός που απολήγει στην καταρχήν απρόσκοπτη πρόσβαση του εκδότη σε κεφάλαια επενδυτών από έτερα κράτη-μέλη. Προς το σκοπό αυτό, θεσμοθετείται η έκδοση «πιστοποιητικού» (*certificate· certificat· Bescheinigung*) από την αρμόδια αρχή του κράτους-μέλους καταγωγής, βάσει του οποίου βεβαιώνεται η τήρηση των απαιτήσεων που θέτει η ενωσιακή νομοθεσία περί ενημερωτικού δελτίου (βλ. σχετικά αιτ. σκ. 36 και άρ. 17 και 18 Οδ. 2003/71/EK). Κατ' αυτόν τον τρόπο, υλοποιείται η θεμελιακή για την ενωσιακή έννομη τάξη αρχή της αμοιβαίας εμπιστοσύνης μεταξύ των κρατών-μελών, η οποία – πέρα από τον τομέα της αστικής δικαιοσύνης<sup>46</sup> – διαδραματίζει

43 M. Weber, NZG 2004, 364. Βλ. γενικά στο πλαίσιο του δικαίου της κεφαλαιαγοράς Ν. Πιμπλή, Οι διασυνοριακές συναλλαγές επί τίτλων, εις 17ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο του Εμπορίου, 2008, σελ. 238.

44 Γενικά επί της θεματικής, βλ. Χ. Τσούκα, Το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο της κοινοτικής εννόμου τάξεως – Προβλήματα και ιδιομορφίες, ΧρΔ 2005, 789-790. Ειδικώς επί της Οδ. 2003/71/EK, βλ. T. Kuntz, Internationale Prospekthaftung nach Inkrafttreten des Wertpapierprospektgesetzes, WM 2007, 436-7· M. Oulds, Prospekthaftung bei grenzüberschreitenden Kapitalmarkttransaktionen, WM 2008, 1575-6.

45 Βλ. στο πεδίο της παροχής επενδυτικών υπηρεσιών αιτ. σκ. 2, 22 και 32, άρ. 13 Οδ. 2004/39/EK. Στο πλαίσιο του δικαίου εποπτείας ιδρυμάτων, βλ. αιτ. σκ. 15 και 19, άρ. 49 Οδ. 2013/36/ΕΕ. Πρβλ. και αιτ. σκ. 7 Οδ. 2004/109/EK.

46 Communication from the Commission, The EU Justice Agenda for 2020 - Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union, COM(2014) 144 final. Βλ. και αιτ. σκ. αρ. 22 Κανονισμός 1346/2000 της 29ης Μαΐου 2000 περί των διαδικασιών αφεργυότητας, ΕΕ L 160 (30.6.2000) 1· αιτ. σκ. αρ. 10, 16-7 Κανονισμός 44/2001 της 22ας Δεκεμβρίου 2000 για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, ΕΕ L 12 (16.1.2001) 1· αιτ. σκ. αρ. 3, 26 Κανονισμός 1215/2012 της 12ης Δεκεμβρίου 2012 για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, ΕΕ L 351 (20.12.2012) 1· ΔΕΚ, Απόφ. 2.5.2006, υπόθ. C-341/04 Eurofood IFSC Ltd, Συλλ. 2006, I-3813, σκ. 40.

κεντρικό ρόλο στο χρηματοπιστωτικό δίκαιο, συνδιαμορφώνοντας το περιεχόμενο της ενιαίας αγοράς κινητών αξιών και συγκεκριμενοποιώντας την υποχρέωση πιστής και ειλικρινούς συνεργασίας μεταξύ των εποπτικών αρχών των κρατών-μελών (άρ. 22 παρ. 2 και 3 Οδ. 2003/71/ΕΚ· άρθρ. 22 Ν. 3401/2005).<sup>47</sup>

Δεδομένου ότι η ρυθμιστική τεχνική των ελευθεριών του ενωσιακού δικαίου έγκειται στην απάλειψη τυχόν περιορισμών, γεγονός που αναπόδραστα συνδέεται με το καταρχήν ρυθμιστικό προβάδισμα της έννομης τάξης του κράτους προέλευσης,<sup>48</sup> καθίσταται επιβεβλημένη η θεσμοθέτηση παραπληρωματικών μέτρων προστασίας της εσωτερικής αγοράς. Ειδικότερα, ο θεμελιακός δικαιοπολιτικός στόχος της ενιαίας αγοράς κινητών αξιών θα κινδύνευε να διασαλευθεί από τον ενδεχόμενο ανταγωνισμό των κρατών-μελών (*race to the bottom*), εφόσον αναγνωρισθεί σε αυτά η απόλυτη αυτονομία προς απορρύθμιση και γενικότερα προς διαμόρφωση του ευνοϊκότερου για τους εκδότες ρυθμιστικού πλαισίου. Για το λόγο αυτό, προκρίνεται το εργαλείο της κανονιστικής ισοδυναμίας των εθνικών έννομων τάξεων, η οποία αποτελεί ακρογωνιαίο λίθο της διαμόρφωσης ενιαίων απαγορευτικών ή επιτακτικών κανόνων (βλ. και Καν. 809/2004). Η κατά τα ανωτέρω ισοδυναμία γίνεται αντιληπτή αφενός ως δικλίδα παροχής συγκεκριμένου ελάχιστου επιπέδου πληροφόρησης των επενδυτών και αφετέρου ως κοστολογική παράμετρος, που κατατείνει στη μείωση του λειτουργικού κόστους συμμόρφωσης των εκδοτών και στην αποτελεσματικότερη λειτουργία των αγορών κινητών αξιών εντός της ΕΕ<sup>49</sup> (βλ. αιτ. σκ. 20 και 30 Οδ. 2003/71/ΕΚ).

### Β. Η εφαρμογή της Οδηγίας 2003/71/ΕΚ επί βιοτικών περιστατικών εντοπιζόμενων σε τρίτες χώρες

Η αρχή του κράτους προέλευσης, όπως αποδεικνύεται στο άρθρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιδ' Οδ. 2003/71/ΕΚ (βλ. και άρθρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιε' Ν. 3401/2005), δεν συνεπάγεται ούτε απολήγει στην απαρέγκλιτη εφαρμογή του δικαίου του κράτους της καταστατικής έδρας του εκδότη. Ως εκ τούτου, δημιουργείται η ανάγκη ρύθμισης περιπτώσεων, όπου ο εκδότης εδρεύει μεν σε τρίτο κράτος, ωστόσο είτε η δημόσια προσφορά είτε η διαπραγμάτευση των υπό κρίση αξιών εντοπίζονται εντός της ΕΕ. Η ρύθμιση του συγκεκριμένου θέματος πρέπει να συνδεθεί με τη σύννομη άσκηση των εξωτερικών αρμοδιοτήτων των ενωσιακών οργάνων, ήτοι εν προκειμένω την άσκηση της νομοθετικής λειτουργίας ως προς διαφορές που παρουσιάζουν σημεία επαφής με τρίτα κράτη. Συναφώς, προκρίνεται (βλ. αιτ. σκ. 22 και 36 Οδ. 2003/71/ΕΚ) η δι-

47 Πρβλ. Χ. Γκόρτσ, Εισαγωγή στο Διεθνές Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο, σελ. 268 επ.

48 Βλ. Χ. Τσούκα, ΧρΔ 2005, 795-7· J. Basedow, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, RabelsZ 1995, 1.

49 Ομοίως και αιτ. σκ. 1 και 20 Οδ. 2004/109/ΕΚ· αιτ. σκ. 2, 3 και 10 Οδ. 2001/34/ΕΚ.

ευκόλυνση της πραγματοποίησης διασυνοριακών προσφορών με την υιοθέτηση της ενιαίας δέσμης προτύπων γνωστοποίησης που έχει εκπονηθεί από τη Διεθνή Οργάνωση Επιτροπών Εποπτείας Χρηματιστηρίων (International Organization of Securities Commissions – *IOSCO*). Το γεγονός αυτό κατ' ουσίαν συνεπάγεται την πρόβλεψη κανόνων αναφορικά τόσο με την έγκριση όσο και με την εφαρμογή της έννομης τάξης του κράτους-μέλους καταγωγής κατά την έννοια του άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιγ' υποστοιχ. ιiii Οδ. 2003/71/ΕΚ και άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιδ' Ν. 3401/2005.

Η συγκεκριμένη μορφή δικαιοκίνησης ομοιομορφοποίησης διασφαλίζει το ελάχιστο επίπεδο προστασίας των εγκατεστημένων εντός της ΕΕ επενδυτών και αποτρέπει κανονιστικές αρρυθμίες που ανάγονται στην εφαρμογή του δικαίου του κράτους σύστασης του εκδότη.<sup>50</sup> Στο πλαίσιο αυτό, υπενθυμίζεται η ευρύτερη ρυθμιστική εμβέλεια της ελευθερίας κεφαλαίων σε σχέση με τις λοιπές ελευθερίες του πρωτεύοντος ενωσιακού δικαίου, δεδομένου ότι σύμφωνα με το άρ. 63 ΣυνθΛΕΕ η πρώτη καταλαμβάνει τους περιορισμούς στις κινήσεις κεφαλαίων ή στις πληρωμές τόσο μεταξύ των κρατών-μελών όσο και εν αναφορά προς τρίτες χώρες.<sup>51</sup> Συναφώς, το ΔΕΚ<sup>52</sup> υπογραμμίζει ότι η απελευθέρωση των κινήσεων κεφαλαίων από και προς τις τρίτες χώρες επιδιώκει, μεταξύ άλλων, τη διασφάλιση της αξιοπιστίας του ενιαίου νομίσματος στις παγκόσμιες αγορές και τη διατήρηση παγκοσμίου βεληνεκού χρηματοοικονομικών κέντρων εντός των κρατών-μελών. Τούτο φυσικά δεν συνεπάγεται ότι τα κράτη-μέλη επέλεξαν κατά τη θεσμοθέτηση της εν λόγω ελευθερίας την τήρηση των αυτών διατυπώσεων τόσο για τις κινήσεις κεφαλαίων στο εσωτερικό της ΕΕ όσο και για τις κινήσεις κεφαλαίων από και προς τις τρίτες χώρες. Συνεπώς, η άσκηση της προκείμενης κανονιστικής αρμοδιότητας από τον ενωσιακό νομοθέτη λειτουργεί παραπληρωματικά, διευκολύνοντας την πραγμάτωση του υπό κρίση δικαιώματος.

#### IV. Η συγκεκριμενοποίηση της εφαρμοστέας εθνικής νομοθεσίας επί αστικών αξιώσεων στο πλαίσιο της ΕΕ

##### Α. Γενικές παρατηρήσεις

Από τις ανωτέρω παρατηρήσεις εξάγεται το συμπέρασμα ότι ενώ η κατίσχυση της Οδ. 2003/71/ΕΚ με τα μέσα του διοικητικού δικαίου ερείδεται επί της αρχής του κράτους προέλευσης υπό την έννοια της πρόβλεψης του «ενιαίου διαβατη-

50 Βλ. και αιτ. σκ. 25 και 41 Οδ. 2004/109/ΕΚ· αιτ. σκ. 3 και 25 Οδ. 2004/25/ΕΚ· αιτ. σκ. 3, 18 και 30 Οδ. 2001/34/ΕΚ.

51 Βλ. ΔΕΚ, Απόφ. 13.5.2003, υπόθ. C-98/01 *Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, Συλλ. 2003, I-4641, σκ. 38· ΔΕΚ, Απόφ. 4.6.2002, υπόθ. C-483/99 *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, Συλλ. 2002, I-4781, σκ. 35· Ε. Παλιού, Άρ. 63 ΣυνθΛΕΕ, εις Β. Χριστιανό (Επ.), Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ, 2012, σελ. 389-390 αρ. 5· Χ. Ταγαρά/Μ. Μενγκ-Παπαντώνη, Η κατ' άρθρο 26.2 ΣΛΕΕ εσωτερική αγορά, 2013, σελ. 222.

52 ΔΕΚ, Απόφ. 18.12.2007, υπόθ. C-101/05 *Skatteverket κατά A*, Συλλ. 2007, I-11531, σκ. 31.



ρίου», το καθεστώς αστικής ευθύνης έγκειται στην εισαγωγή ελάχιστων ρυθμίσεων – ιδίως εν αναφορά προς τον ορισμό των υπευθύνων και άρα παθητικώς νομιμοποιούμενων προσώπων – οι οποίες οφείλουν να εξειδικευθούν από την εθνική νομοθεσία των κρατών-μελών, λαμβάνοντας υπόψη τις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας<sup>53</sup>.<sup>54</sup> Η συγκεκριμένη ασυμμετρία<sup>55</sup> αναφορικά με την εφαρμοστέα νομοθεσία δημιουργεί την ανάγκη συγκεκριμενοποίησης των κρίσιμων κανόνων σύγκρουσης. Το εν λόγω ζήτημα αποκτά πρόσθετη σπουδαιότητα υπό το πρίσμα των ενωσιακών Κανονισμών Ρώμη Ι (εφεξής: *ΚανP Ι*)<sup>56</sup> και Ρώμη ΙΙ (εφεξής: *ΚανP ΙΙ*),<sup>57</sup> οι οποίοι αφορούν το εφαρμοστέο δίκαιο επί συμβατικών και εξωσυμβατικών ενοχών αντίστοιχα.

Στο πλαίσιο αυτό, ανακύπτει με ιδιαίτερη ένταση η σύγκρουση διαφορετικών δικαιοπολιτικών στόχων, που αποτελούν ουσιοδέστες παραμέτρους της πολιτικής ολοκλήρωσης των ευρωπαϊκών κεφαλαιαγορών. Αφενός, η αρχή του κράτους προέλευσης υπηρετείται μόνο περιορισμένα από την αποσπασματική ομοιομορφοποίηση της αστικής ευθύνης λόγω παραβάσεων της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου.<sup>58</sup> Αφετέρου, η προστασία των επενδυτών, η οποία εξυπηρετείται αποτελεσματικότερα από την εφαρμογή του δικαίου εγκατάστασης αυτών (ενδεχομένως υπό την έννοια του κράτους υποδοχής), δυσχερώς συμβιβάζεται με την ανάγκη προβλεψιμότητας ως προς την έκταση της ευθύνης των (έστω δυνητικά) εμπλεκόμενων αστικά υπεύθυνων προσώπων, τα οποία ασφαλώς προκρίνουν την εφαρμογή μιας και μόνης εθνικής έννομης τάξης.<sup>59</sup> Εξάλλου και ο διακηρυγμένος από την εκτεθείσα νομολογία του ΔΕΚ σκοπός της διατήρησης παγκοσμίου βεληνεκού χρηματοοικονομικών κέντρων εντός των κρατών-μελών αντίκειται στον κατακερματισμό των δυνάμενων να τύχουν εφαρμογής εθνικών κανόνων.

Ενόψει τούτων, σημαντική μερίδα της θεωρίας<sup>60</sup> προστρέχει στους κανόνες του άρ. 23 ΚανP Ι ή του άρ. 27 ΚανP ΙΙ, προκειμένου να διαγνώσει στην Οδ. 2003/71/ΕΚ κά-

53 Έτσι ρητώς στο πλαίσιο της Οδ. 2004/39/ΕΚ ΔΕΚ, Απόφ. 30.5.2013, υπόθ. C-604/11 *Genil 48 SL*, αδημ., σκ. 57.

54 Βλ. ΔικΕΕ, Απόφ. 30.6.2011, υπόθ. C262/09 *Meilicke*, Συλλ. 2011, I-5669, σκ. 55· ΔΕΚ, Απόφ. 24.3.2009, υπόθ. C445/06 *Danske Slagterier*, Συλλ. 2009, I2119, σκ. 31· ΔΕΚ, Απόφ. 7.6.2007, συνεκδ. υποθ. C222/05 έως C225/05 *van der Weerd*, Συλλ. 2007, I4233, σκ. 28· ΔΕΚ, Απόφ. 22.10.1998, συνεκδ. υποθ. C-10/97 έως C-22/97 *IN. CO. GE. '90*, Συλλ. 1998, I6307, σκ. 25.

55 Βλ. και Δ. *Αυγινίδης*, ΕπισκΕΔ 2007, 21-2· *J. von Hein*, Verstärkung des Kapitalanlegerschutzes: Das Europäische Zivilprozessrecht auf dem Prüfstand, *EuZW* 2011, 369· *P. Papanikolaou/D. Liappis*, Die neue Prospekthftung in Griechenland, *eis Festschrift K. Hopt*, 2010, σελ. 3237· *M. Oulds*, *WM* 2008, 1578-1580· *W.G. Ringe/A. Hellgardt*, The international dimension of issuer liability, διαθέσιμο υπό την ιστοσελίδα <http://ssrn.com/abstract=1588112>, σελ. 2-3· *M. Weber*, *NZG* 2004, 366.

56 Κανονισμός 593/2008 της 17ης Ιουνίου 2008 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές (Ρώμη Ι), ΕΕ L 177 (4.7.2008) 6.

57 Κανονισμός 864/2007 της 11ης Ιουλίου 2007 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές (Ρώμη ΙΙ), ΕΕ L 199 (31.7.2007) 40.

58 Βλ. *P. Tschäpe/R. Kramer/O. Glück*, Die Rom II-Verordnung – Endlich ein einheitliches Kollisionsrecht für die gesetzliche Prospekthftung? *RIW* 2008, 657.

59 *C. Weber*, Internationale Prospekthftung nach der Rom II-Verordnung, *WM* 2008, 1581-2.

60 *P. Tschäpe/R. Kramer/O. Glück*, *RIW* 2008, 663 επ. Πρβλ. και *C. Schmitt*, Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Prospekthftung im System der Rom II-Verordnung, *BKR* 2010, 370-1.



ποιο λανθάνοντα κανόνα σύγκρουσης, ο οποίος εισάγει την αρχή του κράτους προέλευσης και ως εκ τούτου αποκλείει την εφαρμογή των εν λόγω Κανονισμών. Ωστόσο, είναι σκόπιμο να τονισθεί ότι το κράτος καταγωγής,<sup>61</sup> σύμφωνα με τη δογματική κατάστρωση τόσο της Οδ. 2003/71/ΕΚ (άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιγ'), όσο και του Ν. 3401/2005 (άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιδ'), δεν συγκεκριμενοποιείται βάσει ορισμένου «αμετάβλητου συνδετικού στοιχείου», αλλήλ ο κανόνας της καταστατικής έδρας του εκδότη υπόκειται σε αποκλίσεις ανάλογα με την άσκηση του οικείου δικαιώματος επιλογής. Έτσι το κράτος-μέλος καταγωγής ενδέχεται – ανάλογα με τις περιστάσεις – να είναι και η χώρα όπου οι υπό κρίση κινητές αξίες εισήχθησαν ή πρόκειται να εισαχθούν προς διαπραγμάτευση ή όπου πραγματοποιείται η δημόσια προσφορά κινητών αξιών. Ως εκ τούτου, ο ευμετάβλητος χαρακτήρας της αρμόδιας αρχής, εφόσον παρέχεται το οικείο δικαίωμα επιλογής στα εμπλεκόμενα πρόσωπα, δυσχερώς συμβιβάζεται με την προστασία των επενδυτών και την αποφυγή της άγρας του ευνοϊκότερου ρυθμιστικού πλαισίου.<sup>62</sup>

Παρά ταύτα, υποστηρίζεται ότι η δικαιοπολιτική στόχευση και το περιεχόμενο της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελήτιου υλοποιούν τις ελευθερίες του ενωσιακού δικαίου και συμβάλλουν καθοριστικά στην ορθή λειτουργία της ευρωπαϊκής εσωτερικής αγοράς, με αποτέλεσμα να αποκλείουν την εφαρμογή των ειδικότερων κανόνων του ΚανP II (βλ. και αιτ. σκ. 35). Το γεγονός αυτό συνεπάγεται την πρόταξη των δικαιοπολιτικών σταθμίσεων του κράτους-μέλους καταγωγής όχι μόνο στο πλαίσιο της εγκριτικής διαδικασίας, αλλήλ και εν αναφορά προς την αστική ευθύνη. Οι ανωτέρω ευχέρειες και αποκλίσεις θεωρούνται δευτερεύουσας σημασίας και σε κάθε περίπτωση όχι καθοριστικές, ώστε να ματαιώσουν το κανονιστικό προβάδισμα της έννομης τάξης, βάσει της οποίας χορηγήθηκε η έγκριση του εκάστοτε ενημερωτικού δελήτιου (*Ort der Prospektzulassung*).<sup>63</sup>

Ανεξαρτήτως της δικαιοπολιτικής λησιτελείας της εν λόγω προσέγγισης, φαίνεται εξαιρετικά παρακινδυνευμένη η ανάγνωση λανθανόντων κανόνων σύγκρουσης στο κείμενο της Οδ. 2003/71/ΕΚ.<sup>64</sup> Η αναφορά της αιτ. σκ. 35 ΚανP II σε διατάξεις, οι οποίες δεν μπορούν να εφαρμοσθούν σε συνδυασμό με το δίκαιο που ορίζεται δυνάμει του ΚανP II, δεν φαίνεται *a priori* πληρωθείσα στο πλαίσιο της υπό εξέταση μορφής ευθύνης. Προς τούτο συνηγορεί και ο πολιτικός συμβιβασμός ως προς την εν λόγω διατύπωση κατά τις νομοπαρασκευαστικές εργασίες

61 Βλ. ωστόσο την κριτική του *M. Lehmann*, IPRax 2012, 403. Για την εν γένει κριτική στην αρχή του κράτους προέλευσης, βλ. *E. Σπινέλη*, Άρθρο 27 ΚανP II, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών – Κατ' άρθρον ερμηνεία του Κανονισμού 864/2007 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές ("Ρώμη II"), 2014, σελ. 647-649 αρ. 11-4 με περαιτέρω αναφορές.

62 *D. Einsele*, Internationales Prospekthaftungsrecht, ZEuP 2012, 25 επ.: *C. Weber*, WM 2008, 1582-4. Πρβλ. και *A. Junker*, RIW 2010, 264.

63 Βλ. *P. Tschäpe/R. Kramer/O. Glück*, RIW 2008, 665-6. Πρβλ. και *M. Oulds*, WM 2008, 1574· *C. Schmitt*, BKR 2010, 370-1. Αντίθετα *T. Kuntz*, WM 2007, 433.

64 Ομοίως *D. Einsele*, ZEuP 2012, 30 επ.: *A. Junker*, RIW 2010, 261· *M. Lehmann*, Vorschlag für eine Reform der Rom II-Verordnung im Bereich der Finanzmarktdelikte, IPRax 2012, 401.

του ΚανP II.<sup>65</sup> Το συγκεκριμένο συμπέρασμα επιρρωνύεται από την αρχή της ειδικότητας που διαπνέει τα άρ. 23 ΚανP I και άρ. 27 ΚανP II σε συνδυασμό με τη νομολογία *eDate Advertising* (σκ. 53 επ.),<sup>66</sup> όπου το ΔικΕΕ φάνηκε να μην ευνοεί την κατάφαση κάποιου λανθάνοντος κανόνα σύγκρουσης στην Οδ. 2003/71/ΕΚ.<sup>67</sup> Ενόψει τούτων, ορθότερη και δογματικά συνεπέστερη φαίνεται η αναζήτηση των κρίσιμων κανόνων σύγκρουσης στο πλαίσιο του ΚανP I ή του ΚανP II. Ειδικότερα, η προσήκουσα ερμηνεία<sup>68</sup> των εκεί διαλαμβανόμενων συνδυαστικών στοιχείων και η αξιοποίηση των περιθωρίων ευελιξίας των οικείων κανόνων δύνανται να υλοποιήσουν τους ανωτέρω δικαιοπολιτικούς στόχους. Η φειδώ και ο αυτοπεριορισμός του ενωσιακού νομοθέτη ως προς την εφαρμοστέα εθνική νομοθεσία επί αδικπραξιών και γενικότερα επί της αστικής ευθύνης στο δίκαιο της κεφαλαιαγοράς φαίνεται να επιβάλλει την κατάφαση κανόνων σύγκρουσης μόνο σε εκείνες τις περιπτώσεις, όπου τούτοι έχουν ρητώς προβλεφθεί.<sup>69</sup>

Χάριν πληρότητας, επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διαπιστώσεις αφορούν αποκλειστικά την αστική ευθύνη, δεδομένου ότι το ζήτημα των διοικητικών κυρώσεων ρυθμίζεται αποκλειστικά από την Οδ. 2003/71/ΕΚ και εκφεύγει του πεδίου εφαρμογής των ΚανP I και ΚανP II.<sup>70</sup> Επιπλέον, οι εν λόγω αναφορές δεν καταλαμβάνουν τις παραλλήλως εφαρμοζόμενες, δυνάμει της αιτ. σκ. 15 Οδ. 2003/71/ΕΚ, εθνικές διατάξεις (όπως πχ. τη νομοθεσία προστασίας καταναλωτή, την ευθύνη του παρόχου επενδυτικών υπηρεσιών ή το δίκαιο εποπτείας πιστωτικών ιδρυμάτων).<sup>71</sup> Ως προς τα συγκεκριμένα ζητήματα, η υφιστάμενη παραπληρωματική σχέση συνεπάγεται την παράλληλη εφαρμογή διαφορετικών κανόνων σύγκρουσης.

## Β. Συμβατικός ή εξωσυμβατικός νομικός χαρακτηρισμός

Προκριματικό ζήτημα κατά το νομικό χαρακτηρισμό της αστικής ευθύνης λόγω παράβασης της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου αποτελεί η δογματική ένταξή της υπό το δίκαιο των αξιογράφων. Η εν λόγω προσέγγιση θα απέληγε κατ' ουσίαν στην

65 J. von Hein, Die Internationale Prospekthaftung im Lichte der Rom II-Verordnung, eis Beiträge K. Hopt, 2008, σελ. 385-387.

66 Πρβλ. και στον τομέα του τραπεζικού δικαίου και ιδίως εν αναφορά προς την εγγύηση καταθέσεων ΔΕΚ, Απόφ. 13.5.1997, υπόθ. C-233/94 *Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας κατά Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου της ΕΕ*, Συλλ. 1997, I-2405, σκ. 64-5.

67 Βλ. και Ε. Σπινέλλη, Άρθρο 12 ΚανP II, eis Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών – Κατ' άρθρον ερμηνεία του Κανονισμού 864/2007 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές ("Ρώμη II"), 2014, σελ. 437 αρ. 47· C. Weber, Internationale Prospekthaftung nach der Rom II-Verordnung, WM 2008, 1582-4.

68 Για την ανάγκη επιλογής της ερμηνευτικής εκείνης εκδοχής που αρμόζει σε έκαστη μορφή αδικπρακτικής ευθύνης (*deliktstyporientierte Konkretisierung*), βλ. J. von Hein, Deliktischer Kapitalanlegerschutz im europäischen Zuständigkeitsrecht, IPRax 2005, 22.

69 Βλ. πχ. άρ. 3 παρ. 1 Ν. 3461/2006, το οποίο μεταφέρει στην ελληνική έννομη τάξη τη ρύθμιση του άρ. 1 παρ. 1 Οδ. 2004/25/ΕΚ. Πρβλ. και άρ. 41 παρ. 2 Ν. 3606/2007, το οποίο μεταφέρει την πρόβλεψη του άρ. 36 παρ. 4 Οδ. 2004/39/ΕΚ.

70 Πρβλ. και D. Einsele, ZEuP 2012, 24-5.

71 Βλ. και J.R. Elsen/L. Jäger, Revision der Prospekttrichtlinie? BKR 2008, 463.

άρνηση της εφαρμογής των ΚανP I και ΚανP II, αφού αμφότεροι εξαιρούν από το πεδίο εφαρμογής τους τις «*ενοχές που απορρέουν από συναλληλαγματικές, επιταγές, γραμμάτια σε διαταγή και άλλα αξιόγραφα, κατά το μέτρο που οι ενοχές πηγάζουν από τον χαρακτήρα τους ως αξιογράφων*» (άρ. 1 παρ. 2 στοιχ. δ' και άρ. 1 παρ. 2 στοιχ. γ' αντίστοιχα). Παρότι ο ενωσιακός νομοθέτης δεν προβάζει σε αυτόνομο ορισμό της έννοιας του αξιογράφου (έγχартου ή ενδεχομένως και ηλεκτρονικού),<sup>72</sup> κρίσιμη για την ενεργοποίηση της προκείμενης εξαίρεσης οφείλει να είναι η διάγνωση του ουσιώδους συνδέσμου ανάμεσα στην παράβαση της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου και στο διαπραγματεύσιμο χαρακτήρα των εκάστοτε κινητών αξιών.<sup>73</sup> Τούτο δεν συμβαίνει, αφού οι προκείμενες διαφορές ουδόλως σχετίζονται με τα δικαιικά εργαλεία ή τους εν γένει μηχανισμούς που αφορούν τη μεταβιβασιμότητα των τίτλων ή των κινητών αξιών.<sup>74</sup>

Αναφορικά με τη διάγνωση συμβατικής ή εξωσυμβατικής ενοχής,<sup>75</sup> προκειμένου να προσδιορισθεί η *in concreto* εφαρμογή του ΚανP I ή του ΚανP II, κρίσιμη θα είναι η προσφυγή στη νομολογία επί των δικαιοδοτικών βάσεων του άρ. 5 σημ. 1 και 3 Καν. 44/2001<sup>76</sup> (βλ. και αιτ. σκ. 7 ΚανP I και ΚανP II<sup>77</sup>), όπου γίνεται δεκτή η σχέση αλληλοαποκλεισμού μεταξύ των εν λόγω ενοχών.<sup>78</sup> Ως εκ τούτου, υφίσταται εξωσυμβατική ενοχή, εφόσον το αντικείμενο της αγωγής δεν ερείδεται επί κάποιας ελευθέρως αναληφθείσας υποχρέωσης του εναγομένου έναντι του αντισυμβαλλομένου αυτού,<sup>79</sup>

72 Επί της συγκεκριμένης θεματικής, βλ. Χ. Λιβαδά, Εισαγωγή στις διεθνείς τραπεζικές συναλλαγές, 2008, σελ. 96-97· Δ.Π. Τζάκας, Άρθρο 1 ΚανP II, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκας (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών – Κατ' άρθρον ερμηνεία του Κανονισμού 864/2007 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές ("Ρώμη II"), 2014, σελ. 69-70 αρ. 78-81 με περαιτέρω αναφορές.

73 Βλ. Σ. Βρέλλιη, Η Σύμβαση της Ρώμης (19.6.1980) για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές και το άρθρο 25 ΑΚ, ΝοB 2000, 420· Ι. Bach, Art. 1 Rome II, εις P. Huber (Ed.), Rome II Regulation, 2011, σελ. 48 αρ. 42· K. Thorn, Art 1 Rom II, εις O. Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 71n έκδ. 2012, σελ. 2637 αρ. 10· H. Unberath/J. Cziupka, Art 1 Rom II-VO, εις T. Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Rom I-VO, Rom II-VO, 2011, σελ. 670 αρ. 36. Ομοίως η Έκθεση των καθηγητών Giuliano και Lagarde, EE C 282 (31.10.1980) 1, επί του άρ. 1 παρ. 4 της Σύμβασης της Ρώμης.

74 Στο ίδιο συμπέρασμα Ε. Σπινέλλης, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκας (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 436 αρ. 47· D. Einsele, ZEuP 2012, 28· J. von Hein, εις Beiträge K. Hopt, σελ. 379-381· A. Junker, RIW 2010, 262· M. Lehmann, IPRax 2012, 400· W.G. Ringe/A. Hellgardt, The international dimension of issuer liability, σελ. 21-22· C. Schmitt, BKR 2010, 368· P. Tschäpe/R. Kramer/O. Glück, RIW 2008, 660-1· C. Weber, WM 2008, 1584.

75 Για τη συγκριτικοδικαιική ανάλυση ως προς την ιδιωτικοδιεθνολογική μεταχείριση της εν λόγω μορφής ευθύνης, βλ. W.G. Ringe/A. Hellgardt, The international dimension of issuer liability, σελ. 13 επ.

76 Βλ. και τον Καν. 1215/2012, ο οποίος αντικατέστησε τον Καν. 44/2001 από την 10.1.2015.

77 Βλ. Α. Μεταλήνιο, Άρθρο 4 ΚανP II, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκας (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών – Κατ' άρθρον ερμηνεία του Κανονισμού 864/2007 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές ("Ρώμη II"), 2014, σελ. 139 αρ. 5 επ· Δ.Π. Τζάκας, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκας (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 16 αρ. 11 επ.

78 Βλ. ενδεικτικά ΔικΕΕ, Απόφ. 13.3.2014, υπόθ. C548/12 *M. Brogsitter*, αδημ., σκ. 20-1, 27· ΔικΕΕ, Απόφ. 18.7.2013, υπόθ. C147/12 *ÖFAB Östergötlands Fastigheter*, αδημ., σκ. 32· ΔΕΚ, Απόφ. 17.9.2002, υπόθ. C-334/00 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi*, Συλλ. 2002, I-7357, Συλλ. 2002, I-7357, σκ. 19-23· ΔΕΚ, Απόφ. 27.10.1998, υπόθ. C-51/97 *Reunion européenne*, Συλλ. 1998, I-6511, σκ. 15-7, 21-3· ΔΕΚ, Απόφ. 17.6.1992, υπόθ. C-26/91 *Handte*, Συλλ. 1992, I-3967, σκ. 10, 15· ΔΕΚ, Απόφ. 27.9.1988, υπόθ. 189/87 *Καλφρέιλις*, Συλλ. 1988, 5565, σκ. 15-8. Βλ. επίσης ΑΠ 1738/2009, ΕφαΔ 2010, 439· BGH, Urt. v. 27.5.2008, IPRax 2009, 150-1.

79 Βλ. ενδεικτικά ΔικΕΕ, Απόφ. *M. Brogsitter*, σκ. 21-7· ΔικΕΕ, Απόφ. *ÖFAB Östergötlands Fastigheter AB*, σκ. 33· ΔΕΚ, Απόφ. 20.1.2005, υπόθ. C-27/02 *Engler*, Συλλ. 2005, I-481, σκ. 50-1· ΔΕΚ, Απόφ. 5.2.2004, υπόθ. C-265/02 *Frahul*, Συλλ. 2004, I-1543, σκ. 22-4· ΔΕΚ, Απόφ. *Tacconi*, σκ. 19-23· ΔΕΚ, Απόφ. *Handte*, σκ. 15· ΔΕΚ, Απόφ. 8.3.1988, υπόθ. 9/87 *Arcado/Haviland*, Συλλ. 1988, 1539, σκ. 10-5.

καθώς επίσης υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύεται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ζημίας και του γεγονότος από το οποίο απορρέει η ζημία αυτή.<sup>80</sup> Αντιθέτως, κρίσιμες περιστάσεις για την κατάφαση συμβατικής ενοχής αποτελούν (α) η διάγνωση συμβατικού δεσμού μεταξύ των διάδικων μερών, (β) η εκούσια ανάληψη συγκεκριμένης υποχρέωσης, η οποία έχει ως αντικείμενο συγκεκριμένη παροχή και (γ) το γεγονός ότι η εν λόγω υποχρέωση συνιστά τη νομική βάση του αγωγικού αιτήματος.<sup>81</sup> Ενόψει τούτων, οι παραβάσεις της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου ερείδονται κατά κύριο λόγο στην αυθεντική αποδελητίωση στο νόμο των υποχρεώσεων αναφορικά με την πληρότητα και την ορθότητα των δημοσιευόμενων πληροφοριών, παρά στον εκούσιο ή συμβατικό χαρακτήρα τούτων. Ιδιαίτερης σημασίας είναι η απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση *Tacconi*,<sup>82</sup> όπου το Δικαστήριο έκανε δεκτό τον εξωσυμβατικό χαρακτήρα της ευθύνης κατά τις διαπραγματεύσεις, επισημαίνοντας αφενός την έλλειψη κάποιας ελευθέρως αναληφθείσας δεσμεύσεως και αφετέρου το έρεισμα της υποχρέωσης ενέργειας των μερών βάσει της αρχής της καλής πίστωσης, το οποίο εντοπίζεται σε δικαιοτικούς κανόνες και όχι στην ερμηνεία της τυχόν υφιστάμενης ή σκοπούμενης σύμβασης.<sup>83</sup> Στο αυτό συμπέρασμα καταλήγει με λιακωνική επιχειρηματολογία το ΔικΕΕ στην πολύ πρόσφατη απόφαση *Kolassa*.<sup>84</sup> Εξάλλου, η εκουσίως τελεσθείσα πράξη της έκδοσης ενημερωτικού δελτίου δυσχερώς θα μπορούσε να εξομοιωθεί ενόψει της τυπολογίας και του περιεχομένου αυτής με ενέργεια δυνάμενη να αποτελέσει δέσμευση επιβάλλουσα στο συντάκτη υποχρεώσεις ανάλογες προς εκείνες ορισμένης σύμβασης.<sup>85</sup>

Η εφαρμογή του ΚανΠ ΙΙ οδηγεί στο ερώτημα της συστηματικής κατάταξης της ευθύνης λόγω παραβάσεων της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου υπό την κατηγορία των αδικοπραξιών (άρ. 4) ή της ευθύνης κατά τις διαπραγματεύσεις (*Culpa in contrahendo*, άρ. 12). Η προκείμενη θεματική συνδέεται αναπόδραστα με την εσωτερική κατανομή ύλης στο πλαίσιο του ΚανΠ ΙΙ, όπου οι καταλαμβανόμενες εξωσυμβατικές ενοχές κατατάσσονται με αυτόνομα κριτήρια σε τέσσερις βασικές κατηγορίες, ήτοι ενοχές εξ αδικοπραξίας, αδικαιολόγητου πλουτισμού, διοίκησης αλλοτρίων ή ευθύ-

80 ΔικΕΕ, Απόφ. *ÖFAB Östergötlands Fastigheter*, σκ. 34· ΔΕΚ, Απόφ. 16.7.2009, υπόθ. C-189/08 *Zuid-Chemie*, Συλλ. 2009, I-6917, σκ. 28· ΔΕΚ, Απόφ. 5.2.2004, υπόθ. C-18/02 *DFDS Torline A/S*, Συλλ. 2004, I-1417, σκ. 32, 34· ΔΕΚ, Απόφ. 30.11.1976, υπόθ. 21/76 *Mines de Potasse d'Alsace*, Συλλ. Ειδ.εκδ. 1976, 613.

81 Βλ. και ΔικΕΕ, Απόφ. *M. Brogitter*, σκ. 21-7, 29· Ε. Βασιλάκη, Ειδικές βάσεις διεθνούς δικαιοδοσίας επί διαφορών από σύμβαση και αδικοπραξία, 2004, σελ. 36 επ.

82 ΔΕΚ, Απόφ. 17.9.2002, υπόθ. C-334/00 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA*, Συλλ. 2002, I-7357. Βλ. σχετικά Α. Μπώλλο, Προσυμβατική ευθύνη και εφαρμοστέο δίκαιο μετά τον Κανονισμό 864/2007 ("Ρώμη ΙΙ"), ΧρΔ 2009, 588-9· P. Mankowski, Die Qualifikation der culpa in contrahendo, IPRax 2003, 127· C. Schmitt, BKR 2010, 367-8· I. Thoma, Culpa in Contrahendo in the Rome II Regulation, RHDl 2008, 675-6.

83 Στο ίδιο συμπέρασμα D. Einsele, ZEuP 2012, 26-7· J. von Hein, eis Beiträge K. Hopt, σελ. 375, 378· J. von Hein, EuZW 2011, 372· P. Tschäpe/R. Kramer/O. Glück, RfW 2008, 660· C. Schmitt, BKR 2010, 367-8· C. Weber, WM 2008, 1584-5· W. Wurmnest, Art. 4 Rom II-VO, eis I. Ludwig (Hrsg.), Juris PraxisKommentar, BGB, τόμ. 6, Internationales Privatrecht, 5η έκδ. 2011, σελ. 920-921 αρ. 65. Πρβλ. και Ε. Βασιλάκη, Ειδικές βάσεις διεθνούς δικαιοδοσίας, σελ. 56-58.

84 ΔικΕΕ, Απόφ. 28.1.2015, υπόθ. C-375/13 *H. Kolassa κατά Barclays Bank plc*, αδημ., σκ. 41, 44.

85 Πρβλ. ΔΕΚ, Απόφ. 20.1.2005, υπόθ. C-27/02 *P. Engler κατά Janus Versand*, Συλλ. 2005, I-481, σκ. 56.

νης κατά τις διαπραγματεύσεις.<sup>86</sup> Πέραν της ποικιλομορφίας των εθνικών προσεγγίσεων αναφορικά με την ουσιαστικού δικαίου θεώρηση της ευθύνης επί παραβάσεων της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου,<sup>87</sup> κρίσιμη φαίνεται εν προκειμένω η προεκτεθείσα απόφαση *Tacconi*. Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι κατ' αναλογία προς τα ισχύοντα επί της ευθύνης γνωμοδοτούντων ή εμπειρογνομόνων υφίσταται εν προκειμένω μια νομικώς προστατευόμενη σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ του εκδότη του ενημερωτικού δελτίου και του εκάστοτε επενδυτή.<sup>88</sup>

Από την άλλη πλευρά, όμως, είναι παρακινδυνευμένη η γενικόλογη κατάφαση της κατάρτισης συμβατικής σχέσης μεταξύ των υπεύθυνων προσώπων του άρ. 6 Οδ. 2003/71/ΕΚ και του επενδυτή. Πραγματικά, η ratio του άρ. 12 ΚανP II συνίσταται στην αποφυγή ρυθμιστικών ασυνεπειών κατά το προσυμβατικό στάδιο ανάλογα με την κατάφαση της σύναψης ή όχι συγκεκριμένης συμβατικής σχέσης. Ως εκ τούτου, η εν λόγω διάταξη λειτούργει μάλλον παραπληρωματικά προς τον ΚανP I, προκειμένου να επιτευχθεί η εφαρμογή της αυτής έννομης τάξης.<sup>89</sup> Κατά συνέπεια και ενόψει της συχνής απουσίας κάποιου συμβατικού δεσμού μεταξύ των ευθυνόμενων προσώπων και του εκάστοτε επενδυτή, φαίνεται ορθότερη η συστηματική ένταξη της εξεταζόμενης μορφής ευθύνης υπό τη γενικότερη κατηγορία των αδικοπραξιών, δεδομένου ότι έμφαση δίνεται όχι στις τυχόν εκούσιες δεσμεύσεις που ανέλαβε κάποιο από τα εμπλεκόμενα μέρη έναντι του άλλου, αλλά κατά κύριο λόγο στην προστατευόμενη εμπιστοσύνη ενός απεριόριστου αριθμού προσώπων (*Jedermannspflichten*) στην αλήθεια, τη σαφήνεια και την ορθότητα των περιεχόμενων στο ενημερωτικό δελτίο πληροφοριών (πρβλ. και αιτ. σκ. 30 ΚανP II).<sup>90</sup>

## Γ. Ο τόπος επέλευσης της ζημίας και τα λοιπά κρίσιμα συνδετικά στοιχεία του Κανονισμού Ρώμη II

Η προσφυγή στο γενικό κανόνα του άρ. 4 ΚανP II αναφορικά με τον εντοπισμό της εφαρμοστέας εθνικής έννομης τάξης, η οποία θα διέπει την αστική ευθύνη λόγω παραβάσεων της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου, συνεπάγεται την ανάγκη ερ-

86 Α. Μεταλληνός, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 139-140 αρ. 6· Δ.Π. Τζάκας, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 42-43 αρ. 12-3.

87 Βλ. σχετικά τη συγκριτικοδικαιική παρουσίαση της εν λόγω μορφής αστικής ευθύνης που παρατίθεται στο συλλογικό έργο των K. Hopt/H.C. Voigt (Hrsg.), *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung: Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA*, 2005, σελ. 187 επ.

88 Βλ. και Ε. Σπινέλλη, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 436-437 αρ. 45, 47.

89 D. Einsele, *Auswirkungen der Rom I-Verordnung auf Finanzdienstleistungen*, WM 2009, 289· I. Thoma, RHDI 2008, 677-680. Πρβλ. και Ε. Βασιλακάκη, Ειδικές βάσεις διεθνούς δικαιοδοσίας, σελ. 56-58· Α. Μπώλο, ΧρΙΔ 2009, 589-592.

90 Ομοίως Α. Μεταλληνός, Τα ομολογιακά δάνεια κατά το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, εις 17ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο του Εμπορίου, 2008, σελ. 134-135· D. Einsele, ZEuP 2012, 26-7· A. Junker, RIW 2010, 261-2· C. Schmitt, BKR 2010, 369· P. Tschäpe/R. Kramer/O. Glück, RIW 2008, 660, 662-3· C. Weber, WM 2008, 1584-5.

μηνείας του κρίσιμου συνδεδετικού στοιχείου, ήτοι του τόπου επέλευσης της ζημίας. Λαμβάνοντας υπόψη την προέλευση του προκείμενου συνδέσμου από τη νομολογία του ΔΕΚ επί του άρ. 5 σημ. 3 Καν. 44/2001, καθώς επίσης την ανάγκη ομοιόμορφης ερμηνείας ιδιωτικού διεθνούς και διεθνούς δικονομικού δικαίου (βλ. προς τούτο αιτ. σκ. 7 ΚανP II), προκρίνεται η υιοθέτηση των αυτών παραδοχών.

Δεδομένου του μεγάλου όγκου της οικείας νομολογίας, επισημαίνεται επιγραμματικά ότι ως προς την ερμηνεία του συγκεκριμένου συνδεδετικού στοιχείου το ΔΕΚ ομιλεί για τον τόπο, στον οποίο «*το γενεσιουργό της ζημίας γεγονός, που επισύρει την εξ αδικοπραξίας ή οιονεί αδικοπραξίας ευθύνη του δράστη, παρήγαγε ζημιογόνα αποτελέσματα έναντι του παθόντος.*»<sup>91</sup> Προς το σκοπό αποφυγής της υπέρμετρα διασταλτικής ερμηνείας του εν λόγω όρου, επιχειρείται ο εννοιολογικός περιορισμός με αναφορά στον τόπο της «*πρώτης εμφάνισης των ζημιογόνων αποτελεσμάτων*» (*Erstschaden*).<sup>92</sup> Η συγκεκριμένη περιοριστική προσέγγιση επιχειρείται με βάση το κριτήριο της αμεσότητας τόσο σε υποκειμενική όσο και σε αντικειμενική διάσταση.

Σημαντική ερμηνευτική καθοδήγηση παρέχει η απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση *Kronhofer*<sup>93</sup> με αντικείμενο την περιουσιακή ζημία λόγω αδικοπραξίας, η οποία συνίστατο στην τηλεφωνική προτροπή του ενάγοντος, όπως προβεί στην επένδυση των αποταμιεύσεών του σε κινητές αξίες. Αξιοσημείωτο είναι συναφώς το γεγονός ότι το επενδυθέν χρηματικό ποσό μεταβιβάστηκε από την Αυστρία (τόπος κατοικίας του ενάγοντος) αρχικά στη Γερμανία, όπου η διαχειρίστρια εταιρία διατηρούσε τραπεζικό λογαριασμό, προτού τοποθετηθεί σε κινητές αξίες, οι οποίες τύχχαναν διαπραγματεύσεως στο χρηματιστήριο αξιών του Λονδίνου. Ενόψει των ανωτέρω βιολογικών περιστατικών, το αυστριακό Ακυρωτικό έθεσε το προδικαστικό ερώτημα εάν ο τόπος επέλευσης της ζημίας στο πλαίσιο του άρ. 5 σημ. 3 Καν. 44/2001 θα μπορούσε να τύχει τόσο ευρείας ερμηνείας, ώστε να περιλαμβάνει τον τόπο κατοικίας του ενάγοντος και, επομένως, τον τόπο όπου εντοπίζεται το επίκεντρο της περιουσίας του (*Vermögenszentrale*). Το ΔΕΚ απέρριψε την εν λόγω προσέγγιση,<sup>94</sup> εμμένοντας στην αρχή της στενής ερμηνείας των ειδικών δικαιοδοτικών βάσεων, αλλήλ και στην αναγκαιό-

91 ΔΕΚ, Απόφ. *Zuid-Chemie*, σκ. 27· ΔΕΚ, Απόφ. 7.3.1995, υπόθ. C-68/93 *Fiona Shevill*, Συλλ. 1995, I-415, σκ. 28. Πρβλ. επίσης BGH, Urt. v. 24.9.1986, IPRax 1988, 159-162 = NJW 1987, 592-4· Ε. Βασιλάκη, Ειδικές βάσεις διεθνούς δικαιοδοσίας, σελ. 246-248.

92 Βλ. ιδίως ΔΕΚ, Απόφ. *Zuid-Chemie*, σκ. 32· ΔΕΚ, Απόφ. 19.9.1995, υπόθ. C-364/93 *A. Marinari*, Συλλ. 1995, I-2719. Βλ. περαιτέρω ΑΠ 1551/2003, ΧρΙΔ 2004, 350· ΕφΠειρ 347/2000, ΧρΙΔ 2001, 61 παρ. Σ. Σταματοπούλου· Π. Αρβανιτάκη, Η έννοια του «τόπου όπου συνέβη το ζημιογόνο γεγονός» επί σύνθετης αδικοπρακτικής συμπεριφοράς κατά το άρθρο 5 σημ. 3 ΣυμΛογΚανΒρ Ι, ΕΠοΙΔ 2009, 474-6· Ε. Βασιλάκη, Ειδικές βάσεις διεθνούς δικαιοδοσίας, σελ. 218 επ.· J. Dietze/D. Schnichels, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ, EuZW 1996, 458· P. Mankowski, Art. 5, eis U. Magnus/P. Mankowski (Eds.), Brussels I Regulation, 2007, σελ. 203-204 αρ. 233-4· J. von Hein, Deliktischer Kapitalanlegerschutz im europäischen Zuständigkeitsrecht, IPRax 2005, 18.

93 ΔΕΚ, Απόφ. 10.6.2004, υπόθ. C-168/02 *R. Kronhofer*, Συλλ. 2004, I-6009. Βλ. και ΠΠρΑθ 709/1999, ΕΕμΠΔ 2001, 268 = ΝοΒ 1999, 1438· Π. Αρβανιτάκη, ΕΠοΙΔ 2009, 475-6· J. von Hein, EuZW 2011, 370-1· του ιδίου, IPRax 2005, 18 επ.· R. Wagner/K. Gess, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten, NJW 2009, 3482-3.

94 Πρβλ. ωστόσο Α. Μεταλήν, eis Α. Μωήλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 156 αρ. 43.



τητα διάγνωσης ιδιαιτέρως στενού συνδέσμου μεταξύ της εκάστοτε κρινόμενης διαφοράς και των επιλαμβανόμενων δικαστηρίων. Η συγκεκριμένη θεώρηση θα μπορούσε εύλογα να τύχει εφαρμογής *mutatis mutandis* στο πλαίσιο της αστικής ευθύνης επί παραβάσεων της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου.<sup>95</sup>

Συναφώς, το Δικαστήριο θεώρησε ως κρίσιμο τον τόπο, προς τον οποίο έλαβε χώρα η πρώτη «επιλήψιμη» περιουσιακή διάθεση. Έτσι, σύμφωνα με τη σκ. 17 της απόφασης *Kronhofer* «[...] στην υπόθεση της κύριας δίκης τόσο ο τόπος επελέυσεως της ζημίας όσο και ο τόπος όπου συνέβη το γενεσιουργό της ζημίας γεγονός βρίσκονται στη Γερμανία.» Ως εκ τούτου, ο τόπος επέλευσης της ζημίας θα πρέπει να εντοπίζεται στον τόπο της πρώτης κατά τρόπο προβλέψιμο για το ζημιωθέντα πραγματοποιηθείσας περιουσιακής διάθεσης. Στο βαθμό όπου ο ζημιωθείς συνεπεία του πλημμελούς ενημερωτικού σημειώματος παρακινήθηκε στην απόκτηση συγκεκριμένων κινητών αξιών, αποφασιστική σημασία φαίνεται εύλογο να προσδίδεται στο δίκαιο της χώρας όπου εντοπίζεται η οργανωμένη αγορά διαπραγμάτευσης των αξιών.<sup>96</sup> Η συγκεκριμένη επιλογή συνάδει με την απαίτηση προβλεψιμότητας τόσο από την πλευρά του εκδότη, συμπεριλαμβανομένων των υπεύθυνων προσώπων του άρ. 6 Οδ. 2003/71/ΕΚ, όσο και από την πλευρά του ζημιωθέντος, ο οποίος άνευ ετέρου, προστρέχοντας στο ενημερωτικό δελτίο, προσβλέπει στη διαπραγμάτευση των εκάστοτε κρινόμενων κινητών αξιών στην οργανωμένη αγορά συγκεκριμένου κράτους. Προς τούτο συνηγορεί και το γεγονός ότι ο υπολογισμός της έκτασης και του ύψους της αποκαταστατέας ζημίας θα λάβει χώρα δυνάμει προσφυγής στις διακυμάνσεις της τιμής των αποκτηθεισών κινητών αξιών στην εν λόγω αγορά.<sup>97</sup>

Αυτή η θεώρηση, ωστόσο, φαίνεται να έχει ανατραπεί από το ΔικΕΕ στην πολύ πρόσφατη απόφαση *Kolassa*, όπου εν αναφορά προς την αδιοπρακτική ευθύνη του εκδότη ενημερωτικού δελτίου το Δικαστήριο αποστασιοποιήθηκε ρητά από τις παραδοχές της νομολογίας *Kronhofer*.<sup>98</sup> Ειδικότερα, το Δικαστήριο επικαλείται μεν στη σκ. 56 τις παραδοχές της τελευταίας απόφασης, ήτοι την αναγκαιότητα ευχερούς προσδιορισμού του αρμόδιου δικαστηρίου τόσο από τον ενάγοντα όσο και από τον

95 M. Lehmann, IPRax 2012, 400· C. Schmitt, BKR 2010, 370. Πρβλ. ωστόσο Α. Μεταλληνό, εις 17ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, σελ. 134.

96 Ομοίως η Ειδική Επιτροπή του γερμανικού Συμβουλίου για το ΙΔΔ, βλ. Beschluss der Spezialkommission "Finanzmarktrecht" des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht, IPRax 2012, 470. Βλ. και D. Einsele, ZEuP 2012, 37 επ.· T. Kuntz, WM 2007, 434-5· M. Lehmann, IPRax 2012, 403. Πρβλ. και Ν. Δαθράδο, Οι Εξωχρηματιστηριακές Συμβάσεις Παραγώγων στο Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, 2009, σελ. 142 επ.· Α. Μεταλληνό, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 156-157 αρ. 44· Ν. Πιμπλή, εις 17ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, σελ. 253· J. von Hein, EuZW 2011, 371-2· R. Wagner/K. Gess, NJW 2009, 3484. Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγουν προσφεύγοντας κατά κύριο λόγο στη ρήτρα διαφυγής C. Weber, WM 2008, 1585-7· H. Unberath/J. Cziupka, Art 4 Rom II-VO, εις T. Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Rom I-VO, Rom II-VO, 2011, σελ. 699 αρ. 45. Πρβλ. ωστόσο Α. Junker, RIW 2010, 263-4· C. Schmitt, BKR 2010, 370· P. Tschäpe/R. Kramer/O. Glück, RIW 2008, 662.

97 Ως προς τη συγκεκριμένη παράμετρο, βλ. ενδεικτικά από τη γερμανική νομολογία BGH, Urt. v. 19.7.2004, DStR 2004, 1490· BGH, Urt. v. 5. 7. 1993, DStR 1993, 1564. Εν' αούτης Ο. Gerber, DStR 2004, 1797-8.

98 ΔικΕΕ, Απόφ. H. Kolassa, σκ. 48-9.



εναγόμενο. Η συγκεκριμένη διαπίστωση οδηγεί όμως στο συμπέρασμα (σκ. 57) ότι τα δικαστήρια του τόπου κατοικίας του ενάγοντος πρέπει να θεωρούνται αρμόδια – βάσει του τόπου επέλευσης της ζημίας – για να εκδικάσουν αγωγή ερειδόμενη επί του συγκεκριμένου νόμιμου λόγου ευθύνης, ιδίως όταν η επικαλούμενη ζημία επέρχεται άμεσα σε τραπεζικό λογαριασμό του ζημιωθέντος που τηρείται σε τράπεζα εδρεύουσα εντός της κατά τόπον αρμοδιότητας των δικαστηρίων αυτών. Η εν λόγω θεώρηση θα ισχύσει και για το εφαρμοστέο δίκαιο. Εξάλλου, κατά το Δικαστήριο, όταν ο εκδότης αποφασίζει να κοινοποιήσει σε άλλα κράτη-μέλη το ενημερωτικό δελτίο που αφορά κινητές αξίες, οφείλει να προβλέψει το ενδεχόμενο ότι ανεπαρκώς ενημερωμένοι επιχειρηματίες που κατοικούν στα συγκεκριμένα κράτη-μέλη μπορεί να επενδύσουν σε αυτές και να υποστούν ζημία.

Αποκλίσεις από το συγκεκριμένο κανόνα θα μπορούσαν να επιτευχθούν δυνάμει προσφυγής στον κανόνα διαφυγής του άρ. 4 παρ. 3 ΚανP II,<sup>99</sup> προκειμένου είτε να αποτραπεί η εφαρμογή του δικαίου του τόπου της κοινής συνήθους διαμονής ζημιώσαντος και ζημιωθέντος κατά το άρ. 4 παρ. 2 ΚανP II<sup>100</sup> είτε να κληθεί σε εφαρμογή το δίκαιο που διέπει τον τυχόν υφιστάμενο συμβατικό δεσμό μεταξύ αυτών.<sup>101</sup> Συναφώς υπενθυμίζεται ότι για την εφαρμογή της εν λόγω ρήτρας θα ισχύσουν *mutatis mutandis* οι ίδιες αρχές που διέπουν την ερμηνεία του άρ. 4 παρ. 5 εδ. β' της Σύμβασης της Ρώμης,<sup>102</sup> όπως αποτυπώθηκαν στην υπόθεση *Interfrigo*.<sup>103</sup> Με γνώμονα τις συγκεκριμένες παραδοχές θα μπορούσε να επιτευχθεί η προσφυγή στο δίκαιο του κράτους προέλευσης κατά τους ορισμούς του άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιγ' Οδ. 2003/71/EK και του άρ. 2 παρ. 1 στοιχ. ιδ' Ν. 3401/2005.<sup>104</sup> Τούτο φυσικά θα κριθεί *ad hoc* υπό το φως των εκάστοτε διαπιστούμενων βιολογικών περιστατικών.

Αξιοσημείωτη είναι επίσης η προσπάθεια μερίδας της θεωρίας,<sup>105</sup> όπως εντοπίσει την αποφασιστική δικαιολογητική στόχευση της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου στην αξιολόγηση της ηυσιστέλειας των επιχειρηματικών αποφάσεων και την ενίσχυση της διαφάνειας προς το σκοπό της βελτίωσης της εταιρικής υπευθυνότητας και

99 Επί της ερμηνείας του συγκεκριμένου κανόνα, βλ. Α. Μεταλληνό, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 163 αρ. 59 επ.

100 Υπέρ της ηυσιστέλειας του εν λόγω κριτηρίου και εν αναφορά προς τις εδώ εξεταζόμενες διαφορές Α. Junker, RIW 2010, 262-4. Πρβλ. ωστόσο Μ. Lehmann, IPRax 2012, 401.

101 Πρβλ. και C. Weber, WM 2008, 1586-7.

102 Της 19ης Ιουνίου 1980 σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές (ΕΕ C 27 (26.1.1998) 34), στην οποία η Επλήδα προσχώρησε την 10.4.1984 και κύρωσε με το Ν. 1792/1988 (βλ. ΝοΒ 1992, 1363).

103 ΔΕΚ, Απόφ. 6.10.2009, υπόθ. C-133/08 *Intercontainer Interfrigo*, Συλλ. 2009, I-9687, σκ. 53 επ. Βλ. σχετικά Χ. Τσούκα, Η ρύθμιση της Συμβάσεως της Ρώμης για το αντικειμενικώς εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές (άρθρο 4), ΧρΔ 2010, 658· S. Rammeloo, Chartervertrag cum annexis – Art. 4 Abs. 2, 4 und 5 EVÜ, IPRax 2010, 215.

104 J. von Hein, εις Beiträge K. Hopt, σελ. 390-394· T. Kuntz, WM 2007, 437-9. Βλ. και τις διαφοροποιήσεις που προτείνουν οι Α. Μεταλληνός, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 156-157 αρ. 44· W. Wurmnest, εις I. Ludwig (Hrsg.), Juris PraxisKommentar, BGB, σελ. 921-922 αρ. 64-5. Πρβλ. ωστόσο D. Einsele, ZEuP 2012, 30 επ.· M. Lehmann, IPRax 2012, 402· C. Schmitt, BKR 2010, 370· P. Tschäpe/R. Kramer/O. Glück, RIW 2008, 662.

105 Βλ. ιδίως W.G. Ringe/A. Hellgardt, The international dimension of issuer liability, σελ. 25 επ.

λογοδοσίας. Η συγκεκριμένη προσέγγιση απολήγει στη σύνδεση των υποχρεώσεων εκ της Οδ. 2003/71/ΕΚ με τη νομοθεσία περί εταιρικής διακυβέρνησης, ζήτημα που κατά λογική ακολουθία επιβίβλη τον προσδιορισμό της εφαρμοστέας έννομης τάξης δυνάμει του συνδέσμου της χώρας όπου εντοπίζεται η καταστατική έδρα του εκδότη (*lex incorporationis*). Προς το σκοπό επίτευξης τούτου, προτείνεται η προσήκουσα ερμηνεία της προεκτεθείσας ρήτρας διαφυγής. Παρότι η συγκεκριμένη άποψη ορθά διαγιγνώσκει – τουλάχιστον εν μέρει – τη *ratio* της νομοθεσίας περί ενημερωτικού δελτίου, δίδει έμφαση στην παράμετρο της διαφάνειας, παραγνωρίζοντας την εξίσου σημαντική διάσταση της ομαλής και απρόσκοπτης λειτουργίας των αγορών κινητών αξιών, καθώς επίσης την ανάγκη διασφάλισης της σταθερότητας του χρηματοπιστωτικού συστήματος. Ως εκ τούτου, η προστασία των επενδυτών και το σύστημα εταιρικής διαφάνειας και δημοσιότητας εντάσσεται στο πλαίσιο της οργανωμένης αγοράς κεφαλαίων, δίχως να δύναται να αξιοηγηθεί ανεξάρτητα ή πέραν αυτής. Ενόψει τούτων, η πειστικότερη ερμηνευτική εκδοχή<sup>106</sup> αρνείται την ένταξη της προκείμενης μορφής ευθύνης στον τομέα του εταιρικού δικαίου, αφού άπτεται όχι του νομικού προσώπου του εκδότη, αλλήλ της εισαγωγής κινητών αξιών σε οργανωμένη αγορά.

## V. Τελικές παρατηρήσεις

Η ανωτέρω ανάλυση είναι ενδεικτική της δυναμικής σχέσης μεταξύ της προϊούσας τάσης ενοποίησης των ευρωπαϊκών κεφαλαιαγορών και της αποσπασματικής εναρμόνισης των εθνικών κανόνων περί αστικής ευθύνης. Οι αποκλίνουσες νομικές παραδόσεις των κρατών-μελών συνιστούν σημαντικότερο – εάν όχι ανυπέρβλητο – εμπόδιο, προκειμένου να επιτευχθεί καταρχήν η ενιαία αγορά κινητών αξιών και κατ'επέκταση η ολοκλήρωση της ευρωπαϊκής κοινής αγοράς. Ως εκ τούτου, οι υφιστάμενοι κανόνες σύγκρουσης δύναται μόνο περιορισμένα να συμβιβάσουν την εν λόγω σχέση έντασης ή πολύ περισσότερο να ιεραρχήσουν κάποιες από τις αντικρουόμενες δικαιοπολιτικές σκοπεύσεις. Συνεπώς, ο Έλληνας και πολύ περισσότερο ο ενωσιακός δικαστής καλούνται να σταθμίσουν τις συγκεκριμένες παραμέτρους, προκειμένου να επιτύχουν τη βέλτιστη λύση στο πλαίσιο της ευελιξίας που παρέχουν οι κρίσιμες διατάξεις του ΚανΠ II ενόψει των εκάστοτε βιοτικών περιστατικών.

106 Α. *Μεταλληνός*, εις 17ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, σελ. 133-135· Ε. *Σπινέλλης*, εις Α. Μπώλο/Δ.Π. Τζάκα (Επ.), Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των Εξωσυμβατικών Ενοχών, σελ. 436 αρ. 47· D. *Einsele*, ZEuP 2012, 28· J. *von Hein*, εις Beiträge K. Hopt, σελ. 381-384· A. *Junker*, RIW 2010, 262· M. *Lehmann*, IPRax 2012, 400, 402· C. *Schmitt*, BKR 2010, 368-9. Πρβλ. και C. *Weber*, WM 2008, 1584.

Έφη Τζίβα\*

## Ο «νέος» Κώδικας Τραπεζικής Δεοντολογίας. Quo vadis?

- I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις
- II. Επιδιωκόμενοι σκοποί – ορισμοί
- III. Οι επί μέρους διατάξεις του Κώδικα
- IV. Οι ενδεικτικά αναφερόμενες ρυθμίσεις οφειλών στα προσαρτώμενα παραρτήματα
- V. Νομική φύση του Κώδικα – Συμπόρευση με την τρέχουσα οικονομική συγκυρία;
- VI. Συμπερασματικές παρατηρήσεις – Σκέψεις νομοθετικής πολιτικής

### I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Στις 27.8.2014 δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, στο τεύχος δεύτερο με αρ. 2289, η απόφαση 116/25.8.2014 της Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων (Ε.Π.Α.Θ.), ο επονομασθείς ως «νέος»<sup>1</sup> Κώδικας Δεοντολογίας για τη διαχείριση των μη εξυπηρετούμενων ιδιωτικών οφειλών<sup>2</sup> ή Κώδικας της Τράπεζας της Ελλάδος – όπως χαρακτηριστικά προσδιορίζεται από την Ένωση Ελληνικών Τραπεζών<sup>3</sup> - ή Κώδικας Δεοντολογίας του Ν. 4224/2013, ο οποίος και θα έπρεπε ήδη να τεθεί σε πλήρη εφαρμογή από 31.12.2014, χωρίς όμως, μέχρι σήμερα, να έχει επιτευχθεί ο στόχος αυτός. Η διαπίστωση αυτή επιβεβαιώνεται έμμεσα και από το Ν. 4336/2015, γνωστότερο ως Μνημόνιο ΙΙΙ, όπου προβλέπεται ότι ως τα τέλη Αυγούστου 2015, η Τράπεζα της Ελλάδος θα έπρεπε να έχει εκδώσει όλες τις αναγκαίες διατάξεις για την εφαρμογή του Κώδικα Δεοντολογίας, κατόπιν βελτιώσεων, σε συμφωνία με τους θεσμούς<sup>4</sup>. Ήδη στις 16.10.2015 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Β, με αρ.

\* Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.

1 Το Μάρτιο του 1997 είχε τεθεί σε ισχύ ο επονομασθείς Κώδικας Τραπεζικής Δεοντολογίας, ο οποίος είχε συνταχθεί με την πρωτοβουλία της Ένωσης Ελληνικών Τραπεζών στα πλαίσια διατραπεζικής συνεργασίας, βλ. Λ. Γεωργακόπουλο, Κώδικας Δεοντολογίας Τραπεζών, ΔΕΕ 1998, σ. 773 επ., Σ. Ψυχομάνη, Δίκαιο του τραπεζικού συστήματος, Οι τράπεζες και η εποπτεία τους, (Β' εκδ. 2009), σ. 10, στον ίδιο συγγραφέα, «Ο Κώδικας Τραπεζικής Δεοντολογίας», στα Πρακτικά του 8ου Πανελληνίου Συνεδρίου Ελλήνων Εμπορικολόγων, με τίτλο «Η διαφύμιση και οι κώδικες δεοντολογίας» σ. 257 επ., Χ. Λιβαδά, Κώδικες δεοντολογίας του χρηματοοικονομικού τομέα. Νομική φύση και λειτουργία, (2005), σ. 72 επ.

2 Ο χαρακτηρισμός αυτός από την Τράπεζα της Ελλάδος στην ιστοσελίδα της [www.bankofgreece.gr](http://www.bankofgreece.gr).

3 Βλ. στη σχετική ιστοσελίδα [www.hba.gr](http://www.hba.gr), τελευταία επίσκεψη αυτής στις 19.10.2015.

4 Έμμεσα η μη ολοκληρωμένη και έγκαιρη θέση σε ισχύ των ρυθμίσεων του Κώδικα προκύπτει και από την απόφαση της Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων της ΤτΕ με αρ. συνεδρίασης 129/16.2.2015 η οποία υποχρεώνει τα πιστωτικά ιδρύματα να προβούν σε υποχρεωτική ειδοποίηση στο πλαίσιο του αποκαλούμενου Σταδίου 1 όλων των δανειοληπτών μέχρι την 30.6.2015 για τα δάνεια δανείων, που έχουν καθυστέρηση 45 ημερών, χωρίς όμως η ημερομηνία αυτή να συμπαράσχει τις λοιπές υποχρεώσεις των πιστωτικών ιδρυμάτων, που απορρέουν από την εφαρμογή των ρυθμίσεων του Κώδικα, σε χρόνο μεταγενέστερο από αυτόν, που ορίζουν οι αρχικές ρυθμίσεις του.

2219, η αποφ. 148/10/5.10.2015, σχετικά με την τροποποίηση του Κώδικα, η οποία αποπειράται έναν περαιτέρω συγχρονισμό των ενεργειών των πιστωτικών ιδρυμάτων, που ασκούνται στα πλαίσια του Κώδικα, με την εν γένει διαχείριση του ιδιωτικού χρέους στη χώρα, στα πλαίσια των αντίστοιχων συμβατικών δεσμεύσεων των τελευταίων μηνών. Με τις εισαγόμενες τροποποιήσεις επιταχύνεται η διαδικασία ειδοποίησης του δανειολήπτη και παράλληλα τα δάνεια κατηγοριοποιούνται από τα πιστωτικά ιδρύματα, με βάση ιδίως τις παραμέτρους κινδύνου, αλλά και την προοπτική υλοποίησης των σχετικών δράσεων, που προβλέπονται στο Ν. 4336/2015. Μάλιστα, μέχρι και σήμερα, δημοσιεύθηκαν δύο νεότερες αποφάσεις της Ε.Π.Α.Θ., η πρώτη με αρ. 129/2/16.2.2015 (ΦΕΚ Β 486) και η δεύτερη με αρ. 148/10/5.10.2015, (ΦΕΚ Β 2219), οι οποίες και τροποποίησαν τα χρονικά περιθώρια ενημέρωσης του δανειολήπτη, στα πλαίσια του πρώτου σταδίου επικοινωνίας μαζί του, που προβλέπεται στην ενότητα ΣΤ του Κώδικα, όπως στη συνέχεια αναλυτικά θα αναφερθεί.

Εκτός όμως και από τις νομοθετικές νέες παρεμβάσεις, εμπειρικές παρατηρήσεις αποδεικνύουν ότι, σε υποκαταστήματα πιστωτικών ιδρυμάτων αγνοούν τον Κώδικα, δεν εφαρμόζουν τις διατάξεις του, και κυρίως όσες επιβάλλουν τη στελέχωση υπηρεσιών, με πρόσωπα, με κατάλληλη κατάρτιση και δεξιότητες για την εφαρμογή του Κώδικα, αλλά και όλες τις λοιπές ρυθμίσεις, σχετικά με τη Διαδικασία Επίλυσης Καθυστερήσεων, σε επαρκή αριθμό, κατανεμημένα ανά γεωγραφική περιοχή (περ. στ. της Ενότητας Δ), όπως επιτάσσει, εκτός από τον Κώδικα, και η Εγκύκλιος της Διεύθυνσης Εποπτείας Πιστωτικού Συστήματος της ΤτΕ, με ημ. 5.12.2014<sup>5</sup>. Σε αντίθεση με τις ρητές νομοθετικές υποχρεώσεις, πιστωτικά ιδρύματα διαθέτουν στα αντίστοιχα τμήματα υπαλλήλους, οι οποίοι χωρίς να διαθέτουν την απαιτούμενη κατάρτιση, καλούν τους πελάτες να συμπληρώσουν μία αίτηση ή υπεύθυνη δήλωση υπαγωγής τους γενικά σε ρύθμιση, την οποία αίτηση ή και δήλωση, που κατά τα λεγόμενά τους, μπορεί να είναι και χειρόγραφη, απλά διαβιβάζει το υποκατάστημα στην Αθήνα (προφανώς σε μία κεντροποιημένη υπηρεσία), η οποία, αφού τη μελετήσει και μάλιστα, χωρίς κανένα χρονικό περιορισμό, που φυσικά μπορεί να επιβαρύνει με τόκους την οφειλή, θα απαντήσει αν δέχεται την πρόταση του πελάτη ή όχι. Ο πελάτης είναι, κατά συνέπεια, εκείνος ο οποίος, χωρίς καμία καθοδήγηση, χωρίς καμία πληροφόρηση για τις δυνατότητες ρύθμισης, θα κινήσει τη διαδικασία, η οποία δεν έχει κανένα κοινό σημείο επαφής με τον Κώδικα και θα καθορίσει πόση μπορεί να είναι η μηνιαία καταβολή για την οφειλή του, ή γενικότερα θα προτείνει διακανονισμό, χωρίς φυσικά να είναι σε θέση, ακόμη και αν είναι γνώστης των νομοθετικών διατάξεων και

5 Σωστά επισημαίνει η Εγκύκλιος ότι η κατάλληλη και διαρκής εκπαίδευση του εμπλεκόμενου προσωπικού αποτελεί κρίσιμη παράμετρο της αποτελεσματικής λειτουργίας του Κώδικα, τονίζει δε ότι το περιεχόμενο της εκπαίδευσης του προσωπικού αυτού πρέπει να περιλαμβάνει τουλάχιστον την άριστη γνώση του Κώδικα, όπως και όλης της διαδικασίας και του ρόλου των οργάνων διοίκησης, βασικές γνώσεις των νομοθετικών ρυθμίσεων, που διέπουν τη διευθέτηση οφειλών σε καθυστέρηση και επικοινωνιακές δεξιότητες.

του δικαίου γενικότερα, να αντιληφθεί πλήρως το τυπικό, όσο και ουσιαστικό περιεχόμενο της υποβληθησόμενης από τον ίδιο και διαβιβαζόμενης, από τα κατά τόπους υποκαταστήματα, πρότασής του. Η δεινή θέση του πελάτη είναι κατά συνέπεια δεδομένη, κυρίως όταν στη συντριπτική πλειονότητα των περιπτώσεων, δεν είναι νομικός ή οικονομολόγος για να αντιληφθεί το νομικοοικονομικό περιεχόμενο και τη νομική ισχύ της εκφραζόμενης δήλωσης βούλησης, που απευθύνει προς το πιστωτικό ίδρυμα.

Αξίζει, ακόμη, να επισημανθεί ότι η χρησιμοποιούμενη διαφοροποιούμενη από το νόμο και τους λοιπούς θεσμούς ορολογία, όσον αφορά τον Κώδικα, δεν είναι άμοιρη σημασιολογικής σπουδαιότητας. «Κώδικας Δεοντολογίας για τη διαχείριση των μη εξυπηρετούμενων ιδιωτικών οφειλών», ή «Κώδικας Δεοντολογίας της Τράπεζας της Ελλάδος», ή ακόμη «Κώδικας Δεοντολογίας του Ν. 4222/2013», συνδυασμός όρων, ο οποίος ακόμη και με μία πρώτη προσέγγιση μπορεί να θέσει σε αμφισβήτηση τη φύση του συγκεκριμένου κώδικα, ως ενός πραγματικού κώδικα δεοντολογίας. Ένας κώδικας δεοντολογίας συνιστά, καταρχήν, ένα κείμενο συμβατικής αυτορρυθμιστικής κατεξοχήν μορφής, το οποίο έχει καταρτισθεί και υπογραφεί από επαγγελματικούς φορείς, που έχουν αποφασίσει να αυτοδεσμευθούν μέσω των ρυθμίσεων του<sup>6</sup> ή συνιστά σύνολο κανόνων του αποκαλούμενου ήπιου δικαίου.

Στην προκείμενη περίπτωση με τη χρήση των δύο πρώτων όρων εξάιρεται ο κανονιστικός χαρακτήρας του Κώδικα, με την έννοια ότι πρόκειται για ένα κείμενο που εκδίδεται από την ασκούσα τη γενική εποπτεία ανώτατη διοικητική αρχή, στο πλαίσιο της σχετικής αρμοδιότητας που έχει, να εκδίδει κανονιστικού περιεχομένου ρυθμίσεις<sup>7</sup>. Πολύ πιο έντονος εμφανίζεται ο κανονιστικός χαρακτήρας του Κώδικα με τη χρησιμοποιούμενη από το νόμο ορολογία, όπου περιγράφεται ως Κώδικας του Ν. 4224/2013 (ΦΕΚ Α 288/31.12.2013), ενός νόμου που αναφέρεται στο Κυβερνητικό Συμβούλιο Διαχείρισης Ιδιωτικού Χρέους και στο Ελληνικό Επενδυτικό Ταμείο Αξιοποίησης περιουσίας του Δημοσίου και ως αντικείμενο έχει την επίλυση του μη εξυπηρετούμενου ιδιωτικού χρέους φυσικών, νομικών προσώπων και επιχειρήσεων.

Η ανάγνωση και μόνο του άρθρου 1 §2 του Ν. 4224/2013 πραγματικά επιβεβαιώνει την άποψη ότι δεν ήταν καθόλου τυχαία η επιλογή της χρησιμοποιηθείσας ορολογίας. Η συγκεκριμένη διάταξη εξουσιοδοτεί την Τράπεζα της Ελλάδος να εκδώσει απόφαση με την οποία θα εισάγεται Κώδικας Δεοντολογίας Τραπεζών, για τη διαχείριση των μη εξυπηρετούμενων ιδιωτικών οφειλών, με έναρξη εφαρμογής την 31.12.2014. Στη συνέχεια, μάλιστα, ο ίδιος νόμος καθορίζει όχι μόνο το υποκειμε-

6 Βλ. Α. Κοτσίρη, Περιεχόμενο των Ελληνικών Κωδίκων Δεοντολογίας, στα Πρακτικά του 8ου Συνεδρίου Ελλήνων Εμπορικόλογων, όπ. παρ. σ. 49 επ. και ειδ. σ. 57, ειδικότερα για τη νομική φύση των κωδίκων δεοντολογίας του χρηματοοικονομικού τομέα στη Χ. Λιβαδά, Κώδικες δεοντολογίας..., όπ. παρ. σ. 151 επ.

7 Βλ. αναλυτικά για τη φύση και τις αρμοδιότητες της Τράπεζας της Ελλάδος, στους Σ. Ψυχομάνη, Δίκαιο του τραπεζικού συστήματος..., όπ. παρ., σ. 120 επ., Ν. Ρόκα/Χ. Γκόρτσου, Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου, Δημόσιο & Ιδιωτικό Τραπεζικό Δίκαιο, (Β' εκδ. 2012), σ. 63 επ. και ειδ. σ. 79.

νικό και αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής, αλλήλα και τις βασικές αρχές που θα διέπουν τη ρύθμιση, όπως επίσης κάνει αναφορά στις έννοιες «συνεργάσιμος δανειολήπτης» και «εύλογες δαπάνες διαβίωσης», τις οποίες θα πρέπει να χρησιμοποιούν οι τράπεζες στα πλαίσια παροχής λύσεων ή αναδιαρθρώσεων δανείων, που βρίσκονται σε στάδιο καθυστέρησης πληρωμής. Σε σχετική δε προσθήκη, που επέφερε ο Ν. 4281/2014 αναφέρεται ότι, οι οφειλότες δεν επιβαρύνονται από τους δανειστές με οποιαδήποτε χρέωση για την υπαγωγή τους στις ρυθμίσεις του Κώδικα και τη χρήση των υπηρεσιών για τη διευθέτηση της οφειλής τους στα πλαίσια του εν λόγω Κώδικα, όπως επίσης ότι οι διατάξεις του Κώδικα καταλαμβάνουν και τα υποκαταστήματα αλληλοδαπών πιστωτικών ιδρυμάτων, όπως και τα χρηματοδοτικά ιδρύματα του άρθρου 3 §1 σημ. 22 του Ν. 4261/2014<sup>8</sup>.

Η αναφερθείσα ορολογία, το περιεχόμενο των ρυθμίσεων, η μεθόδευση έκδοσής του επιβεβαιώνει την άποψη ότι βρισκόμαστε μπροστά σε ένα νομοθετικό κείμενο, με συγκεκριμένες στοχευμένες ρυθμίσεις, σε ένα επίσης συγκεκριμένο πολιτικό αλλήλα και κοινωνικοοικονομικό περιβάλλον, με άλλα λόγια, πρόκειται για τη «θεσμοποίηση» ενός κώδικα, φαινομένου όχι πρωτοεμφανιζομένου στον χρηματοοικονομικό τομέα<sup>9</sup>, με ιδιαίτερη όμως προσλαμβάνουσα σημασία στην προκείμενη περίπτωση. Γεγονός είναι ότι, δεν πρέπει να εκπλησσει η συμπαγής και συγχρόνως αμιγής νομοθετική έκδοση και ισχύς του Κώδικα, καθώς το όλο πιστωτικό σύστημα και το ζήτημα της μη εξυπηρέτησης των δανείων, εκ μέρους των καταναλωτών, αλλήλα και των επιχειρήσεων, ταλανίζει τα τελευταία χρόνια τη χώρα, δεχόμενο κατά καιρούς τις επεμβάσεις εγχώριων και αλληλοδαπών θεσμικών και μη οργάνων με στόχο την ανεύρεση μιας δίκαιης, βιώσιμης και οριστικής λύσης. Ωστόσο μένουν αναπάντητα τα ακόλουθα ερωτήματα:

Γιατί ο νομοθέτης δεν προέβη σε μία άμεση νομοθετική ρύθμιση του θέματος, αλλήλα προτίμησε την «έμμεση» και μάλιστα με την απόφαση της ανώτατης, εποπτεύουσας τα πιστωτικά ιδρύματα αρχής, θέσπιση διατάξεων για ένα τόσο φλέγον ζήτημα, που κάθε αλληλο, παρά αυτορρύθμιση, επιδέχεται; Ακόμη όμως και αν δεχθούμε ότι καλώς και εντός των νομίμων ορίων ασκήθηκε η κανονιστική αρμοδιότητα της Τράπεζας της Ελλάδος και μάλιστα στα πλαίσια της χορηγηθείσας σε αυτήν ειδικής

8 Η συγκεκριμένη διάταξη παραπέμπει για τον προσδιορισμό των χρηματοδοτικών ιδρυμάτων στον Κανονισμό 575/2013 «σχετικά με τις απαιτήσεις προληπτικής εποπτείας για πιστωτικά ιδρύματα και επιχειρήσεις επενδύσεων ...» και ειδικότερα στο άρθρο 4 §1 σημείο 26 αυτού, σύμφωνα με το οποίο, ως «χρηματοδοτικό ίδρυμα» νοείται μια επιχείρηση πλην ιδρύματος, η κύρια δραστηριότητα της οποίας συνίσταται στην απόκτηση συμμετοχών ή στην άσκηση μίας ή περισσότερων από τις δραστηριότητες που παρατίθενται στα σημεία 2 έως 12 και στο σημείο 15 του παραρτήματος Ι της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ, περιλαμβανομένων των χρηματοδοτικών εταιρειών συμμετοχών, των μικτών χρηματοοικονομικών εταιρειών συμμετοχών, των ιδρυμάτων πληρωμών κατά την έννοια της Οδηγίας 2007/64/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Νοεμβρίου 2007, για τις υπηρεσίες πληρωμών στην εσωτερική αγορά (1) και των εταιρειών διαχείρισης, αλλήλα αποκλεισμένων των ασφαλιστικών εταιρειών χαρτοφυλακίου και των ασφαλιστικών εταιρειών χαρτοφυλακίου μικτής δραστηριότητας, όπως ορίζονται στο άρθρο 212 παράγραφος 1 στοιχείο ζ της Οδηγίας 2009/138/ΕΚ.

9 Βλ. αναλυτικά Χ. Λιβαδά, Κώδικες δεοντολογίας..., όπ. παρ. σ. 327 επ.



εξουσιοδότησης από το Ν. 4224/2013 γιατί δόθηκε σε αυτήν την απόφασή της, με αρ. 116 και ημ. 25.8.2013, η ονομασία «Θέσπιση του Κώδικα Δεοντολογίας του Ν. 4224/2013»; Μήπως η χρήση του όρου «δεοντολογία» είχε σκοπό να «πλειάνει» το περιεχόμενο και την ερμηνεία των διατάξεων, που περιλαμβάνει ο Κώδικας; Ή μήπως πρόκειται για έναν Κώδικα, που δεν απέχει πολύ από τον προηγούμενό του Κώδικα Τραπεζικής Δεοντολογίας του 1997, ο οποίος, όπως υποστήριζε ο Καθ. Γεωργακόπουλος, περιείχε κανόνες με το χαρακτήρα «κληδικών» γενικών όρων συναληθαγών, τους οποίους όφειλαν οι μετέχουσες στην Ένωση Ελληνικών Τραπεζών τράπεζες να εφαρμόζουν στις συναληθαγές τους με τρίτα πρόσωπα<sup>10</sup>; Ή πρόκειται για ένα «ερμαφρόδιτο» μόρφωμα, που περιέχει, αφενός μεν ρητές ρυθμίσεις και αφετέρου κανόνες καλής συμπεριφοράς, πρώτιστα, των πιστωτικών ιδρυμάτων, αλλήλα και κατ'αντανάκλαση και των πελατών τους, στους οποίους παράλληλα εφαρμόζονται; Ή μήπως με αυτό το κατά βάση αμιγές νομοθέτημα υιοθετούνται – καθ' υποδείξη σχετικών ενωσιακών και μη θεσμικών οργάνων<sup>11</sup> – οι επικρατούσες στη διεθνή πρακτική μέθοδοι ρύθμισης ληξιπροθέσμων και μη δυνάμενων να εξοφληθούν οφειλών προς τα πιστωτικά ιδρύματα, όπως στο παράρτημα 2 του Κώδικα περιέχονται, έστω και με τρόπο ενδεικτικό; Ή αποτελεί την εισαγωγή μιας νέας διαδικασίας φιλικού διακανονισμού των διαφορών μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων και πελατών τους, αποκλειστική στα πρώτα στάδια και παράλληλη στη συνέχεια με τους λοιπούς εναληθακτικούς τρόπους απονομής της δικαιοσύνης; Ή τέλος, μήπως ενισχύει ένα τεράστιο ερώτημα, που ταλανίζει για χρόνια την Ελλάδα, μήπως δηλαδή πρόκειται για νομοθεσία, η οποία υπάρχει μεν, δεν εφαρμόζεται δε;

Οι απαντήσεις είναι προτιμότερο να δοθούν, αφού πρώτα γίνει μία όσο το δυνατό σύντομη, αλλήλα συγχρόνως περιεκτική επισκόπηση των διατάξεων του μάλιστα «κατ' ευφημισμό» – όπως στη συνέχεια θα καταδειχθεί – αποκαλούμενου Κώδικα Δεοντολογίας.

## II. Επιδιωκόμενοι σκοποί – ορισμοί

Είναι χαρακτηριστικό το γεγονός ότι πριν την παράθεση των επί μέρους διατάξεων ο Κώδικας, στο προοίμιό του, εκτός των σχετικών εξουσιοδοτικών βάσεων, στις

10 Βλ. Λ. Γεωργακόπουλο, Κώδικας Δεοντολογίας Τραπεζών, εσωτερική σχέση σε ενέγγυα πίστωση και προσυμβατική υποχρέωση σύναψης δανείου (γνώμ), ΔΕΕ 1998, σ. 773, ο οποίος θεωρεί ότι οι τράπεζες, ως μετέχουσες στην Ε.Ε.Τ., έχουν εσωτερική υποχρέωση – από το καταστατικό και τις αποφάσεις των μελών της Ε.Ε.Τ. ως σώματός – να εφαρμόζουν τους κανόνες του Κώδικα στις εξωτερικές τους σχέσεις.

11 Όπως είναι η επικαλούμενη από τον ίδιο τον Κώδικα ΕΒΑ-Ορ-2013-03/13.6.2013 «Γνώμη της Ευρωπαϊκής Αρχής Τραπεζών για τις βέλτιστες πρακτικές σχετικά με τη μεταχείριση των οφειλετών που έχουν παράσχει εμπράγματα εξασφαλίσεις και βρίσκονται σε δυσκολία αποπληρωμής», όπως και η υπ. αριθμ. 42/30.5.2014 Πράξη Εκτελεστικής Επιτροπής της ΤτΕ σχετικά με το «πλάνο εμποτικών υποχρεώσεων για τη διαχείριση των ανοιγμάτων σε καθυστέρηση και των μη εξυπηρετούμενων ανοιγμάτων».



οποίες η ΤτΕ στηρίζει τη θέσπισή του, παραθέτει τον ορισμό του «συνεργάσιμου δανειολήπτη», όπως αυτός διαμορφώθηκε από το Κυβερνητικό Συμβούλιο Διαχείρισης Ιδιωτικού Χρέους του Ν. 4224/2013, του ίδιου εκείνου νόμου, που εξουσιοδότησε την ΤτΕ στην έκδοση του Κώδικα.

Συνεργάσιμος δανειολήπτης έναντι όλων των δανειστών του, είναι εκείνος που πληροί – όπως προκύπτει από το γράμμα του νόμου – όλες τις προϋποθέσεις, που παρατίθενται αναλυτικά και πιο συγκεκριμένα όταν:

α) παρέχει πλήρη και επικαιροποιημένα στοιχεία επικοινωνίας στους δανειστές ή όποιον ενεργεί νομίμως για λογαριασμό τους (π.χ. αριθμούς σταθερού, κινητού τηλεφώνου, κ.λπ.) και προβαίνει σε ορισμό συγγενικού ή φιλικού προσώπου, ως αντικλήτου επικοινωνίας, για κάθε περίπτωση,

β) είναι διαθέσιμος σε επικοινωνία με το δανειστή ή με όποιον ενεργεί νομίμως για λογαριασμό αυτού και ανταποκρίνεται με ειλικρίνεια και σαφήνεια, σε κλήσεις και επιστολές του δανειστή ή όποιου ενεργεί νομίμως για λογαριασμό του, αυτοπροσώπως είτε διά του αντικλήτου του, με κάθε πρόσφορο τρόπο, εντός 15 εργάσιμων ημερών,

γ) προβαίνει αυτοπροσώπως, είτε διά του αντικλήτου του, σε πλήρη και ειλικρινή γνωστοποίηση πληροφοριών προς το δανειστή ή όποιον ενεργεί νομίμως για λογαριασμό του, αναφορικά με την τρέχουσα οικονομική του κατάσταση, εντός 15 εργάσιμων ημερών από την ημέρα μεταβολής της ή εντός 15 εργάσιμων ημερών από την ημέρα που θα ζητηθούν ανάλογες πληροφορίες από το δανειστή ή όποιον ενεργεί νομίμως για λογαριασμό του,

δ) προβαίνει αυτοπροσώπως, είτε διά του αντικλήτου του, σε πλήρη και ειλικρινή γνωστοποίηση πληροφοριών, προς το δανειστή ή όποιον ενεργεί για λογαριασμό του, οι οποίες θα έχουν σημαντικές επιπτώσεις στην μελλοντική οικονομική του κατάσταση, εντός 15 εργάσιμων ημερών από την ημέρα που θα περιέλθουν σε γνώση του (π.χ. πλήρωση προϋποθέσεων λήψης επιδόματος, εμφάνιση νέων περιουσιακών στοιχείων, απώλεια κυριότητας περιουσιακών στοιχείων, καταγγελίες μισθώσεων, εξαγορά ασφαλιστικών προϊόντων, κέρδη οποιασδήποτε μορφής κ.λπ.) και

ε) συναινεί σε διερεύνηση εναλλακτικής πρότασης αναδιάρθρωσης με το δανειστή ή όποιον ενεργεί νομίμως για λογαριασμό του, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον Κώδικα Δεοντολογίας του Ν. 4224/2013.

Οι αναφερόμενες προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν όχι μόνο στην εκκίνηση των διαδικασιών, που προβλέπονται από τον Κώδικα, αλλά και στη συνέχεια αυτών και σε όλο το στάδιο ολοκλήρωσης των συμφωνηθεισών διαδικασιών, καθώς ελλοχεύει ο κίνδυνος ο δανειολήπτης να χάσει την ιδιότητα του συνεργάσιμου και το γεγονός αυτό να επιφέρει τις συνέπειες, που αναλυτικά περιγράφονται στην παρ. 2 του Κεφ. Ζ του Κώδικα. Οι δυσμενείς αυτές συνέπειες, που επέρχονται, ύστερα από σχετική ειδοποίηση του δανειολήπτη για τον κίνδυνο να χαρακτηριστεί μη συνεργάσιμος, όσο και στη συνέχεια με τον οριστικό χαρακτηρισμό του, ως μη συνεργάσιμου,

είναι: η διαδικασία ρευστοποίησης της περιουσίας του, ο κίνδυνος εκποίησης από το πιστωτικό ίδρυμα εξασφαλίσεων που έχουν παρασχεθεί από εγγυητές, ακόμη και ο εκπλησθηριασμός της μοναδικής τους κατοικίας.

Με βάση το περιεχόμενο της έννοιας του συνεργάσιμου δανειολήπτη προκύπτει το συμπέρασμα ότι, αφορά φυσικά πρόσωπα, άποψη που ενισχύεται και από το γεγονός ότι καθοδηγητικό ρόλο για τη διευθέτηση των οφειλών, σύμφωνα πάντα με τον Κώδικα, ασκούν οι αποκαλούμενες «εύλογες δαπάνες διαβίωσης», που αφορούν αποκλειστικά φυσικά πρόσωπα. Οι εύλογες αυτές δαπάνες ορίζονται από το Κυβερνητικό Συμβούλιο για τη Διαχείριση του Ιδιωτικού Χρέους, με βάση τα στοιχεία της ΕΛΣΤΑΤ. Ο υπολογισμός αυτός έχει ήδη πραγματοποιηθεί και δοθεί στη δημοσιότητα, περιλαμβάνει δε αναλυτικά κοστολόγηση των βασικών δαπανών, που καταναλώνουν τα νοικοκυριά της χώρας, τα οποία ταξινομούνται σε κατηγορίες, με βάση το βαθμό αναγκαιότητας, όπως προκύπτει με τη χρήση ειδικής διεθνούς κλίμακας ταξινόμησης, (COICOP). Για παράδειγμα, στην πρώτη ομάδα ταξινομούνται οι βασικές δαπάνες, όπως εκείνες που αφορούν τη διατροφή, την ένδυση, στη δεύτερη ομάδα οι επιπλέον δαπάνες εστίασης, στη τρίτη ομάδα διαρκή αγαθά και συσκευές κ.λπ.<sup>12</sup>

Είναι σημαντικό να επισημανθεί ότι, ο υπολογισμός αυτός, που έχει γίνει σε πανελλήνια κλίμακα δεν αποτελεί πανάκεια, αλλά η κάθε περίπτωση δανειολήπτη-φυσικού προσώπου πρέπει να εξετάζεται μεμονωμένα, έτσι ώστε ο προσδιορισμός των ευλόγων δαπανών να προσαρμόζεται στις ιδιαιτερότητες και τη διαφορετικότητα της κάθε περίπτωσης, άλλως κινδυνεύει να χαρακτηριστεί αυθαίρετος και ανελαστικός.

Αναφορικά με τον αποκλεισμό – όπως *prima facie* συνάγεται – των νομικών προσώπων από την έννοια του συνεργάσιμου δανειολήπτη, θεωρούμε ότι δεν είναι στις προθέσεις των συντακτών του Κώδικα, καθώς συνάγεται από το γράμμα του ίδιου του Κώδικα<sup>13</sup>, αλλά και από την εξουσιοδοτική του βάση, το Ν. 4224/2013<sup>14</sup>, ότι αντικείμενο εφαρμογής των ρυθμίσεων του είναι το ιδιωτικό χρέος φυσικών, νομικών προσώπων και επιχειρήσεων<sup>15</sup>. Κατά συνέπεια, με μία διασταλτική, ευρεία και ανάλογη με τη φύση των νομικών προσώπων και επιχειρήσεων προσέγγιση και ερμηνεία του όρου «συνεργάσιμος δανειολήπτης» θα είναι δυνατή η επέκταση εφαρμογής

12 Βλ., αναλυτικά, τους σχετικούς πίνακες στην ιστοσελίδα της ΤτΕ και ειδικότερα στην [www.hba.gr/Index.asp?Menu=23](http://www.hba.gr/Index.asp?Menu=23), συνδυαστικά με την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Καταναλωτή του Υπουργείου Ανάπτυξης <http://www.efpolis.gr/el/nea-ekdiloseis/1790-dt-2014-04-17.html>.

13 Βλ. από τον κατάλογο των ενδεικτικών μακροπρόθεσμων ρυθμίσεων που περιέχονται στο Τμήμα ΙΙ του Παραρτήματος 2 του Κώδικα τις ρυθμίσεις με αρ. ζ) και η), που είναι αντίστοιχα η λειτουργική αναδιάρθρωση επιχείρησης και οι συμφωνίες ανταλλαγής χρέους με μετοχικό κεφάλαιο, ρυθμίσεις που συνάδουν μόνο με την ιδιότητα του δανειολήπτη-νομικού προσώπου.

14 Άρθρο 1 του Ν. 4224/2013 που αναφέρεται στη σύσταση του Κυβερνητικού Συμβουλίου Διαχείρισης Ιδιωτικού Χρέους με σκοπό να παρακολουθεί τις δράσεις για την προώθηση δημιουργίας μόνιμου μηχανισμού επίλυσης του μη εξυπηρετούμενου ιδιωτικού χρέους φυσικών, νομικών προσώπων και επιχειρήσεων.

15 Η ξεχωριστή αναφορά νομικών προσώπων και επιχειρήσεων προφανώς έχει γίνει για να συμπεριλάβει και τις ατομικές επιχειρήσεις, όπως επίσης τα εταιρικά σχήματα συνεργασίας, που στερούνται νομικής προσωπικότητας.

του και στα νομικά πρόσωπα και τις επιχειρήσεις. Έτσι λοιπόν συνεργάσιμος δανειολήπτης, που έχει την ιδιότητα του νομικού προσώπου, είναι εκείνος που πέραν των υποχρεωτικών με βάση τον εταιρικό τύπο, εφόσον έχει περιβληθεί έναν ανάλογο τύπο, δημοσιεύσεων, προβαίνει σε πλήρη, αναλυτική, ειλικρινή καταγραφή της εν γένει οικονομικής του κατάστασης, είναι διαθέσιμος σε επικοινωνία και συμφωνεί σε διερεύνηση εναλλακτικής πρότασης αναδιάρθρωσης του χρέους με το δανειστή ή όποιον ενεργεί νόμιμα για λογαριασμό του.

Εκτός από τους βασικούς ορισμούς του συνεργάσιμου δανειολήπτη και των εύλογων δαπανών διαβίωσης ο Κώδικας αναφέρεται και στον όρο δάνειο, τον οποίο εκλαμβάνει σε μία ευρεία εκδοχή, πέραν εκείνης του άρθρου 806 ΑΚ και των γνωστών διακρίσεων σε στεγαστικά, καταναλωτικά κ.λπ. δάνεια, ως κάθε μορφής οφειλή, έναντι του ιδρύματος, που εφαρμόζει τον Κώδικα. Η πηλατιά και μη απόλυτα συνεπής, προς τη δογματική του όρου έννοια προσέγγιση, εκφράζει προφανώς τη βούληση των συντακτών του Κώδικα να αποτελέσουν αντικείμενο ρύθμισης – έστω απόπειρας ρύθμισης – οι κάθε φύσης οφειλές και όχι μόνο όσες αφορούν τη λήψη δανείων. Έτσι σε αυτήν την κατηγορία εντάσσονται, για παράδειγμα, και όλως ενδεικτικά, οφειλές από χρήση πιστωτικών καρτών, από καταπτώσεις εγγυητικών επιστολών και γενικότερα από απαιτήσεις των πιστωτικών ιδρυμάτων σε βάρος των πελατών από οποιαδήποτε σύμβαση έχει, με αυτούς, καταρτίσει.

Τελευταίοι ορισμοί, που περιέχονται στον Κώδικα, είναι η λύση ρύθμισης και η λύση οριστικής διευθέτησης, που περιγράφουν με γενικό και περιεκτικό τρόπο τις δύο βασικές κατευθύνσεις, στις οποίες μπορούν να ενταχθούν οι προσπάθειες φιλικής διευθέτησης, όταν και εφόσον αυτές ευοδωθούν και δεν επιλεγεί άλλος τρόπος προστασίας του δανειολήπτη δικαστικός ή εξώδικος, όπως προσφυγή στο Συνήγορο του Καταναλωτή, σε διαμεσολάβηση, στο Ν. 3869/2010, για τα υπερχρεωμένα νοικοκυριά, όπως ισχύει σήμερα ή θα ισχύσει στο μέλλον, και στην τακτική δικαιοσύνη, με βάση γενικής ισχύος διατάξεις.

### III. Οι επί μέρους διατάξεις του Κώδικα

Ο Κώδικας διαρθρώνεται σε έντεκα (ΙΑ) ενότητες-κεφάλαια, σημειωμένες με αντίστοιχους κεφαλαίους χαρακτήρες του ελληνικού αλφαβήτου, οι οποίες ενότητες περιέχουν επί μέρους παραγράφους και υποπαραγράφους, με περαιτέρω υποδιαιρέσεις, σημειωμένες με αριθμούς, και με αλφαβητικούς χαρακτήρες μονούς και διπλούς, γεγονός που καθιστά δύσκολη ακόμη και την ανάγνωση των ρυθμίσεών του, πόσο μάλλον την ερμηνεία και την εφαρμογή τους. Παράλληλα, συνοδεύεται από τρία Παραρτήματα, τα οποία και αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα του και περιέχουν τις τυποποιημένες καταστάσεις οικονομικής κατάστασης και πληροφόρησης, που οφείλουν να συμπληρώνουν οι δανειολήπτες, την ενδεικτική απαρίθμηση

των χρησιμοποιούμενων στη διεθνή πρακτική τρόπων ρύθμισης μη εξυπηρετούμενων οφειλών και τέλος τις αρχές, που πρέπει να εφαρμόζονται στην περίπτωση πολυπλαπλών πιστωτών.

Οι τρεις πρώτες ενότητες του Κώδικα αναφέρονται στο πεδίο εφαρμογής του, τους ορισμούς που περιλαμβάνονται στις επί μέρους ρυθμίσεις, και τις γενικές αρχές.

Το πεδίο εφαρμογής είναι καθολικού χαρακτήρα για τον χρηματοπιστωτικό τομέα της χώρας, καθώς καταλαμβάνει όλα τα πιστωτικά ιδρύματα, τα οποία παρέχουν πιστώσεις στην Ελλάδα, με βάση τα σημ. 1 και 22 της παρ. 1 του άρθρου 3 της παρ. 2 του άρθρου 9 και των άρθρων 34, 36, 38, 41 και 43 του Ν. 4261/2014, όπως και τα υποκαταστήματα αλλοδαπών πιστωτικών ιδρυμάτων και τέλος τα χρηματοδοτικά ιδρύματα του άρθρου 3 παρ. 1 σημ. 22 του Ν. 4261/2014.

Η δεύτερη ενότητα αναφέρεται στους χρησιμοποιούμενους ορισμούς, ενώ η τρίτη στις γενικές αρχές, που θεώμενες από μία άλλη οπτική γωνία είναι οι κατευθυντήριες αρχές, οι επιχειρούμενοι στόχοι, όπως και οι κανόνες ερμηνείας και εφαρμογής των ρυθμίσεων του Κώδικα.

Αποτελεί μία σημαντική ενότητα, που κατά την άποψή μας, πρέπει να διατρέχει όλα τα στάδια και όλες τις αναφερόμενες, τόσο στο κυρίως κείμενο όσο και στα παραρτήματα του Κώδικα, διαδικασίες και να κατευθύνει τις ενέργειες όλων των εμπλεκόμενων μερών, όχι μόνο του δανειολήπτη και του πιστωτικού ιδρύματος, αλλά και τους λοιπούς πιστωτές, και ιδίως τα φυσικά πρόσωπα που θα κληθούν να εφαρμόσουν τις διαδικασίες επίλυσης καθυστερήσεων, όπως και τις διαδικασίες επικοινωνίας, αξιολόγησης δανειοληπτών, εξέτασης ενστάσεων, με άλλα λόγια, τα πρόσωπα που θα κληθούν να υλοποιήσουν τις ρυθμίσεις του Κώδικα.

Στόχος του Κώδικα είναι, σύμφωνα με το γράμμα του, η υιοθέτηση από τους αποδέκτες και εφαρμοστές των ρυθμίσεων του της συμπεριφοράς εκείνης, που θα οδηγήσει στην αποκατάσταση του κλίματος εμπιστοσύνης μεταξύ των ενδιαφερομένων μερών, με στόχο την ανεύρεση της κατάλληλης, για την κάθε περίπτωση (case by case), λύσης, είτε αυτή θα είναι λύση ρύθμισης, είτε λύση οριστικής διευθέτησης.

Όπως αναφέρεται στον Κώδικα, η ΤτΕ, ως εποπτεύουσα αρχή, έχει ήδη εκδώσει την ΠΕΕ 42/30.05.2014, στην οποία και περιλαμβάνονται κατευθυντήριες γραμμές, αναφορικά με το σχεδιασμό και την αξιολόγηση βιώσιμων τύπων ρύθμισης δανείων, για τους οποίους θα λαμβάνονται υπόψη οι δυνατότητες αποπληρωμής, μέχρι το πέρας του νέου προγράμματος, έτσι ώστε η ρύθμιση *«να μη χρησιμοποιείται για να συγκαλύψει απλώς τα πραγματικά επίπεδα κινδύνων των συγκεκριμένων ανοιγμάτων, οδηγώντας έτσι σε μεγαλύτερη υπερχρέωση του δανειολήπτη και αυξάνοντας τις πιθανές ζημιές για την τράπεζα»*.

Στα πλαίσια αυτά οριοθετείται η έννοια της «κατάλληλης λύσης», η οποία θα στοχεύει στο να συγκεράσει τη συμμόρφωση της τράπεζας με τις εποπτικές της υποχρεώσεις από τη μια μεριά, με τις εύλογες δαπάνες διαβίωσης του δανειολήπτη-φυσικού προσώπου, από την άλλη. Στόχος λοιπόν του νέου προγράμματος απο-

πληρωμής είναι να είναι ρεαλιστικός, εφαρμόσιμος, δίκαιος και ισοδύναμος, στο μέτρο βέβαια του εφικτού και απόλυτα προσαρμόσιμος στις δυνατότητες, τις υπάρχουσες και μελλόντικές του κάθε δανειολήπτη μεμονωμένα, για να αποφευχθεί με τον τρόπο αυτό η περαιτέρω υπερχέωση του δανειολήπτη, αλλήλ και η περαιτέρω έκθεση του πιστωτικού ιδρύματος σε ζημίες και άστοχους ή ανέφικτους υπολογισμούς.

Η τέταρτη ενότητα του Κώδικα επιγράφεται «Στρατηγική, πολιτικές, διαδικασίες και οργανωτικές δομές ιδρυμάτων» και αναφέρεται διεξοδικά στην υποχρέωση του κάθε ιδρύματος, που εμπίπτει στις διατάξεις του Κώδικα, να θεσπίσει την ενονομαζόμενη Διαδικασία Επίλυσης Καθυστερήσεων (Δ.Ε.Κ. σε συντομογραφία), με σκοπό το χειρισμό της κάθε περίπτωσης δανειολήπτη μεμονωμένα, όπως επίσης να συστήσει Επιτροπή Ενστάσεων, η οποία και θα καλείται να εξετάζει υποβληθησόμενες, εκ μέρους δανειοληπτών, ενστάσεις. Επιβάλλεται από τον Κώδικα η στελέχωση των αντίστοιχων υπηρεσιών των ιδρυμάτων με άτομα που θα έχουν κατάλληλη κατάρτιση, αλλήλ και επικοινωνιακές ικανότητες, που θεωρούνται αναγκαίες προϋποθέσεις για τον αποτελεσματικό χειρισμό των διαφόρων υποθέσεων, καταλλήλως καταμεμημένα ανά γεωγραφική περιοχή, και όχι – όπως δυστυχώς συμβαίνει – εγκατεστημένα αποκλειστικά στην πρωτεύουσα, ενώ παράλληλ και σύμφωνα με την ΠΕΕ 42/30.5.2014 θα πρέπει να διαθέτουν τον κατάλληλ βαθμό ανεξαρτησίας, σε σχέση με τις υπόλοιπες λειτουργικές δομές των ιδρυμάτων και ιδίως σε σχέση με τις λειτουργίες χορήγησης πιστώσεων και διαχείρισης του ομαλḡ εξυπηρετούμενου τμήματος του χαρτοφυλακίου.

Η πέμπτη ενότητα του Κώδικα αναφέρεται στην πολιτική και τις διαδικασίες επικοινωνίας, εμμένοντας στη σαφήνεια, την ορθότητα, την πληρότητα, την ευγένεια, την προστασία των προσωπικών δεδομένων, την εγκαιρότητα και την εγκυρότητα της επικοινωνίας. Εν προκειμένω, αξίζει να επισημανθεί η ανάγκη ειδικḡς εκπαίδευσης των υπαλλήλων στους οποίους έχει ανατεθεί η επικοινωνία<sup>16</sup>, αλλήλ και η υποχρέωση των πιστωτικών ιδρυμάτων να ενημερώνουν ἑγκαιρα το δανειολήπτη ἑγγράφως για την τυχόν μεταβίβαση της απαίτησης ἢ την ανάθεσή της σε οποιονδήποτε διαμεσολαβητή, όπως επίσης το περιεχόμενο και τους όρους ανάθεσης<sup>17</sup>. Πρόκειται για μία υποχρέωση η οποία – μέχρι στιγμḡς τουλάχιστον – παραβιάζεται

16 Όπως ἤδη αναφέρθηκε όχι μόνο δεν γίνεται εκπαίδευση των υπαλλήλων, που στελεχώνουν τις υπηρεσίες συμβούλων επικοινωνίας, σχετικά με την ὑπαρξη και το περιεχόμενο του Κώδικα, αλλήλ οι εν λόγω υπάλληλοι, πολλḡς φορές, δεν ἔχουν καν τη στοιχειώδη, αντίστοιχη με το αντικείμενο της απασχόλησḡς τους, γνώση για να πληροφωρήσουν και καθοδηγήσουν τον πελάτη, σε κλίμα εμπιστοσύνης και συνεργασίας, για τις προβλεπόμενες από τον Κώδικα διαδικασίες, καθώς ενεργούν αποκλειστικά και μόνο ως παραλήπτες και διαβιβαστές των αιτήσεων ἢ δηλώσεων των πελατών προς τις αντίστοιχες κεντρικές υπηρεσίες των πιστωτικών ιδρυμάτων.

17 Όπως διευκρινίζεται στην Εγκύκλιο της ΤτΕ με ημερομ. 5.1.2015 το ίδρυμα οφείλει να περιλαμβάνει στο αποστέλλόμενο ενημερωτικό φυλλάδιο, το ενδεχόμενο της ανάθεσης σε τρίτους της διεκπεραίωσης των ενεργειών εκείνων που είναι απαραίτητες για τη συμμόρφωση του ιδρύματος προς τον Κώδικα (π.χ. υποχρεώσεις επικοινωνίας προβλεπόμενες από τον Κώδικα). Στην πιο πάνω περίπτωση, εντός του ενημερωτικού φυλλαδίου, αναγράφονται επίσης: (α) η ηθική κτρονική διεύθυνση του ιδρύματος, όπου περιλαμβάνονται τα ονόματα των πιο πάνω τρίτων, κατά περίπτωση ανάθεσης ἔργου και (β) ότι στο «ειδικό σημείο επικοινωνίας» μπορεί να παρέχονται περισσότερες πληροφορίες.

