ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ
ΕΥΡΩΣΥΣΤΗΜΑ

ΑΝΑΜΝΗΣΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ

ΛΕΩΝΙΔΑ ΓΕΩΡΓΑΚΟΠΟΥΛΟΥ

I

ΚΕΝΤΡΟ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ
ΕΡΕΥΝΑΣ ΚΑΙ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ

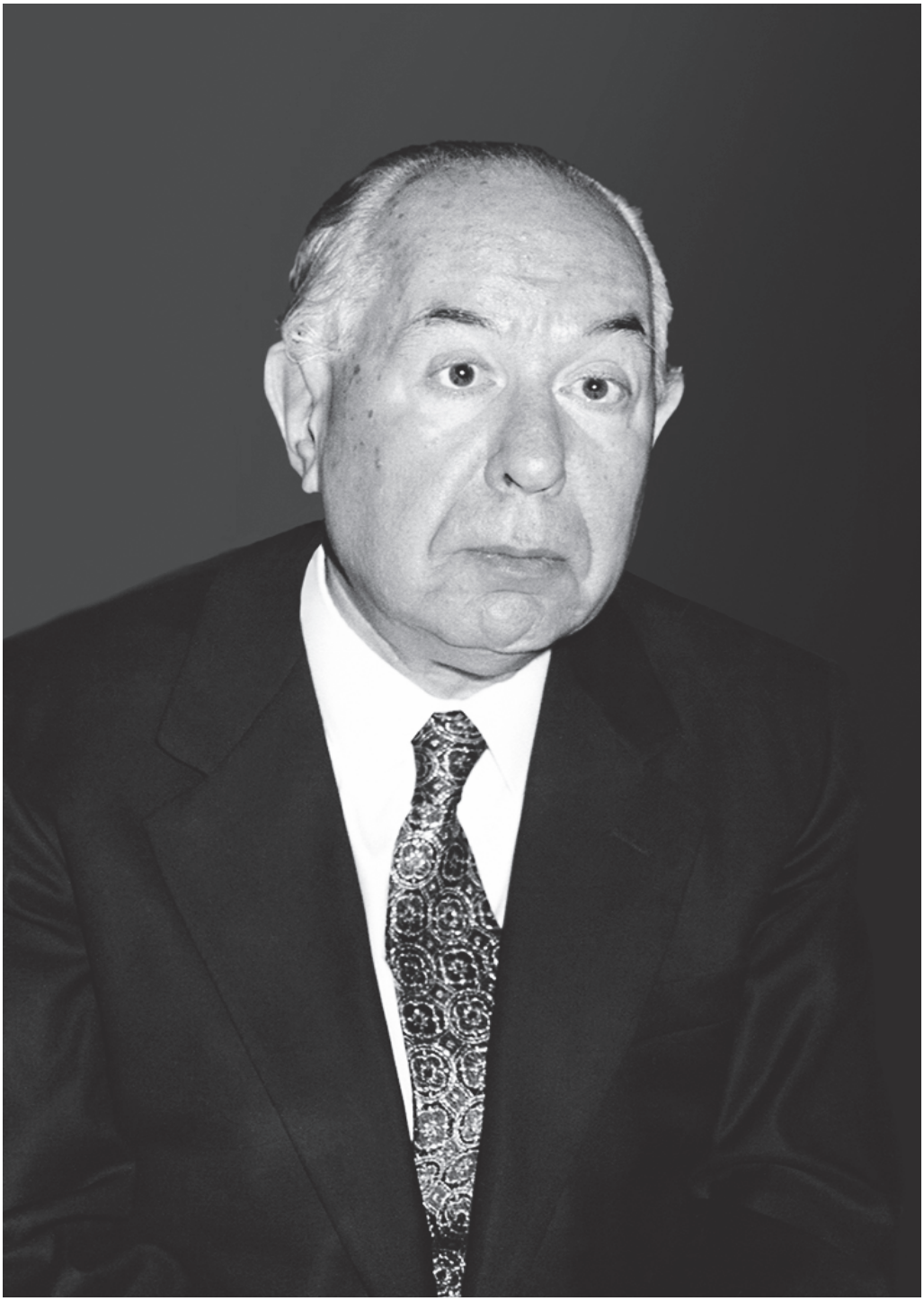
ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ
ΕΥΡΩΣΥΣΤΗΜΑ

ΑΝΑΜΝΗΣΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ

ΛΕΩΝΙΔΑ ΓΕΩΡΓΑΚΟΠΟΥΛΟΥ

I

ΚΕΝΤΡΟ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ
ΕΡΕΥΝΑΣ ΚΑΙ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ



ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ
ΕΥΡΩΣΥΣΤΗΜΑ

ΑΝΑΜΝΗΣΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ

ΛΕΩΝΙΔΑ ΓΕΩΡΓΑΚΟΠΟΥΛΟΥ

ΓΙΑ ΤΑ 85 ΧΡΟΝΙΑ ΑΠΟ ΤΗ ΓΕΝΝΗΣΗ ΤΟΥ

I

ΣΥΝΤΑΚΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Καθ. Δημήτριος Τζουγανάτος
Μέλος του Νομικού Συμβουλίου της Τράπεζας Ελλάδος

Βασίλειος Κωτσοβίλης
Διευθυντής Νομικών Υπηρεσιών

Θεόδωρος Κοντοβαζαινίτης
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: 978-960-7032-71-3
978-960-7032-73-7 (set)
978-960-7032-74-4 (online)
978-960-7032-76-8 (online set)

© 2016 - ΤΡΑΠΕΖΑ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ

Προλογικό σημείωμα

I. Ο Λεωνίδας Γεωργακόπουλος ως άνθρωπος και επιστήμονας

Ο Καθηγητής Λεωνίδας Γεωργακόπουλος, στη μνήμη του οποίου είναι αφιερωμένος ο τόμος αυτός, υπήρξε ένας πρωτοποριακός επιστήμονας και πανεπιστημιακός δάσκαλος που με το έργο και την προσωπικότητά του επηρέασε καθοριστικά την ελληνική νομική επιστήμη και ενέπνευσε γενιές Ελλήνων νομικών. Ο Λ. Γεωργακόπουλος ήταν από πολλές απόψεις ξεχωριστός. Ευρύτερα γνωστός έγινε για το συγγραφικό του έργο, το οποίο είναι μοναδικό τόσο ποσοτικά όσο και ποιοτικά. Είναι ο μόνος Έλληνας συγγραφέας που κάλυψε το σύνολο του εμπορικού δικαίου και μάλιστα σε μια εποχή που η έκτασή του είχε λάβει ασύγκριτα μεγαλύτερες διαστάσεις από εκείνες που επικρατούσαν, όταν αναλήφθηκαν ανάλογες προσπάθειες στο παρελθόν. Η συμβολή του στον εκσυγχρονισμό του ελληνικού εμπορικού δικαίου ήταν αποφασιστική. Με τον Λ. Γεωργακόπουλο ήρθαν στο επίκεντρο της επιστημονικής συζήτησης άγνωστες μέχρι τότε πτυχές του εμπορικού δικαίου, όπως η κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας και οι συνδεδεμένες επιχειρήσεις, ενώ το τραπεζικό και το χρηματιστηριακό δίκαιο αποτέλεσαν, ουσιαστικά για πρώτη φορά, αντικείμενο συστηματικής επεξεργασίας. Η ενασχόληση με νέες θεματικές