συστηματικά από τα πιστωτικά ιδρύματα και ειδικότερα ως προς την ανάθεση σε εταιρίες ενημέρωσης οφειλετών (διεπόμενες από το Ν. 3758/2009, όπως τροποποιήθηκε με το Ν. 4038/2012), η ύπαρξη και η δράση των οποίων έχει καταστεί μάστιγα για τους πολίτες, κατά παράβαση των σχετικών νομοθετικών ρυθμίσεων, αλλήλα και των συχνών παρεμβάσεων των ελληνικών δικαστηρίων. Γεγονός είναι ότι, με την εισαγωγή του Κώδικα Δεοντολογίας και τη θέσπιση των μέτρων, των διαδικασιών και των υπηρεσιών επίλυσης καθυστερήσεων είναι απολύτως περιττή η συνέχιση λειτουργίας του θεσμού των εταιριών ενημέρωσης οφειλετών, ενός θεσμού ο οποίος επανειλημμένα και δικαιολογημένα έχει δεχθεί τα πυρά τόσο της επιστήμης<sup>18</sup>, όσο και αρμόδιων φορέων προστασίας καταναλωτών<sup>19</sup>, της νομολογίας<sup>20</sup>, αλλήλα και της ίδιας της κοινωνίας για τον τρόπο λειτουργίας του, κυρίως όμως και πρωτίστως για το ρόλο υπαρκτός του.

Παράλληλα, επιβάλλεται στα πιστωτικά ιδρύματα η δημιουργία ειδικών σημείων επικοινωνίας, που θα παρέχουν τις πληροφορίες για την εφαρμογή των ρυθμίσεων του Κώδικα, θα παραλαμβάνουν δηλώσεις, έγγραφα και δικαιολογητικά και γενικότερα θα υλοποιούν τις ρυθμίσεις του Κώδικα, όπως επίσης η δημιουργία και διάθεση ενημερωτικού υλικού, σε έντυπη όσο και ηλεκτρονική μορφή, κατατοπιστικού και εύκολα αντιληπτού στο δανειολήπτη, στα πλαίσια της γενικής υποχρέωσης των πιστωτικών ιδρυμάτων, για πληροφόρηση και παροχή συμβουλών<sup>21</sup>.

18 Βλ. Σ. Ψυχολόμνη, Σχέσεις τραπεζών με δικηγόρους και εισπρακτικές εταιρίες, στο έργο «Τραπεζικές δραστηριότητες αμφισβητούμενης νομιμότητας», (εκδ. 2002), σ. 66 επ., στον *ίδιο συγγραφέα*, Τοξικοί νόμοι κι αράθυμες αρχές, ΔΕΕ 2009, σ. 888 επ. και ειδικότερα σ. 891, όπου με ιδιαίτερα επικριτικό τρόπο τονίζεται η άστοχη νομοθετική εισαγωγή των συγκεκριμένων εταιριών, η εισαγωγή διατάξεων τελείως περιττών – φαιδρών κατά τον γράφοντα – που προβλέπουν τα αυτονόητα, όπως για παράδειγμα ότι τιμωρείται η πρόκληση σωματικών βλαβών στον οφειλέτη, η αντιποίηση, η δυσφήμιση, η απάτη (!), και τέλος κατακρίνεται η λειτουργία τους στο πλαίσιο του θεσμού του outsourcing.

19 Βλ. Δελτίο τύπου του Συνήγορου του Καταναλωτή με ημ. 31.7.2008 δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα [www. synigoroskatanaloti.gr](http://www.synigoroskatanaloti.gr).

20 Η ΕφΑθ 2887/2010, πρώτη δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, ΕΕμΔ 2010,950, ΑρΧΝ 2010, 525, ΝοΒ 2011, 1828, ΧρηΔικ 2011,163 δεχόμενη έφεση κατά πρωτόδικης αντίθετης απόφασης θεωρεί ότι η επεξεργασία προσωπικών δεδομένων δανειολήπτη από τράπεζα, απαγορεύεται – πλην των άλλων – στα πλαίσια του Ν. 2472/1997 όταν γίνεται, χωρίς την προηγούμενη ενημέρωση του υποκειμένου των δεδομένων, δικαίωμα που προστατεύεται αυτοτελώς, αλλήλα αποτελεί και την προϋπόθεση για την αποτελεσματική άσκηση των δικαιωμάτων πρόσβασης και αντίρρησης του υποκειμένου των δεδομένων. Το Εφετείο δέχεται, κατά συνέπεια, ότι η μεταβίβαση προσωπικών δεδομένων, μετά την καθυστέρηση του δανείου, σε εισπρακτική εταιρεία, χωρίς ενημέρωση του δανειολήπτη, συνιστά αδικολογία. Όμοια και η ΕφΑθ 1437/2014, Α' δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, ΝοΒ 2014, 849, Αρμ 2014,1868, απορρίπτουσα, στην ουσία, έφεση τράπεζας κατά της πρωτόδικης απόφασης, που δέχθηκε εν μέρει αγωγή δανειολήπτη, που ζητούσε ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης για την παράνομη επεξεργασία και μεταβίβαση των προσωπικών του δεδομένων από τράπεζα σε εισπρακτική εταιρία και τη χρήση αυτών από την τελευταία εταιρία, χωρίς τις προϋποθέσεις του Ν. 2472/1997. Η εφετειακή αυτή απόφαση αναφέρει ειδικότερα ότι, η «ευθύνη του προκαλούντος ηθική βλάβη στο υποκείμενο των προσωπικών δεδομένων για χρηματική ικανοποίηση του τελευταίου είναι νόθος αντικειμενική και προϋποθέτει συμπεριφορά (πράξη ή παράλειψη) που παραβιάζει τις διατάξεις του Ν. 2472/1997 ή (και) των κατ' εξουσιοδότηση αυτού κανονιστικών πράξεων της Αρχής, β) ηθική βλάβη, γ) αιώδη συνάφεια μεταξύ της συμπεριφοράς και της ηθικής βλάβης, και δ) υπαιτιότητα, ήτοι γνώση ή υπαίτια άγνοια, αφενός των περιστατικών που συνιστούν την παράβαση και αφετέρου της πιθανότητας να επέλθει η ηθική βλάβη. Η ύπαρξη υπαιτιότητας τεκμαίρεται και ως εκ τούτου ο προκαλών την ηθική βλάβη, προκειμένου να απαλλαγεί από την ευθύνη του, έχει το βάρος να αποδείξει ότι ανυπαίτως αγνοούσε τα θεμελιωτικά του πταίσματά του πραγματικά γεγονότα...».

21 Για τις Aufklärungs- und Beratungspflichten στο γερμανικό δίκαιο, βλ. αναλυτικά, *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, (εκδ. 2009), σ. 87 επ.



Ειδικότερα, το επονομαζόμενο «ενημερωτικό φυλλάδιο», που κάθε πιστωτικό ίδρυμα υποχρεούται να παρέχει στους δανειολήπτες, πρέπει, με απλό τρόπο, να περιγράφει τους τρόπους ρύθμισης ή και οριστικής διευθέτησης των μη εξυπηρετούμενων οφειλών, την όλη διαδικασία που ακολουθείται, τους χρησιμοποιούμενους ορισμούς, τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις αμφοτέρων των μερών. Μαζί με τις πληροφορίες τα πιστωτικά ιδρύματα, σύμφωνα με την παρ. 3 της ίδιας ενότητας Ε, οφείλουν να διαθέτουν σε κάθε κατάσταση σε έντυπη μορφή, αλλά και διαδικτυακά, την αποκαλούμενη «Τυποποιημένη Οικονομική Κατάσταση», για τα φυσικά πρόσωπα και αντίστοιχα την «Τυποποιημένη Κατάσταση Οικονομικής Πληροφόρησης» για τα νομικά πρόσωπα, οι οποίες προβλέπονται στην ενότητα ΣΤ παρ. 2 του Κώδικα και περιέχονται στο επισυναπτόμενο Παράρτημα 1. Σε αυτές τις καταστάσεις ο κάθε δανειολήπτης είναι υποχρεωμένος, με ειλικρίνεια και σαφήνεια, να αναφέρει όλα τα στοιχεία επικοινωνίας, όπως και της οικογενειακής και επαγγελματικής του κατάστασης, τα πάσης φύσεως έσοδα και δαπάνες, την πλήρη και αναλυτική περιγραφή της ακίνητης περιουσίας, όπως και κάθε άλλο περιουσιακό του στοιχείο (αποταμιεύσεις, καταθέσεις, μετοχές, ασφάλειες ζωής κ.λπ.).

Η επόμενη έκτη ενότητα του Κώδικα, που επιγράφεται ως «Διαδικασία Επίλυσης Καθυστερήσεων» (Δ.Ε.Κ.), έχει διαδικαστικό περιεχόμενο, καθώς, με λεπτομέρειες, καταγράφει όλα τα στάδια χειρισμού του δανειολήπτη, που καθυστερεί την εξόφληση των υποχρεώσεών του, αλλά και εκείνου για τον οποίο υπάρχουν ενδείξεις πιθανής καθυστέρησης<sup>22</sup>. Πρόκειται για πέντε στάδια, που είναι τα ακόλουθα:

Στάδιο 1: Επικοινωνία με το δανειολήπτη, Στάδιο 2: Συγκέντρωση οικονομικών και άλλων πληροφοριών, Στάδιο 3: Αξιολόγηση των οικονομικών στοιχείων, Στάδιο 4: Πρόταση των κατάλληλων λύσεων στον δανειολήπτη και τέλος Στάδιο 5: Διαδικασία εξέτασης ενστάσεων.

Το πρώτο στάδιο, που περιλαμβάνει την επικοινωνία-ειδοποίηση του δανειολήπτη, διακρίνεται σε τρεις επί μέρους υποπεριπτώσεις. Η πρώτη αναφέρεται στην υποπαρ. α και αφορά επικοινωνία, σχετικά με δάνειο βρισκόμενο σε αρχική καθυστέρηση, η δεύτερη επικοινωνία αναφέρεται στο διάστημα, που ακολουθεί την πρώτη υποχρεωτική γραπτή ειδοποίηση, και η τρίτη την επικοινωνία με δανειολήπτες με καθυστερήσεις, κατά την ισχύ του Κώδικα. Ήδη, με τη νεότερη απ. αρ. 148/10/5/2015 (ΦΕΚ Β'2289) της Ε.Π.Α.Θ., τροποποιήθηκαν η διαδικασία και ο χρόνος, αναφορικά με την πρώτη γραπτή ειδοποίηση, η οποία ακολουθεί την πρώτη, συμβουλευτικού χαρακτήρα, επικοινωνία με το δανειολήπτη και η οποία αρχική επικοινωνία έχει ως στόχο την απόπειρα ανεύρεσης εναλλακτικών λύσεων για τη ρύθμιση της οφειλής. Σύμ-

22 Σύμφωνα με την Εγκύκλιο της ΤτΕ με ημερομ. 5.12.2014, σχετικά με τα δάνεια με ενδείξεις πιθανής καθυστέρησης ανήκει στη διακριτική ευχέρεια του ιδρύματος να εντάξει στη Διαδικασία Επίλυσης Καθυστερήσεων (Δ.Ε.Κ.) του Κώδικα, δανειολήπτη, ο οποίος το ζητά, επικαλούμενος οικονομικές δυσχέρειες, παρά το γεγονός ότι δεν έχει ακόμη εμφανίσει καθυστέρηση στις καταβολές του.



φωνα με τη νεότερη τροποποιητική απόφαση του Κώδικα, η πρώτη υποχρεωτική ειδοποίηση της υποπ. α (ββ) του Σταδίου 1 μπορεί να αποσταλεί μέχρι την 30ή Δεκεμβρίου 2015, για τις περιπτώσεις δανείων, που συμπληρώνουν οποτεδήποτε μέχρι και την 15η Δεκεμβρίου 2015 καθυστέρηση μεγαλύτερη των τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών. Η εν λόγω ειδοποίηση παρέχει προθεσμία δεκαπέντε (15) εργάσιμων ημερών στον δανειολήπτη (φυσικό ή νομικό πρόσωπο) να ενταχθεί στο στάδιο 2 της Δ.Ε.Κ., υποβάλλοντας στο ίδρυμα τις αντίστοιχες Τυποποιημένες Καταστάσεις Οικονομικής Πληροφόρησης. Σε περίπτωση που δεν ανταποκριθεί ο δανειολήπτης, αποστέλλεται εντός δεκαπέντε (15) ημερολογιακών ημερών, από τη λήξη της ταχθείσας προθεσμίας, η προειδοποιητική επιστολή της ανωτέρω υποπαραγράφου (β) στις περιπτώσεις δανειοληπτών, εφόσον ο αποχαρακτηρισμός αυτών, ως συνεργάσιμων, μπορεί να έχει συνέπεια το εκπληκτιστήριο της μοναδικής κατοικίας τους, με νομικές διαδικασίες, που προτίθεται να κινήσει το ίδρυμα.

Η ίδια τροποποιητική του Κώδικα απόφαση αναφέρει, σχετικά με τα δάνεια που περιέρχονται σε καθυστέρηση μεγαλύτερη των τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών, μετά την 15η Δεκεμβρίου 2015, ότι η πρώτη υποχρεωτική ειδοποίηση αποστέλλεται από το ίδρυμα, εντός δεκαπέντε (15) ημερολογιακών ημερών, από το χρόνο συμπλήρωσης της καθυστέρησης των τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών.

Αποπειρώμενοι τη σύνοψη των δυσνόητων ρυθμίσεων, τόσο του αρχικού Κώδικα, όσο και των τροποποιήσεών του, μπορούμε να σκιαγραφήσουμε τη διαδικασία του Σταδίου 1, ως εξής: Η πρώτη κίνηση του πιστωτικού ιδρύματος είναι η ενημέρωση του δανειολήπτη σε οποιοδήποτε στάδιο καθυστέρησης και αν βρίσκεται η προς το ίδρυμα οφειλή του, η οποία ενημέρωση, αν και δεν προβλέπεται ρητά, ωστόσο προκύπτει από το γράμμα των διατάξεων ότι είναι γραπτή, καθώς, όπως αναφέρεται, είναι σκόπιμο να συνοδεύεται με την αποστολή του Ενημερωτικού Φυλλολαδίου, όπως και τον καθορισμό των σημείων επαφής του δανειολήπτη με το αρμόδιο προσωπικό του ιδρύματος. Εφόσον διαπιστωθεί καθυστέρηση τριάντα ημερών, προφανώς, από τη μη ανταπόκριση του δανειολήπτη, καθώς ο Κώδικας δεν διευκρινίζει αν αναφέρεται στην καθυστέρηση ανταπόκρισης του δανειολήπτη, το ίδρυμα περνά στη δεύτερη φάση, ήτοι την αποστολή γραπτής ειδοποίησης. Στο σημείο αυτό υφίσταται, σύμφωνα με την άποψή μας, διαφοροποίηση, ανάλογα με το χρόνο καθυστέρησης, που παρουσιάζει η οφειλή. Έτσι λοιπόν, αν πρόκειται για καθυστέρηση δανείων, που συμπληρώνουν οποτεδήποτε μέχρι και την 15η Δεκεμβρίου 2015 καθυστέρηση μεγαλύτερη των τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών, εφαρμόζονται οι ήδη αναφερθείσες τροποποιητικές ρυθμίσεις της απ. 148/10/5/2015, διαφορετικά ακολουθείται η αρχική και μη τροποποιηθείσα στο σύνολό της – για όλους τους δανειολήπτες – ρύθμιση του αρχικού κειμένου του Κώδικα, αναφορικά με τους χρονικούς περιορισμούς, καθώς το περιεχόμενο των σχετικών κινήσεων του πιστωτικού ιδρύματος παραμένει το ίδιο. Και αυτό είναι, σύμφωνα με την υποπ. α (ββ) και (γγ) η ειδοποίηση, έγγραφη, σε κάθε περίπτωση, του

δανειολήπτη, σχετικά με την ημερομηνία κατά την οποία η οφειλή περιήλθε σε καθυστέρηση, το συνολικό ύψος των δόσεων, το άληκτο υπόλοιπο της οφειλής, πλήρης ενημέρωση για την ένταξη του δανειολήπτη στη Διαδικασία Επίλυσης Καθυστερήσεων, όπως επίσης χορήγηση των σχετικών εντύπων της Τυποποιημένης Οικονομικής Κατάστασης για τα φυσικά πρόσωπα και της αντίστοιχης Τυποποιημένης Οικονομικής Πληροφόρησης για τα νομικά πρόσωπα.

Με την αναφερθείσα απ. 148/10/5/2015 της Ε.Π.Α.Θ. διευκρινίστηκε ότι τη συγκεκριμένη Διαδικασία Επίλυσης Καθυστερήσεων μπορεί να κινήσει και ο ίδιος ο δανειολήπτης, ο οποίος μπορεί να προσέλθει και να ζητήσει έγγραφα την ένταξή του στα προβλεπόμενα από τον Κώδικα Στάδια, ενώ αποκλείεται η ένταξη στα νομικά πρόσωπα, που βρίσκονται σε καθεστώς εκκαθάρισης.

Σε περίπτωση που ο δανειολήπτης δεν ανταποκριθεί, εντός δεκαπέντε ημερών, στην υποχρεωτική – όπως χαρακτηρίζεται – γραπτή ειδοποίηση, που του έχει αποσταλεί, το ίδρυμα οφείλει να αποστείλει, εντός δεκαπέντε ημερών από την παρέλευση της προθεσμίας, προειδοποιητική επιστολή για το ενδεχόμενο και τις συνέπειες του χαρακτηρισμού του δανειολήπτη, ως μη συνεργάσιμου, γεγονός που μπορεί να οδηγήσει στο εκπλητιστήριο της μοναδικής του κατοικίας (παρ. β).

Η ως άνω διαδικασία «τρέχει» με γρηγορότερους και αποφασιστικότερους ρυθμούς, σύμφωνα με την απ. 148/10/5/2015, για τα δάνεια που συμπληρώνουν οποτεδήποτε μέχρι και την 15η Δεκεμβρίου 2015 καθυστέρηση μεγαλύτερη των τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών. Σε αυτήν την περίπτωση, οι δανειολήπτες καλούνται να υποβάλλουν, εντός δεκαπέντε ημερών από την ημέρα παραλαβής της πρώτης υποχρεωτικής έγγραφης ειδοποίησης, η οποία πρέπει να πραγματοποιηθεί μέχρι την 30.12.2015, συμπληρωμένα τα έντυπα που αφορούν την οικονομική τους κατάσταση, διαφορετικά και αν δεν ανταποκριθούν σε αυτό το κάλεσμα, εντός δεκαπέντε ημερών, από τη λήξη της προθεσμίας, θα λάβουν την προειδοποιητική επιστολή της παραγράφου β, που ήδη αναφέρθηκε και αφορά το στάδιο που ο δανειολήπτης δεν ανταποκρίθηκε στην πρώτη έγγραφη ειδοποίηση.

Το Στάδιο 2 της Διαδικασίας Επίλυσης περιλαμβάνει τη συγκέντρωση και τον έλεγχο των Τυποποιημένων Καταστάσεων Οικονομικής Πληροφόρησης, αλλά και τυχόν εγγράφων και δικαιολογητικών που είναι αναγκαία για τη διακρίβωση των δηλωθέντων στοιχείων, ενώ το επόμενο Στάδιο 3 αναφέρεται στην αξιολόγηση των οικονομικών στοιχείων των δανειοληπτών. Η αξιολόγηση αφορά την εν γένει οικονομική κατάσταση του δανειολήπτη, το συνολικό ύψος και τη φύση των οφειλών, την προβλεπόμενη ικανότητα αποπληρωμής, ενώ ειδικά για το δανειολήπτη – νομικό πρόσωπο εξετάζεται το υποβαλλόμενο επιχειρηματικό σχέδιο ή σχέδιο αναδιάρθρωσης, οι προοπτικές ανάπτυξης του κλάδου, οι παράγοντες κινδύνου του προτεινόμενου σχεδίου.

Το Στάδιο 4 του Κώδικα αποτελεί το ουσιαστικό τμήμα του Κώδικα, που αναφέρεται στην πρόταση, εκ μέρους του πιστωτικού ιδρύματος, της κατάλληλης ρύθμισης

ή οριστικής διευθέτησης στον δανειολήπτη, υπό την προϋπόθεση, βέβαια, ότι ο δανειολήπτης θα κριθεί συνεργάσιμος. Η παρεχόμενη από τον Κώδικα κατεύθυνση ως προς την αναζήτηση της προσήκουσας, στην κάθε περίπτωση, λύσης, είναι να λάβει υπόψη του το ίδρυμα τις ισχύουσες εποπτικές απαιτήσεις, αλλήλ και τις πραγματικές και αξιολογηθείσες δυνατότητες του δανειολήπτη να αποπληρώσει τα χρέη του, με βάση τους προτεινόμενους τρόπους. Η επιλογή της λύσης κατευθύνεται σε μεγάλο βαθμό από τις αναφερόμενες – έστω και με ενδεικτικό, πλην όμως καθοριστικό τρόπο – στο Παράρτημα 2 του Κώδικα λύσεις, καθώς χορηγείται στο δανειολήπτη και το Τυποποιημένο Έγγραφο Πρότασης Λύσεων Ρύθμισης ή Οριστικής Διευθέτησης, στο οποίο επεξηγείται όχι μόνο η αξιολόγηση και επιλογή της προτεινόμενης λύσης, αλλήλ ενημερώνεται ο δανειολήπτης για τις επιπτώσεις της κάθε εναλλακτικής λύσης, τη σύγκριση του κόστους, των εξόδων, του υπόλοιπου της οφειλής, τον τρόπο υλοποίησης. Παράλληλ, ενημερώνεται ο δανειολήπτης για τις ενέργειες στις οποίες μπορεί να προβεί, μέσα σε προθεσμία όχι μεγαλύτερης των δεκαπέντε εργάσιμων ημερών – προφανώς αρχόμενη από την παραλαβή της πρότασης του ιδρύματος, καθώς σιωπά, εν προκειμένω, ο Κώδικας.

Συγκεκριμένα, ο δανειολήπτης μπορεί να συναινέσει στην πρόταση, ή να αντιπροτείνει ή τέλος να δηλώσει εγγράφως την άρνησή του να συναινέσει με οποιαδήποτε πρόταση, όπως επίσης να υποβάλει ένσταση, ενεργοποιώντας, την προβλεπόμενη στο Στάδιο 5 του Κώδικα, Διαδικασία Εξέτασης Ενστάσεων.

Η Διαδικασία Εξέτασης Ενστάσεων αποτελεί μία διαδικασία που όλα τα πιστωτικά ιδρύματα οφείλουν να υιοθετήσουν με ειδικευμένο προσωπικό, με την απαραίτητη τεχνογνωσία, καθώς και τα σχετικά τυποποιημένα έντυπα ενστάσεων, τα οποία μπορεί να χρησιμοποιήσει ο δανειολήπτης, μόνο, για μία φορά. Η Επιτροπή, που εξετάζει τις ενστάσεις, οφείλει να απαντήσει, εντός τριών μηνών, από το χρόνο της υποβολής, η δε απάντηση πρέπει να είναι έγγραφη και επαρκώς αιτιολογημένη. Σε περίπτωση που η ένσταση γίνει αποδεκτή, το ίδρυμα προβαίνει σε διορθωτικές ενέργειες ή αναπαραπέμπει σε προηγούμενα Στάδια της διαδικασίας.

Η Ζ Ενότητα, η οποία ακολουθεί στο κείμενο του Κώδικα μετά την παράθεση των πέντε Σταδίων της Διαδικασίας Επίλυσης Καθυστερήσεων, αναφέρεται στο χαρακτηρισμό του δανειολήπτη ως μη συνεργάσιμου, στις περιπτώσεις που μπορεί να συμβεί αυτό, τις συνέπειες, που οι σημαντικότερες αφορούν τη διαδικασία ρευστοποίησης της περιουσίας του – συμπεριλαμβανομένου του ακανθώδους θέματος του πλειστηριασμού της πρώτης του κατοικίας – τον κίνδυνο εκποίησης εξασφαλίσεων, που έχουν παρασχεθεί από εγγυητές, το τυχόν υπόλοιπο του δανείου σε καθυστέρηση ακόμη και μετά τη ρευστοποίηση.

Σημαντική είναι η ενότητα Θ του Κώδικα, σύμφωνα με την οποία, οι διατάξεις του, που περιέχονται στα Στάδια 4 και 5, δηλαδή η πρόταση από το πιστωτικό ίδρυμα λύσης ρύθμισης ή οριστικής διευθέτησης της οφειλής, όπως και η δυνατότητα υποβολής ενστάσεων και ο κίνδυνος χαρακτηρισμού του δανειολήπτη ως μη συνεργά-

σιμου δεν εφαρμόζονται, εφόσον ο δανειολήπτης επιλέξει να επιλύσει το ζήτημα της οφειλής του με διαμεσολαβητή ή καταφύγει – σύμφωνα με την ορολογία του Κώδικα – στην προστασία άλλων νομικών διατάξεων. Εν προκειμένω εννοείται – κατά την άποψή μας, με την ευρύτητα του χρησιμοποιούμενου όρου – όχι μόνο η προσφυγή στην τακτική δικαιοσύνη και η στήριξη αιτημάτων με βάση διατάξεις του Ν. 2251/1994, περί προστασίας του καταναλωτή, εφόσον πρόκειται για δανειολήπτη, που φέρει την καταναλωτική ιδιότητα ή των γενικής ισχύος ρυθμίσεων του ΑΚ, εφόσον πρόκειται για αμιγώς αμφιμερώς εμπορική οφειλή, αλλά και η προσφυγή σε άλλους τρόπους εναλλακτικής επίλυσης διαφορών, από αυτούς που προβλέπονται από τη διυπουργική απόφαση 70330/30.6.2015, που αντικατέστησε το άρθρο 11α του Ν. 2251/1994<sup>23</sup> και συνάδουν με την επίλυση καταναλωτικών διαφορών τραπεζικής φύσης (για παράδειγμα η προσφυγή στον Μεσολαβητή τραπεζικών και επενδυτικών υπηρεσιών).

Η επόμενη ενότητα Ι αναφέρεται στον εγγυητή και με το περιεχόμενο των ρυθμίσεων της φαίνεται να μην ευθυγραμμίζεται με τη μη αμφισβητούμενη σήμερα – τουλάχιστον στο χώρο της νομολογίας<sup>24</sup> – φύση και έκταση προστασίας του εγγυητή ενός τραπεζικού δανείου. Σημειώνεται συγκεκριμένα ότι, όλες οι ρυθμίσεις που αφορούν το δανειολήπτη με οφειλές σε καθυστέρηση άνω των τριάντα ημερών επεκτείνονται και στον εγγυητή, εφόσον στη δανειακή σύμβαση προβλέπεται ότι ο εγγυητής υποκαθιστά το δανειολήπτη στις υποχρεώσεις του σε όλη τη διάρκεια αυτής, εννοώντας με αυτήν τη διατύπωση το συνήθως συμβαίνον στην τραπεζική πρακτική την απόλυτη ταύτιση των υποχρεώσεων εγγυητή και πρωτοφειλέτη. Στη συνέχεια και στην υποπ. β της ενότητας Ι τονίζεται, αντίθετα με την πρώτη περίπτωση, όπως είναι και το ορθό, ο παρεπόμενος χαρακτήρας της εγγυητικής ευθύνης, με την έννοια ότι ακόμη και αν δεν προβλέπεται στη δανειακή σύμβαση η «υποκατάσταση» – όπως χαρακτηρίζεται – εγγυητή και πρωτοφειλέτη, ο εγγυητής ευθύνεται, αφού ολοκληρωθούν οι διαδικασίες Δικαστικής Επίλυσης Καθυστερήσεων μεταξύ ιδρύματος και πρωτοφειλέτη, χωρίς την ύπαρξη συμφωνίας.

Το ζήτημα αυτό έχει ιδιαίτερη σημασία, καθώς με τις συγκεκριμένες ρυθμίσεις δεν δίνεται σαφής απάντηση στην έκταση της ευθύνης, άρα συνακόλουθα και της προστασίας του εγγυητή του τραπεζικού δανείου, που απασχόλησε την επιστήμη και τη νομολογία, με αντιτιθέμενες θέσεις και προτεινόμενες λύσεις. Πρόκειται για

23 Βλ. αναλυτικά Ε. Τζίβα εις ΔικΠροσΚαταναλωτή (επιμ. Ελ. Αλεξανδρίδου), 2015, Εναλλακτική- Ηλεκτρονική Επίλυση καταναλωτικών διαφορών, 1-5.

24 Μετά την έκδοση της απόφασης της Ολομέλειας του Ανώτατου Ακυρωτικού 13/2015, Α' Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, η οποία και αναφέρεται στη συνέχεια, λύεται οριστικά το ζήτημα της καταναλωτικής ιδιότητας τόσο του εμπόρου, που λαμβάνει πίστωση από τράπεζα για να καλύψει τις χρηματικές του ανάγκες, ως τελικός αποδέκτης υπηρεσιών, όπως και του εγγυητή του. βλ. ακόμη ΕφΠειρ 52/2011, Αρμεν 2012, 1711, ΠΠρΧαλκιδικής 83/2013, Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ = ΕΕμμΔ 2014,75 = ΧρπΔικ 2013,524, ΜΠρΘεσσαλονίκης 7423/2015, ΝΟΜΟΣ.

μία «συρραφή» των υποστηριζόμενων απόψεων, με την έννοια ότι, αναγνωρίζεται μεν ο παρεπόμενος χαρακτήρας της εγγύησης, παράλληλα, όμως, ταυτίζεται η έκταση ευθύνης του με εκείνης του πρωτοφειλέτη, γεγονός που οδηγεί στη σκέψη ότι ίδιας έκτασης θα είναι και η παρεχόμενη προστασία, χωρίς να επέρχεται διαφοροποίηση με το αν η παρασχεθείσα εγγύηση έχει δοθεί στο πλαίσιο της επαγγελματικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητας του εγγυητή, όπως ορίζει μετά την τροποποίηση του Ν. 3587/2007 η υποπερ. ββ' της § 4α του άρθρου 1 του Ν. 2251/1994<sup>25</sup>. Σήμερα, πάντως, το θέμα έχει οριστικά επιλυθεί με την από καιρό αναμενόμενη απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου στην οποία είχε παραπεμφθεί το θέμα με την υπ. αριθμ. 1332/2012 απόφαση του Α2 Πολιτικού Τμήματος του ιδίου δικαστηρίου, με την οποία απόφαση δεν συνταυτίζεται η ασαφής διάταξη της ενότητας Ι του Κώδικα Δεοντολογίας. Το Ανώτατο Ακυρωτικό δέχθηκε ότι ο δανειολήπτης επαγγελματικού ή επιχειρηματικού δανείου θεωρείται αποδέκτης των πιστωτικών υπηρεσιών της τράπεζας<sup>26</sup> και συνεπώς καταναλωτής<sup>27</sup>, με την έννοια του άρθρου 1 παρ. 4 περ. α του Ν. 2251/1994, ο δε εγγυητής υπέρ αυτού και ιδίως αυτός που εγγυήθηκε ως αυτοφειλέτης, παραιτούμενος των ενστάσεων και ο οποίος δεν ενεργεί στο πλαίσιο επαγγελματικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητας εμπίπτει στο πεδίο προστασίας του άνω νόμου, λόγω του παρεπόμενου χαρακτήρα της εγγύησης<sup>28</sup>. Πολύ περισσότερο δε, ισχύουν τα παραπάνω, όταν ο δανειολήπτης αποκτά δάνειο για την κάλυψη των προσωπικών του αναγκών, ως τελικός αποδέκτης τραπεζικών υπηρεσιών<sup>29</sup>, ο δε εγγυητής υπέρ ενός δανειολήπτη, που αποκτά ένα τέτοιο δάνειο είναι και αυτός καταναλωτής, εφόσον η εγγύηση δεν εντάσσεται στο πλαίσιο επιχειρηματικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας, καθώς λόγω του παρεπόμενου χαρακτήρα της εγγύησης δεν δικαιολογείται δυσμενέστερη

25 Βλ. αναλυτικά στο Γ. Δέλλιο, Γενικοί Όροι Συναλλαγών, 2η εκδ. 2013, σ. 142 επ. (αρ.περ. 177 επ).

26 Με την απόφασή του αυτή ο Άρειος Πάγος, συνταυτιζόμενος με προηγούμενες αποφάσεις του, δέχεται την ευρεία έννοια του καταναλωτή του άρθρου 1 παρ. 4 περ. α του Ν. 2251/1994 ως το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που αποκτά το προϊόν ή την υπηρεσία για ικανοποίηση ατομικών ή και επαγγελματικών αναγκών του, αρκούντος του γεγονότος ότι αποτελεί τον τελικό αποδέκτη. Το Ανώτατο Δικαστήριο θεωρεί ότι, αυτή η διεύρυνση δεν βρίσκεται σε αντίθεση με την ελάχιστης εναρμόνισης Οδηγία 93/13/ΕΟΚ, που υιοθετεί τη στενή έννοια του καταναλωτή, καθώς το άρθρο 8 αυτής ορίζει ότι, τα κράτη-μέλη μπορούν να θεσπίζουν ή να διατηρούν αυστηρότερες διατάξεις στον τομέα που διέπει η οδηγία – δηλαδή τις καταχρηστικές ρήτρες – με στόχο την εξασφάλιση μεγαλύτερης προστασίας για τον καταναλωτή. Στα πλαίσια αυτής της δυνατότητας επιτρέπεται στον εθνικό νομοθέτη η διεύρυνση της διέυρυνση της διέυρυνση του καταναλωτή, και εν πάση περιπτώσει δεν απαγορεύεται σε αυτόν η θέσπιση όμοιας προστασίας έναντι καταχρηστικών ΓΟΣ και υπέρ προσώπων, που δεν είναι καταναλωτές, κατά την έννοια του άρθρου 2β της Οδηγίας, καθώς ο ενωσιακός νομοθέτης με τη συγκεκριμένη Οδηγία είχε την πρόθεση να διατυπώσει κατώτατους όρους προστασίας.

27 Το πολυσυζητημένο ζήτημα του ορισμού του καταναλωτή επανέρχεται και πάλι ενόψει της Οδηγίας 2014/17/ΕΕ, η οποία διέπει τα καταναλωτικά στεγαστικά δάνεια, και αφορά το συγκεκριμένο αυτό τομέα πιστώσεων. Σύμφωνα με την αιτ. σκέψη 12 του προοιμίου της το πεδίο εφαρμογής της αφορά μόνο τα φυσικά πρόσωπα, που ενεργούν εκτός της επιχειρηματικής τους δραστηριότητας, ωστόσο στη σκέψη 14 προβλέπεται ότι μπορούν τα κράτη-μέλη να εγκρίνουν επί μέρους ορισμούς βάσει του εθνικού δικαίου για ειδικούς σκοπούς, εφόσον συνάδουν με τους ορισμούς της οδηγίας.

28 Έτσι και η ΕφθΕσσαλονίκης 1034/2013, Αρμεν. 2014, 623 = ΕΕμπΔ 2014, 573.

29 Βλ. Ε. Περάκη/Χ. Λιθαδά, εις ΔικΠροστΚαταναλωτή (επιμ. Ελ. Αλεξανδρίδου), 2015, 1, 105, όπου και σχετική παράθεση της σύμφωνης όσο και της επιφυλακτικής – εν μέρει – θέσης της επιστήμης, και της πάγια θετικής στάσης της νομολογίας, ως προς την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 2251/1994, στον τομέα των τραπεζικών υπηρεσιών.

αντιμετώπιση του εγγυητή από τον πρωτοφειλέτη (έτσι και η περ. ββ του άρθρου 1 παρ. 4 του Ν. 2251/1994).

Σύμφωνα λοιπόν με την πάγια θέση της νομολογίας, όπως έχει αποκρυσταλλωθεί στην αναφερθείσα απόφαση της Ολομέλειας, θα έπρεπε ο Κώδικας να περιορίζεται στην υποπ. β της ενότητας Ι, με την οποία εμπεδώνεται ο παρεπόμενος χαρακτήρας της εγγύησης, έτσι ώστε για τον εγγυητή να γεννάται θέμα ευθύνης, μόνο στην περίπτωση που αποβεί άκαρπη η προσπάθεια εξεύρεσης λύσης με τον πρωτοφειλέτη, σύμφωνα με τα ισχύοντα στον ΑΚ για την ένσταση διζήσεως του άρθρου 855, από την άσκηση της οποίας είναι δυνατή η παραίτηση, μόνο, με σαφή και καταντοτά διατυπωμένο αντίστοιχο όρο<sup>30</sup>.

Η τελευταία ΙΑ ενότητα του Κώδικα κάνει λόγο για τον εποπτικό ρόλο που ασκεί και εν προκειμένω η ΤτΕ για την εκ μέρους των πιστωτικών ιδρυμάτων υιοθέτηση και εφαρμογή των διαδικασιών, που προβλέπονται στον Κώδικα, τη θέσπιση των υποδομών και υπηρεσιών, που απαιτούνται για την ορθή και αποτελεσματική συμμόρφωσή τους στις διατάξεις του Κώδικα, ενώ συγχρόνως διαθέτει την αρμοδιότητα να διαπιστώσει τις αδυναμίες των συστημάτων, που ακολουθούνται για τη ρύθμιση των οφειλών, με βάση τις διατάξεις του Κώδικα, επιβάλλοντας – εφόσον παραστεί ανάγκη – σχετικές κυρώσεις (§2 της ΙΑ Ενότητας). Η εποπτική αυτή αρμοδιότητα, σε καμία περίπτωση δεν επιτρέπει την ανάμειξη της ΤτΕ σε διαφορές εξατομικευμένες, μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων και πελάτων τους, που προκύπτουν από την εφαρμογή διατάξεων του Κώδικα.

#### IV. Οι ενδεικτικά αναφερόμενες ρυθμίσεις οφειλών στα προσαρτώμενα παραρτήματα

Τα τρία παραρτήματα, που ακολουθούν και αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα του Κώδικα, ολοκληρώνοντας τις ρυθμίσεις του Κώδικα, αναφέρονται στις ακόλουθες θεματικές:

Το πρώτο αφιερώνεται στο προτυποποιημένο έγγραφο που χρησιμοποιείται για την εφαρμογή των ρυθμίσεων του Κώδικα συμπληρούμενο, από το δανειολήπτη φυσικό πρόσωπο. Πρόκειται για την τυποποιημένη κατάσταση οικονομικής πληροφορησης η οποία περιέχει πλήρη στοιχεία προσωπικής και οικονομικής φύσης, όπως εισοδήματα, αποδοχές, μηνιαίες δαπάνες, αποταμιεύσεις, καταθέσεις, μετοχές, κ.λπ., όπως και το λόγο για τον οποίο αιτείται ο δανειολήπτης την υπαγωγή του στη Δ.Ε.Κ. του Κώδικα.

30 Πρβλ. τις εύστοχες παρατηρήσεις του Γ. Μεντή, Όρια της ευθύνης του εγγυητή στις τραπεζικές καταναλωτικές συμβάσεις, ΧρΔ 2004, σ. 185 και ειδικότερα σ. 188, ως προς τη χρήση του όρου «παραιτούμαι από την ένσταση διζήσεως», που χρησιμοποιείται, κατά κόρον, ως ΓΟΣ, σε τραπεζικές συμβάσεις.



Στο δεύτερο παράρτημα και σε πλήρη αρμονία με τα προβλεπόμενα στο Μνημόνιο III N. 4336/2015<sup>31</sup> που ορίζει την ανάγκη ανεύρεσης τυποποιημένων και υποδεικνυόμενων από έμπειρους εξωτερικούς συμβούλους τρόπων αντιμετώπισης των μη εξυπηρετούμενων δανείων περιλαμβάνεται ένας ενδεικτικός κατάλογος βραχυπρόθεσμων και μακροπρόθεσμων, αντίστοιχα, τύπων ρύθμισης. Οι βραχυπρόθεσμοι τύποι έχουν διάρκεια μικρότερη των πέντε ετών και επιλέγονται σε περιπτώσεις, που οι δυσκολίες αποπληρωμής κρίνονται προσωρινές, ενώ μπορεί, παράλληλα, να συμφωνείται πρόγραμμα αποπληρωμής του υπολοίπου της οφειλής. Στους τύπους αυτούς περιλαμβάνονται σε ελληνική απόδοση οι ήδη καθιερωθέντες στη διεθνή τραπεζική νομοθεσία και πρακτική τύποι, όπως Τόκοι μόνο ("Interest Only"), Μειωμένες δόσεις ("Reduced Payment"), Περίοδος χάριτος ("Grace Period"), Αναβολή πληρωμής δόσης/δόσεων ("Skip Payment(s)"), Τακτοποίηση καθυστερούμενου υπολοίπου ("Arrears Settlement"), Κεφαλαιοποίηση ληξιπρόθεσμων οφειλών ("Arrears Capitalization").

Στη συνέχεια παρατίθενται τύποι μακροπρόθεσμων ρυθμίσεων, που έχουν διάρκεια μεγαλύτερη των πέντε ετών, όπως είναι: Μόνιμη μείωση του επιτοκίου ή του συμβατικού περιθωρίου ("Interest Rate Reduction"), Αλλαγή τύπου επιτοκίου ("Interest Rate Type Change"), Παράταση της διάρκειας ("Loan Term Extension"), Διαχωρισμός της χορήγησης ("Split Balance"), όταν ένα π.χ. ενυπόθηκο δάνειο δανειολήπτη χωρίζεται σε δύο τμήματα ("tranches"), Μερική διαγραφή χρεών ("Partial Debt Forgiveness/ Write Down"), Πρόσθετη εξασφάλιση ("Additional Collateralization") και δύο τελευταίοι τύποι που αφορούν δανειολήπτες νομικά πρόσωπα και είναι α) η Λειτουργική αναδιάρθρωση επιχείρησης ("Operational Restructuring")<sup>32</sup> και β) Συμφωνίες ανταλλαγής χρέους με μετοχικό κεφάλαιο ("Debt/equity swaps").

Τέλος, στο Τμήμα III του Παραρτήματος II αναφέρονται τύποι Οριστικής διευθέτησης όπως είναι: Εθελοντική παράδοση ενυπόθηκου ακινήτου ("Voluntary Surrender), Μετατροπή σε χρηματοδοτική μίσθωση ("Mortgage to Lease"), Πώληση και ενοικίαση ("Mortgage to Rent"), Μεταβίβαση/Πώληση του δανείου σε άλλο ίδρυμα, Ανταλλαγή με στεγαστικό δάνειο μικρότερης αξίας ("Trade Down"), Διαχείριση σε εκκαθάριση, Ρευστοποίηση εξασφαλίσεων και τέλος Δικαστικές/Νομικές ενέργειες.

Το τρίτο και τελευταίο Παράρτημα του Κώδικα περιέχει αρχές, σχετικά με την ύπαρξη πολλαπλών πιστωτών, με τις οποίες προσεγγίζει – κατά τη χρησιμοποιού-

31 Οι προβλεπόμενες – μεταξύ των άλλων – υποχρεώσεις του ελληνικού δημοσίου είναι «να ευθυγραμμιστεί η νομοθεσία με τις διεθνείς βέλτιστες πρακτικές, συμπεριλαμβανομένων αλλαγών για την προώθηση της αποτελεσματικής αποκατάστασης των βιώσιμων οφειλετών και μιας πιο αποτελεσματικής διαδικασίας εκκαθάρισης για τους μη βιώσιμους οφειλέτες...».

32 Αλλαγή της διοίκησης της επιχείρησης όταν οι πιστώτρια/ες τράπεζες θεωρούν την επιχείρηση βιώσιμη υπό προϋποθέσεις, αλλά η υφιστάμενη διοίκηση δεν συνεργάζεται προς αυτήν την κατεύθυνση. Η συγκεκριμένη επιλογή δεν συνιστά, από μόνη της, τύπο ρύθμισης για τους σκοπούς παραγωγής αναφορών της παρούσας, αλλά δύναται να συνδυάζεται με τις υπόλοιπες επιλογές ρύθμισης.



μενη φρασεολογία – τη Διεθνή Ένωση Επαγγελματιών, που ασχολούνται με την Αναδιάρθρωση, την Αφερεγγυότητα, την Πτώχευση<sup>33</sup>. Οι αρχές αυτές, τις οποίες καλούνται να υιοθετήσουν οι πολυπληθεί πιστωτές συνοψίζονται στη μεταξύ τους συνεργασία, έτσι ώστε να δοθεί περίοδος αναστολής, στη διάρκεια της οποίας θα ληφθούν και αξιολογηθούν πληροφορίες για την οικονομική κατάσταση του δανειολήπτη για την καλύτερη ικανοποίηση όλων των απαιτήσεων. Στο διάστημα αυτό δεσμεύονται οι πιστωτές, αλλά και ο δανειολήπτης να μην προβούν σε μονομερείς ενέργειες, αλλά να εστιάσουν όλοι τις προσπάθειές τους για την εξεύρεση βιώσιμων προτάσεων διευθέτησης των απαιτήσεων όλων των εμπλεκόμενων πιστωτών. Αξιίζει, εν προκειμένω, να επισημανθεί ότι οι προτάσεις για τη διευθέτηση των απαιτήσεων θα πρέπει να λαμβάνουν υπόψη την ισχύουσα νομοθεσία, ως προς την ιεράρχηση των απαιτήσεων, υπονοώντας προφανώς τις κατηγορίες των ενέγγυων πιστωτών, των γενικώς προνομιούχων, των ανέγγυων πιστωτών, των πιστωτών μειωμένης εξασφάλισης και των απαιτήσεων των εργαζομένων, όπως ρυθμίζονται από τις διατάξεις του ΠτΚ (άρθρο 111 αυτού).

## V. Νομική φύση του Κώδικα

Με βάση τα όσα προαναφέρθηκαν, αλλά και με την αναφορά και μόνο στα στοιχεία έκδοσης του Κώδικα και στο περιεχόμενο των διατάξεών του δεν μένει αμφιβολία ότι ο νέος αυτός Κώδικας δεν αποτελεί προϊόν αυτορρύθμισης ή ήπιου δικαίου, αλλά αποτελεί ρύθμιση θετικού δικαίου, που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του νομοθέτη<sup>34</sup>, γεγονός, που θέτει πολλούς προβληματισμούς, αναφορικά με τη νομική φύση των κανόνων του, τη συμβατότητά τους με την ελληνική και κοινοτική νομοθεσία και την εν γένει κοινωνικοοικονομική πραγματικότητα.

Το ζήτημα έχει μεγάλες διαστάσεις, που καθιστούν αδύνατη την ενδελεχή στην παρούσα μελέτη ανάλυση, η οποία και περιορίζεται στην επισήμανση των πιθανών προβλημάτων, που προκύπτουν από την ιδιαιτερότητα του Κώδικα, σε σχέση με άλλους κοινούς Κώδικες Δεοντολογίας, αλλά και τη σύμπτωση των ρυθμίσεών του με την ιδιάζουσα και προβληματική οικονομική συγκυρία, που βιώνουν στην Ελλάδα, τόσο τα πιστωτικά ιδρύματα, όσο και οι δανειολήπτες, αλλά και όλοι οι άμεσα και έμμεσα εμπλεκόμενοι με το οξύ πρόβλημα της μη εξυπηρέτησης των κάθε φύσης οφειλών.

33 Πρόκειται για την International Association Of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals (INSOL), που ιδρύθηκε το 1982 και εδρεύει στο Λονδίνο και έχει ως σκοπό την αξιοποίηση των γνώσεων των ασχολούμενων επαγγελματιών με τα σχετικά ζητήματα, έτσι ώστε να καθορίζονται σχέδια και στρατηγικές για την καλύτερη, αποδοτικότερη αντιμετώπιση περιπτώσεων οικονομικής παθολογίας περισσότερα στην ιστοσελίδα της Οργάνωσης <https://www.insol.org>.

34 Βλ. αναλυτικά Χ. Λιθαδά, Κώδικες δεοντολογίας..., όπ. παρ. σ. 327 επ. Όπως και η ίδια συγγραφέας αναφέρει στη σ. 397 του βιβλίου της πρόκειται, εν προκειμένω, για κανονιστικές πράξεις της διοίκησης, που έχουν ισχύ ουσιαστικού νόμου, θέτοντας μια σωρεία προβλημάτων, εξαιτίας της ιδιάζουσας αυτής φύσης τους.

Η έκδοση, μέσω της νομοθετικής οδού, Κώδικα Δεοντολογίας στον χρηματοοικονομικό τομέα δεν είναι βέβαια καινοφανής για τη χώρα μας, καθώς ήδη είχε προηγηθεί ο Κώδικας Δεοντολογίας Επιχειρήσεων Παροχής Επενδυτικών Υπηρεσιών<sup>35</sup>, ο Κώδικας Δεοντολογίας των Εταιριών Διαχείρισεως Αμοιβαίων Κεφαλαίων και των Εταιριών Επενδύσεων Χαρτοφυλακίου<sup>36</sup>, κώδικες οι οποίοι και έθεσαν σε προβληματισμό την αναγκαιότητα της κανονιστικής παρέμβασης, υπό το μανδύα της αυτορρύθμισης, σε τομείς με ζωτική σημασία για την ελληνική οικονομία.

Η διαφορά απέναντι σε αυτούς τους Κώδικες και πολύ περισσότερο στον προγενέστερο Κώδικα Τραπεζικής Δεοντολογίας του 1997<sup>37</sup>, είναι ότι δεν πρόκειται για κώδικα και δη κώδικα δεοντολογίας, αλλήλ για μία αμιγή, τουλάχιστον στο περιεχόμενό της, κανονιστική πράξη της ΤτΕ, με ισχύ ουσιαστικού νόμου. Δεν περιέχονται απλοί κανόνες ηθικοδικαιικού περιεχομένου, που θα δικαιολογούσαν τον όρο «δεοντολογία», ούτε εξειδικεύονται γενικές ρήτρες στα πλαίσια των τραπεζικών συναλλαγών, αλλήλ εισάγονται συγκεκριμένοι κανόνες, που οφείλουν τα πιστωτικά ιδρύματα αλλήλ και οι πελάτες τους δανειολήπτες να τηρούν και μάλιστα ενόψει των αναληφθεισών, έναντι των δανειστών της χώρας υποχρεώσεων και με βάση πρότυπα που έχουν αναπτυχθεί σε οικονομίες, τελείως διαφορετικής σύνθεσης, αλλήλ και σε δίκαια στηριγμένα σε άλλους κανόνες και σε άλλα συστήματα, ξένα προς τα πρότυπα της ελληνικής δικαιοσύνης, αλλήλ και της ελληνικής ψυχολογίας. Οι κανόνες αυτοί διανθίζονται σε ορισμένα σημεία με ηθικοδικαιικού περιεχομένου κατευθύνσεις, όπως η αναζήτηση λύσεων διευθέτησης, με στόχο την ενίσχυση του κλίματος εμπιστοσύνης μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων και δανειοληπτών, κυριαρχεί όμως η θέσπιση και συστηματοποίηση των ήδη εισαχθέντων, με τον εξουσιοδοτικό της έκδοσης του Κώδικα, κανόνων του Ν. 4224/2013.

Χαρακτηριστική, μάλιστα, είναι η απουσία συγκεκριμένων κυρώσεων σε περίπτωση παράβασης των διατάξεων του Κώδικα εκ μέρους των υπόχρεων πιστωτικών ιδρυμάτων, καθώς γίνεται μεν αναφορά στη γενικότερη εποπτική και ελεγκτική αρμοδιότητα της ΤτΕ, σχετικά με την εφαρμογή των διατάξεων, χωρίς ειδικότερο προσδιορισμό, αλλήλ με επίκληση των γενικών, κατά το νόμο, κυρώσεων.

Η χρήση του όρου «δεοντολογία» από τον Κώδικα του Ν. 4224/2013 φαίνεται να μην ανταποκρίνεται στον τύπο, την ουσία και το περιεχόμενο των ρυθμί-

35 Βλ. Χ. Λιβαδά, Κώδικες δεοντολογίας..., όπ. παρ. σ. 332 επ., Σ. Ποταμίτη, Ο Κώδικας Δεοντολογίας των ΕΠΕΥ: Μεταξύ αυτορρύθμισης και νομοθεσίας, στα Πρακτικά του 8ου Συνεδρίου Ελλήνων Εμπορικολόγων..., όπ. παρ., σ. 247 επ.

36 Βλ. αναλυτικά στον Σ. Μούζουλα, Ο Κώδικας Δεοντολογίας των Εταιριών Διαχείρισεως Αμοιβαίων Κεφαλαίων και των Εταιριών Επενδύσεων Χαρτοφυλακίου στα Πρακτικά του 8ου Συνεδρίου Ελλήνων Εμπορικολόγων..., όπ.παρ., σ. 275 επ.

37 Βλ. κριτική για τον εν λόγω κώδικα από τον Σ. Ψυχράνη, «Ο Κώδικας Τραπεζικής Δεοντολογίας», στα Πρακτικά του 8ου Συνεδρίου Ελλήνων Εμπορικολόγων..., όπ. παρ., σ. 257 και ειδικότερα σ. 271. Ο συγγραφέας επισημαίνει ότι ο συγκεκριμένος Κώδικας είτε υποδεικνύει και μάλιστα με ελλειπτικό τρόπο την εφαρμογή κανόνων αναγκαστικού δικαίου, είτε αναφέρεται σε αδιάφορα τυπικά χαρακτηριστικά των σχέσεων τραπεζών με πελάτες, αναγνωρίζοντας μάλιστα δικαιώματα των ιδίων τραπεζών απέναντι στους πελάτες τους, χωρίς να διαπληθεί αρχές, που θα εφαρμόζονταν, παράλληλα, με το αντίστοιχο ηθικό δίκαιο.

σεών του. Σε μια περίοδο, μάλιστα, που δοκιμάζεται έντονα το κλονισθέν κλίμα εμπιστοσύνης πιστωτικών ιδρυμάτων και πελατών τους, από την παράβαση της αρχής του υπεύθυνου δανεισμού<sup>38</sup>, καθώς τα πιστωτικά ιδρύματα δεν προέβησαν σε αξιολόγηση της πιστοληπτικής ικανότητας των πελατών τους, αλλήλ συνέβαλαν στον υπερδανεισμό τους και στο οικονομικό αδιέξοδο, που στη συνέχεια και με τη βοήθεια της οικονομικής κρίσης κατέληξαν,<sup>39</sup> δεν φαίνεται να παρέχει δυνατότητες σύγκλισης της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας, από τη μια μεριά, και της προστασίας των δανειοληπτών από την άλλη, ερήμην των οποίων, εκδόθηκε ο συγκεκριμένος Κώδικας.

## VII. Συμπερασματικές παρατηρήσεις – Σκέψεις νομοθετικής πολιτικής

Ο τιμώμενος με την έκδοση του παρόντος τόμου Καθηγητής Λεωνίδας Γεωργακόπουλος το 1987<sup>40</sup>, πριν ακόμη και από την εισαγωγή της σχετικής, ειδικής, για την προστασία του καταναλωτή, νομοθεσίας, έγραφε τα ακόλουθα: «ο καταναλωτής ως οικονομικά ασθενέστερος, ως χρονικά επειγόμενος και ως ψυχολογικά χρησιμοποιών τυποποιημένη σκέψη στις συναλλαγές του. Ο καταναλωτής δεν έχει καιρό, συχνά δεν έχει γνώσεις, οπωσδήποτε δεν συντηθίζει να αντιμετωπίζει εξατομικευμένα τις συναλλαγές του, ιδίως τη σύναψή της....». Εάν σε αυτές τις αδρές και περιεκτικές εκφράσεις προσθέσουμε και το στρόβιλο της οικονομικής κρίσης, που έπληξε τη χώρα, τα τελευταία χρόνια, τόσο τους καταναλωτές όσο και τα ίδια τα πιστωτικά ιδρύματα, αμφιβάλλουμε πολύ αν το περιεχόμενο και κυριότερα η εφαρμογή των διατάξεων του επονομαζομένου, από τον ίδιο το νόμο, Κώδικα Δεοντολογίας του Ν. 4224/2013 βαδίζει το σωστό δρόμο ή ακόμη το ότι έχει προσδιορίσει, με ρεαλισμό, τους στόχους του και τους τρόπους να επιφέρει λύσεις η εφαρμογή του. Νομοθεσία υπάρχει και μάλιστα πέραν του δέοντος εκτεταμένη και λεπτομερής, φθάνοντας μάλιστα σε συνέπειες ανάλογες με εκείνες που δημιουργεί το αντίθετο αυτής, δηλαδή η απουσία της, συνέπειες, που είναι – πάντα κατά τον αείμνηστο Καθηγητή – «η καταναλωτική συρρίκνωση της οικονομίας, η πιστωτική συρρίκνωση του εμπορίου και της βιομηχανίας, η στενότητα τραπεζικών πιστώσεων και, τελικά, όχι μόνο ο ποιοτικός από

38 Βλ. σχετικά Χ. Λιβαδά, Η εξέλιξη της αρχής του «υπεύθυνου δανεισμού» στο ενωσιακό δίκαιο με έμφαση στις ρυθμίσεις της υπό υιοθέτηση πρότασης Οδηγίας για τις συμβάσεις πίστωσης σε ακίνητα κατοικίας, ΧρηΔικ 2012, σ. 203 επ. Ήδη σήμερα έχει εκδοθεί η Οδηγία 2014/17/ΕΕ, που αφορά καταναλωτικά στεγαστικά δάνεια, με χρόνο μεταφοράς της στο εθνικό δίκαιο την 21.3.2016, και η οποία επιχειρεί την εφαρμογή της αρχής του υπεύθυνου δανεισμού, εισάγοντας ένα εναρμονισμένο και τυποποιημένο σύστημα «χρηματοοικονομικής διαπαιδαγώγησης του καταναλωτή», βασισμένο στην αμφίδρομη συνεργασία και την ενδελεχή πληροφόρηση του καταναλωτή με την εισαγωγή του αποκαλούμενου ESIS (European Standardised Information Sheet) (=τυποποιημένο ευρωπαϊκό δελτίο πληροφοριών).

39 Βλ. ΕφΠάτρας 587/2015, αδημοσίευτη στο νομικό τύπο.

40 Η μελέτη του είχε τίτλο «Το ελληνικό αντι-καταναλωτικό δίκαιο. Η απουσία προστασίας του καταναλωτή και ο διωγμός των καταναλωτικών και οικοδομικών συνεταιρισμών», ΝοΒ 1987, σ. 169 επ.

*πλευράς περιεχομένου του εφαρμοζομένου δικαίου, αλλήλ και ο ποσοτικός αντικαταναλωτισμός, δηλαδή η ποσοτική μείωση της κατανάλωσης»<sup>41</sup>.*

Αυτό που λείπει είναι ένας ρεαλιστικός συντονισμός κινήσεων, ορμώμενων κατ' ανάγκη από το διεθνές οικονομικό περιβάλλον, αλλήλ φιλητραρισμένων και δοκιμασμένων από την ελληνική έννομη τάξη, την καλή πίστη, αλλήλ και τις συνθήκες που έχουν διαμορφωθεί στη χώρα και δεν είναι καθόλου ικανοποιητικές, τόσο για τους δανειολήπτες – καταναλωτές και μη – όσο και για τα ίδια τα πιστωτικά ιδρύματα. Μια ακατάσχετη παραγωγή νομοθετικών – ή «οιονεί νομοθετικών» πράξεων – «φλύαρων», πολλήs φορές, αντιφατικών μεταξύ τους, πρόχειρων στη σύνταξή τους, με πρόσκαιρους και καθαρά εισπρακτικούς σκοπούς, με δυσνόητο και δυσερμηνευτο, ακόμη και από τους ειδικούς περιεχόμενο, μη εφαρμόσιμους από τα υπόχρεα, για την εφαρμογή τους, πιστωτικά ιδρύματα, το μόνο που επιτυγχάνει είναι να αυξάνει το χάσμα, που ήδη υπάρχει ανάμεσα στους δανειστές – πιστωτικά ιδρύματα και δανειολήπτες-πελάτες τους (καταναλωτές και μη), χωρίς συγχρόνως να επιτυγχάνουν τον καθαρό – αν και πολλήs φορές «καμουφλαρισμένο» – εισπρακτικό στόχο τους.

Έτσι λοιπόν το ερώτημα “quo vadis” Κώδικα Δεοντολογίας του Ν. 4224/2013 μένει αναπάντητο. Ευχόμαστε για το καλό και των δύο εμπλεκόμενων πλευρών, αλλήλ και για την επανεκκίνηση της ελληνικής οικονομίας, όχι για μεγάλο ακόμη χρονικό διάστημα.

41 Βλ. Α. Γεωργακόπουλο, Το ελληνικό αντι-καταναλωτικό δίκαιο..., όπ. παρ. ΝοΒ 1987, σ. 1348.

Έφη Τζίβα

---

Δημήτρης Ν. Τζουγανάτος\*

## Τα εταιρικά δικαιώματα στην πτώχευση κεφαλαιουχικής εταιρίας: Το ζήτημα της ένταξής τους στο σχέδιο αναδιοργάνωσης (άρθρα 107-131 ΠτωχΚ) και η σχέση μεταξύ πτωχευτικού και εταιρικού δικαίου

Ο γνωστός γερμανικός εκδοτικός οίκος *Suhrkamp* απασχόλησε κατά την τελευταία διετία την κοινή γνώμη όχι, ως συνήθως, με τις υψηλής ποιότητας λογοτεχνικές εκδόσεις του, αλλά γιατί βρέθηκε στο επίκεντρο μιας σφοδρής αντιδικίας μεταξύ των δυο βασικών του εταίρων. Η αντιδικία παρουσιάζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον όσον αφορά την εταιρική πτώχευση. Το ειδικότερο ζήτημα της θέσης των εταιρικών δικαιωμάτων στην πτώχευση συνδέεται με το γενικότερο ερώτημα της σχέσης εταιρικού και πτωχευτικού δικαίου. Μάλιστα, το ενδιαφέρον δεν περιορίζεται σε ζητήματα ουσιαστικού δικαίου αλλ' έχει επιπλέον μια σύνθετη δικονομική διάσταση. Για το ελληνικό δίκαιο η αντιδικία αυτή μπορεί να αποτελέσει αφορμή για την επανεξέταση του σχεδίου αναδιοργάνωσης (άρθρα 107-131) αλλά και της σχέσης του προς την προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης (άρθρα 99-106ια) του ΠτωχΚ.

### 1. Ιστορικό της «υπόθεσης Suhrkamp»<sup>1</sup>

Ο εκδοτικός οίκος *Suhrkamp* είναι οργανωμένος με περίπλοκο τρόπο: έχει τη μορφή ετερόρρυθμης εταιρίας (*Suhrkamp Verlag GmbH & Co. KG*), στην οποία συμμετέχουν ως ομόρρυθμος εταίρος η επε *Suhrkamp Verlagsleitung GmbH* και ως ετερόρρυθμοι η αε *Medienholding AG Winterthur* και το ίδρυμα *Siegfried und Ulla Unseld*

\* Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος.

1 Το ιστορικό που παρατίθεται εδώ είναι κατά το δυνατόν απλοποιημένο, δεδομένου ότι τα ζητήματα που ανέκυψαν αποτελέσαν αντικείμενο μιας μακράς σειράς δικαστικών αποφάσεων δικαστηρίων κάθε βαθμού και αρμοδιότητας. Επίσης, οι δικαστικές αποφάσεις, στις οποίες γίνεται αναφορά, είναι εκείνες που έχουν άμεση συνάφεια με το ζήτημα που εξετάζεται στα επόμενα. Για το «ημερολόγιο» των κυριότερων δικαστικών ενεργειών βλ. <http://www.3sat.de/print/?url=/kulturzeit/themen/170008/index.html>. Για δημοσιεύματα του τύπου σχετικά με τα επί μέρους στάδια της αντιδικίας βλ. ενδεικτικά <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/fall-suhrkamp-ausbruch-aus-der-feindschaft-12427238.html>, <http://www.zeit.de/2013/44/suhrkamp-verlag-ende-machtkampf>, <http://www.welt.de/kultur/literarischewelt/article118775603/Insolvenzverfahren-gegen-Suhrkamp-eroeffnet.html>, <http://www.welt.de/kultur/literarischewelt/article123886842/Berliner-Gericht-billigt-die-neue-Suhrkamp-AG.html>, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/gericht-billigt-umwandlung-in-ag-ist-der-suhrkamp-beendet/9336260.html>, <http://www.zeit.de/2013/26/suhrkamp-verlag-hans-barlach-update>; <http://www.fr-online.de/literatur/suhrkamp-suhrkamp-insolvenz-gebilligt,1472266,26789506.html>. Βλ. επίσης τη συνοπτική παρουσίαση των νομικών όψεων της αντιδικίας από τη Meyer, Der Plan ist umgesetzt, doch manche Frage offen – Zwischenfazit zum Suhrkamp-Insolvenzverfahren, DB 2015, 538.

*Familienstiftung* (με αρχικά ποσοστά συμμετοχής 29% και 51% αντιστοίχως). Οι δυο ετερόρρυθμοι εταίροι συμμετέχουν στην επε *Verlagsleitung GmbH* (με ποσοστά 45% και 55% αντιστοίχως), μοναδική εταίρο της ομόρρυθμης εταιρίου *Suhrkamp Verlagsleitung GmbH*. Μεταξύ των δυο αυτών εταιριών υπάρχει «σύμβαση εξουσίας και μεταφοράς κερδών»<sup>2</sup> (*Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag*) υπέρ της πρώτης. Μοναδική διαχειρίστρια της *Verlagsleitung GmbH* και διαχειρίστρια με εξουσία ατομικής εκπροσώπησης της *Suhrkamp Verlagsleitung GmbH* είναι η Ulla Unseld, πρόεδρος του διοικητικού συμβουλίου του ιδρύματος *Siegfried und Ulla Unseld Familienstiftung* και χήρα του Siegfried Unseld, ο οποίος είχε διαδεχθεί τον ιδρυτή Peter Suhrkamp στη διεύθυνση του εκδοτικού οίκου, την οποία και διατήρησε μέχρι το θάνατό του το 2002.

Το 2006 απέκτησε συμμετοχή στον εκδοτικό οίκο (με την εξαγορά των μεριδίων της οικογένειας Reinhart) ο Hans-Georg Barlach, επενδυτής σε επιχειρήσεις μέσων επικοινωνίας. Ο Barlach αμφισβητώντας την ικανότητα της Unseld να διευθύνει την επιχείρηση προσέφυγε κατ' επανάληψη δικαστικά κατά του κύρους αποφάσεων γενικών συνελεύσεων, προκαλώντας την άσκηση αντίθετων αγωγών από την πλευρά της Unseld. Περί τις αρχές του 2009 επιτεύχθηκε μια συμβιβαστική λύση, στο πλαίσιο της οποίας τα μέρη παραιτήθηκαν των αγωγών τους και μεταβιβάστηκαν εξ ημισείας στο καθένα από αυτά τα μερίδια που κατείχε ο γιος του Siegfried Unseld στην εταιρία *Suhrkamp Verlagsleitung GmbH*. Μετά τις μεταβιβάσεις αυτές η *Medienholding AG Winterthur* έφθασε να ελέγχει το 39% και το ίδρυμα *Siegfried und Ulla Unseld Familienstiftung* το 61% της *Suhrkamp Verlagsleitung GmbH*. Πέραν του 10% των μεριδίων ο Barlach απέκτησε ορισμένα προνόμια ως προς τον ορισμό των διαχειριστών και τον διαχειριστικό έλεγχο της *Suhrkamp Verlagsleitung GmbH*.

Παρά την προσπάθεια συμβιβασμού η αντιδικία συνεχίσθηκε. Ο Barlach επικαλούμενος υπέρβαση διαχειριστικής εξουσίας, κακοδιαχείριση και άρνηση παροχής πληροφοριών πέτυχε την έκδοση της από 10.12.2012 απόφασης του Πρωτοδικείου Βερολίνου που διέτασσε την ανάκληση της Unseld από τη διαχείριση και επιδίκαζε στη *Suhrkamp Verlag GmbH & Co. KG* αποζημίωση 282.500 Ευρώ. Επιπλέον, το Πρωτοδικείο Φρανκφούρτης με την από 20.3.2013 αναγνώρισε ότι η εταιρία όφειλε στον Barlach περίπου 2.200.000 Ευρώ από κέρδη των ετών 2010 και 2011 και την καταδίκασε σε πληρωμή. Την 27.5.2013 η εταιρία υπέβαλε αίτηση πτώχευσης με ανάθεση της διοίκησης της πτωχευτικής περιουσίας στον οφειλέτη κατά το άρθρο 270 του νόμου περί αφερεγγυότητας (InsO) με επιπλέον αίτημα υπαγωγής στη διαδικασία του άρθρου 270b InsO. Η αίτηση πτώχευσης βασιζόταν σε υπερχρέωση λόγω των οφειλών της εταιρίας στους Barlach

2 Βλ. σχετικά Γεωργακόπουλο, Εγχειρίδιο εμπορικού δικαίου, Τόμος 1 – Τεύχος 2: Εταιρίες και συνδεδεμένες επιχειρήσεις, β' έκδ. 1996, 376, Ν. Ρόκα, Εμπορικές εταιρίες, 7η έκδ., 612-613.



και Unseld, δεδομένου ότι και η τελευταία είχε απαιτήσεις ύψους περίπου 4.800.000 Ευρώ από κέρδη των ετών 2010 και 2011.

Η διαδικασία του άρθρου 270b InsO, που θα μπορούσε να αποδοθεί σε ελεύθερη μετάφραση ως «διαδικασία της προστατευτικής ασπίδας» (*Schutzschirmverfahren*), προστέθηκε στο νόμο περί αφερεγγυότητας με τις τροποποιήσεις που επέφερε ο «νόμος για την περαιτέρω διευκόλυνση της εξυγίανσης επιχειρήσεων» (ESUG)<sup>3</sup>. Αποτελεί ειδική περίπτωση (προσωρινής) ανάθεσης της διοίκησης της πτωχευτικής περιουσίας στον οφειλέτη (*Eigenverwaltung*), η οποία επιδιώκει να του δώσει κίνητρο για να προβεί εγκαίρως σε εξυγιαντικές ενέργειες. Πρόκειται για μια διαδικασία προετοιμασίας της εξυγίανσης που συνδυάζει το σχέδιο αναδιοργάνωσης με την ανάθεση της διοίκησης της πτωχευτικής περιουσίας στον οφειλέτη: Όταν ο οφειλέτης έχει υποβάλει αίτηση πτώχευσης λόγω επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών ή υπερχρέωσης (αλλή' όχι λόγω παύσης πληρωμών) και επιπλέον ζητεί την ανάθεση σε εκείνον της διοίκησης της πτωχευτικής περιουσίας, το πτωχευτικό δικαστήριο, εφόσον υπάρχουν προοπτικές εξυγίανσης της επιχείρησης, μπορεί μετά από αίτηση του οφειλέτη να του χορηγήσει προθεσμία μέχρι τριών μηνών για την υποβολή σχεδίου αναδιοργάνωσης. Κατά τη διάρκεια της προθεσμίας αυτής ο οφειλέτης καλύπτεται από την προστασία του άρθρου 270b: έχει τη διοίκηση της περιουσίας του υπό την εποπτεία ενός προσωρινού «διαχειριστή» (*Sachwalter*), ενώ μπορεί να ζητήσει προστασία έναντι μέτρων αναγκαστικής εκτέλεσης (άρθρο 270b παρ. 2 InsO).<sup>4</sup>

Προκειμένου να αποτρέψει την αποδοχή της αίτησης της *Suhrkamp Verlag GmbH & Co. KG*, επειδή εκτιμούσε ότι με τη διαδικασία αναδιοργάνωσης θα αποδυναμώονταν η θέση του στην εταιρία, ο Barlach δήλωσε ότι υποβαθμίζει τη σειρά κατάταξης της απαίτησής του κατά της εταιρίας και ζήτησε, ανεπιτυχώς, από την Unseld να πράξει το ίδιο για τις δικές της απαιτήσεις. Ωστόσο μετά από γνώμη του προσωρινού διαχειριστή, ο οποίος διαπίστωσε αδυναμία πληρωμών και υπερχρέωση και πρότεινε την υποβολή από την εταιρία σχεδίου αναδιοργάνωσης, το Ειρηνοδικείο Βερολίνου-Charlottenburg κήρυξε με την απόφαση της 6.8.2013 την έναρξη της πτωχευτικής διαδικασίας με ανάθεση διοίκησης της πτωχευτικής περιουσίας στην εταιρία. Την 4.9.2013 το Ειρηνοδικείο ενέκρινε καταρχήν το σχέδιο αναδιοργάνωσης και όρισε ως ημερομηνία ψηφοφορίας των πιστωτών την 22.10.2013.

Επειδή το σχέδιο αναδιοργάνωσης που υποβλήθηκε από την εταιρία προέβλεπε μετατροπή της σε ανώνυμη, πράγμα που θα είχε ως συνέπεια την απώλεια των προ-

3 Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) που τέθηκε σε ισχύ την 1.3.2012, [http://www.bgb1.de/banzxaver/bgb1/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text\\_0&toctf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist\\_0&bk=bgb1&start=%2F%2F\\*%5B%40node\\_id%3D'253006'%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1](http://www.bgb1.de/banzxaver/bgb1/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&toctf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_0&bk=bgb1&start=%2F%2F*%5B%40node_id%3D'253006'%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1).

4 Όπως παρατηρούν οι *Lang/Muschalle*, *Suhrkamp-Verlag – Rechtsmissbräuchlichkeit eines rechtmäßig eingeleiteten Insolvenzverfahrens?*, NZI 2013, 953, 955, η «γοντεία» της διαδικασίας αυτής εντοπίζεται στη δυνατότητα του οφειλέτη να προετοιμάσει με δική του ευθύνη την εξυγίανση.

νομίων που είχε εξασφαλίσει με τον συμβιβασμό του 2009, η *Medienholding AG Winterthur* (ουσιαστικά ο Barlach) προσέφυγε στο Πρωτοδικείο Φρανκφούρτης με αίτημα να απαγορευθεί στο ίδρυμα *Siegfried und Ulla Unseld Familienstiftung* (ουσιαστικά στην Unseld) να ψηφίσει υπέρ του σχεδίου αναδιοργάνωσης. Κατά τους ισχυρισμούς του Barlach δεν συνέτρεχε λόγος για την υποβολή αίτησης πτώχευσης και η πτωχευτική διαδικασία απλώς χρησιμοποιήθηκε ως μέσο από τη διαχειρίστρια εταιρία της οφειλέτιδας, προκειμένου να αποδυναμωθεί η θέση του στην τελευταία.

## 2. Παρέκβαση: Η εμπλοκή των εταιρικών δικαιωμάτων στην πτωχευτική διαδικασία - οι νεωτερισμοί του γερμανικού δικαίου

Από την οπτική του Έλληνα νομικού, η επίδραση της πτώχευσης της εταιρίας στην εταιρική συμμετοχή ξενίζει. Κατά τον ΠτωχΚ η πτώχευση της εταιρίας δεν έχει άμεση επίδραση στην εταιρική σχέση. Οι εταίροι κεφαλαιουχικής εταιρίας είναι τρίτοι προς αυτή και η περιουσία τους (στην οποία ανήκουν και τα εταιρικά δικαιώματα) διακρίνεται από εκείνη της εταιρίας βάσει της αρχής του χωρισμού των περιουσιών του νομικού προσώπου και των μελών του. Κατά συνέπεια, η πτωχευτική απαλλοτρίωση αφορά αποκλειστικά την περιουσία της οφειλέτιδας και δεν επεκτείνεται στην ατομική περιουσία των εταίρων. Μάλιστα, επειδή αντικείμενο της πτωχευτικής απαλλοτρίωσης είναι η περιουσία της εταιρίας και όχι η οργανωτική δομή της, το πτωχευτικό δίκαιο δεν παρέχει δικαίωμα ούτε στους πιστωτές ούτε στον σύνδικο να επέμβουν στην αυτοδιοίκηση του νομικού προσώπου ή στην εταιρική σχέση ή να απαιτήσουν ορισμένη συμπεριφορά από τους εταίρους. Οι επεμβάσεις στο οργανωτικό πλαίσιο της εταιρίας «διέρχονται από το εταιρικό δίκαιο». Επομένως, το πτωχευτικό δεν έχει προβάδισμα, πράγμα που χαρακτηρίζεται ως (νομική) «ουδετερότητα» του έναντι του εταιρικού δικαίου.<sup>5</sup>

Η στάση του γερμανού νομοθέτη ήταν μέχρι πρόσφατα αντίστοιχη, ώσπου, με την εισαγωγή του ESUG, το σχέδιο αναδιοργάνωσης μετατράπηκε σε «πολυεργαλείο εταιρικού δικαίου» (*gesellschaftsrechtliches Universalwerkzeug*)<sup>6</sup>. Η νέα ρύθμιση κρίθηκε αναγκαία, επειδή η συμβολή του σχεδίου αναδιοργάνωσης στην εξυγίανση αποδείχθηκε αμελητέα. Ζητούμενο ήταν η βελτίωση της αποτελεσματικότητας της εξυγιαντικής διαδικασίας, κυρίως με τη διευκόλυνση άντλησης κεφαλαίων για την υπό πτώχευση εταιρία. Κλασσικό παράδειγμα η τροπή εταιρικών υποχρεώσεων σε εταιρικό κεφάλαιο (*Debt-Equity Swap*), η οποία συχνά προσέκρουε στην άρνηση των

5 Βλ. *Μαρίνο*, Το σχέδιο αναδιοργάνωσης κατά τον ΠτωχΚ και η οργάνωση της ανώνυμης εταιρίας – Μερικές παρατηρήσεις για τη σχέση πτωχευτικού δικαίου και εταιρικού δικαίου, ΧρΙΔ 2010, 3, 6.

6 *Eidenmüller*, Der Insolvenzplan als gesellschaftsrechtliches Universalwerkzeug, NJW 2014, 17. Για τη συστηματική ανάλυση του ζητήματος της άσκησης εταιρικών δικαιωμάτων στην πτώχευση βλ. πολύ πρόσφατα *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, 2η έκδ. 2015.

παιλαίων εταιρών και η οποία μπορεί πλέον να υλοποιηθεί παρά τη θέλησή τους. Στόχος του γερμανού νομοθέτη ήταν, με την υπαναχώρηση από τη θέση του αυστηρού χωρισμού μεταξύ πτωχευτικού και εταιρικού δικαίου, να παρακάμψει τις αντιδράσεις των εταιρών έναντι μέτρων που θα συνέβαλλαν στην εξυγίανση της οφειλέτιδας.

Το νέο άρθρο 225a παρ. 1 InsO εξακολουθεί μεν να προβλέπει ότι τα εταιρικά δικαιώματα παραμένουν άθικτα από το σχέδιο αναδιοργάνωσης, προσθέτει όμως ότι αυτό τελεί υπό την επιφύλαξη ότι το σχέδιο δεν προβλέπει κάτι διαφορετικό. Η επιφύλαξη αυτή δημιουργεί προϋποθέσεις σημαντικών παρεμβάσεων στα εταιρικά δικαιώματα, αφού κατά το άρθρο 225a παρ. 3 InsO το σχέδιο αναδιοργάνωσης μπορεί να προβλέπει «κάθε επιτρεπτή από το εταιρικό δίκαιο ρύθμιση», ιδίως τη συνέχιση μιας εταιρίας που έχει λυθεί ή τη μεταβίβαση εταιρικών δικαιωμάτων. Αντικείμενο του σχεδίου μπορεί να αποτελέσει οτιδήποτε δεν προσκρούει σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις του εταιρικού δικαίου.<sup>7</sup> Επομένως εκτείνεται πέραν των ορίων μιας κεφαλαιοποίησης χρεών και επιτρέπει τη «ριζική αναδιάρθρωση της εταιρικής δομής του οφειλέτη»,<sup>8</sup> προκειμένου να προσαρμόζεται στις ανάγκες του σχεδίου αναδιοργάνωσης. Ως αντίβαρο, προς προστασία των δικαιωμάτων τους, οι εταίροι, τα δικαιώματα των οποίων εντάσσονται στο σχέδιο αναδιοργάνωσης, σχηματίζουν τη δική τους ομάδα κατά την ψηφοφορία για την έγκριση του σχεδίου (άρθρο 222 παρ. 1 εδ. 2 περ. 4 InsO).<sup>9</sup> Επιπλέον, σε περίπτωση που τα δικαιώματα αυτά έχουν ακόμη κάποια αξία, προβλέπεται δυνατότητα αποζημίωσης, πάντως εκτός πτωχευτικής διαδικασίας, για να αποφεύγονται οι καθυστερήσεις (άρθρο 251 παρ. 3 InsO).

Αξιοσημείωτη είναι η απόκλιση που εισάγει ο ESUG από τους κανόνες του εταιρικού δικαίου σχετικά με τα δικαιώματα ψήφου των εταιρών στη διαδικασία έγκρισης του σχεδίου αναδιοργάνωσης. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 238a InsO το δικαίωμα ψήφου προσδιορίζεται αποκλειστικά από την κεφαλαιουχική συμμετοχή των εταιρών: περιορισμοί του δικαιώματος ψήφου ή, αντιστρόφως, ειδικά προνόμια ή δικαιώματα πολλαπλής ψήφου δεν λαμβάνονται υπόψη. Επομένως, όσον αφορά το σχέδιο αναδιοργάνωσης, τα δικαιώματα ψήφου των εταιρών δεν αντανakλούν κατ' ανάγκη τα ισχύοντα στο εταιρικό δίκαιο.

Τέλος, όπως ήταν εύλογο, η «απαγόρευση παρεμπόδισης» (*Obstruktionsverbot*) του άρθρου 245 InsO που ίσχυε μόνο για τους εταιρικούς πιστωτές, επεκτάθηκε

7 Βλ. π.χ. Haas, Mehr Gesellschaftsrecht im Insolvenzverfahren – Die Einbeziehung von Anteilsrechte in das Insolvenzverfahren, NZG 2012, 961, 965 (: η διάταξη επιδιώκει να αποτρέψει τη δημιουργία μορφών συμμετοχής που είναι άγνωστες στο εταιρικό δίκαιο), Eidenmüller, ό.π., 18. Πρβλ. Simon/Merkelbach, Gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen im Insolvenzverfahren nach dem ESUG, NZG 2012, 121, 125.

8 Αιτιολογική έκθεση του νόμου για την περαιτέρω διευκόλυνση της εξυγίανσης επιχειρήσεων (ESUG), βλ. στο Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17-5712, 32, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/057/1705712.pdf>

9 Για τις διαφορές στο σύστημα ψηφοφορίας μεταξύ ελληνικού και γερμανικού δικαίου βλ. Περάκη, Πτωχευτικό Δίκαιο, 2η έκδ. 2012, 390-391.

και στους εταίρους που σχηματίζουν ομάδα. Η επέκταση της απαγόρευσης στους εταίρους έχει σκοπό να περιορίσει την καταχρηστική άρνησή τους να εγκρίνουν το σχέδιο αναδιοργάνωσης. Έτσι, η έγκριση της ομάδας θεωρείται ότι έχει δοθεί, αν (α) υπό το καθεστώς του σχεδίου η θέση των μελών της δεν είναι μειονεκτικότερη από εκείνη, στην οποία θα βρίσκονταν χωρίς το σχέδιο (*αρχή διατήρησης της περιουσιακής αξίας/Werterhaltungsprinzip*), (β) τα μέλη της ομάδας πρόκειται να έχουν εύλογη συμμετοχή στην οικονομική αξία που θα προκύψει από το σχέδιο (*αρχή της ίσης μεταχείρισης/Gleichbehandlungsgrundsatz*) και (γ) η πλειοψηφία των ομάδων έχει υπερψηφίσει το σχέδιο (παρ. 1). Σύμφωνα με την παρ. 3 του ίδιου άρθρου, εύλογη συμμετοχή της ομάδας των εταίρων στην προκύπτουσα οικονομική ωφέλεια υπάρχει, όταν (α) κανένας πιστωτής δεν λαμβάνει οικονομική αξία που υπερβαίνει το ύψος της απαίτησής του και (β) κανείς από τους εταίρους, που χωρίς το σχέδιο αναδιοργάνωσης θα ήταν στη θέση με τους λοιπούς εταίρους της ομάδας, δεν θα περιέλθει με το σχέδιο σε καλύτερη θέση από εκείνους.<sup>10</sup>

### 3. Επιστροφή στην υπόθεση Suhrkamp:

(α) Η από 10.9.2013 απόφαση του Πρωτοδικείου Φρανκφούρτης και το καθήκον πίστης του εταίρου πλειοψηφίας

Το Πρωτοδικείο Φρανκφούρτης με απόφαση της 10.9.2013<sup>11</sup> έκανε δεκτό το αίτημα της *Medienholding AG Winterthur* να απαγορευθεί στο ίδρυμα *Siegfried und Ulla Unseld Familienstiftung* να ψηφίσει υπέρ της αποδοχής του σχεδίου αναδιοργάνωσης, επειδή έκρινε ότι η αίτηση πτώχευσης υπό την «ασπίδα προστασίας» του άρθρου 270b InsO που υπέβαλε η εναγόμενη *Siegfried und Ulla Unseld Familienstiftung* ως διαχειρίστρια (της διαχειρίστριας *Verlagsleitung GmbH*) της αιτούσας την πτώχευση *Suhrkamp Verlag GmbH & Co. KG* συνιστούσε παράβαση της υποχρέωσης πίστης (*Treuepflicht*), με την οποία αυτή βαρυνόταν ως εταίρος και διαχειρίστρια της (έχοντας τη διαχείρισή της) αιτούσας την πτώχευση. Η υποχρέωση αυτή επέβαλλε, κατά το δικαστήριο, στην εναγομένη να θέσει σε ψηφοφορία το ζήτημα της υποβολής αίτησης πτώχευσης ή τουλάχιστον να ζητήσει τη συμμετοχή της ενάγουσας στη σύνταξη του σχεδίου αναδιοργάνωσης.<sup>12</sup>

Το δικαστήριο αναγνώρισε ότι δεν υπήρχε νομική υποχρέωση της διαχειρίστριας να ζητήσει την έγκριση της ενάγουσας για την υποβολή της αίτησης πτώχευσης, αφού λόγος

<sup>10</sup> Για την εφαρμογή στην πράξη της ένταξης των εταιρικών δικαιωμάτων στο σχέδιο αναδιοργάνωσης βλ. *Horstkotte/Martini*, Die Einbeziehung der Anteilseigner in den Insolvenzplan nach dem ESUG, ZInsO 2012, 557.

<sup>11</sup> <http://openjur.de/u/645440.html>.

<sup>12</sup> Παρ. 43επ.

της αίτησης ήταν η υπερχρέωση, η οποία επιβάρυνε στους διοικούντες την εταιρία την υποχρέωση υποβολής της αίτησης (άρθρο 15a InsO), θεώρησε, ωστόσο ότι αυτή η υποχρέωση δεν ισχύει στην περίπτωση υποβολής αίτησης για εφαρμογή της «διαδικασίας υπό την προστατευτική ασπίδα» του άρθρου 270b InsO. Ακριβώς η διαδικασία του άρθρου 270b InsO επέτρεψε στην αιτούσα και στην εναγομένη να αναλάβουν την ευθύνη της σύνταξης του σχεδίου αναδιοργάνωσης και να υποβάλουν ένα σχέδιο που παρεμβαίνει έντονα στα εταιρικά δικαιώματα του ενάγοντος. Όταν μια εταιρία επιλέγει τις δυνατότητες εξυγίανσης που της παρέχει ο ESUG, οφείλει τουλάχιστον να συμπράξει με τους εταίρους.<sup>13</sup> Εν προκειμένω, το δικαστήριο έκρινε ότι η αιτούσα την πτώχευση δεν μπορούσε να επικαλεσθεί την έλλειψη προοπτικής συνέχισης της επιχείρησής της χωρίς τη ρητή δήλωση της ενάγουσας. Κατόπιν τούτων δέχθηκε ότι η αιτούσα υπό την κυρίαρχη επιρροή της εναγόμενης κατέφυγε στη μετατροπή σε ανώνυμη εταιρία στο πλαίσιο της πτωχευτικής διαδικασίας, αποκλειστικά και μόνο για να αποβάλει την ενάγουσα από την εταιρία ή εν πάση περιπτώσει για να αποδυναμώσει οριστικά τη θέση της στην αιτούσα.<sup>14</sup> Αντιστρόφως, η εναγόμενη δεν μπορεί να επικαλεσθεί παρεμποδιστικές πρακτικές της ενάγουσας, αντίθετες προς το καθήκον πίστης: ένας εταίρος που συναινεί στη χορήγηση ειδικών προνομίων σε άλλον εταίρο και ισχυρίζεται ότι ο τελευταίος ενεργεί κατά παράβαση του καθήκοντος πίστης, όταν κάνει χρήση των προνομίων αυτών, παραβαίνει ο ίδιος το δικό του καθήκον πίστης.<sup>15</sup>

Όσον αφορά το ζήτημα των προστριβών και αντιθέσεων μεταξύ των εταίρων της αιτούσας γενικότερα, το Πρωτοδικείο έκρινε ότι δεν πρέπει να αντιμετωπίζονται με τα μέσα της διαδικασίας αναδιάρθρωσης αλλήλα, τελικώς, με τη λύση και εκκαθάριση της εταιρίας κατά τα προβλεπόμενα από το άρθρο 145 ΕμπΚ (HGB).<sup>16</sup>

### (β) Η από 1.10.2013 απόφαση του Εφετείου Φρανκφούρτης και η υπεροχή του πτωχευτικού έναντι του εταιρικού δικαίου

Με την απόφαση του Πρωτοδικείου ο πρώτος γύρος στον αγώνα μεταξύ εταιρικού και πτωχευτικού δικαίου έληξε με την επικράτηση του εταιρικού δικαίου. Στο δεύτερο γύρο, ωστόσο, επικράτησε το πτωχευτικό δίκαιο.

Το Εφετείο Φρανκφούρτης<sup>17</sup> υπήρξε κατηγορηματικό στην άποψη ότι η κατανομή των αρμοδιοτήτων που δημιουργήθηκαν με τον ESUG, η οποία αναδεικνύει τη συνέλευση των πιστωτών σε κυρίαρχο όργανο της διαδικασίας, που δικαιούται να εγκρίνει κάθε ρύθμιση που είναι επιτρεπτή από το εταιρικό δίκαιο, δεν μπορεί να ακυρώνεται με

13 Παρ. 45.

14 Παρ. 51.

15 Παρ. 67.

16 Παρ. 77.

17 <http://openjur.de/u/647142.html>. Βλ. σχετικά Böcker, Gesellschaftsrecht versus Insolvenzrecht oder Suhrkamp: Verfall eines Verlages, DZWIR 2014, 331.

επικλήση υποτιθέμενων εταιρικών καθηκόντων πίστης.<sup>18</sup> Η λύση της εταιρίας που επέρχεται με την κήρυξη της πτώχευσης έχει, σύμφωνα με το δικαστήριο, ως συνέπεια ότι οι κανόνες της πτωχευτικής διαδικασίας υποκαθιστούν εκείνους της διαδικασίας εκκαθάρισης.<sup>19</sup> Η τάξη που προβλέπεται στην πτωχευτική διαδικασία σχετικά με τη λήψη αποφάσεων επί του σχεδίου αναδιοργάνωσης και των κατ' αυτού ενδίκων βοηθημάτων δεν πρέπει να διαταράσσεται έξωθεν αποκλειστικά και μόνο προκειμένου άλλοι μετέχοντες στη διαδικασία να εμποδισθούν να εγκρίνουν το σχέδιο.<sup>20</sup>

Συνεπώς, οι διατάξεις που διέπουν τη διαδικασία του σχεδίου αναδιοργάνωσης αποκλείουν σε μετέχοντες της διαδικασίας αυτής να προσφεύγουν σε άλλα δικαστήρια με αιτήματα που ανήκουν στη δικαιοδοσία του πτωχευτικού δικαστηρίου, όπως αν η αίτηση πτώχευσης είναι «κατασκευασμένη» ελλείψει των προς τούτο προϋποθέσεων, αν η αίτηση είναι αντίθετη προς το καθήκον πίστης και συνιστά κατάχρηση της διαδικασίας του σχεδίου αναδιοργάνωσης ή αν το σχέδιο αναδιοργάνωσης είναι νόμιμο.<sup>21</sup>

Οι δυο αυτές δικαστικές αποφάσεις<sup>22</sup> πυροδότησαν έντονη συζήτηση στη θεωρία, η οποία περιστρέφεται γύρω από τις έννοιες της «παράβασης καθήκοντος πίστης» αφενός και «κατάχρησης της διαδικασίας αναδιοργάνωσης» αφετέρου.

#### 4. Καθήκον πίστης των εταίρων στην πτωχευτική διαδικασία;

Το καθήκον πίστης, το οποίο αποτέλεσε τη βάση της πρωτόδικης απόφασης, αναγνωριζόταν αρχικά ως συνέπεια του εταιρικού δεσμού στις προσωπικές εταιρίες,<sup>23</sup> αλλήλ γίνεται πλέον δεκτό και στις κεφαλαιουχικές εταιρίες τόσο στη σχέση των εταίρων έναντι της εταιρίας όσο και των εταίρων μεταξύ τους.<sup>24</sup> Η έκταση των υποχρεώσεων που συ-

18 Παρ. 19, στη δε παρ. 31 συμπληρώνει: «στην πτωχευτική διαδικασία κυρίαρχο όργανο είναι η συνέλευση των πιστωτών και όχι κάποιος μεμονωμένος εταίρος». Κατά τον *Möhlenkamp*, *Flucht nach vorn in die Insolvenz – funktioniert Suhrkamp?*, BB 2013, 2828, το δικαστήριο υπήρξε «άνευ λόγου ιδιαίτερα αυστηρό».

19 Παρ. 20.

20 Παρ. 24.

21 Παρ. 35.

22 Πρέπει να σημειωθεί ότι οι αποφάσεις αυτές δεν είναι οι μόνες. Στο πλαίσιο της αντιδικίας έχουν επιληφθεί διαφόρων ειδικότερων θεμάτων (κυρίως δικονομικού χαρακτήρα) δικαστήρια σχεδόν κάθε βαθμίδας συμπεριλαμβανομένων του Ακυρωτικού (αποφάσεις της 17.7.2014 – IX ZB 13/14 και 17.9.2014 – IX ZB 24/14. Βλ. για αμφότερες τον σχολιασμό *Böcker*, *Gesellschaftsrecht versus Insolvenzrecht oder Suhrkamp: Verfall eines Verlages* [Fortsetzung I και Fortsetzung II], DZWIR 2014, 440 και 577 αντιστοίχως) αλλήλ και του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου. Σημειώνεται, πάντως, ότι η εμπλοκή του Ακυρωτικού και του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου (απόφαση της 18.12.2014 – 2 BvR 1978/13) αφορούσε κυρίως δικονομικά θέματα. Το συζητούμενο παρακάτω ζήτημα, αν η παρέμβαση στα εταιρικά δικαιώματα με την ένταξή τους σε σχέδιο αναδιοργάνωσης βρίσκεται σε αντίθεση προς τα άρθρα 9 και 14 του γερμανικού Συντάγματος, δεν αποτέλεσε αντικείμενο εξέτασης του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου.

23 Βλ. αντί πολλών *Baumbach/Hopt*, *Handelsgesetzbuch*, 36η έκδ. 2014, άρθρο 109, παρ. 23 επ.

24 Για το γερμανικό δίκαιο βλ. ενδεικτικά *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4η έκδ. 2002, 589 επ., *Wilhelm*, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 2η έκδ. 2005, 251 επ., *Langenhuber*, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 166 επ., *Grunewald*, *Gesellschaftsrecht*, 6η έκδ. 2005, 245 επ. Για το ζήτημα της εξυγίανσης ειδικότερα βλ. *Bitter*, *Sanierung in der Insolvenz – Der Beitrag von Treue- und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg*, ZGR 2010, 147. Στην ελληνική βιβλιογραφία *Τέλλη*, *Υποχρέωση πίστης του μετόχου και ιδιαίτερα του μετόχου μειοψηφίας*, ΕπισκεΔ 2002, 907, *Μάρκου*, *Το καθήκον πίστης του μετόχου στη «δημόσια» ανώνυμη εταιρία*, ΕΕμπΔ 1002, 1 και πρόσφατα *Καραμανάκου*, *Η υποχρέωση πίστης των μετόχων*, 2013.



νεπάγεται η σχέση αυτή δεν προσδιορίζεται από τον εταιρικό τύπο, ο οποίος έχει ενδεικτική σημασία, αλλήλ ποικίλλει ανάλογα με την πραγματική δομή του νομικού προσώπου. Κρίσιμος είναι ο βαθμός των προσωπικών και σωματειακών στοιχείων που διέπουν την οργάνωση και λειτουργία του αλλήλ και ο βαθμός προσβολής των εκάστοτε θιγόμενων συμφερόντων. Επομένως, το ζήτημα που τίθεται δεν είναι αν υπάρχει ή όχι καθήκον πίστης των μετόχων, αλλήλ υπό ποιές προϋποθέσεις αυτό υπάρχει και ποιές είναι οι συνέπειες παράβασής του.<sup>25</sup> Υπ' αυτήν την έννοια, το καθήκον πίστης ισχύει υπό προϋποθέσεις αναφορικά και με την εξυγίανση του νομικού προσώπου. Μετά, μάλιστα, τις αποφάσεις "*Girmes*"<sup>26</sup> και "*Sanieren oder Ausscheiden*"<sup>27</sup> του γερμανικού Ακυρωτικού δεν αμφισβητείται ότι σε περιπτώσεις εξωπτωχευτικής εξυγίανσης το καθήκον πίστης περιλαμβάνει θετική υποχρέωση συμβολής στην προσπάθεια εξυγίανσης.<sup>28</sup> Εξακολουθεί όμως να υφίσταται το καθήκον πίστης χωρίς διαφοροποιήσεις κατά τη διάρκεια της πτωχευτικής διαδικασίας;

Το ζήτημα ευλόγως δεν είχε μέχρι προ τινός συζητηθεί ούτε στη γερμανική θεωρία, αφού, όπως προαναφέρθηκε, πριν από την εισαγωγή του ESUG οι εταίροι δεν συμμετείχαν κατά την ψήφιση σχεδίων αναδιοργάνωσης κατά την πτωχευτική διαδικασία, στο μέτρο που δεν είχαν απαιτήσεις έναντι της εταιρίας. Υποστηρίζεται ότι στη διαδικασία του σχεδίου αναδιοργάνωσης δεν υπάρχουν περιθώρια για την εφαρμογή αρχών του εταιρικού δικαίου, όπως του καθήκοντος πίστης, της προστασίας των δικαιωμάτων της μειοψηφίας ή της ίσης μεταχείρισης των εταίρων, αφού τα ζητήματα αυτά ρυθμίζονται ειδικώς από το σχέδιο αναδιοργάνωσης. Συνεπώς οι ρυθμίσεις του εταιρικού παραμερίζονται από εκείνες του πτωχευτικού δικαίου.<sup>29</sup>

Υπέρ της υπεροχής του πτωχευτικού δικαίου συνηγορούν αφενός η απαξίωση των δικαιωμάτων των εταίρων μετά την κήρυξη της πτώχευσης και αφετέρου η διάταξη του άρθρου 238a InsO. Σχετικά με την πρώτη, επισημαίνεται ότι ο νομοθέτης του ESUG εξομοίωσε τη θέση των εταίρων με εκείνη εταιρικών πιστωτών της τελευταίας σειράς με το σκεπτικό ότι τα δικαιώματα συμμετοχής του εταίρου έχουν μετά την πτώχευση καταστεί άνευ αξίας.<sup>30</sup> Με την κήρυξη της πτώχευσης λύεται ο εταιρικός δεσμός, ενώ ο εταιρικός σκοπός αλλιάζει και συνίσταται πλέον στην ικανοποίηση των εταιρικών πιστωτών. Οι εταίροι λαμβάνουν μέρος στην πτωχευτική διαδικασία «οιονεί πιστωτές» και όχι με τη συμμετοχική τους ιδιότητα, της οποίας

25 Τζουγανάτος, Ανεπαρκής κεφαλαιοδότηση κεφαλαιουχικών εταιριών – Μορφές εμφάνισης και έννομες συνέπειες, 1994, 129.

26 Απόφαση της 20.3.1995 (II ZR 205 /94), ZIP 1995, 819.

27 Απόφαση της 19.10.2009 (II ZR 240 /08), ZIP 2009, 2289.

28 Βλ. σχετικά Ν. Ρόκα, Η «κοινωνικοποίηση» των μετοχικών δικαιωμάτων, Αναμνηστικός Τόμος Αντάπση, 2013, 889, 890 επ.

29 Haas, ό.π., 965. Γενικότερα βλ. τον ίδιο, ESUG und das Gesellschaftsinsolvenzrecht, Festschrift für Rolf Stürner, 2013, 749. Έτσι με αφορμή την υπόθεση *Suhrkamp* και ο *Thole*, Treuepflicht-Torpedo? Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Insolvenzverfahren, ZIP 2013, 1937.

30 Βλ. σχετικά την Αιτιολογική έκθεση του ESUG, ό.π., 32.



μόνο η αξία προστατεύεται (άρθρο 251 InsO)<sup>31</sup>. Μεταξύ των εταίρων δεν υπάρχει πλέον κάποιο καθήκον πίστης, όπως ακριβώς δεν συνδέει ανάλογο καθήκον τους εταιρικούς πιστωτές.<sup>32</sup>

Όσον αφορά τη διάταξη του άρθρου 238a InsO (κατά την οποία το δικαίωμα ψήφου προσδιορίζεται αποκλειστικά από το ύψος της κεφαλαιουχικής συμμετοχής των εταίρων), υποστηρίζεται ότι επιβεβαιώνει την υπεροχή του πτωχευτικού δικαίου, αφού καθιστά σαφή την πρόθεση του νομοθέτη να απελευθερώσει τη διαδικασία του σχεδίου αναδιοργάνωσης από τις εταιρικής φύσης ρυθμίσεις: αν ο νομοθέτης επέλεξε να παραβλέψει τις δεσμεύσεις που έχουν συμφωνηθεί μεταξύ των εταίρων ως προς την άσκηση των δικαιωμάτων ψήφου, το ίδιο θα πρέπει να γίνει δεκτό και για το καθήκον πίστης, το οποίο επίσης επιβάρυνε ανάλογες δεσμεύσεις. Ο εταιρικός σκοπός, τον οποίο επιδιώκουν οι δεσμεύσεις αυτές, έχει πλέον αλλιάξει με την κήρυξη της πτώχευσης, με αποτέλεσμα οι μεταξύ των εταίρων σχέσεις να είναι πλέον ανεξάρτητες από τη σχέση της εταιρίας προς τους τρίτους, δηλ. τους εταιρικούς πιστωτές.<sup>33</sup> Αυτός είναι, άλλωστε, ο λόγος για τον οποίο δεν μπορεί να γίνει δεκτή η εκ πρώτης όψεως πειστική άποψη ότι το καθήκον πίστης δεν επηρεάζεται από την πτωχευτική διαδικασία, δεδομένου ότι αφορά μόνο τις «εσωτερικές» σχέσεις μεταξύ των εταίρων, το δε πτωχευτικό δικαιο δεν ενδιαφέρεται για τα κίνητρα, με τα οποία ο κάθε εταίρος κάθε φορά ασκεί το δικαίωμα ψήφου του.<sup>34</sup>

Υπέρ της επιβίωσης του καθήκοντος πίστης στην εταιρική πτώχευση (με αφορμή την υπόθεση *Suhrkamp*) υποστηρίζεται ότι η πρόθεση του νομοθέτη να διευκολύνει την εξυγίανση με την απαγόρευση της παρεμπόδισης του σχεδίου αναδιοργάνωσης από τη μειοψηφία, δεν αποτελεί επιχείρημα κατά του καθήκοντος πίστης, αφού εδώ δεν επρόκειτο για παρεμποδιστική προσπάθεια της μειοψηφίας αλλά για την ανάγκη περιορισμού της εξουσίας της πλειοψηφίας έναντι ενεργειών που έθιγαν τα δικαιώματα της μειοψηφίας. Η υποχρέωση των εταίρων να «θυσιάζουν» τη νομική τους θέση στην εταιρία (*Aufopferungspflicht*) είναι μέτρο προστασίας προς διαφορετική κατεύθυνση από ό,τι το καθήκον πίστης. Επιπλέον, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η άποψη ότι τα εταιρικά δικαιώματα πρέ-

31 Κατά τη χαρακτηριστική έκφραση του *Brinkmann*, Der strategische Eigenantrag – Missbrauch oder kunstgerechte Handhabung des Insolvenzverfahrens, ZIP 2014, 197, 201, το δικαιο που δίνει το σχέδιο αναδιοργάνωσης αγνοεί με «ανελέητο» τρόπο τις μη περιουσιακές παραμέτρους των εταιρικών δικαιωμάτων. Βλ. επίσης *Spliedt*, Debt-Equity-Swap und weitere Strukturänderungen nach dem ESUG, GmbHR 2012, 462, 465.

32 *Thole*, ό.π., 1940, 1943, ο ίδιος, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, ό.π., παρ. 280-283 και 4-6, *Eidenmüller*, ό.π., 18.

33 *Thole*, ό.π., 1943. Έτσι και *Madaus*, Schutzschirme für streitende Gesellschafter? Die Lehren aus dem Suhrkamp-Verfahren für die Auslegung des neuen Insolvenzrechts, ZIP 2014, 500, 504.

34 *Thole*, ό.π., 1939, 1943. Για τους λόγους αυτούς ο *Thole* (ό.π., 1939) απορρίπτει το επιχείρημα ότι, εφόσον δεν αμφισβητείται το καθήκον πίστης και η δυνατότητά του να κάμψει τις αντιδράσεις εταίρων σε εξωπτωχευτικές προσπάθειες εξυγίανσης της εταιρίας, είναι συνεπέστερο να γίνει δεκτό ότι το καθήκον πίστης διατηρείται σε ισχύ στις εντός πτώχευσης προσπάθειες, όταν μάλιστα ο νομοθέτης με την εισαγωγή του ESUG απέβλεπε στην ενίσχυση της εξυγίανσης.

πει να θυσιάζονται προς εξυπηρέτηση της εξυγίανσης, όταν αυτά περιλαμβάνονται στο σχέδιο αναδιοργάνωσης, βασίζεται στην αντίληψη ότι τα εταιρικά δικαιώματα μετά την κήρυξη της εταιρίας σε πτώχευση δεν έχουν ουσιαστική αξία. Ότι η θέση αυτή είναι αδικαιολόγητα γενικευμένη, άλλως ότι δεν ανταποκρίνεται πάντοτε στην πραγματικότητα, προκύπτει, κατά την άποψη αυτή, από τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης *Suhrkamp*.<sup>35</sup>

Εξ άλλου, επισημαίνεται ότι η εφαρμογή της υποχρέωσης πίστης στην πτωχευτική διαδικασία είναι απολύτως αναγκαία, καθ' όσον η προστασία των εταίρων μειοψηφίας με τις διατάξεις των άρθρων 251 και 253 InsO για την προστασία των εταίρων μειοψηφίας είναι ανεπαρκής. Και τούτο διότι η χειροτέρευση της θέσης τους με το σχέδιο αναδιάρθρωσης, που αποτελεί βασική προϋπόθεση προστασίας, πρέπει να αποδεικνύεται με οικονομικά κριτήρια, πράγμα που θα είναι συχνά δυσχερές. Τέτοια περίπτωση συντρέχει στην υπόθεση *Suhrkamp*, όπου η αλληλαγία της εταιρικής μορφής από εταιρία ετερόρρυθμη κατά μετοχές σε ανώνυμη δεν χειροτερεύει ευθέως την οικονομική θέση του εταίρου μειοψηφίας αλλ' αποδυναμώνει τη θέση του μετά τη μετατροπή.<sup>36</sup>

## 5. Το ζήτημα της καταχρηστικής αίτησης για ένταξη στην πτωχευτική διαδικασία

Η αίτηση υπαγωγής μιας εταιρίας σε πτωχευτική διαδικασία αποτελεί κατάχρηση, όταν κατά τον χρόνο υποβολής της αίτησης δεν συνέτρεχαν οι αντικειμενικές προϋποθέσεις για κήρυξη της πτώχευσης, δηλ. υπερχρέωση ή αδυναμία πληρωμών.<sup>37</sup> Δεν αποκλείεται όμως η αίτηση να είναι καταχρηστική, ακόμη και όταν κατά τον χρόνο υποβολής της είναι βάσιμη, όταν με την αίτηση επιδιώκεται σκοπός άλλος από την ικανοποίηση των απαιτήσεων του αιτούντος (π.χ. ο σκοπός της επίλυσης συγκρούσεων μεταξύ εταίρων).<sup>38</sup>

35 *Schäfer*, Insolvenzplan als Lösungsmittel für Mehrheits-/Minderheitskonflikte? Lehren aus dem Fall *Suhrkamp*, ZIP 2013, 2237, 2240-2241. Τη νομοθετική αντίληψη ότι τα εταιρικά δικαιώματα χάνουν την αξία τους σχεδιάζει ως αδικαιολόγητη και αμφίβολης ορθότητας στη γενίκευσή της και ο *Thole*, ό.π., 1940 με περαιτέρω παραπομπές.

36 *Stöber*, Strukturmaßnahmen im Insolvenzverfahren und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht – der Fall *Suhrkamp*, *InsO* 2013, 2457, 2463-2464. Σε αντίθεση προς τον *Thole*, ό.π., που αντιμετωπίζει την παρεμβολή του καθήκοντος πίστης ως «τορπίλη» στο πτωχευτικό δίκαιο, ο *Stöber* θεωρεί το σχέδιο αναδιοργάνωσης ως «τορπίλη» στο εταιρικού δικαίου καθήκον πίστης. Χαρακτηρίζει μάλιστα (ό.π., 2463) μεθοδεύσεις, όπως αυτή της επίλυσης αντιδικιών μεταξύ εταίρων με τη βοήθεια του σχεδίου αναδιοργάνωσης (λόγω του αμερικανικού Chapter 11, το οποίο επηρέασε τον γερμανό νομοθέτη) ως «μεθόδους άγριας δύσης». Βλ. *Westermann*, Der "Suhkamp" – Gesellschafter unter dem Schutzschirm der Gesellschaftsinsolvenz, *NZG* 2015, 134, 138 (:στην υπόθεση *Suhrkamp* ο επηρεασμός της θέσης του εταίρου μειοψηφίας μέσω της μετατροπής της εταιρικής μορφής καταδεικνύει ότι τα δικαιώματα συμμετοχής των εταίρων έχουν οικονομική σημασία και στο στάδιο πτώχευσης της εταιρίας) και *Möhlenkamp*, ό.π., 2829.

37 *Brinkmann*, ό.π., 200-201 που υποστηρίζει ότι, ακόμη και αν κατά τη χρονική στιγμή της υποβολής της αίτησης η εταιρία δεν βρίσκεται σε κατάσταση υπερχρέωσης ή αδυναμίας πληρωμών, δεν είναι πιθανό η αίτηση να θεωρηθεί καταχρηστική, αφού η υποβολή της θα επιφέρει κατά κανόνα υπερχρέωση ή αδυναμία πληρωμών.

38 *Lang/Muschalle*, ό.π., 955-956, *Brinkmann*, ό.π., 200, *Madaus*, Schutzschirme für streitende Gesellschafter?, ό.π., 501.

Πρέπει εν πρώτοις να διευκρινισθεί ότι θέμα καταχρηστικότητας δεν τίθεται, όταν για την υποβολή αίτησης υπάρχει νομική υποχρέωση των οργάνων της εταιρίας (πράγμα που συμβαίνει, όταν η εταιρία βρίσκεται ήδη σε κατάσταση παύσης πληρωμών ή υπερχρέωσης), η παράλειψη της οποίας, μάλιστα, επισύρει ποινικές κυρώσεις (άρθρο 15a InsO). Συνεπώς, πρόβλημα καταχρηστικής υποβολής για αίτηση που υποβάλλεται από την ίδια την οφειλέτιδα εταιρία, μπορεί να ανακύψει, όταν η αίτηση υποβάλλεται λόγω επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών.<sup>39</sup>

Υπό ποιες προϋποθέσεις μια αντικειμενικά βάσιμη αίτηση υποβάλλεται καταχρηστικά, εξαρτάται από τον στόχο που επιδιώκει. Ενώ στο παρελθόν η εκποίηση της εταιρικής περιουσίας για την ικανοποίηση των πιστωτών ήταν ο κύριος στόχος της πτωχευτικής διαδικασίας, σήμερα βρίσκεται και η εξυγίανση στο επίκεντρο του ενδιαφέροντος. Η διάσωση της επιχείρησης με τη διαδικασία του σχεδίου αναδιάρθρωσης περιλαμβάνεται πλέον ρητά στους στόχους του νόμου περί αφερεγγυότητας (άρθρο 1 εδ. α' InsO), με την επιφύλαξη, πάντως, ότι θα πρέπει η διάσωση να εξυπηρετεί τα συμφέροντα των πιστωτών.<sup>40</sup> Υπ' αυτήν την έννοια η επίλυση διαφορών μεταξύ εταιριών, η οποία εντάσσεται στο σχέδιο αναδιάρθρωσης, δεν θα έπρεπε να θεωρηθεί σκοπός ξένος προς την εξυγίανση και άρα προς τους σκοπούς του πτωχευτικού δικαίου. Ακόμη όμως και υπό το πρίσμα του πρωταρχικού στόχου της InsO<sup>41</sup>, η υπαγωγή της εταιρίας σε πτωχευτική διαδικασία προς επίλυση διαφορών μεταξύ εταιριών μπορεί να δικαιολογηθεί, αν οι διαφορές αυτές παρακωλύουν την οικονομική λειτουργία της εταιρίας και αποβαίνουν τελικώς εις βάρος των συμφερόντων των εταιρικών δανειστών. Σε τέτοιες περιπτώσεις θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι η διαιώνιση των διαφορών μεταξύ των εταιριών δημιουργεί προϋποθέσεις επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών και επομένως επίκλησης του άρθρου 18 InsO.<sup>42</sup> Η υπόθεση *Suhrkamp* αποδεικνύει ότι οι διαφορές μεταξύ εταιριών είναι δυνατόν όχι μόνο να επιβαρύνουν την οικονομική κατάσταση της εταιρίας, αλλήλ επιπλέον να βλάπτουν την εικόνα της στον ανταγωνισμό και κατ' επέκταση τις σχέσεις της με τους συνεργάτες της. Ενόψει της βούλησης του νομοθέτη να αντιμετωπίζει εταιρικές κρίσεις εγκαίρως για να αποτρέπει διακινδύνευση της υπόστασης της εταιρίας, ακόμη και με τα μέσα του πτωχευτικού δικαίου, πρέπει να αναγνωρισθεί στη διοίκηση της εταιρίας το δικαίωμα να προσφύγει στην πτώχευση ως *ultima ratio*, όταν τα μέσα του εταιρικού δικαίου έχουν αποτύχει.<sup>43</sup>

Εν πάση περιπτώσει, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι η επίλυση συγκρούσεων μεταξύ εταιριών βρίσκεται εκτός των στόχων της πτώχευσης, θα πρέπει να ληφθεί

39 Lang/Muschalle, ό.π., 955, Brinkmann, ό.π., 199. Βλ. και Αθ. Ρόκα, Η επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης υποχρεώσεων ως νέος λόγος κήρυξης της πτώχευσης, ΔΕΕ 2008, 670, 677-678, Περάκη, ό.π., 137.

40 Βλ. σχετικά Perakis, The new Greek Bankruptcy Code: How close to the InsO?, Festschrift für Klaus J. Hopt, τόμος 2, 2010, 3251, 3259 επ.

41 Ό.π., 17.

42 Lang/Muschalle, ό.π., 956, Madaus, Schutzschirme für streitende Gesellschafter?, ό.π., 501.

43 Madaus, Schutzschirme für streitende Gesellschafter?, ό.π., 501, Brinkmann, ό.π., 200.

υπόψη ότι μια αίτηση που επιδιώκει την επίλυση συγκρούσεων των εταίρων έχει πολύ λίγες πιθανότητες να θεωρηθεί καταχρηστική ενόψει της σχετικής νομολογίας του γερμανικού Ακυρωτικού. Πράγματι, με την απόφαση της 19.5.2011<sup>44</sup> το Ακυρωτικό δέχθηκε ότι αίτηση πτώχευσης απορρίπτεται ελλείψει εννόμου συμφέροντος, όταν υποβάλλεται με αποκλειστικό σκοπό να εκτοπίσει έναν ανταγωνιστή από την αγορά. Στην υπό κρίση περίπτωση επρόκειτο για αίτηση όχι της οφειλέτιδας εταιρίας αλλά εταίρου της, ο οποίος την είχε δανειοδοτήσει και εμμέσως επεδίωκε με την αίτησή του να την οδηγήσει εκτός αγοράς. Δεδομένου όμως ότι με την αίτηση ο εταίρος επεδίωκε επιπλέον την, έστω και μερική, ικανοποίηση των απαιτήσεών του, το δικαστήριο έκρινε ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού δεν αποτελούσε το αποκλειστικό κίνητρο του αιτούντος και ότι, επομένως, αυτός δεν στερείτο εννόμου συμφέροντος. Με άλλα λόγια, δέχθηκε ότι ο αιτών δικαιούται έννομης προστασίας, όταν παράλληλα με την ικανοποίηση των απαιτήσεών του επιδιώκει στόχους ξένους προς εκείνους της πτωχευτικής διαδικασίας. Είναι προφανές ότι η απόδειξη ότι η αίτηση πτώχευσης έχει αμιγώς εξωπτωχευτικά κίνητρα, είναι εξαιρετικά δυσχερής και ουσιαστικά καθιστά απλό θεωρητικό ενδεχόμενο την αντιμετώπιση μιας τέτοιας αίτησης ως καταχρηστικής.<sup>45</sup>

Όπως ήδη λήστε παρατηρείται, αν ο χαρακτηρισμός της αίτησης πτώχευσης ως καταχρηστικής είναι σπάνιος, ακόμη σπανιότερη είναι η δυνατότητα επίκλησης της καταχρηστικότητας στο πλαίσιο της διαδικασίας του σχεδίου αναδιοργάνωσης. Και τούτο διότι ο ESUG επιδιώκει να ενισχύσει την αυτονομία των πτωχευτικών πιστωτών, την οποία θα περιορίζει ένας έλεγχος με πατερναλιστικό χαρακτήρα και ασαφή κριτήρια, όπως αυτός της καταχρηστικότητας.<sup>46</sup> Επιπλέον, ένας τέτοιος έλεγχος θα υπερακόντιζε την προστασία της μειοψηφίας που έχει σχεδιάσει ο νομοθέτης του ESUG, η οποία παραβλέπει τις μη περιουσιακές παραμέτρους και περιορίζεται σε προστασία της αξίας της εταιρικής συμμετοχής, όταν συντρέχει περίπτωση δυσμενέστερης οικονομικής μεταχείρισής της (άρθρο 251 παρ. 3 InsO).<sup>47</sup> Όταν οι πιστωτές μπορούν να θέσουν εκτός εταιρίας τους εταίρους, προκειμένου να εξασφαλισθεί χρηματοδότηση της εταιρίας, χωρίς αυτό να χαρακτηρίζεται καταχρηστικό, θα ήταν παράδοξο να ελέγχονται άλλα μέτρα ως καταχρηστικά, επειδή χωρίς αυτά κάποιοι εταίροι θα είχαν διατηρήσει την επιρροή τους στην εταιρία ή επειδή τα μέτρα αυτά δεν ήταν τα ηπιότερα απαιτούμενα για την αναδιοργάνωση της επιχείρησης. Άλλωστε, ο νομοθέτης του ESUG δεν αποσκοπούσε να θέσει τη διαδικασία του σχεδίου αναδιοργάνωσης υπό την επιφύλαξη της αναλογικότητας.<sup>48</sup>

44 Απόφαση της 19.5.2011 (IX ZB 214/10), ZIP 2011, 1161.

45 Lang/Muschalle, ό.π., 956.

46 Brinkmann, ό.π., 201.

47 Βλ. Madaus, Schutzschirme für streitende Gesellschafter?, ό.π., 506.

48 Brinkmann, ό.π., 201-202.

## 6. Το ζήτημα της συνταγματικής και ενωσιακής προστασίας του εταίρου μειοψηφίας

Το ζήτημα της συνταγματικής και ενωσιακής προστασίας του εταίρου μειοψηφίας είχε αποτελέσει αντικείμενο συζήτησης ήδη από το χρόνο προετοιμασίας του ESUG. Κατά κρατούσα άποψη η παρέμβαση στα εταιρικά δικαιώματα με την ένταξή τους σε σχέδιο αναδιοργάνωσης δεν βρίσκεται σε αντίθεση προς το γερμανικό Σύνταγμα (*Grundgesetz/GG*). Η συζήτηση επικεντρώθηκε στις διατάξεις των άρθρων 14 GG, που εγγυάται το δικαίωμα στην ιδιοκτησία, και 9 που αφορά το δικαίωμα του συνεταρίζεσθαι.<sup>49</sup>

(i) Ειδικότερα, θέμα αντίθεσης προς το άρθρο 14 GG δεν ανακύπτει, αφού η InsO πληροί τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο θεωρεί μια τέτοια παρέμβαση δικαιολογημένη.<sup>50</sup> Το άρθρο 14 GG προστατεύει μόνο την οικονομική αξία της εταιρικής συμμετοχής και όχι την υπόστασή της ή τα δικαιώματα που αυτή παρέχει για την άσκηση επιρροής επί της διοίκησης της εταιρίας. Κατά πάγια νομολογία του Συνταγματικού Δικαστηρίου, είναι συνταγματική η παρέμβαση στα εταιρικά δικαιώματα, όταν εξυπηρετεί το γενικό οικονομικό συμφέρον και συνοδεύεται αφενός από πλήρη οικονομική αποζημίωση των εταίρων για τις απώλειές τους (στο μέτρο βέβαια που τα εν λόγω δικαιώματα έχουν πλέον κάποια αξία) και αφετέρου από αποτελεσματική έννομη προστασία για τον έλεγχο των δεσμεύσεων που έχουν αναληφθεί απέναντί τους.<sup>51</sup>

Η ορθότητα της ταύτισης της εταιρικής συμμετοχής με την οικονομική της αξία έχει αμφισβητηθεί με το επιχείρημα ότι η έλλειψη οικονομικής αξίας δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια τη γενικότερη απώλεια των δικαιωμάτων των εταίρων (με αποτέλεσμα π.χ. να εισέρχονται στην εταιρία νέοι εταίροι παρά την αντίθετη βούληση των παλαιών).<sup>52</sup> Ευλόγως όμως προβάλλεται το αντεπιχείρημα ότι η απώλεια των εταιρικών δικαιωμάτων δεν είναι ξένη προς το πτωχευτικό δίκαιο και αποτελεί συνέπεια της εκκαθάρισης της περιουσίας του οφειλέτη, η οποία είναι ενδεχόμενη στο πλαίσιο της πτωχευτικής διαδικασίας. Η απώλεια των εταιρικών δικαιωμάτων αποτελεί

49 Το Ανώτατο Συνταγματικό Δικαστήριο δεν έχει επιληφθεί ακόμη επί του θέματος της προστασίας του εταίρου μειοψηφίας στην υπόθεση *Suhrkamp* αλλά μόνο επί αιτήσεων παροχής προσωρινής προστασίας με διαδικαστικό, κατά βάση, αντικείμενο. Βλ. σχετικά Meyer, ό.π., 542-543.

50 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht und Insolvenz im ESUG-Entwurf, BB 2011, 1603, 1609, Bitter, ό.π., 193 εν., Verse, Anteilseigner im Insolvenzverfahren, ZGR 2010, 299, 309 εν., Madaus, Keine Reorganization ohne die Gesellschafter, ZGR 2011, 749, 760-761, Eidenmüller/Engert, Reformperspektiven einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (Debt-Equity-Swap) im Insolvenzverfahren, ZIP 2009, 541, 545 εν., Spliedt, ό.π., 465, Hölzle, Die "erleichterte Sanierung von Unternehmen" in der Nomenklatur der InsO – ein hehres Regelungsziel des RefE-ESUG, NZI 2011, 124, 127, ο ίδιος, Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch das Insolvenzrecht und die Schlechterstellungsprüfung zu Lasten des (Minderheits-)Gesellschafters, ZIP 2014, 1819, 1822. Βλ. και την Απολογική έκθεση του ESUG, ό.π., 18.

51 Βλ. σχετικά BVerfGE 14, 263, σκέψη 66 (απόφαση της 7.8.1962 "*Feldmühle-Entscheidung*").

52 Brinkmann, Wege aus der Insolvenz eines Unternehmens – oder: Die Gesellschafter als Sanierungshindernis, WM 2011, 97, 100. Βλ. και Simon/Merkelbach, ό.π., 125-126.

εκδήλωση του παρεπόμενου χαρακτήρα των εταιρικών δικαιωμάτων σε σχέση με τη νομική προσωπικότητα της οφειλέτιδας.<sup>53</sup>

(ii) Ούτε όμως το άρθρο 9 GG, το οποίο προστατεύει το δικαίωμα του συνεταίριζεσθαι (στο οποίο, σε αντίθεση προς το άρθρο 12 Σ, περιλαμβάνεται και η συμμετοχή σε εταιρίες) και το οποίο άλλωστε οριοθετείται από το άρθρο 14 GG, αποκλείει την παρέμβαση στα εταιρικά δικαιώματα. Σε ένα βαθμό ο ετεροκαθορισμός υπό την έννοια του ορισμού των οργάνων διοίκησης και της διαμόρφωσης της βούλησης της εταιρίας από μη εταίρους είναι ανεκτός. Ποιος είναι ο κρίσιμος βαθμός, δεν έχει απαντηθεί από το Συνταγματικό Δικαστήριο. Έχει διατυπωθεί η γνώμη ότι η προστασία του άρθρου 9 GG ατονεί ακριβώς λόγω της απαξίωσης των εταιρικών δικαιωμάτων στην πτώχευση, σε απάντηση υποστηρίζεται όμως ότι ο εταιρικός δεσμός διατηρείται στην πτώχευση, γι' αυτό και η πτώχευση δεν αποτελεί δικαιολογία για την απόκτηση αποφασιστικής επιρροής στον τρόπο διαμόρφωσης της εταιρικής βούλησης. Υπ' αυτήν την έννοια δεν πρέπει να θεωρείται συνταγματική μια «απαγόρευση παρεμπόδισης» (*Obstruktionsverbot*) του άρθρου 245 InsO που υποκαθιστά πλήρως τη βούληση των εταίρων από εκείνη των πιστωτών.<sup>54</sup> Παρεμβάσεις στην εσωτερική οργάνωση της εταιρίας μπορούν να γίνουν δεκτές, μόνον όταν η πτωχευτική διαδικασία οδηγεί στην εκκαθάρισή της, όχι όμως και όταν με το σχέδιο αναδιοργάνωσης επιδιώκεται η συνέχιση της εταιρίας. Στην περίπτωση αυτή αναβιώνει η εταιρική συμμετοχή και ο στόχος της ικανοποίησης των πιστωτών δεν δικαιολογεί τον πλήρη παραμερισμό της αληθιά μόνο παρεμβάσεις που θίγουν περιουσιακά δικαιώματα των εταίρων. Πέραν των ορίων αυτών τα άρθρα 9 και 14 GG επιβάλλουν τη σύμφωνη γνώμη των εταίρων.<sup>55</sup>

Εν πάση περιπτώσει, όταν, όπως στην υπόθεση *Suhrkamp*, οι εταίροι πλειοψηφίας έχουν εγκρίνει το σχέδιο, δεν μπορεί να γίνεται λόγος για πλήρη ετεροκαθορισμό της εταιρίας. Επί συγκρούσεων μεταξύ πλειοψηφίας και μειοψηφίας δεν είναι υποστηρίξιμο ότι η χειροτέρευση της θέσης της μειοψηφίας βαίνει πέραν των ορίων προστασίας του άρθρου 9, αφού αντιστοίχως ενισχύεται η θέση της πλειοψηφίας, δηλ. εταίρων και όχι προσώπων ξένων προς την εταιρία. Επομένως, η διάταξη αυτή δεν είναι πρόσφορη για την προστασία της μειοψηφίας έναντι της πλειοψηφίας αληθιά μόνο των εταίρων έναντι τρίτων, άλλως για την προστασία έναντι παρεμβάσεων που συ-

53 Thole, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, ό.π., παρ. 220, 224-227.

54 Βλ. Madaus, Keine Reorganization ohne die Gesellschafter, ό.π., 761-767 (που θεωρεί ότι το σχέδιο αναδιάρθρωσης δεν πρέπει να γίνεται δεκτό, αν έχει υπερψηφισθεί μόνο από τους πιστωτές). Διαμετρικά αντίθετη η άποψη του Bitter, ό.π., 189 επ., που δεν θεωρεί ότι τίθεται θέμα συνταγματικότητας της ρύθμισης του Debt-Equity-Swap, επειδή αντιμετωπίζει τους παλαιούς εταίρους ως εμπιστευματούχους των πιστωτών. Πρβλ. την κριτική του Brinkmann, Wege aus der Insolvenz eines Unternehmens, ό.π., 100, που απορρίπτει σε κάθε περίπτωση την επιβολή στους παλαιούς εταίρους της υποχρέωσης να συνυπάρχουν με νέους, με τους οποίους δεν θα είχαν την πρόθεση να συνεταιρισθούν.

55 Stöber, ό.π., 245-2460.



νεπάγονται σχηματισμό της βούλησης της εταιρίας από πρόσωπα που δεν έχουν εκλεγεί από εταίρους.<sup>56</sup>

(iii) Λιγότερο σαφές είναι η εικόνα στο ζήτημα της ενωσιακής νομιμότητας της ένταξης των εταιρικών δικαιωμάτων στο σχέδιο αναδιοργάνωσης. Αμφισβητούμενο είναι, ειδικότερα, αν οι ρυθμίσεις της (Δεύτερης εταιρικής) Οδηγίας 77/91/ΕΟΚ (άρθρα 25 επ.)<sup>57</sup> που εγγυώνται την αρμοδιότητα της Γενικής Συνέλευσης για αύξηση του κεφαλαίου ανώνυμης εταιρίας θέτουν περιορισμούς στις προβλέψεις του σχεδίου αναδιοργάνωσης. Το ΔΕΕ σε μια σειρά από αποφάσεις του διέκρινε μεταξύ «μέτρων αναγκαστικής εκτελέσεως σκοπούμενων στην εξαφάνιση της εταιρίας», τα οποία η Οδηγία δεν απαγορεύει, και «απλού καθεστώτος εξυγίανσεως σκοπούμεντος στη διασφάλιση της επιβιώσεως της εταιρίας», στο οποίο η Οδηγία εξακολουθεί να έχει εφαρμογή.<sup>58</sup>

Σε ποια από τις δύο κατηγορίες θα πρέπει να υπαχθεί το σχέδιο αναδιοργάνωσης; Η κρατούσα γνώμη δέχεται ότι το Δικαστήριο είχε μάλλον την πρόθεση να περιλάβει την πτωχευτική διαδικασία στην εξαίρεση, ανεξάρτητα αν αυτή καταλήγει σε εξυγίανση ή σε εκκαθάριση της περιουσίας της εταιρίας, άρα αντιστοίχως θα πρέπει να εξαιρεθεί το σχέδιο αναδιοργάνωσης από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 25 (ήδη 29-30 στην αναδιατυπωμένη Οδηγία). Ο περιορισμός της εξαίρεσης στην εκκαθάριση δεν θα είχε νόημα, δεδομένου ότι κατά την εκκαθάριση δεν παρίσταται ανάγκη αύξησης του κεφαλαίου της εταιρίας.<sup>59</sup> Επιπλέον, η νομολογία του ΔΕΕ για την αρμοδιότητα της Γενικής Συνέλευσης καλύπτει τις περιπτώσεις, όπου οι οργανωτικές δομές της εταιρίας εξακολουθούν να υφίστανται και όχι τις περιπτώσεις, όπου η εταιρία έχει λυθεί λόγω έναρξης της πτωχευτικής διαδικασίας.<sup>60</sup>

56 *Madaus*, Schutzschirme für streitende Gesellschafter?, ό.π., 505 που σημειώνει ότι για τον λόγο αυτό δεν βρίσκεται σε αντίθεση προς το άρθρο 9 η διάταξη του άρθρου 238a InsO που προβλέπει ότι στο πλαίσιο του σχεδίου αναδιοργάνωσης δεν ισχύουν ειδικές συμφωνίες σχετικές με τα δικαιώματα ψήφου των εταίρων, *Verse*, ό.π., 312.

57 Οδηγία 77/91/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 13ης Δεκεμβρίου 1976, αναδιατυπωμένη με την Οδηγία 2012/30/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, ΕΕ L 315/74 της 14.11.2012.

58 Απόφαση της 12.3.1996 (C-441/93) *Παφίτης κ.λπ. κατά Τράπεζας Κεντρικής Ελλάδος*, σκέψη 57. Βλ. και τις παλαιότερες αποφάσεις της 30.5.1991 (C-19&20/90) *Καρέλλα κατά Υπουργού Βιομηχανίας*, σκέψη 30, και της 24.3.1992 (C-381/89) *Σύνδεσμος Μελών της Ελεύθερης Ευαγγελικής Εκκλησίας κατά Ελληνικού Δημοσίου*, σκέψη 27.

59 *Eidenmüller/Engert*, ό.π., 548, *Verse*, ό.π., 312-315, που παραπέμπει σε ρυθμίσεις, αντίστοιχες του σχεδίου αναδιοργάνωσης στις έννοιες τάξεις άλλων κρατών μελών, όπως η Τσεχία, θεωρεί πάντως απαραίτητη την αναθεώρηση της Οδηγίας, η οποία είναι υπό συζήτηση.

60 ΔΕΕ, απόφαση της 30.5.1991, ό.π., σκέψη 30: «προορισμός της οδηγίας είναι η εξασφάλιση του σεβασμού των δικαιωμάτων των εταίρων και των τρίτων, ιδίως όσον αφορά τις πράξεις συστάσεως της εταιρίας, καθώς και αυξήσεως ή μειώσεως του κεφαλαίου της. Η εγγύηση αυτή, για να είναι αποτελεσματική, πρέπει να παρέχεται στους εταίρους *επί όσο χρονικό διάστημα η εταιρία εξακολουθεί να υφίσταται με τη δική της δομή*». Βλ. σχετικά *Hölzle*, Die "erleichterte Sanierung von Unternehmen", ό.π., 127-128, *Brinkmann*, Wege aus der Insolvenz eines Unternehmens, ό.π., 100, *Spliedt*, ό.π., 466, *Bork*, Grundfragen des Restrukturierungsrechts, ZIP 2010, 397, 408. Ο *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht in der Insolvenz im ESUG-Entwurf, ό.π., 1609-1610, επισημαίνει ότι μια προσκολλημένη στο γράμμα επιχειρηματολογία θα θεωρούσε ότι η Οδηγία δεν ασχολείται με διαδικασίες εκκαθάρισης, γι' αυτό και τις αγνοεί, ενώ υπό μια πραγματιστική οπτική πρέπει να γίνει δεκτό ότι η Οδηγία δεν απέβλεπε να θέτει φραγμό σε πρωτοβουλίες εξυγίανσης, όπως αυτές που προβλέπονται από τον ESUG. Στην ίδια κατεύθυνση και ο *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, ό.π., παρ. 223. Βλ. επίσης την Αιτιολογική έκθεση του ESUG, ό.π., 20.



Κατά την αντίθετη άποψη η έλλειψη ανάγκης αύξησης κεφαλαίου κατά την εκκαθάριση οδηγεί σε εντελώς διαφορετικό συμπέρασμα: επειδή δεν υπάρχει ανάγκη προστασίας των συμφερόντων των μετόχων κατά την εκκαθάριση, αλλήλ μόνο στο πλαίσιο της εξυγίανσης της εταιρίας, είναι απαραίτητη ακριβώς στο πλαίσιο της εξυγίανσης η προστασία της αρμοδιότητας της Γενικής Συνέλευσης. Συνεπώς, η βούληση των εταίρων δεν μπορεί να αγνοείται, πράγμα που σημαίνει ότι δεν είναι σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο μια «απαγόρευση παρεμπόδισης» της διαδικασίας αναδιοργάνωσης που είναι τόσο ευρεία, ώστε να καθορίζεται μόνο από τους πιστωτές.<sup>61</sup>

Σε κάθε περίπτωση, η ρύθμιση της Οδηγίας ούτως ή άλλως δεν εφαρμόζεται στην υπόθεση *Suhrkamp*, επειδή η εταιρία που πτώχευσε δεν ήταν ανώνυμη αλλήλ ετερόρρυθμη.

## 7. Η ένταξη εταιρικών δικαιωμάτων στο σχέδιο αναδιοργάνωσης στην υπόθεση *Suhrkamp* ως αφορμή επανεξέτασης του σχεδίου αναδιοργάνωσης (σε σχέση και προς την προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης) στο ελληνικό πτωχευτικό δίκαιο

Οι προβληματισμοί του γερμανού νομοθέτη του ESUG αλλήλ και οι αντικρουόμενες απόψεις που εκφράσθηκαν τόσο σε νομολογιακό όσο και σε θεωρητικό επίπεδο στην υπόθεση *Suhrkamp* μπορούν να αξιοποιηθούν στο ελληνικό δίκαιο για την επανεξέταση της σχέσης πτωχευτικού και εταιρικού δικαίου, αλλήλ της «ουδετερότητας» του πρώτου έναντι του δεύτερου. Ενδέχεται, μάλιστα, η επανεξέταση του σχεδίου αναδιοργάνωσης και η βελτίωση της αποτελεσματικότητάς του να συμβάλουν στην αναθεώρηση της προτίμησης που φαίνεται να δείχνει ο νομοθέτης στην («προπτωχευτική») διαδικασία εξυγίανσης έναντι του σχεδίου αναδιοργάνωσης.

Ο κύριος λόγος, για τον οποίο προβλέφθηκε στον ESUG η ένταξη των εταιρικών δικαιωμάτων στο σχέδιο αναδιοργάνωσης ήταν η άντληση κεφαλαίων με τη μέθοδο του “*Debt-Equity-Swap*”. Ο γερμανικός νόμος περί αφερεγγυότητας (InsO) παραμένει προσκολλημένος στον πρωταρχικό σκοπό της διαδικασίας αφερεγγυότητας, δηλ. στην καλύτερη δυνατή ικανοποίηση των πιστωτών (άρθρο 1 InsO). Όπως υπενθυμίζεται στην εισηγητική έκθεση του ESUG, η διατήρηση στη συναλλακτική ζωή μιας αφερεγγυας επιχείρησης δεν μπορεί να αποτελέσει αυτοσκοπό σε μια οικονομία που διέπεται από τους κανόνες της αγοράς, αλλήλ είναι επιδιώξιμη, όταν η αξία που ανα-

61 *Madaus*, Keine Reorganization ohne die Gesellschafter, 767 εν. 768-769, ο ίδιος, Schutzschirme für streitende Gesellschafter?, ό.ν., 506. Βλ. επίσης *Stöber*, ό.ν., 2461-2462. Βλ. περαιτέρω *Westermann*, ό.ν., 143-144, ο οποίος διαπιστώνει κοινά σημεία στην παρέμβαση που εισάγει ο ESUG στα εταιρικά δικαιώματα και σε εκείνη του Έλληνα νομοθέτη στις αποφάσεις του ΔΕΕ που προαναφέρθηκαν (παραπάνω, υποσ. 52) και διατυπώνει την ελπίδα ότι το ενωσιακό δίκαιο θα δώσει ώθηση για περαιτέρω προβληματισμό, ώστε συγκρίσιμες περιπτώσεις να αντιμετωπίζονται με τις βασικές δικαιοτικές αρχές που πρέπει να διέπουν μια ελεύθερη οικονομία.

μένεται από τη διατήρηση της επιχείρησης υπερβαίνει εκείνη του κατακερματισμού της. Οι πιστωτές, οι οποίοι φέρουν τον οικονομικό κίνδυνο της επιτυχίας ή αποτυχίας της διάσωσης είναι εύλογο να έχουν μεγαλύτερη επιρροή στη λήψη της αποφάσεως σχετικά με τη σκοπιμότητα του εγχειρήματος και τον τρόπο που αυτό θα μεθοδευθεί. Αντιστοίχως εύλογη και υπό τις συνθήκες οικονομικής κρίσης για την εξυγίανση εταιριών αναγκαία είναι η παρέμβαση στα δικαιώματα των εταίρων της οφειλέτιδας εταιρίας.<sup>62</sup>

Από την άποψη που επικράτησε από τη συζήτηση που διεξήχθη επ' αφορμή της υπόθεσης *Suhrkamp* προκύπτει ότι η συνταγματική και η ενωσιακή νομιμότητα της ένταξης των εταιρικών δικαιωμάτων στο σχέδιο αναδιοργάνωσης δεν μπορεί να αμφισβητηθεί σοβαρά. Παρόμοιο είναι το συμπέρασμα, όσον αφορά το ζήτημα από άποψη ελληνικού συνταγματικού δικαίου, για λόγους αντίστοιχους προς τους προβλεπόμενους στο γερμανικό δίκαιο.<sup>63</sup> Υπ' αυτήν την έννοια η προσαρμογή του εβδόμου κεφαλαίου του ΠτωχΚ στις εξελίξεις του νομοθετικού του προτύπου και τελικώς η σχέση μεταξύ πτωχευτικού και εταιρικού δικαίου, είναι ζήτημα δικαιοπολιτικό,<sup>64</sup> εν προκειμένω ζήτημα επιλογής του Έλληνα νομοθέτη.<sup>65</sup> Σε αυτή την περίπτωση η νομοθετική παρέμβαση απαιτείται κυρίως, επειδή τόσο η κεφαλαιοποίηση απαιτήσεων όσο και η μετατροπή του εταιρικού τύπου, περί των οποίων έγινε λόγος παραπάνω, ως διαρθρωτικές μεταβολές της εταιρικής δομής, προϋποθέτουν σύμπραξη των εταιρικών οργάνων.<sup>66</sup> Σχέδιο αναδιοργάνωσης με τέτοιου είδους ρυθμίσεις μπορεί να επικυρωθεί, αφού προηγουμένως έχουν εκπληρωθεί οι αναγκαίοι όροι: εν προκειμένω έχει ληφθεί απόφαση της γενικής συνέλευσης (άρθρο 123 ΠτωχΚ). Η έλλειψη της συναίνεσης του οφειλέτη, που θα έπρεπε να εκφραστεί με την απόφαση, δεν καλύπτεται από την εφαρμογή του άρθρου 120 παρ. 2 και 3 ΠτωχΚ, δεδομένου ότι «εξανασπασμένη» απόφαση της γενικής συνέλευσης δεν είναι δυνατή.<sup>67</sup>

Στη θεωρία πρόσφατα διαπιστώνεται ότι «η διάσωση, με τη μορφή του σχεδίου αναδιοργάνωσης, αποτελεί μάλλον θεωρητική παρά πρακτική οδό αντιμετώπισης της αφερεγγυότητας»<sup>68</sup> και ότι το περί σχεδίου αναδιοργάνωσης κεφάλαιο του

62 Ό.π., 17-18.

63 Υπέρ της διατήρησης της σχέσης πτωχευτικού και εταιρικού δικαίου τάσσεται ο *Μαρίνος*, ο οποίος θεωρεί ότι η δεύτερη εταιρική Οδηγία 77/91/ΕΚ δεσμεύει τον εθνικό νομοθέτη στη διατήρηση της αποκλειστικής αρμοδιότητας της γενικής συνέλευσης για θέματα που αφορούν την οργανωτική εταιρική σφαίρα, ενώ «ορθώνει ένα δογματικό ανάχωμα» κατά ερμηνευτικών και δικαιοπολιτικών αιτημάτων που στρέφονται κατά της ουδετερότητας του πτωχευτικού έναντι του εταιρικού δικαίου (ό.π., 6). Λιγότερο κατηγορηματικός είναι, ωστόσο, στο θέμα της συνταγματικής νομιμότητας της εμπλοκής του πτωχευτικού δικαίου στη μετοχική σχέση, όπου παρατηρεί ότι η συνταγματική προστασία της μετοχής ορθώνει ένα «ίσως όχι ανυπέρβλητο» δογματικό εμπόδιο, όταν η υπαγωγή των μετοχικών δικαιωμάτων στη σφαίρα επιρροής του συνδίκου ισοδυναμεί με απαλλοτρίωση που προϋποθέτει προηγούμενη αποζημίωση. Επιπλέον, αποτελεί εμπόδιο στη δημιουργία ενός ερμηνευτικού κανόνα που θα συμπεριλαμβανέι και τους μετόχους στην έννοια του οφειλέτη (ό.π., 7).

64 Βλ. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, ό.π., παρ. 226.

65 Βλ. *N. Ρόκα*, Η «κοινωνικοποίηση» των εταιρικών δικαιωμάτων, ό.π., 901.

66 *Μαρίνος*, ό.π., 8-9.

67 *Id.*, 9

68 *Αυγητίδης*, Διαδικασία εξυγίανσης: Μια προσωρινή αποτίμηση, ΔΕΕ 2014, 291, 292.

ΠτωχΚ, μοιλονότι ιδιαιτέρως άρτιο δεν αναμένεται να έχει αξιόλογη εφαρμογή στην πράξη για λόγους αντίστοιχους προς εκείνους που ισχύουν στο γερμανικό δίκαιο (στίγμα της πτώχευσης, χρονοβόρα διαδικασία, προβάδισμα της διαδικασίας του άρθρου 99 ΠτωχΚ). Και τούτο, παρά το γεγονός ότι το σχέδιο αναδιοργάνωσης σε ορισμένα θέματα παρέχει περισσότερες δυνατότητες αποτελεσματικής εξυγίανσης από το άρθρο 99.<sup>69</sup>

Με αφορμή την παραπάνω αναφορά στη διαδικασία του άρθρου 99 ΠτωχΚ, πρέπει να παρατηρηθεί ότι ο Έλληνας νομοθέτης, αφού «εμπνεύσθηκε» από τις περί σχεδίου αναδιοργάνωσης της InsO και διαμόρφωσε αντιστοίχως το έβδομο κεφάλαιο του ΠτωχΚ, σε αντίθεση προς τον γερμανό νομοθέτη, δεν παρακολούθησε την πρακτική αποτελεσματικότητα της ρύθμισης. Αντιθέτως, ασχολήθηκε έντονα με τη διαμόρφωση προπτωχευτικών διαδικασιών και μάλιστα με τρόπο που ουσιαστικά υπονομεύει τον θεσμό του σχεδίου αναδιοργάνωσης.<sup>70</sup> Χαρακτηριστικό αυτού είναι η αιτιολογική έκθεση του ν.4013/2011, όπου ο νομοθέτης επιχειρεί να εξηγήσει την αναγκαιότητα εισαγωγής της διαδικασίας εξυγίανσης αναδεικνύοντας τα πλεονεκτήματά της έναντι της διαδικασίας συνδιαλλαγής όχι όμως και έναντι του σχεδίου αναδιοργάνωσης.<sup>71</sup>

Κατά πόσο η προτίμηση της διαδικασίας εξυγίανσης έναντι του σχεδίου αναδιοργάνωσης ή γενικότερα των προπτωχευτικών έναντι πτωχευτικών διαδικασιών εξυγίανσης είναι δικαιολογημένη, είναι ζήτημα που εκφεύγει του πλαισίου της παρούσας μελέτης. Το βέβαιο είναι ότι, οι νομοθετικές εξελίξεις που σηματοδότησε ο ESUG και η σχετική θεωρητική και νομολογιακή τους επεξεργασία πρέπει να αξιοποιηθούν, προκειμένου να περιορισθούν οι πιθανότητες το σχέδιο αναδιοργάνωσης να μεταπέσει σε «νεκρό γράμμα» και να ματαιώσουν έτσι τη νομοθετική πρωτοβουλία που οδήγησε στην εισαγωγή του με τον ν. 3588/2007.

69 Αθ. Ρόκας, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης επιχειρήσεων, 2η έκδ., 2014, 70-71. Απαισιόδοξος για το μέλλον του θεσμού της αναδιοργάνωσης και ο Περάκης, ό.π., 411.

70 Κοτσάρης, Πτωχευτικό Δίκαιο, 8η έκδ. 2011, 588, Ψυχομάνης, Πτωχευτικό Δίκαιο, 6η έκδ. 2016, 69. Βλ. επίσης Eleftheriadis, Fragen der Eröffnung des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens (Art. 99 ff. GrInsO) bei bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit, in Paulus (Hsgeb.), Restrukturierung in Krisenzeiten: Dargestellt am Beispiel Griechenlands, 2014, 13, 21-22, Αυγινίδη, Εξυγίανση επιχειρήσεων μέσω προπτωχευτικών συμφωνιών, 2011, 268, Μπεχρή-Κεχαγιόγλου, Σχέδιο αναδιοργάνωσης της επιχείρησης (άρθρα 107-131 ΠΚ): Τα πλεονεκτήματα και οι δυσλειτουργίες του σχετικά με τη δυνατότητα που παρέχει για μια πραγματική αναδιοργάνωση της επιχείρησης – Η θέση του ενόψει της επεξεργασίας τροποποιήσεων των άρθρων 99 επ. ΠτΚ (περί διαδικασίας συνδιαλλαγής), Τιμητικός Τόμος Ν. Ρόκα, 2012, 645 επ., 653-657. Για την τάση εξοβελισμού της εξυγίανσης μέσω πτωχευτικής διαδικασίας από την (προϊσχύσασα) διαδικασία συνδιαλλαγής βλ. Ν. Ρόκα, Μεταρρυθμιστικές τάσεις στο πτωχευτικό δίκαιο ενόψει και της οικονομικής κρίσης, ΕΕμπΔ 2010, 269, 272, 285. Γενικότερα για τον ανταγωνισμό (σε κάποιο βαθμό αθέμιτο) που υφίσταται η πτώχευση από τις παραπτωχευτικές διαδικασίες βλ. πρόσφατα Περάκη, Η έξαρση των παραπτωχευτικών διαδικασιών και η υποβάθμιση της πτώχευσης, Χαριστήριον – Σύμμεικτα προς τιμήν Ι. Κ. Δρυιλλεράκη, 2015, 233, που αφήνει αναπάντητο το ερώτημα, αν θα πρέπει να επιτραπεί η «πτωχευτική πειρατεία», η κατάληψη δηλ. και ενδεχομένως η απορρόφηση της πτώχευσης από τις παραπτωχευτικές διαδικασίες. Για την ανταγωνιστικότητα στη σχέση πτώχευσης και εξυγίανσης βλ. ήδη Γεωργακόπουλο, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, Τόμος 1, Τεύχος 3: Πτώχευση και εξυγίανση, β' έκδ. 1977, 23.

71 Σωτηρόπουλος, Ζητήματα του δικαίου εξυγίανσης επιχειρήσεων, ΕΕμπΔ 2012, 803, 806.

Όπως προαναφέρθηκε, η παρέμβαση στα δικαιώματα των εταίρων για τη διάσωση της οφειλέτιδας εταιρίας και η ένταξη στην περιουσία της δικαιωμάτων που δεν της ανήκουν, είναι εύλογη. Δυσχερέστερο είναι το ζήτημα, μέχρι ποίου σημείου είναι ανεκτή η παρέμβαση στα δικαιώματα των εταίρων της οφειλέτιδας. Το ζήτημα ανακύπτει κυρίως στο πλαίσιο του "*Debt-Equity-Swap*": μπορεί να αποκλεισθεί εντελώς το δικαίωμα προτίμησης των παλαιών μετόχων ή μόνον εφόσον υπάρχει ειδικότερη δικαιολογία προς τούτο;<sup>72</sup> Η κεφαλαιοποίηση απαιτήσεων παρά τη βούληση των εταίρων δημιουργεί προϋποθέσεις εμπλοκής των *hedge funds*, τα οποία δεν αρκούνται στην απόκτηση των απαιτήσεων, αλλ' επιδιώκουν τον έλεγχο επί της εταιρίας. Είναι ανεκτή αυτή η μέθοδος "*loan to own*";<sup>73</sup> Επιπλέον: δικαιούνται οι πιστωτές, «στηριζόμενοι στους ώμους των εταίρων», να αποκλείσουν τους τελευταίους από κάθε συμμετοχή στην εξυγίανση της εταιρίας, ακόμη και αν αυτοί είναι διατεθειμένοι να συμβάλλουν στον ίδιο βαθμό με τους πιστωτές στην εξυγίανση της εταιρίας;<sup>74</sup>

Όσον αφορά τη διάθεση των απαιτήσεων έναντι της εταιρίας, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η εταιρία είναι άξια προστασίας, μόνον όταν είναι συνεπής στην εκπλήρωση των υποχρεώσεών της. Οι πιστωτές δεν μπορεί να εμποδισθούν να διαθέσουν τις απαιτήσεις τους έναντι της εταιρίας, όταν αυτό κατά την εκτίμησή τους περιορίζει τη ζημιά που υφίστανται από την αφερεγγυότητά της.<sup>75</sup>

Ανάλογη είναι η θέση σχετικά με τον αποκλεισμό των παλαιών εταίρων από τη συμμετοχή στην εξυγίανση στο πλαίσιο του σχεδίου αναδιοργάνωσης: οι εταίροι «έχασαν το παιχνίδι» και η μόνη δυνατότητα που τους απομένει για να ανακτήσουν τον έλεγχο στην εταιρία είναι να άρουν τους λόγους πτώχευσης με αύξηση κεφαλαίου και να επιβάλουν την παύση της πτωχευτικής διαδικασίας (*Einstellung wegen Wegfalls des Eröffnungsgrunds*, άρθρο 212 InsO, πράγμα που στο ελληνικό δίκαιο θα μπορούσε να επιδιωχθεί με αίτηση ανάκλησης της πτώχευσης κατά το άρθρο 57 ΠτωχΚ και με αποκατάσταση της εταιρίας κατά το άρθρο 168 ΠτωχΚ). Με αυτό το σκεπτικό δεν είναι εύλογο, ο αποκλεισμός των παλαιών εταίρων να εξαρτάται από ειδική αιτιολογία.<sup>76</sup>

Συναφής είναι η προβληματική σε περιπτώσεις, όπως αυτή που απασχόλησε στην υπόθεση *Suhrkamp*, που μεμονωμένα θεωρούνται ως μεγαλύτερης πρακτικής σημασίας από εκείνες του "*Debt-Equity-Swap*".<sup>77</sup> Και εδώ ο αποκλεισμός εταίρων με τη

72 Για τις απόψεις που έχουν διατυπωθεί σχετικά βλ. *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, ό.π., παρ. 321.

73 *Splietd*, ό.π., 470, *Brinkmann*, Wege aus der Insolvenz eines Unternehmens, ό.π., 101.

74 *K. Schmidt*, Schöne neue Sanierungswelt: Die Gläubiger okkupieren die Burg! ZIP 2012, 2085, 2088.

75 *Splietd*, ό.π., 470.

76 *Eidenmüller*, Der Insolvenzplan als gesellschaftsrechtliches Universalwerkzeug, ό.π., 18. Έτσι και *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, ό.π., παρ. 322.

77 *Splietd*, ό.π., 470-471 με τη δικαιολογία ότι η κεφαλαιοποίηση απαιτήσεων είναι χρήσιμη, όταν μπορεί να συμβάλει στην αποτροπή της αφερεγγυότητας. Για τη μετατροπή ως χρήσιμου αντικειμένου του σχεδίου αναδιοργάνωσης βλ. *Madaus*, Umwandlungen als Gegenstand eines Insolvenzplans nach dem ESUG, ZIP 2012, 2133.

διαδικασία του σχεδίου αναδιοργάνωσης δεν προϋποθέτει αιτιολογία, μολονότι αυτή συνήθως υπάρχει. Η επίλυση διαφορών μεταξύ εταίρων φαίνεται καταρχήν ξένη προς τους στόχους του σχεδίου αναδιοργάνωσης και επομένως τα μέσα που επιλέγονται προς τούτο φαίνονται δυσχερώς αποδεκτά χωρίς αιτιολογία, πόσο μάλλον που αυτά (όπως εν προκειμένω η μετατροπή του εταιρικού τύπου) δεν συμβάλλουν άμεσα στην κεφαλαιακή ενίσχυση της οφειλέτιδας. Ωστόσο, θα πρέπει να γίνει σαφές ότι ο αποκλεισμός εταίρων που ουσιαστικά παρεμποδίζουν την ομαλή λειτουργία της εταιρίας, μπορεί να αποτελέει κάποιας μορφής «εξυγίανση» για την εταιρία και υπό την έννοια ότι μπορεί να προσελκύσει νέα κεφάλαια από τρίτους που μέχρι τότε αντιμετώπιζαν πολύ επιφυλακτικά τις προοπτικές διάσωσης της εταιρίας.<sup>78</sup>

Σε κάθε περίπτωση, δεν θα πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι η διάσωση της εταιρίας στο πλαίσιο της διαδικασίας του σχεδίου αναδιοργάνωσης ούτε αυτοσκοπό αποτελεί<sup>79</sup> ούτε και μπορεί να θέτει στο κέντρο προστασίας από τις δυσμενείς συνέπειες της πτώχευσης το φορέα της επιχείρησης παρά την ίδια την επιχείρηση.<sup>80</sup> Συνεπώς, ο σκοπός (και) της αναδιοργάνωσης δεν μπορεί παρά να επιδιώκεται με γνώμονα την ικανοποίηση των εταιρικών πιστωτών.

78 *Id.*, 471.

79 Βλ. *Μιχαήλπουλο*, Η αποδραματοποίηση της πτώχευσης κατά το ισχύον δίκαιο του Πτωχευτικού Κώδικα, ΕΕμπΔ 2009, 729, 754-755 = Τιμητικός Τόμος Ν. Ρόκα, ό.π., 550, 573, *Ν. Ρόκα*, ό.π., 272. Στη γερμανική θεωρία βλ. αντί πολλών *Eidenmüller*, Reformperspektiven im Restrukturierungsrecht, ZIP 2010, 649, 650.

80 *Ν. Ρόκα*, ό.π., 272.

Βασίλης Δ. Τουντόπουλος\*

## Εξαγορά επιχείρησης από εργαζομένους

### Ι. Εισαγωγικά

Το ευρύτερο ζήτημα της συμμετοχής των εργαζομένων στη διοίκηση και το κεφάλαιο επιχειρήσεων άρχισε να αναλύεται συστηματικά στη δυτική βιβλιογραφία σχετικά πρόσφατα. Πρωτοπόρες είναι οι μελέτες των Ward<sup>1</sup> και Domar<sup>2</sup>, οι οποίες εκπονήθηκαν στις δεκαετίες του 1950 και του 1960 και αποτέλεσαν τη βάση για τη συγγραφή από τον καθηγητή Vanek του εγχειριδίου με τίτλο «The General Theory of Labor – Managed Market Economies», το οποίο δημοσιεύθηκε το 1970<sup>3</sup>. Στις μέρες μας, η βιβλιογραφία σχετικά με το ζήτημα της απόκτησης του ελέγχου ή της διοίκησης μιας επιχείρησης από εργαζομένους είναι πλουσιότατη. Το οικονομικό και νομικό ζήτημα του ελέγχου επιχειρήσεων από εργαζομένους αποτέλεσε, μάλιστα, το ειδικότερο αντικείμενο επιστημονικού περιοδικού<sup>4</sup>.

Από θεωρητικής απόψεως, το ζήτημα της εξαγοράς μιας επιχείρησης από εργαζομένους εντάσσεται σε μια γενικότερη προβληματική σχετικά με το ρόλο των εργαζομένων σε μια κοινωνία. Ο ρόλος αυτός προσδιορίζεται διαχρονικά από τη σημασία που αποδίδεται στις αρχές της ισότητας, της κοινωνικής δικαιοσύνης και της ορθολογικής κατανομής του πλούτου. Με δεδομένο ότι στο σύγχρονο, δυτικό τουλάχιστον, κόσμο οι αρχές της ισότητας, της κοινωνικής δικαιοσύνης και της ορθολογικής κατανομής του πλούτου τυγχάνουν ευρύτερης αναγνώρισης, η εξαγορά μιας επιχείρησης από εργαζομένους αντιμετωπίζεται σε θεωρητικό επίπεδο θετικά. Σχεδόν όλοι φαίνεται να συμφωνούν ότι από κοινωνικής απόψεως<sup>5</sup> η διεύρυνση των περιπτώσεων ελέγχου των επιχειρήσεων από τους εργαζομένους αποτελεί το ζητούμενο για μια ιδεατή κοινωνία. Στην αντιμετώπιση αυτή συμβάλλουν αποφασιστικά αφενός μεν οι κρατούσες θρησκευτικές<sup>6</sup> και ηθικές αντιλήψεις περί ισότη-

\* Καθηγητής Πανεπιστημίου Αιγαίου, Δικηγόρος.

1 Ward, The Firm in Illyria: Market Syndicalism, American Economic Review 1958, 566.

2 Domar, The Soviet Collective Farm as a Producer Co-operative, American Economic Review 1966, 734.

3 Vanek, The General Theory of Labor-Managed Market Economies (Cornell University Press, Ithaca and London, 1970). Γενικά για την προσπάθεια μιας θεωρίας σχετικά με τη συμμετοχική επιχείρηση βλ. Svejnar, On the theory of a participatory firm, Journal of Economic Theory 1982, 313.

4 Πρόκειται για το περιοδικό Journal of Employee Ownership Law and Finance.

5 Βλ. σχετικά την ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα προσέγγιση του Cotter, Social consequences of employee ownership, Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York, Vol. 11, No. 3, Popular Ownership of Property: Its Newer Forms and Social Consequences 1925, 131.

6 Βλ. για παράδειγμα τα αναφερόμενα εις Τρηγόριο τον Ναζανζηνό: «...Μιμήσασθε Ισότητα Θεού καὶ οὐδείς ἐσται πένυς...».

τας και δικαιοσύνης<sup>7</sup>, αφετέρου δε οι κυρίαρχες ιδεολογικές και κοινωνικοπολιτικές αντιλήψεις περί εκδημοκρατισμού των δομών και των μέσων παραγωγής<sup>8</sup>.

Εντούτοις, διχογνωμία φαίνεται να επικρατεί σχετικά με το αν το μοντέλο της εξαγοράς και διοίκησης μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους της δύναται σε πρακτικό-οικονομικό επίπεδο να έχει θετικά αποτελέσματα και να τύχει ευρύτερης εφαρμογής<sup>9</sup>. Τα συναφή επιχειρήματα βασίζονται στις πολλαπλές δυσχέρειες, οικονομικής κυρίως φύσεως, που συνδέονται με την εξαγορά μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους της. Πριν προβούμε σε ανάλυση των δυσχερειών αυτών σκόπιμο είναι να γίνουν κάποιες βασικές εννοιολογικές οριοθετήσεις.

## II. Εννοιολογικές οριοθετήσεις

Στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης ως εξαγορά επιχείρησης από εργαζόμενους νοείται η απόκτηση του ελέγχου μιας επιχείρησης<sup>10</sup> από τους εργαζομένους, δηλαδή τα πρόσωπα που συνδέονται με σχέση εργασίας με την επιχείρηση [Employee buyout (EBO) ή Worker buyout (WBO)]. Η εξαγορά δεν είναι απαραίτητο να γίνεται από το σύνολο των εργαζομένων. Περαιτέρω, ως εργαζόμενοι δεν θεωρούνται καταρχήν τα μέλη της διοίκησης της εταιρείας (MBO)<sup>11</sup>. Εντούτοις, πολλές φορές οι εξαγορές λαμβάνουν μεικτό χαρακτήρα, συμμετέχουν δηλαδή τόσο εργαζόμενοι όσο και μέλη της διοίκησης.

Η εξαγορά μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους διαφοροποιείται από την απλή συμμετοχή των εργαζομένων στη διοίκηση μιας επιχείρησης (Mitbestimmung)<sup>12</sup>. Στην τελευταία περίπτωση, η οποία γνωρίζει ιδιαίτερη διάδοση στη Γερμανία<sup>13</sup>, οι εργαζόμενοι απλά συμμετέχουν στη λήψη αποφάσεων χωρίς, όμως,

7 Βλ. και Roggemann, Das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz von 2009, ZRP 2011, 49.

8 Δεν είναι τυχαίο ότι στην εισηγητική έκθεση του γερμανικού νόμου του 2009 για τη συμμετοχή των συνεργατών στο κεφάλαιο των επιχειρήσεων (Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz) ρητά αναφέρεται ότι: «Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen einen fairen Anteil am Erfolg der Unternehmen erhalten», καθώς και ότι: «Es ist auch ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft und sozialer Gerechtigkeit, dass Beschäftigte am Ertrag der Volkswirtschaft gerecht und ausgewogen teilhaben».

9 Βλ. χαρακτηριστικά O' Toole, The uneven record of employee ownership: Is worker capitalism a fruitful opportunity or an impractical idea? Harvard Business Review 1979, 185.

10 Ως απόκτηση του ελέγχου νοείται η απόκτηση της πλειοψηφίας των δικαιωμάτων ψήφου, η οποία καταρχήν συνδέεται με την απόκτηση της πλειοψηφίας του κεφαλαίου.

11 Το ζήτημα της εξαγοράς μιας επιχείρησης από τα μέλη της διοίκησής της έχει αποτελέσει αντικείμενο εκτεταμένων και διεξοδικής έρευνας στη βιβλιογραφία στην οποία και αρκούμαστε να παραπέμψουμε. Βλ. γενικότερα Καραμανάκου, Νομικά ζητήματα από την εξαγορά της επιχείρησης από τη διοίκησή της (management buy-out) 2007, Ρόκας, Εμπορικές Εταιρίες, 2012, 481 επ., Streck/Schwedhelm, Management Buy-out und verdeckte Gewinnausschüttungen, BB 1992, 792, Ziegeler, Bilanzierungsprobleme beim Leveraged Management Buy-Out, BB 1997, 513.

12 Βλ. αντί πολλών Χατζηγάγο, Εργατική συμμετοχή και κ.ν. 2190/1920, εις Αφιέρωμα εις Λάμπρο Κοτσίρη, 2004, 1153, Ρόκας, Εμπορικές Εταιρίες 2012, 289.

13 Βλ. Oetker, Unternehmensmitbestimmung in der rechtspolitischen Diskussion, RdA 2005, 337, Henssler, Bewegung in der deutschen Mitbestimmung – Reformdruck durch Internationalisierung der Wirtschaft, RdA 2005, 330.



να έχουν τον έλεγχο της ίδιας της επιχείρησης. Το ίδιο ισχύει και όταν οι εργαζόμενοι έχουν απλή μειοψηφική συμμετοχή στο κεφάλαιο της επιχείρησης (νομικού προσώπου).

Η εξαγορά μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους της διαφοροποιείται, επίσης, από την «αυτοδιαχείριση», στο μέτρο που η τελευταία θέτει ως προϋπόθεση ή αποσκοπεί στη γενικευμένη κοινωνικοποίηση των μέσων παραγωγής<sup>14</sup>. Αντίθετα, η απόκτηση του ελέγχου μιας επιχείρησης, στην οποία αναφερόμαστε, δεν συνδέεται με μια γενικότερη πολιτική ιδεολογία ούτε προϋποθέτει ή στοχεύει σε κάποια πολιτική μεταβολή. Αναφέρεται αποκλειστικά στην απόκτηση του ελέγχου μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους με βάση το ισχύον θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο.

Τέλος, η παρούσα μελέτη δεν αναφέρεται σε συνεταιριστικά οργανωμένες επιχειρήσεις, όπου τα μέλη/φορείς της επιχείρησης είναι ταυτόχρονα πελάτες ή προμηθευτές της, αλλά ούτε και σε συμπράξεις ελεύθερων επαγγελματιών, π.χ. εταιρείες δικηγόρων, οι οποίες, άλλωστε, διέπονται κατά κανόνα από ειδικό νομοθετικό καθεστώς. Οι συνεταιριστικά οργανωμένες επιχειρήσεις αποτελούν, πάντως, από θεωρητικής απόψεως μόρφωμα που στη θεωρητική κατασκευή του παρουσιάζει αρκετά κοινά χαρακτηριστικά με τις επιχειρήσεις που ελέγχονται από εργαζομένους.

### III. Οι δυσχέρειες εξαγοράς επιχειρήσεων από εργαζομένους

Μεγάλη μερίδα της θεωρίας είναι διαχρονικά και εκ προοιμίου επιφυλακτική στην ιδέα της εξαγοράς ή/και της ανάληψης της διοίκησης μιας επιχείρησης από εργαζομένους. Η συγκεκριμένη μορφή εξαγοράς θεωρείται αφενός μεν δυσχερώς πραγματοποιήσιμη, αφετέρου δε μη βιώσιμη<sup>15</sup>. Τα επιχειρήματα προβάλλονται, δηλαδή, σε δύο διαφορετικά επίπεδα.

Σε ένα πρώτο επίπεδο, η επιχειρηματολογία εστιάζει στη δυσχέρεια πραγματοποίησης της εξαγοράς, επομένως στη δυσκολία απόκτησης του ελέγχου μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους. Οι δυσκολίες αυτές συναρτώνται αρχικά με τα οργανωτικά και διαδικαστικά προβλήματα της οργάνωσης και του συντονισμού των εργαζομένων προκειμένου να αποκτήσουν τον έλεγχο μιας επιχείρησης. Συναφή είναι

14 Bñ. Puterman/Roemer/Silvestre, Does egalitarianism have a future? Journal of Economic Literature 1998, 861, 886: «The "labor managed firms" of former Yugoslavia were not worker-owned, but rather modified state enterprises. Capital was "social property" from which workers benefited during their employment, but not afterwards».

15 Furubotn, The Long-Run Analysis of the Labor-Managed Firm: An Alternative Interpretation, American Economic Review 1976, 104, 122: «Given these fundamental characteristics, the ultimate conclusion on the labor-managed firm is clear. Whatever its contribution to industrial democracy, it is not an inherently efficient economic organization».

και τα προβλήματα χρηματοδότησης του εγχειρήματος<sup>16</sup>. Οι εργαζόμενοι, κατά κανόνα, δύσκολα έχουν πρόσβαση σε πηγές χρηματοδότησης. Αυτό δικαιολογείται αντικειμενικά από το γεγονός ότι η περιουσιακή επιφάνεια των εργαζομένων είναι συνήθως περιορισμένη. Επομένως, οι εργαζόμενοι κατά κανόνα δεν θα μπορούν να παράσχουν ασφάλεια στους δανειστές, η δε δυνατότητα αποπληρωμής των υποχρεώσεων τους θα συνδέεται με τη συνολική πορεία της επιχείρησης.

Τα τυχόν προβλήματα χρηματοδότησης δεν μπορούν να θεωρηθούν, εντούτοις, από μόνα τους καθοριστικά προκειμένου να δικαιολογηθεί η εκ προοιμίου απόρριψη της συγκεκριμένης μεθόδου εξαγοράς. Μεγαλύτερη σημασία έχουν, επομένως, τα επιχειρήματα που προβάλλονται σε ένα δεύτερο επίπεδο και συνδέονται με τη δομή και λειτουργία των επιχειρήσεων που ελέγχονται από εργαζομένους. Η υποκείμενη ιδέα που κυριαρχεί στη συγκεκριμένη επιχειρηματολογία είναι ότι μια επιχείρηση που ελέγχεται από εργαζομένους δεν μπορεί να λειτουργήσει ορθολογικά, να λάβει τις βέλτιστες αποφάσεις<sup>17</sup> και κατ' επέκταση δεν μπορεί να επιβιώσει σε ένα ανταγωνιστικό περιβάλλον. Ο πυρήνας της συγκεκριμένης επιχειρηματολογίας βασίζεται στους πολυαπλοούς ρόλους (εργαζομένου/μετόχου/διοικητή) που καθλούνται να ενσαρκώσουν τα ίδια πρόσωπα και τη συναφή σύγκρουση συμφερόντων που οι ρόλοι αυτοί προκαλούν<sup>18</sup>. Τα ειδικότερα επιχειρήματα που προβάλλονται κατά του συγκεκριμένου μοντέλου επιχειρηματικής δράσης και οργάνωσης αναλύονται κατωτέρω<sup>19</sup>:

α) Οι εργαζόμενοι λόγω των περιορισμένων οικονομικών δυνατοτήτων τους τείνουν να λαμβάνουν συντηρητικές αποφάσεις προκειμένου να μη θέσουν σε κίνδυνο το επενδεδυμένο κεφάλαιό τους<sup>20</sup>. Με τον τρόπο αυτό η επιχείρηση δεν είναι διατεθειμένη να αναλάβει οποιονδήποτε κίνδυνο, γεγονός που συνήθως οδηγεί σε απώλεια επενδυτικών ευκαιριών.

16 Βλ. γενικά για τη χρηματοδότηση των εξαγορών, *Σωτηρόπουλο*, Νομικά ζητήματα της τραπεζικής χρηματοδότησης των εξαγορών μετοχών εις εξαγορά επιχειρήσεων 2001, 249 επ. Βλ. ειδικά για τη χρηματοδότηση επιχειρήσεων ελεγχόμενων από τους εργαζομένους *Miyazaki*, On success and dissolution of the labor-managed firm in the capitalist economy, *Journal of Political Economy* 1984, 909, 925, αναφερόμενος στην εν γένει δυσκολία χρηματοδότησης των συγκεκριμένων επιχειρήσεων που οδηγεί στη λύση τους: «He explains this tendency as resulting from discriminations in capital markets, which are generally mistrustful of labor-managed organizations», *Gulati/Isaac/Klein*, When a workers' cooperative works, (49) *UCLA Law Review* 2002, 1417, 1425: «In economies where worker-controlled firms are rare, financial institutions may be reluctant to lend money to such enterprises», *Hansmann*, When Does Worker Ownership Work?, (99) *Yale L.J.* 1990, 1749, 1752: «The problem is that persons who lend capital to such a firm expose themselves to the threat of opportunistic behavior by the worker-owners, who have an incentive to appropriate for themselves the amounts that are borrowed»

17 *Pejovich*, A property rights analysis of the inefficiency of investment decisions by labor-managed firms, *JITE* 1992, 30.

18 Βλ. γενικότερα, v. *Hoyningen-Huene*, *Gesellschafter, Scheingesellschafter oder Arbeitnehmer*, *NJW* 2000, 3233.

19 Η σειρά των επιχειρημάτων είναι τυχαία.

20 *Hansmann*, When Does Worker Ownership Work?, (99) *Yale L.J.* 1990, 1749, 1772: «Another commonly cited disadvantage of worker ownership is poor risk-sharing», *Bowles/Gintis*, Credit market imperfections and the incidence of worker-owned firms, *Metroeconomica* 1994, 209: «The democratic firm enjoys a relative advantage in dealing with the agency problems surrounding labor, while the capitalist firm has a relative advantage in dealing with agency problems involving risk-bearing».

β) Οι εργαζόμενοι συνήθως επιθυμούν τη μεγιστοποίηση της επένδυσής τους διά της αύξησης των αμοιβών που λαμβάνουν από την επιχείρηση. Σε αυτό συμβάλλουν και οι περιορισμοί που συνήθως προβλέπονται στη μεταβίβαση των μετοχών.

γ) Σε επιχειρήσεις που λειτουργούν με μεγάλο αριθμό εργαζομένων ο έλεγχος δεν μπορεί να ασκηθεί ευχερώς λόγω ακριβώς του μεγάλου αριθμού τους<sup>21</sup>.

δ) Οι εργαζόμενοι λαμβάνουν συνήθως αποφάσεις με γνώμονα το χρονικό ορίζοντα της παραμονής τους στην εταιρεία<sup>22</sup>. Το γεγονός αυτό δημιουργεί διαφορετικές ομάδες συμφερόντων μεταξύ των εργαζομένων, ήτοι αυτούς που επίκειται να συνταξιοδοτηθούν και τους νέους εργαζομένους<sup>23</sup>.

ε) Η λήψη μέτρων από τα διευθυντικά στελέχη σε βάρος των εργαζομένων και γενικότερα η άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος είναι δυσχερής στο μέτρο που οι εργαζόμενοι είναι ταυτόχρονα και ιδιοκτήτες της επιχείρησης. Τα πρόσωπα που ορίζονται στη διοίκηση της επιχείρησης τείνουν να ικανοποιούν τους εργαζομένους λαμβάνοντας ευνοϊκές για αυτούς αποφάσεις. Παράλληλα, οι εργαζόμενοι γνωρίζοντας ότι η επιβολή κυρώσεων σε βάρος τους δεν είναι πιθανή τείνουν να μη σέβονται τη διοίκηση, να αδιαφορούν για την αποδοτικότητά τους καθώς και για την αποδοτικότητα των συναδέλφων τους<sup>24</sup>.

στ) Οι εργαζόμενοι τείνουν να υιοθετούν συστήματα αμοιβών/αποζημίωσης που ανταποκρίνονται στο μέσο εργαζόμενο και ισχύουν κατά τρόπο απόλυτο για όλους τους εργαζομένους<sup>25</sup>. Με τον τρόπο αυτό, όμως, ευνοούνται οι λιγότερο επιμελείς σε βάρος των περισσότερο επιμελών εργαζομένων (*free riding*)<sup>26</sup>.

ζ) Τέλος, ακόμα και αν μια επιχείρηση εργαζομένων σημειώσει σε πρώτο χρόνο θετικά αποτελέσματα, σε δεύτερο χρόνο οι εργαζόμενοι δεν θα είναι καταρχήν διατεθειμένοι να μοιρασθούν τον πλούτο τους με νέους εργαζομένους. Οι παλαιοί εργαζόμενοι θα αποκτήσουν εργοδοτική νοοτροπία επιδιώκοντας την επίτευξη υπεραξίας από την εργασία νέων εργαζομένων, η δε επιχείρηση θα απωλέσει το συνεργατικό-συνεταιριστικό της χαρακτήρα<sup>27</sup>.

Τα ως άνω επιχειρήματα φαίνονται εν πρώτοις εύλογα. Σε θεωρητικό επίπεδο υπάρχουν, βέβαια, αντεπιχειρήματα. Η αξιολόγηση των ως άνω επιχειρημάτων και

21 Buck/Filatov/Wright, *Employee Buyouts and the Transformation of Russian Industry*, *Comparative Economic Studies* 1994, 1, 5.

22 Βλ. και Gulati/Isaac/Klein, *When a workers' cooperative works*, (49) *UCLA Law Review* 2002, 1417, 1426: «*workers have limited time horizons. The workers will focus on maximizing the gains that they can obtain within their lifetimes*».

23 Πρβλ. και Spear, *The Rise and Fall of Employee-Owned UK Bus Companies*, *Economic and Industrial Democracy* 1999, 253, 258: «*Different types of workers may adopt different views of an employee ownership opportunity, and they may change their views over time*».

24 Jones, *British economic thought on association of laborers 1848-1974*, 1976, 5, 16.

25 Βλ. γενικότερα και Meade, *The Theory of Labor-Managed Firms and of Profit Sharing*, *The Economic Journal* 1972 (Special Issue), 402, 428: «*the labour partnership presents in its own special form a conflict between efficiency and equality*».

26 Βλ. και Kremer, *Why are worker Cooperatives so rare?* *National Bureau of Economic Research*, WP 6118, 1997, 2.

27 Βλ. σχετικά και κατωτέρω υπό VII.

αντεπιχειρημάτων σε θεωρητικό επίπεδο δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας μελέτης. Και αυτό επειδή ζητούμενο στην παρούσα μελέτη δεν είναι η δογματική ορθότητα θεωρητικών κατασκευών, αλλά η παρουσίαση των περιπτώσεων εξαγοράς μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους και η ανάλυση των συναφών προβλημάτων που ανακύπτουν κατά την εξαγορά επιχειρήσεων από τους εργαζομένους ή κατά τη λειτουργία τους υπό τον έλεγχο των εργαζομένων. Υπό αυτό το πρίσμα σκόπιμη είναι η αναφορά στη διεθνή και ημεδαπή εμπειρία εξαγοράς επιχειρήσεων από εργαζομένους<sup>28</sup>. Με βάση την εμπειρία αυτή θα καταδειχθεί αν η εξαγορά μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους της είναι το μὲν εφικτό, το δε βιώσιμο.

#### IV. Διεθνής και ημεδαπή εμπειρία

Η εξαγορά επιχειρήσεων από εργαζομένους αποτελεί διεθνώς μια συνήθη μορφή εξαγοράς<sup>29</sup>, ο δε αριθμός των επιχειρήσεων που ελέγχονται από τους εργαζομένους αυξάνεται συνεχώς και δη σε κάθε είδος επιχειρηματικής δραστηριότητας είτε πρόκειται για παραγωγή προϊόντων είτε για παροχή υπηρεσιών<sup>30</sup>.

Ενδεικτικά αναφέρεται ότι στις ΗΠΑ στις αρχές του 1990 οι εργαζόμενοι είχαν, μεταξύ άλλων, τον έλεγχο σε τρεις από τις δέκα μεγαλύτερες μεταλλοβιομηχανίες, σε δύο από τις δέκα μεγαλύτερες ιδιωτικές κλινικές, σε δύο από τα τρία μεγαλύτερα ναυπηγεία και σε δύο από τις δέκα μεγαλύτερες εταιρείες κατασκευών<sup>31</sup>. Πολλές δε από τις ελεγχόμενες από τους εργαζομένους επιχειρήσεις λειτούργησαν και λειτουργούν σε ένα ιδιαίτερα δυσμενές ανταγωνιστικό περιβάλλον χωρίς κρατικές ή άλλες ενισχύσεις.

Η άνθηση του συγκεκριμένου φαινομένου στις ΗΠΑ δεν είναι τυχαία. Στη συγκεκριμένη χώρα υπήρχε πάντοτε παράδοση στη λειτουργία πολυμετοχικών εταιρειών, στις οποίες υπήρχε διαχωρισμός μεταξύ ιδιοκτησίας και ελέγχου. Ειδικότερη μορφή πολυμετοχικής εταιρείας είναι και η εταιρεία που εξαγοράζεται από τους εργαζομέ-

28 Έτσι και εύλογα το 1979 ο *O' Toole*, *The uneven record of employee ownership: Is worker capitalism a fruitful opportunity or an impractical idea?* Harvard Business Review 1979, 185, 197: «*So far it has not received a fair test. Too few examples of authentic worker capitalism exist to conclude one way or the other whether its full potential will ever be realized*».

29 *Rosen/Cohen*, *Employees to the rescue: The record of workers buyouts*, (6) J.L. & Com 1986, 213, 225: «*Employee ownership is actually a much broader phenomenon, covering about 7-8% of the workforce*».

30 *Blasi/Kruse*, *Shared capitalism at work*, 22 Journal of Employee Ownership Law and Finance, 43. Βλ. για ιστορικούς λόγους και *Mill*, *Principles of Political Economy*, 1909, 764: «*The relation of masters and workpeople will be gradually superseded by partnership in one of two forms: in some cases, associations of the labourers with the capitalist: in others, and perhaps finally in all, associations of labourers among themselves*».

31 Βλ. και *Rosen*, *Employee Ownership: Performance, Prospects and Promise*, in *Understanding Employee Ownership*, 1991, 2: «*Employees own a majority of the stock in three of the country's ten largest integrated steel manufacturers, two of the ten largest private hospital management companies, two of the three largest shipbuilders, two of the ten largest construction companies, and many others*».

vous της. Η ιδιαιτερότητά της συνίσταται στο ότι οι μέτοχοι της έχουν ταυτόχρονα και την ιδιότητα του εργαζομένου. Το γεγονός αυτό, εντούτοις, δεν έρχεται σε αντίθεση με τη δομή μιας πολυμετοχικής εταιρείας, καθώς υπό προϋποθέσεις μπορεί να βοηθήσει την οργάνωση και τη λειτουργία της. Ο Αμερικανός νομοθέτης αντιλαμβανόμενος τις θετικές συνέπειες της συγκέντρωσης κεφαλαίων από εργαζομένους για την εξαγορά των επιχειρήσεων προέβλεψε τη σύσταση κεφαλαίων εργαζομένων, στα οποία η εθνική νομοθεσία αναγνώρισε σημαντικά φορολογικά πλεονεκτήματα (ESOP, Employee Stock Ownership Plans)<sup>32</sup>. Τα κεφάλαια αυτά έδωσαν σημαντική ώθηση στη συμμετοχή των εργαζομένων στο κεφάλαιο των επιχειρήσεων<sup>33</sup>. Έτσι, στις ΗΠΑ, στα τέλη του 1980, 10,8 εκ. εργαζόμενοι σε ιδιωτικές επιχειρήσεις επί συνόλου 43 εκ. εργαζομένων στο σύνολο της επικράτειας, συμμετείχαν σε τέτοιου είδους κεφάλαια<sup>34</sup>. Υπολογίζεται ότι κατά τον ως άνω χρόνο υπήρχαν στις ΗΠΑ τουλάχιστον 10.000 τέτοιου είδους κεφάλαια, εκ των οποίων 1.000 ήταν στις πλέον σημαντικές αμερικανικές επιχειρήσεις<sup>35</sup>.

Παραδείγματα επιχειρήσεων που ελέγχονται από εργαζομένους υπάρχουν, όμως, και σε άλλες έννομες τάξεις<sup>36</sup>. Σε αυτές περιλαμβάνονται η Αγγλία, η Πολωνία, η Ουγγαρία, η Κροατία, η Σλοβενία, η Ινδία<sup>37</sup>, η Ισπανία<sup>38</sup> και η Τουρκία<sup>39</sup>. Στη Γερμανία (με την επιφύλαξη των επιχειρήσεων που αποκρτικοποιήθηκαν στην ανατολική Γερμανία<sup>40</sup>) οι περιπτώσεις επιχειρήσεων που ελέγχονται από εργαζομένους είναι μάλλον περιορισμένες σε σχέση με τις λοιπές ευρωπαϊκές χώρες. Αυτό, όμως, δικαιολογείται από ιστορικούς λόγους καθώς η συγκεκριμένη χώρα έχει μακρά παράδοση στο θεσμό της εργατικής συμμετοχής στη διοίκηση των επιχειρήσεων<sup>41</sup>, θεσμός που θεσπίσθηκε βασικά σε κρίσιμες οικονομικές περιόδους<sup>42</sup> και θεωρείται ότι σε μεγάλο βαθμό επιφέρει τα ίδια αποτελέσματα με τη συμμετοχή των εργαζομένων στο κεφάλαιο μιας επιχείρησης. Παρόλα αυτά και στη Γερμανία παρατηρούνται τα τε-

32 Βλ. για τη λειτουργία των ESOP *Rosen*, Employee Ownership: Performance, Prospects and Promise, in *Understanding Employee Ownership*, 1991, 12: «In an ESOP, a company sets up a trust fund to which it contributes new shares of its own stock of the cash to buy existing shares. Alternatively, the ESOP can borrow money to buy new or existing shares, with the company making cash contributions to the plan to enable it to repay the loan», *Hyde/Livingston*, Employee Takeovers, (41) Rutgers L. Rev. 1988 – 1989, 1131, 1139.

33 *Spear*, The Rise and Fall of Employee-Owned UK Bus Companies, *Economic and Industrial Democracy* 1999, 253, 254.

34 *Spear*, ό.π., 254.

35 *Spear*, ό.π., 254.

36 *Hansmann*, When Does Worker Ownership Work?, (99) Yale L.J. 1990, 1749, 1759.

37 *Gulati/Isaac/Klein*, When a workers' cooperative works, (49) UCLA Law Review 2002, 1417, 1430.

38 *Whyte/Whyte*, Making Mondragon: the growth and dynamics of the worker cooperative complex, 1988, *Bradley/Gelb*, Worker Capitalism: The new industrial relations, 1983, *Thomas/Logan*, Mondragon: An economic analysis, 1982.

39 *Yildirim*, Employee Buyouts and Industrial Relations under Employee Ownership, *Economic and Industrial Democracy* 1999, 561, *Soykut-Sarica*, Employee ownership and management: The case of cardemir and steel mill industry, *African Journal of Business Management* 2012, 9597.

40 Βλ. κατωτέρω υπό V. β).

41 Βλ. ανωτέρω υπό II.

42 *Brink*, Bitburger Gespräche: Mitbestimmung in Unternehmen, ZRP 2006, 61.

λευταία έτη πρωτοβουλίες για την ενίσχυση της συμμετοχής των εργαζομένων στο κεφάλαιο της επιχείρησης<sup>43</sup>.

Στην Ελλάδα δεν υπάρχει παράδοση ανάληψης του ελέγχου μιας επιχείρησης από εργαζομένους. Πιθανόν αυτό να οφείλεται στο γεγονός ότι στη χώρα μας η εργοδοσία ήταν πάντοτε αντίθετη με την οργανωμένη δράση των εργαζομένων. Παράλληλα, πολλὰ συνδικαλιστικά σωματεία αφενός μεν θεωρούσαν ότι η συμμετοχή και η απόκτηση του ελέγχου μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους αποτελούσε από ιδεολογικής απόψεως ανεπιθύμητη μορφή «λαϊκού καπιταλισμού»<sup>44</sup>, αφετέρου δε φοβούνταν ότι η ανάπτυξη του φαινομένου αυτού θα έθετε σε κίνδυνο την ίδια την ύπαρξή τους<sup>45</sup>. Τέλος, στην ελληνική έννομη τάξη ποτέ δεν υπήρξαν ουσιαστικές ευνοϊκές νομοθετικές ρυθμίσεις για την ανάληψη του ελέγχου μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους. Ενόψει των ανωτέρω δικαιολογείται γιατί στην ελληνική επικράτεια οι περιπτώσεις επιτυχούς ανάληψης του ελέγχου μιας επιχείρησης από εργαζομένους είναι ουσιαστικά ανύπαρκτες. Στα μεμονωμένα παραδείγματα, χωρίς σημαντική διάρκεια και επιτυχία, αναφέρεται, ενδεικτικά, η περίπτωση της εταιρείας ΠΑΝΤΕΛΕΜΙΔΗΣ με αντικείμενο την κατασκευή ζαντών<sup>46</sup>. Στη σύγχρονη ελληνική ιστορία υπάρχουν, εντούτοις, παραδείγματα επιχειρήσεων που για μεγάλο χρονικό διάστημα λειτούργησαν επιτυχώς ως εταιρείες λαϊκής βάσης (π.χ. ANEK, ΜΙΝΩΙΚΕΣ). Σημειώνεται δε ότι πρόσφατα και με δεδομένη την οικονομική κρίση, αλλά και την πλήρη μεταβολή των οικονομικών δεδομένων, παρατηρούνται συνεχώς νέες πρωτοβουλίες ανάληψης του ελέγχου επιχειρήσεων από τους εργαζομένους.

## V. Κατηγοριοποίηση μορφών εξαγοράς από εργαζομένους

Οι εξαγορές επιχειρήσεων από εργαζομένους μπορεί να κατηγοριοποιηθούν σε δογματικό επίπεδο με βάση περισσότερα κριτήρια. Ενδεικτικά αναφέρονται ως κριτήρια: α) ο χρόνος διενέργειας της εξαγοράς (πριν ή μετά την περιέλευση της επιχείρησης σε κατάσταση αφερεγγυότητας, την κήρυξη πτώχευσης κ.λπ.), β) η ακολουθούμενη διαδικασία εξαγοράς (π.χ. στο πλαίσιο ιδιωτικοποίησης ή με απευθείας πώληση) και γ) ο τρόπος χρηματοδότησης της εξαγοράς (π.χ. δάνειο, δωρεά των μετοχών από τον πρώην ιδιοκτήτη στους εργαζομένους).

43 Roggemann, Das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz von 2009, ZRP 2011, 49.

44 Περίπτωση MOTIVO EXPORT. Βλ. σχετικά Σταυρουλάκη, Συμμετοχή των εργαζομένων στη λήψη των αποφάσεων, 1989, 248.

45 Βλ. αντίστοιχα Yildirim, Employee Buyouts and Industrial Relations under Employee Ownership, Economic and Industrial Democracy 1999, 561, 563.

46 Σταυρουλάκης, Συμμετοχή των εργαζομένων στη λήψη των αποφάσεων, 1989, 130.

Πλέον σύνηθες είναι οι εξαγορές από τους εργαζομένους να γίνονται: α) είτε σε περιόδους ύφεσης στο πλαίσιο αναδιάρθρωσης προβληματικής επιχείρησης<sup>47</sup> β) είτε στο πλαίσιο διαδικασίας ιδιωτικοποίησης<sup>48</sup>. Δεν αποκλείεται, βέβαια, (απεναντίας είναι σύνηθες) οι περιπτώσεις α) και β) να συμπίπτουν, με την έννοια ότι οι προς ιδιωτικοποίηση επιχειρήσεις αντιμετωπίζουν οικονομικά προβλήματα. Τα οικονομικά προβλήματα είναι, άλλωστε, πολλές φορές και ο λόγος ιδιωτικοποίησης κρατικών επιχειρήσεων.

### α) Εξαγορά από εργαζομένους στο πλαίσιο αναδιάρθρωσης προβληματικής επιχείρησης

Η αναδιάρθρωση προβληματικής επιχείρησης αναφέρεται συνήθως ως η πλέον συνήθης αιτία για τη διενέργεια των εξαγορών από τους εργαζομένους. Ο κίνδυνος απώλειας της θέσης εργασίας αποτελεί στις περιπτώσεις αυτές το κίνητρο για την εξαγορά<sup>49</sup>.

Η πρώτη σημαντική εξαγορά προβληματικής επιχείρησης από εργαζομένους έλαβε χώρα, σύμφωνα με τη βιβλιογραφία, στις αρχές του 1970 στις ΗΠΑ. Επρόκειτο για την εξαγορά της σιδηροδρομικής εταιρείας Chicago and Northwestern Railroad από τους εργαζομένους της<sup>50</sup>. Συγκεκριμένα, το 1971 η Northwestern ανακοίνωσε την απόφασή της να προβεί σε λύση της εταιρείας των σιδηροδρόμων. Διευθυντικά στελέχη της εταιρείας σε συνεργασία με τους εργαζομένους έπεισαν τελικά τη Northwestern να προβεί σε πώληση των μετοχών της σε αυτούς. Έτσι, συστάθηκε μια νέα εταιρεία στην οποία αρχικά συμμετείχε το 10% των εργαζομένων και η οποία εξαγόρασε τη Chicago and Northwestern Railroad<sup>51</sup>. Σε σύντομο χρονικό διάστημα η εταιρεία πέρασε στην κερδοφορία. Κατά τη δεκαετία του 1970, η συγκεκριμένη εταιρεία ήταν η πλέον κερδοφόρα εταιρεία σιδηροδρομικών μεταφορών στις ΗΠΑ. Οι αρχικοί μέτοχοι της εταιρείας που σύστησαν οι εργαζόμενοι πλούτισαν, καθώς η αξία της μετοχής τους αυξήθηκε κατά 100 φορές, ενώ σε μεταγενέστερο χρόνο μετοχές της Chicago and Northwestern Railroad διατέθηκαν στο κοινό με αποτέλεσμα στα μέσα της δεκαετίας του 1980 να ελέγχεται από τους εργαζομένους ποσοστό ανερχόμενο περίπου σε 35%<sup>52</sup>.

47 *Rosen/Cohen*, Employees to the rescue: The record of workers buyouts, (6) J.L. & Com 1986, 213, *Apitzsch*, Mitarbeiterbeteiligung im Sanierungsfall – Ein plädoyer, BB (Special) 2009, 1, *Roggemann*, Das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz von 2009, ZRP 2011, 49, 50.

48 Βλ. γενικά *Grout*, Employee share ownership and privatisation, The Economic Journal 1988, 97, *Bös/Nett*, Employee share ownership and privatisation: a comment, The Economic Journal 1991, 966.

49 Βλ. σχετικά και *Hochner/Granrose*, Sources of motivation to choose employee ownership as an alternative to job loss, Academy of management journal 1985, 860.

50 *Rosen/Cohen*, Employees to the rescue: The record of workers buyouts, (6) J.L. & Com 1986, 213, 215, *Olson*, Union Experiences with Worker Ownership. Legal and Practical issues Raised by ESOPs, TRASOPs, Stock Purchases and Co-operatives, 1982 Wis. L. Rev. 729, 739.

51 *Rosen/Cohen*, ό.π.

52 *Rosen/Cohen*, ό.π.



Με δεδομένη την επιτυχία της εξαγοράς της Chicago and Northwestern Railroad από τους εργαζομένους, το φαινόμενο αυτό έλαβε στη συνέχεια ευρύτερες διαστάσεις. Μέχρι τα μέσα της δεκαετίας του 1980 υπολογίζεται ότι στις ΗΠΑ περίπου 60-70 επιχειρήσεις που αντιμετώπιζαν σημαντικά οικονομικά προβλήματα εξαγοράσθηκαν από τους εργαζομένους τους, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονταν η South Bend (με 500 υπαλλήλους) και η Weirton Steel (με 7.000 υπαλλήλους)<sup>53</sup>. Η εξαγορά επιχειρήσεων από εργαζομένους στο πλαίσιο αναδιάρθρωσης εφαρμόσθηκε, ιδίως, όταν ζητούμενο ήταν η διασφάλιση των θέσεων εργασίας σε μια περιοχή όπου η προς εξαγορά επιχείρηση αποτελούσε σημαντικό εργοδότη<sup>54</sup>. Στις περιπτώσεις αυτές η εξαγορά της επιχείρησης από τους εργαζομένους βρίσκει αρωγούς τους προμηθευτές και δανειστές της επιχείρησης, αλλά και την ίδια την κυβέρνηση. Είναι σύνηθες, εξάλλου, οι κυβερνήσεις να ενισχύουν οικονομικά είτε άμεσα είτε έμμεσα την απόκτηση προβληματικών επιχειρήσεων από εργαζομένους προκειμένου να διατηρηθούν οι θέσεις εργασίας. Αυτό ακριβώς συνέβη και στην περίπτωση της εταιρείας Karabuk Steel Mill στην Τουρκία με αντικείμενο δραστηριότητάς της την παραγωγή ατσαλιού<sup>55</sup>.

Η ως άνω εταιρεία εμφάνιζε τα έτη 1990-1994 ετήσιες ζημιές ανερχόμενες περίπου στο ποσό των 60 εκ. δολαρίων<sup>56</sup>. Ενόψει της οικονομικής κρίσης του 1994 η τουρκική κυβέρνηση αποφάσισε να κλείσει τη συγκεκριμένη επιχείρηση. Η απόφαση αυτή θα έθετε σε κίνδυνο τις θέσεις εργασίας των περίπου 6.000 εργαζομένων στη συγκεκριμένη επιχείρηση αλλά και τους προμηθευτές και τους συνεργάτες της επιχείρησης στην ευρύτερη περιοχή, μιας και η εν λόγω επιχείρηση ήταν ο πλέον σημαντικός εργοδότης στην περιοχή. Η κυβερνητική απόφαση προκάλεσε έτσι σημαντικές αντιδράσεις με αποτέλεσμα η τουρκική κυβέρνηση να αποδεχθεί τελικά την πώληση της συγκεκριμένης επιχείρησης στους εργαζομένους και για την ακρίβεια σε μια εταιρεία που οι τελευταίοι είχαν συστήσει σε συνεργασία με άλλους τοπικούς φορείς. Παράλληλα, η τουρκική κυβέρνηση παρέσχε άτοκα δάνεια στη συγκεκριμένη επιχείρηση, ενώ συμφώνησε και προνομιακούς όρους για τις σιδηροδρομικές μεταφορές της συγκεκριμένης επιχείρησης<sup>57</sup>.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει, επίσης, η περίπτωση της Rath Packing Company<sup>58</sup>. Η εταιρεία αυτή απασχολούσε περισσότερους από 3.000 εργαζομένους. Στις

53 Rosen/Cohen, ό.π.

54 Βλ. και Olson, Union Experiences with Worker Ownership. Legal and Practical issues Raised by ESOPs, TRASOPs, Stock Purchases and Cooperatives, 1982 Wis. L. Rev. 729, 742: «In the following three cases, Vermont Asbestos Group (VAG), South Bend Lathe (SBL), and Rath Packing Company (Rath), employee ownership saved the workers' jobs».

55 Yildirim, Employee Buyouts and Industrial Relations under Employee Ownership, Economic and Industrial Democracy 1999, 561, Soykut-Sarica, Employee ownership and management: The case of cardemir and steel mill industry, African Journal of Business Management 2012, 9597.

56 Yildirim, ό.π., 566.

57 Yildirim, ό.π., 568.

58 Whyte/Blasi, Employee ownership and the future of unions, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 473, The Future of American Unionism (May, 1984), 128, 131, Rosen/Cohen, Employees to the rescue: The record of workers buyouts, (6) J.L. & Com 1986, 213, 217.

αρχές του 1980 η εταιρεία αυτή ήταν στα πρόθυρα της πτώχευσης. Οι εκπρόσωποι του σωματείου των εργαζομένων Lyle Taylor και Charles Mueller ξεκίνησαν μια προσπάθεια διάσωσης των θέσεων εργασίας διά της εξαγοράς της επιχείρησης<sup>59</sup>. Μετά από πολλούς μήνες διαπραγματεύσεων κατέληξαν σε ένα μοναδικό παράδειγμα εξαγοράς μιας επιχείρησης από εργαζομένους. Η χρηματοδότηση των μετοχών που αποκτήθηκαν από τους εργαζομένους έγινε με κρατήσεις από τους μισθούς τους. Συγκεκριμένα, από κάθε εργαζόμενο που αποκτούσε μετοχές κρατούνταν 20 δολάρια από τον εβδομαδιαίο μισθό του για διάστημα δύο ετών<sup>60</sup>.

### β) Απόκτηση ελέγχου από εργαζομένους στο πλαίσιο ιδιωτικοποίησης

Η συμμετοχή εργαζομένων στην ιδιωτικοποίηση επιχειρήσεων γνώρισε ιδιαίτερη άνθηση στις πρώην ανατολικές χώρες<sup>61</sup>. Το πλέον χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η Ρωσία. Το πρόγραμμα ιδιωτικοποιήσεων στη Ρωσία προέβλεπε την ιδιωτικοποίηση όλων των βιομηχανικών επιχειρήσεων με περισσότερους από 1.000 εργαζομένους ή ονομαστικό κεφάλαιο μεγαλύτερο από 50.000.000 ρούβλια με την εξαίρεση ιδίως των επιχειρήσεων στρατηγικής σημασίας<sup>62</sup>. Στις περισσότερες περιπτώσεις δόθηκε στους Ρώσους πολίτες έναντι μικρού τιμήματος δελητίο συμμετοχής σε αποκρατικοποιήσεις αξίας 10.000 ρουβλίων<sup>63</sup>. Για κάθε επιχείρηση που αποκρατικοποιείτο ένα συγκεκριμένο ποσοστό διατίθετο στους κατόχους των συγκεκριμένων δελητίων (συνήθως τους εργαζομένους)<sup>64</sup> και το υπόλοιπο στους πλειοδότες στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αντίστοιχα προγράμματα αποκρατικοποίησης με συμμετοχή των εργαζομένων παρατηρούνται και σε άλλες πρώην ανατολικές χώρες. Συστηματική συμμετοχή των εργαζομένων σε αποκρατικοποιήσεις παρατηρήθηκε, μεταξύ άλλων, στην (ανατολική) Γερμανία, την Πολωνία (περίπου 70% των περιπτώσεων)<sup>65</sup>, την Ουγγαρία, την Κροατία, τη Σλοβενία και τη Ρουμανία<sup>66</sup>.

Η επιλογή της συγκεκριμένης μεθόδου ιδιωτικοποίησης στις πρώην ανατολικές χώρες παρουσιάζει κοινά χαρακτηριστικά. Πρώτον, η συμμετοχή των εργαζομένων

59 *Whyte/Blasi*, ό.π., 131. Διεξοδική αναφορά στις περιπτώσεις εξαγορών επιχειρήσεων από εργαζομένους καθοδηγούμενους από τα συνδικαλιστικά τους όργανα γίνεται από τους *Hyde/Livingston*, *Employee Takeovers*, (41) *Rutgers L. Rev.* 1988-1989, 1131, 1194.

60 *Whyte/Blasi*, ό.π., 131.

61 *Bogetic*, *The role of employee ownership in privatisation of state enterprises in eastern and central Europe*, *Europe-Asia Studies* 1993, 463.

62 *Buck/Filatov/Wright*, *Employee Buyouts and the Transformation of Russian Industry*, *Comparative Economic Studies* 1994, 1, 6.

63 *Buck/Filatov/Wright*, ό.π., 1, 8.

64 *Black/Kraakman/Tarassova*, *Russian privatization and corporate governance: What went wrong?* 52 *Stanford Law Review*, 1731, 1740.

65 *Schliwa*, *Enterprise Privatization and Employee Buy-Outs in Poland*, 1997.

66 *Earl/Telegdy*, *Privatization methods and productivity effects in Romanian industrial enterprises*, *Journal of Comparative Economics* 2003, 657.

σε κρατικές επιχειρήσεις ήταν πολιτικά επιθυμητή και κοινωνικά αναγκαία. Πολιτικά επιθυμητή ήταν επειδή οι νέες κυβερνήσεις που είχαν προκύψει χρειάζονταν την υποστήριξη των εργαζομένων και των σωμάτων τους<sup>67</sup>. Κοινωνικά αναγκαία ήταν επειδή σε μια κοινωνία με κυρίαρχη μέχρι τότε την αντίληψη ότι τα μέσα παραγωγής είναι κοινωνικοποιημένα, η εκχώρηση του ελέγχου επί των επιχειρήσεων σε αλληλοδοπούς επενδυτές, χωρίς να δοθεί η δυνατότητα στους εργαζομένους να συμμετάσχουν στην ιδιωτικοποίηση και να διατηρήσουν τις θέσεις εργασίας τους, θα ήταν αδιανόητη<sup>68</sup>. Δεύτερον, οι κεφαλαιαγορές στις συγκεκριμένες χώρες κατά το επίμαχο χρονικό σημείο δεν ήταν ανεπτυγμένες<sup>69</sup>. Η προσπάθεια αποκρατικοποίησης των συγκεκριμένων επιχειρήσεων μέσω οργανωμένων αγορών ήταν επομένως άνευ αντικειμένου. Τρίτον, τα προγράμματα αποκρατικοποίησης περιλάμβαναν μεγάλο αριθμό επιχειρήσεων και έπρεπε να ολοκληρωθούν σε σύντομο χρονικό διάστημα. Καμία άλλη μέθοδος αποκρατικοποίησης δεν θα μπορούσε να οδηγήσει σε άμεσα αποτελέσματα.

Εξαγορές επιχειρήσεων από εργαζομένους στο πλαίσιο ιδιωτικοποιήσεων έλαβαν, όμως, χώρα και σε δυτικές οικονομίες. Η πλέον χαρακτηριστική περίπτωση ήταν η ιδιωτικοποίηση των αστικών λεωφορείων στη Βρετανία στις αρχές του 1990<sup>70</sup>. Με δεδομένο ότι η ιδιωτικοποίηση των λεωφορείων τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή ήταν αποφασισμένη, οι εργαζόμενοι στα βρετανικά λεωφορεία είχαν να επιλέξουν μεταξύ των ακόλουθων δυνατοτήτων: είτε να εξαγορασθούν είτε να προβούν οι ίδιοι σε εξαγορά. Στην εξαγορά των βρετανικών λεωφορείων από τους εργαζομένους συνέβαλαν σε μεγάλο βαθμό οι συνδικαλιστικές οργανώσεις των εργαζομένων, οι οποίες αφενός μεν οργάνωσαν τη δραστηριότητα των εργαζομένων, αφετέρου δε άσκησαν πολιτική πίεση προκειμένου να διασφαλισθεί η μη διακριτική μεταχείριση των εργαζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία. Έκτοτε, η συμμετοχή των εργαζομένων στη διαδικασία και το σχεδιασμό αποκρατικοποιήσεων στη Βρετανία αποτελεί τον κανόνα. Στο πρόσφατο σχέδιο ιδιωτικοποίησης των βρετανικών ταχυδρομείων, το

67 Ellermann, *Management and employee buy-outs in central and eastern Europe*, Introduction, *eis Ellermann, Management and Employee Buy-Outs as a Technique of Privatization 1993*, 13: «Indeed, the collapse of the USSR as the state owner of assets has shifted responsibility for the administration of state-owned enterprises to managers and employees. Moreover, the governments of the newly independent states urgently need to secure the support of workers' unions who have often built up powerful positions within enterprises. The development of management and employee buy-outs may be one means of forming a key coalition of interests between bureaucrats, workers' collectives, managers and political leaders» παραπέμποντας *eis Filatotchev, Buck and Wright*, 1992.

68 Black/Kraakman/Tarassova, ό.π.: «The Russian government lacked the capacity to force privatization on unwilling managers. The political solution was to bribe them with cheap shares so they would pursue privatization voluntarily. Employees were also given large numbers of cheap shares, in a political bow to the Communist ideology of worker ownership of the means of production. The result: Most privatized firms were initially majority owned by workers and managers. A typical outcome was 60-65% manager and employee ownership, perhaps 20% ownership by individuals and voucher investment funds, with 15-20% still held by the state, which planned to sell its remaining shares for cash in the future. Given Russian workers' passivity and ignorance of free markets, this ownership structure led to manager control of most enterprises».

69 Buck/Filatotchev/Wright, *Employee Buyouts and the Transformation of Russian Industry*, *Comparative Economic Studies* 1994, 1, 3.

70 Spear, *The Rise and Fall of Employee-Owned UK Bus Companies*, *Economic and Industrial Democracy* 1999, 253.

οποίο ολοκληρώθηκε πρόσφατα, 10% των μετοχών δόθηκαν στους εργαζομένους και δη χωρίς την καταβολή αντιτίμου<sup>71</sup>.

### γ) Αποδοτικότητα επιχειρήσεων ελεγχόμενων από εργαζομένους

Δεν υπάρχουν ευρύτερες μελέτες που να εξετάζουν την αποδοτικότητα των επιχειρήσεων που ελέγχονται από εργαζομένους σε σχέση με τις παραδοσιακά οργανωμένες επιχειρήσεις. Στη βιβλιογραφία αναφέρεται, βέβαια, ότι πολλή από τις επιχειρήσεις που διασώθηκαν από τους εργαζομένους είχαν μετά τη μεταβολή του ελέγχου θετικά οικονομικά αποτελέσματα<sup>72</sup>. Στις επιχειρήσεις με θετικά αποτελέσματα συμπεριλαμβάνονται και αυτές που αναφέρθηκαν ανωτέρω υπό Β α. Ανεξάρτητα από τα ανωτέρω, ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η πρόσφατη μελέτη της βρετανικής Employee Ownership Association, στην οποία παρουσιάζεται η απόδοση των μετοχών επιχειρήσεων (Employee Ownership Index, EOI), στο κεφάλαιο των οποίων συμμετέχουν εργαζόμενοι με ποσοστό πλέον του 10%, σε σχέση με την απόδοση του γενικού δείκτη στο αντίστοιχο χρονικό διάστημα<sup>73</sup>.

Πίνακας 1

#### 10% EOI versus FTSE All Share from Jan 1992 to Jun 2012



(Δημοσιευμένος και εις <http://employeeownership.co.uk/wp-content/uploads/The-Impact-Report.pdf>)

71 Βλ. αναλυτικά <https://www.myroyalmail.com/free-shares-offer> (25.11.2015).

72 Rosen/Cohen, Employees to the rescue: The record of workers buyouts, (6) J.L. & Com 1986, 213, 219, Olson, Union Experiences with Worker Ownership. Legal and Practical issues Raised by ESOPs, TRASOPs, Stock Purchases and Co-operatives, 1982 Wis. L. Rev. 729.

73 Employee Ownership – Impact Report, Μάρτιος 2013.

Από τον ως άνω πίνακα προκύπτει ότι επιχειρήσεις, στο κεφάλαιο των οποίων συμμετέχουν και εργαζόμενοι με ποσοστό πλέον του 10% έχουν αισθητά καλύτερα αποτελέσματα σε σχέση με επιχειρήσεις στο κεφάλαιο των οποίων δεν υπάρχει εργατική συμμετοχή.

## VI. Λόγοι θετικής απόδοσης μιας επιχείρησης που ελέγχεται από εργαζομένους

Με δεδομένο ότι η εξαγορά μιας επιχείρησης από εργαζομένους μπορεί να οδηγήσει σε θετικά αποτελέσματα ακόμα και σε περιόδους ύφεσης, η βιβλιογραφία επιχειρεί να προσδιορίσει τους λόγους οι οποίοι οδηγούν στα θετικά αυτά αποτελέσματα. Οι λόγοι προσδιορίζονται στη βιβλιογραφία ως ακολούθως:

### α) Εργασιακή ειρήνη, αύξηση αποδοτικότητας και παραγωγικότητας των εργαζομένων

Η απόκτηση του ελέγχου από τους εργαζομένους δημιουργεί θετικό κλίμα στο εσωτερικό της επιχείρησης. Οι εργαζόμενοι νιώθουν ασφαλείς στο μέτρο που απασχολούνται στη δική τους επιχείρηση<sup>74</sup> και είναι κατά κανόνα ικανοποιημένοι<sup>75</sup> από την εργασία και τη δραστηριότητά τους<sup>76</sup>. Το γεγονός αυτό έχει πολλαπλές συνέπειες στη λειτουργία της επιχείρησης. Οι εργαζόμενοι αφιερώνουν περισσότερο χρόνο στη μελέτη θεμάτων που αφορούν την επιχείρησή τους, μειώνονται οι αντιδικίες στο εσωτερικό της επιχείρησης και επιτυγχάνεται η εργασιακή ειρήνη. Ο συνδυασμός όλων των ανωτέρω παραγόντων οδηγεί τελικά και στο οικονομικό ζητούμενο που είναι η αύξηση της παραγωγικότητας της επιχείρησης<sup>77</sup>.

74 Scharf, Employee Stock Ownership and the Employment Relationship, 22 Journal of Employee Ownership Law and Finance, 25, Blasi/Kruse, Shared capitalism at work, 22 Journal of Employee Ownership Law and Finance, 43.

75 Van Dyne/Pierce, Psychological ownership and feelings of possession: three field studies predicting employee attitudes and organizational citizenship behavior, (25) J. Organiz. Behav. 2004, 439: «Results demonstrate positive links between psychological ownership for the organization and employee attitudes (organizational commitment, job satisfaction, organization-based self-esteem), and work behavior (performance and organizational citizenship)», Gulati/Isaac/Klein, When a workers' cooperative works, (49) UCLA Law Review 2002, 1417, 1428: «Workers in a co-operative, in which they control what happens, are likely to be happier and to have more positive feelings towards the enterprise than would workers in a more traditional firm in which they have no control and are subject to the whims of the managers».

76 Trewwhitt, Industrial Relations Journal, 2000, 437, 438: «Pierce et al. (1991, 128) suggested that the social – psychological and behavioural effects of ESO were likely to be affected by perceptions of ownership legitimacy which they defined as a sense of legitimacy to share in the equity of the organisation, to have access to organisational information, and to exercise influence over organisational affairs. Similarly Rosen and Quarrey (1987) concluded that if an employee was to feel like a participant-owner, there had to be a tangible financial and a process of consultation, not just abstract prestige».

77 Craig/Pencavel/Farber/Kruger, Participation and productivity, Microeconomics 1995, 121, 124.

## β) Μισθοδοσία ανάλογα με τις ανάγκες της επιχείρησης

Οι επιχειρήσεις που ελέγχονται από εργαζομένους διαμορφώνουν συνήθως τη μισθοδοσία ανάλογα με τις ανάγκες της επιχείρησης και την παραγωγικότητα<sup>78</sup>. Έτσι, τα μισθολογικά μοντέλα που ακολουθούνται σε επιχειρήσεις ελεγχόμενες από εργαζομένους βασίζονται συνήθως σε προς επίτευξη στόχους. Παράλληλα, προς διασφάλιση της βιωσιμότητας της επιχείρησης οι εργαζόμενοι, με δεδομένο ότι είναι ταυτόχρονα και ιδιοκτήτες, είναι διατεθειμένοι να συμφωνήσουν σε μείωση μισθών και γενικότερα σε δυσμενείς μεταβολές του εργασιακού τους καθεστώτος προς όφελος της επιχείρησης<sup>79</sup>. Αντίθετα, σε περιόδους ανάπτυξης οι εργαζόμενοι διοχετεύουν τμήμα των κερδών της επιχείρησης σε αυξήσεις μισθών, ώστε όλοι οι εργαζόμενοι να συμμετέχουν αναλογικά στο επιτευχθέν κέρδος. Εξάλλου, αποτελεί κοινή παραδοχή ότι η καταβολή καλύτερων μισθών στους εργαζομένους μιας επιχείρησης αποτελεί παράγοντα που συνδέεται συνήθως με την αύξηση της παραγωγικότητας. Και αυτό γιατί από τη μία ο εργαζόμενος δεν έχει κανένα λόγο να είναι δυσαρεστημένος με την εργασία του, ενώ από την άλλη γνωρίζει ότι αν απωλέσει τη συγκεκριμένη θέση εργασίας θα δυσκολευθεί να βρει εργασία με αντίστοιχους όρους απασχόλησης (efficiency wages model).

## γ) Αποκεντρωμένη εποπτεία και ορθολογική διαχείριση των πληροφοριών

Ιδιαίτερα σημαντικός παράγοντας που συνδέεται με την αποδοτικότητα των επιχειρήσεων που ελέγχονται από τους εργαζομένους είναι η αποκεντρωμένη εποπτεία καθώς και η ορθολογική διαχείριση των πληροφοριών. Συγκεκριμένα, σε επιχειρήσεις όπου οι εργαζόμενοι ως μέτοχοι – ιδιοκτήτες έχουν εργασιακή συνείδηση, η εποπτεία είναι αποκεντρωμένη<sup>80</sup>. Κάθε εργαζόμενος έχει ταυτόχρονα και την ιδιότητα του επόπτη στο μέτρο που η διασφάλιση της παραγωγικότητας της επιχείρησης αποβαίνει προς ίδιον αυτού όφελος<sup>81</sup>. Εξοικονομείται, έτσι, σημαντικός αριθμός εργαζομένων στους οποίους θα ανατίθεντο εποπτικά καθήκοντα<sup>82</sup>. Πα-

78 Hyde, In defence of employee ownership, (67) Chi.-Kent L. Rev. 1991, 159, 201: «Workers will be willing to bear the risk of tying between performance and wages since they don't have to trust management».

79 Βλ. π.χ. το παράδειγμα των πιλότων της United Airlines Hyde/Livingston, Employee Takeovers, (41) Rutgers L. Rev. 1988-1989, 1131, 1155: «...the union anticipated being forced to make concessions, and wanted to make these to itself and not to others».

80 Hansmann, When Does Worker Ownership Work?, (99) Yale L.J. 1990, 1749, 1759: «worker ownership can be understood largely as a response to moral hazard in labor contracting and that worker ownership therefore tends to arise in those situations in which workers are unusually hard to monitor».

81 Buck/Filatov/Wright, Employee Buyouts and the Transformation of Russian Industry, Comparative Economic Studies 1994, 1, 4, Blasi/Kruse, Shared capitalism at work, 22 Journal of Employee Ownership Law and Finance, 43. Βλ. αναλυτικά και με αναφορά σε συγκεκριμένες παραμέτρους Scharf, Employee Stock Ownership and the Employment Relationship, 22 Journal of Employee Ownership Law and Finance, 25.

82 Hyde, In defence of employee ownership, (67) Chi.-Kent L. Rev. 1991, 159, 201.



ράλληλα, και για τον ίδιο λόγο, η διαχείριση των πληροφοριών είναι απλούστερη και ορθολογικότερη. Κάθε εργαζόμενος διαβιβάζει όλες τις πληροφορίες που κατέχει στη διοίκηση της επιχείρησης, με αποτέλεσμα η λήψη αποφάσεων να είναι ευχερέστερη και ασφαλέστερη.

### δ) Εξωγενείς παράγοντες: Η θετική εικόνα της επιχείρησης

Ένας σημαντικός εξωγενής παράγοντας που συμβάλει στην επιτυχία των ελεγχόμενων από τους εργαζόμενους επιχειρήσεων είναι και ότι οι επιχειρήσεις αυτές αντιμετωπίζονται θετικά από τη διοίκηση και τους τελικούς καταναλωτές. Η διοίκηση υπό την πίεση της κοινής γνώμης αντιμετωπίζει ευνοϊκά ελεγχόμενες από εργαζόμενους επιχειρήσεις, ενώ οι καταναλωτές για λόγους πολιτικούς, ιδεολογικούς, συναισθηματικούς ή ψυχολογικούς προτιμούν κατά κανόνα προϊόντα ή υπηρεσίες προερχόμενα από επιχειρήσεις που ελέγχονται από εργαζόμενους. Δεν είναι, άλλωστε, τυχαίο ότι οι συγκεκριμένες επιχειρήσεις συνηθίζουν να προβάλλουν και να διαφημίζουν το ιδιοκτησιακό τους καθεστώς και ιδίως την άσκηση του ελέγχου από τους ίδιους τους εργαζόμενους. Χαρακτηριστικός είναι εν προκειμένω και ο τρόπος με τον οποίο επικοινωνήθηκε προς το κοινό η μετάβαση της γνωστής εταιρείας Avis σε καθεστώς ελέγχου από τους εργαζόμενους. Συγκεκριμένα, η εταιρεία Avis χρησιμοποίησε αρχικά το slogan «Εμείς προσπαθούμε περισσότερο» (We try harder). Αργότερα, και όταν οι εργαζόμενοι απέκτησαν τον πλήρη έλεγχο της επιχείρησης το slogan αντικαταστάθηκε ως ακολούθως: «Οι ιδιοκτήτες προσπαθούμε περισσότερο» (Owners try harder)<sup>83</sup>.

## VII. Γιατί, όμως, το συγκεκριμένο μοντέλο επιχειρηματικής οργάνωσης δεν έχει τύχει ευρύτερης διάδοσης;

Αν, όμως, οι επιχειρήσεις που ελέγχονται από εργαζόμενους αποδίδουν καλύτερα, για ποιο λόγο το συγκεκριμένο μοντέλο επιχειρηματικής οργάνωσης δεν έχει τύχει ευρύτερης διάδοσης; Το ερώτημα είναι εύλογο. Ακόμα και σε χώρες που το συγκεκριμένο μοντέλο έχει λειτουργήσει, η διάδοσή του δεν μπορεί να θεωρηθεί ικανοποιητική. Παράλληλα, παρατηρείται ιδιαίτερα συχνά το φαινόμενο οι εργαζόμενοι, οι οποίοι πρωτογενώς έχουν αποκτήσει τον έλεγχο της επιχείρησης, σε δεύτερο χρόνο να μεταμορφώνονται σε παραδοσιακούς εργοδότες<sup>84</sup>, να προβαίνουν σε

83 Ellerman, *Management and Employee Buy-Outs in Central and Eastern Europe: Introduction eis Management and Employee Buy-Outs as a Technique of Privatization* 1993, 13.

84 Gulati/Isaac/Klein, *When a workers' cooperative works*, (49) *UCLA Law Review* 2002, 1417, 1425: «the logic of economic self-interest suggests that a successful cooperative will necessarily transform into a corporate structure in which some workers have equity claims and control, but others are pure wage workers».



πώληση των μετοχών τους σε επενδυτές<sup>85</sup> ή γενικότερα να υιοθετούν παραδοσιακές μορφές ελέγχου<sup>86</sup>.

Το φαινόμενο αυτό αποδίδεται στη βιβλιογραφία αφενός μεν στο φόβο των εργαζομένων να συγκεντρώσουν όλα τα κεφάλαιά τους σε μια δραστηριότητα<sup>87</sup> και να αναλάβουν σημαντικούς οικονομικούς κινδύνους<sup>88</sup>, αφετέρου δε στην αδυναμία τους να χρηματοδοτούν εξ ιδίων τις ανάγκες της επιχείρησης. Πράγματι, ως ανωτέρω αναφέρθηκε, οι εργαζόμενοι κατά κανόνα δεν διαθέτουν μεγάλη οικονομική επιφάνεια. Η μοναδική πηγή εισοδήματός τους είναι η εργασία τους. Από την εργασία τους εξαρτάται καταρχήν η εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους αλλήλ και η πρόσβασή τους στο κοινωνικοασφαλιστικό σύστημα. Υπό αυτό το πρίσμα οι εργαζόμενοι κατά κανόνα δεν επιθυμούν να αναλάβουν επιχειρηματικούς κινδύνους. Αυτό συμβαίνει πολύ περισσότερο όταν αντικειμενικά δεν έχουν τη δυνατότητα να συμμετάσχουν σε αυξήσεις κεφαλαίου προκειμένου να χρηματοδοτήσουν σε μεταγενέστερο χρονικό διάστημα τυχόν πρόσθετες ανάγκες της επιχείρησης.

Για το λόγο αυτό το φαινόμενο ανάληψης του ελέγχου μιας επιχείρησης από εργαζομένους εμφανίζεται ιδίως σε περιπτώσεις που η επιχείρηση αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες και ο κίνδυνος για τους εργαζομένους να απολέσουν τις θέσεις εργασίας τους είναι ορατός. Στις περιπτώσεις αυτές οι εργαζόμενοι δεν έχουν κάτι άλλο να χάσουν καθώς η επιχείρηση δεν μπορεί να διασφαλίσει τις θέσεις εργασίας τους. Η ανάληψη του ελέγχου της επιχείρησης από τους εργαζομένους και η επακόλουθη ανάληψη κινδύνου είναι η μοναδική διέξοδος<sup>89</sup>. Αυτό συμβαίνει ιδίως όταν η αγορά δεν μπορεί να τους απορροφήσει σε άλλες θέσεις εργασίας.

## VIII. Προϋποθέσεις επιτυχίας της εξαγοράς

Οι προϋποθέσεις επιτυχίας της εξαγοράς μιας επιχείρησης από εργαζομένους έχουν απασχολήσει διεξοδικά τη σχετική βιβλιογραφία. Ο καθηγητής Hansmann σε σχετική μελέτη του, το 1990, ασχολείται ειδικά με το ερώτημα υπό ποιες προϋποθέσεις μια επιχείρηση που λειτουργεί με βάση το μοντέλο εργαζομένων-ιδιοκτητών μπορεί να αποδειχθεί αποτελεσματική<sup>90</sup>.

85 Hansmann, *When Does Worker Ownership Work?*, (99) Yale L.J. 1990, 1749, 1774.

86 Miyazaki, *On success and dissolution of the labor-managed firm in the capitalist economy*, *Journal of political economy* 1984, 909, Kalmi, *The rise and fall of employee ownership in Estonia*, *Europe-Asia Studies*, 2003, 1213.

87 Meade, *The Theory of Labor-Managed Firms and of Profit Sharing*, *The economic Journal* 1972 (Special Issue), 402, 428: «*thought must be given to the extent to which labour partnerships involve workers risking all their eggs in one basket*».

88 Hyde, *In defence of employee ownership*, (67) Chi.-Kent L. Rev. 1991, 159, 204.

89 Βλ. ανωτέρω υπό V.

90 Hansmann, *When Does Worker Ownership Work?*, (99) Yale L.J. 1990, 1749.

### α) Συνθήκες στην προς εξαγορά επιχείρηση αλλά και στην αγορά που αυτή δραστηριοποιείται

Βασική προϋπόθεση για να επιτύχει η ανάληψη του ελέγχου μιας επιχείρησης από εργαζομένους είναι η ύπαρξη πρόσφορων συνθηκών τόσο στο εσωτερικό της επιχείρησης όσο και στην αγορά. Πρόσφορες συνθήκες εντός της επιχείρησης υπάρχουν όταν μεταξύ διοίκησης και εργαζομένων θεμελιώνεται σύγκρουση συμφερόντων και υπάρχει έλλειψη εμπιστοσύνης ανεξάρτητα από το αν η τελευταία ανάγεται σε ιδεολογικούς, πολιτισμικούς ή άλλους λόγους. Η εξαγορά από τους εργαζομένους είναι, επίσης, πρόσφορη μέθοδος όταν υπάρχει ανορθολογική οργάνωση συνθηκών εργασίας. Η τελευταία υπάρχει όταν τα κίνητρα για την αύξηση της παραγωγικότητας ελλείπουν, τα κόστη ελέγχου είναι δυσανάλογα και τέλος η κατανομή των κινδύνων ανορθολογική<sup>91</sup>. Στην αγορά οι συνθήκες είναι καταρχήν πρόσφορες όταν η εταιρεία απολαμβάνει σχετικής φήμης στη συνείδηση του καταναλωτικού κοινού, τα δε προϊόντα και οι υπηρεσίες της είναι ανταγωνιστικά.

### β) Χρόνος εξαγοράς και εν γένει μεταβολής του ιδιοκτησιακού καθεστώτος

Η εξαγορά μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους αποτελεί στις περισσότερες περιπτώσεις το τελευταίο καταφύγιο για τη σωτηρία της επιχείρησης. Η μέθοδος αυτή προκειμένου να είναι αποδοτική θα πρέπει να εφαρμοσθεί κατά χρόνο που η επιχείρηση έχει ακόμα δυνατότητες να ανακάμψει οικονομικά<sup>92</sup>. Όταν η επιχείρηση έχει περιέλθει σε κατάσταση οικονομικά μη αναστρέψιμη, η μετάβαση του ελέγχου στους εργαζομένους είναι προφανές ότι δεν πρόκειται να έχει θετικά αποτελέσματα. Ενδεχομένως θα καθυστερήσει το αναπόφευκτο<sup>93</sup>. Σε κάθε περίπτωση η μετάβαση στο νέο καθεστώς ελέγχου πρέπει να γίνει διαρκούς της λειτουργίας της επιχείρησης. Παύση λειτουργίας μιας επιχείρησης και μεταγενέστερη επανεκκίνησή της υπό νέο καθεστώς ελέγχου δημιουργεί πολλαπλά προβλήματα στη δομή, τη λειτουργία και τη διάρθρωσή της. Μεταξύ των προβλημάτων αυτών συγκαταλέγονται η απώλεια πελατών, ο κλονισμός της εμπιστοσύνης των καταναλωτών, οι βλάβες σε γραμμές παραγωγής, οι απώλειες πρώτων υλών κ.λπ.

91 Hyde, In defence of employee ownership, (67) Chi.-Kent L. Rev. 1991, 159, 195: «Employee ownership can be an attractive solution to a firm experiencing: 1. high conflicts of interest between managers and employees. 2. low trust between managers and employees, as a result of ideological, cultural, or firm-specific factors. 3. suboptimum employment contracting as a "solution" to these problems; that is, employment "conventions" that institutionalize: a. low incentives for employee productivity, or b. high unnecessary supervision costs; or c. inefficient allocation of risks».

92 Rosen/Cohen, Employees to the rescue: The record of workers buyouts, (6) J.L. & Com., 1986, 213, 220.

93 Hyde/Livingston, Employee Takeovers, (41) Rutgers L. Rev. 1988-1989, 1131, 1132: «It is not surprising that in such circumstances worker ownership often does little more than postpone the inevitable».

### γ) Βούληση του ιδιοκτήτη της προς εξαγορά επιχείρησης

Προϋπόθεση κάθε εξαγοράς είναι ότι ο ιδιοκτήτης της επιχείρησης είναι διατεθειμένος να προβεί σε εκχώρηση των μετοχών του και δη προς τους εργαζομένους. Στην αλληλοδαπή πρακτική η στάση του πρώην ιδιοκτήτη στην προσπάθεια των εργαζομένων να αποκτήσουν τον έλεγχο της επιχείρησης θεωρείται ιδιαίτερα σημαντική καθώς ο τελευταίος, ιδίως όταν πρόκειται για όμιλο, δύναται να συμβάλει αποφασιστικά στην ευχερέστερη πραγματοποίηση του εγχειρήματος συμφωνώντας με τους εργαζομένους ευνοϊκούς όρους κατά τη μεταβίβαση των μετοχών, ιδίως με τη μορφή παροχής πίστωσης για την εξόφληση του τιμήματος<sup>94</sup>.

### δ) Χρηματοδότηση, οργάνωση και διαχείριση του εγχειρήματος

Η χρηματοδότηση της εξαγοράς μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους είναι ένα από τα πλέον δυσχερή ζητήματα καθώς, όπως ανωτέρω αναφέρθηκε, οι εργαζόμενοι συνήθως δεν έχουν την οικονομική δυνατότητα να χρηματοδοτήσουν εξ ιδίων κεφαλαίων την εξαγορά<sup>95</sup>. Στις πρώην ανατολικές χώρες, ως αναφέρθηκε ήδη ανωτέρω, το πρόβλημα επιλύθηκε είτε με τη δωρεάν διανομή μετοχών σε εργαζομένους είτε με την απόκτηση μετοχών με μικρό τίμημα<sup>96</sup>. Στις δυτικές χώρες η πλέον διαδεδομένη μορφή χρηματοδότησης μιας εξαγοράς από εργαζομένους είναι ο δανεισμός. Ιδιαίτερη σημασία έχει, πάντως, και η θέσπιση νομοθετικών κινήτρων που διευκολύνουν την επίτευξη της εξαγοράς από τους εργαζομένους<sup>97</sup>.

### ε) Μελέτη βιωσιμότητας/εκπόνηση στρατηγικού και επιχειρησιακού σχεδίου

Στη διεθνή βιβλιογραφία αναφέρεται ως σύννηθες φαινόμενο ιδιοκτήτες να προβαίνουν σε πώληση επιχειρήσεών τους προς εργαζομένους όταν αυτές είναι οικονομικά καταδικασμένες<sup>98</sup>. Οιοδήποτε εγχείρημα των εργαζομένων προϋποθέτει συνεπώς την εκπόνηση μελέτης βιωσιμότητας. Περαιτέρω, απαραίτητη είναι η εκπόνηση στρατηγικής και επιχειρησιακού σχεδίου. Καμία επιχείρηση δεν μπορεί να

94 Rosen/Cohen, ό.π.

95 Βλ. ανωτέρω υπό III.

96 Βλ. ανωτέρω υπό V β).

97 Βλ. γενικότερα Meade, The Theory of Labor-Managed Firms and of Profit Sharing, The economic Journal 1972 (Special Issue), 402, 428: «But easy company promotion of this kind by unemployed or ill-paid workers will certainly be impossible without appropriate governmental interventions of a most extensive character leading perhaps inevitably to a socialist ownership of the main capital resources of the community as in Yugoslavia».

98 Olson, Employee Ownership: An economic development tool for anchoring capital in local communities, (15) N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change (1986 – 1987), 239, 255: «Unprofitable subsidiaries are often offered for sale to employees. Employees should approach such opportunities with care and predicate their actions on feasibility studies conducted by skilled consultants who know when to say “no” to a bad deal».

επιβιώσει χωρίς στρατηγικό και επιχειρησιακό σχέδιο που να ανταποκρίνεται στις συνθήκες και τα δεδομένα της αγοράς. Η έλλειψη προγραμματισμού, η έλλειψη μακροπρόθεσμων στόχων αλληλά και η αντίδραση σε προσπάθειες βελτίωσης των όρων παραγωγής αποτελούν λόγους αποτυχίας κάθε επιχείρησης, πολύ περισσότερο επιχειρήσεων ελεγχόμενων από εργαζομένους<sup>99</sup>. Στις επιχειρήσεις αυτές υπάρχει ο πρόσθετος κίνδυνος να θεωρήσουν οι εργαζόμενοι ότι η τυχόν οικονομική δυσπραγία της επιχείρησης ανάγεται σε εξωγενείς παράγοντες συνδεόμενους με την εν γένει λειτουργία της αγοράς, με αποτέλεσμα να μην εστιάζουν στα πραγματικά και επιχειρησιακά προβλήματα της επιχείρησης και τους τρόπους αντιμετώπισής τους.

## IX. Συμπέρασμα

Η εξαγορά μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους είναι μια μέθοδος που έχει εφαρμοσθεί διεθνώς, ιδίως σε περιπτώσεις αναδιάρθρωσης ή ιδιωτικοποίησης επιχειρήσεων. Πολλές φορές η εξαγορά των επιχειρήσεων από τους εργαζομένους στέφθηκε με επιτυχία. Οι εργαζόμενοι όχι μόνο απέκτησαν τον έλεγχο αλληλά και οι επιχειρήσεις κατέστησαν σε σύντομο χρονικό διάστημα κερδοφόρες. Τούτο δε παρά το γεγονός ότι οι εξαγορασθείσες επιχειρήσεις βρίσκονταν κατά το χρόνο ανάληψης του ελέγχου από τους εργαζομένους σε δυσμενή οικονομική κατάσταση. Η εξαγορά των επιχειρήσεων από τους εργαζομένους δεν μπορεί, εντούτοις, να θεωρηθεί πανάκεια. Ο έλεγχος μιας επιχείρησης από τους εργαζομένους αποτελεί ένα μοντέλο λειτουργίας, το οποίο από μόνο του σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να διασφαλίσει την οικονομική επιτυχία της επιχείρησης<sup>100</sup>. Προκειμένου να επιτύχει μια εξαγορά από τους εργαζομένους θα πρέπει να πληρούνται μια σειρά ενδογενών και εξωγενών προϋποθέσεων. Κοινός παρονομαστής όλων αυτών των προϋποθέσεων είναι η από τους εργαζομένους ανάληψη κινδύνου τόσο για την επένδυσή τους όσο και για τη θέση εργασίας τους. Εκμετάλλευση ιδιοκτησίας χωρίς κίνδυνο είναι, άλλωστε, αδιανόητη.

99 Rosen/Cohen, *Employees to the rescue: The record of workers buyouts*, 6 J.L. & Com, 1986, 213, 221.

100 Olson, *Employee Ownership: An economic development tool for anchoring capital in local communities*, (15) N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 1986 – 1987, 239, 252: «*Employee ownership is only one valuable tool people can use to fight for economic justice and survival. To use it successfully one must be realistic about its limits, its varied uses, and the extent to which people are interested in*».

Δημήτρης Γ. Τσιμπανούλης\*

## Το οικονομικό περιβάλλον ως παράγων εξελικτικής διαμόρφωσης εταιρικών μορφών: Η περίπτωση του πιστωτικού συνεταιρισμού

### 1. Το κεφαλαιουχικό στοιχείο στις συνεταιριστικές τράπεζες

#### 1.1. Οι παραδοσιακές συνεταιριστικές αρχές

Η προαγωγή και ανάπτυξη της οικονομίας των συνεταίρων μέσω του συνεταιρισμού, στον οποίο αυτοί συμμετέχουν, αποτελεί τη βασική αρχή στην οποία κτίστηκε νομοθετικά ο εταιρικός τύπος του συνεταιρισμού, που επιτρέπει τη δημιουργία σχέσεων αυτούσιας και όχι πρωτίστως χρηματικής ωφέλειας μεταξύ συνεταίρων και συνεταιρισμού<sup>1</sup>. Υπ' αυτήν την έννοια ο συνεταιρισμός αναπτύχθηκε ως εταιρία βοηθητικού, επικουρικού και παρεπόμενου, προς την οικονομία των συνεταίρων, χαρακτήρα<sup>2</sup>, με σωματειακά γνωρίσματα<sup>3</sup>, και περίξ αυτού του θεμελιώδους πυρήνα κτίστηκαν τα νομικά στοιχεία που συνθέτουν τη νομική έννοια του συνεταιρισμού<sup>4</sup>.

Το δίκαιο του συνεταιρισμού, ως δίκαιο ειδικού εταιρικού τύπου που απευθύνεται σε μικρά οικονομικά μεγέθη<sup>5</sup>, διαμορφώθηκε διαχρονικά πάνω σε διάφορες εννοιολογικές αρχές, οι οποίες βρήκαν το καταστάλαγμά τους σε νομικές διατάξεις. Οι αρχές αυτές δεν πρέπει, όμως, να κατανοηθούν ως «σύμφυτες» του συνεταιριστικού τύπου και, κατά τούτο, ως δικαιοικά αναπαλλοτρίωτες, αλλήλως κατευθυντήριες γραμμές και ειδικές εκφράσεις των κοινωνικών και οικονομικών συνθηκών υπό τις οποίες διαπλάστηκε το συνεταιριστικό δίκαιο<sup>6</sup>. Στις αρχές αυτές περιλαμβάνονται η αρχή της ελεύθερης συμμετοχής και η αρχή της ισοτιμίας.

\* Δ.Ν., Δικηγόρος, Υποδιευθυντής-Σύμβουλος στη Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών της Τράπεζας της Ελλάδος.

1 Α. Ν. Γεωργακόπουλος, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, Τόμ. 1, Τεύχ. 2, Β' Έκδοση 1996 (στο εξής: *Γεωργακόπουλος-1996*), σελ. 508· Στ. Α. Κιντής, Δίκαιο Συνεταιρισμών Ι, Δ' Έκδοση 2004 (στο εξής: *Κιντής-2004*) σελ. 26· Κ. Παμπούκης, Δίκαιον Εμπορικών Εταιριών Εισαγωγή Γενικών Μέρος, 1979, σελ. 35 (στο εξής: *Παμπούκης*).

2 Γεωργακόπουλος-1996, σελ. 509.

3 Πρβλ. Β. Αντωνόπουλου, Το δικαίωμα αποχώρησης των συνεταίρων από το συνεταιρισμό, Αρμενόπουλος 1990, σελ. 690 επ. (694) και Ε. Τζίβα, Η Εταιρική Συμμετοχή στο Συνεταιρισμό και ειδικότερα τα δικαιώματα των συνεταίρων, Β' Έκδοση, 2009 (στο εξής: *Τζίβα-2009*), σελ. 64. επ. και 327, Friedrich Kübler/Heinz-Dieter Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006 (στο εξής: *Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht*), σελ. 145.

4 J. Back, Das Genossenschaftswesen im Strukturwandel des Gesellschafts- und Wirtschaftslebens, ZfgG 1957, 263 επ., D. Brentano, Grundsätzliche Aspekte der Entstehung von Genossenschaften (1980), σελ. 55, D. Tsibanoulis, Die genossenschaftliche Gründungsprüfung, 1987, σελ. 84 επ.

5 Γεωργακόπουλος-1996, σελ. 511.

6 Γεωργακόπουλος-1996, σελ. 510-511· Κιντής-2004, σελ. 34.

Η αρχή της ελεύθερης συμμετοχής σημαίνει νομική και πραγματική δυνατότητα κτήσης και λήξης της ιδιότητας του συνεταίρου κατά την κρίση του, δηλαδή δυνατότητα ελεύθερης εισόδου και ελεύθερης εξόδου των συνεταίρων από το συνεταιρισμό<sup>7</sup>. Η μεταβλητότητα του αριθμού των συνεταίρων οδηγεί και σε μεταβλητότητα του κεφαλαίου, στο μέτρο που, κατά την έξοδο του συνεταίρου, του αποδίδεται η αξία της συνεταιριστικής του μερίδας<sup>8</sup>. Η αρχή αυτή, που έχει τις ρίζες της στην απαρχή του συνεταιριστικού κινήματος, είναι στερεώς συνδεδεμένη με την αντίληψη ότι «ο ρόλος του κεφαλαίου είναι καθαρά επιβιοηθικός και συμπληρωματικός στην προώθηση του συνεταιριστικού σκοπού»<sup>9</sup>. Ήδη, ωστόσο, προ εικοσαετίας περίπου είχε επισημανθεί στη βιβλιογραφία ότι η μείωση της συνεταιριστικής περιουσίας με την έξοδο του συνεταίρου δεν αποτελεί στοιχείο θετικό για τη λειτουργία του συνεταιρισμού από οικονομική άποψη<sup>10</sup>. Σ' αυτό το πνεύμα τονίζεται η σημασία του κεφαλαίου ως τεχνικού μέσου ορθολογιστικής οικονομικής ανάπτυξης<sup>11</sup> για όλους τους συνεταιρισμούς ως επιχειρηματικά σχήματα. Είναι μάλιστα προφανές ότι οι διακυμάνσεις κεφαλαίου δεν μπορούν να θεωρηθούν άνευ ουσίας σε επιχειρηματικά σχήματα εντάσεως κεφαλαίου, όπως τα πιστωτικά ιδρύματα, άρα και για τους πιστωτικούς συνεταιρισμούς που λειτουργούν ως πιστωτικά ιδρύματα.

Η αρχή της ισοτιμίας έχει την έννοια ότι τα μέλη έχουν ίσα δικαιώματα και υποχρεώσεις, περιουσιακά και διοικητικά (υπό μορφή δικαιωμάτων ψήφου)<sup>12</sup>. Όταν η προσωπική και όχι η κεφαλαιουχική συνεισφορά θεωρούνταν, ιστορικά, εννοιολογικό στοιχείο του συνεταιρισμού και στο συνεταιριστικό κεφάλαιο αναγνωριζόταν απλώς ο ρόλος του μέσου για την ενεργοποίηση της συνεργασίας, από την οποία θα προέκυπταν αυτούσια οικονομικά οφέλη για τους συνεταίρους<sup>13</sup>, ήταν αναπόφευκτο να αποτυπωθεί στα εννοιολογικά στοιχεία του συνεταιρισμού η αξιολογική υποβάθμιση του κεφαλαιακού στοιχείου του συνεταιρισμού και, στη βάση της παραδοχής για ισότιμη προσωπική συνεισφορά όλων των συνεταίρων, να εδρασθεί η αρχή της ισότητας όλων των συνεταίρων.

Δεν ξενίζει, λοιπόν, που η θεωρία έχει αποδεχθεί και τονίσει τη σχετικότητα των ιστορικώς παραδοσμένων συνεταιριστικών αρχών και την ανάγκη προσαρμογής του συνεταιριστικού δικαίου στις εξελίξεις της οικονομίας και της κοινωνίας είτε με την κάμψη ορισμένων συνεταιριστικών αρχών είτε με το μετριασμό άλλων στοιχείων του συνεταιρισμού, ως απαραίτητες προϋποθέσεις για την προσαρμογή του συνεταιρισμού στην πραγματικότητα της σύγχρονης οικονομικής ζωής<sup>14</sup>. Η ανάγκη αυτή

7 Γεωργακόπουλος-1996, σελ. 510· Τζιβα-2009, σελ. 87 επ.

8 Βλ. και στην παλαιότερη βιβλιογραφία Παμπούκη, σελ. 35.

9 Τζιβα-2009, σελ. 89.

10 Ε. Τζιβα, Η εταιρική συμμετοχή στο συνεταιρισμό και ειδικότερα τα δικαιώματα των συνεταίρων, Α' Έκδοση 1999, σελ. 62.

11 Τζιβα-2009, σελ. 89.

12 Γεωργακόπουλος-1996, σελ. 510.

13 Κιντής-2004, σελ. 23-25.

14 Γεωργακόπουλος-1996, σελ. 520· Κιντής-2004, σελ. 34-36.

γίνεται ιδιαιτέρως εμφανής στον πιστωτικό συνεταιρισμό που λειτουργεί ως πιστωτικό ίδρυμα και ιδίως ως προς τις αρχές της ελεύθερης εισόδου και της αρχής «ένα πρόσωπο – μία ψήφος».

## 1.2. Οι κανόνες ποιοτικής σύνθεσης των ιδίων κεφαλαίων των πιστωτικών ιδρυμάτων και οι κεφαλαιακές ανάγκες των πιστωτικών συνεταιρισμών

Στη συνεταιριστική τράπεζα είναι καθοριστικό το κεφαλαιουχικό στοιχείο<sup>15</sup>. Το πρόβλημα της εξεύρεσης κεφαλαίων ως προς τις συνεταιριστικές τράπεζες έχει αποτυπωθεί στην ελληνική βιβλιογραφία τουλάχιστον εδώ και μια δεκαετία<sup>16</sup>, χωρίς όμως να έχει προταθεί νομικά πειστική λύση για την αντιμετώπισή του. Οι δε διατυπωθείσες στη θεωρία δικαιοπολιτικού και επιχειρηματικού χαρακτήρα προτάσεις για τη λειτουργία των συνεταιριστικών τραπεζών, συνιστάμενες στη μη διανομή των κερδών και πλεονασμάτων της χρήσης, αλλιά στη βελτίωση της ποιότητας των παρεχομένων υπηρεσιών, δεν ακολουθήθηκαν στην πράξη. Και ήταν δύσκολο να εφαρμοσθούν στην εποχή των παχέων αγελάδων των δύο χρυσών δεκαετιών 1990 και 2000, όταν η πιστωτική επέκταση και η άλογοι και ανέλεγκτη χορήγηση δανείων από το εν γένει τραπεζικό σύστημα καθιστούσε δυσχερέστατη την άσκηση υπεύθυνης και σοβαρής χρηματοδοτικής πολιτικής. Η αρχή της «δυσμένειας προς το κέρδος»<sup>17</sup> που θεωρητικά, ως ιστορική, προγραμματική αρχή διαπερνά τη συνεταιριστική ιδέα, δεν έχει καν αποκρυσταλλωθεί σε κανόνα δικαίου έστω και ενδοτικού χαρακτήρα. Θα ήταν εξάλλου δυσχερέστατη για τις συνεταιριστικές τράπεζες η εφαρμογή μιας τέτοιας αρχής στις εποχές της άκρατης και αλόγιστης κερδοσκοπικής φρενιτίδας που κυριάρχησε στην ελληνική οικονομία τις δύο αυτές δεκαετίες. Γι' αυτό το λόγο και οι περισσότερες τουλάχιστον συνεταιριστικές τράπεζες επέδειξαν επιχειρηματική συμπεριφορά ανάλογοι των ανωνύμων τραπεζικών εταιριών στον αγώνα διεκδίκησης πελατείας και κεφαλαίων: πιστωτική επέκταση και διανομή υψηλών κερδών. Σε κάθε περίπτωση πάντως το άρθρο 9 παρ. 4 του ν. 1667/1986 παρέχει νομική βάση για περιορισμένη διανομή κερδών στους συνεταιρισμούς.

Δύο τουλάχιστον αρχές της συνεταιριστικής ιδέας αποτελούν όμως σημαντική τροχοπέδη ή και πηγή κινδύνου για τη διασφάλιση ικανοποιητικής κεφαλαιουχικής βάσεως στους πιστωτικούς συνεταιρισμούς. Πρόκειται α) για την αρχή της ελεύθερης εισόδου και αποχώρησης, η οποία, εφόσον συνοδεύεται από τον κανόνα της επιστροφής στον αποχωρούντα σύνεταίρο της συνεταιριστικής του μερίδας σημαίνει μεταβλητότητα της περιουσίας και της κεφαλαιακής βάσης του συνεταιρισμού και, άρα,

15 Στ. Κιντής, *Συνεταιριστικές Τράπεζες*, Β' Έκδοση, 2004 (στο εξής: *Κιντής, Συνεταιριστικές Τράπεζες*) σελ. 212.

16 Κιντής, *Συνεταιριστικές Τράπεζες*, σελ. 20.

17 Γεωργακόπουλος-1996, σελ. 509. Πρβλ. και Κιντής-2004, σελ. 31 επ., Τζβα-2009, σελ. 285.



κίνδυνο κεφαλαιουχικής και περιουσιακής αποδυνάμωσης του συνεταιρισμού<sup>18</sup> και β) για την αρχή της ισοτιμίας των συνεταίρων, η οποία, όταν λαμβάνει τη μορφή «μία ψήφος για κάθε συνέταιρο», ανεξάρτητα της συνεισφοράς του σε κεφάλαιο ή σε είδος στο συνεταιρισμό, αποτελεί ανασχετικό παράγοντα για να συμμετάσχουν στο συνεταιρισμό μεγαλύτεροι κεφαλαιοδότες<sup>19</sup>. Η πρώτη από τις δύο αυτές αρχές θα αναπτυχθεί κατωτέρω υπό 3. και η δεύτερη υπό 4.

### 1.3. Ενωσιακοί κανόνες για τα ίδια κεφάλαια των πιστωτικών ιδρυμάτων

Θέματα κεφαλαιακής σύνθεσης και ποιότητας των ιδίων κεφαλαίων των πιστωτικών ιδρυμάτων αντιμετωπίζονται όμως πλέον και από τους ενωσιακούς κανόνες, οι οποίοι εφαρμόζονται στους πιστωτικούς συνεταιρισμούς που λειτουργούν ως πιστωτικά ιδρύματα και δημιουργούν νέα δεδομένα και αναγκαιότητες για τον τρόπο εφαρμογής τους, ιδίως ενόψει των εκτεθεισών συνεταιριστικών αρχών.

Οι πιστωτικοί συνεταιρισμοί που λειτουργούν ως πιστωτικά ιδρύματα εποπτευόμενα κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 3 παρ. 1 περ. 1 του ν. 4261/2007 σε συνδυασμό με το άρθρο 4 παρ. 1 σημ. 1 του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Ιουνίου 2013 σχετικά με τις απαιτήσεις προληπτικής εποπτείας για πιστωτικά ιδρύματα και Επιχειρήσεις Παροχής Επενδυτικών Υπηρεσιών και την τροποποίηση του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 648/2012 υπόκεινται σε υποχρεώσεις εποπτικού χαρακτήρα έναντι των αρμόδιων ευρωπαϊκών και εθνικών εποπτικών αρχών.

Συγκεκριμένα, προς πρόληψη προβλημάτων βιωσιμότητας των πιστωτικών ιδρυμάτων, που μπορούν να προκύψουν από τα ανεπαρκή ίδια κεφάλαιά τους και, συναφώς, προς διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας τους, προς επίτευξη υψηλού επιπέδου προστασίας επενδυτών και καταθετών και, κατ' επέκταση, προς ενίσχυση της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας, το ενωσιακό και το εθνικό δίκαιο εποπτείας πιστωτικών ιδρυμάτων θέτουν κανόνες για την ύπαρξη και διατήρηση επαρκών ιδίων κεφαλαίων των πιστωτικών ιδρυμάτων, που σταθμίζονται σε σχέση με τους κινδύνους τους (σημ. (7) προοιμίου Κανονισμού 575/2013). Οι διατάξεις του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ εφαρμόζονται από 1.1.2014.

Όπως προκύπτει από το άρθρο 1 του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ, τίθενται ως προς τα «ιδρύματα» που αποτελούν αντικείμενο εποπτείας δυνάμει της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ απαιτήσεις ιδίων κεφαλαίων που αφορούν πλήρως ποσοτικοποιήσιμα, ενιαία και τυποποιημένα στοιχεία πιστωτικού κινδύνου, κινδύνου αγοράς, λειτουργικού κινδύνου και κινδύνου διακανονισμού. Ειδικότερα, οι διατάξεις του άρθρου 25 του Κανονισμού προβλέπουν ότι το κεφάλαιο της κατηγορίας 1 ενός ιδρύματος απο-

18 Πρβλ. και Κιντή, Συνεταιριστικές Τράπεζες, σελ. 99· Τζίβα-2009, σελ. 324.

19 Πρβλ. και Κιντή, Συνεταιριστικές Τράπεζες, σελ. 76 υποσημείωση 22.

τελείται από το άθροισμα του κεφαλαίου «κοινών μετοχών» της κατηγορίας 1 και του πρόσθετου κεφαλαίου της κατηγορίας 1 του ιδρύματος. Οι «κοινές μετοχές» δεν πρέπει να συγχέονται με τους εκδιδόμενους από τις ανώνυμες εταιρίες τίτλους ούτε να συνδέονται με την, κατά το ελληνικό δίκαιο, νομική μορφή του εκδότη μετοχών κατά την έννοια του κ.ν. 2190/1920 (δηλαδή την ανώνυμη εταιρία, που εκδίδει μετοχές)<sup>20</sup>, αλλά έχουν την έννοια των βασικών κεφαλαιακών μέσων/ιδίων κεφαλαίων, για τα οποία ισχύουν αυστηρά κριτήρια, καθόσον συνθέτουν το σκληρό πυρήνα των κεφαλαιακών αποθεμάτων ασφαλείας που πρέπει να διατηρεί ένα πιστωτικό ίδρυμα (άρθρα 128 επ. Οδηγίας 2013/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με την πρόσβαση στη δραστηριότητα πιστωτικών ιδρυμάτων και την προληπτική εποπτεία πιστωτικών ιδρυμάτων και επιχειρήσεων επενδύσεων, για την τροποποίηση της Οδηγίας 2002/87/ΕΚ και για την κατάργηση των Οδηγιών 2006/48/ΕΚ και 2006/49/ΕΚ). Το άρθρο 130 παρ. 1 της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ απαιτεί, συγκεκριμένα, να τηρούν τα πιστωτικά ιδρύματα *«αντικυκλικό κεφαλαιακό απόθεμα ασφαλείας (...) ίσο με το συνολικό ποσό έκθεσής τους σε κίνδυνο υπολογιζόμενο σύμφωνα με το άρθρο 92 παράγραφος 3 του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 575/2013 και πολλαπλασιαζόμενο με το σταθμισμένο μέσο όρο των ποσοστών αντικυκλικού αποθέματος ασφαλείας που υπολογίζεται σύμφωνα με το άρθρο 140 της [της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ] σε εξατομικευμένη και ενοποιημένη βάση (...)*».

Το άρθρο 26 του Κανονισμού ορίζει, μεταξύ άλλων, τα κεφαλαιακά μέσα που επιτρέπεται να συνυπολογίζονται στα στοιχεία κεφαλαίου των «κοινών μετοχών» της κατηγορίας 1 των ιδρυμάτων, κατά τους όρους του άρθρου 28 ή κατά περίπτωση του άρθρου 29. Το άρθρο 28 του Κανονισμού, συγκεκριμένα, καθορίζει τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται σωρευτικά για να χαρακτηριστούν τα κεφαλαιακά μέσα πιστωτικού ιδρύματος ως μέσα κεφαλαίου κοινών μετοχών της κατηγορίας 1<sup>21</sup>.

20 Είναι χαρακτηριστικό ότι στη γερμανική και γαλλική έκδοση της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ δεν γίνεται λόγος για «κοινές μετοχές», αλλά για σκληρό κεφαλαιακό πυρήνα («hartes Kernkapital») ή για βασικά ίδια κεφάλαια «fonds propres de base».

21 Από τις προϋποθέσεις αυτές ενδιαφέρουν για το εξεταζόμενο θέμα κυρίως οι ακόλουθες:

[...] β) τα μέσα είναι καταβεβλημένα...,

γ) τα μέσα πληρούν όλες τις κατωτέρω προϋποθέσεις όσον αφορά την κατάταξή τους: i) χαρακτηρίζονται ως κεφάλαιο κατά την έννοια του άρθρου 22 της οδηγίας 86/635/ΕΟΚ, ii) κατατάσσονται στην καθαρή θέση κατά την έννοια του ισχύοντος λογιστικού πλαισίου, iii) κατατάσσονται ως μετοχικό κεφάλαιο για τους σκοπούς του προσδιορισμού της αφεργγυότητας βάσει του ισολογισμού [...],

δ) τα μέσα εμφανίζονται χωριστά και με σαφήνεια στον ισολογισμό των οικονομικών καταστάσεων του ιδρύματος,

ε) τα μέσα είναι αόριστος διάρκειας,

στ) το κεφάλαιο των μέσων δεν δύναται να μειωθεί ή να εξοφληθεί, εξαιρουμένων των κατωτέρω περιπτώσεων: i. εκκαθάριση του ιδρύματος, ii. προαιρετική επαναγορά των μέσων ή άλλο προαιρετικό μέσο μείωσης του κεφαλαίου, εφόσον το ίδρυμα έχει εξασφαλίσει την προηγούμενη άδεια της αρμόδιας αρχής σύμφωνα με το άρθρο 77,

ζ) οι διατάξεις που διέπουν τα μέσα δεν αναφέρουν ρητά ή σιωπηρά ότι το κεφάλαιο των μέσων θα μπορούσε ή ενδέχεται να μειωθεί ή να εξοφληθεί εκτός από την περίπτωση εκκαθάρισης του ιδρύματος...

η) τα μέσα πληρούν όλες τις κατωτέρω προϋποθέσεις όσον αφορά τις διανομές: i. δεν υφίσταται προνομιακή μεταχείριση στη διανομή σε σχέση με τη σειρά καταβολής των διανομών [...] και οι όροι που διέπουν τα μέσα δεν προβλέπουν προνομιακά δικαιώματα για την καταβολή των διανομών, ii. οι διανομές στους κατόχους των μέσων δύνανται να καταβάλλονται μόνο από διανεμτέα στοιχεία, iii. οι όροι που διέπουν τα μέσα δεν περιλαμβάνουν ανώτατο όριο ή άλλο περιορισμό ως προς το μέγιστο επίπεδο διανομών [...], iv. το επίπεδο των διανομών δεν προσδιορίζεται βάσει του

Ως προς τα πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν υπό μορφή πιστωτικού συνεταιρισμού (συνεταιριστικές τράπεζες), σύμφωνα με το άρθρο 27 παρ. 1 β) του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ, για την ένταξη εκδιδόμενου από ίδρυμα κατά το καταστατικό του κεφαλαιακού μέσου στην κατηγορία των ιδίων κεφαλαίων κατηγορίας 1, πρέπει να πληρούνται, εκτός από τις προϋποθέσεις του άρθρου 28, και εκείνες του άρθρου 29 του Κανονισμού. Ειδικότερα, δυνάμει του άρθρου 29 του Κανονισμού, κεφαλαιακά μέσα που εκδίδονται από συνεταιρισμούς είναι αποδεκτά ως μέσα κεφαλαίου κοινών μετοχών της κατηγορίας 1 μόνο εφόσον πληρούνται (πέραν των προϋποθέσεων που ορίζονται στο άρθρο 28) οι ειδικώς προβλεπόμενες στο άρθρο 29 πρόσθετες προϋποθέσεις ως προς την εξόφληση των κεφαλαιακών μέσων, οι οποίες, κατά την παράγραφο 2 του άρθρου 29, είναι οι εξής:

α) με την επιφύλαξη των περιπτώσεων στις οποίες τούτο απαγορεύεται δυνάμει της ισχύουσας εθνικής νομοθεσίας, το ίδρυμα δύναται να αρνηθεί την εξόφληση των μέσων,

β) σε περίπτωση που το ίδρυμα απαγορεύεται να αρνηθεί την εξόφληση των μέσων δυνάμει της ισχύουσας εθνικής νομοθεσίας, οι διατάξεις που διέπουν τα μέσα δίνουν στο ίδρυμα τη δυνατότητα να περιορίσει την εξόφλησή τους,

γ) η άρνηση εξόφλησης των μέσων ή ο περιορισμός της εξόφλησής τους, ανάλογα με την περίπτωση, δεν συνιστά αθέτηση υποχρέωσης του ιδρύματος.

Από τα ανωτέρω χαρακτηριστικά, ιδιαίτερη σημασία για τις συνεταιριστικές τράπεζες έχει το προβλεπόμενο στο άρθρο 28 παρ. 1 στοιχ. ε' του Κανονισμού, σύμφωνα με το οποίο τα μέσα που συνυπολογίζονται στα ίδια κεφάλαια των πιστωτικών ιδρυμάτων πρέπει να είναι αόριστης διάρκειας. Πράγματι, το κύριο χαρακτηριστικό των ιδίων κεφαλαίων είναι ο μακροχρόνιος χαρακτήρας τους, αφού αυτά δεν λήγουν σε προκαθορισμένο χρόνο, αλλά παραμένουν επενδυμένα στα στοιχεία του ενεργητικού της επιχείρησης μέχρι να επιτευχθεί ο σκοπός της ίδρυσης και της λειτουργίας της, η δε λήξη τους συμπίπτει με τη λήξη ζωής της επιχείρησης και η μη επιβάρυνση της επιχείρησης με τόκους ή άλλες υποχρεώσεις, πέραν του εισοδήματος που αποφέρουν στους φορείς της επιχείρησης από τα κέρδη που πραγματοποιεί η επιχείρηση σε δεδομένο χρονικό διάστημα. Γι' αυτόν ακριβώς το λόγο οι διάφοροι εταιρικοί τύποι προβλέπουν συγκεκριμένες προϋποθέσεις για τη διανομή κερδών, αλλά και για την επιστροφή ιδίων κεφαλαίων (π.χ. περίπτωση πραγματικής μείωσης μετοχικού κεφαλαίου), έτσι ώστε να διασφαλίζονται τα ίδια κεφάλαια της επιχείρη-

---

ποσού έναντι του οποίου αγοράστηκαν τα μέσα κατά την έκδοσή τους..., ν. οι όροι που διέπουν τα μέσα δεν περιλαμβάνουν υποχρέωση του ιδρύματος να προβαίνει σε διανομές στους κατόχους των μέσων και το ίδρυμα δεν υπόκειται σε καμία περίπτωση στην εν λόγω υποχρέωση, vi. η μη καταβολή των διανομών δεν συνιστά αθέτηση υποχρέωσης του ιδρύματος, vii. ...,

θ) σε σύγκριση με όλα τα κεφαλαιακά μέσα που εκδίδει το ίδρυμα, τα μέσα απορροφούν το πρώτο και μεγαλύτερο αναλογικά μερίδιο των ζημιών καθώς συμβαίνουν, και κάθε μέσο απορροφά τις ζημιές στον ίδιο βαθμό με όλα τα άλλα μέσα Κεφαλαίου κοινών μετοχών της Κατηγορίας 1,

ι) τα μέσα ιεραρχούνται χαμηλότερα από όλες τις άλλες αξιώσεις σε περίπτωση αφερεγγυότητας ή εκκαθάρισης του ιδρύματος [...].

σπς.<sup>22</sup> Τα ίδια κεφάλαια αντιπροσωπεύουν το ποσό των περιουσιακών στοιχείων που οι φορείς της επιχείρησης συνεισέφεραν και το ποσό των περιουσιακών στοιχείων που δημιουργήθηκε εσωτερικά στην επιχείρηση ως αποτέλεσμα της κερδοφόρας λειτουργίας της και τα οποία περιουσιακά στοιχεία δεν διανεμήθηκαν στους φορείς (ιδιοκτήτες), αλλήλ κρατήθηκαν στην επιχείρηση για να εξυπηρετήσουν τους σκοπούς της. Δεν πρέπει, δηλαδή, βάσει των ως άνω εκτεθέντων, το χρηματοοικονομικό μέσο που υπάγεται στην κατηγορία των ιδίων κεφαλαίων να εμπεριέχει χρηματοοικονομική υποχρέωση του εκδότη για επιστροφή της αξίας των συμμετοχικών τίτλων.

## 2. Οι κανόνες διατήρησης των ιδίων κεφαλαίων στις συνεταιριστικές τράπεζες

### 2.1. Η παραδοσιακή αρχή της ελεύθερης εξόδου από το συνεταιρισμό και τα αναγκαία χαρακτηριστικά των συμμετοχικών τίτλων στα πιστωτικά ιδρύματα

Ο ν. 1667/1986, εκκινώντας από την αρχή ότι οι συνεταιρισμοί δεν αποτελούν εταιρικό μόρφωμα κεφαλαιουχικού χαρακτήρα, έχει διαμορφώσει το σχήμα του συνεταιρισμού επί της αρχής της μεταβλητότητας του αριθμού των συνεταίρων και του κεφαλαίου<sup>23</sup>. Αποτέλεσμα της ρύθμισης αυτής είναι η απουσία ενός σταθερού κεφαλαίου για την εξυπηρέτηση του εταιρικού σκοπού, όπως υπάρχει στις κεφαλαιουχικές εταιρίες<sup>24</sup>. Στις κεφαλαιουχικές ιδίως εταιρίες, το εθνικό δίκαιο για τη λειτουργία των επιχειρήσεων θέτει, αναλόγως της εταιρικής μορφής, κανόνες που διασφαλίζουν τη διατήρηση των ιδίων κεφαλαίων της επιχείρησης, που έχουν ταχθεί για την εξυπηρέτηση του εταιρικού σκοπού και την ικανοποίηση των δανειστών<sup>25</sup>. Τούτο ισχύει, μεταξύ άλλων, και ως προς τη δυνατότητα εξαγοράς από την ίδια την επιχείρηση τίτλων συμμετοχικού χαρακτήρα, όπως οι μετοχές.

Οι συμμετοχικοί τίτλοι, όπως οι μετοχές, έχουν σχεδιασθεί και ρυθμισθεί από το νομοθέτη για να διασφαλίζουν στην εταιρία την εισροή κεφαλαίων, τα οποία είναι ταγμένα για την εξυπηρέτηση συγκεκριμένων σκοπών, όπως η πραγμάτωση του σκοπού της εταιρίας, η ικανοποίηση των πιστωτών κ.λπ. Επιστροφή στους μετόχους των κεφαλαίων αυτών, που εντάσσονται στην κατηγορία των ιδίων κεφαλαίων, με οποιασδήποτε μορφής συμβατικό μόρφωμα, κατ' αρχήν δεν επιτρέπεται. Υφίστανται, δηλαδή, αναγκαστικού δικαίου κανόνες που απαγορεύουν τη δημιουργία

22 Βλ. π.χ. άρθρα 44α (προϊσχύσαν), 43 παρ. 3 περ. δ' και 16 παρ. 8 δ' κ.ν. 2190/1920.

23 Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, §13 I 1 a, Τζβα-2009, σελ. 87 επ.

24 Τζβα-2009, σελ. 87-89.

25 Πρβλ. Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, §14 I 2 c' Ν. Ρόκας, Εμπορικές Εταιρίες 7η έκδοση, 2012, σελ. 206 επ. (για την ΑΕ), 523 επ. (για την ΕΠΕ).

χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων του εκδότη των συμμετοχικών τίτλων, βάσει των χαρακτηριστικών τους ή συμβατικών δεσμεύσεων που θα αναλάμβανε ο εκδότης τους, οι οποίες οιονεί ενσωματώνονταν στους τίτλους αυτούς. Όπως ρητώς ορίζεται και στην παράγραφο 17 του ΔΛΠ 32, κρίσιμο χαρακτηριστικό διαφοροποίησης της χρηματοοικονομικής υποχρέωσης από τον συμμετοχικό τίτλο είναι η ύπαρξη συμβατικής δέσμευσης του εκδότη του χρηματοοικονομικού μέσου να παραδώσει στον κάτοχο/δικαιούχο του χρηματοοικονομικού μέσου μετρητά ή άλλο χρηματοοικονομικό περιουσιακό στοιχείο ή να ανταλλάξει χρηματοοικονομικά περιουσιακά στοιχεία ή υποχρεώσεις με τον κάτοχο του χρηματοοικονομικού μέσου, υπό όρους που μπορεί να είναι δυσμενείς για τον εκδότη. Μολονότι ο κάτοχος ενός (γνήσιου) συμμετοχικού τίτλου ενδέχεται να δικαιούται, κατ' αναλογία, μερίδιο μερισμάτων ή άλλων διανομών των ιδίων κεφαλαίων, ο εκδότης δεν έχει συμβατική δέσμευση να προβεί σε τέτοιου είδους διανομές παρά υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις (π.χ. ύπαρξη κερδών, απόφαση γενικής συνέλευσης κ.λπ.), επειδή δεν μπορεί να απαιτηθεί από αυτόν να παραδώσει μετρητά ή άλλο χρηματοοικονομικό περιουσιακό στοιχείο στον κομιστή του χρηματοοικονομικού μέσου υπό μορφή χρηματοοικονομικής υποχρέωσης, μη συνδεόμενης με συγκεκριμένα (ευμενή) οικονομικά αποτελέσματα του εκδότη.

Πρέπει, επομένως, να εξετασθεί ως προς τους πιστωτικούς συνεταιρισμούς που λειτουργούν ως πιστωτικά ιδρύματα το συνταίριασμα των παραδοσιακών συνεταιριστικού χαρακτήρα διατάξεων με τις εκτεθείσες απαιτήσεις του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ. Ιδιαίτερης προσοχής χρήζουν ιδίως οι διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 29 του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ για τα κεφαλαιακά μέσα τα οποία εκδίδονται (μεταξύ άλλων) από πιστωτικά ιδρύματα με τη μορφή συνεταιρισμού, οι οποίες ορίζουν ως προς τη δυνατότητα εξόφλησης των εν λόγω κεφαλαιακών μέσων τους ότι πρέπει να πληρούνται οι κάτωθι προϋποθέσεις:

α) το ίδρυμα δύναται να αρνηθεί την εξόφληση των μέσων, εκτός εάν αυτό απαγορεύεται δυνάμει της ισχύουσας εθνικής νομοθεσίας,

β) σε περίπτωση που το ίδρυμα απαγορεύεται να αρνηθεί την εξόφληση των μέσων δυνάμει της ισχύουσας εθνικής νομοθεσίας, οι διατάξεις που διέπουν τα μέσα δίνουν στο ίδρυμα τη δυνατότητα να περιορίσει την εξόφλησή τους,

γ) η άρνηση εξόφλησης των μέσων ή ο περιορισμός της εξόφλησής τους, ανάλογα με την περίπτωση, δεν συνιστά αθέτηση υποχρέωσης του ιδρύματος.

## 2.2. Οι διατάξεις του ελληνικού δικαίου για το δικαίωμα ρευστοποίησης συνεταιριστικών μερίδων στις συνεταιριστικές τράπεζες

### 2.2.1. Ο κανόνας

Το άρθρο 2 παρ. 7 του ν. 1667/1986, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 28 παρ. 2α του ν. 4141/2013, ορίζει ότι ο συνetaίρος μπορεί να αποχωρήσει από

το συνεταιρισμό με γραπτή δήλωσή του, η οποία υποβάλλεται στο διοικητικό συμβούλιο τρεις μήνες τουλάχιστον πριν από το τέλος της οικονομικής χρήσης<sup>26</sup>. Σύμφωνα, εξάλλου, με το άρθρο 2 παρ. 9 του ν. 1667/1986, στο συνεταίρο που αποχωρεί ή αποκλείεται από το συνεταιρισμό αποδίδεται η συνεταιριστική μερίδα που εισέφερε το αργότερο τρεις μήνες από την έγκριση του ισολογισμού της χρήσης μέσα στην οποία πραγματοποιήθηκε η αποχώρηση ή ο αποκλεισμός. Παρά το γεγονός ότι οι διατάξεις αυτές μιλούν για αποχώρηση ή αποκλεισμό του συνεταίρου, πρέπει να γίνει δεκτό, τελεολογικώς, ότι καλύπτουν και τις περιπτώσεις αιτήσεως συνεταίρου, που διαθέτει περισσότερες συνεταιριστικές μερίδες, προς ρευστοποίηση/εξαγορά μέρους των συνεταιριστικών του μερίδων.

Οι παραπάνω διατάξεις του ν. 1667/1986, όπως ίσχυαν πριν τροποποιηθούν με το ν. 4141/2013, δεν ικανοποιούσαν, προφανώς, τις υπέρτερης τυπικής ισχύος απαιτήσεις του ενωσιακού δικαίου σε σχέση με τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούν τα κεφαλαιακά μέσα συμμετοχής (οι συμμετοχικοί τίτλοι), προκειμένου να συνυπολογίζονται ως κεφάλαιο κατηγορίας 1 στα πιστωτικά ιδρύματα.

### 2.2.2. Οι περιορισμοί

Το εθνικό (εν προκειμένω το ελληνικό) δίκαιο εισάγει την αρχή της ελεύθερης εξόδου του συνεταίρου<sup>27</sup> και, συναφώς, της ελεύθερης ρευστοποίησης των συνεταιριστικών του μερίδων, που οδηγεί σε απόδοση της αξίας των εξαγοραζόμενων συνεταιριστικών μερίδων<sup>28</sup>. Για να μπορούν, όμως, οι συνεταιριστικές μερίδες να υπολογίζονται στις συνεταιριστικές τράπεζες ως συμμετοχικοί τίτλοι προσμετρώμενοι στην κατηγορία 1, έπρεπε το εθνικό (ελληνικό, εν προκειμένω) δίκαιο για τους συνεταιρισμούς να εισαγάγει, ως προς τις συνεταιριστικές τράπεζες, διατάξεις, οι οποίες περιορίζουν τη δυνατότητα εξόφλησης των συνεταιριστικών μερίδων. Για το λόγο αυτό, ο ν. 4141/2013 τροποποίησε διατάξεις του ν. 1667/1986, έτσι ώστε το εθνικό δίκαιο να μην βρίσκεται σε δυσαρμονία με τις απαιτήσεις του ενωσιακού δικαίου και δη του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ.

Περαιτέρω, με την παρ. 4 του άρθρου 28 του ν. 4141/2013 προστέθηκε στο άρθρο 6 παρ. 2 του ν. 1667/1986 η περίπτωση θ', που ορίζει ότι στους πιστωτικούς συνεταιρισμούς, οι οποίοι έχουν λάβει άδεια ίδρυσης και λειτουργίας ως πιστωτικά ιδρύματα, η έγκριση αιτήσεων συνεταίρων για την απόδοση της αξίας της συνεταιριστικής τους μερίδας κατά την αποχώρησή τους από το συνεταιρισμό, υπό τις προϋποθέσεις της παραγράφου 9 του άρθρου 2, ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της γενικής συνέλευσης. Σύμφωνα δε με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 7 του άρθρου 2 του ν. 1667/1986, που προστέθηκε με την παρ. 2α του άρθρου 28 του ν. 4141/2013, η

26 Βλ. και Τζιβα-2009, σελ. 325.

27 Κιντής, Συνεταιριστικές Τράπεζες, σελ. 98 επ.

28 Γεωργακόπουλος-1996, σελ. 562.



απόδοση της αξίας της συνεταιριστικής μερίδας κατά την αποχώρηση ή τον αποκλεισμό των συνεταίρων, καθώς και σε κάθε άλλη περίπτωση εξόφλησης των συνεταιριστικών μερίδων από πιστωτικούς συνεταιρισμούς που έχουν λάβει άδεια ίδρυσης και λειτουργίας ως πιστωτικό ίδρυμα, κατόπιν έγκρισης από την Τράπεζα της Ελλάδος, εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια των καταστατικών οργάνων τους. Με τη νέα αυτή διάταξη κάμπτεται ουσιωδώς, ίσως δε και αναιρείται ως προς τις συνεταιριστικές τράπεζες, η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 7 δεύτερο εδάφιο του ν. 1667/1986, σύμφωνα με την οποία το καταστατικό μπορεί να προβλέπει ελάχιστο χρόνο παραμονής του συνεταίρου στο συνεταιρισμό, ο οποίος δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τρία (3) χρόνια.

Βάσει των αρχών της καλής πίστης και της ισότιμης μεταχείρισης των συνεταίρων, σε συνδυασμό και με τις διατάξεις του καταστατικού της συνεταιριστικής τράπεζας, πρέπει, όμως, να γίνει δεκτό ότι τα καταστατικά όργανα μιας συνεταιριστικής τράπεζας δεν δικαιούνται να ασκήσουν αυθαίρετα τη «διακριτική ευχέρεια» για την άρνηση της απόδοσης της συνεταιριστικής μερίδας, υποχρεούμενα να αιτιολογήσουν τυχόν τέτοια άρνηση. Κρίσιμη σχετικώς είναι, πάντως, η διάταξη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 9 του άρθρου 2 του ν. 1667/1986, που προστέθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 17 του ν. 3156/2003, όπως ισχύει αντικατασταθείσα τελικώς με την παρ. 2β του άρθρου 28 του ν. 4141/2013, σύμφωνα με την οποία η απόδοση στο συνεταίρο της αξίας της συνεταιριστικής μερίδας τελεί υπό την προϋπόθεση ότι δεν θίγονται οι υποχρεώσεις του πιστωτικού συνεταιρισμού που συναρτώνται με το ύψος των ιδίων κεφαλαίων του βάσει των εκάστοτε ισχυόντων κανόνων εποπτείας.

Προβλέπεται, επίσης, στη διάταξη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 7 του άρθρου 2 του ν. 1667/1986 ότι τα αρμόδια για την αποδοχή αιτήσεων εξαγοράς συνεταιριστικών μερίδων καταστατικά όργανα πιστωτικού συνεταιρισμού μπορούν να επιμερίζουν σε όλους τους συνεταίρους που έχουν σχετικό δικαίωμα και ανάλογα με τις μερίδες του καθενός, το ποσό που η Τράπεζα της Ελλάδος έχει εγκρίνει να διατεθεί για εξόφληση της αξίας τους, εφόσον περιλαμβάνεται σχετική ρήτρα στο καταστατικό τους. Τελολογικώς συνάγεται ότι η διάταξη αυτή εφαρμόζεται σε περίπτωση μερικής ικανοποίησης αιτήματος εξαγοράς συνεταιριστικών μερίδων από συνεταιριστική τράπεζα.

Με τις νέες διατάξεις της περίπτωσης θ' της παρ. 2 του άρθρου 6 ν. 1667/1986, που απαιτούν λήψη απόφασης της γενικής συνέλευσης για την απόδοση της αξίας της συνεταιριστικής μερίδας στο συνεταίρο που αποχωρεί, κάμπτεται σε μεγάλο βαθμό ως προς τις συνεταιριστικές τράπεζες η παραδοσιακή συνεταιριστική αρχή της ελευθερίας εξόδου των συνεταίρων από το συνεταιρισμό. Η ουσία, πάντως, των νέων διατάξεων δεν συνίσταται στην απαγόρευση εξόδου συνεταίρου από το συνεταιρισμό, που θα συνιστούσε παράβαση της ελευθερίας του μη συνεταιρίζεσθαι. Πράγματι, η αρχή της ελεύθερης εξόδου μελών προσιδιάζει σε σωματειακού χαρακτήρα μορφώματα, στα οποία τα μέλη δεν έχουν περιουσιακά δικαιώματα<sup>29</sup>. Το θέμα

29 Βλ. Α. Γεωργακόπουλου, *Κέρδος-Ο Πυρήνας του Εμπορικού Δικαίου*, 2008, σελ. 94-95.



εντοπίζεται, μάλιστα, στον περιορισμό του δικαιώματος του συνεταίρου να απαιτήσει τη ρευστοποίηση συνεταιριστικών του μερίδων και, συναφώς, την απόδοση σ' αυτόν της αξίας τους. Αν ληφθεί υπόψη ότι, σύμφωνα με τις παραδοσιακές συνεταιριστικές αρχές, οι συνεταιριστές, εξερχόμενοι του συνεταιρισμού, ελάμβαναν περιορισμένη αποζημίωση ή και καθόλου για το κεφάλαιο που είχαν καταθέσει για να γίνουν μέλη του<sup>30</sup>, η εξέλιξη αυτή περιουσιακή μάλιστα σημασία έχει για τους συνεταίρους, χάριν της διατήρησης της κεφαλαιακής βάσης της συνεταιριστικής τράπεζας. Οι νέες διατάξεις θέτουν, στην πραγματικότητα, φραγμό στην αρχή της μεταβλητότητας του συνεταιριστικού κεφαλαίου των συνεταιριστικών τραπεζών και καθιστούν δυνατό τον περιορισμό της λειτουργίας της συνεταιριστικής τράπεζας ως εταιρικού μορφώματος ανοικτής κεφαλαιακής βάσεως.

### 2.2.3. Η απόδοση στο συνεταίρο της αξίας της συνεταιριστικής του μερίδας

Η παρ. 9 του άρθρου 2 του ν. 1667/1986 προβλέπει ότι στο συνεταίρο που αποχωρεί ή αποκλείεται από πιστωτικούς συνεταιρισμούς, που έχουν λάβει άδεια ίδρυσης και λειτουργίας ως πιστωτικό ίδρυμα, ή σε κάθε περίπτωση που εξοφλείται συνεταιριστική μερίδα, αποδίδεται η αξία της που αναλογεί στην καθαρή περιουσία του πιστωτικού συνεταιρισμού, όπως αυτή προκύπτει από τον ελεγμένο από νόμιμο ελεγκτή ή ελεγκτικό γραφείο<sup>31</sup> ισολογισμό της τελευταίας χρήσης. Η αξία αυτή μπορεί να αναπροσαρμόζεται με τη μέθοδο αποτίμησης, η οποία αναφέρεται στο καταστατικό (άρθρο 1 παρ. 4 περ. ζ' ν. 1667/1986), ο δε υπολογισμός της αξίας αυτής πρέπει να πιστοποιείται από νόμιμο ελεγκτή ή ελεγκτικό γραφείο, όπως επιβάρη και το άρθρο 2 παρ. 9 ν. 1667/1986. Προς αποφυγή καταστρατηγήσεων και διασφάλιση συστηματικής ενότητας, το πέμπτο και έκτο εδάφιο της παρ. 3 του άρθρου 4 του ν. 1667/1986, όπως ισχύουν αντικατασταθέντα με την παρ. 3β του άρθρου 28 του ν. 4141/2013, προβλέπουν ότι στους πιστωτικούς συνεταιρισμούς κάθε νέος συνεταίρος κατά την είσοδό του στον πιστωτικό συνεταιρισμό πρέπει να καταβάλει, εκτός από το ποσό της μερίδας του, και εισφορά ανάλογη προς την καθαρή περιουσία του συνεταιρισμού, όπως αυτή προκύπτει από τον ισολογισμό της τελευταίας, ελεγμένης από νόμιμο ελεγκτή ή ελεγκτικό γραφείο χρήσης και με τη μέθοδο αποτίμησης η οποία αναφέρεται στο καταστατικό, στο οποίο προβλέπεται επίσης ότι ο υπολογισμός της τυχόν υπεραξίας πιστοποιείται από νόμιμο ελεγκτή ή ελεγκτικό γραφείο. Η ρύθμιση αυτή ελέγχεται όμως ως προς την ορθότητά της, καθόσον, επαναλαμβάνοντας την εσφαλισμένη διατύπωση του πρώτου εδαφίου της ίδιας παραγράφου, διατηρεί την εννοιολογική σύγχυση που εκείνη δημιουργεί. Συγκεκριμένα, οι εν λόγω διατάξεις κάνουν λόγο για «ποσό μερίδας» και για «εισφορά». Η χρήση των εννοιών

30 Κιντής-2004, σελ. 18.

31 Κατά την έννοια των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 2 του ν. 3693/2008.

αυτών είναι αδόκιμη. Κατ' ορθήν ερμηνεία, δεν γίνεται εν προκειμένω χρήση ελλειπτικώς του όρου «ποσό μερίδας» αντί του χρηματικού ποσού που αντιστοιχεί στην αξία της μερίδας, καθόσον, σε μια τέτοια περίπτωση, θα υπεκρύπτετο ανεπίτρεπτη διαφοροποίηση της έννοιας αυτής από την εισφορά που αντιστοιχεί στην καθαρή περιουσία του συνεταιρισμού. Με τον όρο «ποσό μερίδας» νοείται, μάλλον, η ονομαστική αξία της συνεταιριστικής μερίδας και η διάταξη έχει την έννοια ότι, κατά την απόκτηση νέων συνεταιριστικών μερίδων (και όχι μόνον σε περίπτωση εισόδου νέου συνεταίρου), δεν αρκεί η καταβολή της ονομαστικής αξίας της συνεταιριστικής μερίδας, αλλά της πραγματικής αξίας αυτής. Η διάταξη αυτή εξυπηρετεί, επομένως, και την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των συνεταίρων.

Πρέπει, πάντως, να σημειωθεί ότι μπορεί μεν η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 9 ν. 1667/1986 να αποσκοπεί στην απαγόρευση καταβολής σε συνεταίρους που ζητούν την εξαγορά των συνεταιριστικών τους μερίδων χρηματικών ποσών που υπερβαίνουν την αξία τους με βάση καθαρή περιουσία του πιστωτικού συνεταιρισμού, κατ' αποτέλεσμα, απαγορεύει, όμως, και την καταβολή μικρότερου ποσού, πράγμα το οποίο θα μπορούσε να προβλέπεται – ελλείψει της διάταξης αυτής – στο καταστατικό των συνεταιριστικών τραπεζών.

Με τις νέες διατάξεις του ν. 4141/2013 δημιουργήθηκε επίσης δικαιοκώ πλαιο που επιβάλλει την υιοθέτηση από τις συνεταιριστικές τράπεζες μεθόδων περιουσιακής αποτίμησης συμβατών με το ενωσιακό δίκαιο. Συγκεκριμένα, με το άρθρο 28 παρ. 1 του ν. 4141/2013 προστέθηκε περίπτωση ζ' στο άρθρο 1 παρ. 4 του ν. 1667/1986, με την οποία επιβάλλεται στους πιστωτικούς συνεταιρισμούς οι οποίοι λειτουργούν ως πιστωτικά ιδρύματα η υποχρέωση να περιλαμβάνουν στο καταστατικό τους διάταξη που καθορίζει τη μέθοδο αποτίμησης για την αναπροσαρμογή της αξίας των συνεταιριστικών μερίδων που εξοφλούνται ή αποδίδονται σε συνεταίρους που αποχωρούν ή αποκλείονται από πιστωτικούς συνεταιρισμούς, καθώς και τη μέθοδο αποτίμησης της εισφοράς που υποχρεούνται να καταβάλουν οι νέοι συνεταίροι κατά την είσοδό τους στους εν λόγω πιστωτικούς συνεταιρισμούς.

#### 2.2.4. Ουσιαστικές προϋποθέσεις ικανοποίησης αιτήσεων ρευστοποίησης συνεταιριστικών μερίδων

Στο άρθρο 2 παρ. 9 πρώτο εδάφιο του ν. 1667/1986 προβλέπεται ότι στο συνεταίρο που αποχωρεί αποδίδεται η συνεταιριστική μερίδα το αργότερο τρεις μήνες μετά την έγκριση του ισολογισμού της χρήσης μέσα στην οποία έγινε η αποχώρηση. Τονίζεται, πάντως, ότι, όπως προαναφέρθηκε, η σύμφωνα με τα ανωτέρω απόδοση της αξίας της συνεταιριστικής μερίδας τελεί υπό την προϋπόθεση ότι δεν θίγονται οι υποχρεώσεις του πιστωτικού συνεταιρισμού που συναρτώνται με το ύψος των ιδίων κεφαλαίων του, βάσει των εκάστοτε ισχυόντων κανόνων εποπτείας (τελευταίο εδάφιο παρ. 9 άρθρου 2 ν. 1667/1986) και επιφυλλασσομένης της εφαρμογής του τελευταίου εδαφίου της πα-

ραγράφου 7 του άρθρου 2 του ν. 1667/1986, την ύπαρξη, δηλαδή, απόφασης της γενικής συνέλευσης περί αποδοχής της αιτήσεως αποχώρησης.

Ιδιαίτερης μνείας χρήζει η διάταξη του άρθρου 149 του ν. 4261/2014, σύμφωνα με την οποία για την εξόφληση συνεταιριστικών μερίδων, περιλαμβανομένων των περιπτώσεων αποχώρησης ή αποκλεισμού συνεταίρων, η οποία συνεπάγεται μείωση, εντός της οικονομικής χρήσης, μεγαλύτερη του 2% των ιδίων κεφαλαίων του πιστωτικού ιδρύματος που έχει μορφή συνεταιρισμού του ν. 1667/1986, απαιτείται προηγούμενη έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος.

Από το συνδυασμό των διατάξεων της τραπεζικής νομοθεσίας και της νομοθεσίας για τους αστικούς και πιστωτικούς συνεταιρισμούς, διαπιστώνεται, επομένως, ότι συνεταιριστική τράπεζα δεν δικαιούται να αρνηθεί αυθαιρέτως την εξόφληση των συνεταιριστικών μερίδων. Δικαιούται όμως να προβάλει άρνηση, αν από την απόδοση της αξίας της συνεταιριστικής μερίδας θα θίγονταν οι υποχρεώσεις του πιστωτικού συνεταιρισμού που συναρτώνται με το ύψος των ιδίων κεφαλαίων του. Γι' αυτό το λόγο είναι και θεμιτός ο εν λόγω, επιβαλλόμενος από το νόμο, περιορισμός του δικαιώματος των συνεταίρων για ρευστοποίηση της συνεταιριστικής τους μερίδας. Υποχρεούται, επομένως, η συνεταιριστική τράπεζα, ενεργούσα μέσω του διοικητικού της συμβουλίου και της γενικής της συνέλευσης, να ελέγξει και να μην ικανοποιήσει αίτημα εξαγοράς και εξόφλησης μεριδίων, αν δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του νόμου, αρνούμενη αίτημα εξαγοράς και εξόφλησης.

Σε συνέχεια των υποχρεώσεων αυτών και προς προσδιορισμό της εφαρμοστέας διαδικασίας εξόφλησης που καθιερώνεται, σε συνδυασμό και με το άρθρο 149 ν. 4261/2014, πρέπει να επισημανθούν αφενός, οι χρονικές παράμετροι υπολογισμού της επίπτωσης της εξόφλησης μεριδίων επί των ιδίων κεφαλαίων και αφετέρου, η βάση ποσοτικού υπολογισμού της. Ως προς τις χρονικές παραμέτρους, ιδιαίτερης βαρύτητας είναι το πνεύμα της ενσωματούμενης διά του ν. 4261/2014 Οδηγίας 2013/36/ΕΕ και του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ. Στο πλαίσιο αυτό, τα πιστωτικά ιδρύματα πρέπει να διαθέτουν α) ίδια κεφάλαια τα οποία επαρκούν από πλευράς ποσότητας, ποιότητας και κατανομής για τους κινδύνους τους οποίους έχουν αναλάβει ή ενδέχεται να αναλάβουν και β) στρατηγικές και διαδικασίες για την εκτίμηση και τη διατήρηση της επάρκειας των ιδίων κεφαλαίων τους.

Ερμηνεύοντας υπό το ανωτέρω πρίσμα συστηματικά και τελεολογικά τη διάταξη του άρθρου 149 ν. 4261/2014, υπό το φως, δηλαδή, τόσο της θέσης της στο όλο σύστημα τραπεζικής εποπτείας, όσο και του σκοπού της, συνάγεται ότι η οριζόμενη σε αυτήν υποχρέωση της συνεταιριστικής τράπεζας να λάβει άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος νοείται σε διαρκή βάση. Πριν δηλαδή προβεί στην εξόφληση συνεταιριστικών μερίδων, εφόσον η απόδοση της αξίας τους κατά τη διάρκεια μιας οικονομικής χρήσης θα συνεπαγόταν μείωση των ιδίων κεφαλαίων της συνεταιριστικής τράπεζας μεγαλύτερης του 2% σε σχέση με τα ίδια κεφάλαια που αυτή είχε κατά την έναρξη της εν λόγω οικονομικής χρήσης, θα πρέπει να έχει γνωστοποιήσει τούτο στην Τράπεζα

της Ελλάδος και η τελευταία να το έχει εκ των προτέρων εγκρίνει. Η υποχρέωση αυτή βαίνει, βεβαίως, πέραν της απαγόρευσης που υπέχουν τα καταστατικά όργανα της ίδιας της συνεταιριστικής τράπεζας να μην εξοφλήσουν συνεταιριστικές μερίδες, εφόσον από την εξόφληση αυτή θα θίγονταν οι υποχρεώσεις του πιστωτικού συνεταιρισμού που συναρτώνται με το ύψος των ιδίων κεφαλαίων του βάσει των εκάστοτε ισχυόντων κανόνων εποπτείας (τελευταίο εδάφιο της παρ. 9 του άρθρου 2 του ν. 1667/1986, όπως προστέθηκε με την παρ. 2β του άρθρου 28 του ν. 4141/2013).

Επομένως, το άρθρο 149 του ν. 4261/2014 υποχρεώνει τη συνεταιριστική τράπεζα να μη μειώνει, σε καμία περίπτωση, διά της εξόφλησης συνεταιριστικών μεριδίων τα ίδια κεφάλαιά της πάνω από 2% σε σχέση με το ύψος τους κατά την έναρξη της τρέχουσας οικονομικής χρήσης, καθ' όλη τη διάρκεια αυτής, εκτός αν έχει λάβει προς τούτο σχετική έγκριση από την Τράπεζα της Ελλάδος. Η υποχρέωση αυτή καλύπτει, επομένως, κάθε αίτημα εξόφλησης συνεταιριστικών μεριδίων, συνεπεία του οποίου, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια μιας οικονομικής χρήσης, θα επήρχετο μείωση, από την ικανοποίησή του, των ιδίων κεφαλαίων της συνεταιριστικής τράπεζας κατά ποσοστό μεγαλύτερο του 2% σε σχέση με το ύψος των ιδίων κεφαλαίων κατά την έναρξη της οικονομικής χρήσης.

Επιπλέον, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υποχρέωση λήψης άδειας από την Τράπεζα της Ελλάδος («προηγούμενη έγκριση») ισχύει και στην περίπτωση κατά την οποία εκτιμάται από τη συνεταιριστική τράπεζα ότι θα καλυφθεί η μείωση των ιδίων κεφαλαίων μέχρι το κλείσιμο της οικονομικής χρήσης. Διαφορετικά, θα ήταν δυνατό να παρακάμπτεται η υποχρέωση λήψης προηγούμενης άδειας της εποπτικής αρχής επί τη βάσει σκοπούμενων απλώς, και άρα όχι δεδομένων, αυξήσεων των ιδίων κεφαλαίων μέχρι το τέλος της οικονομικής χρήσης. Σημειώνεται, βεβαίως, ότι η απαγόρευση αφορά κάθε μορφής εξόφληση συνεταιριστικών μεριδίων.

Ενόψει των ανωτέρω και ως προς τη διαδικασία εξόφλησης, σημασία έχει το χρονικό σημείο στο οποίο θα ζητηθεί η σχετική έγκριση της Τράπεζας της Ελλάδος και, συναφώς, το χρονικό σημείο στο οποίο θα γίνει η εξόφληση των συνεταιριστικών μεριδίων. Κρίσιμο χρονικό σημείο σε σχέση με τη διάταξη του άρθρου 149 του ν. 4261/2014 είναι αυτό της καταβολής στο συνεταιίρο χρηματικού ποσού, δηλαδή της εξόφλησης (εν μέρει ή εν όλω) της συνεταιριστικής του μερίδας και όχι της από αυτόν υποβολής αίτησης αποχώρησης ή, έστω, και της έγκρισής της από το διοικητικό συμβούλιο, κατά το άρθρο 7 παρ. 2 του καταστατικού.

Η συνεταιριστική τράπεζα δεν υποχρεούται να λάβει την άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος, αν σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο υποβληθούν αιτήσεις για εξαγορά συνεταιριστικών μεριδίων, οι οποίες, αν ικανοποιούνταν, θα οδηγούσαν σε εκροή κεφαλαίων, το ύψος των οποίων υπερβαίνει σε αξία το 2% των ιδίων κεφαλαίων της συνεταιριστικής τράπεζας. Η άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος πρέπει όμως να έχει ληφθεί πριν από την καταβολή σε συνεταιίρους, λόγω εξόφλησης συνεταιριστικών μεριδίων, ποσών, τα οποία, κατά τη διάρκεια μιας χρήσης, υπερβαίνουν το παραπάνω όριο.

Δεδομένου, όμως, ότι δεν επιτρέπεται η εξόφληση συνεταιριστικών μερίδων πριν από την έγκριση του ισολογισμού της οικονομικής χρήσης, κατά την οποία υποβλήθηκε το σχετικό αίτημα αποχώρησης (εξαγοράς των συνεταιριστικών μερίδων), από τη συνδυαστική εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 2 παρ. 7, 2 παρ. 9, 5 παρ. 1, 6 παρ. 2 στοιχ. στ' και θ' του ν. 1667/1986 προκύπτουν τα εξής:

Για τον υπολογισμό της αξίας των υπό εξαγορά συνεταιριστικών μερίδων μιας οικονομικής χρήσης λαμβάνονται υπόψη οι αιτήσεις/δηλώσεις αποχώρησης/εξαγοράς συνεταιριστικών μερίδων που έχουν υποβληθεί κατά την εκάστοτε τρέχουσα οικονομική χρήση, αλλιά τουλάχιστον τρεις μήνες πριν από το τέλος της (άρθρο 2 παρ. 7 πρώτο εδάφιο ν. 1667/1986), που είναι και οι μόνες ισχυρές για μια οικονομική χρήση, συνυπολογιζόμενων και εκείνων που είχαν υποβληθεί τους τρεις τελευταίους μήνες της προηγούμενης οικονομικής χρήσης<sup>32</sup>. Εικόνα για την αποτίμηση της αξίας των μερίδων αυτών, βάσει των οποίων θα υπολογισθεί και η τιμή εξόφλησής τους, δεν μπορεί όμως να έχει η συνεταιριστική τράπεζα πριν από την έγκριση από την τακτική γενική συνέλευση του ισολογισμού της επίμαχης οικονομικής χρήσης. Αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο το άρθρο 2 παρ. 9 του ν. 1667/1986 προβλέπει ότι *«στο συνetaίρο που αποχωρεί ή αποκλείεται από το συνεταιρισμό αποδίδεται η συνεταιριστική μερίδα που εισέφερε το αργότερο τρεις μήνες από την έγκριση του ισολογισμού της χρήσης μέσα στην οποία έγινε η αποχώρηση ή ο αποκλεισμός»*.

Η συνεταιριστική τράπεζα υποχρεούται, επομένως, αμέσως μετά την έγκριση του ισολογισμού, να γνωστοποιήσει στην Τράπεζα της Ελλάδος τυχόν ύπαρξη αιτήσεων που υποβλήθηκαν κατά τη διάρκεια της οικονομικής χρήσης για την οποία εγκρίθηκε ο εν λόγω ισολογισμός (συμπεριλαμβανομένου του τελευταίου τριμήνου της αμέσως προηγούμενης χρήσης), οι οποίες, ικανοποιούμενες, θα οδηγούσαν κατά τη χρονική στιγμή της εξόφλησής τους σε μείωση των ιδίων κεφαλαίων της συνεταιριστικής τράπεζας μεγαλύτερης του 2% των ιδίων της κεφαλαίων κατά την τελευταία ημέρα της παρελθούσας οικονομικής χρήσης (κατά την οποία υποβλήθηκαν και οι σχετικές αιτήσεις). Το αίτημα αυτό θα πρέπει να συνοδεύεται, σε κάθε περίπτωση (ανεξαρτήτως δηλαδή της αξίας των υπό εξαγορά μερίδων) και από τεκμηριωμένη έκθεση απόψεων της συνεταιριστικής τράπεζας ως προς το κατά πόσον η απόδοση, συνεπεία της εξόφλησης, της αξίας των συνεταιριστικών μερίδων στους συνetaίρους θα έθιγε τις υποχρεώσεις της που συναρτώνται με το ύψος των ιδίων κεφαλαίων της, βάσει των εκάστοτε ισχυόντων κανόνων εποπτείας.

Η εξόφληση των συνεταιριστικών μερίδων δεν επιτρέπεται να γίνει πριν από τη χορήγηση σχετικής άδειας της Τράπεζας της Ελλάδος, εφόσον η εξόφληση θα οδηγούσε σε μείωση των ιδίων κεφαλαίων της συνεταιριστικής τράπεζας μεγαλύτερης του 2% των ιδίων της κεφαλαίων κατά την οικονομική χρήση κατά την οποία γίνεται η εξόφληση, βάσει της καθαρής θέσης της συνεταιριστικής τράπεζας την τελευταία

32 Βλ. και Τζβα-2009, σελ. 325.

ημέρα της προηγούμενης οικονομικής χρήσης. Η απαγόρευση αυτή ισχύει αν η αξία του συνόλου των συνεταιριστικών μερίδων που πρόκειται να εξοφληθούν, κατόπιν υποβληθεισών κατά τα ανωτέρω αιτήσεων, σε μία οικονομική χρήση υπερβαίνει το ποσοστό του 2% των ιδίων της κεφαλαίων κατά την οικονομική χρήση κατά την οποία γίνεται η εξόφληση, ακόμα και αν η υπέρβαση του 2% θα μπορούσε, θεωρητικώς, να λήβει χώρα στιγμιαία μόνο κατά τη διάρκεια μιας οικονομικής χρήσης και εν συνεχεία να εκλείψει (διά της κάλυψης της σχετικής διαφοράς με την είσοδο νέων συνεταιριτών, που καταβάλλουν την αξία της συνεταιριστικής τους μερίδας).

### 2.3. Αξιολόγηση των διατάξεων του ελληνικού συνεταιριστικού δικαίου εξ'επόμενου ενωσιακού δικαίου

Απ' όσα εκτέθηκαν παραπάνω συνάγεται ότι οι συνεταιριστικές τράπεζες υποχρεούνται να ικανοποιήσουν αίτημα εξαγοράς και εξόφλησης συνεταιριστικών μερίδων μόνον εφόσον α) δεν θίγονται οι υποχρεώσεις του πιστωτικού συνεταιρισμού που συναρτώνται με το ύψος των ιδίων κεφαλαίων του βάσει των εκάστοτε ισχυόντων κανόνων εποπτείας (τελευταίο εδάφιο της παρ. 9 του άρθρου 2 του ν. 1667/1986, όπως προστέθηκε με την παρ. 2β του άρθρου 28 του ν. 4141/2013) και β) έχει δοθεί προηγούμενη άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος σε περίπτωση που η εξόφληση οδηγήσει σε εκροή ιδίων κεφαλαίων της συνεταιριστικής τράπεζας, η οποία εκροή συνεπάγεται μείωση, εντός της οικονομικής χρήσης, μεγαλύτερη του 2% των ιδίων κεφαλαίων του πιστωτικού ιδρύματος (άρθρο 149 ν. 4261/2014). Η διακριτική ευχέρεια, επομένως, των καταστατικών οργάνων του πιστωτικού συνεταιρισμού, που προβλέπεται στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 7 του άρθρου 2 του ν. 1667/1986, συνδεόμενη και με την αποδοχή της σχετικής αίτησης εξαγοράς συρρικνούνται διτώς, κατά τα εκτεθέντα.

Πληρούνται, επομένως, ως προς τις συνεταιριστικές μερίδες των ελληνικών συνεταιριστικών τραπεζών, οι προϋποθέσεις του άρθρου 29 του Κανονισμού για την αναγνώριση των συνεταιριστικών μερίδων ως μέσων κεφαλαίου κοινών μετοχών της κατηγορίας 1 και, άρα, για την προσμέτρησή τους στα ίδια εποπτικά κεφάλαια της συνεταιριστικής τράπεζας ως πιστωτικού ιδρύματος.

## 3. Η άντληση ιδίων κεφαλαίων από τις συνεταιριστικές τράπεζες

### 3.1. Το πρόβλημα

Η αρνητική προκατάληψη των ιδρυτών του διεθνούς συνεταιριστικού κινήματος έναντι του κεφαλαίου, έχοντας θεωρητικό υπόβαθρο τα ιστορικά δεδομένα της εποχής, αποτυπώθηκε εν συνεχεία στα νομοθετικά κείμενα υπό μορφή συγκεκρι-



μένων ρυθμίσεων που περιορίζουν το κίνητρο εισφοράς κεφαλαίων στο συνεταιρισμό. Αυτή η «προπατορική εντολή» δεν έχει, όμως, θέση στις σύγχρονες συνεταιριστικές τράπεζες. Τυχόν εμμονή σ' αυτή θα αποτελούσε βρόχο, που θα οδηγούσε σε ασφυξία τις συνεταιριστικές τράπεζες. Η απαξιακή αυτή αντιμετώπιση του κεφαλαιακού στοιχείου άρχισε να αμβλύνεται από την αδήριτη ανάγκη της κεφαλαιακής ενίσχυσης των πιστωτικών συνεταιρισμών<sup>33</sup>. Στην Ελλάδα τα δεδομένα αυτά οδήγησαν τον έλληνα νομοθέτη την τελευταία πενταετία στη σταδιακή κάμψη, πολυσιχιδώς, της αρχής της ισοτιμίας στις συνεταιριστικές τράπεζες και στην ενίσχυση των κεφαλαιουχικών χαρακτηριστικών της συνεταιριστικής μερίδας, προκειμένου να καταστεί δυνατή η ενίσχυση με ιδιωτικά κεφάλαια της κεφαλαιακής βάσης των συνεταιριστικών τραπεζών.

Αρχικώς οι ίδιες οι συνεταιριστικές τράπεζες, ερμηνεύοντας με ευρύτητα – ορθώς – τις κείμενες διατάξεις προχώρησαν στην έκδοση ομολόγων μειωμένης εξασφάλισης.

Στη συνέχεια, με την παρ. 3 του άρθρου 3 του ν. 1667/1986, όπως τροποποιήθηκε αλληλοδιαδόχως με το άρθρο 8 του ν. 3631/2008, με την παρ. 1 του άρθρου 26 Ν.3867/2010 και με το άρθρο 167 παρ.1 του ν. 4261/2014, επετράπη εν τέλει στις συνεταιριστικές τράπεζες να εισάγουν καταστατικώς τη δυνατότητα της απόκτησης από κάθε συνεταίρο απεριόριστου αριθμού προαιρετικών μερίδων, ίσες αξίας με την υποχρεωτική. Οι διατάξεις αυτές σκοπό έχουν, μέσω της παροχής περιουσιακής φύσεως δικαιωμάτων στους δικαιούχους προαιρετικών συνεταιριστικών μερίδων, να δημιουργήσουν κίνητρα συμμετοχής στο συνεταιριστικό κεφάλαιο μέσω συνεταιριστικών μερίδων<sup>34</sup>.

Πλην όμως ο ν. 1667/1986 περιόριζε σημαντικά τα διοικητικής φύσεως δικαιώματα των συνεταίρων. Συγκεκριμένα, η διάταξη του άρθρου 4 παρ. 2, πριν τροποποιηθεί με το ν. 4340/2015, προέβλεπε ότι ο συνεταίρος συμμετέχει στη γενική συνέλευση με μία μόνο ψήφο, ανεξάρτητα από τον αριθμό των συνεταιριστικών μερίδων που διαθέτει. Και ναι μεν επέτρεπε ως προς τους πιστωτικούς συνεταιρισμούς που λειτούργούν ως πιστωτικά ιδρύματα ο αριθμός ψήφων να καθορίζεται σε συνάρτηση προς τον αριθμό των μερίδων με δικαίωμα ψήφου, επέβαλλε, όμως, τον περιορισμό ότι οι ψήφοι ενός μέλους δεν μπορεί να είναι περισσότερες από πέντε ούτε να υπερβαίνουν το 2% του συνολικού αριθμού ψήφων. Η ρύθμιση αυτή αποτελούσε αδιαμφισβήτητη σημαντική τροχοπέδη και φραγμό για την προσέλιψη επενδυτών/συνεταίρων<sup>35</sup>, οι οποίοι θα μπορούσαν να συνεισφέρουν τα κεφάλαια που ήταν απαραίτητα για την κεφαλαιακή ενίσχυση των συνεταιριστικών τραπεζών υπό τις αμείλικτες οικονομικές συνθήκες που διαμορφώθηκαν τα τελευταία έτη, ιδίως μετά

33 *Κιντς*, Συνεταιριστικές Τράπεζες, σελ. 20-21, πρβλ. και *Τζβα-2009*, σελ. 89.

34 Βλ. και Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Πρόσβαση στη δραστηριότητα πιστωτικών ιδρυμάτων και προληπτική εποπτεία πιστωτικών ιδρυμάτων και επιχειρήσεων επενδύσεων (ενσωμάτωση της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ), κατάργηση του ν. 3601/2007 και άλλες διατάξεις», σελ. 18.

35 Πρβλ. και *Τζβα-2009*, σελ. 187.



τη διεθνή χρηματοοικονομική κρίση και την κρίση χρέους σε πολλά κράτη της Ευρώζωνης και ιδίως στη χώρα μας.

Στη συνέχεια θα παρατεθούν και αναλυθούν οι νομοθετικές ρυθμίσεις των τελευταίων ετών, με τις οποίες, ενόψει της ανάγκης διαμόρφωσης ορθολογικών δομών που θα αποτελούσαν κίνητρο προσέλκυσης επενδυτών και, συναφώς, θα ενίσχυαν την κεφαλαιουχική βάση των συνεταιριστικών τραπεζών, ενδυναμώθηκαν περιουσιακής και διοικητικής φύσεως δικαιώματα που δύνανται να παρέχουν οι συνεταιριστικές μερίδες.

### 3.2. Η συνεταιριστική τράπεζα ως εκδότης ομολόγων μειωμένης εξασφάλισης

Ομόλογα, μειωμένης εξασφάλισης ή όχι, δικαιούνται να εκδώσουν οι συνεταιριστικές τράπεζες. Η χρήση των όρων «ομολογία» και «ομόλογο» δεν γίνεται στο νόμο και τη θεωρία με συστηματική καθαρότητα και συχνά επικρατεί σύγχυση ως προς την εννοιολογική διαφορά και τα κοινά σημεία μεταξύ των όρων αυτών, δεδομένου ότι οι όροι «ομολογία» και «ομόλογο» δεν καθορίζονται στο νόμο<sup>36</sup>. Για το λόγο αυτό, υφίσταται περιθώριο διάπλησης στη δικαιοπρακτική βούληση και στην ελευθερία του εκδότη. Τα όρια αυτής της ελευθερίας διάπλησης, που θα γίνει κατά τις διατάξεις του κοινού δικαίου, τίθενται από τις διατάξεις του δικαίου για την ομολογία και το ομόλογο ως επώνυμο είδος αξιογράφου<sup>37</sup>. Συγκεκριμένα, οποιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο δύναται να προβεί σε μεμονωμένες εκδόσεις ονομαστικών χρεογράφων που περιέχουν υπόσχεση πληρωμής ορισμένου χρηματικού ποσού, αφού η απαγόρευση των άρθρων 891 ΑΚ και 68 παρ. 4 του ν.δ. 17.7/13.8.1923 καταλαμβάνει μόνον τα ανώνυμα χρεόγραφα<sup>38</sup>.

Οι ομολογίες με εκδότη ανώνυμη εταιρία, ως επώνυμα αξιόγραφα, ρυθμίζονται πρωτίστως στο ν. 3156/2003 και στον κ.ν. 2190/1920. Οι ομολογίες αυτές, εκδιδόμενες στο πλαίσιο ομολογιακού δανείου ως σύνολο αξιογράφων, ενσωματώνουν βεβαίωση λήψης δανείου και υπόσχεση απόδοσής του από τον εκδότη τους ως χρηματική υποχρέωση τούτου<sup>39</sup>. Κάθε ομολογία αποτελεί τμήμα του ενιαίου δανείου των κομιστών όλων των ομολογιών προς τον εκδότη τους<sup>40</sup>. Από το άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 3156/2003 συνάγεται ότι τα εκδιδόμενα στην Ελλάδα ομολογιακά δάνεια εκδίδονται από ανώνυμες εταιρίες που εδρεύουν στην Ελλάδα. Από το νόμο 3156/2003 δεν αποκλείεται,

36 Βλ. Α. Ν. Γεωργακόπουλου, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, 1997, Έκδοση Β', Τόμος 2, Οι εμπορικές πράξεις, Τεύχ. 1: Αξιόγραφα (στο εξής Γεωργακόπουλος, Αξιόγραφα) σελ. 245.

37 Γεωργακόπουλος, Αξιόγραφα, σελ. 43.

38 Α. Αντάπασ, εις Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, Αστικός Κώδιξ, 1982, άρθρο 891, αρ. 4· Κ. Φουρκιώτη, Στοιχεία Αστικού Δικαίου II Ενοχικών Δίκαιον 1959, σελ. 200· Ν. Δελλούκα, ΕρμΑΚ άρθρο 891 αρ. 18-19· Γεωργακόπουλος, Αξιόγραφα, σελ. 231· Α. Κιάντου-Παμπούκη, Δίκαιο Αξιογράφων, 1993, 4η Έκδοση, σελ. 28· Ν. Ρόκα, Αξιόγραφα, 2012, σελ. 175.

39 Γεωργακόπουλος, Αξιόγραφα 1997, σελ. 22.

40 Γεωργακόπουλος, Αξιόγραφα 1997, σελ. 238.

όμως, η έκδοση από άλλα πρόσωπα άλλων πιστωτικών τίτλων, ως προς τους οποίους μάλιστα θα είναι δυνατή η κατ' αναλογία δικαίους εφαρμογή διατάξεων του νόμου. Τέτοιοι πιστωτικοί τίτλοι είναι και τα ομόλογα, ως αξιόγραφα που ενσωματώνουν υπόσχεση χρηματικής ή άλλης παροχής του εκδότη προς τον εξ αυτού δικαιούχο.

Η δυνατότητα έκδοσης ομολόγων και από άλλα πρόσωπα πέραν των ανωνύμων εταιριών συνάγεται από το πνεύμα του ν. 3156/2003, τη ρητή μνεία των άλλων πιστωτικών τίτλων, που γίνεται στην Εισηγητική του Έκθεση (Παρατηρήσεις κατ' άρθρο, άρθρο 1), έννοια που ταυτίζεται με τα χρεωστικά ομόλογα, σε συνδυασμό και με το άρθρο 76 του στοix. β' του ν.δ. 17.7/13.8.1923<sup>41</sup>. Προκύπτει, επομένως, ότι και μετά το ν. 3156/2003 εξακολουθεί να είναι επιτρεπτή η έκδοση χρεωστικών ομολόγων ως μη ανωνύμων χρεογράφων. Μάλιστα, η δυνατότητα εκδόσεως από έμπορο χρεωστικών ομολόγων εις διαταγήν περί παροχής χρημάτων, χρεογράφων ή άλλων αντικαταστατών πραγμάτων προβλέπεται ρητώς στο άρθρο 76 στοix. β' του ν.δ. 17.7/13.8.1923<sup>42</sup>. Δεδομένης της ιδιότητας των συνεταιριστικών τραπεζών ως εμπορών<sup>43</sup>, συνάγεται ότι αυτές δύνανται να εκδίδουν χρεωστικά ομόλογα ονομαστικά ή εις διαταγήν ως χρεόγραφα που περιέχουν υπόσχεση καταβολής κεφαλαίου – με ή χωρίς πρόσθετη υποχρέωση καταβολής ορισμένου τόκου του κεφαλαίου αυτού – στο δικαιούχο τους σε ορισμένο χρόνο. Ο χαρακτηρισμός των ομολόγων αυτών ως τραπεζικών, λόγω της ιδιότητας του εκδότη του ως συνεταιριστικής τράπεζας/πιστωτικού ιδρύματος, είναι αυτονόητος.

Η έκδοση των τραπεζικών ομολόγων δεν περιορίζεται στις ανώνυμες τραπεζικές εταιρίες. Σημειώνεται σχετικώς ότι στο άρθρο 3 του ν. 128/1975 ποιεΐται μνεία και των πιστωτικών οργανισμών ως πιθανών εκδοτών ομολογιών, οι δε πιστωτικοί οργανισμοί δεν είχαν, κατά την έκδοση του εν λόγω νόμου, αναγκαστικώς τη μορφή ανώνυμης εταιρίας. Εφόσον, λοιπόν, τα τραπεζικά ομόλογα δεν είναι ανώνυμα, δεν υφίσταται κώλυμα εκδόσεώς τους από πιστωτικό ίδρυμα που δεν είναι ανώνυμη εταιρία. Κατά συνέπεια, συνεταιριστική τράπεζα δύναται να εκδίδει ονομαστικά τραπεζικά ομόλογα που έχουν ως υποκείμενη σχέση το δανεισμό της συνεταιριστικής τράπεζας από τους δικαιούχους των τραπεζικών ομολόγων.

Οι διατάξεις των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 6 του άρθρου 3 του ν. 1667/1986, που προστέθηκαν με την παρ. 3 του άρθρου 26 του ν. 3867/2010, έταμαν για πρώτη φορά θέματα συνεταιριστικών ομολόγων. Κατ' αυτόν τον τρόπο αίρεται ρητώς οποιαδήποτε αμφιβολία θα μπορούσε να υπάρχει ως προς τη δυνατότητα των συνεταιριστικών τραπεζών να εκδίδουν ομόλογα.

41 Διαφορετικά όμως Γ. Λέκκας, Εμπράγματο εξασφάλιση του ομολογιακού δανείου και τιτλοποίηση απαιτήσεων, 2005, σελ. 12, αρ. 17, που αναγράφει, χωρίς όμως τεκμηρίωση και αιτιολογία, ότι «Μόνο ανώνυμες εταιρίες επιτρέπεται να χρηματοδοτούνται με ομολογιακά δάνεια».

42 Πρβλ. Ι. Μάρκου, Η Εμπορική εντολή πληρωμής και το εμπορικό χρεωστικό ομόλογο, ΕΕμπΔ 1988, 573 (574) και Ν. Ρόκα, Αξιόγραφα, 2η Έκδοση, 2012, σελ. 165-166.

43 Κιντρίς, Συνεταιριστικές Τράπεζες, σελ. 48-50.

Πλην όμως, οι διατάξεις της τραπεζικής νομοθεσίας θέτουν περιορισμούς ως προς τα πρόσωπα με τα οποία επιτρέπεται να συναηλλάσσεται η συνεταιριστική τράπεζα. Συγκεκριμένα, η παρ. 3 του άρθρου 8 του ν. 4261/2014 ορίζει ότι *«ο πιστωτικός συνεταιρισμός που λαμβάνει άδεια λειτουργίας ως πιστωτικό ίδρυμα, συναηλλάσσεται με τα μέλη του, με άλλα πιστωτικά ιδρύματα, καθώς και με το Ελληνικό Δημόσιο. Κατόπιν έγκρισης της Τράπεζας της Ελλάδος και υπό τους ειδικότερους όρους και προϋποθέσεις που αυτή θέτει κατά περίπτωση, ο συνεταιρισμός μπορεί να συναηλλάσσεται και με μη μέλη του μέχρι ποσού που σε καμία περίπτωση δεν υπερβαίνει ποσοστό 50% επί των χορηγήσεών του ή των καταθέσεών του»*. Αντίστοιχες διατάξεις περιελάμβανε και το προϊσχύσαν θεσμικό πλαίσιο και δη του άρθρου 5 παρ. 3 του ν. 3601/2007<sup>44</sup>. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι συνεταιριστική τράπεζα δεν επιτρέπεται να εκδίδει ονομαστικά ομολόγα τα οποία είναι ελεύθερως μεταβιβάσιμα ως αξιόγραφα, επειδή κατ' αυτόν τον τρόπο θα μπορούσαν να αποκτήσουν την ιδιότητα του ομολογιούχου – και, κατ' αυτόν τον τρόπο, του συναηλλασσομένου με τη συνεταιριστική τράπεζα – και πρόσωπα, τα οποία δεν επιτρεπόταν, κατά την ανωτέρω διάταξη, να συναηλλάσσονται με τη συνεταιριστική τράπεζα. Τούτο όμως δεν εμπόδιζε τις συνεταιριστικές τράπεζες να εκδίδουν ονομαστικά ομολόγα με περιορισμούς ως προς τη μεταβίβασή τους, έτσι ώστε να διασφαλίζεται ότι οι αποκτώντες αυτά ανήκουν στην κατηγορία των προσώπων τα οποία, κατά το άρθρο 5 παρ. 3 του ν. 3601/2007, επιτρεπόταν να συναηλλάσσονται με την συνεταιριστική τράπεζα.

Οι συνεταιριστικές τράπεζες μπορούσαν, επομένως, και πριν από την προσθήκη της παρ. 6 στο άρθρο 3 του ν. 1667/1986 με το άρθρο 26 παρ. 3 του ν. 3867/2010 να εκδίδουν ονομαστικά τραπεζικά ομολόγα που έχουν ως υποκείμενη σχέση το δανεισμό της συνεταιριστικής τράπεζας από τους δικαιούχους των τραπεζικών ομολόγων. Τα ομολόγα αυτά θα έπρεπε, όμως, να εκδοθούν με περιορισμούς ως προς τη μεταβίβαση, έτσι ώστε να διασφαλίζεται η τήρηση του άρθρου 5 παρ. 3 του ν. 3601/2007. Από την εκτεθείσα διάταξη της παρ. 3 δεύτερο εδάφιο του άρθρου 8 του ν. 4261/2014, που ορίζει ότι η Τράπεζα της Ελλάδος μπορεί να παράσχει άδεια σε συνεταιριστική τράπεζα να συναηλλάσσεται και με μη μέλη της μέχρι ποσού που δεν υπερβαίνει ποσοστό 50% επί των χορηγήσεών της ή των καταθέσεών της, υπό τους ειδικότερους όρους και προϋποθέσεις της άδειας αυτής, προκύπτει, επομένως, η δυνατότητα έκδοσης ελεύθερα μεταβιβάσιμων ονομαστικών ομολόγων από συνεταιριστική τράπεζα που έχει λάβει αυτή την άδεια. Η ευχέρεια αυτή είχε διανοιχθεί από το ν. 3601/2007 (εδ. β' και γ' παρ. 3 άρθρ. 5)<sup>45</sup>.

44 Σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της διάταξης αυτής, *«ο πιστωτικός συνεταιρισμός που λαμβάνει άδεια λειτουργίας ως πιστωτικό ίδρυμα, συναηλλάσσεται με τα μέλη του, με άλλα πιστωτικά ιδρύματα, καθώς και με το Ελληνικό Δημόσιο»*.

45 Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή: *«Κατόπιν έγκρισης της Τράπεζας της Ελλάδος και υπό τους ειδικότερους όρους και προϋποθέσεις που αυτή τυχόν θέτει κατά περίπτωση, ο συνεταιρισμός μπορεί να συναηλλάσσεται και με μη μέλη του μέχρι ποσού που σε καμία περίπτωση δεν υπερβαίνει ποσοστό 50% επί των χορηγήσεών του ή των καταθέσεών του»*.

Τα ομόλογα αυτά θα έπρεπε, όμως, να εκδοθούν με περιορισμούς ως προς τη μεταβίβαση, έτσι ώστε να διασφαλίζεται η τήρηση του (τότε ισχύοντος) άρθρου 5 παρ. 3 του ν. 3601/2007.

Ως προς τον υπολογισμό των ομολόγων μειωμένης εξασφάλισης στα ίδια μέσα κατηγορίας 2 (tier 2) της συνεταιριστικής τράπεζας σημειωτέα τα εξής: Όπως προβλέπεται στο άρθρο 62 του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ (του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Ιουνίου 2013 σχετικά με τις απαιτήσεις προληπτικής εποπτείας για πιστωτικά ιδρύματα και επιχειρήσεις επενδύσεων και την τροποποίηση του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 648/2012) τα πιστωτικά ιδρύματα δύνανται να αντλούν ίδια κεφάλαια που είναι αποδεκτά ως «μέσα της κατηγορίας 2» εφόσον πληρούνται οι όροι του άρθρου 63 του Κανονισμού 575/2013/ΕΕ. Τα ομόλογα μειωμένης εξασφάλισης ενσωματώνουν απαιτήσεις ως προς τα ληξιπρόθεσμα ποσά των ομολόγων (κεφάλαιο και τόκους), οι οποίες, σε περίπτωση εκκαθάρισης ή εν γένει αφερεγγυότητας του πιστωτικού ιδρύματος, δεν θα εξοφληθούν παρά μόνο μετά την εξόφληση όλων των άλλων κατηγοριών οφειλών που εκκρεμούν κατά το χρόνο της πληρωμής ή της εκκαθάρισης ή οποιασδήποτε διαδικασίας αφερεγγυότητας και δεν είναι μειωμένης εξασφάλισης. Οι ομολογιούχοι προηγούνται μόνον των συνεταίρων από το προϊόν εκκαθάρισης. Οι συνεταιριστικές τράπεζες, ως εκδότες ομολόγων μειωμένης εξασφάλισης, δύνανται, επομένως, να ενισχύσουν τα ίδια κεφάλαιά τους και με αυτό τον τρόπο.

Η δυνατότητα έκδοσης μόνον ομολόγων μειωμένης εξασφάλισης δεν αποτελεί λύση επαρκή για την αντιμετώπιση του θέματος της άντλησης των ιδίων κεφαλαίων που απαιτούνται για τη διασφάλιση της κεφαλαιακής επάρκειας των συνεταιριστικών τραπεζών.

### 3.3. Τα μετατρέψιμα σε συνεταιριστικές μερίδες συνεταιριστικά ομόλογα

Το δικαίωμα έκδοσης από τις συνεταιριστικές τράπεζες ομολόγων μετατρέψιμων σε συνεταιριστικές μερίδες προβλέφθηκε ρητώς με την παρ. 3 του άρθρου 26 του ν. 3867/2010, που προσέθεσε στο άρθρο 3 του ν. 1667/1986 την παρ. 6. Σημειώνεται, μάλιστα, ότι η σημασία της επιφύλαξης στο τέλος της περ. α' της παρ. 6, μέσω της παραπομπής στην παράγραφο 3, είναι περιορισμένης αξίας αφής στιγμής δεν υφίστανται πλέον εκ του νόμου περιορισμοί ως προς τον αριθμό των συνεταιριστικών μερίδων που δύνανται να αποκτή ο συνεταίρος στη συνεταιριστική τράπεζα. Οι διατάξεις των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 6 του άρθρου 3 του ν. 1667/1986 (βλ. κατωτέρω υπό 3.3.), αναγνωρίζοντας ρητώς τη δυνατότητα μεταβίβασης των ομολόγων που εκδίδει η συνεταιριστική τράπεζα, ως αξιογράφων, διαγράφουν το πλαίσιο των όρων που δύνανται να διέπουν τα συνεταιριστικά ομόλογα και ρυθμίζουν θέματα μεταβιβασιμότητάς τους.

Με την παρ. 7 περίπτωση α' του άρθρου 3 του ν. 1667/1986, που προστέθηκε με το άρθρο 98 Ν.4316/2014, δόθηκε μάλιστα η δυνατότητα άρσης οποιωνδήποτε

περιορισμών ως προς τη μεταβιβασιμότητα των ομολόγων των συνεταιριστικών τραπεζών. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή «τα ομόλογα και οι προαιρετικές μερίδες πιστωτικών συνεταιρισμών που λειτουργούν ως πιστωτικά ιδρύματα με άδεια της Τράπεζας της Ελλάδος, δύνανται να εισαχθούν σε οργανωμένη αγορά της παρ. 10 του άρθρου 2 του ν. 3606/2007. Προς το σκοπό του προηγούμενου εδαφίου, τα ομόλογα και οι προαιρετικές μερίδες αποτελούν κινητές αξίες κατά την έννοια της παραγράφου 13 του άρθρου 2 του ν. 3606/2007».

Πλην όμως η ελεύθερη μεταβιβασιμότητα των συνεταιριστικών ομολόγων και των προαιρετικών συνεταιριστικών μερίδων, που προβλέπει η διάταξη αυτή, δεν ισχύει παρά μόνον εφόσον τα ομόλογα ή οι συνεταιριστικές μερίδες εισαχθούν σε οργανωμένη αγορά. Έως τότε, εξακολουθούν να ισχύουν οι εκ του νόμου προβλεπόμενοι περιορισμοί που αναλύθηκαν παραπάνω ως προς το πρόσωπο του αποκτώντος. Τα μετατρέψιμα ομόλογα και οι προαιρετικές συνεταιριστικές μερίδες, μέχρι να εισαχθούν σε οργανωμένη αγορά, μεταβιβάζονται σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 4 του ν. 1667/1986 και τις ειδικότερες διατάξεις του καταστατικού της συνεταιριστικής τράπεζας και δεν είναι δεκτικές διαπραγματεύσεως στην κεφαλαιαγορά, άρα δεν συνιστούν κινητές αξίες.

Από τη διάταξη της περίπτωσης ε΄ της παραγράφου 7 του άρθρου 3 του ν. 1667/1986, που προβλέπει ότι «η απόκτηση των ομολόγων και προαιρετικών μερίδων της παρούσας παραγράφου δεν προσδίδει στους κατόχους τους την ιδιότητα του μέλους του συνεταιρισμού» συνάγεται ότι εισαγωγή σε οργανωμένη αγορά δεν νοείται παρά μόνον για προαιρετικές μερίδες χωρίς δικαίωμα ψήφου. Αντίστοιχα ισχύει και ως προς τα μετατρέψιμα ομόλογα: Για να εισαχθούν αυτά σε οργανωμένη αγορά, εφόσον είναι μετατρέψιμα σε συνεταιριστικές μερίδες, αυτές θα πρέπει να ανήκουν μόνο στην κατηγορία των προαιρετικών χωρίς δικαίωμα ψήφου συνεταιριστικών μερίδων. Διαφορετικά θα κατελήγετο κάθε συνοχή στο συνεταιριστικό δίκαιο, αφού θα επετρεπότο σε πρόσωπα που δεν είναι συνεταίροι, να ψηφίζουν στη γενική συνέλευση, όπερ άτοπο<sup>46</sup>.

### 3.4. Οι προαιρετικές συνεταιριστικές μερίδες

#### 3.4.1. Ενίσχυση των περιουσιακής φύσεως δικαιωμάτων μέσω ρυθμίσεων για τις προαιρετικές συνεταιριστικές μερίδες

Με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 3 του άρθρου 3 του ν. 1667/1986, όπως διαμορφώθηκε τελικώς με το άρθρο 167 παρ.1 του ν. 4261/2014 σε συνέχεια των τροποποιήσεων με την παρ. 1 του άρθρου 26 του ν. 3867/2010 και με το άρθρο 8 του ν. 3631/2008, προβλέπεται ότι το καταστατικό των συνεταιριστικών τραπε-

46 Πρβλ. και Κιντή, Συνεταιριστικές Τράπεζες, σελ. 118.

ζών μπορεί να επιτρέψει την απόκτηση από κάθε συνεταίρο απεριόριστου αριθμού προαιρετικών συνεταιριστικών μερίδων, η αξία των οποίων είναι ίση με την αξία της υποχρεωτικής μερίδας.

Η περίπτωση γ' της παρ. 6 του άρθρου 3 του ν. 1667/1986, που προστέθηκε με το άρθρο 167 παρ. 2 του ν. 4261/2014, ορίζει ότι το καταστατικό πιστωτικού συνεταιρισμού που λειτουργεί ως πιστωτικό ίδρυμα δύναται να προβλέπει την έκδοση προαιρετικών μερίδων χωρίς δικαίωμα ψήφου με προνόμιο, το οποίο θα συνίσταται σε δικαίωμα απόληψης μερίσματος πολλαπλασιασίου εκείνου που αντιστοιχεί σε κάθε κοινή συνεταιριστική μερίδα. Από τη διατύπωση της διάταξης προκύπτει ότι αυτή περιορίζει την ελευθερία της γενικής συνέλευσης να καθορίζει την έκταση και το περιεχόμενο των περιουσιακής φύσεως δικαιωμάτων των προαιρετικών μερίδων χωρίς δικαίωμα ψήφου και ότι απαγορεύεται πρόβλεψη προνομιακής ικανοποίησης των κυρίων των εν λόγω προνομιακών μερίδων από το προϊόν της εκκαθάρισης. Επιβάλλει επίσης η διάταξη όπως, κατά τη διανομή των καθαρών κερδών, όλες ανεξαιρέτως οι συνεταιριστικές μερίδες να ικανοποιούνται στην ίδια σειρά. Η διάταξη αυτή επιβάλλει τη λήψη σχετικής απόφασης από τη γενική συνέλευση με τα αυξημένα ποσοστά απαρτίας και πλειοψηφίας της παραγράφου 4 του άρθρου 5 και της παραγράφου 6 του άρθρου 5 του ν. 1667/1986, αντίστοιχα.

### 3.4.2. Η προβληματική των ρυθμίσεων

Η διάταξη της περίπτωσης γ' της παρ. 6 του άρθρου 3 του ν. 1667/1986, που προστέθηκε με το άρθρο 167 παρ. 2 του ν. 4261/2014, αν και εκ πρώτης όψεως φαίνεται να έχει «φιλελεύθερο» χαρακτήρα, στην πραγματικότητα διαπνέεται από έντονα παρεμβατικό-ρυθμιστικό πνεύμα, σε αντίθεση με τις περιπτώσεις α' και β' της ίδιας παραγράφου, που είχαν προστεθεί με την παρ. 3 του άρθρου 26 του ν. 3867/2010. Συγκεκριμένα, οι περιπτώσεις α' και β' προβλέπουν:

α) ότι το καταστατικό συνεταιριστικής τράπεζας μπορεί να παράσχει τη δυνατότητα μετατροπής ομολόγων που αυτή εκδίδει σε συνεταιριστικές μερίδες, διευκρινίζοντας ότι για τον προσδιορισμό της τιμής μετατροπής του ομολόγου σε συνεταιριστική μερίδα ισχύουν οι διατάξεις του ν. 1667/1986 για την κτήση συνεταιριστικών μερίδων, κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στο καταστατικό της συνεταιριστικής τράπεζας και

β) ότι το δικαίωμα μετατροπής ομολόγων σε συνεταιριστική μερίδα δύναται να ασκήσει και άλλο πρόσωπο καθοριζόμενο από τον ομολογιούχο συνεταίρο, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο καταστατικό του συνεταιρισμού.

Από το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης β', που ορίζει ότι για την απόκτηση της ιδιότητας του συνεταίρου από το πρόσωπο που αποκτά το δικαίωμα μετατροπής ομολόγων σε συνεταιριστική μερίδα ισχύουν οι κανόνες του ν. 1667/1986 για την απόκτηση της συνεταιριστικής ιδιότητας σε συνδυασμό με τις σχετικές διατάξεις του



καταστατικού της συνεταιριστικής τράπεζας, συνάγεται ότι ο αποκτών το δικαίωμα μετατροπής ομολόγων σε συνεταιριστικές μερίδες – αποκτώντας το προφανώς μαζί με τα ομόλογα – δύναται να μην είναι συνεταίρος<sup>47</sup>. Εφόσον όμως ασκήσει τούτο, αποκτά την ιδιότητα του συνεταίρου, σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις του καταστατικού και του ν. 1667/1986, εφόσον συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις. Εξυπακούεται, επομένως, ότι αν ο ομολογιούχος αποκτήσει περισσότερες συνεταιριστικές μερίδες, η πρώτη λογίζεται ως υποχρεωτική και οι υπόλοιπες ως προαιρετικές.

Η διάταξη της περίπτωσης γ' της παραγράφου 6 του άρθρου 3 του ν. 1667/1986 περιορίζει υπερβολικά και άνευ λόγου τη δυνατότητα διάπλησης από την ίδια τη συνεταιριστική τράπεζα των δικαιωμάτων των προαιρετικών μερίδων με προνόμιο. Από το στενό και περιοριστικό ρυθμιστικό πεδίο της διάταξης συνάγεται, κατ' αντιδιαστολή, ενδεικτικώς, ότι δεν είναι δυνατή η έκδοση προνομιούχων προαιρετικών συνεταιριστικών μερίδων με άλλα χαρακτηριστικά ούτε με δικαίωμα μετατροπής σε κοινές προαιρετικές συνεταιριστικές μερίδες, δηλαδή και με δικαίωμα ψήφου. Δεν ρυθμίζεται, εξάλλου, το κλασικό θέμα της ύπαρξης δύο γενικών συνελεύσεων που θα είναι αρμόδιες να αποφασίζουν για θέματα που αφορούν τροποποίηση των δικαιωμάτων των κυρίων των προνομιούχων προαιρετικών μερίδων, ιδίως ως προς ζητήματα μετατροπής τους, όπως ισχύει στις ανώνυμες εταιρίες (βλ. ενδεικτικώς άρθρο 3 παρ. 5 κ.ν. 2190/1920).

### 3.5. Ενίσχυση των διοικητικής φύσεως δικαιωμάτων των συνεταίρων

Όπως εκτέθηκε, το άρθρο 4 παρ. 2 του ν. 1667/1986 περιόριζε σημαντικά τα διοικητικής φύσεως δικαιώματα που μπορούσε να ασκεί ένας συνεταίρος, αφού, ως προς τους πιστωτικούς συνεταιρισμούς που λειτουργούν ως πιστωτικά ιδρύματα, όριζε ότι οι ψήφοι ενός μέλους δεν μπορεί να είναι περισσότερες από πέντε ούτε να υπερβαίνουν το 2% του συνολικού αριθμού ψήφων. Η προσέληκυση, όμως, σημαντικών κεφαλαιοδοτών και στρατηγικών εταίρων με τεχνογνωσία κατέστη ιδίως το έτος 2015 περισσότερο απαραίτητη από ποτέ για να προληφθεί η θέση μερικών συνεταιριστικών τραπεζών σε καθεστώς εκκαθάρισης και για τη διατήρησή τους στη ζωή. Οι κεφαλαιοδοτές αυτοί δεν ήταν όμως διατεθειμένοι να διαθέσουν στις συνεταιριστικές τράπεζες τα κεφάλαια που ήταν απαραίτητα για την επιβίωσή τους, χωρίς να έχουν δικαιώματα ψήφου και σύμπραξης σε θέματα διοίκησης, που αναλογούν στην κεφαλαιουχική τους συμμετοχή.

Ο νομοθέτης βρέθηκε, λοιπόν, ενώπιον του διλήμματος ή να τροποποιήσει τη συνεταιριστική νομοθεσία στην εκτεθείσα κατεύθυνση, προσδοκώντας την προσέληκυση κεφαλαιοδοτών του ιδιωτικού τομέα που θα συμμετείχαν στην ανακεφαλαι-

47 Η διάταξη περιέχει και φορολογικού δικαίου κίνητρα, προβλέποντας ότι η άσκηση του δικαιώματος μετατροπής ομολόγων σε συνεταιριστικές μερίδες, καθώς και η μεταβίβαση του δικαιώματος αυτού, απαλλάσσονται παντός φόρου ή τέλους.



οποίηση των συνεταιριστικών τραπεζών, ή να κληθεί να αντιμετωπίσει τους κινδύνους της θέσης σε ειδική εκκαθάριση αρκετών συνεταιριστικών τραπεζών, που δεν θα κάλυπταν το διαπιστωθέν κεφαλαιακό έλλειμμα. Σημειωτέον ότι η θέση σε ειδική εκκαθάριση οποιουδήποτε πιστωτικού ιδρύματος συνεπάγεται σημαντική επιβάρυνση του όλου ελληνικού χρηματοπιστωτικού συστήματος, καθόσον καλείται το Ταμείο Εξυγίανσης του ΤΕΚΕ και, κατ' ουσίαν, τα πιστωτικά ιδρύματα-μέλη του, να καλύψουν το χρηματοδοτικό κενό που δημιουργείται σχετικώς.

Το εκτεθέν πρόβλημα αντιμετώπισε με γενναιότητα ο νομοθέτης μέσω του ν. 4340/2015 για την ανακεφαλαιοποίηση των πιστωτικών ιδρυμάτων, έστω και την τελευταία κυριολεκτικώς στιγμή για πολυτές συνεταιριστικές τράπεζες, επιδιώκοντας τη βελτίωση του θεσμικού πλαισίου των συνεταιριστικών τραπεζών, έτσι ώστε να μπορεί να ενισχυθεί με ιδιωτικά κεφάλαια η κεφαλαιακή τους βάση και για να καταστεί δυνατή η προσέλιψη σημαντικών εταίρων. Με το νόμο αυτό, μεταξύ άλλων, επέρχονται σημαντικές τροποποιήσεις στη νομοθεσία για τις συνεταιριστικές τράπεζες, για να μπορεί να ενισχυθεί με ιδιωτικά κεφάλαια η κεφαλαιακή τους βάση και για να καταστεί δυνατή η προσέλιψη ιδιωτών επενδυτών/κεφαλαιοδοτών, θεσμικών και στρατηγικών εταίρων στο πλαίσιο της ανακεφαλαιοποίησης, η οποία, για αρκετές από αυτές, έπρεπε να έχει ολοκληρωθεί εντός του έτους 2015, λόγω κεφαλαιακών ελλειμμάτων που είχαν εμφανίσει, η μη κάλυψη των οποίων θα οδηγούσε αναγκαστικά σε ανάκληση της άδειας λειτουργίας τους, όπως συνέβη εν τέλει για μία από αυτές. Πρόκειται για καινοτομίες ουσίας στο συνεταιριστικό δίκαιο.

Με τις νέες διατάξεις του άρθρου 5 του ν. 4340/2015 έγινε θαρραλέα τομή στο συνεταιριστικό δίκαιο και δημιουργήθηκαν προϋποθέσεις για τη συνέχιση λειτουργίας των συνεταιριστικών τραπεζών, οι οποίες, ανακεφαλαιοποιημένες, θα είναι σε θέση να χρηματοδοτούν τις τοπικές επιχειρήσεις και να ενισχύουν την τοπική οικονομία και κοινωνία. Όπως τονίζεται στην αιτιολογική έκθεση, *«ο ρόλος των συνεταιριστικών τραπεζών για τη χρηματοδότηση των υγιών και βιώσιμων μελών τους και, κατ' αυτόν τον τρόπο την ενίσχυση της πραγματικής οικονομίας των τοπικών κοινωνιών, για να ενισχυθούν η επιχειρηματικότητα και η απασχόληση και να δημιουργηθούν πραγματικές συνθήκες ανάπτυξης και οικονομικής και κοινωνικής προόδου στις τοπικές οικονομίες, είναι σπουδαιότερος από ποτέ σήμερα που συνεπεία της χρηματοοικονομικής κρίσεως έχει αποδυναμωθεί η λειτουργία των μηχανισμών της αγοράς»*.

Οι νέες διατάξεις επιτρέπουν στη συνεταιριστική τράπεζα να αναπτύξει, στη βάση της αρχής της αυτοδιοίκησης, σύστημα κινήτρων για να ελκύσει πρόσωπα που θα επιθυμούσαν να συμμετάσχουν με μεγάλα ποσά στο συνεταιριστικό κεφάλαιο ή διαθέτουν, παράλληλα, ειδική τεχνογνωσία και ειδικά προσόντα χρήσιμα για την ανάπτυξη των εργασιών του συνεταιρισμού. Τα κίνητρα αυτά συνίστανται στη διασφάλιση για τα εν λόγω πρόσωπα της συμμετοχής τους στο διοικητικό συμβούλιο του συνεταιρισμού, εφόσον κατέχουν ένα συγκεκριμένο ποσοστό του συνεταιριστικού κεφα-

ηαίου, καθώς και την άσκηση δικαιωμάτων ψήφου, αναλόγως της συμμετοχής τους στο συνεταιριστικό κεφάλαιο.

Με τις νέες διατάξεις επιτρέπεται στις συνεταιριστικές τράπεζες, τροποποιώντας το καταστατικό τους, να καταργήσουν τον υφιστάμενο ως τώρα φραγμό του νόμου, που δεν επέτρεπε σε ένα συνέταιρο να έχει πέραν των πέντε ψήφων στη γενική συνέλευση. Η γενική συνέλευση της συνεταιριστικής τράπεζας θα αποφασίσει για τα δικαιώματα ψήφου που θα δοθούν στους στρατηγικούς συνεταίρους εταίρους, τους όρους συμμετοχής τους στη διοίκηση της τράπεζας και τα όρια των δικαιωμάτων τους. Συγκεκριμένα:

α) Με το άρθρο 5 παρ. 1 του ν. 4340/2015 προστίθεται παράγραφος 2α στο άρθρο 4 του ν. 1667/1986, σύμφωνα με την οποία συνεταίρος που κατέχει ποσοστό τουλάχιστον 10% της συνολικής ονομαστικής αξίας των συνεταιριστικών μερίδων, δύναται να ορίζει μέλη του διοικητικού συμβουλίου του συνεταιρισμού μέχρι του ενός τρίτου (1/3) του προβλεπόμενου συνολικού αριθμού αυτών. Μεταξύ αυτών μπορεί να είναι είτε το ένα από τα δύο πρόσωπα πλήρους απασχόλησης (εκτελεστικά μέλη) που όντως διευθύνουν τη δραστηριότητα του πιστωτικού ιδρύματος είτε έως δύο από τα τρία μη εκτελεστικά μέλη του διοικητικού συμβουλίου που απαρτίζουν την επιτροπή ελέγχου. Η υπαλληλακτική διατύπωση εξηγείται για λόγους αποφυγής ταύτισης ελέγχοντος και ελεγχόμενου. Σύμφωνα με τη νέα διάταξη, δεν αποκλείεται το δικαίωμα ορισμού μελών του διοικητικού συμβουλίου να παρασχεθεί σε περισσότερα του ενός μέλη του συνεταιρισμού. Σ' αυτήν την περίπτωση, όμως, ο συνολικός αριθμός μελών του διοικητικού συμβουλίου του συνεταιρισμού που μπορούν να ορίσουν τα εν λόγω μέλη του δεν μπορεί να υπερβαίνει τα δύο πέμπτα (2/5) του προβλεπόμενου στο καταστατικό συνολικού αριθμού των μελών του διοικητικού συμβουλίου.

Σύμφωνα με την παρ. 2β του άρθρου 4 του ν. 1667/1986, που προστέθηκε με το άρθρο 5 παρ. 1 του ν. 4340/2015, το καταστατικό μπορεί να ορίζει ειδικά θέματα σε σχέση με το διορισμό των προσώπων αυτών, ειδικές συμφωνίες που μπορεί να ισχύουν μεταξύ του συνεταίρου και της συνεταιριστικής τράπεζας κλπ. Η διάταξη αυτή, προβλέποντας ρητώς ότι το καταστατικό δύναται να ορίζει α) τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια, ποσοτικά ή και ποιοτικά, για να απονεμηθούν σε ορισμένο ή ορισμένα μέλη ένα ή περισσότερα από τα δικαιώματα της παραγράφου 2α, καθώς και β) τη διαδικασία ασκήσεως των παρεχομένων δικαιωμάτων, διασφαλίζει την αυτοδιοίκηση, αλλήλ και τη διαπληστική δυνατότητα των συνεταιριστικών τραπεζών. Η παράθεση στο νόμο των κριτηρίων που μπορεί να καθορίζει το καταστατικό<sup>48</sup> είναι ενδεικτική.

48 Τέτοια, πέραν των ρητώς καθοριζόμενων στην παρ. 2α, είναι το ποσοστό του αριθμού των ψήφων, τυχόν ανάληψη δέσμευσης του μέλους του συνεταιρισμού έναντι του συνεταιρισμού, η διάρκεια ισχύος της οποίας μπορεί να προσδιορισθεί, τυχόν παροχή από το μέλος ειδικής τεχνογνωσίας, η ιδιότητα του μέλους ως στρατηγικού εταίρου στο πλαίσιο συμφωνίας που έχει καταρτίσει με τη διοίκηση του συνεταιρισμού κ.λπ. Το καταστατικό μπορεί να προβλέπει επίσης και συγκεκριμένους λόγους απώλειας του δικαιώματος διορισμού μελών του διοικητικού συμβουλίου, που παρέχεται στο μέλος του συνεταιρισμού.

Η διάταξη της παρ. 2α του άρθρου 4 του ν. 1667/1986, που προστέθηκε με το άρθρο 5 παρ. 1 του ν. 4340/2015, εισάγεται κατά το πρότυπο του άρθρου 18 παρ. 3 του κ.ν. 2190/1920, το οποίο μάλιστα επιτρέπει την παροχή με το καταστατικό της ανώνυμης εταιρίας σε μέτοχο του δικαιώματος να διορίζει μέχρι το 1/3 των μελών του διοικητικού συμβουλίου, χωρίς προϋπόθεση συγκεκριμένης ελάχιστης συμμετοχής του εν λόγω μετόχου στο μετοχικό κεφάλαιο.

β) Ο συνεταίρος μπορεί να κατέχει και ασκεί δικαιώματα ψήφου, βάσει των συνεταιριστικών μερίδων που έχει, μέχρι και του 33% του συνολικού αριθμού ψήφων που αντιστοιχούν στο σύνολο των συνεταιριστικών μερίδων. Σε κάθε περίπτωση, οι συνεταίροι που τα δικαιώματα ψήφου τους υπερβαίνουν 5% του συνολικού αριθμού ψήφων, δεν δικαιούνται να ασκούν αθροιστικώς ποσοστό δικαιωμάτων ψήφου υψηλότερο του 50% του συνόλου των δικαιωμάτων ψήφου. Συγκεκριμένα, με το άρθρο 5 παρ. 2 στοιχ. α του ν. 4340/2015 καταργήθηκε το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 4 του ν. 1667/1986, που απαγόρευε την παροχή σε μέλος συνεταιριστικής τράπεζας περισσότερων από πέντε ψήφων και, σε κάθε περίπτωση, υπέρβαση του 2% του συνολικού αριθμού ψήφων. Με τις νέες διατάξεις επιτρέπεται ο καθορισμός των δικαιωμάτων ψήφου που δικαιούται να ασκεί ένας συνεταίρος σε συνάρτηση προς τον αριθμό των μερίδων με δικαίωμα ψήφου, με τα εκτεθέντα όρια.

### 3.6. Ο ενδοτικού δικαίου χαρακτήρας των νέων διατάξεων του ν. 4340/2015

Οι νέες διατάξεις δεν καταργούν τον κανόνα ότι στις συνεταιριστικές τράπεζες κάθε συνεταιριστική μερίδα παρέχει δικαίωμα μιας ψήφου. Απλώς, καταργούνται περιοριστικοί κανόνες αναγκαστικού δικαίου ως προς την έκταση των δικαιωμάτων ψήφου που μπορούν να διαθέτουν και ασκούν οι συνεταίροι και, ενισχυομένης της αυτοδιοίκησης των συνεταιριστικών τραπεζών, παρέχεται το δικαίωμα στις ίδιες τις συνεταιριστικές τράπεζες, με απόφαση της γενικής τους συνέλευσης και σχετικής τροποποίησης του καταστατικού, να χορηγήσουν στους συνεταίρους δικαιώματα ψήφου ανάλογα με την κεφαλαιουχική συμμετοχή τους, τον αριθμό δηλαδή των συνεταιριστικών μερίδων που κατέχουν. Την έκταση των δικαιωμάτων θα αποφασίσει πάντως η ίδια η γενική συνέλευση της συνεταιριστικής τράπεζας, με κατάλληλη τροποποίηση του καταστατικού, δυνάμενη να θέσει όρια στα δικαιώματα αυτά και όρους άσκησής τους.

Το όριο του 33% των δικαιωμάτων ψήφου, επί του συνόλου των δικαιωμάτων ψήφου, που μπορεί να ασκήσει συνεταίρος, νοείται ως το ανώτατο ποσοστό δικαιωμάτων ψήφου που μπορεί να επιτρέπει το καταστατικό συνεταιριστικής τράπεζας να αποκτά μέλος της, ακόμη και αν η συμμετοχή του στο συνεταιριστικό κεφάλαιο είναι μεγαλύτερη, παρεχομένης της δυνατότητας σε καταστατικό συνεταιριστικής τράπεζας να καθορίσει και μικρότερο ποσοστό. Ο διπλός φραγμός που εισάγει η διάταξη – ότι

δηλαδή όσοι συνεταίροι συνεταιριστικής τράπεζας έχουν δικαιώματα ψήφου που υπερβαίνουν το ποσοστό που θα καθορίσει το καταστατικό, το οποίο (ποσοστό) δεν μπορεί όμως να ορισθεί υψηλότερο του 5% του συνολικού αριθμού ψήφων, δεν δικαιούνται να ασκήσουν συνολικώς (αθροιστικώς) συγκεκριμένο ποσοστό ψήφων που θα καθορίζει το καταστατικό, το οποίο ποσοστό δεν μπορεί να ορισθεί υψηλότερο του 50% του συνόλου των δικαιωμάτων ψήφου – αποσκοπεί στο να αποτραπεί η δυνατότητα περισσότερων συνεταίρων με υψηλή ποσοστό συμμετοχής στο κεφάλαιο του συνεταιρισμού να αλλοιώσουν και καταργήσουν το προσωπικό στοιχείο του συνεταιρισμού. Κατ' αυτόν τον τρόπο, διατηρείται το προσωπικό στοιχείο του συνεταιρισμού και, επιπλέον, παρέχεται η δυνατότητα σε κάθε συνεταιριστική τράπεζα να αυτοκαθορισθεί, καθορίζοντας δηλαδή και αυστηρότερα όρια. Τούτο μπορεί να επιτευχθεί με την παροχή λιγότερων δικαιωμάτων ψήφου σε συνεταίρους που συμμετέχουν με μεγάλα κεφάλαια στη συνεταιριστική τράπεζα.

Σε κάθε περίπτωση, οι νέες διατάξεις αφήνουν στη συμβατική ελευθερία μεγάλο περιθώριο διάπλασης των συσχετισμών ως προς τη διαμόρφωση των διοικητικών δικαιωμάτων. Προβλέπουν, συγκεκριμένα, ότι το καταστατικό της συνεταιριστικής τράπεζας μπορεί να καθορίζει ειδικά θέματα για τα οποία η λήψη απόφασης από τη γενική συνέλευση απαιτεί διπλή πλειοψηφία: τόσο του συνόλου των μελών της συνεταιριστικής τράπεζας (προσωπικό στοιχείο), όσο και του συνόλου του αριθμού των συνεταιριστικών μερίδων με δικαίωμα ψήφου (κεφαλαιουχικό στοιχείο). Το καταστατικό μπορεί, μάλιστα, να εξειδικεύει περισσότερο τα θέματα αυτά και να καθορίζει συγκεκριμένο απαιτούμενο ποσοστό ψήφων και των δύο κατηγοριών για καθένα απ' αυτά τα θέματα. Οι νέες ρυθμίσεις δημιουργούν, επομένως, περιθώρια μεγάλης διαπληστικής ελευθερίας, που επιτρέπουν να ληφθούν υπόψη οι ιδιαιτερότητες και ανάγκες [της] κάθε συνεταιριστικής τράπεζας.

Αξίζει, επίσης, να σημειωθεί και το εδάφιο που προστέθηκε με το άρθρο 5 παρ. 2 στοιχ. β του ν. 4340/2015 στο τέλος της παρ. 1 του άρθρου 5 του ν. 1667/1986, το οποίο λειτουργεί ως «αντίβαρο» στην παροχή περισσότερων δικαιωμάτων ψήφου σε συνεταίρους με μεγάλη κεφαλαιουχική συμμετοχή. Η διάταξη αυτή, βαίνουσα πέραν εκείνης της παρ. 1 του άρθρου 5, που επιτρέπει μόνον για τους συνεταιρισμούς που έχουν περισσότερα από χίλια μέλη εξαιρέσεις από τον κανόνα της αυτοπρόσωπης παρουσίας στη γενική συνέλευση, παρέχει ειδικώς για τις συνεταιριστικές τράπεζες, οι οποίες έχουν κάνει χρήση των διατάξεων των εδαφίων 4 επόμενου άρθρου 4 παρ. 2 του ν. 1667/1986 και έχουν παράσχει στα μέλη τους δικαίωμα άνω των είκοσι ψήφων για συνεταιριστικές μερίδες που κατέχουν, τη δυνατότητα να προβλέψουν στο καταστατικό τους ότι το δικαίωμα συμμετοχής και ψήφου στη γενική συνέλευση ασκείται και δι' αντιπροσώπου, ο οποίος όμως πρέπει να είναι συνεταίρος. Στη συμβατική ελευθερία, μέσω του καταστατικού, καταλείπεται η ρύθμιση του αριθμού των συνεταίρων που θα δύναται να αντιπροσωπεύει ο κάθε συνεταίρος και, κατ' επέκταση, ο αριθμός των ψήφων με τις οποίες θα ψηφίζει ο αντιπρόσωπος.

Με τις νέες ρυθμίσεις διατηρείται ο προσωπικός χαρακτήρας ως το πρωταρχικό στοιχείο του συνεταιρισμού, διότι τίθενται πολλαπλοί φραγμοί στην άσκηση δικαιωμάτων από συνεταίρους που έχουν μεγάλη κεφαλαιουχική συμμετοχή. Σε κάθε περίπτωση, η πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου δεν επιτρέπεται να ασκείται από τους τυχόν «μεγάλο-συνεταίρους». Επιπλέον, κάθε συνεταιριστική τράπεζα έχει, στο πλαίσιο της αρχής της αυτοδιοίκησης, τη δυνατότητα να επιλέξει το βαθμό στον οποίο θα ενσωματώσει στο οργανωτικό της σχήμα το κεφαλαιουχικό στοιχείο. Ο νόμος θέτει, πάντως, ανώτατα όρια, που διασφαλίζουν ότι το προσωπικό στοιχείο έχει πάντα προτεραιότητα. Επιχειρείται, επομένως, ένας συγκερασμός του προσωπικού στοιχείου που πρυτανεύει στους συνεταιρισμούς, με την ανάγκη ενίσχυσης της κεφαλαιουχικής βάσης των πιστωτικών συνεταιρισμών, για να προληφθεί η εκκαθάρισή τους, που θα είχε πολλαπλές αρνητικές συνέπειες. Σε κάθε περίπτωση, ο βαθμός στον οποίο θα ενσωματωθούν τα κεφαλαιουχικά στοιχεία εξαρτάται από τη γενική συνέλευση [του] κάθε συνεταιρισμού, επαφίεται, δηλαδή, στην αρχή της αυτοδιάθεσης και αυτοδιοίκησης των συνεταιρισμών.

Η συμμετοχή ενός μεγάλου επενδυτή, π.χ. private equity fund, στο κεφάλαιο και, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη διοίκηση μιας συνεταιριστικής τράπεζας – προοπτική που διανοίγεται με τις νέες διατάξεις – θα μπορούσε να δημιουργήσει σημαντικές προοπτικές συνέργειας σε επενδυτικούς/επιχειρηματικούς τομείς, π.χ. με τη συμμετοχή του και σε προγράμματα αναδιάρθρωσης βιώσιμων επιχειρήσεων που είναι πελάτες/οφειλίτες της συνεταιριστικής τράπεζας. Στο δανειακό χαρτοφυλάκιο των περισσότερων συνεταιριστικών τραπεζών υπάρχουν επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται σε τομείς με προοπτικές, μεταξύ άλλων ενέργειας, ακινήτων, ξενοδοχείων κ.λπ., ο οποίες αντιμετωπίζουν προβλήματα ρευστότητας ή και επάρκειας ιδίων κεφαλαίων. Η συμμετοχή ενός επενδυτή στο κεφάλαιο τέτοιων επιβεβλημένων επιχειρήσεων, στο πλαίσιο αναδιάρθρωσης του δανεισμού τους και στρατηγικού αναπροσανατολισμού τους, π.χ. με νέο management, μπορεί να δημιουργήσει σημαντικές θετικές προοπτικές για την τράπεζα, τις επιχειρήσεις, καθώς και για τον επενδυτή.

#### 4. Επίλογος

Η δικαιοκή διαμόρφωση του πιστωτικού συνεταιρισμού ως εμπορικού νομικού προσώπου<sup>49</sup> καθιστά εναργή την επίδραση των οικονομικών εξελίξεων στη μορφολογία των εταιρικών μορφών και τύπων. Στον πιστωτικό συνεταιρισμό, με τις νομοθετικές εξελίξεις των τελευταίων ετών, είναι εμφανής η ενίσχυση των κεφαλαιουχικών στοιχείων, αυτών δηλαδή που συνθέτουν την «ομάδα περιουσίας» ως στοιχείου του νομικού προσώπου, έναντι των προσωπικών στοιχείων. Αυτές οι αλλαγές δεν αλ-

49 Βλ. Α. Γεωργακόπουλου, Κέρδος–Ο Πυρήνας του Εμπορικού Δικαίου, 2008, σελ. 92 επ.

λοιώνουν όμως το πνεύμα και την ουσία των παραδοσιακών συνεταιριστικών αρχών. Απλώς συντελούν στην επικαιροποίηση και τον εκσυγχρονισμό τους, με τη δημιουργία νομικών προϋποθέσεων οικονομικού, περιουσιακού και διοικητικού εξορθολογισμού του πιστωτικού συνεταιρισμού.

Ο περιορισμός της δυνατότητας ρευστοποίησης των συνεταιριστικών μερίδων χάριν της διαφύλαξης της απαραίτητης για μια συνεταιριστική τράπεζα κεφαλαιουχικής βάσης δεν σημαίνει τίποτε άλλο, παρά διορθωτικό επαναπροσδιορισμό της συνεταιριστικής τυπολογίας: Η αρχή της ελεύθερης εξόδου του συνεταίρου και, συναφώς, της ελεύθερης ρευστοποίησης της συνεταιριστικής μερίδας ήταν συνηφασμένη με την αρχή ότι τα μέλη του συνεταιρισμού δεν είχαν περιουσιακά δικαιώματα ή, τουλάχιστον, ότι τα περιουσιακά τους δικαιώματα ήταν εντελώς δευτερεύοντος χαρακτήρα. Πρωτεύον στοιχείο του συνεταιριστικού τύπου ήταν η ενίσχυση της οικονομίας των μελών του, που επιτυγχανόταν ανεξαρτήτως αριθμού συνεταιριστικών μερίδων που κατείχε το μέλος. Η παροχή της δυνατότητας απόκτησης πολλών συνεταιριστικών μερίδων από ένα συνεταίρο σήμαινε άνοιγμα σε δυνατότητα κεφαλαιουχικού προσανατολισμού του συνεταιρισμού. Η εξέλιξη αυτή θα ήταν όμως όχι μόνο λειψή, αλλά και στρεβλή, αν δεν συνοδευόταν από παροχή διοικητικών δικαιωμάτων σε συνάρτηση με τον αριθμό των συνεταιριστικών μερίδων που κατείχε ο συνεταίρος. Και τούτο διότι η απόκτηση περισσότερων συνεταιριστικών μερίδων, αν αυτές δεν παρείχαν και δικαιώματα ψήφου, δεν θα μπορούσε να έχει παρά μόνον καθαρώς περιουσιακά κίνητρα, την απολαβή δηλαδή κατά το δυνατόν υψηλότερων κερδών, πράγμα που θα σήμαινε εκ πηλαγίου αλλοίωση του χαρακτήρα του συνεταιρισμού, που συνίσταται κυρίως στην προώθηση και ενίσχυση της οικονομίας των μελών του.

Ειδικώς στις συνεταιριστικές τράπεζες, αυτή η αλλαγή πλεύσης ήταν αναγκαία και για τη διασφάλιση επαρκών ιδίων κεφαλαίων. Και δεν μπορούσε παρά να συνοδευθεί από την αναγνώριση διοικητικών δικαιωμάτων στους συνεταίρους, αναλόγως του ύψους των κεφαλαιουχικών εισφορών τους. Αυτός ο «εκχρηματισμός»<sup>50</sup> του τύπου της συνεταιριστικής τράπεζας ήταν αναγκαία απόρροια της εξελικτικής πορείας του συνεταιρισμού σε πιστωτικό ίδρυμα και μαρτυρεί την επίδραση των οικονομικών εξελίξεων στη μορφολογία των εταιρικών τύπων, αλλά και την προσαρμοστικότητα των εταιρικών μορφών στα οικονομικά δρώμενα και τη μορφή της επιχειρηματικής δράσης που επιλέγουν. Στην περίπτωση του πιστωτικού συνεταιρισμού, η ενίσχυση των διοικητικής φύσεως δικαιωμάτων των συνεταίρων ήταν απόρροια της αγωνίας του νομοθέτη για την πρόληψη της αφερεγγυότητάς τους. Δεν απέτρεψε, μάλιστα, «αναγκαστική» λύση, αλλά ενδοτικού δικαίου ρύθμιση, που εκουσίως θα μπορούσαν να ακολουθήσουν οι συνεταιριστικές τράπεζες, με απόφαση της γενικής τους συνέλευσης, τροποποιητική του καταστατικού. Οι μεγά-

50 Πρβλ. Α. Γεωργακόπουλου, Κέρδος, σελ. 120.

Πες δυνατότητες συμβατικής διαμόρφωσης των σχέσεων των συνεταιρίων ως προς τα διοικητικά τους δικαιώματα σε σχέση με τις περιουσιακού χαρακτήρα εισφορές τους και διάπλωσης των κανόνων εταιρικής διακυβέρνησης που παρέχουν οι νέες διατάξεις, μαρτυρούν αξιόπαινη νομοθετική ευελιξία και προσαρμοστικότητα. Είναι, επομένως, εμφανής η εξελιξιμότητα των εταιρικών τύπων στις νέες διαμορφούμενες οικονομικές συνθήκες, προς την κατεύθυνση ενός σύγχρονου πληouraλιστικού δικαίου της επιχείρησης<sup>51</sup>.

---

51 Πρβλ. Λ. Γεωργακόπουλου, Κέρδος, σελ. 33 επ.





Ζαφείριος Ν. Τσολακίδης\*

## Οι έλεγχοι κινήσεως κεφαλαίων (capital controls) στο ελληνικό τραπεζικό σύστημα το δεύτερο εξάμηνο του 2015

### Ι. Εισαγωγικά

Τη νύχτα της 26ης προς την 27η Ιουνίου 2015, ο Έλληνας πρωθυπουργός ανακοίνωσε την απόφαση της κυβερνήσεως να διακόψει τις διαπραγματεύσεις για την ολοκλήρωση του δεύτερου προγράμματος στηρίξεως της ελληνικής οικονομίας από την Ευρωπαϊκή Ένωση και το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο και να προχωρήσει στην προκήρυξη σχετικού δημοψηφίσματος, προτείνοντας στους πολίτες την απόρριψη των προτάσεων των διεθνών πιστωτών<sup>1</sup>. Μετά την ανακοίνωση αυτή, από τις πρώτες πρωινές ώρες του Σαββάτου 27 Ιουνίου 2015, διαρκώς αυξανόμενος αριθμός πολιτών έσπευσε να αναλάβει, μέσω των τραπεζικών αυτόματων ταμειολογιστικών μηχανών (ATMs), όσο το δυνατόν μεγαλύτερο τμήμα των καταθέσεων του από τα πιστωτικά ιδρύματα της χώρας. Εντός του Σαββατοκύριακου εντάθηκε ο φόβος ότι, με την έναρξη της λειτουργίας των καταστημάτων τη Δευτέρα 29 Ιουνίου, η τάση αυτή ήταν εξαιρετικά πιθανόν να προσλάβει διαστάσεις τραπεζικού πανικού (bank run), ενώ τα αποθέματα χαρτονομισμάτων των ελληνικών πιστωτικών ιδρυμάτων ήταν ήδη περιορισμένα.

Τη χρονική αυτή περίοδο, τα ελληνικά πιστωτικά ιδρύματα κάλυπταν τις διαρκώς αυξανόμενες, λόγω της συνεχούς εκροής καταθέσεων, ανάγκες σε ρευστότητα μέσω τελικού αναχρηματοδοτικού δανεισμού από τον «Μηχανισμό Χορήγησης Έκτακτης Ενίσχυσης σε Ρευστότητα» (Emergency Liquidity Assistance,

\* Επίκουρος Καθηγητής Αστικού Δικαίου στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών.

1 Συνοπτική καταγραφή των γεγονότων βλ. εις Καλύβα, Καταστροφές και Θρίλεμμοι, 2η έκδ., 2015, σ. 288 επ. Βλ. επίσης την ετήσια έκθεση της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας για το έτος 2015 (διαθέσιμη ηλεκτρονικά στην ιστοσελίδα της ΕΚΤ στη διεύθυνση [https://www.ecb.europa.eu/pub/annual/html/ar2015.el.html#IDofChapter2\\_1\\_3](https://www.ecb.europa.eu/pub/annual/html/ar2015.el.html#IDofChapter2_1_3)): «Στο τέλος Ιουνίου του 2015 μια σειρά γεγονότων, όπως η απόφαση των ελληνικών αρχών να προκηρύξουν δημοψήφισμα και η μη παράδοση του δεύτερου προγράμματος μακροοικονομικής προσαρμογής, οδήγησαν σε περαιτέρω εντάσεις. Τα γεγονότα αυτά επηρέασαν αρνητικά την καταλληλότητα και επάρκεια των περιουσιακών στοιχείων που μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως ασφάλεια για άντληση έκτακτης ρευστότητας μέσω του ΕΛΑ, καθώς οι ασφάλειες αυτές συνδέονταν στενά με την ικανότητα της χώρας να τηρήσει τις χρηματοοικονομικές της υποχρεώσεις. Υπό το φως των παραπάνω, το Διοικητικό Συμβούλιο αποφάσισε στις 28.6.2015 να διατηρήσει αμετάβλητο το ανώτατο όριο του ΕΛΑ για τις ελληνικές τράπεζες στο επίπεδο που είχε οριστεί στις 26.6.2015, όπως αναφέρεται στο **δελητίο τύπου** που δημοσίευσε η ΕΚΤ στις 28.6.2015. ...Προκειμένου να αντιμετωπίσουν τις εκτεταμένες εκροές ρευστότητας, οι ελληνικές αρχές αποφάσισαν στις 28.6.2015 τη θέσπιση τραπεζικής αργίας ώστε να σταθεροποιηθούν οι συνθήκες ρευστότητας του τραπεζικού συστήματος».

ΕΛΑ)<sup>2</sup>. Η ρευστότητα μέσω του εν λόγω Μηχανισμού χορηγείτο με ευθύνη της Τράπεζας της Ελλάδος, ως εθνικής κεντρικής τράπεζας, η οποία αναλάμβανε το σχετικό κόστος και τους κινδύνους. Σύμφωνα όμως με το άρθρο 14.4. του Κανονισμού της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, το Διοικητικό Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, με απόφαση λαμβανόμενη με πλειοψηφία των 2/3, μπορούσε να απαγορεύσει τις πράξεις χορηγήσεως έκτακτης ρευστότητας, εφόσον αποφαινόταν ότι αυτές παρακωλύουν τους στόχους και τα καθήκοντα του Ευρωσυστήματος. Υπό τις δεδομένες τότε συνθήκες, ήταν προδήλως εξαιρετικά αμφίβολο εάν το Διοικητικό Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας θα επέτρεπε την περαιτέρω χορήγηση ρευστότητας, πολλώ μάλλον όταν, μετά τη διακοπή των διαπραγματεύσεων για την ολοκλήρωση του προγράμματος στηρίξεως της ελληνικής οικονομίας, θα μπορούσε να τεθεί εν αμφιβόλω κατά πόσον συνέτρεχε η, αναγκαία για την παροχή τελικού αναχρηματοδοτικού δανεισμού<sup>3</sup>, φερεγγυότητα των αιτούντων ελληνικών πιστωτικών ιδρυμάτων.

Ούτε ο ν. 4261/2014, ούτε ο Κανονισμός 575/2013 παρέχουν δυνατότητες παρεμβάσεως της εποπτεύουσας αρχής (της Τράπεζας της Ελλάδος ή της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας<sup>4</sup>) προς αντιμετώπιση προβλημάτων *προσωρινής* ελλείψεως ρευστότητας των πιστωτικών ιδρυμάτων. Τα προβλεπόμενα στον ν. 4261/2014 (άρθρα 136 επ.<sup>5</sup>) μέτρα ενισχυμένης εποπτείας και εξυγιάνσεως πιστωτικών ιδρυμάτων στοχεύουν στη διευθέτηση άλλων προβλημάτων, ιδίως προβλημάτων κεφαλαιακής επάρκειας (που ενδέχεται να οδηγεί σε αδυναμία εκπληρώσεως των υποχρεώσεων του πιστωτικού ιδρύματος), και όχι προσωρινής ελλείψεως ρευστότητας. Η μόνη ρύθμιση που κατ' αρχήν φαίνεται ότι μπορούσε να ανταποκριθεί σε τέτοια ζητήματα είναι αυτή του άρθρου 138 ν. 4261/2014, η οποία προβλέπει δυνατότητα της Τράπεζας της Ελλάδος να αποφασίσει παράταση του χρόνου εκπληρώσεως ορισμένων ή του συνόλου των υποχρεώσεων πιστωτικού ιδρύματος για χρονικό διάστημα μέχρι είκοσι εργάσιμων

2 Ο τελικός αναχρηματοδοτικός δανεισμός (last resort lending) μέσω του μηχανισμού ΕΛΑ διαφοροποιείται από τη χορήγηση ρευστότητας μέσω πράξεων νομισματικής πολιτικής της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, οι οποίες δεν αφορούν σε μεμονωμένα πιστωτικά ιδρύματα, αλλά στο τραπεζικό σύστημα στο σύνολό του. Βλ. σχετικά Γκόρτσος, Η χορήγηση τελικού αναχρηματοδοτικού δανεισμού σε φερέγγυα πιστωτικά ιδρύματα στην ευρωζώνη: μια αναλυτική παρουσίαση του μηχανισμού χορήγησης έκτακτης ενίσχυσης σε ρευστότητα ("ΕΛΑ"), ΧρονΔικ 2014, 383.

3 Βλ. σχετικά Γκόρτσος, ό.π., ΧρονΔικ 2014, 383-384.

4 Μετά τη θέση σε ισχύ του Κανονισμού ΕΕ/1024/2013 οι βασικότερες αρμοδιότητες εποπτείας επί των πιστωτικών ιδρυμάτων (χορήγηση άδειας λειτουργίας, εποπτεία της συμμόρφωσης με τη νομοθεσία, διενέργεια εποπτικών ελέγχων κ.λπ.) έχουν ανατεθεί κατ' αρχήν στην Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα, στο πλαίσιο του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού (SSM) που έχει θεσπισθεί με τον Κανονισμό. Μόνον ως προς τα πιστωτικά ιδρύματα που χαρακτηρίζονται λιγότερο σημαντικά, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 6 παρ. 4 του Κανονισμού κριτήρια (μέγεθος, σημασία για την οικονομία της ΕΕ ή ενός κράτους-μέλους, φάσμα διασυννοριακών δραστηριοτήτων), η Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα ασκεί απλώς γενικότερη εποπτεία και χαράσσει κατευθυντήριες γραμμές, ενώ οι βασικές εποπτικές αρμοδιότητες παραμένουν στην Τράπεζα της Ελλάδος.

5 Τα άρθρα 139-144 ν. 4261/2014 καταργήθηκαν μετά το αναφερόμενο στο κείμενο χρονικό σημείο, με το άρθρο 130 παρ. 1 του δεύτερου άρθρου του ν. 4335/2015, ο οποίος, μεταξύ άλλων, ενσωμάτωσε την Οδηγία 2014/59/ΕΕ. Οι αντίστοιχες ρυθμίσεις περιλαμβάνονται πλέον στα άρθρα 31 επ. του δεύτερου άρθρου του ν. 4335/2015.

ημερών, το οποίο μπορεί να παραταθεί άπαξ για δέκα ακόμη εργάσιμες ημέρες. Εν τούτοις, η λήψη του μέτρου αυτού προϋποθέτει τόσο πιθανολόγηση ανεπάρκειας ιδίων κεφαλαίων όσο και προηγούμενο ορισμό επιτρόπου, σύμφωνα με το άρθρο 137 ν. 4261/2014.

Η αδυναμία των πιστωτικών ιδρυμάτων να εκπληρώσουν τις υποχρεώσεις τους έναντι των καταθετών τους, ιδίως τις υποχρεώσεις αποδόσεως καταθέσεων σε μετρητά, θα εγκυμονούσε προφανείς κινδύνους, τόσο για τα ίδια τα ιδρύματα όσο και για την ευστάθεια του τραπεζικού συστήματος. Η διάγνωση της αδυναμίας αυτής, υπό συνθήκες τραπεζικού πανικού, θα οδηγούσε στην κρίση ότι (όλα) τα ελληνικά πιστωτικά ιδρύματα τελούν σε καθεστώς αφερεγγυότητας και ως εκ τούτου θα έπρεπε είτε να ανακληθούν οι άδειες λειτουργίας τους και να τεθούν σε ειδική εκκαθάριση (άρθρα 19 και 145 ν. 4261/2014<sup>6</sup>) είτε να ληφθούν μέτρα εξυγίανσής τους<sup>7</sup> (άρθρα 139 επ.<sup>8</sup> ν. 4261/2014). Η συστημική κατάρρευση που θα επέφερε οποιαδήποτε από τις εν λόγω εκδοχές είναι προφανής.

Η εναλλακτική προς τις ανωτέρω εκδοχές δυνατότητα ήταν να μην λειτουργήσουν τα ελληνικά πιστωτικά ιδρύματα από τη Δευτέρα 29 Ιουνίου 2015. Η αναστολή της λειτουργίας όμως δεν μπορούσε απλώς να λάβει τη μορφή του αποκλεισμού της πρόσβασης του κοινού στα υποκαταστήματα, αφού ετίθετο θέμα αδυναμίας εκπληρώσεως και άλλων υποχρεώσεων των πιστωτικών ιδρυμάτων, μη συνιστάμενων στην καταβολή χρήματος σε φυσική μορφή. Η διακοπή της λειτουργίας των υποκαταστημάτων θα απέτρεπε τον γενικευμένο τραπεζικό πανικό, όχι όμως αναγκαίως και την αφερεγγυότητα των πιστωτικών ιδρυμάτων. Προς τούτο ήταν απαραίτητη η επιβολή γενικότερης τραπεζικής αργίας, στο πλαίσιο της οποίας δεν θα ήταν επιτρεπτή η διενέργεια (όλων ή πάντως των κρίσιμων, εν όψει της ελλείψεως ρευστότητας) τραπεζικών συναλλαγών.

## II. Διαδικασία επιβολής των περιορισμών

### 1. Πράξεις επιβολής των περιορισμών

Η αναστολή της λειτουργίας των πιστωτικών ιδρυμάτων και οι περιορισμοί στις σχετικές συναλλαγές απαιτούσαν έκδοση (ουσιαστικού) νόμου από όργανο της ελ-

6 Βλ. σχετικώς Ρούση, Δίκαιο εκκαθάρισης τραπεζών, 2014, σ. 62 επ.

7 Βλ. σχετικώς Αθανασίου, Το νέο νομοθετικό πλαίσιο εξυγίανσης και εκκαθάρισης των πιστωτικών ιδρυμάτων στην Ελλάδα – Σύνοψη επισκόπηση, ΧρηνΔικ 2011, 374 επ.· Τσολλακίδου, Η μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων πιστωτικού ιδρύματος (άρθρα 63Δ-63Ε ν. 3601/2007) υπό το πρίσμα του ιδιωτικού δικαίου, ΧρηνΔικ 2012, 361 επ.· Τσιμπανούλη, Το δίκαιο της εξυγίανσης και αναδιοργάνωσης των τραπεζών υπό το πρίσμα των νεότερων εξελίξεων στο ενωσιακό δίκαιο, ΧρηνΔικ 2014, 60 επ.

8 Βλ. ανωτέρω υποσ. 5.

ληνικής πολιτείας<sup>9</sup>. Εν όψει του ότι δεν υφίστατο σχετική (πρβλ. άρθρο 43 παρ. 2 Συντ.) εξουσιοδοτική διάταξη προς όργανο της διοίκησης<sup>10</sup> ή της Τράπεζας της Ελλάδος, φαινόταν εν τέλει αναγκαία η θέσπιση των σχετικών κανόνων με νόμο. Δεδομένου όμως του κατεπείγοντος χαρακτήρα του ρυθμιστέου ζητήματος, αφού η κατάσταση έπρεπε να διευθετηθεί μέχρι την έναρξη του εργασιμου ωραρίου της Δευτέρας 29 Ιουνίου, προκρίθηκε η έκδοση Πράξεως Νομοθετικού Περιεχομένου (ΠΝΠ). Ως γνωστόν, οι πράξεις νομοθετικού περιεχομένου εκδίδονται, σύμφωνα με το άρθρο 44 παρ. 1 Συντ., από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, έπειτα από πρόταση του Υπουργικού Συμβουλίου, «σε έκτακτες περιπτώσεις εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης» και έχουν ισχύ τυπικού νόμου<sup>11</sup>.

Η πρώτη σχετική πράξη ήταν η από 28.6.2015 ΠΝΠ (ΦΕΚ Α' 65/28.6.2015), με την οποία κηρύχθηκε τραπεζική αργία (βλ. κατωτ. υπό ΙΙΙ) για την περίοδο από 28 Ιουνίου έως και 6 Ιουλίου και καθορίσθηκαν οι επιτρεπόμενες κατά την περίοδο της αργίας τραπεζικές εργασίες. Με την εν λόγω πράξη (άρθρα 1 παρ. 1 εδ. 3 και 1 παρ. 2 εδ. 3) παρασχέθηκε νομοθετική εξουσιοδότηση προς τον Υπουργό Οικονομικών αφενός να παρατείνει ή να συντέμνει την περίοδο της αργίας και αφετέρου να προβλέπει και άλλες κατηγορίες συναλλαγών, οι οποίες θα επιτρέπεται να πραγματοποιούνται. Ακολούθησε η από 30.6.2015 ΠΝΠ (ΦΕΚ Α' 66/30.6.2015), με την οποία τροποποιήθηκαν ορισμένες διατάξεις της πρώτης πράξεως με αναδρομική ισχύ (άρθρο 2), ήτοι με έναρξη ισχύος την 28.6.2015, ημέρα εκδόσεως της τροποποιούμενης πράξεως. Με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0000902ΕΞ2015/30.6.2015 (ΦΕΚ Β' 1302/30.6.2015) απόφαση του Υπουργού Οικονομικών καθορίσθηκε το όριο των καταβαλλόμενων από τα τραπεζικά υποκαταστήματα συντάξεων, ενώ με τις υπ' αρ.

9 Παρ' ότι αρμόδια για την αναστολή ήταν τα ελληνικά κρατικά όργανα, είχε ενημερωθεί σχετικά η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η οποία είχε εκφράσει τη συγκατάθεσή της (πρβλ. ενδεικτικά <http://www.naftemporiki.gr/finance/story/971899/komission-dikaiologimena-ta-capital-controls-alla-na-einai-prosorina>). Τούτο, διότι τίθεται θέμα κατά πόσον η αναστολή της λειτουργίας των πιστωτικών ιδρυμάτων και η συνακόλουθη επιβολή περιορισμών στην ελεύθερη κίνηση κεφαλαίων, εφαρμόζονται με το ενωσιακό δίκαιο. Ειδικότερα, μία από τις θεμελιώδεις ενωσιακές ελευθερίες αποτελεί ως γνωστόν η ελευθερία κινήσεως κεφαλαίων: το άρθρο 63 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαγορεύει κάθε περιορισμό τόσο των κινήσεων κεφαλαίων όσο και των πληρωμών μεταξύ κρατών-μελών και μεταξύ κρατών-μελών και τρίτων χωρών. Ωστόσο, η επιβολή προσωρινών περιορισμών, στο απολύτως αναγκαίο μέτρο, προς αποτροπή της κατάρρευσης του συνόλου του τραπεζικού συστήματος αλλιά και της δημιουργίας τραπεζικού πανικού και ενδοχομένως κοινωνικών εντάσεων φαίνεται να μπορεί να υπαχθεί στη διάταξη του άρθρου 65 παρ. 1 περ. β Συνθ/ΛΕΕ που επιτρέπει *στα κράτη-μέλη* (απαιτεί επομένως σχετική πράξη πολιτειακού οργάνου) «να λαμβάνουν μέτρα υπαγορευμένα από λόγους δημοσίας τάξης ή δημοσίας ασφάλειας».

10 Σημειώτεον ότι το συσταθέν με το άρθρο 20 ν. 3867/2010 Συμβούλιο Συστημικής Ευστάθειας δεν έχει αρμοδιότητα εκδόσεως κανονιστικών πράξεων, αφού προβλέπεται συναφώς ότι «*παρακολουθεί τη χρηματοοικονομική πολιτική του Υπουργείου Οικονομικών και εισηγείται σχετικά*».

11 Εάν η πράξη νομοθετικού περιεχομένου κυρωθεί μέσα στις συνταγματικές προθεσμίες από το νόμο, οι ρυθμίσεις της καθίστανται ρυθμίσεις του κυρωτικού της νόμου και μάλιστα αναδρομικώς, αφού η «κύρωση» από το νόμο εμπεριέχει εννοιολογικούς την αναδρομή του νόμου. Σχετικώς ολστΕ 1901/2014· 3612/2002· 3636/1989· 2289/1987. Για τη φύση των θεσπιζόμενων με τις πράξεις νομοθετικού περιεχομένου κανόνων ως ισοδύναμων με τυπικούς νόμους βλ. Δ. Τσάτσο, *Συνταγματικό Δίκαιο Α'*, 4η έκδ., 1994, σ. 410-411· Βενιζέλο, *Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου Ι*, 1991, σ. 130 επ.· Ράικο, *Συνταγματικό Δίκαιο Α'*, ΙΙ, 1990, σ. 325-326. Για τις συγκεκριμένες πράξεις νομοθετικού περιεχομένου πρβλ. τη συνέχεια του κειμένου, στο τέλος της παρούσας ενότητας.

Γ.Δ.Ο.Π.0000929ΕΞ2015/Χ.Π.2243/2.7.2015 (ΦΕΚ Β' 1343/2.7.2015) και Γ.Δ.Ο.Π.0000936ΕΞ2015/Χ.Π.2251/3.7.2015 (ΦΕΚ Β' 1380/3.7.2015) αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών επετράπη η εκτέλεση ορισμένων ακόμη συναλλαγών.

Η τραπεζική αργία παρατάθηκε με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0000937ΕΞ2015/Χ.Π.2255/6.7.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1391/6.7.2015) ως και τις 8 Ιουλίου 2015, με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0000945ΕΞ2015/Χ.Π.2261/8.7.2015 απόφαση της Αν. Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1420/8.7.2015) ως και τις 13 Ιουλίου 2015 και με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0000966ΕΞ2015/Χ.Π.2297/13.7.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1460/13.7.2015) ως και τις 15 Ιουλίου 2015. Η περαιτέρω παράταση της αργίας αποφασίσθηκε με πράξη νομοθετικού περιεχομένου, ειδικότερα δε με την από 14.7.2015 ΠΝΠ (ΦΕΚ Α' 79/14.7.2015), με την οποία: παρατάθηκε η τραπεζική αργία ως και τις 16 Ιουλίου 2015 (άρθρο 1 παρ. 3), επετράπη η εκτέλεση νέων τραπεζικών συναλλαγών (άρθρο 1 παρ. 2), τροποποιήθηκαν διατάξεις των δύο πρώτων πράξεων (άρθρο 1 παρ. 3) και προβλέφθηκε ότι κατά τη διάρκεια της τραπεζικής αργίας αναστέλλεται και η διενέργεια πράξεων αναγκαστικής εκτελέσεως και καταβολής εγγυοδοσιών (άρθρο 1 παρ. 4). Ακολούθως, η τραπεζική αργία παρατάθηκε με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0000989ΕΞ2015/Χ.Π.2314/16.7.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1482/16.7.2015) ως και τις 19 Ιουλίου 2015.

Η τραπεζική αργία δεν παρατάθηκε περαιτέρω και έληξε στις 20 Ιουλίου 2015. Με την από 18.7.2015 ΠΝΠ (ΦΕΚ Α' 84/18.7.2015) εισήχθη η δεύτερη φάση των ελέγχων κινήσεως κεφαλαίων, με αντιστροφή της ρύθμισης. Πλέον, επιτρέπονταν όλες οι τραπεζικές συναλλαγές με εξαίρεση όσες απαγορεύονταν ή περιορίζονταν ρητώς με την εν λόγω πράξη. Παράλληλα, παρασχέθηκε (άρθρο 1 παρ. 18 εδ. β) εξουσιοδότηση στον Υπουργό Οικονομικών να εκδίδει αποφάσεις με τις οποίες «*δύνатаι να αίρονται, τροποποιούνται ή καταργούνται περιορισμοί και απαγορεύσεις συναλλαγών και πράξεων που προβλέπονται από τις διατάξεις του παρόντος, να προστίθενται νέοι περιορισμοί και απαγορεύσεις συναλλαγών ή πράξεων και να ρυθμίζεται κάθε άλλο ζήτημα που αφορά την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος*», καθώς και εξουσιοδοτήσεις για ειδικότερα ζητήματα στον Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος και την Επιτροπή Έγκρισης Τραπεζικών Συναλλαγών του Υπουργείου Οικονομικών (βλ. στη συνέχεια).

Στο πλαίσιο της ανωτέρω εξουσιοδοτήσεως, επήλθαν διαδοχικά τροποποιήσεις στους περιορισμούς των τραπεζικών συναλλαγών με τις αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών Γ.Δ.Ο.Π.0001027ΕΞ2015/Χ.Π.2364/24.7.2015 (ΦΕΚ Β' 1561/24.7.2015)· Γ.Δ.Ο.Π.0001062ΕΞ2015/Χ.Π.2412/31.7.2015 (ΦΕΚ Β' 1617/31.7.2015)<sup>12</sup> και Γ.Δ.Ο.Π.0001133ΕΞ2015/Χ.Π.2524/17.8.2015 (ΦΕΚ Β' 1721/17.8.2015). Εξεδόθη

12 Η εν λόγω απόφαση, έχουσα ως αντικείμενο την άμβλυνση των περιορισμών αναφορικά με τη διενέργεια συναλλαγών επί χρηματοπιστωτικών μέσων στις ελληνικές οργανωμένες αγορές, καταργήθηκε με το άρθρο 6 της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001608ΕΞ2015/7.12.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 2625/7.12.2015).

επίσης η από 31.7.2015 ΠΝΠ (ΦΕΚ Α' 90/31.7.2015), η οποία επέφερε τροποποιήσεις στις προηγούμενες πράξεις νομοθετικού περιεχομένου.

Εν όψει της διεξαγωγής των βουλευτικών εκλογών της 20ής Σεπτεμβρίου 2015, εισήχθησαν ειδικές, μικρής εκτάσεως εξαιρέσεις από τους περιορισμούς υπέρ των κομμάτων και των υποψηφίων βουλευτών (δυνατότητα ανοίγματος ή ενεργοποίησης λογαριασμών και αυξημένων αναλήψεων) με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0001172ΕΞ 2015/Χ.Π.2582/2.9.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1871/3.9.2015).

Με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001258ΕΞ 2015/Χ.Π.2672/25.9.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 2100/25.9.2015) εισήχθησαν περαιτέρω χαλαρώσεις των περιορισμών, με χαρακτηριστικότερη τη δυνατότητα – εξαιρετικά περιορισμένης βέβαια – μεταφοράς κεφαλαίων στο εξωτερικό.

Στις 30.11.2015 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ (Α' 161) ο ν. 4350/2015, με τον οποίο κυρώθηκαν όλες οι ανωτέρω (από 28.6, 30.6, 14.7, 18.7, 31.7) πράξεις νομοθετικού περιεχομένου. Κάθε πράξη κυρώθηκε και απέκτησε ισχύ νόμου από τη δημοσίευσή της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Η τελευταία χρονικώς, εντός του 2015, πράξη είναι η υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0001608ΕΞ 2015/7.12.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 2625/7.12.2015), με την οποία ήρθαν περαιτέρω οι θεσπισθέντες με την από 18.7.2015 ΠΝΠ περιορισμοί αναφορικά με τη διενέργεια συναλλαγών επί χρηματοπιστωτικών μέσων στις ελληνικές οργανωμένες αγορές.

## 2. Όργανα εφαρμογής των περιορισμών

Προς διαχείριση των ζητημάτων που αναφύονται λόγω της τραπεζικής αργίας και των ελέγχων στην κίνηση κεφαλαίων προβλέφθηκε η σύσταση νέων οργάνων, τόσο σε επίπεδο κεντρικής διοίκησης όσο και στα επί μέρους πιστωτικά ιδρύματα.

Με το άρθρο 1 παρ. 4 της από 28.6.2015 ΠΝΠ<sup>13</sup> συνεστήθη στο Γενικό Λογιστήριο του Κράτους πενταμελής Επιτροπή Έγκρισης Τραπεζικών Συναλλαγών, συγκροτούμενη από ανώτατα στελέχη του Υπουργείου Οικονομικών και της Τράπεζας της Ελλάδος και εκπροσώπους της Ελληνικής Ένωσης Τραπεζών και της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς. Η εξέλιξη της ρύθμισης που διέπει το εν λόγω (διοικητικό) όργανο είναι χαρακτηριστικό δείγμα του δυναμικού χαρακτήρα του κανονιστικού πλαισίου των κεφαλαιακών περιορισμών, αλλά ενδεχομένως και των ελλείψεων όσον αφορά στον επαρκή σχεδιασμό της νομοθετικής πρωτοβουλίας.

<sup>13</sup> Με το άρθρο 1 παρ. 3 της από 30.6.2015 ΠΝΠ αντικαταστάθηκε το εδάφιο γ της παρ. 4 του άρθρου 1 της από 28.6.2015 ΠΝΠ, το οποίο προέβλεπε τα πρόσωπα που συγκροτούν την Επιτροπή. Η τροποποίηση συνίσταται στη διάρρηση άεκτικων αβλεψιών και δεν επιφέρει ουσιαστική μεταβολή. Περαιτέρω τροποποίηση επήλθε με το άρθρο 1 παρ. 1 της από 31.7.2015 ΠΝΠ.



Αρχική αρμοδιότητα της Επιτροπής ήταν η παροχή εγκρίσεων για τη διενέργεια συναλλαγών που δεν προβλέπονταν ρητώς στην από 28.6.2015 ΠΝΠ (άρθρο 1 παρ. 3 περ. δ και 1 παρ. 4). Επρόκειτο, δηλαδή, να εκδίδει ατομικές διοικητικές πράξεις που θα επέτρεπαν την εκτέλεση συγκεκριμένων τραπεζικών συναλλαγών από τις μη απαριθμούμενες ως επιτρεπόμενες στο άρθρο 1 παρ. 2 της ΠΝΠ.

Με το άρθρο 1 παρ. 3 της από 14.7.2015 ΠΝΠ επήλθαν αρκετές μεταβολές στο νομοθετικό καθεστώς της Επιτροπής· εν πρώτοις, η Επιτροπή κατέστη εξαμελής, αφού στα ήδη αναφερθέντα μέλη προσετέθη ένας εκπρόσωπος της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Υποδομών, Ναυτιλίας και Τουρισμού. Κατά δεύτερον, στην Επιτροπή απονεμήθηκε η αρμοδιότητα με απόφασή της να συνιστά *«ανά πιστωτικό ίδρυμα ειδική υποεπιτροπή για την έγκριση μέρους ή όλου των συναλλαγών που αναφέρονται στα προηγούμενα εδάφια της παρούσας παραγράφου»*. Η ανωτέρω διοικητική Επιτροπή απέκτησε δηλαδή αρμοδιότητα να συνιστά περαιτέρω όργανα, με αρμοδιότητα ανά πιστωτικό ίδρυμα, με αντίστοιχες με αυτήν αρμοδιότητες. Περαιτέρω, στην Επιτροπή παρασχέθηκε και κανονιστική αρμοδιότητα, αφού προβλέφθηκε ότι αυτή είναι αρμόδια να *«καθορίζει τους όρους λειτουργίας των υποεπιτροπών αυτών καθώς και κάθε άλλη λεπτομέρεια της σχετικής διαδικασίας και λειτουργίας τους, συμπεριλαμβανομένων του ύψους και της κατανομής ανά πιστωτικό ίδρυμα του ημερήσιου ορίου σε επιμέρους είδη συναλλαγών και της αναπροσαρμογής των ανωτέρω ορίων»*.

Η λειτουργία της Επιτροπής Εγκρίσεως των Τραπεζικών Συναλλαγών διατηρήθηκε και με τη θέσπιση της από 18.7.2015 ΠΝΠ, με την οποία εισήχθη η δεύτερη φάση των ελέγχων κινήσεως κεφαλαίων. Προβλέφθηκε ότι η Επιτροπή είναι αρμόδια για: τη θέσπιση ορίων για τη χρήση πιστωτικών και χρεωστικών καρτών στο εξωτερικό (άρθρο 1 παρ. 5)· τη θέσπιση ορίων για τη μεταφορά κεφαλαίων προς το εξωτερικό (άρθρο 1 παρ. 5α, όπως προστέθηκε με το άρθρο 1 της απόφασης Γ.Δ.Ο.Π.0001133ΕΞ2015/Χ.Π.2524/17.8.2015 του Υπουργού Οικονομικών), την έγκριση περιπτώσεων στις οποίες θα επιτρέπεται το άνοιγμα νέων τραπεζικών λογαριασμών (άρθρο 1 παρ. 7 περ. ια) και για την πρόβλεψη εξαιρέσεων από την επιβολή περιοριστικών μέτρων σε συγκεκριμένες συναλλαγές (άρθρο 1 παρ. 11 περ. γ). Ορίσθηκε επίσης (άρθρο 1 παρ. 15) ότι τα μέλη της Επιτροπής δεν υπέχουν ποινική, αστική, διοικητική ή άλλη ευθύνη για τις ενέργειές τους, εκτός εάν αποδειχθεί ότι ενήργησαν δολίως.

Σύμφωνα με την προβλεφθείσα στην από 14.7.2015 ΠΝΠ εξουσιοδοτική διάταξη, η Επιτροπή συνέστησε, με την υπ' αρ. 664/21.7.2015 απόφασή της (ΦΕΚ Β'1563/24.7.2015) Ειδικές Υποεπιτροπές ανά πιστωτικό ίδρυμα με αντικείμενο την έγκριση συγκεκριμένων συναλλαγών. Σημειωτέον, εν προκειμένω, ότι οι εν λόγω Ειδικές Υποεπιτροπές απαρτίζονται εξ ολοκλήρου από στελέχη του εκάστοτε πιστωτικού ιδρύματος, τον Πρόεδρό τους που κατέχει κατ' ελάχιστον θέση Βοηθού ή Αναπληρωτή Γενικού Διευθυντή και δύο τουλάχιστον μέλη που κατέχουν κατ' ελάχιστον θέση Διευθυντή. Οι Επιτροπές απαρτίζονται από τουλάχιστον τρία μέλη.

Αντιστοίχως, η Επιτροπή με αποφάσεις της καθόρισε και αναπροσαρμόζει έκτοτε τα προβλεπόμενα όρια για εξερχόμενα εμβάσματα και για εγκρίσεις συναλληλών από τις Ειδικές Υποεπιτροπές.

### III. Η πρώτη φάση των περιορισμών: τραπεζική αργία βραχείας διάρκειας

#### 1. Ρυθμίσεις ουσιαστικού δικαίου

Η πρώτη και αυστηρότερη φάση των περιορισμών τέθηκε σε ισχύ από την Κυριακή 28 Ιουνίου 2015, με την από 28.6.2015 ΠΝΠ. Κατά την περίοδο αυτή (από τις 28.6.2015 έως αρχικά τις 6.7.2015 και εν τέλει έως και τις 19.7.2015) κηρύχθηκε τραπεζική αργία, κατά τη διάρκεια της οποίας η διενέργεια τραπεζικών συναλληλών<sup>14</sup> κατ' αρχήν απαγορευόταν, ενώ επιτρέπονταν μόνον οι περιοριστικώς απαριθμούμενες συναλληλαγές. Περαιτέρω, κρίθηκε ότι τα προβλήματα ρευστότητας που θα προκαλούσε στην οικονομική και συναλληλακτική δραστηριότητα η αναστολή της λειτουργίας των πιστωτικών ιδρυμάτων και η αδυναμία διενέργειας πληρωμών έπρεπε να αντιμετωπισθούν με τη θέσπιση και συγκεκριμένων ουσιαστικών ρυθμίσεων, κοινό χαρακτηριστικό των οποίων ήταν η αναστολή εκπληρώσεως υποχρεώσεων ή η πρόβλεψη ότι η μη εκπλήρωση δεν επιφέρει πάντως δυσμενείς συνέπειες.

Ειδικότερα, στο άρθρο 1 παρ. 5 της ΠΝΠ προβλήθηκε: *«Δεν θα οφείλεται τόκος υπερημερίας για τη διάρκεια της τραπεζικής αργίας σε ό,τι αφορά απαιτήσεις που καθίστανται απαιτητές κατά τη διάρκειά της. Κατά το ίδιο χρονικό διάστημα αναστέλλονται οι προθεσμίες λήξης, εμφάνισης και πληρωμής αξιόγραφων και αναστέλλονται οι δικαστικές προθεσμίες»*.

Σχετικώς με το πρώτο εδάφιο της παρ. 5, πρέπει να σημειωθούν τα εξής: παρά την αντίθετη φαινομενικά διατύπωση, η καθυστέρηση εκπληρώσεως υποχρεώσεων που καθίστανται ληξιπρόθεσμες κατά τη διάρκεια της τραπεζικής αργίας δεν είναι εύλογο να έχει ως μόνη συνέπεια ότι *δεν οφείλονται τόκοι υπερημερίας*. Τούτο θα μπορούσε να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι ο οφειλέτης υπείχε πάντως υποχρέωση αποκατάστασης τυχόν θετικής ζημίας του δανειστή (ΑΚ 345 εδ. 2) ή ότι ο δανειστής δικαιούτο να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση (ΑΚ 383 επ.)<sup>15</sup>. Ορθότερο είναι να γίνει

14 Ως τραπεζική συναλληλαγή μπορεί να ορισθεί η συναλληλαγή, η οποία εμπνίπτει στην κατά νόμο «επαγγελματική» δραστηριότητα πιστωτικού ιδρύματος. Στο άρθρο 11 παρ. 1 ν. 4261/2014, το οποίο αποτελεί ενσωμάτωση κανόνα της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ, αναφέρονται οι εργασίες τις οποίες συνήθως διενεργεί μια τράπεζα. Κατά την κρατούσα γνώμη, η απαρίθμηση είναι περιοριστική (*Ρόκας/Γκόρτσος*, Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου, 2η έκδ., 2012, σ. 7· *Ψυχομάνης*, Τραπεζικό Δίκαιο Ι, 6η έκδ., 2008, σ. 2, 9 επ.).

15 Για τις συνέπειες της υπερημερίας του οφειλέτη βλ. ενδεικτικά *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 4η έκδ., 2004, § 19 αρ. 98 επ.· § 21 αρ. 50 επ.· *Αν. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 2η έκδ., 2015, § 25 αρ. 14 επ.· § 30 αρ. 1 επ.· *Σπυριδάκη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 2004, σ. 396 επ.· 481 επ.

δεκτό ότι κατά τη διάρκεια της τραπεζικής αργίας ο οφειλέτης ληξιπρόθεσμων χρηματικών παροχών δεν περιερχόταν καν σε υπερημερία, έστω και αν καθυστερούσε την εκπλήρωση της παροχής του, αφού ο νομοθέτης έκρινε ότι η καθυστέρηση αυτή είναι δικαιολογημένη ή, πάντως, δεν μπορεί να του αποδοθεί.

Ανακύπτει, πάντως, συναφώς το ερώτημα μήπως και ο οφειλέτης *μη χρηματικής* παροχής δικαιούτο να επικαλεσθεί την τραπεζική αργία προκειμένου να αποφύγει την περιέλευσή του σε υπερημερία. Άλλωστε, η έλλειψη ρευστότητας ενδέχεται να προκάλεσε και σε αυτόν αντίστοιχες δυσχέρειες, λ.χ. στο να κατασκευάσει ή να προμηθευθεί την οφειλόμενη παροχή. Εν τούτοις, ενώ στην περίπτωση των χρηματικών ενοχών η τραπεζική αργία και η συνακόλουθη έλλειψη ρευστότητας συνιστούσαν κατά κανόνα λόγο που κώλυε ευθέως την εκπλήρωση (έλλειψη ρευστότητας), στις λοιπές περιπτώσεις δεν αποκλείεται η εκπλήρωση της ενοχής να μην επηρεαζόταν (λ.χ. σε ενοχές με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών). Κατά συνέπεια, είναι εύλογο οι περιπτώσεις αυτές να μην υπαχθούν ερμηνευτικά στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 1 παρ. 5 εδ. 1 της ΠΝΠ, ούτως ώστε να αποκλείεται συλλήβδην η υπερημερία, αλλήλ να ελέγχεται κατά περίπτωση εάν η τραπεζική αργία επέδρασε πράγματι στην καθυστέρηση της εκπλήρωσης και, εφόσον τέτοια περίπτωση συντρέχει, η αργία να αποκλείει την υπερημερία του οφειλέτη, ως γεγονός για το οποίο αυτός «δεν έχει ευθύνη» (ΑΚ 342).

Ως προς την προβλεπόμενη στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 5 αναστολή των δικαστικών προθεσμιών, πρέπει να σημειωθεί ότι ως τέτοιες πρέπει να νοηθούν οι παραδοσιακά περιγραφόμενες ως δικονομικές προθεσμίες, ήτοι οι προθεσμίες εντός των οποίων πρέπει ή δεν πρέπει να λάβει χώρα συγκεκριμένη διαδικαστική ενέργεια<sup>16</sup>. Αντιθέτως, ο χρόνος εντός του οποίου ο δικαιούχος οφείλει να ασκήσει την αξίωσή του, ο χρόνος δηλαδή παραγραφής της αξιώσεως, δεν αποτελεί δικονομική προθεσμία και δεν υπάγεται στη ρύθμιση των δικονομικών προθεσμιών<sup>17</sup>. Επομένως, η προβλεπόμενη στην εν λόγω διάταξη αναστολή δεν συνιστά λόγο αναστολής της παραγραφής αξιώσεων. Το πόρισμα αυτό ενισχύεται από τη διαπίστωση ότι κατά τη διάρκεια της αργίας δεν κωλυόταν εν πάση περιπτώσει η δικαστική επιδίωξη των αξιώσεων. Εξάλλου, η τραπεζική αργία δεν μπορεί να υπαχθεί ούτε στο προβλεπόμενο στο άρθρο 261 ΑΚ δικαιοστάσιο, που αναφέρεται στη διακοπή της λειτουργίας των δικαστηρίων για εξαιρετικούς και απρόβλεπτους λόγους<sup>18</sup>. Συνάγεται, επομένως, το συμπέρασμα ότι η κήρυξη τραπεζικής αργίας δεν μπορεί να θεωρηθεί λόγος για αναστολή των παραγραφών που συμπληρώνονταν κατά τη διάρκεια της αργίας.

16 Κεραμής, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 1986, σ. 332 επ.· Νίκας, Πολιτική Δικονομία ΙΙ, 2005, § 56 αρ. 1· Κλημαράς/Κουσουλήης/Πανταζόπουλος, Πολιτική Δικονομία, 2012, σ. 442.

17 Για το ότι τυχόν ουσιαστικές προθεσμίες προς άσκηση αγωγής δεν υπάγονται στην προβλεπόμενη στο άρθρο 147 ΚΠολΔ αναστολή του μηνός Αυγούστου βλ. Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα/Ορφανίδη, ΚΠολΔ Ι, 147 αρ. 6.

18 Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 4η έκδ., 2012, § 25 αρ. 39· Μπαλής, Γενικά Αρχαία του Αστικού Δικαίου, 8η έκδ., 1961, § 152, σ. 400· Λαδάς, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου Ι, 2007, §29 αρ. 50· Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, 3η έκδ, 1983, σ. 234.

## 2. Η *stricto sensu* τραπεζική αργία: επιτρεπόμενες τραπεζικές συναλλαγές

Όπως ήδη ελέχθη, βασικός κανόνας κατά τη διάρκεια της τραπεζικής αργίας ήταν ότι τα καταστήματα των τραπεζών παραμένουν κλειστά και ότι δεν επιτρέπεται να διενεργηθεί καμία τραπεζική εργασία πλην των ρητώς και περιοριστικώς προβλεπομένων (άρθρα 1 παρ. 1 εδ. 4 και 1 παρ. 2 υποπ. 2 της από 28.6.2015 ΠΝΠ).

Ως προς τις επιτρεπτές συναλλαγές, η ρύθμιση διαμορφώθηκε ως εξής: στο άρθρο 1 παρ. 1 υποπ. 2 – παρ. 3 της από 28.6.2015 ΠΝΠ προβλέφθηκαν συγκεκριμένες επιτρεπόμενες συναλλαγές, ενώ παράλληλα θεσπίσθηκαν δικλίδες επαυξήσεως των διενεργούμενων εργασιών σε δύο επίπεδα. Εν πρώτοις, παρασχέθηκε δυνατότητα με κανονιστική πράξη κατηγορίες τραπεζικών συναλλαγών να εντάσσονται κατά γενικό τρόπο στις επιτρεπόμενες και να διενεργούνται νομίμως εφεξής: με το άρθρο 1 παρ. 2 υποπ. 3 της ΠΝΠ ορίσθηκε ότι *«με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών δύνανται να εξαιρούνται και άλλες κατηγορίες συναλλαγών, με την ίδια, δε, απόφαση καθορίζεται και η διαδικασία που ακολουθείται στις περιπτώσεις αυτές»*. Περαιτέρω, προβλέφθηκε ότι συγκεκριμένη συναλλαγή μπορεί να επιτρέπεται *ad hoc*, με ατομική πράξη· ειδικότερα, στο άρθρο 1 παρ. 3 περ. δ – παρ. 4 ορίσθηκε ότι με απόφαση της Επιτροπής Εγκρίσεως Τραπεζικών Συναλλαγών δύναται να εγκρίνεται η διενέργεια συγκεκριμένων τραπεζικών εργασιών *«υπό την προϋπόθεση ότι οι ως άνω συναλλαγές κρίνονται αναγκαίες για τη διαφύλαξη ενός δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος»*.

Στις αρχικώς επιτρεπτές συναλλαγές συγκαταλέγονταν, μεταξύ άλλων: η πληρωμή συντάξεων<sup>19</sup> και επιδομάτων και παροχών του ΟΑΕΔ<sup>20</sup> μέχρι συγκεκριμένου ορίου (120 ευρώ)· οι αναλήψεις μετρητών από τις αυτόματες ταμειολογιστικές μηχανές (ΑΤΜ), με ημερήσιο όριο 60 ευρώ ανά δικαιούχο και αναλήψεις μέσω καρτών που έχουν εκδοθεί στο εξωτερικό πέραν του ορίου των 60 ευρώ και μέχρι του ημερησίου ορίου που προβλέπει η σύμβαση με τον εκδότη της κάρτας· πληρωμές στο εσωτερικό της χώρας με πιστωτικές, χρεωστικές και προπληρωμένες κάρτες, καθώς και με συναλλαγές από απόσταση (μέσω ηλεκτρονικής ή τηλεφωνικής τραπεζικής –web– ή phone-banking)· εκτέλεση πληρωμών σε λογαριασμούς καταθέσεων στο εσωτερικό της χώρας με μη ηλεκτρονική κεντρική εντολή· αποδοχή καταθέσεων σε αυτόματες τα-

19 Το εφάπαξ καταβλητέο ποσό ορίσθηκε στα 120 ευρώ με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0000902ΕΞ2015/30.6.2015 (ΦΕΚ Β' 1302/30.6.2015) απόφαση του Υπουργού Οικονομικών και προβλέφθηκε η εφάπαξ καταβολή 120 ακόμη ευρώ με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0000945ΕΞ 2015/Χ.Π. 2261/8.7.2015 απόφαση της Αν. Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1420/8.7.2015).

20 Το εφάπαξ καταβλητέο ποσό ορίσθηκε στα 120 ευρώ με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0000929ΕΞ2015/Χ.Π.2243/2.7.2015 (ΦΕΚ Β' 1343/2.7.2015) απόφαση του Υπουργού Οικονομικών και προβλέφθηκε η εφάπαξ καταβολή 120 ακόμη ευρώ με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0000945ΕΞ2015/Χ.Π. 2261/8.7.2015 απόφαση της Αν. Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1420/8.7.2015). Με την από 14.7.2015 ΠΝΠ προβλέφθηκε η καταβολή των βοηθημάτων και σε όσους τυχόν δεν τα είχαν μέχρι τότε λάβει.

μειολογιστικές μηχανές ή σε άλλες υπηρεσίες των πιστωτικών ιδρυμάτων· έκδοση νέων πιστωτικών και χρεωστικών καρτών· άνοιγμα λογαριασμού μισθοδοσίας.

Με την από 14.7.2015 ΠΝΠ (ΦΕΚ Α' 79/14.7.2015) επετράπησαν περαιτέρω: (α) οι πληρωμές ληξιπρόθεσμων και τρεχουσών δόσεων από τη χρήση πιστωτικής κάρτας και από κάθε είδους δάνειο, καθώς και οφειλών προς το Δημόσιο, τις ΔΕΚΟ, ασφαλιστικούς οργανισμούς και ιδιωτικές ασφαλιστικές εταιρείες, με κατάθεση μετρητών ή με εντολή μεταφοράς χρηματικού ποσού από τραπεζικό λογαριασμό και (β) οι εντολές μεταφοράς κεφαλαίων από λογαριασμό ταμιευτηρίου ή όψεως σε άλλο αντίστοιχο λογαριασμό που τηρείται στο ίδιο πιστωτικό ίδρυμα.

Συναλληγές που δεν ενέπιπταν στις ρητώς προβλεπόμενες από το νόμο ή που δεν είχαν επιτραπεί *ad hoc* με απόφαση της Επιτροπής Εγκρίσεως Τραπεζικών Συναλλαγών δεν τελούνταν νομίμως. Σχετικώς, το άρθρο 1 παρ. 6 της από 28.6.2015 ΠΝΠ όριζε ότι «6. Η Τράπεζα της Ελλάδος επιβάλλει στα πιστωτικά ιδρύματα για κάθε παράβαση της παρούσας πρόστιμο ύψους έως του ενός δεκάτου του ποσού της αντίστοιχης συναλλαγής. Επιπλέον, το πιστωτικό ίδρυμα υποχρεούται να καταγγείλει την σύμβαση εργασίας ή έργου του προσώπου που ευθύνεται για την παράβαση». Ως κύρωση, δηλαδή, για τη μη επιτρεπόμενη συναλλαγή προβλεπόταν αφενός η επιβολή προστίμου στο πιστωτικό ίδρυμα και αφετέρου η γένεση υποχρέωσης του πιστωτικού ιδρύματος για διακοπή της συνεργασίας του υπαίτιου για την παράβαση προσώπου με αυτό<sup>21</sup>. Όσον αφορά το κύρος της συγκεκριμένης συναλλαγής, ο συνδυασμός του άρθρου 1 παρ. 2 υποπ. 2 της από 28.6.2015 ΠΝΠ («Κατά την τραπεζική αργία δεν μπορεί να διενεργηθεί καμία άλλη τραπεζική εργασία») και του άρθρου 174 ΑΚ («Δικαιοπραξία που αντιβαίνει σε απαγορευτική διάταξη του νόμου, αν δεν συνάγεται κάτι άλλο, είναι άκυρη») οδηγεί στο συμπέρασμα ότι οι ανωτέρω συναλληγές είναι άκυρες και, επομένως, δεν παράγουν τις σκοπούμενες έννομες συνέπειες (ΑΚ 180).

#### IV. Η δεύτερη φάση των περιορισμών: περιορισμοί στις τραπεζικές συναλλαγές

##### 1. Οι απαγορευμένες τραπεζικές συναλλαγές

###### (α) Διάρθρωση της ρύθμισης

Με την από 18.7.2015 ΠΝΠ το ελληνικό τραπεζικό σύστημα εισήχθη στη δεύτερη φάση των ελέγχων κινήσεως κεφαλαίων. Σύμφωνα με τη νέα ρύθμιση, οι συναλ-

21 Η αθέτηση της υποχρέωσης αυτής συνιστά μη συμμόρφωση με την εποπτική νομοθεσία (τμήμα της οποίας αποτελούν και οι εδώ ερευνώμενες ρυθμίσεις), με όλες τις συνακόλουθες συνέπειες (πρβλ. λ.χ. το άρθρο 55Α του Καταστατικού της Τράπεζας της Ελλάδος ή τις διατάξεις του ν. 4261/2014).

ηλαγές διενεργούνται κατ' αρχήν κανονικά, επιβάλλεται όμως «*περιορισμός στις αναλήψεις μετρητών και στην κίνηση κεφαλαίων κατά τα προβλεπόμενα στην παρούσα*» (άρθρο 1 παρ. 1), ενώ κατά τα λοιπά «*Οι μη ρυθμιζόμενες από τις διατάξεις του παρόντος άρθρου δραστηριότητες των ιδρυμάτων διενεργούνται υπό τους όρους και προϋποθέσεις της κείμενης νομοθεσίας*» (άρθρο 1 παρ. 18 εδ. α).

Οι απαγορευμένες συναλλαγές απαριθμούνται περιοριστικά στο άρθρο 1 παρ. 10 της ΠΝΠ. Στο άρθρο 1 παρ. 11 προβλέπονται συναλλαγές, οι οποίες, καίτοι κατ' αρχήν θα ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής των απαγορεύσεων, εξαιρούνται είτε λόγω του υποκειμένου τους (συναλλαγές του Ελληνικού Δημοσίου, της Τράπεζας της Ελλάδος, συναλλαγές με σκοπό τη διαχείριση της ρευστότητας πιστωτικών ιδρυμάτων κ.ο.κ.) είτε λόγω εξυπηρητέως προκριτέου συμφέροντος (πληρωμή νοσηλίων, ιατρικών εξόδων και διδάκτρων, κάλυψη εξόδων διαμονής και διαβίωσης φοιτητών, εξυπηρέτηση αναγκών ελληνικών διπλωματικών αποστολών κ.ο.κ.). Περαιτέρω, παρέχεται (άρθρο 1 παρ. 18 εδ. β) εξουσιοδότηση στον Υπουργό Οικονομικών να αίρει, να τροποποιεί, να καταργεί ή να προσθέτει περιορισμούς σε άλλες κατηγορίες συναλλαγών, αλλιά και δυνατότητα (άρθρο 1 παρ. 11 περ. γ) στην Επιτροπή Εγκρίσεως Τραπεζικών Συναλλαγών να επιτρέπει συγκεκριμένη συναλλαγή με *ad hoc* πράξη της.

Με διαδοχικές αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών (βλ. ανωτ. υπό II, 1) το καθεστώς των περιορισμών υπόκειται σε βαθμιαία χαλάρωση, ήτοι αφενός προστίθενται νέες επιτρεπτές συναλλαγές και αφετέρου μεταβάλλονται επί το ευχερέστερο οι όροι διενέργειας των ήδη επιτρεπόμενων συναλλαγών.

Οι βασικότερες συναλλαγές οι οποίες απαγορεύονται ή υπόκεινται σε περιορισμό είναι:

### (β) Ανάληψη μετρητών

Απαγορεύονται κατ' αρχήν οι αναλήψεις μετρητών από κατάσταση ή από αυτόματες ταμειολογιστικές μηχανές που υπερβαίνουν το ποσό των 420 ευρώ εβδομαδιαίως ανά καταθέτη<sup>22</sup>. Ομοίως απαγορεύεται η ανάληψη μετρητών, πέραν του ορίου αυτού, όχι μόνο με ανάληψη από λογαριασμό καταθέσεως αλλιά και με άλλον τρόπο, όπως με είσπραξη επιταγών<sup>23</sup> ή πληρωμή βάσει εγγυητικών επιστολών ή με χρήση πιστωτικών και προπληρωμένων καρτών.

Με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001258ΕΞ2015/Χ.Π.2672/25.9.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 2100/25.9.2015) επιτράπηκε:

22 Η ρύθμιση του άρθρου 1 παρ. 2 θεσπίζει ως όριο τα 60 ευρώ ημερησίως και προβλέπει περαιτέρω ότι: «*Μετρητά που δεν αναλήφθηκαν κάποια ημέρα ή ημέρες μπορούν να αναληφθούν σωρευτικά έως του ποσού των τετρακοσίων είκοσι ευρώ (420) ανά εβδομάδα*». Επιγενόμενος διευκρινίσθηκε ότι είναι επιτρεπτή η ανάληψη συνολικού ποσού 420 ευρώ οποιαδήποτε ημέρα έκαστης εβδομάδας.

23 Είναι δυνατή η κατάθεση της επιταγής και η πίστωση με το ποσόν της τηρούμενου λογαριασμού, περιορίζεται όμως η είσπραξη μετρητών από το ποσόν της επιταγής στο καθορισθέν εβδομαδιαίο όριο.



(i) η ανάληψη μετρητών ύψους μέχρι δύο χιλιάδων ευρώ μηνιαίως, εφόσον αυτές επιβάλλονται από σοβαρούς λόγους υγείας ή εξαιρετικούς κοινωνικούς λόγους «*με την προσκόμιση των απαραίτητων δικαιολογητικών στο πιστωτικό ίδρυμα, από τα οποία αποδεικνύεται η συνδρομή των σχετικών προϋποθέσεων*» (άρθρο 1 περ. ι).

(ii) η ανάληψη μετρητών έως του ποσοστού 10% συνολικά, από χρηματικά ποσά τα οποία μεταφέρονται από την αλληλοδαπή σε υφιστάμενους λογαριασμούς που τηρούνται σε πιστωτικό ίδρυμα στην Ελλάδα (άρθρο 1 περ. θ).

Αναφορικά με τους περιορισμούς στην ανάληψη μετρητών χρημάτων, σημειώνεται εν προκειμένω ότι με το άρθρο 1 παρ. 12 εδ. 2 της από 18.7.2015 ΠΝΠ διατηρείται σε ισχύ, για όσο χρόνο ισχύουν οι περιορισμοί ανάληψης μετρητών, το άρθρο 1 παρ. 5 εδ. 3 της από 28.6.2015 ΠΝΠ, όπως αυτό προστέθηκε με το άρθρο 1 παρ. 4 της από 30.6.2015 ΠΝΠ. Σύμφωνα με την εν λόγω ρύθμιση, όποιος κατά το διάστημα αυτό αρνείται την πληρωμή με πιστωτικές, χρεωστικές και προπληρωμένες κάρτες, καθώς και με εξ αποστάσεως πίστωση λογαριασμού του «*τιμωρείται, κατά τις διατάξεις των άρθρων 288 παρ. 1 και 452 του Ποινικού Κώδικα, και των διατάξεων του άρθρου 13α του Ν. 2251/1994 (Α' 191), του άρθρου 18α Ν. 146/1914 (Α' 21), και του άρθρου 19 Ν. 4177/2013 (Α' 173), όπως ισχύουν*». Από την ανωτέρω ρύθμιση, ιδίως από την παραπομπή στο άρθρο 452 ΠΚ<sup>24</sup>, συνάγεται ότι η προσφορά προς καταβολή χρηματικής οφειλής με τα μέσα αυτά θεωρείται προσήκουσα και ο τυχόν μη αποδεχόμενος αυτήν δανειστής περιέρχεται σε υπερμερία (ΑΚ 349)<sup>25</sup>.

### (γ) Μεταφορά κεφαλαίων στο εξωτερικό

Απαγορεύεται κατ' αρχήν η μεταφορά κεφαλαίων ή μετρητών στο εξωτερικό<sup>26</sup>, περιλαμβανομένης της εντολής μεταφοράς κεφαλαίων σε λογαριασμούς που τηρούνται σε πιστωτικά ιδρύματα που εδρεύουν και λειτουργούν στο εξωτερικό και της μεταφοράς κεφαλαίων με τη χρήση πιστωτικών, προπληρωμένων και χρεωστικών καρτών. Κατ' εξαίρεση, επιτράπηκε η χρήση πιστωτικών και χρεωστικών καρτών στο εξωτερικό για αγορές αγαθών ή υπηρεσιών χωρίς μετρητά έως το ανώτατο όριο που ορίζεται ανά πιστωτικό ίδρυμα με απόφαση της Επιτροπής Εγκρίσεως Τραπεζικών Συναλλαγών. Προβλέφθηκε, επίσης, ότι χρηματικά ποσά που

24 «Όποιος αρνείται να δεχτεί για πληρωμή νομίσματα που έχουν νόμιμη κυκλοφορία στο κράτος τιμωρείται με πρόστιμο».

25 Για το προσήκον της προσφοράς του οφειλέτη ως προϋπόθεση για την περιέλευση του δανειστή σε υπερμερία βλ. ενδεικτικά *Τσολακίδη*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ Ι, 349 αρ. 10 επ., με περαιτέρω παραπομπές. Για το ειδικότερο ζήτημα του προσήκοντος ή μη χαρακτήρα της καταβολής με άλλο μέσο πλην νομισμάτων σε φυσική μορφή βλ. *Καλλιμόπουλο*, Το Δίκαιο του Χρήματος, 1993, σ. 52 επ.· 57 επ.· *Σταθόπουλο*, ΓενΕνοχΔ, § 17 αρ. 21 επ.

26 Κατ'εξαίρεση, επιτρέπεται η μεταφορά χαρτονομισμάτων σε ευρώ ή ξένο νόμισμα έως του ποσού των 2.000 ευρώ ανά φυσικό πρόσωπο και ανά ταξίδι στο εξωτερικό, έως ότου εκδοθεί σχετική Πράξη του Διοικητή της ΤτΕ, που θα καθορίζει το όριο. Ο περιορισμός δεν ισχύει για μόνιμους κατοίκους εξωτερικού (άρθρο 1 παρ. 4 εδ. 2-3, όπως προσετέθησαν με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001027ΕΞ2015/Χ.Π. 2364/24.7.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών).



έχουν μεταφερθεί από την αλληλοδαπή σε πιστωτικό ίδρυμα που λειτουργεί στην Ελλάδα, μεταφέρονται ελεύθερα εκ νέου σε λογαριασμό που τηρείται σε πιστωτικό ίδρυμα που λειτουργεί στο εξωτερικό (άρθρο 1 παρ. 10 περ. στ της από 18.7.2015 ΠΝΠ).

Με τις υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001133ΕΞ2015/Χ.Π.2524/17.8.2015 και υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0001258ΕΞ2015/Χ.Π.2672/25.9.2015 αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών επιτράπηκε, σε περιορισμένη βέβαια έκταση, η μεταφορά κεφαλαίων στο εξωτερικό. Ειδικότερα:

(i) Ορίσθηκε, εν πρώτοις, ότι επιτρέπεται η αποδοχή και εκτέλεση εντολών μεταφοράς κεφαλαίων προς το εξωτερικό από πιστωτικά ιδρύματα έως του ποσού των πεντακοσίων ευρώ ανά καταθέτη και ανά ημερολογιακό μήνα, μέχρι μηνιαίου ορίου για το σύνολο των ιδρυμάτων, το οποίο θα ορίζει και θα κατανέμει ανά πιστωτικό ίδρυμα με απόφασή της η Επιτροπή Έγκρισης Τραπεζικών Συναλλαγών<sup>27</sup>.

(ii) Περαιτέρω, ειδικώς για τα νομικά πρόσωπα και τους επιτηδευματίες, η απόφαση της 25.9.2015 επέτρεψε σε ευρύτερη έκταση τα εμβάσματα προς το εξωτερικό. Ορίσθηκε, ειδικότερα (άρθρο 1 περ. ι), ότι επιτρέπονται «*συναλλαγές νομικών προσώπων ή επιτηδευματιών προς το εξωτερικό στο πλαίσιο των επιχειρηματικών τους δραστηριοτήτων, που δεν υπερβαίνουν τις πέντε χιλιάδες (5.000) ευρώ η καθεμία, κατόπιν προσκόμισης των σχετικών τιμολογίων και λοιπών παραστατικών και δικαιολογητικών, τα οποία θα συνοδεύονται υποχρεωτικά από υπεύθυνη δήλωση με την οποία τα ανωτέρω πρόσωπα δηλώνουν ότι τα ως άνω προσκομισθέντα έγγραφα είναι γνήσια και δεν έχουν προσκομισθεί σε άλλο πιστωτικό ίδρυμα*». Ενώ, δηλαδή, η εξόφληση υποχρεώσεων προς το εξωτερικό αποτελούσε συναλλαγή η οποία μέχρι τότε έπρεπε να εγκριθεί ad hoc από την Επιτροπή Έγκρισης Τραπεζικών Συναλλαγών ή από τις Υποεπιτροπές ανά πιστωτικό ίδρυμα, μετά την έκδοση της ανωτέρω ρυθμίσεως συναλλαγές ύψους μέχρι 5.000 καθίστανται per se επιτρεπτές και εκτελούνται απ' ευθείας από τα πιστωτικά ιδρύματα.

(iii) Τέλος, επιτράπηκε η εκτέλεση πληρωμών προς το εξωτερικό ύψους μέχρι δύο χιλιάδων ευρώ μηνιαίως, εφόσον αυτές επιβάλλονται από σοβαρούς λόγους υγείας ή εξαιρετικούς κοινωνικούς λόγους «*με την προσκόμιση των απαραίτητων δικαιολογητικών στο πιστωτικό ίδρυμα, από τα οποία αποδεικνύεται η συνδρομή των σχετικών προϋποθέσεων*» (άρθρο 1 περ. ι).

27 Η δυνατότητα μεταφοράς (500 ευρώ μηνιαίως) υπήρχε ήδη από τις 17.8.2015 (άρθρο 1 παρ. 5α της ΠΝΠ της 18.7.2015, όπως προσετέθη με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0001133ΕΞ2015/Χ.Π. 2524/17.8.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών) για μεταφορές από εποπτευόμενα από την ΤτΕ ιδρύματα πληρωμών και από τις 25.9.2015 προβλέφθηκε δυνατότητα αντίστοιχων μεταφορών «*από τα εποπτευόμενα από την Τράπεζα της Ελλάδος ιδρύματα πληρωμών, συμπεριλαμβανομένων των αντιπροσώπων αυτών, καθώς και από ιδρύματα πληρωμών άλλων κρατών μελών της ΕΕ που παρέχουν νομίμως μέσω αντιπροσώπων τους στην Ελλάδα ή μέσω της εταιρείας Ελληνικά Ταχυδρομεία Α.Ε. υπηρεσίες εμβασμάτων*» (άρθρο 1 περ. β της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0001258ΕΞ 2015/Χ.Π.2672/25.9.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών).

Μεταφορά κεφαλαίων σε λογαριασμούς τηρούμενους εκτός Ελλάδος επιτρέπεται επίσης στο πλαίσιο συναλλαγών επί χρηματοπιστωτικών μέσων σε ελληνικές οργανωμένες αγορές αρχικά δυνάμει της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0001062ΕΞ2015/Χ.Π.241/31.7.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1617/31.7.2015) και ήδη δυνάμει της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π. 0001608ΕΞ 2015/7.12.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 2625/7.12.2015). Επιτρέπεται, ειδικότερα, το προϊόν της εκκαθάρισης και του διακανονισμού συναλλαγών επί χρηματοπιστωτικών μέσων να πιστώνεται σε τραπεζικούς λογαριασμούς τηρούμενους εκτός Ελλάδος, υπό τους προβλεπόμενους στο άρθρο 1 παρ. 2 της εν λόγω αποφάσεως περιορισμούς.

#### (δ) Λοιποί περιορισμοί

Κατά τη διάρκεια των περιορισμών προβλέπονται περαιτέρω περιορισμοί στις τραπεζικές εργασίες. Οι σπουδαιότεροι είναι:

(i) η απαγόρευση ανοίγματος νέων λογαριασμών (όψεως ή καταθετικών), προσθήκης συνδικαιούχων σε ήδη υφιστάμενους και ενεργοποίησης αδρανών λογαριασμών.

Στο άρθρο 1 παρ. 7, όπως τροποποιηθέν ισχύει, απαριθμούνται περιοριστικά οι συναλλαγές για τη διενέργεια των οποίων επιτρέπεται το άνοιγμα νέου λογαριασμού, εφόσον δεν υφίσταται άλλος διαθέσιμος λογαριασμός μέσω του οποίου αυτές μπορούν να διενεργηθούν (πληρωμές μισθοδοσίας, καταβολή νέων συντάξεων και νέων προνοιακών επιδομάτων, εξυπηρέτηση νεοϊδρυθέντων νομικών προσώπων ή ατομικών επιχειρήσεων και ελευθέρων επαγγελματιών με έναρξη δραστηριότητας μετά την 1η Μαΐου 2015, αποδοχή προθεσμιακής κατάθεσης στην περίπτωση που οι δικαιούχοι της ταυτίζονται με τους δικαιούχους του τροφοδότη λογαριασμού της, εξυπηρέτηση νεοεγγεγραφόμενων φοιτητών κ.ο.κ.). Προβλέπεται, ωστόσο, δυνατότητα ανοίγματος λογαριασμού και σε μη προβλεπόμενες περιπτώσεις, έπειτα από ειδική έγκριση της Επιτροπής Εγκρίσεως Τραπεζικών Συναλλαγών (άρθρο 1 παρ. 7 περ. ια).

(ii) η απαγόρευση πρόωρης, μερικής ή ολικής, εξόφλησης δανείου σε πιστωτικό ίδρυμα, με εξαίρεση την αποπληρωμή με μετρητά ή έμβασμα από το εξωτερικό.

(iii) η απαγόρευση πρόωρης, μερικής ή πλήρους, λήξης προθεσμιακών καταθέσεων, με εξαίρεση την πρόωρη μερική λήξη προθεσμιακής κατάθεσης, αποκλειστικά για ισόποση εξόφληση συγκεκριμένων, περιοριστικά απαριθμούμενων, υποχρεώσεων (οφειλών προς το Δημόσιο και τους ασφαλιστικούς φορείς, τρεχουσών δόσεων και ληξιπρόθεσμων οφειλών στο ίδιο πιστωτικό ίδρυμα, νοσηλίων και διδάκτρων στην Ελλάδα και το εξωτερικό, υποχρεώσεων προς προμηθευτές έναντι τιμολογίων κ.ο.κ.). Και ο περιορισμός αυτός αμβλύνθηκε με την υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001258ΕΞ 2015/Χ.Π.2672/25.9.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών.

κών, με την οποία επιτράπηκε η πρόωρη λήξη προθεσμιακών καταθέσεων για κάλυψη αναγκών διαβίωσης μέχρι το ποσό των 1.800 ευρώ μηνιαίως, καθώς και για την αγορά ακινήτου «έως κατ' ανώτατο όριο του ποσού που αναγράφεται στο συμβόλαιο αγοραπωλησίας και στα σχετικά παραστατικά, πλέον των συμβολαιογραφικών και άλλων εξόδων, και η μεταφορά του εν λόγω ποσού σε υφιστάμενο λογαριασμό ταμιευτηρίου ή όψεως του πωλητή του ακινήτου και, κατά περίπτωση, του συμβολαιογράφου, του δικηγόρου και του Δημοσίου».

Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 10 περ. δ της από 18.7.2015 ΠΝΠ «[δ]εν επιτρέπονται μεταφορές κεφαλαίων για την απόκτηση χρηματοπιστωτικών μέσων του άρθρου 5 του Ν. 3606/2007 (Α' 195) μέσω οργανωμένων αγορών και πολυμερών μηχανισμών διαπραγμάτευσης ή επαγγελματιών που διαθέτουν τέτοια χρηματοπιστωτικά μέσα, όπως Ο.Σ.Ε.Κ.Α. ή Ο.Ε.Ε.. Με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών, μετά από εισήγηση της Τράπεζας της Ελλάδος και της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς δύναται να αίρονται οι περιορισμοί των περιπτώσεων γ και δ και να ρυθμίζονται οι όροι διενέργειας τέτοιων μεταφορών κεφαλαίων».

Σχετικώς, εξεδόθησαν η υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001062ΕΞ2015/Χ.Π.241/31.7.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 1617/31.7.2015) και στη συνέχεια η υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001608ΕΞ2015/7.12.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 2625/7.12.2015), με τις οποίες έχει αμβλυυνθεί σημαντικά ο εν λόγω περιορισμός.

#### (ε) Συνέπειες της απαγόρευσης

Ως προς τη συνέπεια της διενέργειας απαγορευμένων συναλλαγών, το άρθρο 1 παρ. 13 της ΠΝΠ ορίζει ότι η Τράπεζα της Ελλάδος επιβάλλει στα πιστωτικά ιδρύματα για κάθε παράβαση πρόστιμο ύψους έως του ενός δεκάτου του ποσού της αντίστοιχης συναλλαγής, ενώ το άρθρο 1 παρ. 14 προβλέπει ότι το πρόσωπο που παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 1 της ΠΝΠ τιμωρείται με ποινή φυλάκισης τουλάχιστον τριών (3) μηνών και χρηματική ποινή έως του ενός δεκάτου του ποσού της, ενώ το πιστωτικό ίδρυμα υποχρεούται να καταγγείλει τη σύμβαση εργασίας ή έργου του προσώπου αυτού.

Και εν προκειμένω πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι απαγορευμένες τραπεζικές συναλλαγές είναι άκυρες, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 174 ΑΚ, και δεν παράγουν τις σκοπούμενες έννομες συνέπειες. Ωστόσο, λόγω της φύσης και του αντικειμένου των απαγορευμένων σήμερα συναλλαγών, οι πρακτικές συνέπειες της ακυρότητας αυτής σε επίπεδο ουσιαστικού δικαίου δεν πρέπει να υπερτονίζονται. Επί παραδείγματι, αποτελεί ζητούμενο εάν όντως έχει πρακτική σημασία η αναγνώριση της ακυρότητας της σύμβασης κατάθεσης (άκυρο άνοιγμα λογαριασμού) ή της ακυρότητας της μεταφοράς χρημάτων του πελάτη σε λογαριασμό του ιδίου στην αλληλοδαπή.

## 2. Η διάκριση «παλαιού» και «νέου» χρήματος

Η νομική μεταχείριση του κυκλοφορούντος χρήματος, ως μέτρου αξίας των αγαθών και μέσου πληρωμών<sup>28</sup>, δεν διακρίνεται κατ' αρχήν<sup>29</sup> αναλόγως της προελεύσεώς του. Ούτε η ονομαστική ούτε η αγοραστική του αξία, αλλήλ ούτε και οι πιθανές νόμιμες χρήσεις του ως μέσου εξοφλήσεως χρηματικών οφειλών διαφοροποιούνται με κριτήριο τον τρόπο κτήσεώς του ή τη μορφή υπό την οποία ετηρείτο. Εν τούτοις, η από 18.7.2015 ΠΝΠ, με την οποία θεσπίζονται οι περιορισμοί στην κίνηση κεφαλαίων, και οι περαιτέρω εκδοθείσες κανονιστικές πράξεις, εισάγουν μία συναφή διάκριση. Προβλέπεται, ειδικότερα, ότι ορισμένες συναλλαγές μπορεί να διενεργηθούν εφόσον χρησιμοποιηθούν χρήματα προερχόμενα από το εξωτερικό ή μετρητά εκτός τραπεζικού συστήματος, όχι όμως εφόσον αξιοποιούνται χρήματα υπάρχοντα εντός τραπεζικού συστήματος ήδη στις 29.6.2015 (ημέρα θεσπίσεως της τραπεζικής αργίας). Η ρύθμιση αυτή οδήγησε στη χρήση των (μη προβλεπόμενων στο νόμο) νεολογισμών «παλαιό» (ήτοι υφιστάμενο εντός του ελληνικού τραπεζικού συστήματος) και «νέο» (ήτοι κυκλοφορούν εκτός αυτού) χρήμα<sup>30</sup>.

Συναλλαγές ως προς τις οποίες προβλέπεται διάκριση αναλόγως της προελεύσεως των χρημάτων που χρησιμοποιούνται για τη διενέργειά τους είναι:

(α) το άνοιγμα λογαριασμού: η πρόθεση μεταφοράς ποσού από άλλη τράπεζα δεν συνιστά λόγο να επιτραπεί το άνοιγμα λογαριασμού στη νέα τράπεζα· εν τούτοις, επιτρέπεται το άνοιγμα λογαριασμού για να καταστεί εφικτή η πίστωση ποσών από την αλληλοδαπή σε ευρώ ή ξένο νόμισμα, ύψους τουλάχιστον δέκα χιλιάδων ευρώ ή του ισόποσου σε ξένο νόμισμα (άρθρο 1 παρ. 7 περ. θ της από 18.7.2015 ΠΝΠ).

(β) η πρόωρη εξόφληση δανείου: επιτρέπεται η πρόωρη, μερική ή ολική, εξόφληση – μόνον εάν αυτή γίνει με μετρητά ή έμβασμα από το εξωτερικό – δανείου σε πιστωτικό ίδρυμα ή μέσω χορήγησης νέου δανείου, με σκοπό την αναδιάρθρωση, υπό την προϋπόθεση ότι το ποσό του νέου δανείου είναι ίσο τουλάχιστον με το ποσό του ανεξόφλητου κεφαλαίου του αρχικού δανείου (άρθρο 1 παρ. 8 της από 18.7.2015 ΠΝΠ, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 παρ. 4 της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001133ΕΞ2015/Χ.Π. 2524/17.8.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών).

28 Για τις λειτουργίες του χρήματος βλ. αντί άλλων *Καλλιμόπουλο*, ό.π., σ. 24 επ.

29 Ισχύουν, πάντως, και ρυθμίσεις στις οποίες θα μπορούσε κανείς να διακρίνει εν σπέρματι τη σχετική διάκριση, όπως π.χ. η αδυναμία κατάσχεσης του μισθού (άρθρο 982 παρ. 2 περ. δ ΚΠολΔ): το ίδιο ακριβώς χρηματικό ποσό σε μία τραπεζική κατάθεση μπορεί να υπόκειται σε κατάσχεση ή όχι, αναλόγως του λογαριασμού από τον οποίο μεταφέρθηκε προς την κατάθεση αυτήν (του εργοδότη ή άλλου προσώπου).

30 Βλ. εντελώς ενδεικτικά  
<http://www.capital.gr/story/3044365>· <http://www.kathimerini.gr/824671/article/oikonomia/epixeirhseis/mono-meneo-xrhma-oi-synallages-otan-epanaleitoyrhsei-to-xrhmatisthrio>·  
<http://www.newmoney.gr/palmos-oikonomias/trapezes/item/242844-deitera-anoigoun-oi-trapezes-telika-lithikanta-texnika-problimata>

(γ) η μεταφορά κεφαλαίων προς το εξωτερικό: χρηματικά ποσά που έχουν μεταφερθεί από την αλληλοδαπή σε πιστωτικό ίδρυμα που λειτουργεί στην Ελλάδα, μεταφέρονται ελευθέρως εκ νέου σε λογαριασμό που τηρείται σε πιστωτικό ίδρυμα που λειτουργεί στο εξωτερικό (άρθρο 1 παρ. 10 περ. στ της από 18.7.2015 ΠΝΠ)<sup>31</sup>.

(δ) οι αναλήψεις μετρητών:

(i) οι ναυτιλιακές εταιρείες που αναφέρονται στους ν. 27/1975, 959/1979 και στο ν.δ. 2687/1953 μπορούν να πραγματοποιούν αναλήψεις μετρητών έως του ποσού των πενήντα χιλιάδων ευρώ ημερησίως, από χρηματικά ποσά που έχουν μεταφερθεί από την αλληλοδαπή σε πιστωτικό ίδρυμα που λειτουργεί στην Ελλάδα. Με απόφαση της Επιτροπής Εγκρίσεως Τραπεζικών Συναλλαγών δύναται να επιτρέπεται η ανάληψη και να ορίζεται σχετικό όριο και για άλλους κλάδους επιχειρήσεων (άρθρο 1 παρ. 10 περ. στ εδ. 2-3 της από 18.7.2015 ΠΝΠ, όπως προστέθηκαν με το άρθρο 1 παρ. 5 της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001027ΕΞ2015/Χ.Π.2364/24.7.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών).

(ii) Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 11 περ. ια της από 18.7.2015 ΠΝΠ, όπως αυτό τροποποιηθέν ισχύει, επιτρέπεται «*Η καταβολή από τα εποπτευόμενα από την Τράπεζα της Ελλάδος ιδρύματα πληρωμών, συμπεριλαμβανομένων των αντιπροσώπων αυτών, καθώς και από ιδρύματα πληρωμών άλλων κρατών μελών της ΕΕ που παρέχουν νομίμως μέσω αντιπροσώπων τους στην Ελλάδα ή μέσω της εταιρείας Ελληνικά Ταχυδρομεία Α.Ε., μετρητών στους δικαιούχους από έμβασμα εξωτερικού, εάν έχει προηγηθεί i) εισαγωγή από το ίδρυμα πληρωμών τουλάχιστον ισόποσου ποσού σε φυσική μορφή από το εξωτερικό, από την έναρξη ισχύος της παρούσας Πράξης, με σχετική δήλωση της εν λόγω εισαγωγής στην Τράπεζα της Ελλάδος, ή ii) είσπραξη σε μετρητά τουλάχιστον ισόποσου ποσού από πελάτες τους-πληρωτές εμβασμάτων προς το εξωτερικό, έως κατ' ανώτατο του ποσού των χιλίων οκτακοσίων (1.800) ευρώ ανά πελάτη τους-δικαιούχο εμβάσματος, ανά ημερολογιακό μήνα. Επίσης, επιτρέπεται η διακίνηση χρηματικών εμβασμάτων στο εσωτερικό με καταβολή μετρητών στους δικαιούχους, υπό την προϋπόθεση ότι ο πληρωτής έχει καταθέσει το σύνολο του ποσού σε φυσική μορφή*».

(iii) Σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. θ της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001258ΕΞ2015/Χ.Π.2672/25.9.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών επιτρέπεται η ανάληψη μετρητών έως του ποσοστού 10% συνολικά, από χρηματικά ποσά τα οποία μεταφέρονται από την αλληλοδαπή σε υφιστάμενους λογαριασμούς που τηρούνται σε πιστωτικό ίδρυμα στην Ελλάδα.

(ε) για το διάστημα από τις 31.7 έως τις 7.12.2015, η αγορά χρηματοπιστωτικών μέσων και το άνοιγμα θέσεων επί παραγώγων σε χρηματοπιστωτικά μέσα. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 2 της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001062ΕΞ2015/Χ.Π.

31 Συναφείς ρυθμίσεις ισχύουν και για τη μεταφορά κεφαλαίων από εκπαιδευτικούς οργανισμούς δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου και τεχνολογικούς φορείς (άρθρο 1 παρ. 10 περ. ζ και θ της ΠΝΠ).

2412/31.7.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών, για την εξυπηρέτηση των συναλληλαγών αυτών επιτρεπόταν να χρησιμοποιηθούν μόνο «νέα κεφάλαια», ως τέτοια δε νοούνται «αυτά που πιστώνονται στους οικείους τραπεζικούς λογαριασμούς στο Ίδρυμα μετά την έναρξη ισχύος της παρούσας (εφεξής «νέα κεφάλαια») και προέρχονται α) από έμβασμα εξωτερικού, β) από το προϊόν πώλησης χρηματοπιστωτικών μέσων του άρθρου 5 του Ν. 3606/2007, εξαιρουμένων εκείνων του στοιχείου γ' του ως άνω άρθρου 5, γ) από επιστροφή ασφαλειών (margin), η κάλυψη των οποίων αρχικά προήλθε από κεφάλαια των περιπτώσεων α', β', δ', ε' και ζ' της παρούσας παραγράφου, δ) από χρηματικές διανομές στους δικαιούχους των χρηματοπιστωτικών μέσων του άρθρου 5 του Ν. 3606/2007, συνδεδεμένες με τα οικεία χρηματοπιστωτικά μέσα, ενδεικτικώς λόγω τακτικής λήξης τους, εταιρικών ή παρεμφερών πράξεων (πληρωμές τοκομεριδίων, μερισμάτων και άλλες σχετικές μορφές εσόδων), ε) από πιστώσεις προερχόμενες από θέσεις σε παράγωγα χρηματοπιστωτικά μέσα των περιπτώσεων (δ) έως (ι) του άρθρου 5 του Ν. 3606/2007, στ) από υφιστάμενα κατά την έναρξη ισχύος της παρούσας ελεύθερα πιστωτικά υπόλοιπα δικαιούχων σε επενδυτικούς λογαριασμούς που τηρούνται σε Ίδρύματα από εταιρείες παροχής επενδυτικών υπηρεσιών κατά την έννοια του ν. 3606/2007 που λειτουργούν στην Ελλάδα και ζ) από καταβολή σε μετρητά σε πιστωτικά ιδρύματα και εταιρίες παροχής επενδυτικών υπηρεσιών, τα οποία εκτελούν τις οικείες συναλληλαγές, του τιμήματος αγοράς των Χρηματοπιστωτικών Μέσων που παραγγέλλονται να αποκτηθούν». Η υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001062ΕΞ2015/Χ.Π. 2412/31.7.2015 απόφαση του Υπουργού Οικονομικών καταργήθηκε με το άρθρο 6 της υπ' αρ. Γ.Δ.Ο.Π.0001608ΕΞ2015/7.12.2015 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών (ΦΕΚ Β' 2625/7.12.2015).

Οι ανωτέρω ρυθμίσεις, κατά τις ειδικότερες προβλέψεις εκάστης, εισάγουν, όπως ήδη ελέχθη, διάκριση ως προς τις επιτρεπτές χρήσεις κεφαλαίων κατά τη διάρκεια των περιορισμών, αναλόγως της προελεύσεως και της μορφής τους. Αντίστοιχοι κανόνες δεν είναι συνήθεις και θα μπορούσε ενδεχομένως να τεθεί θέμα παραβίασης της αρχής της ισότητας, στο μέτρο που οι δυνατότητες των δικαιούχων διαφοροποιούνται χωρίς αποχρώντα λόγο, λ.χ. όταν διαφοροποιείται η (επιτρεπτή) πρόωρη εξόφληση δανείου με μετρητά από την (ανεπίτρεπτη) πίστωση του δανειακού λογαριασμού με υπόλοιπο καταθέσεως στην ίδια τράπεζα. Ωστόσο, είναι στις πλείστες περιπτώσεις προφανής η πρόθεση του νομοθέτη να εξισορροπήσει τους συγκρουόμενους στόχους κατά την κατάσθρωση μιας, ούτως ή άλλως, έκτακτης και προσωρινής ρυθμίσεως. Αφετηρία είναι η διασφάλιση της ρευστότητας των πιστωτικών ιδρυμάτων και του τραπεζικού συστήματος στο σύνολό του και η αποτροπή της περαιτέρω απώλειας κεφαλαίων προς την αλλοδαπή. Στο πλαίσιο αυτό, η εισαγωγή εξαιρέσεων αποβλέπει στην εξυπηρέτηση συγκεκριμένων στόχων (ιδίως της επανεισαγωγής εξαχθέντων στην αλλοδαπή κεφαλαίων ή της επανόδου στην κυκλοφορία αποθησαυρισθέντων σε φυσική μορφή χρημάτων), οι οποίοι κρίνονται εν προκειμένω προκρίτεοι. Τίθεται βέβαια το περαιτέρω ερώτημα εάν οι εν



λόγω σκοποί πρέπει να εξυπηρετηθούν μόνο στις συγκεκριμένες περιπτώσεις και εάν, εν πάση περιπτώσει, η προκριθείσα ρύθμιση συνιστά τη βέλτιστη λύση για την εξυπηρέτησή τους.

## V. Επίλογος

Η επιβολή περιορισμών στην κίνηση κεφαλαίων στο ελληνικό τραπεζικό σύστημα συνιστά ρύθμιση με πολλή ιδιάζοντα χαρακτηριστικά, προορισμένη από τη φύση της να εγείρει ερμηνευτικά προβλήματα και να θέτει ζητήματα εναρμονίσεως με το ισχύον σύστημα του ιδιωτικού δικαίου. Ειδικότερα:

(α) η υπό συζήτηση ρύθμιση έχει χαρακτήρα εξαιρετικό, αφού αποβλέπει στην αντιμετώπιση μιας έκτακτης κατάστασης, της κρίσης ρευστότητας των ελληνικών πιστωτικών ιδρυμάτων, μέσω λήψεως μέτρων κατ' αρχήν ασυμβίβαστων με τις κατοχυρωμένες στο Σύνταγμα και το Ενωσιακό Δίκαιο ελευθερίες.

(β) σε αντιδιαστολή με τους συνήθεις κανόνες δικαίου, που προορίζονται κατ' αρχήν να ισχύσουν επ' αόριστον στο μέλλον, η ρύθμιση είναι εξ ορισμού προσωρινή, δεδομένου ότι εξ αρχής σχεδιάζεται να ισχύσει ενόσω διαρκεί η έκτακτη κρίση και να καταργηθεί μόλις αποκατασταθεί η ρευστότητα των πιστωτικών ιδρυμάτων και η εμπιστοσύνη του κοινού.

(γ) όπως εν τέλει διαμορφώθηκε, η ρύθμιση έχει χαρακτήρα αποσπασματικό και δεν επιβάλλεται κατά τρόπο ενιαίο, αλλήλ *με διαδοχικές πράξεις*. Δεν σχεδιάσθηκε δηλαδή εξ αρχής η επιβολή συγκεκριμένων περιορισμών, με διακεκριμένες για έκαστον προϋποθέσεις και εξαιρέσεις, αλλήλ θεσπίσθηκε ο γενικός περιορισμός, με ορισμένες εξαιρέσεις, και ακολούθως η ρύθμιση μεταβλήθηκε διαδοχικά, κατά βάση με διαφοροποίηση των προϋποθέσεων και προσθήκη νέων εξαιρέσεων. Προϊόντος του χρόνου, αφενός μεν διαγιγνώσκονται οι ατέλειες της ρυθμίσεως και ακολουθεί διαδοχική συμπλήρωση και διόρθωση, αφετέρου δε μεταβάλλεται η οικονομική κατάσταση, ιδίως ως προς τη ρευστότητα των πιστωτικών ιδρυμάτων, και απαιτείται αναπροσαρμογή του ρυθμιστικού πλαισίου στην κατεύθυνση της βαθμιαίας απελευθερώσεως των συναλλαγών.

Οι διαδοχικώς θεσπιζόμενοι μετά την αρχική επιβολή περιορισμών κανόνες συντείνουν πλέον προεχόντως στη χαλάρωση των περιορισμών και στη σταδιακή αποκατάσταση της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων. Η τελική κατάληξη προορίζεται να είναι η κατάργηση της εξαιρετικής ρυθμίσεως και η αποκατάσταση της λειτουργίας του τραπεζικού συστήματος επί τη βάση των γενικώς ισχυόντων κανόνων.



## Η υποχρέωση πίστης (duty of loyalty) του θεματοφύλακα χρηματοπιστωτικών μέσων

### Εισαγωγή

1. Η θεματοφυλακή αποτελεί επενδυτική υπηρεσία σύμφωνα με την περίπτωση (α) της παραγράφου 2 του άρθρου 4 του ν. 3606/2007<sup>1</sup>, ορίζεται, δε, ως «*η φύλαξη και διοικητική διαχείριση χρηματοπιστωτικών μέσων για λογαριασμό πελάτων, περιλαμβανομένης της παροχής υπηρεσιών θεματοφύλακα και παροχής συναφών υπηρεσιών όπως η διαχείριση χρηματικών διαθεσίμων ή παρεχόμενων ασφαλειών*»<sup>2</sup>. Η φύλαξη και διαχείριση κινητών αξιών αποτελεί επίσης αυτοτελή τραπεζική εργασία, σύμφωνα με το άρθρο 11 παρ. 1 περ. (ιβ) του ν. 4261/2014<sup>3</sup>. Πρόκειται περί μεικτής σύμβασης, η οποία φέρει τόσο τα στοιχεία της σύμβασης παρακαταθήκης (ΑΚ 822 επ.) όσο και της εντολής (ΑΚ 713 επ.) και πληρεξουσιότητας (ΑΚ 216 επ.)<sup>4</sup>. Ο θεματοφύλακας αναλαμβάνει την τήρηση των τίτλων του πελάτη του αλλήλ και την εντολή να ενεργεί για λογαριασμό του. Συνήθως η θεματοφυλακή παρέχεται σε συνδυασμό με άλλες επενδυτικές ή τραπεζικές υπηρεσίες σχετικές με τις συναλληλαγές πελατών επί τίτλων, όπως η λήψη και διαβίβαση εντολών, η εκτέλεση εντολών ή η διαχείριση χαρτοφυλακίου τίτλων<sup>5</sup>. Επειδή συνοδεύει ή ακολουθεί τις συναλληλαγές επί των τίτλων, η θεματοφυλακή χαρακτηρίζεται ως παρεπόμενη επενδυτική δραστηριότητα.

Παρά τον παρεπόμενο χαρακτήρα της, η θεματοφυλακή τίτλων αποτελεί βασικό και αναπόσπαστο στοιχείο της λειτουργίας της αγοράς. Η σημασία της στις συναλλ-

\* Διδάκτωρ Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Στρασβούργου, Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος.

1 Ν. 3606/2007 για τις Αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων (Α' 195), ο οποίος ενσωματώνει την Οδηγία 2004/39/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 21ης Απριλίου 2004 (MiFID).

2 Στην Οδηγία 2014/65/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τις Αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων (MiFID II), η οποία καταργεί την Οδηγία 2004/39/EK, ο ορισμός της θεματοφυλακής ως παρεπόμενης υπηρεσίας παραμένει ο ίδιος (Παράρτημα Ι Τμήμα Β), με την προσθήκη, εντούτοις, ότι η τήρηση λογαριασμών αξιογράφων σε ανώτατο επίπεδο εξαιρείται, με αποτέλεσμα η παροχή της υπηρεσίας αυτής να μην υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω Οδηγίας. Αντιθέτως, σύμφωνα με το Τμήμα Α του Παραρτήματος του Κανονισμού (ΕΕ) 909/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23ης Ιουλίου 2014 (CSDR), η παροχή και τήρηση λογαριασμών αξιογράφων σε ανώτατο επίπεδο αποτελεί μία από τις βασικές υπηρεσίες των Κεντρικών Αποθετηρίων Τίτλων («ΚΑΤ») και ως τέτοια ρυθμίζεται πλέον από τον εν λόγω Κανονισμό.

3 Ο ν. 4261/2014 (ΦΕΚ Α' 107) για την πρόσβαση στη δραστηριότητα των πιστωτικών ιδρυμάτων και την προληπτική εποπτεία πιστωτικών ιδρυμάτων και επιχειρήσεων επενδύσεων ενσωματώνει την Οδηγία 2013/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Ιουνίου 2013.

4 Μιχαηλίδου σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 822-833, 23.

5 Βλ. για τον κατάλογο των επενδυτικών υπηρεσιών, άρθρ. 4 του ν. 3606/2007, για τις τραπεζικές υπηρεσίες που δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο διαβατηρίου, βλ. άρθρο 11 του ν. 4261/2014.

ηλγές αναδείχθηκε ιδίως λόγω της αποϋλοποίησης, η οποία είχε ως συνέπεια την έκδοση και καταχώριση των τίτλων σε κεντρικά μητρώα, την συνεπακόλουθη τήρησή τους σε λογαριασμούς θεματοφυλάκων/φορέων σε αυτά και τη μεταβίβασή τους μέσω λογιστικών εγγραφών στους ως άνω λογαριασμούς των φορέων (βλ. κατωτέρω αρ. 5). Η αύξηση των διασυννοριακών συναλλαγών και η παρεμβολή περισσότερων θεματοφυλάκων που μεσολαβούν ανάμεσα στον εκδότη των τίτλων και στον τελικό δικαιούχο/επενδυτή (*chain of custody*), συχνά διαφορετικών εθνικοτήτων, ανέδειξαν ειδικότερα ζητήματα προς ρύθμιση, ιδίως δε ανέδειξαν την ανάγκη εναρμόνισης των κανόνων δικαίου που εφαρμόζονται εν προκειμένω<sup>6</sup>. Η ρύθμιση και εναρμόνιση επιδιώκεται μέσω των διατάξεων για την παροχή των επενδυτικών υπηρεσιών, για τον διακανονισμό και την εκκαθάριση των χρηματοπιστωτικών μέσων<sup>7</sup>, πιο πρόσφατα δε και με διατάξεις του δικαίου των εισηγμένων στο χρηματιστήριο εταιριών<sup>8</sup>.

Σε ό,τι αφορά ειδικότερα τις Κεντρικές Τράπεζες του Ευρωσυστήματος, το ενδιαφέρον τους για το νομικό καθεστώς της θεματοφυλακής είναι πολυηπλό: Οι Κεντρικές Τράπεζες δύνανται να εποπτεύουν την παροχή της υπηρεσίας θεματοφυλακής από τα πιστωτικά ιδρύματα. Δύνανται, επίσης, να κάνουν χρήση ή να λειτουργούν και οι ίδιες ως θεματοφύλακες κατά την δραστηριοποίησή τους στις χρηματοπιστωτικές αγορές, βάσει των προβλεπόμενων στο Καταστατικό ΕΣΚΤ και ΕΚΤ αρμοδιοτήτων τους, ιδίως της άσκησης της νομισματικής πολιτικής και της διαχείρισης των επίσημων συναλλαγματικών διαθεσίμων (άρθρ. 3.1 του ως άνω Καταστατικού).

2. Κατά την παροχή της υπηρεσίας της θεματοφυλακής<sup>9</sup> παρουσιάζεται η, γνωστή και σε άλλες έννομες σχέσεις, διάσπαση μεταξύ της κυριότητας των τίτλων και της κατοχής και διαχείρισής τους. Ο θεματοφύλακας κατέχει τίτλους για λογαριασμό του πραγματικού δικαιούχου, οφείλει, δε, να προβαίνει στις απαραίτητες ενέργειες για τη διαφύλαξή τους, ενεργώντας με μοναδικό κριτήριο το συμφέρον του δικαιούχου και πελάτη του. Η διακριτική ευχέρεια με την οποία αυτός ενεργεί ως προς την τήρηση και διαχείριση των τίτλων που έχει στην κατοχή του για λογαριασμό και προς το συμφέρον του πελάτη του, καθιστά τη σύμβαση θεματοφυλακής μία σχέση εμπιστοσύ-

6 Για την εναρμόνιση του χρηματοπιστωτικού δικαίου, βλ. M. van Empel, "Financial Services in the EU" in: M. van Empel, (ed.), *Financial Services in Europe, An introductory overview*, Kluwer Law International, 25, ιδίως 51 επ.

7 Τα χρηματοπιστωτικά μέσα που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 3606/2007 ορίζονται στο άρθρο 5 αυτού.

8 Βλ. K. M. Lober, "The developing EU legal framework for clearing and settlement of financial instruments", ECB, Legal Working Paper Series, no 1, February 2006.

9 Η θεματοφυλακή προβλέπεται και ρυθμίζεται σε διατάξεις και άλλων νόμων, ιδίως στο άρθρο 36 επ. του ν. 4099/2012 «για τους οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων» (ΦΕΚ Α' 250), όπως ισχύει, στο άρθρο 21 του ν. 4209/2013 για την «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στην Οδηγία 2011/61/ΕΕ σχετικά με τους διαχειριστές οργανισμών εναλλακτικών επενδύσεων» (ΦΕΚ Α' 253) και άρθρ. 105 του ν. 4364/2016 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στην Οδηγία 2009/138/ΕΚ σχετικά με την ανάληψη και την άσκηση δραστηριοτήτων ασφάλισης και αντασφάλισης (Φερεγγυότητα II)».

νης<sup>10</sup> και τη διακρίνει, ως τέτοια, από τις συμβάσεις στις οποίες τα συμφέροντα των συμβαλλόμενων μερών βρίσκονται σε αντίθεση.

Η διάσπαση μεταξύ κατοχής/διαχείρισης και κυριότητας απαντάται σε όλες τις μορφές ανάθεσης της διαχείρισης περιουσίας σε τρίτο πρόσωπο, αν και με διαφορετική ένταση, εξαρτώμενη από το βαθμό της ανάθεσης. Έτσι, η ίδια προβληματική συναντάται κατά την παροχή της επενδυτικής υπηρεσίας της διαχείρισης χαρτοφυλακίου<sup>11</sup> (άρθρο 4 παράγραφος 1 περ. (δ) ν. 3606/2007), όπου βέβαια η εντολή του πελάτη είναι ευρύτερη της απλής θεματοφυλακής. Το ίδιο ζήτημα, αλλιά σε μεγαλύτερη έκταση, αντιμετωπίζεται στις αρχές της εταιρικής διακυβέρνησης<sup>12</sup> οι οποίες αναπτύχθηκαν για να αντιμετωπίσουν θέματα προστασίας των επενδυτών-μικρομετόχων ιδίως στις εισηγμένες στο χρηματιστήριο εταιρίες. Αυτοί, αν και τυπικά είναι οι μέτοχοι/ιδιοκτήτες των εταιριών, ουσιαστικά αδυνατούν να επηρεάσουν τη διοίκησή τους ή ακόμα και να ασκήσουν ουσιαστικό έλεγχο επί αυτής<sup>13</sup>.

Σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις κατά τις οποίες ο δικαιούχος δεν κατέχει ή δεν διαχειρίζεται άμεσα την περιουσία του, αλλιά επαφίεται στον εντολοδόχο του και εξαρτάται από αυτόν, δημιουργείται κίνδυνος που είναι γνωστός ως *agency risk*. Απόρροια της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου (*economic analysis of law*)<sup>14</sup> η θεωρία της αντιπροσώπευσης (*agency theory*) ανέδειξε την αντίθεση των συμφερόντων που μπορεί να υπάρχει μεταξύ εντολέα και εντολοδόχου και τη δυνατότητα του τελευταίου να επωφεληθεί της εξουσίας που του έχει ανατεθεί δεδομένου ότι το κόστος που πρέπει να επωμισθεί ο εντολέας ώστε να έχει πρόσβαση στην πληροφόρηση που απαιτείται για να ελέγξει και να καθοδηγήσει τον εντολοδόχο του καθίσταται αποτρεπτικό για αυτόν. Έτσι, η γνωστή ως ασυμμετρία πληροφόρησης και η απουσία ουσιαστικού ελέγχου δύνανται να επιτρέψουν τη διαχείριση της ξένης περιουσίας κατά τρόπο αντίθετο προς το συμφέρον του δικαιούχου.

Ειδικότερα δε σε ό,τι αφορά την παροχή θεματοφυλακής, ο κίνδυνος αυτός εξειδικεύεται και αναφέρεται ως *counterparty risk* ή *custody risk*, αναλύεται δε ως ο κίνδυνος να απολέσει ο δικαιούχος τους τίτλους του ή να προκληθεί ζημιά σε αυτόν

10 Μ. Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό δίκαιο, 2004, 30 επ., Ι. Πιτσιρίκας, Η ευθύνη από εμπιστοσύνη στην έννομη σχέση Τράπεζας-πελάτη, ΔΕΕ 5/2012, 442, Στ. Γεωργιάδης, Η φύλαξη και διαχείριση κινητών αξιών, ΧρΙΔ/2004, 110, ιδίως 114.

11 Η οποία συνίσταται στη διαχείριση, κατά τη διακριτική ευχέρεια της ΕΠΕΥ, χαρτοφυλακίων πελατών, στο πλαίσιο εντολής τους, που περιλαμβάνουν ένα ή περισσότερα χρηματοπιστωτικά μέσα.

12 Για την Ελλάδα, Ευ. Περάκης, Οι Αρχές Εταιρικής Διακυβέρνησης στην Ελλάδα, 9ο Συνέδριο Εμπορικολόγων, Το Χρηματιστήριο στο Ελληνικό Δίκαιο, 2000. 389, Ι. Ρόκας, οι λεγόμενες αρχές εταιρικής διακυβέρνησης και το δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας, 11ο συνέδριο εμπορικολόγων, Ανώνυμη εταιρία και κεφαλαιαγορά, 2002, 97, Σπ. Μούζουλας, Εταιρική Διακυβέρνηση, 2003, Ελληνικό Συμβούλιο Εταιρικής Διακυβέρνησης, Κώδικας εταιρικής διακυβέρνησης (2013), Χρ. Λιβαδά, Το ΔΣ της Ανώνυμης Εταιρίας και οι Κανόνες Εταιρικής Διακυβέρνησης, 2016, Χ. Τσενέ, Το κανονιστικό πλαίσιο των κωδίκων εταιρικής διακυβέρνησης, ΕΕμπΔ, 2015, 528, Α. Μικρουλέα, Οι διατάξεις του νέου ρυθμιστικού πλαισίου για την εταιρική διακυβέρνηση των πιστωτικών ιδρυμάτων, ΧρΗΔικ 1/2014, 9.

13 D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly editions, 2005.

14 R. Posner, Economic Analysis of Law, Little Brown and company, third edition, 1986, ιδίου, The Economics of Justice, Harvard University Press, 1981.

λόγω της παρεμβολής του θεματοφύλακα στην τήρηση και διαχείριση της περιουσίας του<sup>15</sup>. Οι αιτίες μπορεί να είναι διαφορετικές, μπορεί ιδίως να οφείλεται στην έναρξη διαδικασιών αφερεγγυότητας κατά του θεματοφύλακα ή σε κατάσχεση τίτλων πελατών του για δικές του οφειλές ή σε απώλεια ή μείωση των τίτλων (*shortfall*) κατά τη διαδικασία εκκαθάρισης. Ιδιαίτερη ρύθμιση, εντούτοις, χρήζουν οι περιπτώσεις στις οποίες ο θεματοφύλακας περιέρχεται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, όταν δηλαδή τα ίδια συμφέροντα του έρχονται σε αντίθεση με τα συμφέροντα των πελατών του. Ως ίδιο, δε, συμφέρον εννοείται και η βούληση του θεματοφύλακα να ευνοήσει συμφέροντα ενός πελάτη του εις βάρος των συμφερόντων άλλου πελάτη του. Στην περίπτωση αυτή, ενδέχεται ο θεματοφύλακας να χρησιμοποιήσει την εξουσία που του έχει ανατεθεί προς ικανοποίηση του δικού του συμφέροντος παραγνωρίζοντας το συμφέρον του πελάτη και δικαιούχου των τίτλων ή ακόμα προκαλώντας ζημιά σε αυτόν.

3. Για την αντιμετώπιση των κινδύνων που προκύπτουν από καταστάσεις σύγκρουσης συμφερόντων σε έννομες σχέσεις που χαρακτηρίζονται ως σχέσεις εμπιστοσύνης, έχει αναπτυχθεί στο δίκαιο η έννοια της υποχρέωσης πίστης (*duty of loyalty, devoir de loyauté*). Κατά την άσκηση των καθηκόντων του, ο διαχειριστής αλληότριας περιουσίας οφείλει να ενεργεί προς το συμφέρον του πελάτη και εντολέα του. Η υποχρέωση πίστης αποτελεί έννοια ευρύτερη σε σχέση με την καλή πίστη (ΑΚ 288) που οφείλουν τα συμβαλλήσιμα μέρη και η οποία διέπει συμβάσεις στις οποίες οι συμβαλλήσιμοι έχουν αντιτιθέμενα συμφέροντα. Η υποχρέωση πίστης, αντιθέτως, αποτελεί αυτοτελές καθήκον κατά την εκτέλεση συμβάσεων εμπιστοσύνης, στις οποίες τα συμφέροντα των μερών δεν μπορεί να είναι αντιτιθέμενα αλλήλ' αντιθέτως οφείλουν να συγκλίνουν προς την εξυπηρέτηση του συμφέροντος του εντολέα<sup>16</sup>.

4. Λαμβάνοντας ως βάση την κατά τα ως άνω υποχρέωση πίστης, το δίκαιο περιέχει μηχανισμούς και ρυθμίσεις που αποσκοπούν στην ελαχιστοποίηση των κινδύνων που δύνανται να προκύψουν διασφαλίζοντας και ελέγχοντας ότι οι ενέργειες και οι αποφάσεις του θεματοφύλακα λαμβάνονται και διενεργούνται προς το συμφέρον του πελάτη του και δικαιούχου των τίτλων<sup>17</sup>. Αποτελεί επίσης μια γενική υποχρέωση που διατρέχει τις έννομες σχέσεις μεταξύ δικαιούχου και διαχειριστή της περιουσίας του ώστε να καλύπτει τυχόν νομοθετικά κενά και να διαμορφώνεται κατά περίπτωση, αναλόγως των περιστάσεων<sup>18</sup>.

15 D. Chan, [F. Fontan, S. Rosati, D. Russo] et al., The securities custody industry, ECB Occasional Paper Series, 2007, ιδίως 32 επ., όπου και κατηγοριοποιούνται οι κίνδυνοι σε operational, financial and legal risks.

16 Βλ. για τη διάκριση αυτή, D. Schmidt, De l'intérêt social, RDBB, 1994, 204, De l'intérêt commun des associés, RDBB, 1994, 130.

17 Σε πρόσφατη απόφαση της, η Autorité des Marchés Financiers (AMF) έκρινε ότι η παροχή συμβουλής σε πελάτες για επένδυση σε χρηματοπιστωτικά μέσα, τα οποία προσφέρονται στο κοινό – ενώ όφειλε ο πάροχος να γνωρίζει ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της ισχύουσας νομοθεσίας – αποτελεί από μόνη της παραβίαση της υποχρέωσης πίστης, βλ. B. de Saint Mars, De quelques précisions sur les contours du service de placement et l'obligation de loyauté attachée au conseil en investissement, Bulletin Joly Bourse, 2015.

18 Έτσι η διάκριση στη MiFID μεταξύ πελατών, ιδιωτών ή επαγγελματιών, και επιλέξιμων αντισυμβαλλομένων.

Η υποχρέωση πίστης πρέπει να εξετασθεί ως προς τα δύο εννοιολογικά στοιχεία της θεματοφυλακής<sup>19</sup>, τη φύλαξη των χρηματοπιστωτικών μέσων (I) και τη διοικητική διαχείρισή τους (II).

## I. Φύλαξη των χρηματοπιστωτικών μέσων

5. Η αποϋλοποίηση<sup>20</sup> είχε ως συνέπεια η έκδοση των τίτλων να μην γίνεται πλέον σε φυσική μορφή, αλλήλ με καταχώρισή τους μέσω λογιστικών εγγραφών σε λογαριασμούς που τηρούνται σε Κεντρικό Αποθετήριο Τίτλων («ΚΑΤ»). Οι δε συναλλαγές επί αυτών ολοκληρώνονται και η κυριότητα μεταβιβάζεται επίσης με κατάλληλες λογιστικές εγγραφές στους ως άνω λογαριασμούς τίτλων από τους φορείς/θεματοφύλακες<sup>21</sup>. Το δικαίωμα κυριότητας του δικαιούχου δεν προκύπτει πλέον από την κατοχή του τίτλου του, αλλήλ μόνο από τις λογιστικές εγγραφές στους ως άνω λογαριασμούς<sup>22</sup>. Αντιστοίχως, η φύλαξη των τίτλων δεν συνεπάγεται πλέον τη φυσική κατοχή τους από τον θεματοφύλακα αλλήλ την παρακολούθηση των λογιστικών εγγραφών<sup>23</sup>.

Τέθηκε, επομένως, το ζήτημα εάν οι τίτλοι σε άυλη μορφή συνεχίζουν να παρέχουν ένα εμπράγματο δικαίωμα στους δικαιούχους τους ή εάν αυτοί αποκτούν πλέον μόνο μία ενοχική αξίωση έναντι του θεματοφύλακα<sup>24</sup>. Στην περίπτωση αυτή, η ομαλή

19 Εφόσον πρόκειται για την παροχή άλλων επενδυτικών υπηρεσιών, η υποχρέωση πίστης προς τους πελάτες/επενδυτές θα έχει διαφορετικό περιεχόμενο, ιδίως δε θα αφορά την υποχρέωση ενημέρωσης και βέλτιστης εκτέλεσης των εντολών (άρθρα 25-28 ν. 3606/2007), βλ. Α. Καραγκουνίδης, Προστασία του επενδυτή στο δίκαιο των επενδυτικών υπηρεσιών, 2007.

20 Η αποϋλοποίηση εισήχθη στο ελληνικό δίκαιο με τον ν. 2198/1994 (ΦΕΚ Α' 43) για τους τίτλους του Ελληνικού Δημοσίου που εκδίδονται και καταχωρίζονται στο Σύστημα Παρακολούθησης Συναλλαγών επί τίτλων με λογιστική μορφή της Τράπεζας της Ελλάδος (άρθρ. 5 επ.) και με τον ν. 2396/1996 (ΦΕΚ Α' 73) για τις μετοχές που εκδίδονται και καταχωρίζονται στο Σύστημα Άυλων Τίτλων, που διαχειρίζεται πλέον η ΕΛΚΑΤ (άρθρ. 39 επ.).

21 Ο Κανονισμός (ΕΕ) 909/2014 αναφέρει στο Προοίμιο υπό αρ. 2 «τα συστήματα διακανονισμού αξιόγραφων υπό τη διαχείριση των ΚΑΤ αφενός διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο στα συστήματα διακράτησης τίτλων, μέσω των οποίων οι συμμετέχοντες σε αυτά παρέχουν στοιχεία σχετικά με τα χαρτοφυλάκια τίτλων των επενδυτών, και αφετέρου λειτουργούν ως απαραίτητο εργαλείο για τον έλεγχο της ακεραιότητας μιας έκδοσης, αποτρέποντας την αδικαιολόγητη δημιουργία αξιόγραφων ή την αδικαιολόγητη μείωση των εκδοθέντων αξιόγραφων και διαδραματίζοντας έτσι σημαντικό ρόλο στη διατήρηση της εμπιστοσύνης των επενδυτών. Επιπλέον, τα εν λόγω συστήματα διακανονισμού αξιόγραφων διαδραματίζουν ενεργό ρόλο και στην παροχή ασφάλειας για τις πράξεις νομισματικής πολιτικής καθώς και στην παροχή ασφάλειας μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων». Ο Κανονισμός αυτός εξέφρασε την ανάγκη για ενιαία ρύθμιση της αποϋλοποίησης ή έστω ακινητοποίησης για έκδοση σε οποιοδήποτε κράτος-μέλος.

22 Δ. Τσιμπανούλης, Οι επενδυτικοί άυλοι τίτλοι, ΕπισκεΔ Β/2009, 351, *ιδίου*, Επενδυτικά αξιόγραφα σε λογιστική μορφή, ΝοΒ, 2008, 823.

23 Ο Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 909/2014 θεσπίζει την υποχρέωση των εκδοτών που είναι εγκατεστημένοι στην Ένωση να καταχωρούν όλες τις κινητές αξίες υπό μορφή λογιστικής εγγραφής σε ΚΑΤ μέσω ακινητοποίησης ή μετά από ευθεία έκδοση σε άυλη μορφή εφόσον οι εν λόγω αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε τόπους διαπραγμάτευσης ρυθμιζόμενους από την Οδηγία 2014/65/ΕΕ και τον Κανονισμό (ΕΕ) 600/2014 ή παρέχονται ως ασφάλεια δυνάμει της οδηγίας 2002/47/ΕΚ (άρθρου 3 παρ. 1).

24 Αντιθέτως, δεν αμφισβητούνται τα περιουσιακά και διοικητικά φύσης δικαιώματα του δικαιούχου εκ του τίτλου, έναντι του εκδότη, δεδομένου ότι αυτά δεν επηρεάζονται από τη φυσική ή άυλη μορφή των τίτλων, βλ. Τσιμπανούλη, *ο.π.*, 360.

παρακαταθήκη (ΑΚ 822) θα είχε μετατραπεί σε ανώμαλη παρακαταθήκη (ΑΚ 830) κατά την οποία μεταβιβάζεται στον παρακαταθέτη η κυριότητα του πράγματος. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο θεματοφύλακας θα αναλάμβανε μία ενοχική υποχρέωση προς φύλαξη και διαχείριση και, κατά συνέπεια, ο δικαιούχος των τίτλων θα στερείτο οποιασδήποτε προστασίας εμπράγματος δικαίου και θα περιοριζόταν σε μία αξίωση αποζημίωσης κατά του θεματοφύλακά του.

6. Παρά τους προβληματισμούς που αναπτύχθηκαν, η προστασία που αναγνωρίζεται από το δίκαιο στον δικαιούχο των τίτλων συνάδει με την κατάφαση της φύσης του δικαιώματος του επί του τίτλου ως δικαίωμα κυριότητας και όχι ως ενοχική αξίωση. Ειδικότερα, η προστασία του δικαιώματος κυριότητας των πελατών κατά τη φύλαξη των τίτλων τους επιδιώκεται μέσω των οργανωτικών απαιτήσεων που προβλέπονται στο άρθρο 12 του ν. 3606/2007, κυρίως στην παράγραφο 8, η οποία προβλέπει την υποχρέωση του θεματοφύλακα να λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να προστατεύει τα δικαιώματα κυριότητας των πελατών του, ιδίως σε περίπτωση αφεγγυότητάς του<sup>25</sup>. Η υποχρέωση αυτή εξειδικεύεται περαιτέρω με τις διατάξεις της Απόφασης Δ.Σ. της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 2/452/1.11.2007 (ΦΕΚ Β' 2137), σε ό,τι αφορά τις ΑΕΠΕΥ, και του Παραρτήματος 7 της ΠΔ/ΤΕ 2597/31.10.2007 (ΦΕΚ Β' 2158/2007), η οποία τροποποιεί την ΠΔ/ΤΕ 2577/2006 (ΦΕΚ Β' 2158), σε ό,τι αφορά τα πιστωτικά ιδρύματα που παρέχουν επενδυτικές υπηρεσίες<sup>26</sup>.

Κατά συνέπεια, η υποχρέωση πίστης ως προς τη φύλαξη των χρηματοπιστωτικών μέσων ορίζεται ως το καθήκον του θεματοφύλακα να προστατεύει και να διατηρεί το δικαίωμα κυριότητας του πελάτη του επί των χρηματοπιστωτικών μέσων που κατέχει για λογαριασμό του. Το καθήκον αυτό επιτυγχάνεται με τη διασφάλιση της κατοχής των τίτλων (Α) και την ανάληψη της ευθύνης για το σύνολο των ενδιάμεσων προσώπων (*third-party agents*) που διαμεσολαβούν στην «αλυσίδα» της θεματοφυλακής (*chain of custody*) (Β).

### Α. Υποχρέωση διαφύλαξης των τίτλων του πελάτη

7. Προκειμένου να διαφυλάξει το δικαίωμα κυριότητας των πελατών του, ο θεματοφύλακας οφείλει να τηρεί χωριστά τους τίτλους που ανήκουν σε κάθε πελάτη του και να τους ξεχωρίζει από τους τίτλους που ανήκουν στον ίδιο (α), ενώ δεν δύναται να κάνει χρήση τίτλων πελατών του παρά μόνο κατόπιν ρητής συναίνεσης τους (β).

25 Η ίδια διατύπωση διατηρείται και στην Οδηγία 2014/65/ΕΕ (MiFID II), άρθρο 16 παρ. 8. Χαρακτηριστικό της σημασίας που αποδίδει η εν λόγω Οδηγία στη διαφύλαξη του δικαιώματος κυριότητας των πελατών επί των τίτλων τους αποτελεί η νέα ρύθμιση για την τοποθέτηση στελέχους με αρμοδιότητα τον έλεγχο της συμμόρφωσης προς τους κανόνες που ισχύουν για την φύλαξη των περιουσιακών στοιχείων των πελατών (άρθρ. 7 του κατ' εξουσιοδότηση Κανονισμού της Επιτροπής με ημερομηνία 7.4.2016).

26 Και οι δύο κανονιστικές πράξεις αποτελούν ενσωμάτωση των σχετικών άρθρων της Οδηγίας 2006/73/ΕΚ της Επιτροπής της 10.8.2006 «για την εφαρμογή της Οδηγίας 2004/39/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου».



### α. Ο διαχωρισμός των τίτλων (*asset segregation*)

8. Σύμφωνα με το άρθρο 16 της Απόφασης Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 2/452/1.11.2007 και το Παράρτημα 7 της ΠΔ/ΤΕ 2577/2006, οι ΑΕΠΕΥ και τα πιστωτικά ιδρύματα φέρουν τη ρητή υποχρέωση του διαχωρισμού των τίτλων ενός πελάτη από αυτούς που τηρούνται για λογαριασμό άλλων πελατών ή και από αυτούς που ανήκουν στον ίδιο τον θεματοφύλακα (περ. (α) του άρθρου 16 της Απόφασης ΔΣ της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς και 7.1 (α) της ΠΔ/ΤΕ 2577/2006). Επίσης, σε περίπτωση που οι ΑΕΠΕΥ και τα πιστωτικά ιδρύματα έχουν καταθέσει τα χρηματοπιστωτικά μέσα πελατών τους σε τρίτο, οφείλουν να διασφαλίζουν ότι οι τίτλοι αυτοί τηρούνται ξεχωριστά από τους τίτλους που ανήκουν στο τρίτο αυτό πρόσωπο (περ. (α) του άρθρου 16 και 7.1.(δ)). Συναφής είναι η υποχρέωση της τήρησης των βιβλίων και αρχείων του με ακρίβεια, ώστε να διασφαλίζεται και να παρακολουθείται ανά πάσα στιγμή η ορθότητα και η αντιστοίχιση των εγγραφών στα βιβλία και τα αρχεία με τις εγγραφές στους οικείους λογαριασμούς (περ. (β), (γ) και (στ) του άρθρου 16 και 7.1. (β) και (γ)) αληθιά και η ύπαρξη μηχανισμών (*reconciliation procedures*) για τη διόρθωση λανθασμένων εγγραφών και την αποφυγή τυχόν απώλειας ή μείωσης των τίτλων (*shortfalls*).

Η χωριστή τήρηση των τίτλων του πελάτη λαμβάνει ιδιαίτερη σημασία σε περίπτωση διαδικασιών αναγκαστικής εκτέλεσης ή έναρξης διαδικασιών αφερεγγυότητας κατά του θεματοφύλακα. Η παράγραφος 10 του άρθρου 12 του ν. 3606/2007 προβλέπει ρητή απαγόρευση για τους δανειστές ΑΕΠΕΥ ή πιστωτικού ιδρύματος που παρέχει επενδυτικές υπηρεσίες να προβούν στην κατάσχεση ή δέσμευση περιουσιακών στοιχείων πελατών, εφόσον βάσει των εγγραφών στα βιβλία ή οποιουδήποτε άλλου αποδεικτικού εγγράφου προκύπτει ότι αυτοί είναι οι δικαιούχοι. Επίσης, σε περίπτωση διαδικασιών αφερεγγυότητας, οι πελάτες έχουν δικαίωμα αποχωρισμού των χρηματοπιστωτικών μέσων που τους ανήκουν από την πτωχευτική περιουσία.

Η ίδια υποχρέωση υπάρχει πλέον και σε ό,τι αφορά τον θεματοφύλακα για λογαριασμό ΟΣΕΚΑ, σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 22 της Οδηγίας 2014/91/ΕΕ (UCITS V)<sup>27</sup>, σύμφωνα με την οποία, οι λογαριασμοί που ανοίγονται στα βιβλία του θεματοφύλακα καταχωρίζονται σε χωριστούς λογαριασμούς στο όνομα του ΟΣΕΚΑ ή της εταιρίας διαχείρισης που ενεργεί για λογαριασμό του ούτως ώστε να μπορούν να αναγνωριστούν με σαφή τρόπο ως ανήκοντα στον ΟΣΕΚΑ ανά πάσα στιγμή. Η παράγραφος 8 του ίδιου άρθρου προβλέπει ότι σε περίπτωση αφερεγγυότητας του θεματοφύλακα, τα περιουσιακά στοιχεία του ΟΣΕΚΑ δεν είναι διαθέσιμα προς διανομή μεταξύ των πιστωτών ή προς ρευστοποίηση επ' ωφελεία τους.

27 Οδηγία 2014/91/ΕΕ της 23ης Ιουλίου 2014 για την τροποποίηση της Οδηγίας 2009/65/ΕΚ σχετικά με ορισμένους ΟΣΕΚΑ, όσον αφορά τις λειτουργίες θεματοφύλακα, τις πολιτικές αποδοχών και τις κυρώσεις.



Η υποχρέωση του θεματοφύλακα για τον διαχωρισμό των τίτλων πελατών είναι διάφορη από την αντίστοιχη υποχρέωση που υπέχουν τα ΚΑΤ να διασφαλίζουν τον διαχωρισμό των τίτλων που τηρούν οι φορείς τους από τίτλους του ίδιου του αποθετηρίου ή από τους τίτλους των άλλων φορέων (άρθρο 38 του Κανονισμού (ΕΕ) 909/2014). Ειδικότερα, στα ΚΑΤ και στα συστήματα εκκαθάρισης και διακανονισμού των συναλλαγών φορείς και χειριστές των λογαριασμών είναι χρηματοπιστωτικά ιδρύματα που παρέχουν υπηρεσίες θεματοφυλακής για λογαριασμό των επενδυτών και μεσολαβούν μεταξύ αυτών και των εκδοτών των χρηματοπιστωτικών μέσων. Αντιστοίχως, τα αποθετήρια μεσολαβούν μεταξύ του θεματοφύλακα και των πελατών τους τόσο σε ό,τι αφορά τη διεκπεραίωση των συναλλαγών των πελατών όσο και την περαιτέρω τήρηση των τίτλων τους. Η φύλαξη των τίτλων στο επίπεδο του αποθετηρίου έχει διαφορετική έννοια από τη φύλαξη εκ μέρους του θεματοφύλακα για λογαριασμό του πελάτη του και ορίζεται στο Τμήμα Α του Παραρτήματος του ως άνω Κανονισμού ως η αρχική καταχώριση των τίτλων κατά την έκδοσή τους (συμβολαιογραφική υπηρεσία) και ως η συνακόλουθη παροχή και τήρηση λογαριασμών τίτλων σε ανώτατο επίπεδο (υπηρεσία κεντρικής διατήρησης). Δεδομένου ότι και σε αυτήν την περίπτωση πρόκειται περί φύλαξης περιουσιακών στοιχείων για λογαριασμό του δικαιούχου τους, το ΚΑΤ υπέχει επίσης υποχρέωση πίστης, η οποία όμως λαμβάνει διαφορετικό περιεχόμενο και ορίζεται ως το καθήκον του να διασφαλίζει ανά πάσα στιγμή ότι το συνολικό υπόλοιπο της κάθε έκδοσης των τίτλων είναι εγγεγραμμένο και καταχωρισμένο στους λογαριασμούς των φορέων του<sup>28</sup> κατά τρόπο ώστε να αποτρέπεται ο «πληθωρισμός» των τίτλων και, επομένως, να διασφαλίζεται το δικαίωμα κυριότητας των επενδυτών/δικαιούχων των τίτλων. Αντιστοίχως, ο διακανονισμός από τον θεματοφύλακα των συναλλαγών του πελάτη του εννοείται ως η μεταβίβαση των εντολών στο σύστημα, ενώ σε επίπεδο αποθετηρίου ο διακανονισμός εννοείται ως η καταχώριση των τίτλων στους λογαριασμούς που τηρούνται σε επίπεδο αποθετηρίου (υπηρεσία διακανονισμού)<sup>29</sup>.

9. Ο Κανονισμός (ΕΕ) 909/2014 αντιμετωπίζει το ζήτημα της έμμεσης κατοχής τίτλων (*indirect holding*). Ειδικότερα, αναγνωρίζεται ρητά η δυνατότητα τήρησης συνολικού λογαριασμού πελατείας χωρίς αυτό να θίγει το δικαίωμα κυριότητας των πελατών του θεματοφύλακα<sup>30</sup>. Βεβαίως, προβλέπεται η δυνατότητα στον θεματοφύλακα να διαχωρίζει περαιτέρω τους τίτλους των πελατών του μεταξύ τους σε επίπεδο αποθετηρίου<sup>31</sup>, χωρίς όμως αυτό να είναι απαραίτητο, παρά μόνο αν το

28 Βλ. άρθρο 37 παρ. 1 και 2 του Κανονισμού 909/2014. J. Granotier, La portée juridique des systèmes de détention des titres, Banque et Droit, Hors – série, 1984-2014: 30 ans de dématérialisation des titres en France, Juin 2015, 19.

29 Βλ. D. Chan, [F. Fontan, S. Rosati, D. Russo] et al., "The securities custody industry", ό.π.

30 Άρθρο 38 παρ. 2: «Το ΚΑΤ τηρεί αρχεία και λογαριασμούς που επιτρέπουν σε οποιοδήποτε συμμετέχοντα να διαχωρίζει τα αξιόγραφα του από τα αξιόγραφα οποιουδήποτε άλλου συμμετέχοντος («συνολικός διαχωρισμός πελατών»).

31 Άρθρο 38 άρθρ. 4: «Το ΚΑΤ τηρεί αρχεία και λογαριασμούς που επιτρέπουν σε κάθε συμμετέχοντα να διαχωρίζει τα αξιόγραφα οποιουδήποτε από τους πελάτες του, εάν και όπως απαιτείται από τον συμμετέχοντα («διαχωρισμός ανά πελάτη»).

επιβάλλει το δίκαιο του κράτους-μέλους που εφαρμόζεται στην έκδοση των τίτλων<sup>32</sup>. Αυτή δεν είναι η περίπτωση της ισχύουσας νομοθεσίας στην Ελλάδα<sup>33</sup>. Εντούτοις, εφόσον πρόκειται για έμμεση τήρηση τίτλων πελατών σε λογαριασμούς που τηρούνται στο όνομα του θεματοφύλακα, το όνομα του πελάτη, για λογαριασμό του οποίου τηρούνται οι τίτλοι, πρέπει να εμφανίζεται στα βιβλία και τα αρχεία του θεματοφύλακα (*earmarking*). Για τον λόγο αυτόν άλληλωςτε, είναι απολύτως σαφές ότι η έμμεση κατοχή τίτλων, δηλαδή, η τήρησή τους για λογαριασμό του επενδυτή μέσω συγκεντρωτικών λογαριασμών πελατείας που τηρούνται στο όνομα του θεματοφύλακα, δεν αναιρεί σε καμία περίπτωση τον χαρακτήρα της παρακαταθήκης ως ομαλής και επομένως ουδόλως θίγεται το δικαίωμα κυριότητας του επενδυτή, ο οποίος συνεχίζει να έχει αξίωση έναντι του θεματοφύλακά του για την επιστροφή των τίτλων που τηρεί για λογαριασμό του<sup>34</sup>. Στην περίπτωση αυτή, ο τελικός επενδυτής/δικαιούχος του τίτλου δεν εμφανίζεται στο Κεντρικό Μητρώο, αλλά εγγράφεται και παρακολουθείται στα βιβλία του θεματοφύλακα<sup>35</sup>. Άλληλωςτε, σύμφωνα και με την παράγραφο 11 του άρθρου 12 του ν. 3606/2007 το δικαίωμα κυριότητας του πελάτη αναγνωρίζεται ακόμα και στην περίπτωση που ο θεματοφύλακας κατέχει τα χρηματοπιστωτικά μέσα άμεσα ή έμμεσα στο όνομά του και για λογαριασμό του πελάτη και ανεξάρτητα αν τα χρηματοπιστωτικά αυτά μέσα είναι καταχωρισμένα σε μητρώο στο όνομα του πελάτη, εφόσον αυτός ο τελευταίος είναι ο πραγματικός δικαιούχος, σύμφωνα με τα βιβλία και αρχεία του θεματοφύλακα<sup>36</sup>.

Ένα άλλο ζήτημα που αντιμετωπίζεται από τον ως άνω Κανονισμό αφορά τη δυνατότητα των θεματοφυλάκων να εκτελούν εντολές μεταβίβασης για λογαριασμό πελατών τους χωρίς να τις περνούν μέσω ΚΑΤ, παρέχοντας έτσι τη δυνατότητα σε αυτούς να λειτουργούν ως εσωτερικοποιητές διακανονισμού (*settlement internalisers*) (άρθρ. 2 παρ. 1 (11) και άρθρ. 9). Στην περίπτωση αυτή, ο θεματοφύλακας, για

32 Η παρ. 5 του ως άνω άρθρου 38 ορίζει ότι «τα ΚΑΤ και οι συμμετέχοντές του παρέχουν διαχωρισμό ανά πελάτη για πολίτες και κατοίκους κράτους-μέλους, καθώς και για νομικά πρόσωπα που εδρεύουν σε αυτό, όταν αυτό απαιτείται από την εθνική νομοθεσία του κράτους-μέλους δυνάμει της οποίας έχουν δημιουργηθεί οι τίτλοι.»

33 Βλ. άρθρ. 6 επ. του ν. 2198/1994.

34 Αντίθετοι οι *G. Kouretas/Chr. Tarnanidou*, Shareholding in EU: is indirect holding approach appropriate in achieving financial integration? JFRC2014, p. 15, επίσης *Χρ. Ταρνανίδου*, Η ελληνική κεφαλαιαγορά ενόψει της Πρότασης Ευρωπαϊκού Κανονισμού για τα Κεντρικά Αποθετήρια Τίτλων, ΔΕΕ 2012, 925. Βλ. επίσης την κριτική από τη γαλλική θεωρία σύμφωνα με την οποία, αφού αναγνωρίζεται στο γαλλικό δίκαιο το δικαίωμα κυριότητας του πελάτη στο επίπεδο τήρησης βιβλίων από τον θεματοφύλακα, δεν έχει χρησιμότητα η περαιτέρω πρόβλεψη για την τήρηση λογαριασμών τελικού επενδυτή στο επίπεδο του αποθετηρίου, αλλά αρκεί η τήρηση συλλογικών λογαριασμών πελατείας, βλ. *D. Poirier*, La chaîne internationale de détention de titres, Banque et Droit Hors – série, ό.π., 22.

35 Έτσι η τήρηση τίτλων στο Σύστημα της Τράπεζας της Ελλάδος βάσει του ν. 2198/1994. Αντίθετα στο Σύστημα Άυλων Τίτλων που διαχειρίζεται η ΕΛΚΑΤ (ΕΧΑΕ), όπου τηρούνται λογαριασμοί τελικού επενδυτή, τους οποίους χειρίζονται οι θεματοφύλακες/φορείς (χειριστές).

36 Έτσι και στο γαλλικό δίκαιο, *M. Zauberman*, Les systèmes de détention de titres: la dématérialisation, vecteur d'harmonisation, Banque et Droit, Hors – série, 30 ans de dématérialisation des titres en France, Juin 2015, 16, “le droit français maintient une analyse fondée sur le droit de propriété ... l'inscription en compte constitue le titre lui-même... les titres admis aux opérations d'un dépositaire central sont inscrits dans un compte courant au nom de l'intermédiaire chez le dépositaire central; l'investisseur a un droit de propriété sur son titre et un droit direct contre l'émetteur du titre”.

συναλληλαγή μεταξύ των πελατών του, προβαίνει ο ίδιος στην εκκαθάριση και τον διακανονισμό στα δικά του βιβλία και αρχεία με κατάλληλως εγγραφές τόσο σε ότι αφορά τη μεταβίβαση των τίτλων όσο και τον χρηματικό διακανονισμό της συναλληλαγής. Η πρακτική αυτή δημιουργεί ασφαλώς ζητήματα ανταγωνισμού μεταξύ αφενός θεματοφυλάκων με ευρεία πελατεία και αφετέρου των αποθετηρίων και συστημάτων διακανονισμού και εκκαθάρισης. Το ερώτημα που τίθεται, εν προκειμένω, είναι αν ο εσωτερικοποιημένος διακανονισμός δύναται να προκαλεί επιπλέον κινδύνους σε ό,τι αφορά τη διαφύλαξη των τίτλων των πελατών.

Παρατηρείται, καταρχήν, ότι οι εσωτερικοποιητές διακανονισμού διαφέρουν από τους συστηματικούς εσωτερικοποιητές (*internalisation of trades*) που προβλέπονται στο άρθρο 2 περίπτωση (4) του ν. 3606/2007 και ορίζονται ως η ΕΠΕΥ ή το πιστωτικό ίδρυμα που συναλλιάσσεται κατά τρόπο οργανωμένο συχνά και συστηματικά για ίδιο λογαριασμό εκτελώντας εντολές πελατών εκτός οργανωμένης αγοράς ή Πολυμερούς Μηχανισμού Διαπραγμάτευσης (*in-house trading*)<sup>37</sup>. Και στις δύο περιπτώσεις οι συναλληλαγές πελατών διενεργούνται ή διακανονίζονται, αντιστοίχως, από τον πάροχο των επενδυτικών υπηρεσιών/θεματοφύλακα, χωρίς να μεσολαβεί τρίτο πρόσωπο, τόπος διαπραγμάτευσης ή σύστημα διακανονισμού και εκκαθάρισης, αντιστοίχως. Εντούτοις, ειδοποιός διαφορά μεταξύ των δύο περιπτώσεων αποτελεί το γεγονός ότι κατά τη δραστηριοποίηση των συστηματικών εσωτερικοποιητών διαμορφώνεται η τιμή της συναλληλαγής των πελατών εκτός του τόπου διαπραγμάτευσης, η οποία βεβαίως επηρεάζει και τη διαμόρφωση τιμής στην αγορά εν γένει. Η απαιτούμενη προστασία των επενδυτών και της εύρυθμης λειτουργίας της αγοράς αντιμετωπίστηκε με την επιβολή στους συστηματικούς εσωτερικοποιητές αυξημένων υποχρεώσεων διαφάνειας<sup>38</sup>. Έτσι, ο ν. 3606/2007 προβλέπει μία σειρά υποχρεώσεων: γνωστοποίηση στην αρμόδια εποπτική αρχή σχετικά με την πρόθεση δραστηριοποίησης κάποιου ως συστηματικού εσωτερικοποιητή<sup>39</sup>, αλληλά και διαφάνεια ως προς τη διαδικασία κατάρτισης των συναλληλαγών με στόχο τον έλεγχο της τιμής κλεισίματος της συναλληλαγής<sup>40,41</sup>.

37 Δ. Τσιμπανούλη, Αποχαιρετώντας το χρηματιστηριακό δίκαιο, Οι επιπτώσεις της Οδηγίας 2004/39/ΕΚ «για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων» στο ελληνικό δίκαιο της κεφαλαιαγοράς, ΔΕΕ 1/2007, 35.

38 Για μια κριτική της δυνατότητας αυτής, βλ. M. van Empel, ό.π., ιδίως 56, ο οποίος εστιάζει στις διακρίσεις που δημιουργούνται μεταξύ των επενδυτών, αφού οι μεν εξυπηρετούνται σε τόπο διαπραγμάτευσης, ενώ οι δε μέσω του παρόχου υπηρεσιών και στη δημιουργία παράλληλων συστημάτων διαχείρισης της ρευστότητας, ενώ οι υποχρεώσεις διαφάνειας, ως προϋπόθεση δραστηριοποίησης, θέτουν περαιτέρω ζητήματα ανταγωνισμού μεταξύ των συστηματικών εσωτερικοποιητών.

39 Άρθρ. 50 του ν. 3606/2007.

40 Βλ. άρθρ. 51 και 52 παρ. 4 του ν. 3606/2007 σχετικά με την υποχρέωση να ανακοινώνουν δημόσια την τιμή και τα μέγεθι στα οποία δεσμεύονται να καταρτίζουν συναλληλαγές σε μετοχές. Επίσης βλ. άρθρ. 53 του ν. 3606/2007 σχετικά με την τιμή εκτέλεσης εντολής πελάτη και άρθρ. 54 σχετικά με την οφειλόμενη μετασυναλληλακτική διαφάνεια.

41 Από τη θέση σε εφαρμογή της MiFID II, οι υποχρεώσεις διαφάνειας για επιχειρήσεις επενδύσεων και πιστωτικά ιδρύματα που αποτελούν αντικείμενο συναλληλαγής εξωχρηματιστηριακής θα ρυθμίζονται με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 600/2014 (άρθρα 14 έως 23).

Στον εσωτερικοποιημένο διακανονισμό, οι κίνδυνοι για τον επενδυτή είναι πολύ μικρότεροι αφού δεν τίθεται ζήτημα διαμόρφωσης τιμής αλληλά ο θεματοφύλακας απλώς διακανονίζει μια ήδη καταρτισθείσα συναλλαγή<sup>42</sup>. Για τον λόγο αυτόν άλλωστε, το άρθρο 9 του Κανονισμού περιορίζεται σε μια απλή υποχρέωση γνωστοποίησης σε τριμηνιαία βάση στην αρμόδια εποπτική αρχή του ΚΑΤ του αποθετηρίου των στοιχείων που αφορούν στον συνολικό όγκο και αξία των συναλλαγών που διακανονίζονται από τον θεματοφύλακα στα βιβλία του για την χρονική αυτή περίοδο<sup>43</sup>. Εντούτοις, υπάρχει ο κίνδυνος για τους επενδυτές σε περίπτωση έναρξης διαδικασιών αφερεγγυότητας κατά ενός εκ των πελατών του που είναι αντισυμβαλλόμενοι στη συναλλαγή. Πράγματι, οι κανόνες προστασίας του ν. 2789/2000<sup>44</sup>, όπως ισχύει, δεν θα μπορέσουν να εφαρμοστούν εν προκειμένω, με αποτέλεσμα ο καλόπιστος αποκτών τίτλους ή χρήματα να μην προστατεύεται παρά μόνο κατόπιν της οριστικής εγγραφής των τίτλων στα βιβλία του θεματοφύλακα και του οριστικού χρηματικού διακανονισμού της συναλλαγής. Αντιθέτως, για όσο χρόνο ο διακανονισμός της συναλλαγής εκκρεμεί, η τυχόν έναρξη διαδικασιών αφερεγγυότητας καταλαμβάνει τη συναλλαγή και ανατρέπει τα αποτελέσματα της.

### β. Οι προϋποθέσεις χρήσης των τίτλων

10. Σύμφωνα με την παρ. 8 του άρθρου 12 του ν. 3606/2007 αλληλά και το άρθρο 7.5 της ΠΔΤΕ 2577/2006 και το άρθρο 19 της Απόφασης ΔΣ Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 2/452/1.11.2007, τα οποία εξειδικεύουν τη σχετική διάταξη του νόμου, οι θεματοφύλακες υποχρεούνται να μη χρησιμοποιούν τίτλους πελατών για ίδιο λογαριασμό<sup>45</sup> ούτε να συνάπτουν συμφωνίες για συναλλαγές χρηματοδότησης τίτλων<sup>46</sup> σχετιζόμενες με τους τίτλους που τηρούν για λογαριασμό των πελατών τους, είτε για ίδιο λογαριασμό είτε για λογαριασμό άλλου πελάτη, εκτός αν υπάρχει ρητή συναίνεση του πελάτη, η οποία να έχει δοθεί με συγκεκριμένους όρους<sup>47</sup>. Ειδικότερα στην περίπτωση που οι τίτλοι τηρούνται στο αποθετήριο σε συλλογικό λογαριασμό πελατείας, πρέπει να διασφαλίζεται από τον θεματοφύλακα ότι προβαίνει σε

42 Βλ. επίσης, *D. Chan et al.*, The securities custody industry, ό.π., 34.

43 Draft technical standards under CSDR, 28 September 2015 – ESMA/2015/1457/Annex II.

44 Ν. 2789/2000 για «την προσαρμογή του ελληνικού δικαίου προς την οδηγία αριθ. 98/26/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 19.5.1998 σχετικά με το αμετάκλητο του διακανονισμού στα συστήματα πληρωμών και στα συστήματα διακανονισμού χρηματοπιστωτικών μέσων και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 21), όπως τροποποιήθηκε από την Οδηγία 2009/44/ΕΚ, η οποία ενσωματώθηκε με τον ν. 4021/2011 (ΦΕΚ Α' 218).

45 Η ίδια υποχρέωση υπάρχει όταν ο θεματοφύλακας κατέχει και κεφάλαια πελατών, εκτός αν πρόκειται περί πιστωτικού ιδρύματος, άρθρ. 12 παρ. 9 του ν. 3606/2007.

46 Ως συναλλαγές χρηματοδότησης τίτλων ορίζονται η δανειοδότηση ή δανειοληψία μετοχών ή άλλων χρηματοπιστωτικών μέσων ή συναλλαγή πώλησης με σύμφωνο επαναγοράς ή συναλλαγή αγοράς με σύμφωνο επαναπώλησης ή συναλλαγή αγοράς επαναπώλησης (buy/sell-back) ή συναλλαγή πώλησης επαναγοράς (sell/buy-back). Ιδίου ορισμός και στον (ΕΕ) αριθ. 2015/2365 (SFTR) (βλ. κατωτέρω αριθ. 24).

47 Η ίδια διατύπωση έχει διατηρηθεί στην παρ. 8 του άρθρου 16 της MiFID II.

χρήση των τίτλων που ανήκουν στον εν λόγω πελάτη και δεν διαθέτει τίτλους άλλου πελάτη του. Η υποχρέωση αυτή αναδεικνύει τη σημασία διαχωρισμού των τίτλων πελατών στα βιβλία και αρχεία του θεματοφύλακα (βλ. ανωτέρω αρ. 8).

Ανάλογη διάταξη περιέχεται και στον Κανονισμό (ΕΕ) 909/2014 σε ό,τι αφορά την υποχρέωση των ΚΑΤ να μην χρησιμοποιούν τίτλους των φορέων τους και των πελατών τους για κανένα λόγο, παρά μόνο με τη ρητή συναίνεση των φορέων και εφόσον έχει εξασφαλιστεί η προηγούμενη συγκατάθεση των πελατών τους/δικαιούχων των τίτλων (παρ. 7 του άρθρ. 38). Η δυνατότητα χρήσης των τίτλων με προηγούμενη συναίνεση των πελατών καλύπτει την περίπτωση συμφωνιών δανεισμού, από ή μέσω των ΚΑΤ, τίτλων που τηρούνται στους λογαριασμούς των φορέων τους προς τον σκοπό διευκόλυνσης του διακανονισμού και εκκαθάρισης συναλλαγών που διενεργούνται σε αυτά<sup>48</sup>. Στην περίπτωση αυτή ο Διαχειριστής του ΚΑΤ παρεμβάλλεται μεταξύ των φορέων του ή/και πελατών των φορέων του (είτε συνάπτοντας δύο διμερείς συμβάσεις με έκαστο εξ αυτών είτε μία τριμερή σύμβαση), ώστε αντισυμβαλλόμενος σε ανοιχτή πώληση να προμηθευθεί, μέσω δανεισμού, τους τίτλους που χρειάζεται για τον διακανονισμό της συναλλαγής του<sup>49</sup>. Η παρεμβολή του ΚΑΤ λειτουργεί, εν προκειμένω, ως εγγύηση για την επιστροφή των τίτλων στον πελάτη/δανειοδότη, δεδομένου ότι η περίπτωση διαδικασιών αφερεγγυότητας ή αναγκαστικής εκτέλεσης κατά του ΚΑΤ είναι πιο απομακρυσμένη σε σχέση με τους άλλους φορείς της αγοράς.

11. Χαρακτηριστικό της σημασίας που δίδεται στην εν λόγω υποχρέωση μη χρήσης τίτλων πελατών αποτελεί το γεγονός ότι η MiFID II έχει εισάγει περαιτέρω αυστηρές ρυθμίσεις για την προστασία των ως άνω τίτλων<sup>50</sup>. Έτσι, επιπλέον της υποχρέωσης να μην προβαίνει σε χρήση τίτλων πελατών για ίδιο λογαριασμό, εκτός εάν ο πελάτης έχει δώσει τη συγκατάθεσή του (παρ. 8 άρθρ. 16 της Οδηγίας), προστίθεται η απαγόρευση σύναψης συμφωνιών χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλων για την κάλυψη υποχρεώσεων ιδιωτών πελατών του που απορρέουν από τη διενέργεια συναλλαγών για λογαριασμό τους (παρ. 10 άρθρ. 16 της Οδηγίας). Πρόκειται για τις περιπτώσεις παροχής περιθωρίου (*margin*) μέσω σύστασης εμπράγματης ασφάλειας επί των περιουσιακών στοιχείων που ο θεματοφύλακας κατέχει για λογαριασμό του πελάτη του.

Οι συμφωνίες χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλου (*title transfer collateral arrangements – TTCA*) είναι αυτές βάσει των οποίων ο ασφαλειοδότης

48 Γ. Σωτηρόπουλος, Ο Δανεισμός Τίτλων, Το συμβατικό, χρηματιστηριακό και λογιστικό δίκαιο των συμβάσεων repos και δανείου επί κινητών αξιών, 2005, 48.

49 Βλ. σχετικά τον Κανονισμό (ΕΕ) 236/2012 για τις ανοιχτές πωλήσεις και τα συμβόλαια ανταλλαγής πιστωτικής αθέτησης. Για μία κριτική των ρυθμίσεών του, Π. Σταϊκούρας, Ο Κανονισμός (ΕΕ) 236/2012 για τις ανοιχτές πωλήσεις και τα συμβόλαια ανταλλαγής πιστωτικής αθέτησης, ρυθμιστική παρέμβαση με αιτία αλλιά χωρίς μέτρο;, ΧρηΔικ 1/2014, 37.

50 S. Praicheux, Le renforcement de la protection des avoirs des clients dans la directive MIF II, enions, H. Boucheta, MIF II: les nouvelles exigences en matière de protection des investisseurs, BJB 2015, 162.

μεταβιβάζει την πλήρη κυριότητα ή το πλήρες δικαίωμα επί της παρεχόμενης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με σκοπό την εξασφάλιση ή την κάλυψη της εκτέλεσης των σχετικών χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων του, συμπεριλαμβανομένων συμφωνιών επαναγοράς (περ. (β) της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 3301/2004, όπως ισχύει). Οι συμφωνίες αυτές είναι διάφορες αυτών με τις οποίες παρέχεται εμπράγματο χρηματοοικονομική ασφάλεια. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο ασφαλειοδότης παρέχει στον ασφαλειολήπτη ή υπέρ αυτού ενέχυρο ή άλλο αντίστοιχο περιορισμένο εμπράγματο δικαίωμα με σκοπό την εξασφάλιση ή την κάλυψη της εκτέλεσης των σχετικών χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων του, ενώ η κυριότητα ή το δικαίωμα επί της παρεχόμενης χρηματοοικονομικής ασφάλειας παραμένει στον ασφαλειοδότη κατά τη σύσταση του εμπράγματος δικαιώματος (περ. γ' παρ. 1 άρθρ. 2 του ν. 3301/2004).

Είναι σαφές ότι η παροχή ασφάλειας με μεταβίβαση κυριότητας αποτελεί πολύ πιο δυσμενή ρύθμιση για τον επενδυτή, ιδίως τον ιδιώτη πελάτη, δεδομένου ότι αυτός αποξενώνεται από το δικαίωμα κυριότητας και την αξίωση επιστροφής ισοδύναμων τίτλων και περιορίζεται σε μία αξίωση αποζημίωσης σύμφωνα με τον τρόπο υπολογισμού του ύψους της που έχει συμφωνηθεί με τον θεματοφύλακα. Επίσης, σε περίπτωση έναρξης διαδικασιών αφερεγγυότητας κατά του θεματοφύλακα, οι τίτλοι του επενδυτή που έχουν μεταβιβασθεί κατά κυριότητα θα αποτελέσουν μέρος της πτωχευτικής περιουσίας χωρίς να μπορούν να αποχωρισθούν από αυτήν. Το ίδιο συμβαίνει σε περίπτωση που δανειστές του θεματοφύλακα προβούν σε διαδικασίες αναγκαστικής εκτέλεσης κατά της περιουσίας του. Στην κατ' εξουσιοδότηση της MiFID II εκδοθείσα Οδηγία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 7.4.2016<sup>51</sup>, προβλέπονται ειδικότερες υποχρεώσεις του θεματοφύλακα προς προστασία ακόμα και των επαγγελματιών πελατών και επιλέξιμων αντισυμβαλλομένων που παρέχουν ασφάλεια με μεταβίβαση τίτλου: οι θεματοφύλακες οφείλουν να αποδεικνύουν τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ των τίτλων και της παροχής ασφάλειας και το ποσό των τίτλων που μεταβιβάζονται οφείλει να είναι ανάλογο της ευθύνης του πελάτη απέναντί τους.

Βεβαίως ακόμα και στην περίπτωση της σύστασης ενέχυρου επί των τίτλων ως εξασφάλισης έναντι του θεματοφύλακα, δύναται να έχει συμφωνηθεί η περαιτέρω χρήση τους από τον θεματοφύλακα, γεγονός που οδηγεί σε αποτελέσματα ανάλογα με την μεταβίβαση των τίτλων. Ειδικότερα το άρθρο 5 του ν. 3301/2004 προβλέπει ότι ο ασφαλειολήπτης δύναται να συμφωνήσει τη χρήση της χρηματοοικονομικής ασφάλειας αναλαμβάνοντας ταυτόχρονα την υποχρέωση έναντι του ασφαλειοδότη για απόδοση ισοδύναμης ασφάλειας κατά την ημέρα εκπλήρωσης των υποχρεώσεων του ασφαλειοδότη ή αλλιώς για συμψηφισμό της αξίας της. Στο ίδιο πνεύμα και η νέα ρύθμιση για τους θεματοφύλακες των ΟΣΕΚΑ, σύμφωνα με την οποία ο θε-

51 Commission Delegated Directive of 7.4.2016, C (2016) 2031 final, [http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/isd/mifid/160407-delegated-directive\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/isd/mifid/160407-delegated-directive_en.pdf).



ματοφύλακας για λογαριασμό των ΟΣΕΚΑ δεν μπορεί να επαναχρησιμοποιεί τους τίτλους που φυλάσσει για λογαριασμό των ΟΣΕΚΑ, δηλαδή να προβαίνει σε οποιαδήποτε συναλλαγή σε φυλασσόμενα περιουσιακά στοιχεία συμπεριλαμβανομένων μεταξύ άλλων της μεταβίβασης, της ενεχύρασης, της πώλησης και του δανείου (άρθρ. 22, παράγραφος 7, όπως τροποποιείται από την παρ. 4 του άρθρου 1 της Οδηγίας 2014/91/ΕΕ).

### Β. Όριο της υποχρέωσης, η ανάθεση σε τρίτο πρόσωπο

12. Σύμφωνα με το άρθρο ΑΚ 824 παρ. 2, ο παρακαταθέτης καλείται να εκπληρώσει αυτοπροσώπως την παροχή, ενώ δικαίωμα περαιτέρω εξουσιοδότησης/ υποκατάστασης από τρίτο πρόσωπο υπάρχει μόνο αν αυτός έχει εξουσιοδοτηθεί από τον παρακαταθέτη, αν εξαναγκάστηκε από τις περιστάσεις ή αν συνηθίζεται η περαιτέρω κατάθεση<sup>52</sup>. Η ρύθμιση αυτή προκύπτει από τον χαρακτήρα της παρακαταθήκης ως μίας σύμβασης εμπιστοσύνης. Για τον ίδιο ακριβώς λόγο, κατά την παροχή της υπηρεσίας της θεματοφυλακής, ο θεματοφύλακας ευθύνεται έναντι του πελάτη του ανεξαρτήτου ανάθεσης σε τρίτο πρόσωπο. Εντούτοις, το περιεχόμενο της ευθύνης του διαφέρει αναλόγως εάν αφορά την τήρηση των τίτλων σε λογαριασμούς του θεματοφύλακα στα αποθετήρια/κεντρικά μητρώα των τίτλων (α) ή την ανάθεση σε τρίτα πρόσωπα των υποχρεώσεων που έχει αναλάβει ο ίδιος έναντι του πελάτη του (*sub-custodian*) (β).

#### α. Τήρηση λογαριασμών σε αποθετήρια

13. Ο θεματοφύλακας τηρεί αναγκαστικά σε λογαριασμούς σε ΚΑΤ τους άυλους τίτλους πελατών του οι οποίοι λόγω της αποϋλοποίησης έχουν εκδοθεί σε αυτά. Εντούτοις, οφείλει να εξασφαλίζει την ύπαρξη κατάλληλων δομών και ρυθμίσεων ώστε να διαφυλάσσεται το δικαίωμα κυριότητας των πελατών του<sup>53</sup>. Σε περίπτωση που έχει τη δυνατότητα επιλογής αποθετηρίου ή υπο-θεματοφύλακα για την τήρηση των τίτλων οφείλει να ενεργεί με επιμέλεια για τον διορισμό και τη συνεχή αξιολόγηση των δομών του (άρθρ. 7.2. της ΠΔ/ΤΕ 2577/2006 και άρθρ. 17 της Απόφασης ΔΣ της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 2/452/1.11.2007). Οι ρυθμίσεις που εξετάζει ο θεματοφύλακας αφορούν την ύπαρξη κανόνων που διασφαλίζουν τους τίτλους των πελατών σε περίπτωση αφερεγγυότητας ή αναγκαστικής εκτέλεσης του αποθετηρίου

<sup>52</sup> Βλ. σχετικά, *Μιχαηλίδου*, ό.π. 822, 6.

<sup>53</sup> Εκτός των αρμοδιοτήτων εποπτείας των εκάστοτε αρμόδιων αρχών, η ΕΚΤ και οι Εθνικές Κεντρικές Τράπεζες του Ευρωσυστήματος έχουν την αρμοδιότητα επίβλεψης των αποθετηρίων και συστημάτων εκκαθάρισης και διακανονισμού, αλλά επίσης και των συστημάτων πληρωμών των αρχείων καταγραφής συναλλαγών και των κεντρικών αντισυμβαλλομένων, βλ. [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/eurosystemoversightpolicyframework201509.en.pdf](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/eurosystemoversightpolicyframework201509.en.pdf). Η αρμοδιότητα αυτή εδράζεται στο άρθρο 127 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ).



ή των φορέων του, την προστασία του καλόπιστου αποκτώντος, την απαγόρευση χρήσης των τίτλων χωρίς τη ρητή συναίνεση του πελάτη και τον προσδιορισμό του χρονικού σημείου κατά το οποίο επέρχεται στο σύστημα ο οριστικός και αμετάκλητος διακανονισμός<sup>54</sup>. Εφόσον υπάρχουν ζεύξεις (*links*) μεταξύ αποθετηρίων, προκειμένου για τη διενέργεια των διασυννοριακών συναλλαγών<sup>55</sup>, ο θεματοφύλακας οφείλει να αξιολογήσει τις ως άνω ρυθμίσεις ξεχωριστά για το αποθετήριο μέσω του οποίου θα γίνει η μεταφορά των τίτλων στον λογαριασμό του (*investor SSS*) και του αποθετηρίου που τηρούνται οι τίτλοι (*issuer SSS*). Τέλος, η κατάθεση και τήρηση τίτλων πελατών σε αποθετήριο ή σε υπο-θεματοφύλακα τρίτης χώρας πρέπει να γίνεται δεκτή σε εξαιρετικές περιπτώσεις και μόνο εφόσον διασφαλίζεται ισοδύναμο καθεστώς ρυθμίσεων και εποπτείας (άρθρο 7.4 της ΠΔ/ΤΕ 2577/2006 και 17 παρ. 3 της Απόφασης ΔΣ της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 2/452/2007).

14. Αξιολόγηση διενεργεί και η ΕΚΤ προκειμένου να κάνει χρήση συστημάτων διακανονισμού και εκκαθάρισης και των αποθετηρίων καθώς και των ζεύξεων μεταξύ τους (*links*) κατά την άσκηση νομισματικής πολιτικής. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 3.1 του Καταστατικού ΕΣΚΤ και ΕΚΤ, η ΕΚΤ και οι ΕθνΚΤ μπορούν να διενεργούν πιστοδοτικές και πιστοληπτικές πράξεις με πιστωτικά ιδρύματα και άλλους φορείς της αγοράς, λαμβάνοντας επαρκή ασφάλεια προκειμένου για τη χορήγηση της κατά τα ως άνω χρηματοδότησης (άρθρο 18.1 του Καταστατικού ΕΣΚΤ και ΕΚΤ). Η ΕΚΤ καθορίζει τις γενικές αρχές για πράξεις ανοικτής αγοράς και πιστωτικές εργασίες που διενεργούνται από την ίδια ή τις εθνικές κεντρικές τράπεζες, περιλαμβανομένης της ανακοίνωσης των όρων υπό τους οποίους δέχονται να μετάσχουν σε συναλλαγές αυτού του είδους (άρθρ. 18.2 του Καταστατικού).

Στο πλαίσιο αυτό και προκειμένου να διασφαλίσουν την παροχή ασφάλειας, σύσταση ενεχύρου και καταπιστευματική μεταβίβαση κυριότητας επί τίτλων, έναντι της χρηματοδότησης που παρέχουν, η ΕΚΤ και οι ΕθνΚΤ κάνουν χρήση των Κεντρικών Αποθετηρίων και των Συστημάτων εκκαθάρισης και διακανονισμού<sup>56</sup>. Για να προστατευθεί έναντι των κινδύνων στους οποίους υπόκεινται τα αποθετήρια και τα συστήματα εκκαθάρισης και διακανονισμού, αλλιά και για να διασφαλίσει το ίδιο επίπεδο ασφάλειας σε όλα τα εμπλεκόμενα αποθετήρια και συστήματα, το Ευρωσύστημα υιο-

54 Ο προσδιορισμός του χρονικού σημείου οριστικοποίησης της συναλλαγής έχει ιδιαίτερη σημασία, ώστε να είναι σαφές πότε αποκτά κυριότητα ο επενδυτής σε περίπτωση έναρξης διαδικασιών αφερεγγυότητας, αλλιά και για την άσκηση των πολιτικών δικαιωμάτων που απορρέουν από τους τίτλους (συμμετοχή στη γενική συνέλευση, την άσκηση των δικαιωμάτων ψήφου) και την είσπραξη των περιουσιακών δικαιωμάτων (μερίσματα, τοκομερίδια). Βλ. επίσης το άρθρο 39 του Κανονισμού (ΕΕ) 909/2014.

55 Για τις ζεύξεις στις οποίες δύναται να προβεί το Σύστημα Άυλων Τίτλων της ΤτΕ, βλ. παραγράφους 11 άρθρου 10 του ν. 2198/1994. Για τις ζεύξεις στις οποίες δύναται να προβεί το Σύστημα Άυλων Τίτλων, το οποίο διαχειρίζεται η ΕΛΚΑΤ Α.Ε., βλ. το άρθρο 6 του ν. 3756/2009 (ΦΕΚ Α' 53).

56 Βλ. Assessment of the securities settlement systems against the standards determining their eligibility for use in Eurosystem credit operations, [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/frameworkfortheassessmentofsecuritiessettlementsystems201401en.pdf](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/frameworkfortheassessmentofsecuritiessettlementsystems201401en.pdf). Βλ. επίσης, CPSS-IOSCO Recommendations for SSSs in 2001; ESCB- CESR Recommendations for SSSs in 2009; CPSS-IOSCO Principles for Financial Market Infrastructures in 2012.

θέτеше κανόνες και διαδικασίες, που πρέπει να ισχύουν και να εφαρμόζονται, ώστε αυτά να είναι αποδεκτά για πράξεις νομισματικής πολιτικής<sup>57</sup>. Η διαδικασία αξιολόγησης αποθετηρίων και συστημάτων έναντι συγκεκριμένων κριτηρίων αφορά, ως προς το νομικό σκέλος: α) το είδος του δικαιώματος των επενδυτών επί των τίτλων τους που τηρούνται και διακανονίζονται στα εν λόγω αποθετήρια και συστήματα, β) την ευθύνη του αποθετηρίου ή του συστήματος για ζημιά που προκαλείται στους φορείς ή και στους επενδυτές και γ) τον οριστικό διακανονισμό των συναλλαγών.

15. Η ανάγκη εναρμόνισης σε επίπεδο τεχνικό, επιχειρησιακό και νομικό στο στάδιο της εκκαθάρισης<sup>58</sup> (post-trade harmonisation) οδήγησε στη δημιουργία της πηλατοφόρμας διακανονισμού TARGET2-Securities (T2S)<sup>59</sup>, της οποίας τη διαχείριση και αρμοδιότητα λειτουργίας έχει το Ευρωσύστημα<sup>60</sup>. Το T2S αποτελεί μία ενιαία κεντρική πηλατοφόρμα<sup>61</sup>, η οποία παρέχει σε κεντρικά αποθετήρια υπηρεσίες διακανονισμού συναλλαγών σε Delivery versus Payment (DvP)<sup>62</sup> μορφή σε πραγματικό χρόνο και σε χρήμα κεντρικής τράπεζας. Η λειτουργία μιας ενιαίας κεντρικής πηλατοφόρμας<sup>63</sup> συμβάλλει επίσης στη μείωση του κόστους εκκαθάρισης για τους φορείς που συμμετέχουν σε αυτήν και επομένως και για τους επενδυτές/πελάτες αυτών των τελειωμάτων. Με τον τρόπο αυτό διευκολύνονται οι διασυνοριακές συναλλαγές<sup>64</sup> σε πανευρωπαϊκό επίπεδο, αφού λιγοστεύουν οι διαδικασίες και οι ενδιάμεσοι μειώνοντας περαιτέρω και τους σχετικούς κινδύνους (*financial integration*)<sup>65</sup>.

Η δομή και η λειτουργία του T2S φέρουν νομικά χαρακτηριστικά που οι θεματοφύλακες αλληλά και το Ευρωσύστημα θα έπρεπε να ελέγχουν και να αξιολογούν

57 Assessment of the securities settlement systems against the standards determining their eligibility for use in Eurosystem credit operations, ό.π.

58 Βλ. σχετικά, The Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 2001 & 2003, [http://ec.europa.eu/finance/financial-markets/docs/clearing/first\\_giovannini\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf).

59 B. Weller, T2S benefits: much more than fee reductions, [https://www.ecb.europa.eu/paym/t2s/pdf/specser/T2S\\_SpecialSeries\\_final\\_01.pdf](https://www.ecb.europa.eu/paym/t2s/pdf/specser/T2S_SpecialSeries_final_01.pdf).

60 Κατευθυντήρια Γραμμή της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας EKT/2012/13 σχετικά με το T2S (Ο.Ι. L 215/11.8.2012), Απόφαση της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας EKT/2011/20 σχετικά με τα κριτήρια καταλληλότητας που πρέπει να πληρούν τα οικεία αποθετήρια για τη συμμετοχή τους στο T2S (Ο.Ι. L 319/2.12.2011).

61 Το T2S δεν είναι αποθετήριο ούτε αποτελεί σύστημα κατά την έννοια του ν. 2789/2000. Τα συμμετέχοντα αποθετήρια είναι οι αντισυμβαλλόμενοι του Ευρωσυστήματος και αυτά συνεχίζουν να ευθύνονται έναντι των πελατών τους για τον διακανονισμό και την εκκαθάριση που λαμβάνει χώρα στο T2S. Οι φορείς των αποθετηρίων και οι πελάτες τους δεν αποκοτούν απευθείας έννομη σχέση με το T2S, οι δε λογαριασμοί τίτλων τους συνεχίζουν να τηρούνται στο αποθετήριο με το οποίο έχουν συμβληθεί.

62 Οι τίτλοι μεταβιβάζονται στον αγοραστή υπό την προϋπόθεση της ταυτόχρονης πίστωσης του χρηματικού λογαριασμού του πωλητή.

63 Η μετάπτωση των συμμετεχόντων αποθετηρίων στο T2S δεν γίνεται ταυτόχρονα αλληλά σε τέσσερα «κύματα» με τέσσερις διαφορετικές ημερομηνίες: η πρώτη μετάπτωση (*first wave*) έλαβε χώρα στις 22 Ιουνίου 2015, ημερομηνία που σηματοδότησε την έναρξη λειτουργίας της πηλατοφόρμας T2S και περιελάμβανε μόνο τέσσερα αποθετήρια, μεταξύ των οποίων και το Σύστημα Αύλων Τίτλων της Τράπεζας της Ελλάδος (BOGS). Η δεύτερη μετάπτωση έλαβε χώρα στις 28 Μαρτίου 2016, ενώ η τρίτη και η τέταρτη μετάπτωση έχουν προγραμματιστεί για τις 12 Σεπτεμβρίου 2016 και 6 Φεβρουαρίου 2017, αντιστοίχως.

64 Βεβαίως όχι μόνο οι διασυνοριακές αλληλά και οι εγχώριες (*domestic*) συναλλαγές εκκαθαρίζονται στην πηλατοφόρμα T2S.

65 Βλ. ECB, Financial integration in Europe, [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/financialintegrationineurope201504.en.pdf](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/financialintegrationineurope201504.en.pdf). Η λειτουργία του T2S έχει άρει 6 από τα 15 εμπόδια στην εναρμόνιση του διακανονισμού, τα οποία ανέφερε το Giovannini Group (Giovannini Barriers).

στα ΚΑΤ προκειμένου να εκκαθαρίζουν συναλλαγές και να τηρούν τίτλους σε αυτά. Τα χαρακτηριστικά αυτά εφαρμόζονται πλέον ομοιόμορφα σε όλα τα συμμετέχοντα στο T2S αποθετήρια με αποτέλεσμα να παρέλκει η ανάγκη περαιτέρω αξιολόγησης τους από τους θεματοφύλακες/φορείς<sup>66</sup>. Περαιτέρω, η οριστικοποίηση των συναλλαγών και το αμετάκλητο του διακανονισμού σε επίπεδο T2S, καθώς και ο διακανονισμός σε DvP για το σύνολο των αποθετηρίων μειώνει τον κίνδυνο του αντισυμβαλλόμενου καθώς και τον κίνδυνο διακανονισμού (*counterparty risk/settlement risk*). Επίσης, παρέλκει η ανάγκη αξιολόγησης των ζεύξεων (*links*), αφού ο διακανονισμός και η εκκαθάριση για τις διασυνοριακές συναλλαγές μεταξύ συμμετεχόντων αποθετηρίων (*cross-CSD settlement*) λαμβάνουν χώρα εντός της ενιαίας κεντρικής πλατφόρμας<sup>67</sup>.

### β. Ανάθεση σε τρίτο πρόσωπο

16. Ο θεματοφύλακας δύναται να αναθέτει σε τρίτο πρόσωπο το σύνολο ή μέρος των καθηκόντων και αρμοδιοτήτων που έχει αναλάβει βάσει της συμφωνίας του με τον πελάτη του. Στην περίπτωση αυτή δύναται να δημιουργηθεί αλυσίδα των θεματοφυλάκων, οι οποίοι παρεμβάλλονται μεταξύ του δικαιούχου και του θεματοφύλακα που πραγματικά κατέχει τους τίτλους και τους οποίους μπορεί να μη γνωρίζει ο δικαιούχος. Η ρύθμιση των άρθρων του Παραρτήματος 1 της ΠΔ/ΤΕ 2577/2006 και 13 και 14 της Απόφασης ΔΣ της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 2/452/1.11.2007 στόχο έχουν την προστασία του πελάτη έναντι της ευχέρειας του αρχικού θεματοφύλακα να μεταφέρει σε τρίτα πρόσωπα υποχρεώσεις που του έχουν ανατεθεί.

Σε περίπτωση που ο αρχικός θεματοφύλακας προβαίνει σε εξωτερική ανάθεση λειτουργιών, που χαρακτηρίζονται από τις ανωτέρω διατάξεις ως ουσιώδεις, συνεχίζει να φέρει ευθύνη έναντι του πελάτη του για την παροχή των συμφωνημένων υπηρεσιών προς αυτόν. Ειδικότερα, ευθύνεται όχι μόνο ως προς την επιλογή αλλιά και ως προς τη συνεχή παρακολούθηση και αξιολόγηση της δραστηριότητας του εντολοδόχου του, οφείλει δε να καταγγείλει τη συμφωνία ανάθεσης, αν διαπιστώσει ελλειπή απόδοση εκ μέρους του τρίτου προσώπου<sup>68</sup>. Η ευθύνη αυτή εκτείνεται σε όλες τις πράξεις και παραλείψεις του ή των υπο-θεματοφυλάκων (*sub-custodians*). Πρό-

66 ECB, Financial integration in Europe, ό.π., ιδίως 67 επ. Βλ. επίσης, The European Post Trade Group (EPTG), Annual Report 2013, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/financial-markets/docs/clearing/eptg/20140521-annual-report-with-annexes\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/eptg/20140521-annual-report-with-annexes_en.pdf).

67 Η εναρμόνιση στο πεδίο του διακανονισμού και εκκαθάρισης ολοκληρώνεται με τον Κανονισμό (ΕΕ) 909/2014 (CSDR), ο οποίος στηρίζει και συμπληρώνει τη λειτουργία του T2S, βλ. ECB, Financial integration in Europe, ό.π., ιδίως 51 επ.

68 Βλ. επίσης παραγράφους 2 και 5 του άρθρου 16 της Οδηγίας 2014/65/ΕΕ και άρθρα 31 και 32 του κατ' εξουσιοδότηση κανονισμού της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (25.4.2016), Commission delegated Regulation (EU) of 25.4.2016, C(2016) 2398 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/3-2016-2398-EN-F1-1.PDF>.

κειται ουσιαστικά για ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων σχετικά με την ευθύνη του κυρίου των υποθέσεων ως προς τον βοηθό εκπλήρωσης τον οποίο χρησιμοποιεί<sup>69</sup>. Στην πράξη υπάρχει η δυνατότητα να δοθεί εγγύηση στον πελάτη, αν προβλέπεται ότι ο πάροχος των υπηρεσιών, που είναι μητρική επιχείρηση, χρησιμοποιήσει τις θυγατρικές επιχειρήσεις για την εκπλήρωση των συμβατικών του υποχρεώσεων (*parent guarantee*).

17. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον προς αυτή την κατεύθυνση παρουσιάζει η νέα ρύθμιση της ευθύνης του θεματοφύλακα που περιέχεται στην Οδηγία 2014/91/ΕΕ (UCITS V). Το νέο άρθρο 22α επαναλαμβάνει, στην παρ. 2 (γ), ότι ο θεματοφύλακας μπορεί να αναθέτει σε τρίτους τη φύλαξη των χρηματοπιστωτικών μέσων του ΟΣΕΚΑ μόνο εφόσον επιδεικνύει τη δέουσα επιμέλεια κατά την επιλογή και τον ορισμό του τρίτου, συνεχίζει δε να επιδεικνύει τη δέουσα ικανότητα, φροντίδα και επιμέλεια για την περιοδική επανεξέταση και τον συνεχή έλεγχο του τρίτου και των διευθετήσεων που έχει κάνει ο τρίτος για τα θέματα που του έχουν ανατεθεί. Εντούτοις, ο θεματοφύλακας υπέχει πλέον έναντι του ΟΣΕΚΑ και των μεριδιούχων του ΟΣΕΚΑ αντικειμενική ευθύνη για την απώλεια από τον ίδιο ή από τρίτο, στον οποίο έχει αναθέσει την υποθεματοφυλακή των χρηματοπιστωτικών μέσων που του έχουν ανατεθεί προς φύλαξη (άρθρ. 24 της Οδηγίας)<sup>70</sup>, ενώ μόνο σε περίπτωση ανωτέρας βίας δύναται να απαλλαγεί από την ευθύνη αυτήν<sup>71</sup>. Εφόσον προκύψει ζημιά προς αποκατάσταση, ο θεματοφύλακας υποχρεούται να επιστρέψει χρηματοπιστωτικά μέσα του ιδίου είδους, ενώ υπέχει επίσης υποχρέωση αποζημίωσης έναντι του ΟΣΕΚΑ, αλλήλ και των μεριδιούχων του, για κάθε περαιτέρω ζημιά που μπορεί να έχει προκληθεί σε αυτούς συνεπεία της εκ προθέσεως ή εξ αμελείας μη ορθής εκπλήρωσης των υποχρεώσεών του. Η ως άνω ευθύνη δεν μπορεί ούτε να αποκλειστεί ούτε να περιοριστεί βάσει συμφωνίας. Το ίδιο ακριβώς καθεστώς ευθύνης προβλέπεται επίσης σε ό,τι αφορά την ανάθεση σε τρίτο πρόσωπο από τον θεματοφύλακα των περιουσιακών στοιχείων των Οργανισμών Εναλλακτικών Επενδύσεων (ΟΕΕ), βάσει της παρ. 12 του άρθρου 21 του ν. 4209/2013.

69 Η πλήρης ευθύνη σε περίπτωση ανάθεσης από το αποθετήριο δραστηριοτήτων ή υπηρεσιών σε τρίτο πρόσωπο προβλέπεται επίσης στον Κανονισμό 909/2014. Το άρθρο 30 προβλέπει ότι ένα αποθετήριο μπορεί να προβεί σε ανάθεση μόνο εφόσον συνεχίζει να υπέχει ευθύνη έναντι των φορέων του για τυχόν ζημιά που δύναται να προκληθεί σε αυτούς από πράξεις ή παραλείψεις των τρίτων προσώπων και εφόσον δεν μεταβάλλονται οι υποχρεώσεις που έχει αναλάβει απέναντι στους φορείς του.

70 *I. Riasseto*, *Le nouveau régime applicable aux dépositaires issu de la directive OPCVM V*, BJB 2015, 113, Σπ. Μούζουλα, Ειδικά ζητήματα από την εφαρμογή των διατάξεων της Οδηγίας 2014/91/ΕΕ σχετικά με την ευθύνη του θεματοφύλακα ΟΣΕΚΑ, ΧρηΔικ2015, 49, ιδίως 53 επ.

71 Η προσέγγιση αυτή υιοθετήθηκε από το γαλλικό ακυρωτικό δικαστήριο στην υπόθεση Lehman. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή "*Le dépositaire qui a reçu pour mission d'assurer la conservation des actifs d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières est tenu en toutes circonstances, même s'il en a confié la sous-conservation à un tiers, d'une obligation de restitution immédiate de ces actifs en vertu de dispositions d'ordre public destinées à assurer la protection de l'épargne et le bon fonctionnement des marchés financiers.*" Cass. Com. 4 mai 2010, Bull civ. IV, no 500, βλ. J. Gratonier, ό.π., 20.

## II. Διοικητική διαχείριση των χρηματοπιστωτικών μέσων

18. Ως διοικητική διαχείριση νοείται η άσκηση από τον θεματοφύλακα για λογαριασμό του πελάτη του των δικαιωμάτων, αλλιά και η εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τους τίτλους που κατέχει, όπως επίσης και η προσήκουσα και έγκαιρη ενημέρωση του πελάτη του ώστε αυτός να μπορεί να επιλέξει τυχόν άσκηση των δικαιωμάτων του από τον ίδιο. Ο θεματοφύλακας εισπράττει για λογαριασμό του δικαιούχου τα περιουσιακά δικαιώματα που απορρέουν από τους τίτλους: μερίσματα και τόκους που καταβάλλονται από τον εκδότη ή νέους τίτλους που τυχόν εκδίδονται από αυτόν και καταχωρίζονται υπέρ των υφιστάμενων δικαιούχων. Η διακριτική ευχέρεια όμως του θεματοφύλακα φαίνεται κυρίως κατά την άσκηση των πολιτικών δικαιωμάτων που απορρέουν από τους τίτλους, ιδίως της συμμετοχής στη γενική συνέλευση και της άσκησης του δικαιώματος ψήφου. Κατά την έννοια αυτή, η εξουσία που αναγνωρίζεται στον θεματοφύλακα προσιδιάζει με την άσκηση της διαχείρισης στην ανώνυμη εταιρία, αν και βέβαια σε πολύ πιο περιορισμένη έκταση. Πράγματι και στις δύο περιπτώσεις ασκείται ένα δικαίωμα για λογαριασμό του δικαιούχου/επενδυτή, το οποίο δύναται να επηρεάσει την τύχη της επένδυσης του. Η διακριτική ευχέρεια την οποία έχει ο θεματοφύλακας κατά την άσκηση των δικαιωμάτων του πελάτη του επιβάλλει και εδώ αυτή να διενεργείται προς το συμφέρον αυτού του τελευταίου.

Η υποχρέωση πίστης ως προς τη διοικητική διαχείριση των χρηματοπιστωτικών μέσων ορίζεται, επομένως, ως το καθήκον του θεματοφύλακα να διαφυλάσσει τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτά σύμφωνα με το συμφέρον του πελάτη του (Α). Όπως και στη φύλαξη των τίτλων, η υποχρέωση αυτή γνωρίζει όρια (Β).

### Α. Υποχρέωση διαφύλαξης των δικαιωμάτων των πελατών

19. Οι τροποποιήσεις του ν. 2190/1920, με τις διατάξεις του ν. 3604/2007 και του ν. 3884/2010 (ΦΕΚ Α' 168) με τον οποίο ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη η Οδηγία 2007/36/ΕΚ<sup>72</sup>, συνέβαλαν σημαντικά στην ενίσχυση των δικαιωμάτων των μετόχων της μειοψηφίας και δη των μετόχων επενδυτών. Εντούτοις, αρκετά ζητήματα παρέμειναν ανοιχτά, μεταξύ των οποίων και τα ζητήματα που σχετίζονται με τη συμμετοχή και άσκηση των πολιτικών δικαιωμάτων μέσω ενδιάμεσων προσώπων/θεματοφυλάκων. Κρίθηκε, πράγματι, ότι οι ειδικότερες δυσκολίες και οι τυχόν συγκρούσεις συμφερόντων που δύναται να προκύψουν στις σχέσεις του θεματοφύλακα με τον πελάτη του και οι οποίες επιτείνονται σε περίπτωση διασυννοριακής κα-

72 Οδηγία 2007/36/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Ιουλίου 2007 σχετικά με την άσκηση ορισμένων δικαιωμάτων από μετόχους εισηγμένων εταιρειών.

τοχής τίτλων λόγω της αλυσίδας των ενδιάμεσων θεματοφυλάκων, έρχοζαν ενδελεχέστερης αντιμετώπισης.

Στην από 09.04.2014 πρόταση Οδηγίας για την ενθάρρυνση της μακροπρόθεσμης ενεργού συμμετοχής των μετόχων με την οποία επιχειρείται η τροποποίηση της Οδηγίας 2007/36/ΕΚ<sup>73</sup>, κατευθυντήρια ιδέα αποτελεί η διευκόλυνση των επενδυτών όσον αφορά την άσκηση των δικαιωμάτων που προκύπτουν από τους τίτλους τους<sup>74</sup>, είτε όταν αυτοί επιθυμούν να ασκήσουν τα δικαιώματα τους αυτοπροσώπως είτε όταν θέλουν να διορίσουν ένα τρίτο πρόσωπο να τα ασκήσει για λογαριασμό τους. Στην τελευταία αυτή περίπτωση ο θεματοφύλακας<sup>75</sup> δύναται να αναλάβει την εκπροσώπηση του δικαιούχου των τίτλων. Ωστόσο, μέριμνα πρέπει να λαμβάνεται ώστε η άσκηση των δικαιωμάτων να γίνεται σύμφωνα με τις οδηγίες του πελάτη και πάντως προς όφελος του. Ο στόχος των προτεινόμενων ρυθμίσεων είναι διττός, καθώς μέσω του μετριασμού τυχόν συγκρούσεων συμφερόντων των θεματοφυλάκων, ως προς την εκπροσώπηση των πελατών τους, επιτυγχάνεται επίσης η βελτίωση της εταιρικής διακυβέρνησης<sup>76</sup> των εταιριών τις οποίες αφορά. Άλλωστε, η ρύθμιση των συγκρούσεων συμφερόντων τόσο στις σχέσεις του θεματοφύλακα με τον πελάτη του όσο και σε επίπεδο εταιρικής διακυβέρνησης, επιτυγχάνει τον ίδιο στόχο, τη διαφύλαξη των συμφερόντων των επενδυτών<sup>77</sup>.

Ειδικότερα, η υποχρέωση διαφύλαξης των δικαιωμάτων που απορρέουν από τους τίτλους των πελατών περιλαμβάνει την υποχρέωση ενημέρωσης των δικαιούχων (α), καθώς και την υποχρέωση ενεργού συμμετοχής για λογαριασμό τους (β).

#### α. Υποχρέωση ενημέρωσης

20. Οι υποχρεώσεις ενημέρωσης του πελάτη σχετικά με τα πολιτικά δικαιώματά του απορρέουν από τους τίτλους του προβλέπονται στο άρθρο 3(β) της ως άνω Πρότασης Οδηγίας. Οι υποχρεώσεις αυτές καταδεικνύουν τη θέση του θεματοφύλακα ως ενδιαμέσου μεταξύ της εταιρίας και του επενδυτή, επιβεβαιώνοντας την υποχρέωση του να ενεργεί βάσει του καθήκοντος πίστης προς τον εντολέα του. Έτσι, ο θεματο-

73 Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Πρόταση, Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την τροποποίηση της Οδηγίας 2007/36/ΕΚ όσον αφορά την ενθάρρυνση της μακροπρόθεσμης ενεργού συμμετοχής των μετόχων, καθώς και της Οδηγίας 2013/34/ΕΕ όσον αφορά ορισμένα στοιχεία της δήλωσης εταιρικής διακυβέρνησης, COM(2014) 213 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2014%3A213%3AFIN>.

74 Στην ανωτέρω Πρόταση Οδηγίας, ως ενεργός συμμετοχή των μετόχων ορίζεται η παρακολούθηση από έναν μέτοχο μεμονωμένα ή από κοινού με άλλους μετόχους των εταιριών σε ζητήματα σχετικά με τη στρατηγική, την απόδοση, τον κίνδυνο, τη διάρθρωση του κεφαλαίου και την εταιρική διακυβέρνηση, διατηρώντας διάλογο με τις εταιρίες για τα ζητήματα αυτά και ψηφίζοντας στη γενική συνέλευση (Άρθρο 1 (2) (n)).

75 Βλ. άρθρο 1 (2) (δ), όπου δίδεται ορισμός του διαμεσολαβητή (*intermediary*) ως του νομικού προσώπου που έχει την καταστατική του έδρα, την κεντρική του διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή του εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης και διατηρεί λογαριασμούς αξιών για πελάτες (*maintains securities accounts for clients*). Στον ορισμό αυτόν συμπεριλαμβάνονται και τα ΚΑΤ.

76 Βλ. ανωτέρω, αρ. 2.

77 COM (2014) 213 final, ό.π., Προοίμιο αρ. (8).



φύλακας οφείλει να διαβιβάζει τις πληροφορίες που λαμβάνει από την εταιρία σχετικά με τους τίτλους της στους πελάτες του χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση, σε κάθε περίπτωση που αυτές αφορούν την άσκηση των πολιτικών δικαιωμάτων τους αλλά και σε κάθε περίπτωση προκειμένου περί ενημέρωσης που αφορά το σύνολο των δικαιούχων των τίτλων ή συγκεκριμένης κατηγορίας αυτών. Αντιστρόφως, ο θεματοφύλακας ενεργεί ως ο ενδιαμέσος για την διαβίβαση προς την εταιρία των πληροφοριών που λαμβάνει από τον πελάτη του και αφορούν στην άσκηση των πολιτικών τους δικαιωμάτων. Η παρ. 3 του ως άνω άρθρου προβλέπει ότι ο θεματοφύλακας οφείλει να διαβιβάζει τις πληροφορίες αυτές προς την εταιρία σύμφωνα με τις οδηγίες του μετόχου και χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση. Ιδιαίτερα σημαντική είναι και η ρητή αναφορά στην δυνατότητα διαμεσολάβησης περισσότερων θεματοφυλάκων μεταξύ του εκδότη και των τελικών δικαιούχων. Στην περίπτωση αυτή, προβλέπεται ρητά η υποχρέωση όλων των ενδιαμέσων για την χωρίς καθυστέρηση διαβίβαση των ως άνω πληροφοριών από και προς τον επενδυτή.

Αν και οι συγκεκριμένες ρυθμίσεις δεν έχουν ακόμα υιοθετηθεί από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο, είναι, εντούτοις, η πρώτη φορά που γίνεται σαφής αναφορά στις υποχρεώσεις των ενδιαμέσων προσώπων και δη στην αλυσίδα των θεματοφυλάκων.

### β. Υποχρέωση ενεργούς συμμετοχής

21. Το άρθρο 28 του ν. 2190/1920, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 5 του ν. 3884/2010 και το οποίο αφορά τη συμμετοχή σε γενικές συνελεύσεις εταιριών που δεν είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο, και το άρθρο 28α, όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 6 του ν. 3884/2010 σε ό,τι αφορά τη συμμετοχή σε γενική συνέλευση εταιριών που είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο, αντιμετώπισαν μία σειρά πρακτικών ζητημάτων που εμπόδιζαν τη συμμετοχή και άσκηση του δικαιώματος ψήφου στη γενική συνέλευση από τους μετόχους της μειοψηφίας/επενδυτές<sup>78</sup>. Βασικές ρυθμίσεις αποτελούν η δυνατότητα της εξ αποστάσεως συμμετοχής στη γενική συνέλευση (παρ. 6 και 7 του άρθρου 28 και παρ. 7 και 8 του άρθρου 28α), καθώς και η κατάργηση της ακινητοποίησης των τίτλων του δικαιούχου στον λογαριασμό του για πέντε ημέρες, ως προϋπόθεση για τη συμμετοχή του μετόχου στη γενική συνέλευση (παρ. 1 και 4 του άρθρου 28α). Σε ό,τι αφορά ειδικότερα τη συμμετοχή και άσκηση του δικαιώματος ψήφου μέσω αντιπροσώπου, ιδιαίτερης σημασίας είναι η πρόβλεψη σύμφωνα με την οποία ο μέτοχος συμμετέχει και ψηφίζει στη γενική συνέλευση είτε αυτοπροσώπως είτε μέσω αντιπροσώπων, ενώ δεν έχουν ισχύ διατάξεις του καταστατικού που περιορίζουν είτε την δι' αντιπροσώπων ενάσκηση των

<sup>78</sup> Χρ. Ταρνανίδου, Η αναμόρφωση του δικαίου των εισηγμένων εταιριών μετά την τροποποίηση του ΚΝ 2190/1920 με τον ν. 3884/2010, ΧρηΔικ 2010, 154.



δικαιωμάτων είτε την επιλεξιμότητα των προσώπων που μπορούν να ορίζονται ως αντιπρόσωποι (παρ. 1 άρθρ. 28 α)<sup>79</sup>.

Στο άρθρο 3(γ) της Πρότασης Οδηγίας, προβλέπεται ότι ο θεματοφύλακας διευκολύνει την άσκηση των δικαιωμάτων του μετόχου, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος συμμετοχής και ψήφου στη γενική συνέλευση. Υποχρεούται, δε, είτε να προβαίνει στις αναγκαίες ρυθμίσεις ώστε ο μέτοχος ή τρίτο πρόσωπο να μπορούν να ασκήσουν τα ως άνω δικαιώματα είτε να προβεί ο ίδιος στην άσκηση αυτών των δικαιωμάτων κατόπιν εξουσιοδότησης από τον μέτοχο και βάσει των εντολών του<sup>80</sup> (*proxy voting*). Εντούτοις, στην Πρόταση Οδηγίας δεν γίνεται καμία αναφορά στις συγκρούσεις συμφερόντων στις οποίες μπορεί να βρεθούν τα ενδιάμεσα πρόσωπα κατά την άσκηση των ως άνω δικαιωμάτων ούτε στη διαχείριση στην οποία οφείλουν να προβούν<sup>81</sup>. Η μόνη σχετική πρόβλεψη αφορά την υποχρέωση διαφάνειας ως προς τη διαβίβαση της επιβεβαίωσης της ψήφου στον μέτοχο. Εφόσον υπάρχει αλυσίδα θεματοφυλάκων, η επιβεβαίωση αυτή διαβιβάζεται μεταξύ όλων των διαμεσοληθών χωρίς καθυστέρηση. Η δυσκολία, πάντως, των επενδυτών να ασκήσουν τα δικαιώματα ψήφου που απορρέουν από τους τίτλους τους, έχει οδηγήσει στη σκέψη ότι πρέπει να τους αναγνωριστεί η δυνατότητα διαχωρισμού και εκχώρησης των δικαιωμάτων αυτών σε τρίτα πρόσωπα, ιδίως σε θεσμικούς επενδυτές ή θεματοφύλακες, έναντι αμοιβής<sup>82</sup>. Οι προτάσεις αυτές εντάσσονται στο πλαίσιο της επεξεργασίας των αρχών εταιρικής διακυβέρνησης και απώτερο στόχο έχουν την αποτελεσματικότερη, αληθιά και προς όφελος των επενδυτών, διοίκηση και λειτουργία των εισηγμένων εταιριών<sup>83</sup>.

## Β. Όριο της υποχρέωσης, η διαφάνεια της αγοράς

22. Ο θεματοφύλακας υποχρεούται στην τήρηση του απορρήτου σχετικά με τις συναλλαγές των πελατών του, τους τίτλους που αυτοί κατέχουν και τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτούς. Πρόκειται για την τήρηση του επαγγελματικού απορρήτου που συνδέεται με την παροχή υπηρεσιών και προβλέπεται ως συμβατική δέσμευση μεταξύ των μερών. Σε ό,τι αφορά τους λογαριασμούς των πελατών, αυτοί δύνανται επίσης να καλύπτονται και από το τραπεζικό απόρρητο του ν.δ. 1059/1971,

79 Βλ. σχετικά με τη σημασία των ζητημάτων αυτών για τις αρχές εταιρικής διακυβέρνησης, Association Française de la Gestion financière – Recommandations sur le gouvernement d'entreprise, Janvier 2015.

80 Α. Αλεξανδροπούλου, Νέα Πρόταση Οδηγίας για την ενίσχυση της θέσης του μετόχου, τις αμοιβές μελών ΔΣ και τη διαφάνεια του ρόλου των πληρεξούσιων συμβούλων και των διαμεσοληθών, ΔΕΕ 2014, 940 επ., Β. Θεοδοροπούλου-Δένδια, Ο χαλαρός δεσμός του σύγχρονου μετόχου με την εταιρία του - Η πρόταση Οδηγίας της 9ης Απριλίου 2010, ΔΕΕ 2015, 810 επ.

81 Πρόβλεψη για πολιτική διαχείρισης υφιστάμενων ή ενδεχόμενων συγκρούσεων συμφερόντων περιέχεται μόνο σχετικά με την άσκηση του δικαιώματος ψήφου από τους θεσμικούς επενδυτές, (άρθρ. 3 (στ)).

82 Υπέρ της δυνατότητας διαχωρισμού του δικαιώματος ψήφου από τα περιουσιακά δικαιώματα και μεταβίβασής του έναντι ανταλλάγματος, D. Schmidt, Empty voting, Bulletin Joly Bourse 2012, 42. Π. Παναγιώτου, Η εκχώρηση του αυτοτελούς δικαιώματος ψήφου του εταίρου, Αρμενόπουλος 2015, 2035.

83 Όριο του ακτιβισμού των μετόχων, η υποχρέωση πίστης που και αυτοί οφείλουν στην εταιρία. Βλ. D. Kocher, Shareholder activism in Germany, J.I.B.L.R 2015, 402.

εφόσον τηρούνται σε πιστωτικό ίδρυμα ή σε σύστημα στο οποίο εφαρμόζεται η ως άνω νομοθεσία περί απορρήτου<sup>84</sup>.

Εντούτοις, το καθήκον του θεματοφύλακα να τηρεί το απόρρητο σχετικά με τους τίτλους των πελατών του και με τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτούς, μπορεί να υποχωρεί όταν πρόκειται να εξυπηρετηθεί η διαφάνεια των συναλλαγών. Η διαφάνεια αποτελεί έναν από τους τρόπους διασφάλισης της εύρυθμης λειτουργίας της αγοράς. Επιτρέπει στις εποπτικές αρχές να ασκούν τις εποπτικές τους εξουσίες και στον εκδότη των τίτλων να γνωρίζει τους επενδυτές/αντισυμβαλλομένους του. Επιτρέπει, τέλος, στην ίδια την αγορά να αυτορυθμίζεται, ενσωματώνοντας τη διαθέσιμη πληροφορόρηση και προλαμβάνοντας κινδύνους που απειλούν τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα<sup>85</sup>. Άλλωστε, η άρση του απορρήτου για σκοπούς δημοσίου συμφέροντος είναι μία τάση που ολόένα διευρύνεται<sup>86</sup>. Ο θεματοφύλακας, ως το ενδιάμεσο πρόσωπο μεταξύ του δικαιούχου του τίτλου/επενδυτή και του εκδότη ή της εποπτικής αρχής, κατά περίπτωση, βρίσκεται συχνά ενώπιον καταστάσεων, όπου οι υποχρεώσεις ενημέρωσης δύνανται να προσκρούουν στο καθήκον τήρησης απορρήτου. Οι καταστάσεις σύγκρουσης δύνανται να είναι πιο περίπλοκες, όταν πρόκειται για διασυννοριακές συναλλαγές ή για τήρηση τίτλων μέσω διασυννοριακής αλυσίδας θεματοφυλάκων. Στην περίπτωση αυτή δύνανται να μην είναι ευκρινές ποιο είναι το εφαρμοστέο δίκαιο που θα επιτρέψει στον ενδιάμεσο θεματοφύλακα είτε να παράσχει την αιτούμενη ενημέρωση είτε, αντιθέτως, να κρίνει ότι προέχει η υποχρέωση εμπιστευτικότητας έναντι του πελάτη του<sup>87</sup>.

Η εξυπηρέτηση της διαφάνειας μέσω της παροχής πληροφορόρησης από τον θεματοφύλακα σχετικά με τα δικαιώματα των πελατών του προβλέπεται σε δύο περιπτώσεις: όταν ενεργεί ως αντιπρόσωπός του στο πλαίσιο λειτουργίας της εταιρίας στην οποία έχει συμμετοχή ο επενδυτής (α), αλλιώς, σε ορισμένες περιπτώσεις, και όταν διενεργεί συναλλαγές για λογαριασμό πελάτη του (β).

#### α. Διαφάνεια κατά την εταιρική συμμετοχή

23. Το ζήτημα της διαφάνειας σε ό,τι αφορά την εταιρική συμμετοχή (*shareholder identification*) αντιμετωπίζεται από το άρθρο 3 (α) της ως άνω Πρότασης Οδηγίας για τα δικαιώματα των μετόχων. Αντίθετα με άλλα ζητήματα, δεν είναι η πρώτη φορά που η διαφάνεια ως προς την εταιρική συμμετοχή ρυθμίζεται σε επίπεδο ενωσιακού δικαίου. Η Οδηγία για τη διαφάνεια (*Transparency Directive*) 2004/109/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε από την Οδηγία 2013/50/ΕΕ και ενσωματώθηκε με τον ν. 3556/2007,

84 Για το τραπεζικό απόρρητο, Σ. Ψυχογιάνης, *Τραπεζικό Δίκαιο II*, 2010, βλ. Ι. Πιτσιρίκος, ό.π., ιδίως 446.

85 F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press 1996.

86 Βλ. για την άρση του τραπεζικού απορρήτου και το σύστημα μητρώου τραπεζικών λογαριασμών, άρθρο 62 και 63 του ν. 4170/2013. Στην ίδια προβληματική, G. Parleani, *Le secret bancaire face aux injonctions civiles anlgo-américaines*, Banque et Droit, 2016, 20.

87 Βλ. T2S Taskforce on shareholder transparency – Final Report to the T2S Advisory Group. [https://www.ecb.europa.eu/paym/t2s/progress/pdf/subtrans/st\\_final\\_report\\_110307.pdf](https://www.ecb.europa.eu/paym/t2s/progress/pdf/subtrans/st_final_report_110307.pdf).

όπως ισχύει μετά την τροποποίηση του με τον ν. 4374/2016<sup>88</sup>, περιέχει διατάξεις που επιτρέπουν στην εταιρία, στην εποπτική αρχή και στην αγορά να λαμβάνουν γνώση για τις σημαντικές εταιρικές συμμετοχές. Και τα δύο κείμενα περιέχουν ρυθμίσεις με τις οποίες εισάγεται ένα πλαίσιο διαφάνειας και λαμβάνεται υπόψη η διασυννοριακή κατοχή τίτλων ως ζήτημα που χρήζει ειδικότερης ρύθμισης. Εντούτοις, είναι διαφορετική η οπτική γωνία και ο στόχος που εξυπηρετούν.

Ο ν. 3556/2007 έχει αντικείμενο ρύθμισης τις περιοδικές και διαρκείς υποχρεώσεις πληροφόρησης σχετικά με τους εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης σε οργανωμένη αγορά. Οι υποχρεώσεις δημοσιοποίησης που περιέχει αφορούν συγκεκριμένα ποσοστά συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο και δικαιώματα ψήφου. Υπόχρεο πρόσωπο για τη δημοσιοποίηση των πληροφοριών αυτών δεν είναι μόνο ο μέτοχος αλλή και ο ίδιος ο εκδότης, ο οποίος, αφού λάβει την εν λόγω πληροφόρηση, την κοινοποιεί στην αρμόδια εποπτική αρχή προκειμένου να ενημερωθεί η αγορά. Επίσης τα ποσοστά δικαιωμάτων ψήφου που προβλέπονται είναι αρκετά υψηλά ώστε η υποχρέωση γνωστοποίησης να ενεργοποιείται ουσιαστικά για τις μεγάλες συμμετοχές στο κεφάλαιο της εταιρίας. Αντιθέτως, δεν προβλέπεται δυνατότητα πληροφόρησης για μετόχους που κατέχουν μικρότερα ποσοστά συμμετοχής. Τέλος, πρόκειται για υποχρέωση, η οποία δεν φαίνεται να βαραίνει καταρχήν τα ενδιάμεσα πρόσωπα που είναι οι θεματοφύλακες ούτε να λαμβάνει υπόψη την αλυσίδα θεματοφυλακής.

Τα ως άνω σημεία που δεν καλύπτει η Οδηγία 2004/109/EK, όπως τροποποιήθηκε, έρχεται να συμπληρώσει η Πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα των μετόχων, με το ως άνω άρθρο 3 (α). Στην υποχρέωση του μετόχου να γνωστοποιήσει τα ποσοστά συμμετοχής του στο κεφάλαιο και σε δικαιώματα ψήφου αντιστοιχεί πλέον το δικαίωμα της εταιρίας να εξακριβώσει τα στοιχεία των μετόχων της, απευθυνόμενη μάλιστα στους ενδιάμεσους θεματοφύλακες που τηρούν τα σχετικά αρχεία. Η εμπλοκή του θεματοφύλακα κρίθηκε ως μέσο διασφάλισης της διαδικασίας ταυτοποίησης<sup>89</sup>. Επιπλέον η εξακρίβωση των στοιχείων αφορά κάθε μέτοχο ανεξαρτήτως του ποσοστού συμμετοχής του στο κεφάλαιο ή τα δικαιώματα ψήφου<sup>90</sup>. Τέλος, η ρύθμιση αυτή καταλαμβάνει και τυχόν διασυννοριακή αλυσίδα συμμετοχών, προεκτείνοντας την υποχρέωση συνεργασίας με την εταιρία στο σύνολο των εμπλεκόμενων θεματοφυλάκων.

88 Η Οδηγία 2004/109/EK ενσωματώθηκε με τον ν. 3556/2007 για την εναρμόνιση των προϋποθέσεων διαφάνειας αναφορικά με την πληροφόρηση σχετικά με εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά (ΦΕΚ Α' 91), ο οποίος τροποποιήθηκε με το άρθρο 2 του ν. 4374/2016 (ΦΕΚ Α' 50). Ο τελευταίος αυτός νόμος ενσωματώνει την τροποποιητική Οδηγία 2013/50/ΕΕ. Βλ. σχετικά και την κατ' εξουσιοδότηση εκδοθείσα Απόφαση Διοικητικού Συμβουλίου Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007 για την εξειδίκευση υποχρεώσεων περιοδικής και διαρκούς πληροφόρησης του ν. 3556/2007 (ΦΕΚ Β' 1222).

89 Βλ. T2S Taskforce on shareholder transparency – Final Report to the T2S Advisory Group, ό.π., 20.

90 Ή, εφόσον είναι νομικό πρόσωπο, τον μοναδικό αναγνωριστικό αριθμό – Legal Entity Identification (LEI).

Η άρση αυτή του απορρήτου<sup>91</sup> δεν θα μπορούσε να εισαχθεί χωρίς να διασφαλίζεται η προστασία του δικαιούχου των τίτλων. Πράγματι, η εξακρίβωση των στοιχείων χρησιμοποιείται μόνο προς τον σκοπό διευκόλυνσης της άσκησης του δικαιώματος ψήφου του μετόχου<sup>92</sup>, ενώ η διατήρησή τους δεν υπερβαίνει χρονικό διάστημα 24 μηνών από τη λήξη τους. Εντούτοις, δεν διασφαλίζεται ότι η εταιρία θα λάβει γνώση του τελικού/πραγματικού δικαιούχου, ο οποίος μπορεί να είναι διαφορετικός από το πρόσωπο που εμφανίζεται ως μέτοχος<sup>93</sup>. Η εναρμόνιση στον τομέα διαφάνειας των εταιρικών συμμετοχών (*shareholder identification*) αποτελεί αντικείμενο περαιτέρω έρευνας σε επίπεδο Τ2S<sup>94</sup> αλλά και Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Η έρευνα αυτή περιλαμβάνει ζητήματα όπως οι προϋποθέσεις και η διαδικασία εγγραφής των μετόχων στα μητρώα της εταιρίας (*registration structures and procedures*), η αλυσίδα κατοχής των τίτλων (*securities holding structures*), η διαφορά αντιμετώπισης μεταξύ εγχώριων και αλλοδαπών επενδυτών<sup>95</sup>.

## β. Διαφάνεια κατά τη διενέργεια συναλλαγών

24. Η υποχρέωση αναφοράς συναλλαγών εμφανίστηκε με τον Κανονισμό (ΕΕ) 648/2012 για τα εξωχρηματιστηριακά παράγωγα, τους κεντρικούς αντισυμβαλλομένους και τα αρχεία καταγραφής συναλλαγών (*EMIR*) και καλύπτει τόσο την κατάρτιση συμβάσεων παραγώγων, όσο και την τροποποίηση και λήξη τους<sup>96</sup>. Ειδικότερα, το άρθρο 9 του ως άνω Κανονισμού προβλέπει ότι οι αντισυμβαλλόμενοι σε συναλλαγές επί παραγώγων και οι κεντρικοί αντισυμβαλλόμενοι υποχρεούνται να αναφέρουν τις λεπτομέρειες των συναλλαγών επί παραγώγων σε αρχεία καταγραφής συναλλαγών (*trade repositories*) που προβλέπονται στον Κανονισμό. Σκοπός της ρύθμισης είναι να αποθηκεύονται κεντρικά οι πληροφορίες σχετικά με τους εγγενείς κινδύνους και επομένως να υπάρχει συνολική εικόνα της αγοράς και να αξιολογείται ο συστημικός κίνδυνος. Πρόσβαση στην πληροφορόρηση αυτή έχουν οι αρμόδιες εποπτικές αρχές, η ΕΑΚΑΑ (ESMA), το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο Συστημικού Κινδύνου (ESRB) και οι Κεντρικές Τράπεζες του Ευρωσυστήματος<sup>97</sup>.

Η ίδια υποχρέωση γνωστοποίησης και καταγραφής σε ειδικά μητρώα επεκτείνεται, με τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 2015/2365 (*SFTR*) και στις συναλλαγές χρηματοδό-

91 Στην παρ. 4 του άρθρου 3α προβλέπεται ρητά ότι τα κράτη-μέλη εξασφαλίζουν η παροχή στοιχείων από τον θεματοφύλακα να μην παραβιάζει διατάξεις τήρησης απορρήτου.

92 Βλ. Β. Θεοδοροπούλου-Δένδια, ό.π., 816.

93 Βλ. σχετική προβληματική, F. Martin Laprade, Ordonnance de transposition de la directive Transparence: peut-on être tenu de déclarer un franchissement de seuil sans être actionnaire?, Bulletin Joly Bourse, 2016, 52.

94 T2S Task force on Shareholder Transparency of February 2011.

95 The European Post Trade Group (EPTG), Annual Report 2013, ό. π., 20.

96 Γ. Κουνάδης, Ρυθμιστική αναμόρφωση της αγοράς παραγώγων: κατανοώντας τον Κανονισμό (ΕΕ) 648/2012 και τις επιπτώσεις του στα πιστωτικά ιδρύματα, ΧρηΔικ2/2014, 226.

97 Βλ. το Προσίμιο του Κανονισμού, αρ. 41 επ.

τησης τίτλων (*securities financing transactions*) (άρθρ. 4 του Κανονισμού). Ως τέτοιες, δε, ορίζονται στον Κανονισμό οι συναλλαγές δανεισμού τίτλων (*securities lending*), οι πωλήσεις τίτλων με σύμφωνο επαναγοράς (*repos/reverse repos buy/sell-back*)<sup>98</sup>, η παροχή περιθωρίου ασφάλισης (*margin*) αλλά και η επαναχρησιμοποίηση τίτλων που έχουν δοθεί ως χρηματοοικονομική ασφάλεια, κατά την έννοια του ν. 3301/2004, από τον ασφαλειολήπτη.

25. Οι ως άνω υποχρεώσεις διαφάνειας δεν βαραίνουν αποκλειστικά τον θεματοφύλακα, αλλά αντιθέτως αποτελούν καταρχήν υποχρέωση του δικαιούχου του τίτλου και αντισυμβαλλομένου στις εν λόγω συναλλαγές. Εντούτοις, ουσιαστικά αυτό το βάρος μεταφέρεται στο χρηματοπιστωτικό ίδρυμα που θα εκτελέσει τη συναλλαγή και που φέρει την ευθύνη της ολοκλήρωσης της διαδικασίας γνωστοποίησης με τον προβλεπόμενο τρόπο.

Αντιθέτως, η γνωστοποίηση που προβλέπεται στην παρ. 2 του άρθρου 16 του Κανονισμού (ΕΕ) 596/2014 για την κατάχρηση αγοράς (MAR)<sup>99</sup> αφορά ευθέως και αποκλειστικά τους παρόχους επενδυτικών υπηρεσιών και περιέχει την υποχρέωσή τους να ενημερώνουν την αρμόδια εποπτική αρχή σε περίπτωση εντολών ή συναλλαγών των πελατών τους, οι οποίες είναι ύποπτες για κατάχρηση προνομιακής πληροφορίας ή χειραγώγηση αγοράς. Σύμφωνα δε με την παρ. 1 του ίδιου άρθρου, τα πρόσωπα αυτά έχουν την υποχρέωση να θεσπίζουν και να διατηρούν εσωτερικούς μηχανισμούς που να επιτρέπουν τον εντοπισμό και την αναφορά ύποπτων εντολών και συναλλαγών<sup>100</sup>. Οι ως άνω υποχρεώσεις καλύπτουν την χειραγώγηση ή την απόπειρα χειραγώγησης χρηματοπιστωτικών μέσων και μπορεί μάλιστα να συνίστανται

98 Για την αποτελεσματικότερη λειτουργία της αγοράς των repos, ως μέσο για την ενεργοποίηση των ασφαλειών (*mobilization of collateral*), ιδίως δε στις διασυννοριακές συναλλαγές, βλ. ECB, Euro repo market: improvements for collateral and liquidity management, July 2014, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/erm201407en.pdf>.

99 Βλ. επίσης και την Οδηγία 2014/57/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Απριλίου 2014 περί ποινικών κυρώσεων για την κατάχρηση αγοράς (MAD II). Ενώ οι ρυθμίσεις της Οδηγίας 2003/6/ΕΚ (MAD I) έχουν ενταχθεί στον Κανονισμό (ΕΕ) 596/2014 και επομένως είναι, πλέον, αμέσου εφαρμογής, η Οδηγία 2014/57/ΕΕ εστιάζει και διευρύνει την ποινική μεταχείριση, βλ. Στ. *Θωμαδάκης*, Η νέα Οδηγία για την κατάχρηση αγοράς (MAD II, MAR), Μια κριτική ανάγνωση, Χρ.Δικ. 1/2014, 5.

100 Ανάλογη και η υποχρέωση των Διαχειριστών των τόπων και μηχανισμών διαπραγμάτευσης (ρυθμιζόμενες αγορές, ΠΜΔ και ΟΜΔ), οι οποίοι επίσης υποχρεούνται να θεσπίζουν και να διατηρούν αποτελεσματικές ρυθμίσεις, συστήματα και διαδικασίες, με στόχο την πρόληψη και τον εντοπισμό των πράξεων κατάχρησης προνομιακής πληροφορίας, χειραγώγησης της αγοράς και σχετικών αποπειρών, προκειμένου να διασφαλιστούν ομοιόμορφες συνθήκες αγοράς μεταξύ των τόπων και μηχανισμών διαπραγμάτευσης (άρθρο 16 παρ. 1. του Κανονισμού 596/2015). Υποχρεώσεις για τους Διαχειριστές αγοράς προβλέπει και το άρθρ. 15 του ν. 3340/2005. Επίσης βάσει του άρθρου 28 παρ. 2 του ν. 3691/2008, Οι διαχειριστές των αγορών μετοχών, ομολόγων, άλλων χρηματοπιστωτικών μέσων, παραγώγων και συναλλήλαγματος υποχρεούνται να διαθέτουν αποτελεσματικούς μηχανισμούς και διαδικασίες για τον άμεσο εντοπισμό και την αποτροπή πιθανών περιπτώσεων απόπειρας ή διάπραξης των αδικημάτων των άρθρων 2 και 3 και να αναφέρουν στην Επιτροπή χωρίς καθυστέρηση τις περιπτώσεις για τις οποίες έχουν αποχρώσες ενδείξεις για απόπειρα ή διάπραξη των ανωτέρω αδικημάτων, γνωστοποιώντας όλες τις σχετικές πληροφορίες και στοιχεία και παρέχοντας κάθε αναγκαία βοήθεια για τη διερεύνηση των σχετικών υποθέσεων. Στις ανωτέρω αγορές περιλαμβάνονται η Ηλεκτρονική Δευτερογενής Αγορά Τίτλων (Η.Δ.Α.Τ.), τα σύμφωνα με τον ν. 3606/2007 (ΦΕΚ 195 Α') Πολυμερή Συστήματα Διαπραγμάτευσης χρηματοπιστωτικών μέσων και οι εσωτερικοποιημένες αγορές τέτοιων μέσων που λειτουργούν εντός πιστωτικού ιδρύματος ή εταιρίας παροχής επενδυτικών υπηρεσιών.

ακόμα και στην τοποθέτηση εντολών που ενδέχεται τελικά να μην εκτελεστούν. Τέλος, προβλέπεται ότι ένα χρηματοπιστωτικό μέσο μπορεί να υποστεί χειραγώγηση και μέσω συμπεριφορών που λαμβάνουν χώρα εκτός τόπου διαπραγμάτευσης.

Η υποχρέωση των ενδιάμεσων προσώπων να αναφέρουν ύποπτες συναλλαγές υπάρχει και στο ισχύον καθεστώς, στο άρθρ. 17 του ν. 3340/2005. Σύμφωνα δε με το άρθρο 18 παρ. 1 του ίδιου νόμου, τα πρόσωπα αυτά υποχρεούνται να καταγράφουν και να αρχειοθετούν όλες τις εντολές που δίδουν πελάτες τους για συναλλαγές επί χρηματοπιστωτικών μέσων και, ιδίως, να ηχογραφούν τις εντολές που δίδονται τηλεφωνικώς, καθώς και να αποθηκεύουν τις εντολές. Εντούτοις, οι νέες διατάξεις του Κανονισμού (ΕΕ) 596/2014 διευρύνουν σημαντικά την υποχρέωση των ενδιάμεσων προσώπων, καθιστώντας σαφή την πρόθεση του νομοθέτη να τα εντάξει στην προσπάθεια αποτροπής πράξεων κατάχρησης της αγοράς.

## Συμπεράσματα

Τόσο σε επίπεδο ενωσιακού όσο και εθνικού δικαίου είναι σαφής η πρόθεση του νομοθέτη να αναγνωρίσει και να προστατεύσει το δικαίωμα κυριότητας των επενδυτών για τίτλους που τηρούνται σε θεματοφυλακή. Αποτέλεσμα της προσέγγισης αυτής του νομοθέτη αποτελεί η υποχρέωση πίστης που οφείλει ο θεματοφύλακας, η υποχρέωση δηλαδή να ενεργεί με τη δέουσα επιμέλεια προς το συμφέρον του πελάτη του, αποτρέποντας ή αντιμετωπίζοντας κάθε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων είτε των πελατών μεταξύ τους είτε του πελάτη του με τυχόν ίδια συμφέροντα του θεματοφύλακα. Άρση δε της υποχρέωσης αυτής, αναγνωρίζεται μόνο σε περίπτωση εξυπηρέτησης δημοσίου συμφέροντος, τέτοιο και η προστασία της εύρυθμης λειτουργίας της αγοράς.

Η πρόκληση που αντιμετωπίζει το δίκαιο, ιδίως σε περιβάλλον εκτεταμένης διασυννομιότητας, αφορά σίγουρα την εναρμόνιση των εφαρμοστέων κανόνων προς τον σκοπό της ασφάλειας δικαίου. Η κύρια, όμως, πρόκληση που αντιμετωπίζει το δίκαιο είναι η εξισορρόπηση της ανάγκης για την προστασία των επενδυτών με την ανάγκη για τη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας της αγοράς και της ταχύτητας των συναλλαγών. Η πρόκληση, όμως, αυτή δεν είναι καινούρια ούτε αφορά μόνο την υποχρέωση πίστης που απορρέει από τη θεματοφυλακή τίτλων. Αντιθέτως, εμπεριέχεται και διατρέχει το σύνολο των κανόνων δικαίου για την προστασία του επενδυτή.





Χρήστος Σ. Χασάπης\*

## Η μεθοδολογία της πλήρωσης του κενού στη σύμβαση δανείου ελβετικού φράγκου κατόπιν της αναγνώρισης ως άκυρου του σχετικού ΓΟΣ περί υπολογισμού της ισοτιμίας μετατροπής

### Ι. Η θέση του προβλήματος

Ένα όλως προβληματικό σημείο, το οποίο εμφανίζουν οι αποφάσεις, που δέχονται την καταχρηστικότητα του ΓΟΣ για τον κρίσιμο χρόνο υπολογισμού της ισοτιμίας, είναι αυτό της πλήρωσης του προκύπτοντος κενού μετά την αναγνώριση του ΓΟΣ ως αδιαφανούς. Ο γράφων έχει υποστηρίξει σε άλλη θέση την άποψη ότι, ακριβώς λόγω της ταύτισης των υπό κρίση φερόμενων ΓΟΣ με το πραγματικό του κανόνα του άρθρ. 291 ΑΚ, δηλαδή ένα ζήτημα που αφορά *accidentale negotii* της σύμβασης, ο δικαστικός έλεγχος σύμφωνα με τον Ν. 2251/1994 δεν είναι εφικτός<sup>1</sup>. Ακόμη και αν αυτή η άποψη περί αδυναμίας ελέγχου του κύρους ενός ΓΟΣ, που επαναλαμβάνει το περιεχόμενο μιας διάταξης ενδοτικού δικαίου, δεν γίνει δεκτή και εντέλει γίνει έλεγχος, με αποτέλεσμα την αναγνώριση της ακυρότητας του όρου<sup>2</sup>, το κενό, το οποίο γεννάται, δεν είναι ορθό να πληρούται με αυθαίρετη συμπληρωτική της σύμβασης ερμηνεία, όπως μεθοδολογικώς ανορθόδοξα πράττει η νομολογία.

Καταρχάς, και οι ίδιες οι αποφάσεις, που δέχονται ακυρότητα του ΓΟΣ, δεν κρίνουν την υπόλοιπη σύμβαση ως άκυρη. Πρόκειται, δηλαδή, για μερική ακυρότητα<sup>3</sup>. Τυχόν εφαρμογή της διάταξης του άρθρ. 181 ΑΚ με μετατροπή της μερικής (αλλά και σχετικής υπέρ του καταναλωτή) ακυρότητας σε ολική θα υποχρέωνε αυτόν σε άμεση απόδοση του δανείσματος και θα είχε τον χαρακτήρα κύρωσης σε βάρος του, μη

\* Διδάκτωρ Νομικής (LMU München), LL.M. (LMU München), Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος.

1 Βλ. σχετικά *Ευθυμίου*, Σχόλιο στην απόφαση ΠΠρΞάνθ 23/2014, ΧρΙΔ 2014, 606 και αναλυτικά *Χασάπης*, Δάνεια σε ξένο νόμισμα: Μια προσέγγιση με αφορμή την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ελληνικών δικαστηρίων, ΧρΗΔικ 2014, 413, 434 επ., καθώς και τον *ίδιο*, Η εφαρμογή του άρθρ. 291 ΑΚ στην περίπτωση των δανείων σε ελβετικό φράγκο: Μια συμβολή στο δίκαιο των χρηματικών ενοχών (υπό δημοσίευση).

2 Πάντως ακόμη και στην περίπτωση που λάβει χώρα έλεγχος ως προς τη διαφάνεια, δεν είναι εκ των προτέρων διαγνώσιμο ή προβλέψιμο το αποτέλεσμα του ελέγχου, αν δηλαδή ο ΓΟΣ είναι όντως αδιαφανής. Βλ. διά μακρών *Χασάπης*, Η εφαρμογή του άρθρ. 291 ΑΚ στην περίπτωση των δανείων σε ελβετικό φράγκο: Μια συμβολή στο δίκαιο των χρηματικών ενοχών (υπό δημοσίευση).

3 Βλ. ενδεικτικά ΠΠρΞάνθ 23/2014, ΕΕμπΔ 2014, 713 (με σχόλιο *Ευθυμίου*, ΧρΙΔ 2014, 609 και *Μαργαρίτη*, ΕφΑΔ 2014, 505)· ΠΠρΑθ 2856/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 840/2008 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΛαμ 134, 135, 163/2015 (ασφ. μέτρ.), ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

ούσα επιτρεπτή κατά τη νομολογία του ίδιου του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης<sup>4</sup>. Πάντως, και το άρθρ. 2 παρ. 8 Ν. 2251/1994 προβλέπει ότι ο χρήστης των ΓΟΣ δεν μπορεί να επικαλεσθεί την ακυρότητα ολόκληρης της σύμβασης, για τον λόγο ότι ένας ή περισσότεροι ΓΟΣ είναι άκυροι ως καταχρηστικοί.

Το ούτως ανακύπτων κενό στην κατά τα λοιπά έγκυρη σύμβαση πρέπει να πληρωθεί. Δύο είναι οι δρόμοι, τους οποίους μπορεί να ακολουθήσει ο εφαρμοστής του δικαίου: οι κανόνες του ενδοτικού δικαίου και η συμπληρωματική της συμβάσεως ερμηνεία κατά το άρθρ. 200 ΑΚ. Πάντως, γίνεται γενικά δεκτό ότι ο δικαστής δεν μπορεί να τροποποιήσει το περιεχόμενο του άκυρου ΓΟΣ και να διασώσει το κύρος του προβληματικού ΓΟΣ με την αιτιολογία ότι ο προμηθευτής σε διαφορετική περίπτωση δεν θα αποθαρρυνόταν από τον πειρασμό να συνεχίσει να χρησιμοποιεί άκυρους ΓΟΣ, εάν γνώριζε ότι ακόμη και αν αυτοί ακυρωθούν, τελικά θα διασωθούν δικαστικά έστω και εν μέρει<sup>5</sup>.

## II. Η επιλογή της συμπληρωτικής ερμηνείας: Αναζητώντας την έξοδο του λαβύρινθου

Μια πρώτη άποψη προκρίνει την πλήρωση του κενού διά συμπληρωτικής ερμηνείας και συγχρόνως απορρίπτει τη δυνατότητα εφαρμογής του κανόνα του άρθρ.

4 Βλ. απόφαση της 21ης Ιανουαρίου 2015, Unicaja Banco SA κατά José Hidalgo Rueda και λοιπών (C-482/13) και CaixaBank SA κατά Manuel María Rueda Ledesma και Rosario Mesa Mesa (C-484/13), José Labella Crespo και λοιπών (C-485/13) και Alberto Galán Luna και Domingo Galán Luna (C-487/13), Συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-482/13, C-484/13, C-485/13 και C-487/13, δεν έχουν δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλήν., σκέψη 33. Βλ. όμως και αντίθετη απόφαση ΠΠρΑθ 3789/2015, αδημ., που δέχθηκε ότι η ακυρότητα του όρου περί ιστιμίας συμπαρασύρει με εφαρμογή του άρθρ. 181 ΑΚ όλη τη δανειακή σύμβαση σε ακυρότητα.

5 Βλ. απόφαση του ΔικΕΕ της 21ης Ιανουαρίου 2015, Unicaja Banco SA κατά José Hidalgo Rueda και λοιπών (C-482/13) και CaixaBank SA κατά Manuel María Rueda Ledesma και Rosario Mesa Mesa (C-484/13), José Labella Crespo και λοιπών (C-485/13) και Alberto Galán Luna και Domingo Galán Luna (C-487/13), Συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-482/13, C-484/13, C-485/13 και C-487/13, δεν έχουν δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλήν., σκέψη 28 και 31· απόφαση της 30ης Απριλίου 2014, Árpád Kásler και Hajnalka Káslerné Rábai κατά OTP Jelzálogbank Zrt., C-26/13, δεν έχει δημοσιευθεί στη Συλλήν., σκέψη 79· απόφαση της 30ής Μαΐου 2013, C-488/11, Asbeek Brusse και de Man Garabito κατά Jahani BV, δεν έχει δημοσιευθεί στη Συλλήν., σκέψη 58. Η κρατούσα γνώμη στην ελληνική, αλλήλ και τη γερμανική, έννομη τάξη απορρίπτει τη λεγόμενη δισωστική του κύρους του ΓΟΣ συστολή (geltungserhaltende Reduktion). Βλ. ενδεικτικά *Δέλλιο*, Γενικοί όροι συναλλαγών. Ατομική και συλλογική προστασία των καταναλωτών από την έλλειψη ουσιαστικής διαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης (2η έκδ. 2013), αρ. 469, 471 επ.· *Μεντή*, Γενικοί όροι συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις. Ερμηνεία του άρθρου 2 §§ 1-10 ν. 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 2741/1999 (2000), σ. 173 επ. Κριτική της θέσης αυτής με περαιτέρω παραπομπές και στις δύο απόψεις βλ. σε *Χασάπη*, Το ζήτημα της μερικής ακυρότητας των γενικών όρων συναλλαγών: Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 30ής Μαΐου 2013, C-488/11, Asbeek Brusse και de Man Garabito κατά Jahani BV, ΧρΔ 2014, 328 επ. Υπέρ της δισωστικής του κύρους του ΓΟΣ συστολή, ήτοι τη μερική ακυρότητά του, βλ. επίσης *Παπανικολάου*, Σκέψεις πάνω στον νέο νόμο (ν. 3587/2007) για την προστασία των καταναλωτών, ΕλλΔνη 2008, 660, 675 επ. Στο παρόν πρόβλημα μια δισωστική και τελικά διαπληστική του ΓΟΣ συστολή θα μπορούσε να οδηγήσει σε μεταβολή της ιστιμίας με στάθμιση των συμφερόντων των μερών (και οπωσδήποτε όχι στην αναγωγή της ιστιμίας του 1 ευρώ προς 1,60 ελβετικά φράγκα ή και περισσότερο κατά τον χρόνο σύναψης των συμβάσεων κατά τα έτη 2006-2009). Στο αποτέλεσμα αυτό με εισήγηση αποπληρωμής των δανείων στο μέλλον με κλειδωμένη ιστιμία 1,40, ώστε να επιμεριστεί η απώλεια μεταξύ πιστωτικών φορέων και δανειοληπτών, καταλήγει και ο Συνήγορος του Καταναλωτή με την υπ' αριθμ. 22325/17-9-2015 Πρότασή του.

291 ΑΚ, διότι η διάταξη δεν αφορά δήθεν τη συγκεκριμένη συμβατική μορφή των δανείων σε ελβετικό φράγκο<sup>6</sup>. Η άποψη αυτή στηρίζεται, όπως σε άλλη θέση έχει καταδειχθεί, στην εσφαλμένη βάση ότι τα δάνεια περιέχουν ρήτρες αξίας ξένου νομίσματος, οπότε δεν καλύπτονται από την ως άνω διάταξη<sup>7</sup>. Αυτό θα ίσχυε αν πράγματι εντοπίζονταν στις δανειακές συμφωνίες τέτοιες συμβατικές διαμορφώσεις και επιλογές. Ωστόσο, πρόκειται για δάνεια σε αυτούσιο ξένο νόμισμα, πληρωτέων και εξοφλητέων των ενοχών στην Ελλάδα, με αποτέλεσμα να πληρωθούν πλήρως και ακριβώς το πραγματικό του άρθρ. 291 ΑΚ<sup>8</sup>.

Η θεώρηση του *Βενιέρη* είναι αξιοπρόσεκτη και ως εκ τούτου χρήζει εγγύτερης προσέγγισης. Καταρχάς, γίνεται αναφορά στην απόφαση ΑΠ 698/2006, η οποία δέχθηκε ότι «*η σχετική αξίωση προσδιορίζεται κατά κρίση αγαθού ανδρός από το δικαστήριο και δεν μπορεί να είναι ανώτερη από το ισάξιο σε ημεδαπό νόμισμα του συναλλήλαγματος, κατά την ημέρα καταρτίσεως της συμβάσεως*»<sup>9</sup>. Τα ανωτέρω έγιναν δεκτά κατά την ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρ. 6 παρ. 1 του Ν. 5422/1932, μιας διάταξης με περιεχόμενο αντίστοιχο του άρθρ. 291 ΑΚ<sup>10</sup>. Η διάταξη διατηρήθηκε σε ισχύ και μετά την εισαγωγή του ΑΚ (άρθρ. 20 ΕισΝΑΚ) και προβλέπει ότι οποιαδήποτε οφειλή σε συνάλληγμα που πρέπει να πληρωθεί στην Ελλάδα εξοφλείται σε δραχμές (το τότε ισχύον εγχώριο νόμισμα) με την τρέχουσα τιμή της ημέρας εξοφλήσεως. Η διάταξη αυτή προϋποθέτει έγκυρη οφειλή σε ξένο νόμισμα και δεν έχει εφαρμογή στις περιπτώσεις των συμβατικών υποχρεώσεων που συνυπολογήθηκαν ακύρως σε συνάλληγμα (άρθρ. 11 παρ. 2 Ν. 5422/1932 και 4 παρ. 2 Α.Ν. 362/1945) (ιδίως τότε υπό το ασφυκτικό καθεστώς των πολλών συναλληγματικών περιορισμών) και των αξιώσεων αποζημιώσεως για ζημίες από την παράβαση της συμβάσεως ή από αδικοπραξία, που διέπονται από το ελληνικό δίκαιο. Στην πρώτη περίπτωση, η σχετική αξίωση προσδιορίζεται κατά κρίση αγαθού ανδρός από το δικαστήριο και δεν μπορεί να είναι ανώτερη από το ισάξιο σε δραχμές του συναλλήλαγματος, κατά την ημέρα καταρτίσεως της συμβάσεως, όπως δέχθηκε ο Άρειος Πάγος. Αυτό είναι ορθό, αλλήλ προϋποθέτει ότι η συνομολόγηση της οφειλής σε ξένο νόμισμα είναι άκυρη. Στην περίπτωση αυτή, η ακυρότητα ανατρέχει *ex tunc*, οπότε δεν έχει γεννηθεί εγκύρως η οφειλή και ο εφαρμοστής του δικαίου πρέπει λογικά να ανατρέξει στον χρόνο κατάρτισης της σύμβασης, προκειμένου να υπολογίσει το περιε-

6 Έτσι ο *Καράκωστας*, Γνωμοδότηση της 11ης Μαΐου 2015, αδημ., σ. 11 επ. Ομοίως και ο *Βενιέρης*, Τα στεγαστικά δάνεια σε ελβετικό φράγκο – Έλεγχος της μηνιαίας δόσης του δανειολήπτη υπό το πρίσμα του Ν. 2251/1994 (γγμδ.), ΕΕμπΔ 2015, 743, 757 και ιδίως 759 επ.: *Venieris*, Missbrauchs- und Transparenzkontrolle der AGB für Verbraucherdarlehen in Fremdwährung – Ein Beitrag aus der griechischen Rechtsprechung, VuR 2015, 363, 368.

7 Βλ. *Χασάνη* (υπόσημ. 1) (υπό δημοσίευση).

8 Για γέννηση χρηματικής απαίτησης βάσει αλληλοδαπού νομίσματος κάνει λόγο η ΕφΠειρ 465/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Για συνομολόγηση χρηματικής οφειλής σε ξένο νόμισμα βλ. ΑΠ 1614/2006, ΝοΒ 2006, 848· ΕφΠειρ 966/2007, ΔΕΕ 2008, 341. Τέλος, για τη διάκριση μεταξύ της οφειλής σε ξένο νόμισμα και της οφειλής σε αξία ξένου νομίσματος βλ. ΟλΑΠ 21/1990, ΕλλΔνη 1990, 811· ΑΠ 2196/2009, ΧρΔ 2011, 105.

9 ΝοΒ 2007, 2061. Ομοίως και η ΟλΑΠ 351/1985.

10 Βλ. σχετικά *Ιατράκη*, Η εκπλήρωση χρηματικής παροχής με ξένο νόμισμα, ΧρΔ 2011, 566, 573 επ.

χόμενό της σε εγχώριο νόμισμα. Με τα δάνεια ελβετικού φράγκου, όμως, η κατάσταση δεν είναι ίδια, διότι η εγκυρότητά τους δεν αμφισβητείται πειστικά και γίνεται δεκτή πλέον και από τη νομολογία. Άρα, οποιαδήποτε αναδρομή στον χρόνο κατάρτισης της σύμβασης δεν έχει νομικό έρεισμα.

Ο *Βενιέρης* προβαίνει περαιτέρω σε μια ουσιαστική διάκριση μεταξύ συμβάσεων, στις οποίες ενσωματώθηκε ορισμένης ή αόριστης διάρκειας ρήτρα ορίου διακύμανσης της μηνιαίας δόσης (η λεγόμενη προστασία δόσης) ύψους 5% σε σχέση με την ισοτιμία βάσης κατά την κατάρτιση της σύμβασης με σχετική επιβάρυνση του επιτοκίου δανεισμού, και συμβάσεων, στις οποίες δεν περιλήφθηκε η ως άνω ρήτρα<sup>11</sup>. Στις μεν πρώτες υποστηρίζει ερμηνευτική επέκταση του συμβατικού όρου προστασίας της δόσης σε όλη τη διάρκεια της σύμβασης, προκειμένου να καλυφθεί το όποιο ρυθμιστικό κενό προκαλεί η ακυρότητα του ΓΟΣ. Η προστασία δόσης ουσιαστικά επιβεβαίωσε την προσδοκία του καταναλωτή να μην υπάρχουν σημαντικές αποκλίσεις στο οφειλόμενο ποσό της μηνιαίας δόσης του και η προσδοκία αυτή κρίνεται κατά τον ανωτέρω συγγραφέα ως προστατευτέα. Η άποψη αυτή, ωστόσο, δεν ευσταθεί· δεν κατορθώνει να αποφύγει την αντίφαση όταν αφενός μεν αξιοποιεί ως ερμηνευτικό εργαλείο πλήρωσης του κενού τον μηχανισμό προστασίας της δόσης, αφετέρου όμως έχει ήδη δεχθεί ως πρόκριμα την αδιαφάνεια του ΓΟΣ λόγω έλλειψης προσυμβατικής ενημέρωσης. Την περίοδο συνομολόγησης των δανείων (2006-2009) τα πιστωτικά ιδρύματα είχαν προβλέψει εγκυκλιώς την υποχρέωση προστασίας μέσω της σχετικής ρήτρας διακύμανσης, εναρμονιζόμενα με την ΠΔΤΕ 2501/2002. Ισχύει ότι τυχόν παρεχόμενη από την τράπεζα προστασία δόσης καλύπτει την υποχρέωση προσυμβατικής ενημέρωσης, χωρίς να χρειάζεται να διαθέτει η τράπεζα και κάποιο άλλο προϊόν αντιστάθμισης του συναλλαγματικού κινδύνου αναφορικά με το κεφάλαιο<sup>12</sup>. Εντέλει, δηλαδή, η επιλογή ενός προγράμματος προστασίας δόσης αποτελεί ισχυρή ένδειξη ενημέρωσης για τον συναλλαγματικό κίνδυνο, με αποτέλεσμα ο ακολούθως προβληθόμενος ισχυρισμός περί αδιαφάνειας και έλλειψης σχετικής γνώσης να τυχάνει αβάσιμος<sup>13</sup>. Στις δεύτερες συμβάσεις, ήτοι σε αυτές που δεν ενσωματώθηκε ο σχετικός όρος περί προστασίας της δόσης, ο *Βενιέρης* υπολαμβάνει ότι στο προσυμβατικό στάδιο όλες οι τράπεζες διαβεβαίωναν τους καταναλωτές ότι δεν θα πρέπει να προσμένουν έντονες διακυμάνσεις της ισοτιμίας στη μηνιαία δόση και με αυτόν τον τρόπο εγγυούνταν ότι δεν υπάρχει μεταβλητότητα μεταξύ ευρώ και ελβετικού φράγκου, με αποτέλεσμα η πλήρωση του κενού να πρέπει να ακολουθήσει τη διαβεβαίωση αυτή. Ούτε αυτή η θέαση είναι ορθή. Ενώ υπήρξαν πιστωτικά ιδρύματα τα οποία ενδεχομένως προέβαιναν σε ορισμένες περιπτώσεις σε σχετικές

11 *Βενιέρης* (υπόσημ. 6), ΕΕμπΔ 2015, 743, 761 επ.

12 Έτσι ορθά οι ΜΠρΑθ 10930/2013, ΧρνΔικ 2013, 1050· ΜΠρΑθ 4439/2013, αδημ.

13 Βλ. σχετικά ΜΠρΑθ 10256/2013, αδημ. και ΠΠρΚορίνθ 135/2015, αδημ. με την επισήμανση ότι ο πιστωτής είχε συμφέρον να συμφωνηθεί η προστασία δόσης διότι έτσι αυξανόταν το επιτόκιο υπέρ του. Βλ. επίσης Λαδά, Στεγαστικά δάνεια σε ελβετικό φράγκο· μια πρακτική προσέγγιση (υπό δημοσίευση).

διαβεβαιώσεις, ο Συνήγορος του Καταναλωτή με την υπ' αριθμ. 22325/17-9-2015 Πρότασή του δέχθηκε ότι η τράπεζα οφείλει – και αυτό αρκεί – μόνο να επισημάνει τον κίνδυνο. Τούτο σημαίνει ότι, εφόσον πρόκειται για μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός, το οποίο βρίσκεται εκτός της σφαίρας επιρροής της δεν μπορεί να κληθεί να προσδιορίσει ή να προβλέψει το μέγεθος ή τον χρόνο εκδήλωσης του κινδύνου. Υποχρέωσή της αποτελεί μόνο η παροχή ενημέρωσης τόσο προσυμβατικά όσο και κατά την εξέλιξη της συμβατικής σχέσης όσον αφορά τις μεταβολές στη συναλλαγματική ισοτιμία και την εξ αυτής διαμόρφωση της μηνιαίας δόσης αποπληρωμής, η οποία όμως σε πολλές περιπτώσεις πράγματι εκπληρώθηκε, καθώς η κάθε περίπτωση πρέπει να κρίνεται *in concreto*. Και κατά τούτο πάσχει η εδώ αντικρουόμενη θεώρηση, διότι συμπληρωτική ερμηνεία όλων των συμβάσεων, που ανέρχονται σε δεκάδες χιλιάδες, δεν είναι δυνατή. Η συμπληρωτική ερμηνεία λαμβάνει χώρα ως μια ειδική νομτική διαδικασία με προσήλωση σε συγκεκριμένη και μεμονωμένη σύμβαση με λήψη υπόψη των συμφερόντων των συγκεκριμένων συναλλασσομένων σε κάθε περίπτωση και μόνο αυτών.

Ελαφρώς διαφοροποιημένη άποψη υποστηρίζει ο *Σπυράκος*, ο οποίος προκρίνει επίσης τη συμπληρωτική ερμηνεία, διότι κατά την άποψή του ο σχετικός ΓΟΣ είναι άκυρος λόγω αδιαφάνειας, υπό την έννοια ότι ακόμη και αν ο όρος ταυτίζεται με το πραγματικό του άρθρ. 291 ΑΚ είναι αδιαφανής, διότι δεν διαφωτίζει τον δανειολήπτη για τον συναλλαγματικό κίνδυνο και ουσιαστικά τον εκθέτει στον κίνδυνο μεταβολής της ισοτιμίας ασχέτως σαφήνειας ως προς τον τρόπο μετατροπής της οφειλής<sup>14</sup>.

Μια δεύτερη άποψη διακρίνεται από την προηγούμενη, καθώς δέχεται καταρχάς την υπαγωγή των δανειακών συμβάσεων του ελβετικού φράγκου στο πραγματικό του άρθρ. 291 ΑΚ. Ωστόσο, η αιτίασή της βασίζεται στην παραδοξότητα της αναγνώρισης της ακυρότητας του αδιαφανούς ΓΟΣ και της εφαρμογής μιας διάταξης του ενδοτικού δικαίου με ίδιο ακριβώς περιεχόμενο, που κατ' αποτέλεσμα οδηγεί στην επιβάρυνση των δανειοληπτών με τον χαρακτηριζόμενο ως επαχθέστατο και καταθλιπτικό συναλλαγματικό κίνδυνο των δανειακών συμβάσεων. Συνεπώς, επιβάλλεται για λόγους επιείκειας και δικαιοσύνης η παράκαμψη του ενδοτικού δικαίου και η προσφυγή στη συμπληρωτική ερμηνεία<sup>15</sup>.

Και η προσέγγιση αυτή εμφανίζει τρωτά σημεία. Καταρχάς, η αποφυγή της εφαρμογής του ενδοτικού δικαίου δεν είναι τόσο απλή όσο από την εδώ αντικρουόμενη άποψη εμφανίζεται. Όπως κατωτέρω θα καταδειχθεί, το ίδιο το ενδοτικό δίκαιο εφαρμόζεται όταν απουσιάζει ρύθμιση στο συμβατικό πρόγραμμα για το συγκεκριμένο ζήτημα. Ωστόσο, δεν πρέπει κάποιος να συναγάγει ότι το ενδοτικό δίκαιο φέρει μόνο τον συγκεκριμένο χαρακτήρα πληρώσεως κενών. Ο χαρακτήρας του είναι σε ένα

14 *Σπυράκος*, Δάνεια σε συνάλλαγμα και προστασία του οφειλέτη, ΔΕΕ 2015, 825, 837 επ.

15 Έτσι οι *Δέλλιος/Βαητούδης*, Γνωμοδότηση της 10ης Ιουνίου 2015, αδημ., σ. 43 επ. και από τη νομολογία όλης ενδεικτικής ΠΠρξάνθ 13/2015, αδημ. και ΠΠρξάνθ 26/2015, ΧρΠΔ 2015, 512 (με σχόλιο *Ευθυμίου*).

προηγούμενο στάδιο, αυτό της εξηγητικής ερμηνείας (erläuternde Auslegung) της σύμβασης, επίσης, καθοδηγητικός, ιδίως όταν πρόκειται για κρίση περί του κύρους προδιατυπωμένων ΓΟΣ. Δηλαδή, ακόμη και όπου υφίσταται συμβατική συμφωνία με τη μορφή ΓΟΣ, το ενδοτικό δίκαιο προσλαμβάνει έναν σημαντικό ρόλο υπό την έννοια ότι λειτουργεί ως κριτήριο της στάθμισης συμφερόντων, στην οποία έχει προβεί ο νομοθέτης, προκειμένου να κριθεί το κύρος του όρου· εάν είναι άκυρος, το ενδοτικό δίκαιο είναι αυτό που θα καλύψει το κενό.

Στο πεδίο του ελέγχου των ΓΟΣ έχει αποκτήσει το *ius dispositivum* έναν αξιοσημείωτα σπουδαίο ρόλο, ώστε πλέον να υποχωρεί σταδιακά η διαφορά μεταξύ αυτού και του αναγκαστικού δικαίου<sup>16</sup>. Το ενδοτικό δίκαιο δεν εφαρμόζεται, δηλαδή, μόνο όταν πρέπει να πληρωθεί κενό, που ανακύπτει εκ των υστέρων λόγω της αναγνώρισης της ακυρότητας ΓΟΣ εντός της σύμβασης. Παίζει ουσιαστικό ρόλο και στο ζήτημα εάν ο ΓΟΣ είναι έγκυρος ή όχι. Δηλαδή, το δικαστήριο ελέγχει αν μέσω των ΓΟΣ διαταράσσεται η λεγόμενη καθοδηγητική λειτουργία του ενδοτικού δικαίου, καθώς ορισμένοι κανόνες του εκτός από την κύρια σημασία τους ως κανόνων εφαρμογής έχουν και μια άλλη διάσταση, αυτή της εξειδίκευσης της αρχής της εξισωτικής δικαιοσύνης. Επιφέρουν μια στοιχειωδώς δίκαιη εξισορρόπηση των εκατέρωθεν τυπικών συμφερόντων σε έναν ή περισσότερους συμβατικούς τύπους ή σε μεικτές συμβάσεις. Έτσι, δημιουργούν μια εικόνα σύμβασης (Leitbild), που ανταποκρίνεται στη δίκαιη και φυσική τάξη των ρυθμιζόμενων βασικών βιοτικών σχέσεων.

Σε ένα επόμενο στάδιο ελέγχου της συμβατικής ισορροπίας το *in abstracto* συμπέρασμα περί απόκλισης από το ενδοτικό δίκαιο υποβάλλεται στην κρίση της περίπτωσης, που περιλαμβάνει την αξιολογική στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων και την εκτίμηση των ειδικών συνθηκών. Στο στάδιο αυτό στοιχεία που πρέπει να ληφθούν υπόψη, κατά τη σχετική κρίση για τον καταχρηστικό χαρακτήρα γενικού όρου ενσωματωμένου σε σύμβαση, είναι, μεταξύ άλλων, η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης από την οποία αυτή εξαρτάται (άρθρ. 2 παρ. 6 Ν. 2251/1994)<sup>17</sup>. Μάλιστα, απόκλιση από την καθοδηγητική λειτουργία του ενδοτικού δικαίου πρέπει να καταφάσκει, όταν η επί-

16 Bñ. Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), σ. 198. Bñ. επίσης Schapp, Die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, DB 1978, 621.

17 Bñ. π.χ. BGH, απόφ. της 08.10.2008, BGHZ 178, 158: «Nach der gesetzlichen Regelung hat nicht der Mieter, sondern der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchzuführen. Das folgt aus der in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Verpflichtung des Vermieters, das Mietobjekt während der gesamten Vertragszeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten... Die grundsätzlich zulässige Abänderung dispositiver gesetzlicher Regelungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen findet ihre Grenze in den Vorschriften der §§ 305 ff. BGB. Zwar sind die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht anwendbar, wenn sie im Rahmen eines gewerblichen Mietvertrages gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Auch in solchen Fällen kann die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB allerdings zur Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führen, insbesondere wenn sich die Regelung noch weiter als im Rahmen der mietrechtlichen Praxis erforderlich vom gesetzlichen Leitbild entfernt und zu einer unangemessenen Verschärfung der vertraglichen Verpflichtungen zu Lasten des Mieters führt».



μαχη ρήτρα αντιβαίνει στον θεμελιώδη και ουσιώδη σκοπό της κατά τα λοιπά εφαρμοστέας διάταξης και στη στάθμιση συμφερόντων, που αυτή διενεργεί και θετικά αποκρυσταλλώνει<sup>18</sup>.

Με τους ΓΟΣ δεν απαγορεύεται η απόκλιση από οποιαδήποτε διάταξη ενδοτικού δικαίου, αλλήλ' μόνο από εκείνες που φέρουν «καθοδηγητικό» χαρακτήρα. Καταχρηστικός και συνεπώς άκυρος είναι κάθε ΓΟΣ, ο οποίος χωρίς επαρκή και εύλογη αιτία αποκλίνει από ουσιώδεις και βασικές αξιολογήσεις του ενδοτικού δικαίου, δηλαδή από τις τυπικές και συναλλακτικά δικαιολογημένες προσδοκίες του αποδέκτη. Η καθοδηγητική λειτουργία του ενδοτικού δικαίου διαταράσσεται όταν με το περιεχόμενο του ΓΟΣ αλλιάζει η εικόνα που έχει διαμορφωθεί με βάση τους κανόνες του ενδοτικού δικαίου για τη συγκεκριμένη συμβατική μορφή. Επίσης, ελέγχεται για καταχρηστικότητα ρύθμιση ενός ΓΟΣ με τον οποίο επέρχεται περιορισμός θεμελιωδών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, που προκύπτουν από τη φύση της σύμβασης κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να απειλείται ματαίωση του σκοπού της. Με άλλες λέξεις, κατά τη διαδικασία προς διαπίστωση της καταχρηστικότητας ΓΟΣ πρέπει πρώτα να ερευνάται αν υπάρχει τυπική διατάραξη ως απόκλιση από τη συνηθισμένη ρύθμιση και στη συνέχεια να ερευνάται ο βαθμός έντασης της απόκλισης αυτής, δηλαδή αν η απόκλιση στη συγκεκριμένη περίπτωση αφορά αξιολογικές εκτιμήσεις καθοδηγητικού χαρακτήρα. Ως μέτρο δε για τον έλεγχο της διατάραξης της ισορροπίας αυτής λαμβάνονται υπόψη τα συμφέροντα και τα ενδιαφέροντα των συμβαλλόμενων στη συγκεκριμένη σύμβαση μερών και εξετάζεται ποιο είναι το συμφέρον του μεν προμηθευτή προς διατήρηση του συγκεκριμένου όρου, που ελέγχεται, και ποιο εκείνο του καταναλωτή προς κατάργησή του. Δηλαδή, ερευνάται ποιες συνέπειες θα είχε η διατήρηση ή η κατάργηση του όρου για κάθε πλευρά, πώς θα μπορούσε κάθε μέρος να εμποδίσει την επέλευση του κινδύνου που θέλει να αποτρέψει ο συγκεκριμένος γενικός όρος και πώς μπορεί κάθε μέρος να προστατευθεί από τις συνέπειες της επέλευσης του κινδύνου με δική του ενέργεια. Αν η προβλεπόμενη από τον κρινόμενο γενικό όρο ρύθμιση είναι απλώς μη συμφέρουσα για τον καταναλωτή και η εντεύθεν επιβάρυνσή του δεν είναι σημαντική ή αν η απόκλιση του γενικού αυτού όρου από νομοθετικές ενδοτικού δικαίου διατάξεις είναι τέτοια χωρίς να διαταράσσεται η καθοδηγητική λειτουργία του ενδοτικού δικαίου, τότε η διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας δεν θεωρείται ουσιώδης. Για να ορισθεί ουσιώδης ή σημαντική η διατάραξη της ισορροπίας αυτής, θα πρέπει με την απόκλιση να αλλιάζει η μορφή της συγκεκριμένης σύμβασης, που έχει διαμορφωθεί με βάση τους κανόνες ενδοτικού δικαίου, και να επέρχεται περιορισμός θεμελιωδών δικαιωμάτων του καταναλωτή ή των υποχρεώσεων του προμηθευτή κατά τέτοιο τρόπο ώστε να επηρεάζεται ματαί-

18 Έτσι, ο *Canaris*, Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts, σε: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag (2003), σ. 1073, 1077 εν. Βλ. και *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht: Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster (2010), σ. 129 εν.· *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge: Rechtsfindung und Inhaltskontrolle (2001), σ. 420 εν.



ωση του συμβατικού σκοπού. Προκειμένου, λοιπόν, να κριθεί αν ένας όρος διατάσσει τη συμβατική ισορροπία και αν συνεπώς είναι καταχρηστικός, θα πρέπει να εξειδικευθεί και έτσι να προσδιορισθεί σε κάθε συγκεκριμένη συμβατική μορφή το μέτρο εκείνο της ισορροπίας των εκατέρωθεν δικαιωμάτων, υποχρεώσεων και συμφερόντων, με βάση το οποίο θα κριθεί ορισμένος όρος.

Μια τέτοια συμβατική επιλογή προφανώς δεν εντοπίζεται στις δανειακές συμβάσεις ελβετικού φράγκου. Τονίζεται δε ότι οι επίμαχοι ΓΟΣ, με τους οποίους επιβεβαιωνόταν η ευχέρεια του οφειλέτη να καταβάλει αντί του αρχικά οφειλόμενου ξένου νομίσματος το εγχώριο νόμισμα, το ευρώ, όχι μόνο δεν αφίσταντο από τον οικείο κανόνα του ενδοτικού δικαίου, αλλά επαναλάμβαναν τη διατύπωση και το περιεχόμενό του, το τυπικό γράμμα και το ουσιαστικό πνεύμα του. Υπό την έποψη αυτή δεν υπήρξε προσβολή προς την καθοδηγητική λειτουργία του ενδοτικού δικαίου και μονομερής και στρεβλωτική επίρριψη του συναλληλαγματικού κινδύνου στον οφειλέτη-δανειολήπτη, καθώς κατά τον ουδέτερο κανόνα του άρθρ. 291 ΑΚ και τον ταυτόσημο ΓΟΣ ο κίνδυνος είναι διπλός και βαρύνει αφηρημένα και εκ των προτέρων ισότιμα και τα δύο μέρη. Ο κίνδυνος ανατίμησης του ξένου νομίσματος έναντι του ημεδαπού απειλεί τον οφειλέτη (αυτός στη συγκεκριμένη περίπτωση πραγματώθηκε), ενώ ο κίνδυνος υποτίμησης του ξένου νομίσματος απειλεί τον δανειστή. Αυτό έχει ως συνέπεια να μη γεννάται ζήτημα ανισοκατανομής του κινδύνου, καθώς η συμβατική κατανομή με την επιλογή ως χρόνου μετατροπής του χρόνου καταβολής έκαστης δόσης ταυτίζεται απολύτως με την εκ του νόμου και είναι αξιολογικά ουδέτερη και άχρωμη.

Τα ανωτέρω συνηγορούν ως ένα επιπλέον επιχείρημα υπέρ της εγκυρότητας του ΓΟΣ. Αλλά και αν υποτεθεί ότι τούτος είναι άκυρος, η πλήρωση του γεννωμένου κενού δεν γίνεται αυτονόητα με την επιστράτευση της συμπληρωτικής ερμηνείας. Δηλαδή, το εμπόδιο της ταύτισης του προσβαλλόμενου ΓΟΣ με τον κανόνα ενδοτικού δικαίου δεν μπορεί να αντιμετωπισθεί με την παραδοξότητα της συμπληρωτικής ερμηνείας και δη του αποτελέσματος, στο οποίο αυτή καταλήγει, αλλά μέσω του μη ελέγχου της ρήτρας με τις διατάξεις του Ν. 2251/1994 ως ακατάλληλου εργαλείου στην εδώ εξεταζόμενη περίπτωση. Το ερώτημα του προβαδίσματος της συμπληρωτικής ερμηνείας έναντι του ενδοτικού δικαίου διχάζει τη θεωρία τόσο στην Ελλάδα όσο και στη Γερμανία<sup>19</sup>. Μπορεί, βέβαια, στο ελληνικό δίκαιο να μην υπάρχει διάταξη αντίστοιχη της § 306 παρ. 2 γερμΑΚ, η οποία προβλέπει ότι το περιεχόμενο μιας σύμβασης, η οποία κατέστη ελλειπής (με κενό) λόγω της απομάκρυνσης του

19 Βλ. προπαντός Βόγκλην, *Διάγνωση και πλήρωση των κενών στις συμβάσεις* (2015), σ. 298 επ., ο οποίος επικρίνει τις παλιωδίες της θεωρίας αφενός μεν να τοποθετεί την ερμηνευτική πλήρωση του κενού αμέσως μετά την απλή εξηγητική ερμηνεία, αφετέρου δε να έχει δεδομένη εμπιστοσύνη στο ενδοτικό δίκαιο. Ο Βόγκλης, όπ.π., σ. 299, γράφει χαρακτηριστικά: «*Η συνεπής αυτή κατασκευή συνεπάγεται ότι στις περισσότερες των περιπτώσεων έρχεται στο προσκήνιο η συμπληρωτική ερμηνεία, η οποία στο βαθμό που στηρίζεται σε αδιαφανείς και γενικόλογες προϋποθέσεις μπορεί να επιτρέψει στον καθένα να υποθέσει διάφορα σύμφωνα με το υποκειμενικό του αίσθημα δικαίου και στη συνέχεια να υποστηρίξει ότι αυτό επιβάλλει η ιδιωτική αυτονομία και το δίκαιο. Στην πραγματικότητα δεν είναι πολλές οι περιπτώσεις στις οποίες η θεωρία της συμπληρωτικής ερμηνείας δεν μπορεί να δώσει μία – κάποια – λύση*».

άκυρου ΓΟΣ, προσδιορίζεται κατά τις διατάξεις του νόμου («nach den gesetzlichen Vorschriften»), δηλαδή κατά το ενδοτικό δίκαιο. Ωστόσο, και στο ελληνικό δίκαιο ακολουθείται ακριβώς η ίδια οδός πλήρωσης του αναφευόμενου κενού<sup>20</sup>. Εάν λ.χ. ο προμηθευτής έχει χρησιμοποιήσει ΓΟΣ, που προβλέπει προθεσμία καταγγελίας της σύμβασης υπερβολικά σύντομη για τον καταναλωτή ή υπερβολικά μακρά για τον ίδιο ή επιφυλάσσει υπέρ του το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο, ο οποίος να αναφέρεται σ' αυτήν, ο όρος είναι κατά το άρθρ. 2 παρ. 7 στ. γ' και ε' Ν. 2251/1994 άκυρος. Στη θέση του δημιουργούμενου κενού εφαρμόζεται το άρθρ. 383 ΑΚ. Άξιο σχολιασμού είναι εκτός αυτού ότι η ενδεδυμένη σε ΓΟΣ συμβατική συμφωνία ανατρέπεται πλήρως από το δικαστήριο, εξαλείφεται και με απόλυτη αυστηρότητα αντικαθίσταται από το ενδοτικό δίκαιο ακόμη και όταν είναι δυνατό να διασωθεί με συστολή, δηλαδή να ακυρωθεί μόνο κατά το μέτρο που προσκρούει στο άρθρ. 2 Ν. 2251/1994 και κατά το λοιπό της τμήμα να παραμείνει αθέτη. Κατά τα προαναφερθέντα, όμως, η θεωρία της διασωστικής του κύρους του ΓΟΣ συστολής (geltungserhaltende Reduktion) δεν έχει τύχει ευρείας αποδοχής.

Όταν ανακύπτει εκ των υστέρων το κενό στη σύμβαση, αυτό πρέπει να πληρωθεί είτε διά των κανόνων του ενδοτικού δικαίου είτε διά της συμπληρωτικής ερμηνείας. Ισχυρή είναι η τάση, η οποία προτάσσει τη συμπληρωτική ερμηνεία ως αυτόνομη ρύθμιση έναντι της εφαρμογής του κανόνα ενδοτικού δικαίου ως ετερονομίας<sup>21</sup>. Ωστόσο, και αυτή δέχεται εξαιρέσεις, όπως όταν η συγκεκριμένη δικαιοπραξία δεν εμφανίζει κανένα ατυπικό στοιχείο σε σχέση με τη νομοτυπική μορφή,

20 Την πρόταση του ενδοτικού δικαίου και την επιστροφή της συμπληρωτικής ερμηνείας μόνο όταν αυτό δεν διαθέτει έτοιμη ρύθμιση, όπως συμβαίνει στην περίπτωση των άτυπων ή μεικτών συμβάσεων, δέχεται η θεωρία. Βλ. χαρακτηριστικά Γεωργιάδη, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου (4η έκδ. 2012), § 33 αρ. 31· Σταθόπουλο, Καταχρηστικές ρήτρες στις καταναλωτικές συμβάσεις – Ισχύς της απόφασης επί συλλογικής αγωγής, ΧρΔ 2010, 497, 502· Μεντή (υποσημ. 5), σ. 175· Δέλλιος (υποσημ. 5), αρ. 464 επ.· Καράση, Γενικοί όροι συναλλαγών (1992), σ. 105 επ.· Boemke-Albrecht, Rechtsfolgen unangemessener Bestimmungen AGB (1989), passim· Schlachter, Folgen der Unwirksamkeit von AGB für den Restvertrag, JuS 1989, 811· Medicus, Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von AGB, σε: Zehn Jahre AGB-Gesetz (1987), σ. 83· Rüßmann, Die "ergänzende Auslegung" von AGB, BB 1987, 843· Bunte, Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB, NJW 1984, 1145. Για τον τρόπο διεξαγωγής της συμπληρωτικής ερμηνείας βλ. ΟΔΑΠ 12/2009, ΑρΧ 2009, 708· ΑΠ 934/2014, ΧρΔ 2014, 732· ΑΠ 1588/2013, ΕΠΟΔ 2013, 793· ΑΠ 1420/2013, ΕφΑΔ 2013, 1073· ΑΠ 776/2013, ΧρΔ 2013, 666· ΑΠ 1345/2012, ΕΕμπΔ 2013, 109· ΑΠ 631/2012, ΧρΔ 2012, 671.

21 Βλ. Λιτζέρπουλο, Τα άρθρα 173 και 200 ΑΚ και η αναίρεση διά ψευδή ερμηνείαν δικαιοπραξίας, σε: Τιμητικός τόμος επί τη 125ετηρίδι του Αρείου Πάγου (1963), σ. 458, 484 επ.· Παπανικολάου, Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών (2000), αρ. 526 επ.· Παπαδημητρίου, Η συμπληρωτική ερμηνεία των δικαιοπραξιών (2009), σ. 180 επ. Βλ. επίσης Sandrock, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht (1966), σ. 23 επ.· Stölting, Vertragsergänzung und implied terms (2009), σ. 51 επ.· Pilz, Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung (1963), σ. 24 επ.· Wiedemann, Ergänzende Vertragsauslegung – richterliche Vertragsergänzung, σε: Festschrift für Canaris, Bd. I (2007), σ. 1281, 1286 επ. Ειδικά ο Larenz, Συμπληρωτική της σύμβασης ερμηνεία και ενδοτικόν δίκαιον, ΕΕΝ 1963, 385 υποστηρίζει την άποψη ότι κατ' αρχήν δεν έχει προβάδισμα ούτε η συμπληρωτική ερμηνεία ούτε το ενδοτικό δίκαιο, αλλά πρέπει να εξετάζεται εάν πρόκειται για ρυθμισμένη σύμβαση ή όχι. Στις μεν ρυθμισμένες συμβάσεις εφαρμόζεται και συμπληρώνει το ενδοτικό δίκαιο, ενώ στους νέους τύπους συμβάσεων εφαρμόζεται η συμπληρωτική ερμηνεία. Και την άποψη αυτή να ακολουθηθεί κάποιος, οδηγείται και πάλι σε εφαρμογή του άρθρ. 291 ΑΚ, καθώς στο πραγματικό της επιπτώσεως ως ρυθμισμένες συμβάσεις (οφείλες σε ξένο νόμισμα) και τα δάνεια ελβετικού φράγκου.

στην οποία αναφέρεται η ρύθμιση του ενδοτικού δικαίου, οπότε και ανακύπτει η ανάγκη καταφυγής σε αυτό, διότι είναι πρακτικά αδύνατο να συναχθεί κατά καλή πίστη μια υποθετική βούληση των μερών διαφορετική από εκείνη που συνιστά ακριβώς για μια τέτοια περίπτωση το ενδοτικό δίκαιο<sup>22</sup>.

Εάν ακολουθηθεί η ανωτέρω θέση και προηγηθεί η αυτόνομη πλήρωση του κενού διά της συμπληρωτικής ερμηνείας, το προβάδισμα της ερμηνείας αυτής κατά το άρθρ. 200 ΑΚ στην περίπτωση των δανείων σε ελβετικό φράγκο μετά την εξάλειψη ως αδιαφανούς (άρα άκυρου) του ΓΟΣ περί του χρόνου υπολογισμού της ισοτιμίας μετατροπής, το αποτέλεσμα στο οποίο καταλήγει η νομολογία (μετατροπή με βάση τον χρόνο εκταμίευσης του δανείου και όχι καταβολής της εκάστοτε δόσης) με εφαρμογή αόριστων κριτηρίων (συμφέροντα των μερών, δικαιοπρακτικός σκοπός, συνθήκες συναλλαγών και λοιπές τοπικές και χρονικές συνθήκες υπό τις οποίες έγιναν οι δηλώσεις βουλήσεως, φύση της σύμβασης)<sup>23</sup> δεν είναι ορθό. Ο γράφων έχει υποστηρίξει ότι ακριβώς λόγω της ταύτισης του κανόνα ενδοτικού δικαίου με τους κρινόμενους ΓΟΣ ο έλεγχος κινδυνεύει να οδηγηθεί σε αδιέξοδο, το οποίο τελικά θα

22 Βλ. Παπανικολάου (υποσημ. 21), αρ. 529 με περαιτέρω παραπομπές.

23 Βλ. ήδη την πρώτη απόφαση ελληνικού δικαστηρίου σε διαφορά από δάνειο ελβετικού φράγκου, που δικάσθηκε με την τακτική διαδικασία, ήτοι την ΠΠρΕάνθ 23/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, που διέλαβε ως κριτήρια: «α) τις αρχές της συναλλακτικής ευθύτητας, τις οποίες οφείλει να τηρεί κάθε χρηστών και γνωστικός συναλλασσόμενος, καθώς και τις συμφωνίες με αυτές συνθήκες των συναλλαγών, β) το είδος, τη φύση και το σκοπό της επίμαχης σύμβασης, την οποία σύναψαν οι διάδικοι, και, συγκεκριμένα, το γεγονός πως επρόκειτο για μία, καταρτισθείσα στην Ελλάδα, δανειακή σύμβαση, μέσω της οποίας ο ενάγων θα αποπλήρωνε (σε ευρώ) το τμήμα της αγοράς ενός διαμερίσματος, γ) τα συμφέροντα αμφοτέρων των διαδίκων, εκ των οποίων εκείνα της εναγομένης δεν εξαρτώνται, όπως η ίδια η μάρτυρας ανταπόδειξης και υπάλληλός της ανέφερε, κατά την ένορκη επί ακροατηρίου κατάθεσή της, από τη συναλλαγματική ισοτιμία των δύο νομισμάτων, αλλά εξυπηρετούνται μέσω του προαναφερόμενου κυμαινόμενου επιτοκίου, με το οποίο και συμφωνήθηκε πως θα αποπληρωθεί το δάνειο, δ) τις συνθήκες, που επικρατούσαν στις χρηματαγορές μέχρι το έτος 2007, οπότε και συνήφθη η επίμαχη σύμβαση, και οι οποίες χαρακτηρίζονταν από τη σταθερότητα της ισοτιμίας μεταξύ ευρώ και ελβετικού φράγκου, ε) το γεγονός πως ο ενάγων, ως υπήκοος Ελλάδας, ο οποίος ζει και δραστηριοποιείται στην ελληνική επικράτεια, δεν μπορεί παρά να χρησιμοποιεί το εγχώριο νόμισμα, και δη το ευρώ, στις συναλλαγές του, στ) το γεγονός πως η εναγομένη, όπως με τις από 29-10-2013 προτάσεις της παραδέχεται, γνώριζε πως ο ενάγων αδυνατούσε να έχει στην κατοχή του ελβετικά φράγκα, με συνέπεια να εξοφλεί, όπως και πράγματι έκανε, ουσιαστικά σε ευρώ το δάνειό του, ζ) το γεγονός πως το χρηματικό ποσό, που χορηγήθηκε, ως δάνειο, στον ενάγοντα δυνάμει της επίμαχης σύμβασης, και μεν εκταμιεύθηκε σε ελβετικά φράγκα, πήλην, όμως, αμέσως μετά την εκταμίευσή του μετατράπηκε από την ίδια την εναγομένη σε ευρώ και, μάλιστα, με βάση τη μεταξύ των δύο νομισμάτων ισοτιμία κατά την ημέρα της εκταμίευσής του (βλ. το από 8-6-2007 παραστατικό εκταμίευσης), η) το γεγονός πως η εναγομένη διέθεσε ουσιαστικά στον ενάγοντα το χρηματικό ποσό των 100.512,93 ευρώ, με το οποίο ισούνταν, την ημέρα της εκταμίευσής του, το ποσό των 166.680,60 ελβετικών φράγκων, αφού ο ενάγων με ευρώ θα εξοφλούσε το τμήμα, ύψους 81.972 ευρώ, της αγοράς του διαμερίσματος του, θ) το γεγονός πως η εναγομένη, στο πλαίσιο της επίμαχης σύμβασης, δεν παρείχε ουσιαστικά στον ενάγοντα – δανειολήπτη κάποια χρηματοοικονομική υπηρεσία σχετικά με την αγορά ή την πώληση ξένων νομισμάτων, και ι) τη διάταξη του άρθρ. 806 ΑΚ, η οποία ορίζει πως “με τη σύμβαση του δανείου ο ένας από τους συμβαλλομένους μεταβιβάζει στον άλλον κατά κυριότητα χρήματα ή άλλα αντικαταστατά πράγματα, και αυτός έχει υποχρέωση να αποδώσει άλλα πράγματα της ίδιας ποσότητας και ποιότητας”, καταλήγει στο συμπέρασμα πως η εναγομένη, όσον αφορά την απόδοσή του εν λόγω δανείου, δεν μπορεί να εφαρμόξει συναλλαγματική ισοτιμία διαφορετική από εκείνη, που ίσχυε κατά την αποδέσμευση του κεφαλαίου αυτού (δανείου) την 8η Ιουνίου 2007». Το ίδιο σκεπτικό και μεθοδολογία ακολουθεί ολόκληρη η σειρά των αποφάσεων, που δέχονται τις αγωγές ή τις αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων των δανειοληπτών. Τα ως άνω κριτήρια, όμως, όχι μόνο είναι γενικώς ασαφή και αόριστα, αλλά και εν μέρει εσφαλμένα. Π.χ. το δικαστήριο δέχεται τη σταθερότητα της ισοτιμίας ευρώ και ελβετικού φράγκου σαν να είναι αυτή προδιαγεγραμμένη ή η τράπεζα να είχε εγγυηθεί ότι δεν πρόκειται στο μέλλον να μεταβληθεί. Επίσης, αξιοποιεί ως κριτήριο τις συνθήκες των συναλλαγών, στις οποίες όμως ανήκει και η εξόφληση της οφειλής ξένου νομίσματος με βάση την ισοτιμία της ημέρας της πραγματικής πληρωμής (payment day rule), όπως ισχύει στις διεθνείς συναλλαγές σε όλην τον κόσμο. Τέλος, δε, φαίνεται να αγνοεί πλήρως τα συμφέροντα της άλλης πλευράς, του πιστωτικού ιδρύματος.

λυθεί με έναν απόλυτο νομικό ανορθολογισμό. Η συμπληρωτική ερμηνεία ερείδεται στην εικαζόμενη/υποθετική βούληση και των δύο μερών και συνάγεται από την καλή πίστη (προεχόντως) και τα συναλλακτικά ήθη (συμπληρωματικά) με στάθμιση των συμφερόντων τους<sup>24</sup>. Δεν είναι δυνατό στο πλαίσιο της αναζήτησης της υποθετικής βούλησης και των δύο μερών, δηλαδή πώς θα έπρεπε ως εκέφρονες και συνετοί συναλληλασόμενοι να έχουν ρυθμίσει τη σχέση τους αν είχαν διαγνώσει εξαρχής το κενό (δεοντολογικό στοιχείο της συμπληρωτικής ερμηνείας), να παρορώνται τα συμφέροντα του ενός και να προάγονται αποκλειστικά τα συμφέροντα του άλλου, καθώς δεν μπορεί με βασιμότητα να υποστηριχθεί ότι ο πιστωτικός φορέας θα επιθυμούσε υπολογισμό της μετατροπής με βάση την αρχική ισοτιμία. Στην περίπτωση αυτή θα είχε λάβει και άλλα μέτρα προκειμένου να προστατεύσει τα συμφέροντά του (π.χ. μεγαλύτερο επιτόκιο δανεισμού). Η άποψη, δηλαδή, που αποβλέπει αποκλειστικώς στο συμφέρον του δανειολήπτη ως καταναλωτή να λάβει χρηματοδότηση προκειμένου να αποκτήσει στέγη ή να αναπτύξει επιχειρηματική δραστηριότητα, συναποδέχεται την κατάφωρη παραβίαση της ίδιας της έννοιας της καλής πίστης στο πλαίσιο της συμπληρωτικής ερμηνείας. Η δικαστική αναγνώριση της οφειλής με υπολογισμό βάσει της συναλλαγματικής ισοτιμίας της τιμής αγοράς του φράγκου προς την αξία του ευρώ, η οποία ίσχυε κατά τον χρόνο εκταμίευσης του δανείου<sup>25</sup>, επιρρίπτει τον συναλλαγματικό κίνδυνο αποκλειστικώς και μόνο στα πιστωτικά ιδρύματα, ενώ δεν προκύπτει ουδόλως (υποθετική) βούληση αυτών να τον αναλάβουν και εξελίσσεται με αυτόν τον τρόπο σε ετερόνομη αντί αυτόνομης ρύθμισης. Η θέση αυτή δεν μπορεί να πείσει γιατί ο καταναλωτής αφενός θα επιβραβευθεί με μια πολύ ευνοϊκή ισοτιμία (π.χ. του έτους 2006 σε ύψος 1/1,60 ευρώ/φράγκου αντί της περίπου 1/1 σήμερα) και αφετέρου θα καταβάλει και το εξαιρετικά χαμηλό επιτόκιο *libor* αντί του αισθητά υψηλότερου *euribor*, το οποίο θα είχαν προτείνει οι πιστωτές αν γνώριζαν την εξέλιξη αυτή. Με αυτόν τον τρόπο τα συμφέροντα των πιστωτικών ιδρυμάτων, που ευρίσκονται σε δεινή οικονομική κατάσταση μέσα στη δίνη της

Αυτό παραδέχεται καταρχάς και ο *Σπυράκος* (υποσημ. 14) 825, 839, ο οποίος αναφέρει ότι στις δικαστικές αποφάσεις εμφανίζεται μια επικράτηση των συμφερόντων του πελάτη, ο οποίος βρίσκεται στη ήλιαν ευνοϊκή θέση να αποπληρώσει το δάνειο με βάση την ισοτιμία του χρόνου εκταμίευσης και ταυτοχρόνως να απολαμβάνει και το σχεδόν μηδενικό επιτόκιο *libor*. Αυτό αναγνωρίζει και ο *Γιοβαννόπουλος*, Προστασία δανειολήπτη στα δάνεια σε αλληλοδαπό νόμισμα, ΕπισκεΔ 2014, 647, 667 επ., ο οποίος χαρακτηριστικά αναφέρει ότι «η δικαστική διατασσόμενη καθήλωση της ισοτιμίας σε πλάσματικά, εκτός αγοράς, επίπεδα θίγει καταφανώς το ένα μέρος και δεν προσανατολίζεται στην υποθετική βούληση των μερών και σε μια ισόρροπη κατανομή δικαιωμάτων και υποχρεώσεων με βάση τα συμφέροντα αμοιτέρων των συμβαλλομένων».

24 Όπως έχει κρίνει χαρακτηριστικά και το γερμανικό Ακυρωτικό: «Bei der sonach gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung ist gemäß § 157 BGB darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die – nicht bedachte – Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre». Και συνεχίζει, μάλιστα, το Δικαστήριο: «Kommen allerdings verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der vertraglichen Regelungslücke in Betracht und besteht kein Anhaltspunkt dafür, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, so scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus». Βλ. σχετικά BGH, απόφ. της 12.07.1989, NJW 1990, 115· BGH, απόφ. της 23.01.2013, NJW 2013, 991· BGH, απόφ. της 14.03.2012, NJW 2012, 1865.

25 Έτσι π.χ. ΠΠξάνθ 23/2014, ΧρΙΔ 2014, 606· ΠΠξάνθ 13/2015, αδημ. Σύμφωνοι οι *Δέλλιος/Βαϊτούδης* (υποσημ. 15), σ. 45 επ.

ανακεφαλαιοποίησής τους, παραβλέπονται πλήρως, καθώς αυτά υφίστανται ζημία, διότι αναζητήσαν και δανείσθηκαν τα ίδια στη διατραπεζική αγορά ελβετικά φράγκα, τα οποία πρέπει να αποπληρώνουν με ισοτιμία όχι παρελθόντων ετών, αλλά του χρόνου εξόφλησης των υποχρεώσεών τους αυτών. Δηλαδή, τα πιστωτικά ιδρύματα δανείσθηκαν με συγκεκριμένους όρους την τριετία 2006-2009, προκειμένου να θέσουν τα ποσά ελβετικών φράγκων στη διάθεση των δανειοληπτών, και αποπληρώνουν τους δικούς τους πιστωτές καταβάλλοντας ελβετικά φράγκα κατά μετατροπή από ευρώ με τρέχουσα δυσμενή ισοτιμία ευρώ-φράγκου, ενώ οι δικοί τους οφειλότες ευνοούνται μέσω της εν λόγω νομολογίας με την ισοτιμία του χρόνου εκταμίευσης του δανείου. Με αυτόν τον τρόπο επιβάλλεται μια ανισοκατανομή του συναλλαγματικού κινδύνου και σε κάθε περίπτωση αποκλειστική επίρριψη του βάρους στα πιστωτικά ιδρύματα<sup>26</sup>. Εντέλει, μέσω της διαδικασίας ανακεφαλαιοποίησης επωμίζονται το κόστος των δανείων σε ελβετικό φράγκο εκ νέου όλοι οι φορολογούμενοι, ένα στοιχείο ανεπίτρεπτης οιονεί κοινωνικοποίησης των συγκεκριμένων δανείων που παραβλέπει μεταξύ των άλλων κριτηρίων παντελώς η νομολογία.

Εάν το μόρφωμα της συμπληρωτικής ερμηνείας εφαρμοζόταν σωστά από τα δικαστήρια, θα οδηγούσε σε ένα αποτέλεσμα αντίστοιχο με της αναπροσαρμογής, καθώς θα επέφερε π.χ. μικρότερες δόσεις με υπολογισμό της ισοτιμίας σε έναν ενδιάμεσο μεταξύ της εκταμίευσης του δανείου και της καταβολής κάθε δόσης χρόνο. Και η ταύτιση αυτή δικαιολογείται οπωσδήποτε από το γεγονός ότι στον πυρήνα τόσο της συμπληρωτικής ερμηνείας κατά το άρθρ. 200 ΑΚ όσο και της αναπροσαρμογής κατά τα άρθρ. 388 και 288 ΑΚ βρίσκεται το στοιχείο της αντικειμενικής καλής πίστης. Προτείνεται, δηλαδή, ότι ο Ν. 2251/1994 δεν αποτελεί τελικά κατάλληλο μηχανισμό για τον έλεγχο των εν λόγω ρητρών και ανακούφισης των συνθλιβόμενων από τη μεταβολή της ισοτιμίας δανειοληπτών. Το ερώτημα πρέπει να τεθεί, δηλαδή, στη βάση του αν χωρεί αναπροσαρμογή της συμβατικής παροχής του οφειλέτη λόγω απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών με βάση τις διατάξεις των άρθρ. 388 και 288 ΑΚ<sup>27</sup>.

26 Αυτή η παραδοξότητα επισημαίνεται εναργώς στην ΠΠρΑθ 3789/2015, αδημ., η οποία, όμως, προκειμένου να την αποφύγει, καταφεύγει σε επέκταση της ακυρότητας του όρου σε όλη τη δανειακή σύμβαση, ώστε να μην ευνοηθεί ο δανειολήπτης με την ευνοϊκή ισοτιμία και ταυτοχρόνως με το ευνοϊκό επιτόκιο *libor*.

27 Το συγκεκριμένο ζήτημα εκφεύγει της παρούσας μελέτης. Θα κριθεί οπωσδήποτε στη βάση του αν ο κίνδυνος της δυσμενούς μεταβολής της συναλλαγματικής ισοτιμίας είχε αναληφθεί στην πλήρη του έκταση από τον δανειολήπτη οφειλέτη. Σε κατάφαση του ερωτήματος η εφαρμογή των άρθρ. 288 και 388 ΑΚ θα συναντήσει σημαντικό εμπόδιο. Βλ. σχετικά με την εφαρμογή των άρθρ. 388 και 288 ΑΚ *Γιοβαννόπουλο* (υποσημ. 23), *ΕπισκΕΔ* 2014, 647, 677 επ. και *Σπυράκο* (υποσημ. 14), *ΔΕΕ* 2015, 825, 832 επ. Βλ. επίσης *Καραμπατζό*, *Οικονομική κρίση και αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών*, ΧρΙΔ 2013, 96· *Ρούσσου*, *Απρόοπτη μεταβολή συνθηκών και διάπληση ουσιωδών όρων πιστωτικών συμβάσεων*, ΧρΙΔ 2013, 500· *Λιάππην*, *Η οικονομική κρίση και το δικαίο των συμβάσεων*, *ΔΕΕ* 2011, 15. Ωστόσο, βλ. και ΜΠρΘεσ 19257/2014, ΧρΙΔ 2015, 581 (με σχόλιο *Μαργαρίτη*), η οποία απέρριψε τη μεταξύ άλλων διατάξεων στο άρθρ. 288 ΑΚ ερειδόμενη αγωγή ως αόριστη, διότι δεν ανέφερε την ισοτιμία του ελβετικού φράγκου κατά την κατάρτιση της σύμβασης και κατά την άσκηση της αγωγής, ώστε να μπορεί να προσδιοριστεί το ποσό της ισοτιμίας που καθούνται επιπλέον να καταβάλλουν οι ενάγοντες και ότι υπάρχει ουσιώδης απόκλιση από την αρχικά υπομολογημένη παροχή, έτσι ώστε η διατήρηση αυτής να επιφέρει ζημία που υπερβαίνει τον αρχικό κίνδυνο. Βλ. επίσης ΠΠρΘεσ 14236/2015, αδημ., η οποία απέρριψε τη σχετική αγωγή και ως προς τις δύο βάσεις (άρθρ. 288 και 388 ΑΚ).



Εάν δεν ακολουθήσει κάποιος την κρατούσα άποψη στη γενική της μορφή, αλλήλως την εξαίρεσή της (όπως είναι η άποψη του γράφοντος), οδηγείται σε εφαρμογή του κανόνα ενδοτικού δικαίου. Η εξαίρεση εδώ θεμελιώνεται στο ότι δεν εμφανίζει η σύμβαση δανείου σε ελβετικό φράγκο ατυπικά στοιχεία σε σύγκριση με τη νομοτυπική μορφή της δικαιοπραξίας, την οποία καταλαμβάνει η διάταξη του ενδοτικού δικαίου. Αυτό ακριβώς ισχύει στην προκείμενη περίπτωση διότι το άρθρ. 291 ΑΚ αφορά ακριβώς τα δάνεια ελβετικού φράγκου, τα οποία δεν περιέχουν ατυπικά χαρακτηριστικά, αλλήλως αποτελούν πλήρως ρυθμισμένες οφειλές σε ξένο νόμισμα<sup>28</sup>. Στο ίδιο αποτέλεσμα θα οδηγηθεί κάποιος και αν ακολουθήσει ευθέως την άποψη περί γενικού προ-

Ομοίως και η ΠΠρΠατρ 651/2015, αδημ. Οι αποφάσεις αυτές δέχθηκαν ως προς μεν το άρθρ. 388 ΑΚ ότι δεν εκτίθεται στην αγωγή, αν και θα έπρεπε, ότι η σταθερότητα και κατ' επέκταση η μη μεταβολή της συναλλαγματικής ισοτιμίας των δύο νομισμάτων αποτέλεσε το κοινό δικαιοπρακτικό θεμέλιο αμφοτέρων των διαδίκων, ήτοι το βάθρο για τη σύναψη της επίδικης πράξης, με την έννοια ότι και τα δύο μέρη δεν θα προέβαιναν σε αυτήν αν γνώριζαν τη μεταβολή που επρόκειτο να επέλθει, ως προς δε το άρθρ. 288 ΑΚ ότι δεν εκτίθενται στην αγωγή πρόσφορα συγκριτικά στοιχεία, από την εκτίμηση των οποίων να μπορεί ο δικαστής να σχηματίσει δικανική πεποίθηση ότι το προτεινόμενο από τους ενάγοντες χρηματικό αντίλλαγμα είναι εκείνο που αντιταγμίζει, σύμφωνα με τις αρχές της καλής πίστης και των χρηστών συναλλακτικών ηθών, την αξία της αντιπαροχής. Ειδικότερα, οι ενάγοντες όφειλαν να εκθέσουν στην αγωγή τη διακύμανση και τις μεταβολές της συναλλαγματικής ισοτιμίας μεταξύ των δύο νομισμάτων κατά τα προηγούμενα έτη.

- 28 Τη θέση αυτή επιχειρεί να πλήξει αντίλογος εκ μέρους των *Δέλληλου/Βαϊτούδης* (υποσημ. 15), σ. 44 επ. Η άποψη αυτή διατείνεται, καταρχάς, ότι είναι αξιολογικά αντιφατικό να επιτραπεί η εφαρμογή των συνεπειών του άρθρ. 291 ΑΚ, όταν αυτές οι συνέπειες αντιβαίνουν στην αρχή της διαφάνειας. Η θέση αυτή εκλαμβάνει ως δεδομένη την πρόσκρουση στην αρχή της διαφάνειας, η οποία όμως δεν είναι καθόλου βέβαιο ότι όντως παραβιάζεται. Κατά τα λοιπά, η επισήμανση της αντίφασης είναι ορθή και πρέπει να θυθεί ότι με εφαρμογή του Ν. 2251/1994, με άλλα νομικά εργαλεία. Οι *Δέλληλος/Βαϊτούδης*, όπ. π., σ. 44 παραπέμπουν στον *Βόγκλην* (υποσημ. 19), σ. 251: «*Αν υπάρχουν κανόνες ενδοτικού δικαίου και οι κανόνες αυτοί είναι πρόσφοροι για την πλήρωση του κενού, για παράδειγμα δεν είναι πεπαιδευμένοι και συνεπώς ακατάλληλοι για την συγκεκριμένη σύμβαση ή δεν έχουν αποκλείσει από τους συμβαλλόμενους, ρητά ή σιωπηρά, τότε το ζήτημα λήγει με εύκολο και ασφαλή τρόπο εκεί, αφού οι κανόνες ενδοτικού δικαίου συμπληρώνουν το κενό*». Εν πρώτοις, και στην άποψη αυτή χωρεί αντίλογος, καθώς το γεγονός ότι το άρθρ. 291 ΑΚ σχεδιάστηκε τη δεκαετία του 1930 και τέθηκε σε ισχύ το 1946 δεν καθιστά αυτό «πεπαιδευμένη διάταξη». Η λογική της μετατροπής του ξένου σε εγκώριο νόμισμα κατά τον «payment-day rule» είναι απολύτως κρατούσα στις έννομες τάξεις τόσο του ηπειρωτικού δικαίου, όσο και του κοινοδικαίου (common law), στις διεθνείς συναλλαγές, στα σχέδια ενοποίησης του ευρωπαϊκού αστικού δικαίου και τελικά στην ίδια την Οδηγία 2014/17/ΕΕ. Περαιτέρω, ούτε ακατάλληλη είναι η διάταξη ή αποκλεισμός της κατά τη βούληση των μερών μπορεί να θεμελιωθεί. Επίσης, η άποψη αυτή παραβλέπει το προβάδισμα στο ενδοτικό δίκαιο, το οποίο καθιερώνει η ίδια η απόφαση του ΔικΕΕ της 30ής Απριλίου 2014, *Árpád Kásler και Hajnalka Kásler* κατά OTP Jelzálogbank Zrt, Υπόθεση C-26/13, δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλ., η οποία δέχθηκε ότι το άρθρ. 6 παρ. 1 της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ έχει την έννοια ότι, όταν σύμβαση που έχει συναφθεί μεταξύ επαγγελματία και καταναλωτή δεν μπορεί να εξακολουθήσει να υπάρχει μετά την κατάργηση της καταχρηστικής ρήτρας, δεν αντιτίθεται σε εθνική ρύθμιση που επιτρέπει στον εθνικό δικαστή να θεραπεύσει την ακυρότητα της καταχρηστικής ρήτρας διά της εφαρμογής αν' αυτής εθνικής διατάξεως ενδοτικού δικαίου. Οι *Δέλληλος/Βαϊτούδης*, όπ. π., σ. 45 παραδέχονται μεν ότι στην περίπτωση των δανείων σε ξένο νόμισμα συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρ. 291 ΑΚ, αλλήλως οι συνέπειες της εφαρμογής είναι τελικά άδικες, με αποτέλεσμα να επιβάλλεται μια τελολογική συστολή της διάταξης, η οποία κατά τα λοιπά είναι ακατάλληλη για την κάλυψη του κενού και ασύμβατη με τη δίκαιη στάθμιση των συγκρουόμενων συμφερόντων των μερών. Για να υπάρξει ανάγκη τελολογικής συστολής, πρέπει να εντοπίζεται ατέλεια στον νόμο υπό την έννοια ότι η διάταξη, αντίθετα προς το σαφές λεκτικό της νόημα, αλλήλως σύμφωνα με την εγγενή στον νόμο τελολογία, χρήζει περιορισμού ως προς το πεδίο εφαρμογής της, ώστε να μην καταλαμβάνεται από αυτό μια κατηγορία σχέσεων, η οποία κοινωνικοτυπικά ορώμενη εμφανίζεται ως αναγκαία εξαίρεση. Η τελολογική συστολή δικαιολογείται από την προσταγή της ιδέας της δικαιοσύνης μέσω της διαφοροποίησης των αξιολογικά ουσιαστών ανόμιων περιπτώσεων. Κριτήρια για να χωρήσει τελολογική συστολή είναι (α) ο σκοπός, που υπάρχει στην ίδια τη διάταξη (ratio legis) ή σε άλλη, να επιβάλει τη διαφοροποίηση μεταξύ των τυπικά καταλαμβανόμενων από τη διάταξη περιπτώσεων και των αξιολογικά ουσιαστών ανόμιων και να εκφράζει μια υπέρτερη αξιολόγηση, (β) η φύση του πράγματος και (γ) μια ανώτερη γενική αρχή του συστήματος. Βλ. αναλυτικά *Παπανικολάου* (υποσημ. 21), αρ. 375 επ., 377 επ. Η εδώ αντικρουόμενη άποψη δεν εξηγεί πειστικά γιατί τα συγκεκριμένα δάνεια πρέπει να εκφύγουν από το πεδίο εφαρμογής του άρθρ. 291 ΑΚ βάσει κάποιου από τα ανωτέρω κριτήρια, δηλαδή ποιος είναι ο ουσιαστικός λόγος

βαδίσματος του ενδοτικού δικαίου έναντι της συμπληρωτικής ερμηνείας<sup>29</sup>. Η συμπληρωτική ερμηνεία πρέπει να έρχεται στο προσκήνιο, παρόλο που απηχεί την ίδια την (έστω υποθετική) βούληση των μερών, μόνο όταν δεν υπάρχει κανόνας ενδοτικού δικαίου για το συγκεκριμένο ζήτημα. Πώς, όμως, θα κριθεί περίπτωση όπως του δανείου σε ελβετικό φράγκο όπου υπάρχει κανόνας ενδοτικού δικαίου (το άρθρ. 291 ΑΚ) και μάλιστα ίδιου περιεχομένου με τον ΓΟΣ που τέθηκε εκποδών; Η συρροή μεταξύ του ενδοτικού δικαίου και της συμπληρωτικής ερμηνείας πρέπει να λύνεται κατά βάση υπέρ του πρώτου<sup>30</sup>. Η θέση αυτή είναι ορθή διότι η άκριτη επιστράτευση της συμπληρωτικής ερμηνείας μπορεί να θέσει όλο το ενδοτικό δίκαιο στο περιθώριο ή να το καταστήσει άνευ σημασίας και λειτουργικότητας<sup>31</sup>. Και οδηγείται κάποιος και πάλι σε αδιέξοδο, δηλαδή αδυναμία υπερκέρρασης του άρθρ. 291 ΑΚ, με αποτέλεσμα άλλοι μηχανισμοί απαλλοτρίωσης από την ανεπιθύμητη για τον δανειολήπτη σύμβαση και τη διόγκωση της υπερχρέωσής του να είναι επιστρατευτέοι.

που καθιστά επιβεβλημένη μια διαφοροποίηση ειδικά των δανείων ελβετικού φράγκου της περιόδου 2006-2009 προς καταναλωτές ή επιχειρηματίες από τις υπόλοιπες οφειλές σε ξένο νόμισμα. Οι σκέψεις, που παρατίθενται, κινούνται αποκλειστικά στην κατεύθυνση της επιείκειας· ωστόσο, η διάγνωση ότι υπάρχει διάσταση μεταξύ της υπερχειλούς διατύπωσης της διάταξης και της περιεχόμενης ratio legis δεν μπορεί να γίνει μόνο με βάση την αρχή της επιείκειας προς τον δανειολήπτη, αλλά με βάση την προσεκτική τελεολογική στάθμιση των συμφερόντων και των δύο μερών. Έτσι και ο *Παπανικολάου*, όπ. π., αρ. 375. Ειδικά στην περίπτωση του άρθρ. 291 ΑΚ δεν είναι σκοπός της ως άνω γενικής και αφηρημένης διάταξης να επιρρίψει μονομερώς και ασύμμετρα τον κίνδυνο δυσμενούς μεταβολής της συναλλαγματικής ισοτιμίας στον οφειλέτη. Σκοπός είναι να παράσχει προς διευκόλυνση αυτού και της κυκλοφορίας του εγχώριου νομίσματος την ευχέρεια να γίνει καταβολή σε εγχώριο νόμισμα παρόλο που η οφειλή είναι σε ξένο. Ο κίνδυνος κατανέμεται με βάση ένα ουδέτερο χρονικό σημείο, αυτό της πραγματικής πληρωμής, ισόρροπα μεταξύ δανειστή και οφειλέτη, καθώς εκ των προτέρων είναι απολύτως άγνωστο και αβέβαιο ποιος θα έχει όφελος και ποιος ζημία. Εάν το εγχώριο νόμισμα ενισχυθεί έναντι του ξένου, ωφελείται ο οφειλέτης, ενώ στην αντίθετη περίπτωση ο δανειστής. Συνεπώς, η επιλογή ενός άλλου χρονικού σημείου, εκείνου της γέννησης της οφειλής, ενώ αυτή ήδη έχει γεννηθεί, εμφανίζεται ως αυθαίρετη, διότι ανατρέπει πλήρως τη συμβατική οικονομία, που απηχεί την ίδια την επιλογή του νομοθέτη.

29 Βλ. *Μπαλή*, Γενικά Αρχαία του Αστικού Δικαίου (8η έκδ. 1961), § 91. Τη θέση αυτή δείχνει πλέον να ακολουθεί και η γερμανική νομολογία και μάλιστα σε ανώτατο επίπεδο. Βλ. π.χ. BGH, απόφ. της 29.4.2008, NJW 2008, 2172: «*Jedoch muss auch bei einer ergänzenden Vertragsauslegung die Grundentscheidung des Gesetzgebers beachtet werden, den Vertrag grundsätzlich mit dem sich aus den Normen des dispositiven Gesetzesrechtes, welche der ergänzenden Vertragsauslegung vorgehen, ergebenden Inhalt aufrechtzuerhalten (vgl. BGHZ 117, 92, 99). Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt daher nur in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt (BGHZ 90, 69, 75 ff.; 137, 153, 157; 143, 103, 120)*». Βλ. και BGH, απόφ. της 13.5.2014, NJW-RR 2014, 1133· BGH, απόφ. της 11.11.2013, NJW 2013, 3240· BGH, απόφ. της 22.2.2012, NJW-RR 2012, 690.

30 Βλ. BGH, απόφ. της 10.07.1963, BGHZ 91, 103· BGH, απόφ. της 04.03.2004, BGHZ 158, 201, 206 («*Die ergänzende Vertragsauslegung kommt allerdings zumeist nicht in Betracht, wenn das dispositive Recht Regelungen für die offen gebliebene Problematik bereit hält*»): BGH, απόφ. της 29.04.2008, BGHZ 176, 244· BGH, απόφ. της 30.09.2009, NJW 2010, 1135. Βλ. και Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (3η έκδ. 2011), αρ. 534 επ.

31 Βλ. Henckel, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1959/60), 106, 124· Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, (74η έκδ. 2015), § 157 αρ. 4. Ο *Βόγκλινς* (υποσημ. 19), σ. 299 επ. εκθέτει το πρόβλημα λίαν παραστατικά: «*Η θέση αυτή (ενν. της πρόταξης τη συμπληρωτικής ερμηνείας) οδηγεί σε υποβάθμιση του ρόλου του ενδοτικού δικαίου. Συγκεκριμένα με αυτό τον τρόπο τίθεται σε αμφισβόλη η βασική δομή του δικαίου των συμβάσεων, ο ιδιαίτερος ρόλος και η λειτουργία του ενδοτικού δικαίου. Παραβιάζονται βασικές θέσεις του ενοχικού δικαίου. Έχει γίνει η θεμελιώδης επιλογή της θεσμοθέτησης – σε μεγάλο βαθμό κωδικοποίησης – του ενδοτικού δικαίου που λειτουργεί υποστηρικτικά για τους συμβαλλομένους και τουλάχιστον τους απειληθεί από χρονοβόρες και κοστοβόρες διαπραγματεύσεις. Αν μετά την εξηγητική ερμηνεία ακολουθεί η συμπληρωτική ερμηνεία και κατόπιν ακολουθεί η εφαρμογή του ενδοτικού δικαίου, μετακινούμαστε από την επιλογή της κωδικοποίησης προς το αγγλοσαξονικό πρότυπο. Κατά δεύτερο συναφή λόγο, το πρόβλημα της συμπληρωτικής ερμηνείας αφήνει απροσάτεστη την δεδομένη και ιδιαίτερα αναπτυγμένη εμπιστοσύνη*



### III. Συμπέρασμα

Οι ανωτέρω σκέψεις καθιστούν σαφές ότι το πόρισμα των δικαστικών αποφάσεων περί πληρώσεως του κενού των συμβάσεων ελβετικού φράγκου με συμπληρωτική ερμηνεία, που καταλήγει σε αναδρομή στην ισοτιμία του χρόνου εκταμίευσης του δανείσματος, παρουσιάζει σοβαρά μεθοδολογικά προβλήματα. Είναι αυτονόητο ότι η χορήγηση δεκάδων χιλιάδων τέτοιων δανείων κατά τα έτη 2006-2009 από τα ελληνικά πιστωτικά ιδρύματα έχει οδηγήσει χιλιάδες δανειολήπτες σε εγκλωβισμό και δεινή οικονομική κατάσταση. Ωστόσο, ο σκοπός ανακούφισης των δανειοληπτών αυτών δεν πρέπει να οδηγεί σε υποχώρηση των θεμελιωδών αρχών και εννοιών του αστικού δικαίου. Η ταύτιση των κρινόμενων ΓΟΣ με την ενδοτικού δικαίου διάταξη του άρθρ. 291 ΑΚ υψώνει ένα ανυπέρβλητο τείχος, το οποίο κωλύει τον έλεγχο των εν λόγω ρητρών ως δηλωτικών<sup>32</sup>. Ως εκ τούτου, ο Ν. 2251/1994 αναδεικνύεται σε μια δογματικά ακατάλληλη και μεθοδολογικά προβληματική νομική βάση ελέγχου των δανειακών συμβάσεων σε συνάλλαγμα και εντέλει ανακούφισης των οφειλετών. Η λύση στο πρόβλημα δεν μπορεί να είναι η έκπτωση από τις παραδεδεγμένες αρχές του αστικού δικαίου και η αυθαίρετη εφαρμογή του μορφώματος της συμπληρωτικής ερμηνείας. Λύση μπορεί να παράσχει η αναπροσαρμογή στη βάση των άρθρ. 288 (προεχόντως) και 388 ΑΚ, εφόσον γίνει δεκτό ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων αυτών (ιδίως δε οι αυστηρότερες του άρθρ. 388 ΑΚ περί του κοινού δικαιοπρακτικού θεμελίου και η μη ανάληψη του κινδύνου από το μέρος το οποίο επικαλείται την επάχθεια της παροχής του), και ο Ν. 3869/2010 για τη ρύθμιση των οφειλών των υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων. Διαφορετική προσέγγιση μπορεί να δηλώνει κοινωνική ανησυχία, αποσκοπούσα στην ανακούφιση του συνθλιβόμενου δανειολήπτη, αλλά νομικά παρουσιάζει σοβαρές αδυναμίες. Και δραστική αντιμετώπιση του ζητήματος μπορεί προεχόντως να δοθεί με μια *lex ferenda*.

---

των συναλλασσομένων στο ενδοτικό δίκαιο. Εφόσον είναι γενικά αποδεκτό ότι στην μάλλον πολύ μεγάλη, αν όχι συντριπτική, πλειοψηφία των συμβάσεων οι συναλλασσόμενοι αφήνουν σημαντικά ζητήματα αρρύθμιστα, διότι επαφένται στο ενδοτικό δίκαιο, τίθεται το ερώτημα με ποιο κριτήριο θα αναγνωριστούν αυτές οι περιπτώσεις και επομένως θα αποφύγουμε τη συμπληρωτική ερμηνεία. Είναι εξαιρετικά μεγάλος ο αριθμός αυτών των συμβάσεων, ώστε να καταφύγουμε σε ένα γενικό κριτήριο ή σε περιπτώσιολογία. Δημιουργείται μεγάλη ανασφάλεια δικαίου και δεν είναι πιθανό να δημιουργηθεί νομολογία που να παραμερίζει σε γενικό επίπεδο την εφαρμογή του ενδοτικού δικαίου χάριν της συμπληρωτικής ερμηνείας. Επίσης δεν είναι θεωρητικά αποδεκτό να έχουμε έναν κανόνα που αναγνωρίζει το προβάδισμα της συμπληρωτικής ερμηνείας και παράλληλα να αναγνωρίζονται τόσες και τέτοιες εξαιρέσεις που ουσιαστικά να καθιστούν το πεδίο εφαρμογής του κανόνα μικρό. Ούτε είναι φυσικά ευπρόσωπο να υποστηρίξουμε ότι προηγείται μεν η συμπληρωτική ερμηνεία αλλά στην πράξη η συμπληρωτική ερμηνεία καταλήγει στις περισσότερες περιπτώσεις στις ίδιες λύσεις με το ενδοτικό δίκαιο επομένως δεν υπάρχει κίνδυνος».

32 Αυτό δέχεται πλέον ως πρώτη και η απόφαση ΠΠΚαβ 56/2015, ΕΕμπΔ 2015, 909 (με σχόλιο Χασάπη), η οποία περαιτέρω δέχεται και τη διαφάνεια του επίμαχου όρου. Τη διαφάνεια του όρου περί ισοτιμίας δέχθηκε ορθώς και η ΠΠΚορίνθ 135/2015, αδημ.



Γιώργος Ψαρουδάκης\*

## Το παλίμψηστο Καταστατικό: προς μια νομική ιστορία και θεωρία της Τράπεζας της Ελλάδος

### Ι. Εισαγωγικά

Το Καταστατικό της Τράπεζας της Ελλάδος, που διανύει την ένατη δεκαετία της ισχύος του, συγκαταλέγεται στα πιο ενδιαφέροντα κανονιστικά κείμενα της έννομης τάξης μας. Θεωρούμενο στην ιστορική εξέλιξή του, με το πλήθος, την έκταση και τη σημασία των τροποποιήσεων που τη συνόδευσαν (εξ ου και ο λόγος περί παλιμψήστου), εκφράζει την αντίληψη που εκάστοτε επικρατούσε, και τελικώς επικρατεί σήμερα, για την ίδια την κεντρική τράπεζα και τη λειτουργία της, αλλήλ και ευρύτερα για τη σχέση του κράτους με την οικονομία, και ακόμη και για την ευρωπαϊκή πορεία του κράτους αυτού.

Στα επόμενα δεν γίνεται προσπάθεια να αποτυπωθεί πλήρως και λεπτομερώς η ιστορική εξέλιξη του Καταστατικού ή της ίδιας της Τράπεζας. Άλλωστε, η ανάληψη είναι περισσότερο θεωρητική παρά ιστορική, με την έννοια ότι και η αναδρομή σε προηγούμενα στάδια εξέλιξης του Καταστατικού τελικώς εντάσσεται σε μια απόπειρα συνθετικής παρουσίασης της σημερινής νομικής φύσεως και λειτουργίας της Τράπεζας δί' αυτού. Δεν θα λείψουν προς τον σκοπό αυτόν και αναφορές σε άλλους (εθνικούς και ενωσιακούς) κανόνες δικαίου, κείμενους βέβαια εκτός του Καταστατικού αλλήλ αφορώντες τις αρμοδιότητες της Τράπεζας. Επίσης, δεν πρέπει να αναμένεται πλήρης έκθεση των ουσιαστικών θεμάτων που προκύπτουν κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων της, διότι στο επίκεντρο της ανάπτυξης βρίσκεται το νομικό πρόσωπο της Τράπεζας καθεαυτό, η ένταξή του στην έννομη τάξη και τα θέματα που γεννώνται ως προς την εσωτερική δομή του.

Από την ανάληψη που ακολουθεί επιβεβαιώνεται ασφαλώς η γνωστή αντίληψη περί του διφυούς χαρακτήρα της Τράπεζας, ως ανώνυμης εταιρίας και αρχής ασκούσας δημόσια εξουσία,<sup>1</sup> και αντίστοιχα περί του Καταστατικού της ως καταστατικού μιας ανώνυμης εταιρίας και εν ταυτώ οργανισμού μιας δημόσιας αρχής. Γίνεται όμως

\* Δ.Ν., *MJur* (Oxford), Λέκτορας Νομικής Σχολής Α.Π.Θ., Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος.

<sup>1</sup> ΟλΑΠ 1/2006, ΕλΔ 2006, 409 = ΕΕργΔ 2006, 268, ΑΠ 72/2003, ΝοΒ 2003, 1630 = ΕλΔ 2003, 794, ΕΕργΔ 2003, 1495, ΑΠ 1950/2008, ΕλΔ 2010, 712, ΟλΣτΕ 2080/1987, ΔΔικη 1989, 611, ΣτΕ 2938/2001 (σκ. 5), ΕΕμπΔ 2002, 864, ΣτΕ 3023/2010 (σκ. 4), *Σπηλιωτόπουλος*, Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, τόμ. 2, 14η έκδ., Αθήνα 2011, σ. 103 σημ. 59, *Τάχος*, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 9η έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2008, σ. 804, *Ψυχογιάνης*, Δίκαιο του τραπεζικού συστήματος, 2η έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009, σ. 122-3.

και κάτι πολύ περισσότερο: εξετάζεται αναλυτικά πώς αυτός ο διφυής χαρακτήρας βρίσκει συγκεκριμένη έκφραση στις αρμοδιότητες της Τράπεζας της Ελλάδος καθεαυτήν και στην εσωτερική δομή της, δηλαδή στην εσωτερική κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ των οργάνων της.

## II. Ιστορία: στάδια εξέλιξης του Καταστατικού και της Τράπεζας

### 1. Η εκδοτική τράπεζα

Κάθε ανάλυση για μια κεντρική τράπεζα, έστω και αν αυτή στο μεταξύ έχει αποκτήσει πολλή αλληλεπίδραση πεδία δράσεως, οφείλει να αρχίζει με το ζήτημα του εκδοτικού προνομίου, δηλαδή της αποκλειστικής<sup>2</sup> αρμοδιότητας προς δημιουργία χρήματος, ως κατεξοχήν στοιχείου της νομισματικής αρμοδιότητας. Μέχρι το 1927 φορέας του εκδοτικού προνομίου στην Ελλάδα ήταν η Εθνική Τράπεζα (αν και όχι χωρίς κάποιες γεωγραφικώς προσδιοριζόμενες εξαιρέσεις, που ωστόσο είχαν ήδη εκλείψει κατά τον χρόνο σύστασης της Τράπεζας της Ελλάδος: Ιονική Τράπεζα, Τράπεζα Κρήτης, Τράπεζα Ηπειροθεσσαλίας), η δε σύσταση αυτοτελούς κεντρικής τράπεζας και η ανάθεση σε αυτήν του εκδοτικού προνομίου αποφασίστηκαν στο πλαίσιο της δανειοδότησης της Ελλάδας από την Κοινωνία των Εθνών.<sup>3</sup> Ειδικότερα, προβλήθηκε στο άρθρο IV του από 15.9.1927 Πρωτοκόλλου μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της Κοινωνίας των Εθνών η σύσταση «νέας και ανεξάρτητης» εκδοτικής τράπεζας. Και τα δύο επίθετα έχουν σημασία: η εκδοτική τράπεζα θα ήταν νέα (σε αντιδιαστολή με την άλλη λύση που είχε συζητηθεί, δηλαδή να διατηρήσει το εκδοτικό προνόμιο η Εθνική Τράπεζα και να απολέσει τις εμπορικές εργασίες της<sup>4</sup>) και θα ήταν ανεξάρτητη, χωρίς άλλο προσδιορισμό και επομένως έναντι παντός: έναντι του Δημοσίου αλλιά και έναντι των εμπορικών τραπεζών και δη της Εθνικής.

Το περιεχόμενο του Καταστατικού της κεντρικής τράπεζας που επρόκειτο να ιδρυθεί αποτέλεσε παράρτημα του Πρωτοκόλλου, η δε κεντρική τράπεζα ιδρύθηκε πράγματι με την από 27.10.1927 σύμβαση μεταξύ του Δημοσίου και της Εθνικής Τράπεζας (που το περιεχόμενό της ήταν επίσης παράρτημα του ίδιου Πρωτοκόλλου) περί παραιτήσεως της δεύτερης από το εκδοτικό προνόμιο και σύστασης της Τράπε-

2 Για θεωρητικές και ιστορικές πληροφορίες σχετικά με τις (εσφαλμένες πάντως, και δη αφότου επικράτησε το fiat money) σκέψεις κατά της αποκλειστικής έκδοσης χρήματος από έναν φορέα βλ. Lastra, *International Financial and Monetary Law*, 2nd edn., Oxford 2015, αρ. 2.18 επ., Δεπιτή, Το ζήτημα των τραπεζών (1871-1873), Αθήνα 1989, σ. 31.

3 Βλ. σχετ. Κωστή, Ιστορία της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος 1914-1940, Αθήνα 2003, σ. 267 επ., Ψαλιδόπουλο, Ιστορία της Τράπεζας της Ελλάδος 1928-2008, Αθήνα 2014, σ. 29.

4 Βλ. Κωστή, ό.π., σ. 277 επ., Ψαλιδόπουλο, ό.π., σ. 78-79. Η τελικώς εφαρμοσθείσα λύση, δηλαδή η διατήρηση της Εθνικής Τράπεζας, αλλιά ως εμπορικής πηλόν, και η σύσταση νέας εκδοτικής τράπεζας, ανάγεται σε πρόταση του τότε Υποδιοικητή της Εθνικής Τράπεζας και κατόπιν Υποδιοικητή και Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος Ε. Τσουδερού: βλ. ΤτΕ, Τα πρώτα πενήντα χρόνια της Τραπεζικής της Ελλάδος, Αθήνα 1978, σ. 66.

ζας της Ελλάδος, στην οποία προσαρτήθηκε το Καταστατικό. Το Πρωτόκολλο και η σύμβαση κυρώθηκαν με δύο ν.δ. της 10.11.1927, που αυτά τα ίδια κυρώθηκαν τελικώς με τον ν. 3423/1927 και τον ν. 3424/1927 αντίστοιχα.

Δύο βασικές παρατηρήσεις μπορούν να γίνουν για το αρχικό Καταστατικό. Η πρώτη είναι ότι το Καταστατικό αντιλαμβάνεται την Τράπεζα ως εκδοτική, πράγμα που εκφράζεται στο άρ. 2, που της απονέμει το προνόμιο, αλλήλ και στο άρ. 74, που προβλέπει τη «διάλυσή» της σε περίπτωση ανάκλησής του. Ο μεταγενέστερος πληουραλισμός των εργασιών της Τράπεζας δεν βρίσκει ακόμη έκφραση στο Καταστατικό. Αξιοσημείωτο είναι και ότι η άσκηση του εκδοτικού προνομίου ήταν συνδεδεμένη, κατά νομική υποχρέωση της Τράπεζας<sup>5</sup> σύμφωνα με το άρ. 4, με τον «χρυσούν κανόνα» (δηλαδή τη μετατρεψιμότητα των τραπεζογραμματίων σε σταθερή ποσότητα χρυσού), τον οποίο ακολουθούσε τότε η Ελλάδα (μεταξύ άλλων χωρών) στη νομισματική πολιτική της. Ωστόσο, αυτή η δέσμευση της νομισματικής πολιτικής σε τόσο συγκεκριμένο σκοπό υπήρξε πολύ βραχύβια, καθώς ο «χρυσός κανών» εγκαταλείφθηκε ήδη με τον ν. 5422/1932.

Αξιοσημείωτο είναι επίσης από την άλλη πλευρά ότι, στο πλαίσιο των επιτρεπόμενων εργασιών της κατά το άρ. 55 του Καταστατικού, η Τράπεζα επιδόθηκε και σε εκτεταμένες απευθείας πιστοδοτήσεις προς επιχειρήσεις,<sup>6</sup> αντί να περιορίζεται στην αναχρηματοδότηση δανείων που χορηγούσαν οι εμπορικές τράπεζες. Πάντως, εποπτεία επί των εμπορικών τραπεζών με τη σημερινή έννοια του όρου (δηλαδή διαφοροποιούμενη από τη χορήγηση πιστώσεων στις εμπορικές τράπεζες και ασκούμενη με μέσα δημοσίου δικαίου) δεν είχε αναπτυχθεί ακόμη. Οι τραπεζικές κρίσεις που προέκυψαν αντιμετωπίστηκαν με *ad hoc* συλλογικές παρεμβάσεις των λοιπών τραπεζών,<sup>7</sup> συμπεριλαμβανομένης της Τράπεζας της Ελλάδος αλλήλ όχι απαραίτητα με ιδιαίτερο ή τον σημαντικότερο ρόλο.<sup>8</sup>

Η δεύτερη παρατήρηση είναι ότι η Τράπεζα ήταν κατά την αρχική σύλληψή της εν πολλοίς μια αμιγής ανώνυμη εταιρία. Αυτό δεν ήταν παράδοξο, δεδομένου ότι το εκδοτικό προνόμιο ανήκε πριν από τη σύστασή της σε μια άλλη ανώνυμη εταιρία, την Εθνική Τράπεζα, η οποία μάλιστα ασκούσε παράλληλα μεγάλης έκτασης εμπορικές

5 Μάλιστα, θα μπορούσε να γίνει λόγος, σε αυτό το σύντομο αρχικό στάδιο, για υπαρκτή νομική υποχρέωση της Τράπεζας να τηρεί τον «χρυσούν κανόνα». Εάν αποτύγχανε να εξασφαλίσει την «σταθερότητα της εις χρυσόν αξίας των γραμματίων αυτής», κατά τη διατύπωση του άρ. 4, τότε το εκδοτικό προνόμιο μπορούσε να ανακληθεί κατά το άρ. 2 και κατ'επέκταση η Τράπεζα να λυθεί κατά το άρ. 74.

6 Βλ. *Ψαλιδόπουλο*, ό.π., σ. 166 επ., 173 επ., 191-2, 308-9: τέτοιου είδους χρηματοδοτήσεις προκύπτουν μέχρι και την τελευταία δεκαετία του 20ου αιώνα. Πάντως, η μεγαλύτερη σημασία απέκτησαν την πρώτη μεταπολεμική περίοδο, πράγμα εύλογο, δεδομένου ότι οι εμπορικές τράπεζες δεν μπορούσαν υπό εκείνες τις εξαιρετικά δυσμενείς συνθήκες να ασκήσουν την πιστοδοτική λειτουργία τους: ΤτΕ, Τα πρώτα πενήντα χρόνια της Τραπεζής της Ελλάδος, σ. 262-4.

7 Αν και δεν επρόκειτο για ρυθμιζόμενες εκ των προτέρων παρεμβάσεις, πάντως στην ιδέα της από κοινού μέριμνας των λοιπών τραπεζών για την ομαλή εκκαθάριση μιας αφερέγγυας τράπεζας εκδηλώνεται πρώιμα το συστημικό στοιχείο του τραπεζικού κλάδου, για το οποίο θα γίνει αναλυτικότερος λόγος υπό ΙΙΙ.3 του κειμένου. Αλλήλ, αυτές οι παρεμβάσεις θα μπορούσαν να γίνουν αντιληπτές ως πρωτόλεια μορφή του συστήματος εγγύησης καταθέσεων με εισφορές όλων των τραπεζών.

8 Βλ. σχετ. *Κωστή*, ό.π., σ. 420-1, *Ψαλιδόπουλο*, ό.π., σ. 138-140.

εργασίες. Άλλωστε, αν και η έκδοση χρήματος προφανώς υπηρετεί δημόσιο σκοπό, ωστόσο δεν απαιτεί καταρχήν εκ μέρους του φορέα της σχετικής λειτουργίας τη χρήση διοικητικού καταναγκασμού.

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, από το αρχικό Καταστατικό προέκυπτε δομή παραπέμπουσα σε κοινή ανώνυμη εταιρία, με Γενική Συνέλευση και ενδεκαμελές Γενικό Συμβούλιο, εκλεγόμενο στο σύνολό του (δηλαδή συμπεριλαμβανομένου του Διοικητή και του Υποδιοικητή<sup>9</sup> κατά το άρ. 29) από τη Γενική Συνέλευση. Ο ενισχυμένος ρόλος του Διοικητή εμφανίζεται εξ αρχής στο άρ. 31 του Καταστατικού, διάταξη που παραμένει έως σήμερα, αλλιώς πάντως εντάσσεται ομαλά στην εταιρική δομή, δεδομένου ότι ο Διοικητής ενεργεί «εξ ονόματος του Γενικού Συμβουλίου».

Έτσι, σε αυτό το στάδιο το αίτημα της ανεξαρτησίας της κεντρικής τράπεζας, υπό την εκδοχή της ανεξαρτησίας έναντι του Δημοσίου, φαίνεται να υλοποιείται μέσω της οργάνωσης της Τράπεζας ως ανώνυμης εταιρίας, ώστε να αποφεύγεται η ένταξή της στη δημόσια διοίκηση. Πάντως, η ανεξαρτησία και τότε υπέκειτο σε σημαντικές (και εύλογες, ενόψει του δημόσιου σκοπού της Τράπεζας) επιφυλάξεις. Πιο συγκεκριμένα, κατά το άρ. 29 ειδικώς η εκλογή του Διοικητή έπρεπε να εγκριθεί από την Κυβέρνηση. Επίσης, κατά τα άρ. 47 και 49 (διατάξεις που παραμένουν και στο σημερινό Καταστατικό) στην Τράπεζα ορίζεται Επίτροπος του Κράτους,<sup>10</sup> ο οποίος μπορεί να εναντιώνεται στις αποφάσεις τόσο της Γενικής Συνέλευσης όσο και του Γενικού Συμβουλίου, καταρχάς για λόγους νομιμότητας, με αποτέλεσμα την εφαρμογή διαιτητικής διαδικασίας με επιδιαιτητή εν αμφιβολία τον Πρόεδρο του Αρείου Πάγου. Περαιτέρω, ενδιαφέρον είναι ότι το άρ. 49 προβλέπει διαιτησία (που εδώ πλέον δεν κυριολεκτείται με τη δικονομική έννοια) και για «οποιαδήποτε έτερα διαφωνία μεταξύ του Δημοσίου και της Τραπεζής», αναφερόμενη απ' ό,τι φαίνεται σε κάθε αντίρρηση, δηλαδή και για λόγους σκοπιμότητας, του Δημοσίου σε αποφάσεις της Τράπεζας. Εν πάση περιπτώσει, η ρύθμιση περί διαιτησίας εκφράζει συμβολικά την ισορροπία μεταξύ ανεξαρτησίας και δημοσίου σκοπού και δεν χρειάστηκε να εφαρμοστεί ποτέ.

Ακόμη σημαντικότερο είναι ότι η εκλογή του Διοικητή και του Υποδιοικητή (και κατόπιν των Υποδιοικητών) από τη Γενική Συνέλευση τελικώς εφαρμόστηκε μόνον μία φορά (στην εκλογή του Ε. Τσουδερού ως Διοικητή το 1931 μετά την παραίτηση του πρώτου Διοικητή Α. Διομήδη), διότι ήδη με τον ν. 5334/1932, δηλαδή πριν από τη λήξη της πρώτης θητείας, προβλέφθηκε διορισμός με διάταγμα του Υπουργικού Συμβουλίου κατόπιν προτάσεως του Γενικού Συμβουλίου της Τράπεζας, σύστημα που κατά τα ουσιώδη ακολουθείται μέχρι σήμερα.

9 Αργότερα προβλέφθηκε και δεύτερη θέση Υποδιοικητή, που καθιερώθηκε οριστικά με το ν.δ. 4022/1959. Εδώ δεν εξετάζονται αναλυτικά οι πολλές (και όχι πάντοτε κανονικώς, σύμφωνα δηλαδή με το άρ. 7, εισαχθείσες) τροποποιήσεις του άρ. 29 περί διορισμού της Διοικήσεως της Τράπεζας.

10 Άλλωστε, και στην Εθνική Τράπεζα είχε προβλεφθεί Βασιλικός Επίτροπος, ακριβώς λόγω του εκδοτικού προνομίου της: *Δερυιλής*, ό.π., σ. 5-6.

## 2. Η Νομισματική Επιτροπή

Με τους α.ν. 971/1946 και 1015/1946 συγκροτήθηκε Νομισματική Επιτροπή, αποτελούμενη αρχικά από τον Υπουργό Συντονισμού, τον Υπουργό Οικονομικών, τον Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος και δύο μέλη ξένης ιθαγένειας (Βρετανό και Αμερικανό) διοριζόμενα από το Υπουργικό Συμβούλιο (που θα αποχωρούσαν το 1953 από τη σύνθεση της Επιτροπής), στην οποία ανατέθηκε η έγκριση της έκδοσης τραπεζογραμματίων από την Τράπεζα της Ελλάδος. Κατ' ουσίαν η νομισματική πολιτική (ή ακριβέστερα η αποφασιστική αρμοδιότητα επ' αυτής) αφαιρέθηκε από την Τράπεζα της Ελλάδος και ανατέθηκε σε αυτή τη νέα Επιτροπή, ενώ η Τράπεζα κατέστη διοικητικός μηχανισμός προετοιμασίας και εφαρμογής των αποφάσεων της Επιτροπής.<sup>11</sup>

Ιδιαίτερη σημασία έχει επίσης ο α.ν. 1665/1951 «περί λειτουργίας και ελέγχου Τραπεζών», ο οποίος (ακολουθώντας τον πρωτόλειο ν. 5076/1931 και το σχετιζόμενο με τη διοικητική παρέμβαση στον καθορισμό της πιστωτικής πολιτικής ν.δ. 558/1948) εισήγαγε στην Ελλάδα κανόνες τραπεζικής εποπτείας που προανήγγειλαν τη μεταγενέστερη ρύθμισή της (εν τέλει με τον νυν ισχύοντα ν. 4261/2014). Προβλήθηκε άδεια λειτουργίας των τραπεζών, υποβολή στοιχείων εκ μέρους τους, έγκριση των τροποποιήσεων του καταστατικού τους, παρέμβαση στα ίδια κεφάλαιά τους, διορισμός επιτρόπου, ανάκληση της άδειας και θέση σε (επίσης εποπτευόμενη) εκκαθάριση. Εποπτική αρχή ήταν η Νομισματική Επιτροπή, που μπορούσε κατά το άρ. 11 του νόμου αυτού να επιβάλει διοικητικές κυρώσεις, οι οποίες πάντως σε αυτό το πρώιμο στάδιο δεν νοούνταν ακόμη ως πρόστιμα αλλήλ συνδέονταν με την Τράπεζα της Ελλάδος ως κεντρική τράπεζα: αποκλεισμός της τράπεζας που παραβαίνει τις εποπτικές υποχρεώσεις της από τις πιστώσεις που χορηγεί η κεντρική τράπεζα, απαγόρευση πράξεων επί συναλλαγματος.

Στο στάδιο αυτό, νομισματική και εποπτική αρμοδιότητα συμπίπτουν στο ίδιο αποφασίζον όργανο, που βρίσκεται όμως εκτός της οργανωτικής δομής της Τράπεζας και είναι η Νομισματική Επιτροπή. Η διάκριση μεταξύ της Τράπεζας ως ανώνυμης εταιρίας και των αρμοδιοτήτων δημοσίου σκοπού εμφανίζεται πλέον με σαφήνεια, αλλήλ δεν υλοποιείται εντός της Τράπεζας παρά μεταξύ αυτής, ως ανώνυμης εταιρίας, και της Νομισματικής Επιτροπής, που ασκεί τις αρμοδιότητες δημοσίου σκοπού και εκδίδει τις αναγκαίες πράξεις (για την εφαρμογή των οποίων μεριμνά η Τράπεζα). Βέβαια, και στο εσωτερικό της Τράπεζας ο διορισμός του Διοικητή από την κυβέρνηση διασφάλιζε ότι η Γενική Συνέλευση της Τράπεζας δεν είχε επιρροή στον ορισμό ούτε ενός μέλους της Επιτροπής.

Ανεξαρτήτως των ατυχών ιστορικών συνθηκών, υπό τις οποίες συνεστήθη η Νομισματική Επιτροπή και που οδήγησαν στην παράδοση αρχική σύνθεσή της, όσα

11 Βλ. και *Ψαλιδόπουλο*, ό.π., σ. 82.



εκτέθηκαν καταδεικνύουν εντονότερη και πιο συστηματική παρέμβαση του κράτους, διά της Επιτροπής και διά της Τράπεζας ως εκτελεστικού οργάνου της,<sup>12</sup> στην οικονομία. Αν και η Τράπεζα εξακολούθησε να διαχειρίζεται η ίδια τις υποθέσεις της ως ανώνυμης εταιρίας, δεν είχε αποφασιστική αρμοδιότητα στα νομισματικά και εποπτικά θέματα, παρά μόνον ο Διοικητής της ως πρόσωπο είχε μία ψήφο στην αρμόδια Επιτροπή. Βέβαια, ιδίως η ισχυρή προσωπικότητα του μακροβιότερου (1955-1967 και 1974-1981) Διοικητή Ξενοφώντα Ζοζώτα (όπως και η εν τοις πράγμασι συμβολή της Τράπεζας στις εργασίες της Νομισματικής Επιτροπής<sup>13</sup>) οδήγησε σε εξίσου ισχυρή συμβολή της Τράπεζας στη διαμόρφωση του οικονομικού πλαισίου της εποχής. Από θεσμική άποψη, ωστόσο, με τη σύσταση της Νομισματικής Επιτροπής η ανεξαρτησία της Τράπεζας εξήλιπε και το Δημόσιο ανέλαβε άμεσα διά της Επιτροπής πρωτεύοντα ρόλο και στο πεδίο δράσεώς της, πράγμα που ασφαλώς συνδέεται με την ισχυρή τάση της εποχής προς τη διευθυνόμενη οικονομία.

### 3. Η Τράπεζα ως νομισματική και εποπτική αρχή

Με το άρ. 1 του ν. 1266/1982 η Νομισματική Επιτροπή, θεσμός αναγόμενος σε άλλη ιστορική περίοδο, καταργήθηκε και οι νομισματικές και εποπτικές αρμοδιότητές της μεταφέρθηκαν στην Τράπεζα της Ελλάδος, η οποία επομένως έγινε και πάλι αποφασιστικό όργανο στο πεδίο δράσης της, αν και με τη σημαντική επιφύλαξη ότι οι αρμοδιότητες αυτές θα ασκούνταν «στο πλαίσιο της κυβερνητικής πολιτικής» (άρ. 1 παρ. 1 ν. 1266/1982). Ακριβέστερα, αυτές οι αρμοδιότητες της Νομισματικής Επιτροπής μεταφέρθηκαν απευθείας στον Διοικητή, ο οποίος έτσι για πρώτη φορά απέκτησε πρωτότυπο πεδίο αρμοδιότητας (σε αντιδιαστολή προς την «εξ ονόματος του Γενικού Συμβουλίου» αρμοδιότητα του άρ. 31 του Καταστατικού), και μάλιστα ευρύτατο.

Με αυτόν τον τρόπο η διάκριση μεταξύ των λειτουργιών της Τράπεζας ως ανώνυμης εταιρίας και ως δημόσιας αρχής υλοποιείται πλέον εντός του νομικού προσώπου της Τράπεζας, καθώς για τις πρώτες είναι αρμόδια η Γενική Συνέλευση και το (τότε ακόμη) κατά πλειοψηφία εκλεγόμενο από αυτήν Γενικό Συμβούλιο (μόνον δε εξ ονόματος αυτού ο Διοικητής), ενώ για τις δεύτερες ήταν αρμόδιος ο Διοικητής, που άλληλωςτε δεν εκλέγεται από τη Γενική Συνέλευση.<sup>14</sup> Δημιουργούνται επομένως

12 Από το άρ. 4 παρ. 2 α.ν. 1665/1951 έλκει την καταγωγή της η Γενική Επιθεώρηση Τραπεζών ως υπηρεσιακή μονάδα της Τράπεζας, η οποία είναι ο πρόγονος των σημερινών εποπτικών διευθύνσεων του οργανογράμματός της.

13 Βλ. Ζοζώτα, εις: ΤτΕ, Τα πρώτα πενήντα χρόνια της Τράπεζας της Ελλάδος, σ. 768.

14 Χαρακτηριστικό της εν τοις πράγμασι λειτουργίας της Τράπεζας είναι ότι εξ αρχής από το 1982 οι αρμοδιότητές της ως δημόσιας αρχής ασκούνταν είτε από τον Διοικητή είτε από εξουσιοδοτημένες επιτροπές, με χαρακτηριστικότερη την Επιτροπή Νομισματικών και Πιστωτικών Θεμάτων (και παλαιότερα και την Επιτροπή Συναλλήλατος) της ΠΔ/ΤΕ 336/29.2.1984 που υφίσταται μέχρι σήμερα (πλέον ως Επιτροπή Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων). Οι επιτροπές αυτές, συγκροτούμενες από τον Διοικητή (και ήδη από την Εκτελεστική Επιτροπή: βλ. υπό ΙΙΙ.3 του κειμένου) και με συμμετοχή (με διάφορες παραλλήλας) κυρίως του ίδιου, των Υποδιοικητών και Διευθυντών της Τράπεζας, δεν σχετίζονται καθόλου με την οργανωτική δομή της Τράπεζας ως ανώνυμης εταιρίας και επιβεβαιώνουν έτσι τη συγκρότηση μιας αυτοτελούς τάξης αρμοδιότητας, που έλκει τη νομιμοποίησή της μόνον από τον φορέα της *latu sensu* εποπτικής αρμοδιότητας.

δύο τάξεις αρμοδιότητας στην Τράπεζα, αφορώσες αντίστοιχα την ανώνυμη εταιρία και τη δημόσια αρχή. Βέβαια, αυτή η διάκριση καταρχάς δεν αποτυπώνεται πλήρως στο Καταστατικό, το οποίο εξακολουθεί να εμφανίζεται ως καταστατικό ανώνυμης εταιρίας με κάποιες παραληλαγές, καθώς η δεύτερη τάξη αρμοδιότητας προκύπτει από τον ν. 1266/1982.

Το Καταστατικό ολοκληρώνεται, με την έννοια ότι αποτυπώνει πλέον αυτό το ίδιο το σύνολο των λειτουργιών και της εσωτερικής οργάνωσης της Τράπεζας, με την τροποποίησή του που κυρώθηκε με τον ν. 2609/1998. Τότε διαμορφώνεται το άρ. 2 με τη σημερινή εικόνα του: κλασική διάταξη ενός καταστατικού ανώνυμης εταιρίας, που καθορίζει τον σκοπό της, και ταυτόχρονα διάταξη που συλλαμβάνει την ιδιοτυπία της Τράπεζας, με τις διαφορετικές δραστηριότητές της. Ιδίως όμως εισάγονται τα άρθρα 35Α, 55Α και 55Β, με τα οποία οι διαφορετικές τάξεις αρμοδιότητας εντός της Τράπεζας, που είχαν ήδη προκύψει με τον ν. 1266/1982, βρίσκουν πλέον έκφραση στο Καταστατικό της. Το τελευταίο απεικονίζει έτσι τον διυισμό της Τράπεζας, αλλά και απομακρύνεται (εύλογα) από την αρχική μορφή του, που παρέπεμπε εν πολλοίς σε κοινή ανώνυμη εταιρία.

Ιδίως πρέπει να εξαρθεί το άρ. 55Α, στο οποίο εκφράστηκε η αρμοδιότητα του Διοικητή (που δεν εκλέγεται και έτσι δεν εξαρτάται από τα εταιρικά όργανα) για το εν ευρεία έννοια εποπτικό έργο της Τράπεζας, δηλαδή το ένα βασικό στοιχείο του δημοσίου σκοπού της. Επιπλέον, με τα άρ. 35Α και 55Β εισήχθη στη δομή της Τράπεζας το Συμβούλιο Νομισματικής Πολιτικής, στο οποίο ανατέθηκε το άλλο (και μάλιστα το πιο παραδοσιακό) συστατικό του δημοσίου σκοπού της, δηλαδή τα έργα της Τράπεζας όχι ως επόπτη αλλά ως κεντρικής τράπεζας: νομισματική πολιτική, συναλλαγματική πολιτική, λειτουργία των συστημάτων πληρωμών.

Αυτό σημαίνει ότι για πρώτη φορά η αρμοδιότητα της Τράπεζας ως δημόσιας αρχής διασπάστηκε ως προς τον φορέα της, τα δε δύο τμήματά της (εποπτικό και εν ευρεία έννοια νομισματικό) ανατέθηκαν στον Διοικητή (και ήδη από το 2012 στην Εκτελεστική Επιτροπή, με συμμετοχή και των Υποδιοικητών) και στο Συμβούλιο Νομισματικής Πολιτικής αντίστοιχα. Δημιουργήθηκαν έτσι τρεις τάξεις αρμοδιότητας εντός της Τράπεζας: η Τράπεζα ως ανώνυμη εταιρία με τα όργανά της, η Τράπεζα ως επόπτης με τον Διοικητή, η Τράπεζα ως κεντρική τράπεζα με το Συμβούλιο Νομισματικής Πολιτικής.

Συνεπώς με την προηγούμενη ανάλυση και με την εν γένει δομή του Καταστατικού είναι ότι και τα έξι μέλη του Συμβουλίου Νομισματικής Πολιτικής (ο Διοικητής, οι δύο Υποδιοικητές και τρία ακόμη μέλη, που είναι επίσης όλοι και ex officio μέλη του Γενικού Συμβουλίου), το οποίο εκπληρώνει το ένα τμήμα του δημοσίου σκοπού της Τράπεζας, δεν εκλέγονται από τη Γενική Συνέλευση αλλά διορίζονται από πολιτειακά όργανα.

Σημαντικό για αυτή την περίοδο είναι επίσης ότι η άσκηση των αρμοδιοτήτων της Τράπεζας εκσυγχρονίζεται ως προς την ουσία τους. Οι απευθείας πιστοδοτήσεις της

κεντρικής τράπεζας προς εμπορικές επιχειρήσεις παύουν. Η τραπεζική εποπτεία συστηματοποιείται (κατ' ενσωμάτωση των σχετικών κοινοτικών Οδηγιών) με τον ν. 2076/1992 και ακόμη περισσότερο με τον ν. 3601/2007 (και τελικά πιο πρόσφατα με τον ν. 4261/2014). Ιδίως η εποπτεία γίνεται περισσότερο προληπτική και τρέχουσα, ακολουθώντας και σχετικές διεθνείς εξελίξεις, αντί να αντιδρά απλώς, και μάλιστα με σχετικώς περιορισμένες δυνατότητες,<sup>15</sup> σε κρίσεις.

Πρέπει δε να σημειωθεί και ότι η Τράπεζα ανέλαβε πρόσφατα νέες, και πολύ σημαντικές, αρμοδιότητες δημοσίου δικαίου. Με το άρ. 1 του ν. 3867/2010 μεταφέρθηκε σε αυτήν η εποπτεία και των ασφαλιστικών επιχειρήσεων, πράγμα που αποτυπώθηκε ακολούθως στα άρ. 2 και 55Α του Καταστατικού με την τροποποίησή του, την οποία κύρωσε ο ν. 4021/2011. Με τα άρ. 63B επ. του ν. 3601/2007 (που εισήχθησαν επίσης με τον ν. 4021/2011) η Τράπεζα κατέστη αρχή εξυγίανσης, ανέλαβε δηλαδή το μεγαλύτερο μέρος της αρμοδιότητας για τα μέτρα εξυγίανσης τραπεζών που θεσπίστηκαν (και) στην ελληνική έννομη τάξη.

Στην περίοδο αυτή η ισορροπία μεταξύ ανεξαρτησίας και ένταξης στη δημόσια διοίκηση μετατοπίζεται και πάλι προς την κατεύθυνση της ανεξαρτησίας, καταρχάς διότι η Τράπεζα ανέλαβε αυτή η ίδια τις αρμοδιότητές της ως δημόσιας αρχής, αλλήλ κυρίως αφότου (για πρώτη φορά με τον ν. 2609/1998) το Καταστατικό κάνει ρητή αναφορά στην ανεξαρτησία (άρ. 5Α, που διατυπώνει την ανεξαρτησία ως αποκλεισμό των οδηγιών από τρίτους), και μάλιστα χωρίς να διακρίνει μεταξύ των διαφορετικών αρμοδιοτήτων της Τράπεζας.

Με τις τροποποιήσεις του 1998 το Καταστατικό ολοκληρώθηκε συστηματικά και η Τράπεζα εισήλθε στο τρέχον στάδιο εξέλιξης της εσωτερικής οργάνωσής της, η δε μεταγενέστερη εξέλιξη στο πεδίο δράσης της σχετίζεται πλέον με την άμεση ένταξη της σε ευρωπαϊκούς μηχανισμούς, όπως εκτίθεται στο επόμενο μέρος.

#### 4. Η Τράπεζα στους ευρωπαϊκούς θεσμούς

Η ένταξη της Τράπεζας στους ευρωπαϊκούς θεσμούς γίνεται σε τρία στάδια, ένα ήδη καθιερωμένο, ένα εντελώς πρόσφατο και ένα εν εξέλιξη. Εν προκειμένω αυτή η «ιστορία» της Τράπεζας αγγίζει το σήμερα και ακόμη και το αύριο της δράσης της.

Το πρώτο στάδιο είναι η ένταξη στο Ευρωπαϊκό Σύστημα Κεντρικών Τραπεζών από την 1.1.2001, δηλαδή από τη συμμετοχή της Ελλάδας στην Οικονομική και Νομισματική Ένωση. Οι εν ευρεία εννοία νομισματικές αρμοδιότητες της Τράπεζας (που συμπεριλαμβάνουν και τα πεδία της συναλλαγματικής πολιτικής και των συστημάτων πληρωμών) ασκούνται πλέον από αυτό το Σύστημα, μέλος του οποίου παραμένει βέ-

<sup>15</sup> Χαρακτηριστικό είναι ότι η Τράπεζα της Ελλάδος στην περίπτωση της Τράπεζας Κρήτης όρισε μεν επίτροπο (έλαβε δηλαδή καταστατικό της κρίσεως μέτρο), αλλήλ προηγουμένως δεν είχε δυνατότητα αποτελεσματικού ελέγχου, ιδίως διότι το γενικό τραπεζικό απόρρητο αντιτασσόταν τότε και έναντι αυτής της ιδίας! Βλ. σχετ. *Ψαλιδόπουλο*, σ. 333-4.

βαια και η ίδια, συμβάλλοντας μάλιστα στην εφαρμογή των αποφάσεών του, όπως προβλέπεται στο άρ. 12.1 in fine και στο άρ. 18 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ. Το εκδοτικό προνόμιο της Τράπεζας δεν ανακλήθηκε, αλλά ενσωματώθηκε στο ενιαίο εκδοτικό προνόμιο της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας και ασκείται πλέον διά της εντάξεως της Τράπεζας στο Ευρωσύστημα. Αυτή η μεταφορά αρμοδιότητας της Τράπεζας στο Ευρωσύστημα, με συμμετοχή της όμως σε αυτό, εκδηλώνει την αντίστοιχης έκτασης μεταφορά κυριαρχίας της χώρας στην Ευρωπαϊκή Ένωση, ομοίως με συμμετοχή της χώρας στη συλλογική άσκηση του *jus cudendae monetae* ως στοιχείου κυριαρχίας.<sup>16</sup> Η δε νομισματική αρμοδιότητα ασκείται από το Ευρωσύστημα με σκοπό τη διατήρηση της σταθερότητας των τιμών (άρ. 127 παρ. 1 εδ. α και άρ. 282 παρ. 2 εδ. β ΣΛΕΕ).

Το δεύτερο στάδιο είναι η σύσταση με τον Κανονισμό 1024/2013 του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού ως πυλώνα της Τραπεζικής Ένωσης. Πλήθος εποπτικών αρμοδιοτήτων (εν γένει η χορήγηση και ανάκληση των αδειών, καθώς και το σύνολο της μικροπροληπτικής εποπτείας με την έννοια των κανόνων της «Βασιλείας III» για τις σημαντικότερες τράπεζες) μεταφέρθηκαν από την 4.11.2014 στην ΕΚΤ. Πάντως, η Τράπεζα της Ελλάδος διατηρεί την προληπτική εποπτεία για τις «λιγότερο σημαντικές» τράπεζες, ενώ επίσης συνεργάζεται με την ΕΚΤ στην άσκηση των αρμοδιοτήτων της τελευταίας, χωρίς πάντως να είναι κατά τούτο πλέον αποφασίζον όργανο. Μάλιστα, από το άρ. 4 παρ. 1 του Κανονισμού προκύπτει η εντύπωση ότι από μεθοδολογική άποψη φορέας της εποπτείας είναι η ΕΚΤ και μόνον κατ' εξαίρεση και κατ' ανάθεση ασκούνται αρμοδιότητες από τις εθνικές εποπτικές αρχές.<sup>17</sup> Ωστόσο, αυτή η εντύπωση είναι έντιμη μέτρω ανακριβής, καθώς οι εθνικές αρχές διατηρούν σημαντικές αρμοδιότητες, και *ratione personae* λόγω της διάκρισης σε «σημαντικές» και «λιγότερο σημαντικές» τράπεζες και *ratione materiae*, ιδίως λόγω του ρόλου που έχουν σε κάθε περίπτωση στην πρακτική άσκηση της εποπτείας, μεταξύ άλλων δε στις επιθεωρήσεις, στην προετοιμασία των αποφάσεων και στην επιβολή κυρώσεων για παραβάσεις του (εναρμονισμένου) εθνικού δικαίου (άρ. 18 παρ. 5 του Κανονισμού 1024/2013).<sup>18</sup>

Το τρίτο στάδιο είναι η σύσταση με τον Κανονισμό 806/2014 του Ενιαίου Μηχανισμού Εξυγίανσης, επίσης ως πυλώνα της Τραπεζικής Ένωσης, ο οποίος τίθεται σε εφαρμογή από την 1.1.2016. Η Τράπεζα της Ελλάδος, που είναι ήδη όπως ελέχθη εθνική αρχή εξυγίανσης, θα συμμετέχει πλέον και σε αυτόν τον μηχανισμό, εκπρο-

16 Πρβλ. *Lastra*, ό.π., αρ. 1.60, για το ότι φορείς της νομισματικής κυριαρχίας παραμένουν τα κράτη-μέλη, και *Zimmermann*, *A Contemporary Concept of Monetary Sovereignty*, Oxford 2013, σ. 187-8, για το ότι η συλλογική άσκηση της νομισματικής αρμοδιότητας είναι, ορώμενη και από τη θέση εκάστου κράτους-μέλους μιας νομισματικής ένωσης, μέθοδος άσκησης της αρμοδιότητας υπό τις σύγχρονες οικονομικές συνθήκες.

17 Βλ. και *Ruthig*, ZHR 178 (2014) 443, 474.

18 *Moloney*, CML Rev. 51 (2014) 1609, 1642, *Tröger*, EBOR 15 (2014) 449, 470-1 (βλ. επίσης κάποιες κριτικές παρατηρήσεις του *ιδίου*, EBOR 15 (2014) 476 επ., για τη μέθοδο οργάνωσης του Μηχανισμού). Ιδίως πρέπει να αναφερθούν, ως σημαντικό στοιχείο της «καθημερινότητας» της εποπτείας, οι «κοινές εποπτικές ομάδες» (*Joint Supervisory Teams*) που έχουν συσταθεί και λειτουργούν για τις «σημαντικές» τράπεζες, με συμμετοχή προσωπικού της ΕΚΤ και των οικείων εθνικών εποπτικών αρχών.

σωπούμενη στο Ενιαίο Συμβούλιο Εξυγίανσης, το οποίο είτε λαμβάνει αποφάσεις (ιδίως για οργανωτικά και χρηματοδοτικά ζητήματα) είτε υποβάλλει αποφάσεις εξυγίανσης προς έγκριση στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Χαρακτηριστικό είναι, άλλωστε, ότι κατά το άρ. 18 του Κανονισμού ο Ενιαίος Μηχανισμός καταλήγει στο «καθεστώς εξυγίανσης» (resolution concept), το οποίο εξειδικεύεται και εκτελείται τελικώς με αποφάσεις της εθνικής αρχής εξυγίανσης.<sup>19</sup>

Όπως ήδη επισημάνθηκε, η μετακίνηση αρμοδιοτήτων σε ευρωπαϊκά όργανα σημαίνει ότι η Τράπεζα λαμβάνει λιγότερες τελικές αποφάσεις, χωρίς ωστόσο να αποξενώνεται από αυτά τα πεδία δράσης. Κοινό στοιχείο του Ευρωσυστήματος, του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού και του Ενιαίου Μηχανισμού Εξυγίανσης (αν και βέβαια δεν είναι οργανωμένα ακριβώς με τον ίδιο τρόπο) είναι η «ομοσπονδιακή» δομή τους,<sup>20</sup> με συμμετοχή των εκπροσώπων των οικείων εθνικών αρχών (που εν προκειμένω είναι και στις τρεις περιπτώσεις η Τράπεζα) στα όργανα λήψης αποφάσεων, αλλά επίσης και με συμμετοχή των ίδιων των εθνικών αρχών στις εσωτερικές διαδικασίες επεξεργασίας και εκτέλεσης των αποφάσεων.

Ο αναβιβασμός των ως άνω αρμοδιοτήτων της Τράπεζας στο ενωσιακό επίπεδο βρίσκει ρητή έκφραση στο Καταστατικό μόνο σε ό,τι αφορά τη νομισματική αρμοδιότητα (στα άρ. 2 και 35Α), πράγμα εύλογο, αφενός διότι ιστορικά το Καταστατικό αυτή την αρμοδιότητα γνώριζε και ρύθμιζε και στην ουσία της, αφετέρου διότι η μεταφορά αρμοδιοτήτων ρυθμίζεται ούτως ή άλλως άμεσα από το (πρωτογενές ή παράγωγο) ενωσιακό δίκαιο, με αποτέλεσμα να μην απαιτείται ιδιαίτερη προσαρμογή. Η Τράπεζα ασκεί, κατά το σχήμα εσωτερικών αρμοδιοτήτων του Καταστατικού της, τη σχετική αρμοδιότητα που μένει να ασκείται εδώ, είτε διότι οι εθνικές αρχές συμμετέχουν στις, ενωσιακού επιπέδου, εργασίες του Ευρωσυστήματος και της Τραπεζικής Ένωσης, είτε διότι τμήμα αυτών των αρμοδιοτήτων δεν έχει μεταφερθεί και ασκείται από την Τράπεζα ως εθνική αρχή.

Επομένως, από την 1.1.2001 η Τράπεζα απέκτησε και ενωσιακή (κατά τον στο μεταξύ εισαχθέντα όρο) ταυτότητα, ως μέλος του ΕΣΚΤ, δηλαδή της κεντρικής τράπεζας της Ευρωζώνης (καθώς άλλωστε είναι και μέτοχος της ΕΚΤ κατά τα προβλεπόμενα στα άρ. 28-29 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ), ενώ βέβαια κατά τις λοιπές αρμοδιότητές της παραμένει εθνική δημόσια αρχή (ή ανώνυμη εταιρία).<sup>21</sup> Αυτή η

19 Γι' αυτό ορθώς παρατηρείται ότι στον Ενιαίο Μηχανισμό Εξυγίανσης ο λειτουργικός ρόλος των εθνικών αρχών είναι (ακόμη) σημαντικότερος απ' ό,τι στον Ενιαίο Εποπτικό Μηχανισμό: *Moloney*, CML Rev. 51 (2014) 1643.

20 Πρβλ. ως προς το Ευρωσύστημα *Γώγο*, ΤοΣ 2003, 49, 54, *Μουζουράκη*, ΕφημΔΔ 2013, 534 σημ. 5, *Manger-Nestler*, EuR 2008, 577, 578. Ενδιαφέρον είναι ότι ομοσπονδιακή δομή έχει και το αμερικανικό Federal Reserve System, με το κεντρικό Διοικητικό Συμβούλιο και δώδεκα περιφερειακές τράπεζες, πράγμα που μπορεί να συνδέεται και με επιφύλαξη έναντι μιας πολύ ισχυρής και ενιαίας κεντρικής τράπεζας.

21 Πρβλ. *Μουζουράκη*, ΕφημΔΔ 2013, 535, που ομιλεί για «δισυπόστατο» νομικό πρόσωπο λόγω της συμμετοχής του στην ενωσιακή και την εθνική διοικητική οργάνωση, καθώς και *Lastra*, ό.π., αρ. 2.110, 7.38, *την ίδια*, 6 Col. J. Eur. L. 167, 168 (2000), *Manger-Nestler*, EuR 2008, 583-4. Κάπως διαφορετικά (τουλάχιστον στην αφετηρία) ο *Palm*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 54. Erg., München 2014, AUEV Art. 282 Rn. 48, που τονίζει την εθνική υπόσταση και φαίνεται να αντιλαμβάνεται την ενωσιακή ως απλή συνέπιά της.

ένταξη της Τράπεζας στην ενωσιακή διοίκηση εκφράζεται χαρακτηριστικά στο άρ. 271 περ. δ ΣΛΕΕ, κατά το οποίο χωρεί προσφυγή της ΕΚΤ κατά των εθνικών κεντρικών τραπεζών για παράβαση υποχρέωσης εκ των Συνθηκών, αντίστοιχη με την προσφυγή που έχει κατά το άρ. 258 η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά των κρατών-μελών. Η παθητική νομιμοποίηση της Τράπεζας στηρίζεται στην ιδιότητά της όχι ως εθνικής δημόσιας αρχής, διότι έναντι της Ένωσης υπόλογο είναι μόνον το ίδιο το κράτος-μέλος, αλλά ως μέλους του Ευρωσυστήματος.<sup>22</sup>

Αυτή η ενωσιακή πτυχή της υπόστασης της Τράπεζας ενισχύθηκε περαιτέρω με τη συμμετοχή της και στους μηχανισμούς της Τραπεζικής Ένωσης, χωρίς πάντως να απόλλεται κατά κανέναν τρόπο η φύση της ως δημόσιας αρχής (και) στην ελληνική έννομη τάξη. Ενδιαφέρον είναι πάντως ότι η διττή (ενωσιακή και εθνική) φύση της Τράπεζας εκφράζεται κανονιστικώς στο άρ. 14.4 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ, όπου ρητώς προβλέπεται ότι οι εθνικές κεντρικές τράπεζες μπορούν να επιτελούν και άλλες εργασίες πέραν των συνδεόμενων με το Ευρωσύστημα (πράγμα που η Τράπεζα πράττει σε πολύ σημαντικό βαθμό, όπως προκύπτει από την παρούσα ανάλυση), αλλά επίσης θέτει αυτές τις άλλες εργασίες υπό την ουσιαστική προϋπόθεση του πλήρους χωρισμού τους από εκείνες του Ευρωσυστήματος και υπό τη συναφή διαδικαστική προϋπόθεση να μην ασκείται βέτο από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΕΚΤ, με πλειοψηφία δύο τρίτων και με αιτιολογία τη δυσχέραση των καθηκόντων και των σκοπών του Ευρωσυστήματος.

### III. Θεωρία: το τρέχον σχήμα αρμοδιοτήτων της Τράπεζας και η ένταξή της στην έννομη τάξη

Όπως έχει γίνει κατανοητό από τα προηγούμενα, η Τράπεζα δεν έχει μονιστική εσωτερική οργάνωση, στην οποία τελική πηγή νομιμοποίησης για όλες τις αρμοδιότητές της θα ήταν ένα όργανο. Αντίθετα, το Καταστατικό γνωρίζει τρεις τάξεις εσωτερικής αρμοδιότητας, καθεμία με διαφορετικά όργανα.

#### 1. Η ανώνυμη εταιρία

Καταρχάς, η Τράπεζα εξακολουθεί να ασκεί έργα ως ανώνυμη εταιρία (δηλαδή χωρίς να ασκεί δημόσια εξουσία<sup>23</sup>), ως προς αυτά δε αρμοδιότητα έχουν η Γενική Συνέλευση και το Γενικό Συμβούλιο (καθώς και ο Διοικητής, αλλά μόνον εξ ονόματος του τελευταίου). Αυτό συμβαίνει μεταξύ άλλων, όταν η Τράπεζα ενεργεί

22 Πρβλ. *Zilioli/Selmayr*, CML Rev. 37 (2000) 591, 626-7.

23 Για την έννοια βλ. αντί άλλων *Σπηλιωτόπουλο*, ό.π., τόμ. 1, σ. 12.



ως ταμίας του Δημοσίου, διαχειρίζεται την Ηλεκτρονική Δευτερογενή Αγορά Τίτλων<sup>24</sup> ή υποστηρίζει το γραφείο συμψηφισμού επιταγών μεταξύ των εμπορικών τραπεζών. Βέβαια, ευχερώς διαπιστώνεται ότι οι αρμοδιότητες αυτές έχουν στοιχείο δημοσίου συμφέροντος. Ωστόσο, ασκούνται με μέσα ιδιωτικού δικαίου και χωρίς στοιχείο διοικητικού καταναγκασμού, με αποτέλεσμα να δικαιολογείται άνευ αλλήλου τινός η άσκησή τους από νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, όπως είναι κατά τούτο η Τράπεζα.

Σε αυτό το πλαίσιο είναι αξιοσημείωτο ότι, ενώ εν γένει η σχέση της Τράπεζας με το προσωπικό της είναι ιδιωτικού δικαίου,<sup>25</sup> η σχέση αυτή απέκτησε πρόσφατα μία πτυχή δημοσίου δικαίου, καθώς η Τράπεζα κατέστη με το άρ. 64 ν. 3863/2010 η ίδια φορέας κοινωνικής ασφάλισης του προσωπικού της.<sup>26</sup> Οι σχετικές αποφάσεις λαμβάνονται από το Συμβούλιο Ασφάλισης που προβλέπεται στο άρ. 37Α του Καταστατικού (αφού αρχικά είχε συσταθεί με την ως άνω διάταξη του ν. 3863/2010), και που συγκροτείται πάντως με απόφαση του Γενικού Συμβουλίου, εντασσόμενο κατά τούτο στην τάξη αρμοδιότητας της Τράπεζας ως εταιρίας (αν και αναμφίβολα οι αποφάσεις του γεννούν διοικητικές διαφορές, όπως συνέβαινε και παλαιότερα με τη ΔΕΗ ως φορέα κοινωνικής ασφάλισης του προσωπικού της). Κατά τούτο η Τράπεζα υπόκειται άλληλως, όπως και οι υπόλοιποι ασφαλιστικοί οργανισμοί, στην εποπτεία του αρμόδιου Υπουργείου.<sup>27</sup> Είναι δε και στο σημείο αυτό αξιοσημείωτο πως πλέον ό,τι επηρεάζει την εσωτερική δομή της Τράπεζας (εδώ το Συμβούλιο Ασφάλισης) αντικατοπτρίζεται (ως δει) και στο Καταστατικό.

Η αρμοδιότητα του Γενικού Συμβουλίου ορίζεται αρνητικά, προκύπτει δε ιδίως από το άρ. 20 του Καταστατικού, κατά το οποίο το Συμβούλιο έχει τη γενική διαχείριση των υποθέσεων της Τράπεζας. Η διάταξη αυτή αναλύεται σε δύο αρνητικούς προσδιορισμούς της αρμοδιότητας του Συμβουλίου. Πρώτον, τα όργανα της Τράπεζας ως εταιρίας έχουν όποια αρμοδιότητα δεν εμπίπτει στα άρ. 35Α και 55Α, δηλαδή δεν αφορά την Τράπεζα ως δημόσια αρχή. Δεύτερον, εντός αυτού του πεδίου που καταλείπεται στα όργανα της Τράπεζας ως εταιρίας, το Γενικό Συμβούλιο έχει κάθε αρμοδιότητα που δεν απονέμεται ειδικώς στη Γενική Συνέλευση.

Έτσι προκύπτει καταρχάς ότι, στο πεδίο δράσεως της Τράπεζας ως ανώνυμης εταιρίας, το Γενικό Συμβούλιο έχει το τεκμήριο αρμοδιότητας, ενώ η Γενική Συνέλευση έχει μόνον τις προβλεπόμενες στο άρ. 19 αρμοδιότητες. Επίσης, η διάταξη αυτή είναι εξαιρετικά σημαντική, διότι σε αυτήν ακριβώς βρίσκει ρητή έκφραση η κα-

24 Ως προς τούτο πρέπει πάντως να σημειωθεί ότι η σχετική αρμοδιότητα απονέμεται στον Διοικητή απευθείας από το άρ. 9 παρ. 1 ν. 2198/1994. Επίσης, η αρμοδιότητα αυτή έχει και πτυχή διοικητικού δικαίου, καθώς το άρ. 9 παρ. 2 ν. 2198/1994 προβλέπει και διοικητικές κυρώσεις.

25 ΟΔΑΠ 1/2006, ΕΔΔ 2006, 409, ΑΠ 72/2003, ΝοΒ 2003, 1630, ΣτΕ 3023/2010 (σκ. 4).

26 Αξιοσημείωτο είναι ότι η Τράπεζα είχε εν σπέρματι αυτή την αρμοδιότητα εξαρχής, καθώς στο άρ. 38 του Καταστατικού γίνεται λόγος περί καθορισμού από το Γενικό Συμβούλιο των όρων, υπό τους οποίους το προσωπικό της Τράπεζας λαμβάνει σύνταξη.

27 Μουζουράκη, ΕφημΔΔ 2013, 549 σημ. 98.



τάμνηση του πεδίου δράσης της Τράπεζας σε τρεις τάξεις αρμοδιότητας: αυτήν της Συνέλευσης και του Συμβουλίου, και εκείνες τις δύο, υπέρ των οποίων εισάγεται εξαίρεση από το τεκμήριο αρμοδιότητας των εταιρικών οργάνων, δηλαδή τη νομισματική και την εποπτική αρμοδιότητα.

Σημαντικό, όσο και συνεπές με την όλη λειτουργία της Τράπεζας, είναι ότι το Καταστατικό εισάγει αποκλίσεις από ό,τι θα ίσχυε κατά το γενικό εταιρικό δίκαιο και διασφαλίζει έτσι πως δεν μπορεί να προκύψει, έστω και έμμεση ή και μόνον θεωρητική, ιδιωτική επιρροή στην άσκηση των άλλων αρμοδιοτήτων της Τράπεζας, π.χ. μέσω της λήψης αποφάσεων για την εσωτερική κατανομή χρηματοδότησης στις εργασίες της ή για τον διορισμό των Διευθυντών (που διορίζονται και παύονται κατά το άρ. 27 στοιχ. σ' από το Γενικό Συμβούλιο με πρόταση του Διοικητή). Τέτοια μέριμνα λαμβανόταν εξ αρχής στο Καταστατικό διά της (κατασταλτικής πάντως) προβλέψεως για τον Επίτροπο του Κράτους, που ήδη εκτέθηκε, όπως και με την ανάγκη κυρώσεως των τροποποιήσεων του Καταστατικού διά νόμου (άρ. 7),<sup>28</sup> αλλήλ το σύγχρονο Καταστατικό εισάγει και προληπτικά, θετικής φύσεως μέτρα.

Έτσι, μετά την τροποποίηση του Καταστατικού που κυρώθηκε με τον ν. 2609/1998, μόνον το ήμισυ των μελών του Γενικού Συμβουλίου (δηλαδή έξι μέλη) εκλέγεται από τη Συνέλευση, ενώ τα υπόλοιπα είναι εκείνα που διορίζονται με Προεδρικό Διάταγμα: ο Διοικητής (ως προς τον οποίο μάλιστα το άρ. 49Α του Κανονισμού της Βουλής προβλέπει και γνώμη της κοινοβουλευτικής Επιτροπής Δημοσίων Επιχειρήσεων, Τραπεζών και Οργανισμών Κοινής Ωφελείας πριν από τον διορισμό του), οι δύο Υποδιοικητές και τα τρία υπόλοιπα μέλη του Συμβουλίου Νομισματικής Πολιτικής.<sup>29</sup> Δεδομένης και της αποφασιστικής ψήφου του Διοικητή κατά το άρ. 26, τα εκλεγμένα μέλη δεν μπορούν να επιβάλουν τη βούλησή τους.

Στην ίδια δε τη Συνέλευση, σύμφωνα με το άρ. 13 (και κατ' απόκλιση από την αρχή «μία (κοινή) μετοχή – μία ψήφος», που ακολουθείται κατά τα λοιπά πιστά στο ελληνικό εταιρικό δίκαιο) ισχύει ανώτατο όριο δικαιωμάτων ψήφου για όλους τους μετόχους εκτός του Δημοσίου και των ν.π.δ.δ., το οποίο τίθεται στο 2%. Αυτή η

28 Αξιοσημείωτο είναι άλλωστε ότι, ιδίως σε πολιτειακώς ανώμαλες περιόδους, ο νόμος επενέβαινε και απευθείας (χωρίς δηλαδή να έχει προηγηθεί το «εσωτερικό» σκέλος της διαδικασίας τροποποίησης) στο Καταστατικό.

29 Αξιοσημείωτο είναι πάντως ότι επιβιώνει το άρ. 24 του Καταστατικού, κατά το οποίο αρμόδια για την παύση του Διοικητή (όπως και κάθε άλλου μέλους του Γενικού Συμβουλίου) είναι η Γενική Συνέλευση, ενώ ως λόγοι παύσης προβλέπονται η οριστική ανικανότητα και το βαρύ παράπτωμα. Η διάταξη ενισχύει (θεωρούμενη αφηρημένα και χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η πραγματική σύνθεση της Γενικής Συνέλευσης) την ανεξαρτησία από την Κυβέρνηση, αλλήλ μπορεί να θεωρηθεί ασυμβατή με την κατά τα λοιπά ισχύουσα διάκριση μεταξύ των οργάνων της Τράπεζας ως ανώνυμης εταιρίας και ως δημόσιας αρχής. (Πρβλ. και Μουζουράκη, ΕφημΔΔ 2013, 540 σημ. 42, η οποία όμως θεωρεί το άρ. 24 προβληματικό από την άποψη του ΕΣΚΤ. Ωστόσο, το σχετικό άρ. 14 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ δεν δεσμεύει τις εθνικές έννομες τάξεις ως προς την εσωτερική απόφαση παύσης του Διοικητή και επομένως δεν αποκλείει τη ρύθμιση του άρ. 24 του Καταστατικού της Τράπεζας, παρά προσθέτει ένα ενωσιακό στάδιο ελέγχου της παύσης ενώπιον του ΔικΕΕ.) Με αυτή την έννοια, το άρ. 24 του Καταστατικού είναι ένα σημείο συμπλοκής των διαφορετικών τάξεων αρμοδιότητας εντός της Τράπεζας. Το θέμα είναι όμως εν τέλει πολύ λιγότερο σημαντικό απ' ό,τι φαίνεται θεωρητικά, το μεν διότι το άρ. 24 δεν έχει εφαρμοστεί ποτέ, το δε διότι η Γενική Συνέλευση κυριαρχείται από το Δημόσιο, οπότε και πάλι η απόφαση (εάν ποτέ ετίθετο τέτοιο ζήτημα) θα ήταν της Κυβέρνησης, η δε σημαντικότερη δικλίδα ασφαλείας είναι η πρόβλεψη προσβολής της στο ΔικΕΕ.

πρόσφατη ρύθμιση πρέπει να συνδυαστεί με τα πραγματικά δεδομένα, το αποτέλεσμα των οποίων απλώς επιβεβαιώνει και διασφαλίζει και για το μέλλον: η Τράπεζα χαρακτηριζόταν πάντοτε από ευρύτατη διασπορά μετοχών και από έλλειψη μετόχων με αξιοσημείωτο ποσοστό συμμετοχής (πέραν του Δημοσίου<sup>30</sup> και των ν.π.δ.δ., των οποίων το δικαίωμα ψήφου ασκεί ο Υπ. Οικονομικών κατά το άρ. 2 του ν. 2292/1953), με αποτέλεσμα το Δημόσιο να έχει απόλυτο, σχεδόν καθολικό έλεγχο της Συνέλευσης.

## 2. Η νομισματική αρμοδιότητα

Η νομισματική αρμοδιότητα έχει κορυφαία σημασία για το πλαίσιο οργάνωσης της οικονομίας από το κράτος, αλλιά και για την ίδια τη λειτουργία της κεντρικής τράπεζας. Σε αυτήν μπορεί δε να ενταχθεί (όπως προκύπτει και από το άρ. 3 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ και από το άρ. 35Α του Καταστατικού της Τράπεζας) και η συναλληλαγματική πολιτική,<sup>31</sup> όπως και η αρμοδιότητα για τα συστήματα πληρωμών (στο πλαίσιο της οποίας μπορεί να εξαρθεί ιδίως η διαχείριση από την Τράπεζα της ελληνικής συνιστώσας του συστήματος πληρωμών TARGET2). Στην εσωτερική δομή της Τράπεζας της Ελλάδος η νομισματική αρμοδιότητα είναι αυτοτελής χώρος, με φορέα της το Συμβούλιο Νομισματικής Πολιτικής. Πλέον όμως η εν τοις πράγμασι σημαντικότερη άσκηση τέτοιας αρμοδιότητας, πάντως όχι από την Τράπεζα αλλιά από τον Διοικητή της ως μέλος συλλογικού οργάνου της ΕΚΤ,<sup>32</sup> είναι διά της συμμετοχής του Διοικητή στο Διοικητικό Συμβούλιο της ΕΚΤ κατά τα οριζόμενα στο άρ. 10 του Καταστατικού της.<sup>33</sup>

Η νομισματική αρμοδιότητα αποτελεί αναμφίβοла στοιχείο της κρατικής κυριαρχίας,<sup>34</sup> δεδομένης της υπαρκτής σημασίας που έχουν οι λειτουργίες του χρήματος

30 Η ιδιαίτερη θέση του Δημοσίου εντός της Τράπεζας εκφράζεται και σε περιουσιακό επίπεδο, καθώς έχει και απευθείας συμμετοχή στη διάθεση των κερδών κατά τα οριζόμενα στο άρ. 71 του Καταστατικού (πέραν βεβαίως του μερίσματος που εισπράττει ως μέτοχος).

31 Η οποία άλλωστε αφορά την εξωτερική αξία του νομίσματος (έναντι άλλων νομισμάτων) και έτσι εύλογα συνδέεται με τη διαχείριση της εσωτερικής αξίας του χρήματος στο πλαίσιο της *stricto sensu* νομισματικής πολιτικής: βλ. και *Lastra*, ό.π., αρ. 2.87. Στο πεδίο αυτό μπορεί πάντως να διατηρείται και σημαντική αρμοδιότητα του εν στενή εννοία Δημοσίου (βλ. σχετ. *Lastra*, ό.π., αρ. 2.70, 7.51), πράγμα που σε ενωσιακό επίπεδο εκφράζεται στην αρμοδιότητα του Συμβουλίου κατά το άρ. 219 ΣΛΕΕ: βλ. σχετ. *Gaitanides*, *Das Recht der Europäischen Zentralbank*, Tübingen 2005, σ. 141 επ.

32 Αυτή είναι μια ιδιότητα του Διοικητή προσωπικά που δεν προκύπτει από το Καταστατικό της Τράπεζας αλλιά από το Καταστατικό ΕΣΚΤ/ΕΚΤ και ασκείται σε ενωσιακό επίπεδο: πρβλ. *Αγανίδης*, εις: Χριστιανού (επιμ.), *Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ*, Αθήνα 2012, άρ. 283 αρ. 8, *Manger-Nestler*, *EuR* 2008, 585. Το άρ. 22 του Καταστατικού της Τράπεζας μόνον επιβεβαιώνει αυτή την ενωσιακής προελεύσεως ιδιότητα του Διοικητή, «ως ανεξάρτητη[ς] προσωπικότητα[ς]».

33 Πρέπει πάντως να σημειωθεί ότι το Συμβούλιο Νομισματικής Πολιτικής διατηρεί αφενός κάποιες αποφασιστικές αρμοδιότητες (οι δε αποφάσεις του δημοσιεύονται εδώ: <http://www.bankofgreece.gr/Pages/el/Bank/LegalF/monetary.aspx>), αφετέρου κατά το άρ. 35Α και συμβουλευτικές αρμοδιότητες. Επίσης, ο Διοικητής διατηρεί και εδώ ένα υπόλοιπο αρμοδιότητας κατά το άρ. 31 του Καταστατικού.

34 Βλ. ήδη την απόφαση του Διαρκούς Δικαστηρίου Διεθνούς Δικαιοσύνης, που λειτουργούσε στο πλαίσιο της Κοινότητας των Εθνών, στην υπόθεση των «σερβικών δανείων»: [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_20/62\\_Emprunts\\_Serbes\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf), σ. 44.

(ως νομίμως καθιερωμένου μέσου συναλλαγής ή αλλιώς legal tender, μονάδας υπολογισμού και μέσου διατήρησης αξιών<sup>35</sup>) για την οργάνωση της οικονομίας. Ενδιαφέρον είναι ότι τα χαρακτηριστικά μέσα της (πράξεις ανοικτής αγοράς και πιστωτικές εργασίες), όπως περιγράφονται στο άρ. 18 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ, δεν συνδέονται μεν άμεσα με διοικητικό καταναγκασμό, αλλά πάντως προϋποθέτουν το κρατικό (και ασκούμενο διά της κεντρικής τράπεζας) μονοπώλιο στην έκδοση χρήματος. Άλλωστε, άλλες πτυχές της νομισματικής πολιτικής, όπως η υποχρεωτική κατάθεση στην κεντρική τράπεζα (άρ. 19 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ), η επιβολή κυρώσεων στους μη συμμορφούμενους με το πλαίσιο αυτής της πολιτικής (που προβλέπονται στο άρ. 19 του Καταστατικού ΕΚΣΤ/ΕΚΤ και στο άρ. 55B του Καταστατικού της Τράπεζας) ή οι συναλλαγματικοί περιορισμοί (ως στοιχείο της εν ευρεία έννοια νομισματικής πολιτικής), ασφαλώς εμφανίζουν, κάποτε μάλιστα έντονο, άμεσο στοιχείο διοικητικού καταναγκασμού.

Περαιτέρω, στο πεδίο ακριβώς της νομισματικής πολιτικής η ανεξαρτησία της κεντρικής τράπεζας προβλέπεται στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο (άρ. 130 ΣΛΕΕ). Η ανεξαρτησία της κεντρικής τράπεζας γίνεται δε αποδεκτή και από δικαιοπολιτική άποψη, ενώ επίσης θεωρείται ότι δεν δημιουργεί αντινομία με τη δημοκρατική αρχή, με δύο, διαφορετικής φύσεως αλλά πάντως συμπληρωματικά, επιχειρήματα.

Το πρώτο επιχειρήμα αναφέρεται στην ιδιαιτερότητα της νομισματικής πολιτικής, που διασφαλίζει τη λειτουργία του χρήματος, ιδίως ως μέσου διατήρησης αξιών,<sup>36</sup> και έτσι εν τέλει διασφαλίζει ένα σταθερό πλαίσιο για την όλη οικονομία, αλλά και για τη δημοσιονομική πολιτική της κυβέρνησης.<sup>37</sup> Τούτο συνδέεται με την πραγμάτωση της οικονομικής ελευθερίας, που προϋποθέτει σταθερότητα των τιμών προς αποτελεσματική άσκησή της,<sup>38</sup> ενώ επίσης προάγει το κοινωνικό κράτος, καθώς ο πληθωρισμός πλήττει ακριβώς τους ασθενεστερούς.<sup>39</sup> Με αυτή την έννοια, η ανεξαρτησία της κεντρικής τράπεζας συνδέεται με μια θεμελιώδη απόφαση,<sup>40</sup> η οποία προηγείται λογικώς της συγκρότησης της κεντρικής τράπεζας και έχει ληφθεί από τον πρωτογενή ενωσιακό νομοθέτη: ότι, όπως ήδη αναφέρθηκε, η νομισματική πολιτική στην ΕΕ έχει μονοσήμαντο στόχο, τη σταθερότητα των τιμών, και δεν σταθμίζει περισσότερους ισότιμους στόχους (οπότε θα απαιτούνταν διαρκείς πολιτικές αποφά-

35 Πρβλ. *Lastra*, ό.π., αρ. 1.30.

36 *Lastra*, ό.π., αρ. 1.34.

37 Για τη σχετική συζήτηση βλ. *Μουζουράκη*, ΕφημΔΔ 2013, 537, ΒVerfGE 89, 155, 208-9 = NJW 1993, 3047 («απόφαση Maastricht»), ΒVerfGE 97, 350, 368, *Lastra*, ό.π., αρ. 2.118-2.120.

38 Αυτή η σκέψη συμπυκνώνεται στη διατύπωση του γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου „Geld ist geprägte Freiheit“: ΒVerfGE 97, 350, 376. Με αυτή την έννοια, ότι δηλαδή προάγονται και ατομικά δικαιώματα, η συζήτηση για την ανεξαρτησία της κεντρικής τράπεζας συνάπτεται με την αντίστοιχη συζήτηση για τις ανεξάρτητες αρχές, στις οποίες άλλωστε μπορεί να θεωρηθεί ότι συγκαταλέγεται η Τράπεζα καθόσον είναι δημόσια αρχή: πρβλ. *Ηλιάδου*, ΔΔίκη 2000, 784, 788-9.

39 *Sodan*, NJW 1999, 1521, 1522.

40 Για την ανάγκη λήψης μιας τέτοιας απόφασης, ως προϋπόθεσης της ανεξαρτησίας, πρβλ. ΒVerwG NJW 1973, 1338, 1339.

σεις προς υλοποίηση αυτής της στάθμησης).<sup>41</sup> Πράγματι, ενώ η κεντρική τράπεζα οφείλει κατά τα άρ. 127 παρ. 1 εδ. β και 282 παρ. 2 εδ. γ ΣΛΕΕ να υποστηρίξει τη γενική οικονομική πολιτική της Ένωσης (όπως αντίστοιχα προβλέπεται για την Τράπεζα της Ελλάδος στο άρ. 4 του Καταστατικού της ως προς τη γενική οικονομική πολιτική της Κυβέρνησης), αυτή η υποχρέωσή της τίθεται υπό την επιφύλαξη της σταθερότητας των τιμών και επομένως υποχωρεί προ του κατεξοχήν σκοπού της νομισματικής πολιτικής.

Αυτό δεν σημαίνει βέβαια πως η κεντρική τράπεζα δεν έχει διακριτική ευχέρεια στον βαθμό και τη μέθοδο επιδίωξης αυτού του στόχου, όπως επίσης δεν σημαίνει ότι δεν θα μπορούσε να ασκηθεί δικαιιοπολιτική κριτική στη μονοσήμαντη φύση του στόχου. Πάντως όμως διαφοροποιεί τη νομισματική αρμοδιότητα, έτσι όπως καταστρώνεται στο ενωσιακό δίκαιο, από τη διαμόρφωση της κυβερνητικής οικονομικής πολιτικής, η οποία είναι κατεξοχήν πεδίο σύνθετων πολιτικών σταθμίσεων.

Το δεύτερο είναι ότι η κεντρική τράπεζα, αν και ανεξάρτητη, πάντως δεν είναι καθόλου ασύνδετη με τη δομή του κράτους.<sup>42</sup> Η σύνδεση διασφαλίζεται αφενός με τον ορισμό των μελών των αποφασιζόντων οργάνων της κεντρικής τράπεζας από κρατικά όργανα που έχουν άμεση δημοκρατική νομιμοποίηση,<sup>43</sup> αφετέρου με τη λογοδοσία της κεντρικής τράπεζας προς τέτοια όργανα.<sup>44</sup> Το δε Καταστατικό της Τράπεζας προβλέπει πράγματι με πληρότητα τους μηχανισμούς αυτής της σύνδεσης με τη δομή του κράτους. Ήδη έγινε αναφορά στον ορισμό της Διοίκησης και των λοιπών μελών του Συμβουλίου Νομισματικής Πολιτικής με Προεδρικό Διάταγμα, αλλιά και στη συμμετοχή του Επιτρόπου του Κράτους στα εταιρικά όργανα της Τράπεζας, που καταπραΰνει και τον (μόνον θεωρητικό ούτως ή άλλως) φόβο της έμμεσης επιρροής των εταιρικών οργάνων στην άσκηση δημόσιας εξουσίας εκ μέρους της. Πρέπει δε να προστεθεί το άρ. 5B του Καταστατικού, που προβλέπει

41 Βλ. σχετ. τις Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέα Jacobs στην υπόθ. C-11/00 *OLAF* Συλλ. 2003 I-7147 σκ. 150, 155, όπως επίσης *Γώγο*, ΤοΣ 2003, 57-58, που αναφέρεται στην ανεξαρτησία της κεντρικής τράπεζας ως οργανωτικό σύστοιχο της προτεραιότητας του αντιπληθωριστικού στόχου, *τον ίδιο*, εις: Σκουρή (επιμ.), Ερμηνεία των Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα, Αθήνα-Κομοτηνή 2003, άρ. 108 αρ. 1, *R. Schmidt*, JZ 2015, 317, 318, *Gaitanides*, ό.π., σ. 220-2, *Hadjiemmanuil*, 5 Tul. J. Int'l & Comp. L. 105, 149-150 (1997), και επίσης γενικότερα *Sodan*, NJW 1999, 1523. Χαρακτηριστικό είναι δε ότι στο άρ. 88 του γερμανικού Θεμελιώδους Νόμου, που αναφέρεται στην άσκηση της νομισματικής αρμοδιότητας από την ΕΚΤ, γίνεται αναφορά στην ανεξαρτησία της ΕΚΤ και στην επιδίωξη από αυτήν της σταθερότητας των τιμών. Μπορεί έτσι να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η διάταξη μεταχειρίζεται την ανεξαρτησία ως μέθοδο επίτευξης αυτού του συνταγματικώς ενδιαφέροντος σκοπού. Πρβλ. επίσης *Ferran/Babis*, 13 J. Corp. L. St. 255, 270-1 (2013), *Aypaniön*, ό.π., άρ. 130 αρ. 2, *Griller*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AUEV Art. 130 Rn. 4.

42 Έχει εύστοχα παρατηρηθεί (από τον *Γώγο*, ΤοΣ 2003, 75-76, *τον ίδιο*, ό.π., άρ. 108 αρ. 5) ότι, στο μέτρο που η νομισματική αρμοδιότητα ασκείται από ανεξάρτητο ενωσιακό όργανο, εκείνο που απαιτείται από την οπτική του ελληνικού Συντάγματος είναι να μην θίγονται οι βάσεις του δημοκρατικού πολιτεύματος (άρ. 28 παρ. 3 Σ.), πράγμα που είναι ένα ασθενές κριτήριο. Πάντως, ακόμη και χωρίς αυτή τη «μειωμένη» απαίτηση δημοκρατικής νομιμοποίησης, οι περιγραφόμενοι μηχανισμοί σύνδεσης της Τράπεζας με τα δημοκρατικώς νομιμοποιημένα όργανα είναι επαρκείς: πρβλ. *Μουζούρακν*, ΕφημΔΔ 2013, 538, που επισημαίνει ότι το απαιτούμενο minimum ικανοποιείται «με το παραπάνω».

43 Πρβλ. γενικότερα BVerwG NJW 1973, 1339, *Lastra*, ό.π., αρ. 2.138.

44 Για τη συζήτηση ως προς τη λογοδοσία της κεντρικής τράπεζας βλ. γενικότερα *Lastra*, ό.π., αρ. 2.176 επ., 7.86 επ.

τη λογοδοσία της Τράπεζας προς τη Βουλή (και την Κυβέρνηση), το πιο χαρακτηριστικό και τακτικό στοιχείο της οποίας είναι οι εκθέσεις για τη νομισματική πολιτική και την εποπτική αρμοδιότητα. Αντίστοιχες διατάξεις για την ΕΚΤ, ως προς τον ορισμό της Διοίκησής της και τη λογοδοσία της, είναι το άρ. 284 παρ. 3 ΣΛΕΕ και τα άρ. 11 και 15 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ.<sup>45</sup>

Ενδιαφέρον είναι επίσης το ζήτημα της σχέσης μεταξύ νομισματικής και εποπτικής αρμοδιότητας. Η φύση τους είναι διαφορετική, καθώς με την πρώτη διαμορφώνεται οικονομική πολιτική και λαμβάνονται πρωτογενείς αποφάσεις,<sup>46</sup> ενώ με τη δεύτερη, όσο σημαντική και αν είναι στην πράξη, εφαρμόζονται απλώς οι κείμενες διατάξεις, όπως γίνεται πάντοτε από τη δημόσια διοίκηση. Ωστόσο, μπορούν να συμπίπτουν κατά τον φορέα της αρμοδιότητας, πράγμα που έχει ήδη λησθε το πλεονέκτημα ότι παρέχει άμεση γνώση στην κεντρική τράπεζα (δηλαδή τη νομισματική αρχή) για την κατάσταση του χρηματοπιστωτικού συστήματος. Το πλεονέκτημα αυτό είναι σημαντικό, δεδομένης της σύνδεσης των στόχων μεταξύ νομισματικής και εποπτικής αρμοδιότητας, με συνδυαστικό κρίκο τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα.<sup>47</sup> Βέβαια, μεταξύ της θέσης σε λειτουργία της Οικονομικής και Νομισματικής Ένωσης και της θέσης σε ισχύ του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού οι αρμοδιότητες ασκούνταν εκ των πραγμάτων σε διαφορετικό επίπεδο, καθώς η πρώτη ήταν ευρωπαϊκή και η δεύτερη εθνική. Η διαφοροποίηση αυτή εξέλιπε εν πολλοίς τώρα, καθώς και η εποπτική αρμοδιότητα απέκτησε έντονη ευρωπαϊκή διάσταση.

Πρέπει να σημειωθεί πάντως ότι, στο εσωτερικό σχήμα αρμοδιοτήτων που έχει διαμορφωθεί πλέον σε ευρωπαϊκό επίπεδο, καθιερώνεται ο διαχωρισμός μεταξύ άσκησης της νομισματικής αφενός και της εποπτικής αφετέρου αρμοδιότητας εντός της ΕΚΤ (άρ. 25 του Κανονισμού 1024/2013). Από την άλλη πλευρά, ο διαχωρισμός αυτός σε επίπεδο εσωτερικής οργάνωσης δεν είναι (ούτε πρέπει να είναι) απόλυτος,<sup>48</sup> καθώς και για τα εποπτικά θέματα τελικό αποφασιστικό όργανο είναι το Διοικητικό Συμβούλιο, το οποίο μάλιστα μπορεί να λαμβάνει υπόψη «ανησυχίες σχετικά με τη νομισματική πολιτική» (κατά το άρ. 26 παρ. 8 του Κανονισμού).

45 Σε ό,τι αφορά δε την εποπτική αρμοδιότητα της ΕΚΤ πρέπει να ληφθούν υπόψη ως επιπλέον μηχανισμοί λογοδοσίας τα προβλεπόμενα στα άρ. 20, 21, 26 παρ. 3 του Κανονισμού 1024/2013, ενώ υπάρχει και σχετική «διοργανική συμφωνία» μεταξύ της ΕΚΤ και του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου για τις «πρακτικές λεπτομέρειες» της λογοδοσίας (διαθέσιμη υπό [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex\\_32013q113001\\_el\\_txt.pdf](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32013q113001_el_txt.pdf)).

46 Εξ ου και γίνεται ενίοτε κατά τούτο λόγος για «κυβερνητική λειτουργία»: Μουζουράκη, ΕφημΔΔ 2013, 535. Γενικότερα για την έννοια βλ. Σπηλιωτόπουλο, ό.π., τόμ. 1, σ. 13.

47 Βλ. και κατωτέρω υπό ΙΙΙ.3. Στο πλαίσιο αυτό ιδιαίτερη αναφορά αρμόζει στη λειτουργία της κεντρικής τράπεζας ως «δανειστή τελευταίας καταφυγής» για τις εμπορικές, ο οποίος είναι χρήσιμο να γνωρίζει άμεσα (αν ασκεί, έστω δι' άλλων οργάνων και υπηρεσιών, και εποπτική αρμοδιότητα) την εποπτική κατάσταση της τράπεζας, για να μπορεί να κρίνει αν είναι φερέγγυα (δεδομένου ότι ο δανεισμός τελευταίας καταφυγής χωρεί μόνον προς αντιμετώπιση προβλημάτων ρευστότητας, και όχι της αφερεγγυότητας): βλ. και Blau, 21 N.Y. Int'l L. Rev. 39, 74-75 (2008). Ακόμη περισσότερο προχωρούν οι Lastra, ό.π., αρ. 10.71, *Ικάρτος*, ΧρηΔικ 2014, 381, 391-4, που θεωρούν ότι, μετά την ανάληψη εποπτικής αρμοδιότητας από την ΕΚΤ διά του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού, πρέπει η τελευταία να καταστεί και «δανειστής τελευταίας καταφυγής», χορηγώντας η ίδια ELA.

48 Βλ. και Lehmann/Manger-Nestler, ZBB/JBB 2014, 2, 18.

Στο εσωτερικό σχήμα αρμοδιοτήτων της Τράπεζας της Ελλάδος (το οποίο ισχύει βέβαια με την επιφύλαξη των μεταφερθεισών σε ευρωπαϊκό επίπεδο αρμοδιοτήτων) η άσκηση και των δύο αρμοδιοτήτων από τον Διοικητή μετά την κατάργηση της Νομισματικής Επιτροπής μπορούσε να θεωρηθεί ότι συγκέντρωνε μείζονα του δέοντος εξουσία σε ένα μονοπρόσωπο όργανο. Αντίθετα, το σημερινό σχήμα, που αναθέτει τη νομισματική αρμοδιότητα στο Συμβούλιο Νομισματικής Πολιτικής και την εποπτική στην Εκτελεστική Επιτροπή (καθόσον πρόκειται βέβαια για τις εθνικές πτυχές εκάστης, που είναι περισσότερες στη δεύτερη περίπτωση), είναι ισορροπημένο, καθώς τα όργανα είναι διαφορετικά, αλλιά έχουν ωφέλιμη συνάφεια κατά την προσωπική σύνθεσή τους.

Τέλος, συναφής με τη νομισματική αρμοδιότητα είναι η υπαγωγή της Τράπεζας στον κανόνα του άρ. 123 ΣΛΕΕ (ο οποίος εκφραζόταν ήδη στο άρ. 46 του Καταστατικού<sup>49</sup>): την απαγόρευση της νομισματικής χρηματοδότησης, δηλαδή την απαγόρευση του εν ευρεία εννοία δανεισμού από την κεντρική τράπεζα προς το Δημόσιο. Ο κανόνας αυτός εντάσσεται στην επιδίωξη της σταθερότητας των τιμών<sup>50</sup> και απαγορεύει στην Τράπεζα να αποκτήσει ομόλογα του Δημοσίου στην πρωτογενή αγορά ή να επιδοτήσει τον δημόσιο προϋπολογισμό.

### 3. Η εποπτική αρμοδιότητα

*Sedes materiae* της εποπτικής αρμοδιότητας της Τράπεζας είναι το άρ. 55Α του Καταστατικού. Η διάταξη καθεαυτήν έχει τέσσερις βασικές λειτουργίες: απονέμει την εν γένει εποπτική αρμοδιότητα στον πιστωτικό και (ιδιωτικό) ασφαλιστικό τομέα της οικονομίας στην Τράπεζα, καθορίζει ως στόχο της εποπτείας τη σταθερότητα και αποτελεσματικότητα του χρηματοπιστωτικού τομέα, παρέχει στην Τράπεζα αρμοδιότητα και προς επιβολή κυρώσεων σε αυτό το πλαίσιο (πράγμα που δεν θα απασχολήσει ειδικότερα την παρούσα ανάπτυξη), και τέλος καθορίζει το εντός της Τράπεζας αρμόδιο όργανο για την άσκηση της εποπτείας.

Σημαντικό είναι ότι η έννοια της εποπτείας στο άρ. 55Α είναι «ανοιχτή», δηλαδή υπόκειται σε εξειδίκευση κατά τους νόμους που αναθέτουν συγκεκριμένες αρμοδιότητες στην Τράπεζα. Αυτό προκύπτει ρητώς από την τρίτη παράγραφο της διάταξης, που παραπέμπει για την «έκταση και το περιεχόμενο της εποπτείας» στις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις. Επομένως, στην παρούσα διάταξη εμπίπτει το σύνολο της δημοσίου σκοπού αρμοδιότητας της Τράπεζας, η οποία κατατείνει στον ως άνω στόχο (σταθερότητα και αποτελεσματικότητα των εποπτευόμενων δραστηριοτήτων). Κατ'αποτέλεσμα, πρόκειται για τη μη νομισματική αρμοδιότητα της Τράπεζας ως δημό-

49 Η διάταξη αυτή όμως υπήρχε μεν ήδη στο αρχικό Καταστατικό, αλλιά δεν εφαρμοζόταν με συνέπεια, καθώς ειδικοί νόμοι υποχρέωναν την Τράπεζα σε δανεισμό του Δημοσίου: βλ. και *Λώγο*, ΤοΣ 2003, 63.

50 Βλ. ενδεικτικά τις Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέα Vilallón στην υπόθ. C-62/14 (που αφορά το πρόγραμμα OMT της ΕΚΤ), σκ. 218, όπως και *R. Schmidt*, JZ 2015, 323, *Mensching*, EuR 2014, 333, 338.



σιας αρχής, η οποία είναι βέβαια και η σημαντικότερη, ενόψει της άσκησης της νομισματικής αρμοδιότητας σε ευρωπαϊκό επίπεδο (πράγμα που συντρέχει και στην εποπτεία, αλλήλ σε μικρότερη έκταση), αλλήλ και ενόψει των δυσχερειών που συνοδεύουν την εποπτεία από τη φύση της.<sup>51</sup> Ακριβώς δε επειδή το άρ. 55Α έχει αυτό το στοιχείο του παραπεμπτικού κανόνα σε ό,τι αφορά την έκταση και το περιεχόμενο της εποπτείας, υποδέχεται άνευ άλλου τινός κάθε αναπροσαρμογή της σχετικής αρμοδιότητας της Τράπεζας, όπως όταν της ανατίθεται ένα πεδίο εποπτείας που δημιουργείται το πρώτον (και που εντός της Τράπεζας υπάγεται έτσι αμέσως βάσει του άρ. 55Α στην Εκτελεστική Επιτροπή), ή όταν ένα τμήμα της εποπτικής αρμοδιότητας μεταφέρεται εν όλω ή εν μέρει στο ευρωπαϊκό επίπεδο.

Έτσι, ενώ σε ό,τι αφορά τα πιστωτικά ιδρύματα πυρήνας της εποπτείας είναι η προληπτική εποπτεία με την έννοια των κανόνων της «Βασιλείας III», δηλαδή του Κανονισμού (ΕΕ) 575/2013 (CRR) και της Οδηγίας 2013/36/ΕΚ (CRD IV), και πράγματι η Τράπεζα ασκεί αυτή την προληπτική εποπτεία (στις τράπεζες που δεν υπόκεινται στην άμεση εποπτεία του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού<sup>52</sup>) ή συμμετέχει με μη αποφασιστικό ρόλο στην άσκησή της (στις τράπεζες που εποπτεύονται άμεσα από αυτόν τον Μηχανισμό), ωστόσο η αρμοδιότητα που αποτυπώνεται στο άρ. 55Α είναι σαφώς ευρύτερη.<sup>53</sup> Περιλαμβάνει ιδίως και την εποπτεία περί τη διαφάνεια των συναλλαγών (με βάση της την ΠΔ/ΤΕ 2501/31.10.2002), στην οποία μάλιστα αναφέρεται ειδικώς ως επιμέρους στόχος της άσκησης αυτής της αρμοδιότητας η διάταξη, την εποπτεία που ασκεί η Τράπεζα ως αρμόδια αρχή κατά τα οριζόμενα στο άρ. 6 παρ. 2 ν. 3691/2008 για την καταπολέμηση της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, καθώς και την εποπτεία επί των τραπεζικών εκκαθαρίσεων κατά το άρ. 145 ν. 4261/2014. Στην τελευταία αυτή περίπτωση η Τράπεζα αναλαμβάνει την εποπτεία μιας (διοικητικής εδώ και όχι δικαστικής<sup>54</sup>) συλλογικής διαδικασίας ικανοποίησης των πιστωτών, αναλαμβάνει δηλαδή έναν ρόλο που παραπέμπει σε πτυχές της αρμοδιότητας του πτωχευτικού δικαστηρίου και του εισηγτη δικαστή στην πτώχευση (αν και πάντως η κατανομή αρμοδιοτήτων έχει αποκλίσεις από εκείνη του ΠτωχΚ). Κατά τον χρόνο σύστασης του παρόντος, σε αυτό το πεδίο εποπτείας κατά το άρ. 55Α εντάσσεται και η

51 Βλ. χαρακτηριστικά *Lastra*, ό.π., αρ. 10.31: “Supervision ... is by definition resource and personnel intensive, very litigious, prone to reputational damage, and, generally, a ‘thankless task’...”.

52 Ας σημειωθεί επίσης ότι ο Ενιαίος Εποπτικός Μηχανισμός έχει κατά το άρ. 1 του Κανονισμού 1024/2013 αρμοδιότητα μόνον επί πιστωτικών ιδρυμάτων, όχι δε και χρηματοδοτικών ιδρυμάτων με την έννοια του άρ. 4 παρ. 1 αρ. 26 του Κανονισμού 575/2013 (τα οποία ενεργούν κάποιες τραπεζικές εργασίες αλλήλ δεν αποδέχονται καταθέσεις). Τα τελευταία εξακολουθούν να εποπτεύονται πλήρως από την Τράπεζα.

53 Για την ευρεία έννοια της τραπεζικής εποπτείας βλ. *Lastra*, ό.π., αρ. 3.19.

54 Παρατηρείται (*Lastra*, ό.π., αρ. 4.60) ότι η διαμόρφωση της διαδικασίας αφερεγγυότητας ως διοικητικής συνδέεται με την ανάπτυξη ενός ειδικού δικαίου της τραπεζικής αφερεγγυότητας, διακεκριμένου από το γενικό πτωχευτικό δίκαιο (αν και συστηματικώς εντασσόμενου στο, και συμπληρούμενου από το τελευταίο: άρ. 179 ΠτωχΚ και άρ. 145 παρ. 2 ν. 4261/2014), το οποίο εφαρμόζει η εποπτική αρχή. Αυτό ακριβώς συμβαίνει και στο ελληνικό δίκαιο, με δύο (εν τοις πράγμασι συνδεδεμένα μεταξύ τους) σκέλη της σχετικής ρύθμισης: τα μέτρα εξυγίανσης τραπεζών που αναφέρονται στη συνέχεια του κειμένου, και το δίκαιο της τραπεζικής εκκαθάρισης.



ελεγκτική και κυρωτική αρμοδιότητα της Τράπεζας στο πλαίσιο της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου της 18.7.2015 που εισάγει περιορισμούς στην ανάληψη μετρητών και τη μεταφορά κεφαλαίων. Άλλωστε, αυτές οι πτυχές της *lato sensu* εποπτείας δεν εμπίπτουν στο πεδίο του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού και εξακολουθούν να ασκούνται σε αμιγώς εθνικό επίπεδο.<sup>55</sup>

Περαιτέρω, ακριβώς τα τελευταία χρόνια έχει αναδειχθεί η σημασία των (νέων ή εκ νέου διαμορφωμένων) πτυχών της αρμοδιότητας του άρ. 55Α, οι οποίες συνδέονται με τη σταθερότητα του χρηματοπιστωτικού συστήματος ως συνόλου. Η χρηματοπιστωτική σταθερότητα, που μπορεί να νοηθεί ως η ικανότητα αυτού του συστήματος να εκπληρώνει με ασφάλεια τις λειτουργίες του ως διαμεσολαβητή μεταξύ αποταμιευτών και επιχειρήσεων και ως μηχανισμού πληρωμών,<sup>56</sup> τίθεται έτσι ως στόχος της *lato sensu* εποπτικής αρμοδιότητας της Τράπεζας και εντάσσεται στην αντίστοιχη θέση του σχήματος αρμοδιοτήτων της. Πάντως, συνδέεται και με τη νομισματική πολιτική,<sup>57</sup> πράγμα που αναδεικνύεται, αν ληφθεί υπόψη ότι ως χρήμα, του οποίου ελέγχεται η ποσότητα και η ικανότητα να εκπληρώνει τις αναφερθείσες λειτουργίες νοείται και εκείνο που τηρείται σε καταθετικούς λογαριασμούς, ιδίως δε όταν η κατάθεση είναι αμέσως απαιτητή, οπότε μπορεί να λειτουργήσει ως μέσο πληρωμής.<sup>58</sup> Αυτό όμως σημαίνει ότι η εν γένει σταθερότητα των πιστωτικών ιδρυμάτων, στα οποία τηρούνται οι καταθέσεις, είναι αναγκαία για την ομαλή κυκλοφορία του χρήματος.

Εδώ δεν πρόκειται δηλαδή για μικροπροληπτική εποπτεία, που αφορά την κατάσταση εκάστοτε ενός πιστωτικού ιδρύματος, αλλήλ για μέτρα που λαμβάνονται με γνώμονα τη συνολική κατάσταση του τραπεζικού κλάδου (και ευρύτερα του χρηματοοικονομικού συστήματος). Ο κλάδος αυτός έχει, άλλωστε, έντονο το συστημικό στοιχείο: ενώ γενικά η κρίση μίας επιχείρησης ωφελεί τους ανταγωνιστές της, που εποφθαλμιούν το μερίδιο αγοράς της, η κρίση μίας τράπεζας έχει βέβαια και αυτή την πλευρά, αλλήλ επίσης είναι επικίνδυνη και για τις υπόλοιπες, διότι διαταράσσει τις διατραπεζικές συναλλαγές, καθώς και την εμπιστοσύνη των καταθετών στον τραπεζικό κλάδο, εμπιστοσύνη που είναι όμως θεμελιώδης συνθήκη για την ομαλή λειτουργία του.<sup>59</sup>

55 Βλ. τη σκ. 28 του Προοιμίου του Κανονισμού 1024/2013.

56 *Padoa-Schioppa*, The transformation of the European financial system, 2002, διαθέσιμο υπό <https://www.ecb.europa.eu/events/pdf/conferences/tps.pdf>, σ. 20.

57 Πρβλ. *Lastra*, ό.π., αρ. 2.12 (υπέρ της «διττής αποστολής» της κεντρικής τράπεζας: νομισματική σταθερότητα και χρηματοπιστωτική σταθερότητα), 3.77-3.78, *την ίδια*, 35 *Fordham Int'l L.J.* 1260, 1263 (2012), *Padoa-Schioppa*, ό.π., σ. 3, για τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα ως "land in between" monetary policy and supervision, *Hockett*, 9 *Va. L. & Bus. Rev.* 201, 229 (2015).

58 Πρβλ. *Lastra*, ό.π. (σημ. 2), αρ. 1.49.

59 Βλ. αντί άλλων Γνώμη ΕΚΤ CON/2008/42, παρ. 4.4, *Ψαρουδάκης*, ΕΕμμΔ 2013, 494, 508-9, *Lastra*, ό.π., αρ. 4.128 εν., 4.146 εν., *Schillig*, EBLR 2013, 751, 755, *Stasch*, Lender of Last Resort, Baden-Baden 2009, σ. 71 εν., *Psaroudakis*, ECFR 2012, 194, 198-9, *τον ίδιο*, RISF 2014/2, 58, 62, *τον ίδιο*, Das Recht der Bankenrestrukturierung in Zeiten der Wirtschaftskrise, in: Hopt/Tzouganatos (Hrsg.), Das Europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Aufforderungen, Tübingen 2014, σ. 41, 72-74, *Attinger*, Crisis Management and Bank Resolution: Quo Vadis, Europe?, ECB Legal Working Paper Series 13/2011, διαθέσιμο υπό <http://www.ecb.int/pub/pdf/scplps/ecblwp13.pdf>, 2.1(a).

Στο Καταστατικό της Τράπεζας, αλλήλ και στην πρακτική εφαρμογή του, έχει βρει έντονη έκφραση αυτή η σύγχρονη τάση προς τη συστημική σταθερότητα ως «τόπο» της δημόσιας πολιτικής,<sup>60</sup> και μάλιστα της πολιτικής που ασκεί η κεντρική τράπεζα.<sup>61</sup> Αυτό αφορά καταρχάς τη μακροπροληπτική αρμοδιότητα, αναφορά στην οποία ως συστατικό της εποπτείας που ασκεί η Τράπεζα<sup>62</sup> εισήχθη μάλιστα και ειδικώς στο άρ. 55Α με τον ν. 4099/2012,<sup>63</sup> και που κατατείνει στον εντοπισμό και τον περιορισμό τέτοιων συστημικών κινδύνων (σε αντιδιαστολή προς κινδύνους που αφορούν μεμονωμένα πιστωτικά ιδρύματα),<sup>64</sup> με χαρακτηριστική εκδήλωση την πρόβλεψη του αντικυκλικού κεφαλαιακού αποθέματος ασφαλείας (άρ. 123 ν. 4261/2014).<sup>65</sup> Η πρόσφατη ενίσχυση της αρμοδιότητας αυτής σε εθνικό και διεθνές επίπεδο είναι μέρος της επαναρρύθμισης στον χρηματοοικονομικό τομέα μετά την υπέρμετρη απορρύθμιση που προηγήθηκε της κρίσης του 2008. Στην προαγωγή της χρηματοοικονομικής σταθερότητας εμπίπτει επίσης η αρμοδιότητα για τα μέτρα εξυγίανσης τραπεζών με την έννοια (ήδη) του ν. 4335/2015 (που ενσωματώνει την Οδηγία 2014/59/ΕΚ, γνωστή ως BRRD), διότι τα μέτρα εξυγίανσης, ως εναλλακτική λύση έναντι της απλής παραπομπής της τράπεζας στην ειδική εκκαθάριση του άρ. 145 ν. 4261/2014, δικαιολογούνται ακριβώς από την επίπτωση που η τελευταία θα είχε στο τραπεζικό σύστημα.

Στη μέριμνα της Τράπεζας για τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα εμπίπτει και η χορήγηση εκ μέρους της έκτακτης ενίσχυσης ρευστότητας (ELA) στα πιστωτικά ιδρύματα. Η παροχή έκτακτης ρευστότητας ή με άλλα λόγια η λειτουργία της κεντρικής τράπεζας ως «δανειστή τελευταίας καταφυγής» (lender of last resort) στις εμπορικές,<sup>66</sup> επηρεάζει μεν τη συνολικά διαθέσιμη ρευστότητα<sup>67</sup> και συνδέεται έτσι και με

60 Στο ίδιο πλαίσιο είναι αξιοσημείωτη η συμμετοχή του Διοικητή και ενός Υποδιοικητή της Τράπεζας στο Συμβούλιο Συστημικής Ευστάθειας του άρ. 20 ν. 3867/2010.

61 Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα των Banking Act 2009 και Financial Services Act 2012 στη Μ. Βρετανία, με τον οποίο καταργήθηκε η FSA (που ασκούσε προηγουμένως την εποπτεία τραπεζών, ασφαλειών και κεφαλαιαγοράς) και η Τράπεζα της Αγγλίας απέκτησε ιδιαίτερα σημαντικό ρόλο, καθώς συστήθηκε ως θυγατρική της η Prudential Regulation Authority, ενώ στην ίδια την Τράπεζα ιδρύθηκε Financial Stability Committee και Μονάδα Εξυγίανσης. Δεν είναι πολύ διαφορετικά τα πράγματα στη Γαλλία, όπου ο Διοικητής της Banque de France είναι και Πρόεδρος της νέας Autorité de Contrôle Prudentiel.

62 Για τη σύγχρονη τάση προς ανάθεση ισχυρού μακροπροληπτικού ρόλου στις κεντρικές τράπεζες βλ. αντί άλλων Γνώμες ΕΚΤ CON/2013/66 στοιχ. 2.1, CON/2014/21 στοιχ. 2.3, CON/2014/46 στοιχ. 5.2, Masciandaro, ECFR 2012, 112 επ., Psaroudakis, ECFR 2012, 209, Hockett, 9 Va. L. & Bus. Rev. 228-230.

63 Βλ. σχετ. Ψαρουδάκη, ΕΕμπΔ 2013, 495. Με τον τρόπο αυτόν η Ελλάδα συμμεμρφώθηκε προς το στοιχείο Β της Σύστασης 2011/3 του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου Συστημικού Κινδύνου, κατά την οποία πρέπει σε κάθε χώρα να ορίζεται η αρμόδια για τη μακροπροληπτική εποπτεία αρχή. Σημειωτέον επίσης ότι, στο πλαίσιο του Ενιαίου Εποπτικού Μηχανισμού, τη μακροπροληπτική εποπτεία διατηρούν καταρχήν οι εθνικές αρχές σύμφωνα με το άρ. 5 του Κανονισμού 1024/2013, αν και με κάποιες δυνατότητες παρέμβασης της ΕΚΤ. Για κριτικές σκέψεις ως προς τον περιορισμένο ρόλο της ΕΚΤ στο μακροπροληπτικό πεδίο βλ. Alexander, ELRev 40 (2015) 154, 174-5.

64 Ικόςτας, Εισαγωγή στο Διεθνές Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο, Αθήνα 2011, σ. 89 επ., Παπαθανασίου/Ζάγουρας, ΧρηΔικ 2011, 40, Lastra, ό.π., αρ. 3.17.

65 Βλ. σχετ. Tarullo, 31 Yale J. on Reg. 505, 516-8 (2014).

66 Αυτή η εργασία έχει χαρακτηριστεί "bedrock function of central banks": Baker, 46 U. Mich. J.L. Reform 69, 85 (2012). Βλ. επίσης Smits, The European Central Bank: Institutional Aspects, The Hague 1997, σ. 269 σημ. 220, Weenink/Schulze Steinen, (2008) 23 JIBLR 514, 520, Psaroudakis, ECFR 2012, 211.

67 Πρβλ. Hadjiemmanuil, 5 Tul. J. Int'l & Comp. L. 127, Psaroudakis, ECFR 2012, 212, Blau, 21 N.Y. Int'l L. Rev. 73.

τη νομισματική πολιτική, αλλιά πάντως ασκείται στην Ευρωζώνη<sup>68</sup> όχι ως στοιχείο της νομισματικής αρμοδιότητας της ΕΚΤ αλλιά ως εργασία των εθνικών κεντρικών τραπεζών με αυτή την ιδιότητά τους,<sup>69</sup> που ανάγεται πρωτίστως στη χρηματοπιστωτική σταθερότητα (για την οποία η ΕΚΤ δεν έχει αποφασιστική αρμοδιότητα παρά μόνον «συμβάλλει» στις σχετικές πολιτικές κατά το άρ. 3.3 του Καταστατικού ΕΣΚΤ/ΕΚΤ),<sup>70</sup> και ειδικότερα στην αποτροπή της κρίσης ρευστότητας ενός φερέγγυου πιστωτικού ιδρύματος. Η κρατήσασα συστηματική σύνδεση της εργασίας αυτής με τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα την εντάσσει, στο σχήμα του Καταστατικού της Τράπεζας, στο άρ. 55Α.

Ο κίνδυνος κρίσεων ρευστότητας είναι εγγενές στοιχείο της τραπεζικής, δεδομένου ότι οι τράπεζες δανείζουν μακροπρόθεσμα, δηλαδή έχουν απαιτήσεις που καθίστανται απαιτητές σταδιακά, ενώ όμως οι υποχρεώσεις τους έναντι των καταθετών γίνονται αμέσως απαιτητές. Έτσι, καθίσταται εξαιρετικά σημαντική για τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα η ενίσχυση ρευστότητας από την κεντρική τράπεζα, για την οποία ως σημειωθεί (και εδώ) ότι υλοποιείται με ιδιωτικές συμβάσεις και χωρίς άσκηση δημόσιας εξουσίας.<sup>71</sup> Από αυτό προκύπτει περαιτέρω ότι, αν και το ζήτημα απέκτησε επικαιρότητα πρόσφατα, οι κεντρικές τράπεζες πάντοτε είχαν διά της έκτακτης ρευστότητας κορυφαία λειτουργία σε ζητήματα χρηματοπιστωτικής σταθερότητας. Σε κάθε περίπτωση, η επιρροή της έκτακτης ρευστότητας στη νομισματική πολιτική αναδεικνύεται αρνητικά, στον έλεγχο που ασκεί η ΕΚΤ στις σχετικές αποφάσεις των εθνικών κεντρικών τραπεζών στο πλαίσιο του άρ. 14.4 του Καταστατικού της.<sup>72</sup>

Αξιοσημείωτο είναι, τέλος, σε ό,τι αφορά τον φορέα της αρμοδιότητας του άρ. 55Α εντός της Τράπεζας, ότι με την τροποποίηση που κύρωσε ο ν. 4099/2012 αυτή μεταφέρθηκε από τον Διοικητή στην Εκτελεστική Επιτροπή (στην οποία υπενθυμίζεται ότι μετέχουν και οι δύο Υποδιοικητές). Έτσι, ο Διοικητής δεν έχει πλέον πρωτότυπες αρμοδιότητες ως μονοπρόσωπο όργανο. Βέβαια, ιδιαίτερη και βαρύνουσα είναι η θέση του ως μέλους του Διοικητικού Συμβουλίου της ΕΚΤ. Αυτή η θέση του

68 Γενικότερα πρέπει να σημειωθεί ότι η έκταση των εννοιών που χρησιμοποιούνται εδώ (π.χ. εργασίες κεντρικής τράπεζας, νομισματική πολιτική) δεν είναι εκ των προτέρων δεδομένη (τουλάχιστον όχι σε όλες τις πτυχές της), αλλιά εν πολλοίς διαμορφώνεται στην παράδοση κάθε κεντρικής τράπεζας και της οικείας έννομης τάξης: βλ. NML Capital, Ltd v Banco Central de Republica Argentina, 652 F.3d 172, 175 (2nd Cir 2011), όπως και Lastra, 35 Fordham Int'l L.J. 1263, για τη μεταβλητότητα της έννοιας «εργασίες κεντρικής τράπεζας». Ακόμη πιο σύνθετα γίνονται τα πράγματα στο πλαίσιο μιας «ομοσπονδιακής» δομής, όπως το ΕΣΚΤ.

69 Βλ. ιδίως πρόσφατα το από 17.10.2013 έγγραφο της ΕΚΤ "ELA procedures", διαθέσιμο υπό <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/elaprocedures.en.pdf>, Padoa-Schioppa, ό.π., σ. 38. Βλ. επίσης γενικότερα Stasch, ό.π., 139.

70 Βλ. και Γκόρτσος, ΧρΗΔικ 2014, 383, Lastra, ό.π., αρ. 2.60, Padoa-Schioppa, ό.π., σ. 22. Αλλωστε, η παραδοσιακή ιδιότητα της κεντρικής τράπεζας ως δανειστή τελευταίας καταφυγής είναι και η παλαιότερη πτυχή των εργασιών της που ανάγονται ακριβώς στη χρηματοπιστωτική σταθερότητα: πρβλ. Padoa-Schioppa, ό.π., σ. 6.

71 Συναφώς, δεν απαιτείται, ούτε συννιθίζεται, ρητή αναφορά της έκτακτης ρευστότητας στον νόμο ή το καταστατικό της κεντρικής τράπεζας: βλ. και Ρόκα/Γκόρτσος, Στοιχεία τραπεζικού δικαίου, 2η έκδ., Αθήνα 2012, σ. 74, Γκόρτσος, Εισαγωγή, σ. 101, Smits, ό.π., σ. 270. Η δε σύνδεση της έκτακτης ρευστότητας με τη χρηματοπιστωτική σταθερότητα δείχνει ότι δεν πρόκειται για υποχρέωση της κεντρικής τράπεζας έναντι ορισμένων ή ορισμένων εμπορικών τραπεζών, αλλιά για ρυθμιστικό μέτρο που λαμβάνεται υπέρ του πιστωτικού συστήματος ως συνόλου.

72 Για το οποίο βλ. ήδη ανωτέρω υπό II.4.

δεν αφορά άλλωστε μόνον τη νομισματική πολιτική, στο πλαίσιο της οποίας ήδη αναφέρθηκε, αλλά πλέον και τα εποπτικά ζητήματα, καθώς το Διοικητικό Συμβούλιο έχει την τελική αποφασιστική εξουσία και ως προς αυτά, αποδεχόμενο ή απορρίπτον τα σχέδια αποφάσεων του Εποπτικού Συμβουλίου της ΕΚΤ (άρ. 26 παρ. 8 του Κανονισμού 1024/2013).

Επιπλέον, η ιδιαίτερη θέση του Διοικητή επιβιώνει όχι μόνον στο πλαίσιο του ΕΣΚΤ και της Τραπεζικής Ένωσης, αλλά και εντός της εσωτερικής δομής της Τράπεζας, όπου εκδηλώνεται στη μέθοδο λήψης απόφασης εντός της Εκτελεστικής Επιτροπής. Ειδικότερα, οι αποφάσεις σε αυτή την τριμελή Επιτροπή λαμβάνονται με τη θετική ψήφο τουλάχιστον δύο μελών, στα οποία όμως πρέπει να συγκαταλέγεται ο Διοικητής.

#### IV. Τελικές σκέψεις

Στο Καταστατικό της Τράπεζας αποτυπώνεται, όπως είναι εύλογο άλλωστε, η ήδη μακρά ιστορία της. Τα στάδια αυτής της ιστορίας εμφανίζονται στις, διαφορετικής ηλικίας και αντίστοιχα διαφορετικής (αν και κομψής πάντοτε) γλώσσας, διατάξεις του, η δε συνολική εικόνα του είναι σύνθετη, διότι σύνθετη είναι και η εσωτερική δομή της Τράπεζας. Αυτή τη, λιγότερο γνωστή απ' όσο θα μπορούσε να είναι ενόψει της πρόσφατης επικαιρότητας που απέκτησαν τα έργα της Τράπεζας, εσωτερική δομή προσπάθησε να φωτίσει η παρούσα ανάπτυξη. Ιδίως διαπιστώνεται πως η ιδιότητα της Τράπεζας ως δημόσιας αρχής σταδιακά διευρύνθηκε κατά περιεχόμενο και αποτυπώθηκε με πιο συνεπή και επιτυχή τρόπο στο Καταστατικό της, χωρίς αυτό να έχει εμποδιστεί από το άλλο πρόσωπό της, εκείνο της ανώνυμης εταιρίας. Τούτο προϋπέθεσε όμως λεπτή νομική εργασία σε πολλές τροποποιήσεις του Καταστατικού, τα ίχνη της οποίας ανευρίσκει ο σημερινός αναγνώστης του.



## Βιογραφικό σημείωμα

Ο Καθηγητής Λεωνίδας Γεωργακόπουλος γεννήθηκε στις 2 Ιουλίου 1931 και απεβίωσε στις 17 Νοεμβρίου 2007. Καταγόταν από τη Ματαράγκα Αιτωλοακαρνανίας.

Σπούδασε νομικά στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών από το 1948 έως το 1953. Από το 1955 έως το 1959 συνέχισε τις σπουδές του στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου του Αμβούργου. Κατά τα δύο πρώτα έτη των σπουδών του υπήρξε υπότροφος του γερμανικού ιδρύματος Alexander von Humboldt, ενώ ακολούθως διορίστηκε πρώτος βοηθός του Σπουδαστηρίου Εμπορικού και Ναυτικού Δικαίου. Τον Δεκέμβριο του 1959 αναγορεύθηκε Διδάκτωρ Νομικής με το βαθμό άριστα („summa cum laude“) για τη διατριβή του με θέμα: „Die Gründung der Aktiengesellschaft – Zugleich Versuch eines Beitrages zur Lehre von der juristischen Person“ (Η ίδρυση της ανώνυμης εταιρείας – δοκίμιο συμβολής εις την θεωρία του νομικού προσώπου), την οποία εκπόνησε με επιβλέποντα τον Καθηγητή Hans Würdinger. Η διατριβή του έτυχε ιδιαίτερα θερμής υποδοχής στη γερμανική νομική επιστήμη. Ήδη πριν την ολοκλήρωσή της (1957) δημοσίευσε άλλη μελέτη με τίτλο „Zur Problematik der Wandelschuldverschreibungen“ (Η προβληματική των μετατρέψιμων σε μετοχές ομολογιών).

Το 1966 αναγορεύτηκε υφηγητής του εμπορικού δικαίου στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών. Θέμα της διατριβής του επί υφηγεσία ήταν το δίκαιο των προσωπικών εταιρειών. Το 1969 έγινε εντεταλμένος υφηγητής στο Πανεπιστήμιο Αθηνών, ενώ το 1977 εξελέγη έκτακτος Καθηγητής και το 1980 τακτικός Καθηγητής του Εμπορικού Δικαίου στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών. Υπηρέτησε στη Νομική Σχολή Αθηνών έως το 1998, συνέχισε όμως να διδάσκει μεταπτυχιακά μαθήματα ως Ομότιμος Καθηγητής μέχρι και το 2006.

Το συγγραφικό του έργο αναφέρεται αναλυτικά στη συνέχεια. Είναι μοναδικό σε έκταση και ποιότητα, καλύπτει το σύνολο του Εμπορικού Δικαίου καθώς και θέματα επικαιρότητας, πολιτικά και κοινωνικά. Η ερευνητική-συγγραφική δραστηριότητά του διήρκεσε συνοδικά περισσότερο από πενήντα χρόνια. Δημοσίευσε σε πρώτη έκδοση τριάντα επτά βιβλία, εκ των οποίων δύο δημοσιεύθηκαν post mortem με επιμέλεια των μαθητών του. Προέβη σε εμπλουτισμένες επανεκδόσεις πολλών από τα έργα του. Εξέδωσε μεγάλο αριθμό νομικών γνωμοδοτήσεων και αρθρογραφούσε συχνά στον ημερήσιο τύπο.

Ήταν μέλος του Δικηγορικού Συλλόγου Αθηνών από το 1955. Διετέλεσε μέλος από το 1981 και Πρόεδρος από το 1982 του Νομικού Συμβουλίου της Τράπεζας της Ελλάδος έως το 2006. Από το 1995 ήταν διευθυντής σύνταξης του περιοδικού Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών, όπου διατηρούσε μόνιμη στήλη. Ήταν Πρόεδρος

του Συνδέσμου Ελλήνων Εμπορικοηλόγων, μέλος ελληνικών και αλλοδαπών επιστημονικών σωματείων και μετείχε στη συντακτική ομάδα αλλοδαπών περιοδικών. Υπήρξε μέλος νομοπαρασκευαστικών επιτροπών και συμμετείχε στη σύνθεση του Ανώτατου Ειδικού Δικαστηρίου. Διετέλεσε νομικός σύμβουλος επιχειρήσεων και μέλος διοικητικών συμβουλίων μεγάλων ανωνύμων εταιρειών.



## Βιβλία του Καθηγητή Λεωνίδα Γεωργακόπουλου

- Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου
  - Τόμος Ι/1, Γενικό Μέρος, 1995 (β' εκδ.), 1984 (α' εκδ.)
  - Τόμος Ι/2, Εταιρείες και συνδεδεμένες επιχειρήσεις, 1996 (β' εκδ.), 1985 (α' εκδ.)
  - Τόμος Ι/3, Πτώχευση και εξυγίανση, 1997 (β' εκδ.), 1987 (α' εκδ.)
  - Τόμος Ι/4, Συνδεδεμένες επιχειρήσεις, 1993 (α' εκδ., η β' εκδ. περιλαμβάνεται στη β' εκδ. του τεύχους Ι/2)
  - Τόμος ΙΙ/1, Αξιόγραφα, 1997 (β' εκδ.), 1985 (α' εκδ.)
  - Τόμος ΙΙ/2, Συμβάσεις Α, Εμπορευματικές, 1999 (β' εκδ.), 1989 (α' εκδ.)
  - Τόμος ΙΙ/2, Συμβάσεις Β, Υπηρεσιών, 1999 (β' εκδ.), 1991 (α' εκδ.)
  - Τόμος ΙΙ/2, Συμβάσεις Γ, Τραπεζικές, 1999 (β' εκδ.), 1995 (α' εκδ.)
  - Τόμος ΙΙ/2, Συμβάσεις Δ, Ασφαλιστικές, 2002
- Το δίκαιο των εταιρειών
  - Τόμος Ι, Οι προσωπικές εταιρείες, 1965
  - Τόμος ΙΙ, Η ανώνυμος εταιρεία, Α', 1972
  - Τόμος ΙΙΙ, Η ανώνυμος εταιρεία, Β', 1974
  - Τόμος ΙV, Η ανώνυμος εταιρεία, Γ' (γνωμοδοτήσεις), 1991
- Zur Problematik der Wandelschuldverschreibungen, Στουτγάρδη 1957
- Die Gründung der Aktiengesellschaft: Zugleich Versuch eines Beitrages zur Lehre von der juristischen Person, Διδακτορική Διατριβή, Αμβούργο 1959
- Το Χρηματιστήριο Αθηνών και η Ελληνική Κεφαλαιαγορά, 1960
- Η Κτηματική Πίστη, 1964
- Συμβολές στην αναμόρφωση του Εμπορικού Δικαίου, 1971
- Μελέτες Εμπορικού Δικαίου, Τόμοι Ι-VII, 1971-1978
- Το δίκαιο των διαρκών ενοχών, 1979
- Το Σχέδιο Εμπορικού Κώδικα – Κείμενα, κριτική, προτάσεις, 1987
- Σχέδιο Εμπορικού Κώδικα και εισηγητική έκθεση (εισήγηση προς το Υπουργείο Δικαιοσύνης), 1991
- Η σύγχρονη Πρακτική του Εμπορικού Δικαίου (γνωμοδοτήσεις), 1992
- Χρηματιστηριακό και τραπεζικό δίκαιο, 1999
- Ναυτικό δίκαιο, 2006
- Κέρδος: Ο Πυρήνας του Εμπορικού Δικαίου, 2008
- Ερμηνεία Ν. 2190/1920 περί Ανωνύμων Εταιρειών (άρθρα 1-15β), 2010
- Απόψεις – Κείμενα νομικής δημοσιογραφίας, 1999
- Χρηματιστήριο – Επίκαιρες κριτικές αναλύσεις, 2002

- Η Φωνή του Δικαίου, 1985
- Το Αμαρτωλό Κράτος, 1986
- Κατάληψη Εξουσίας, 1990
- Η κοινωνία του καιρού μας, 1999
- Παγκοσμιοποίηση, 2007

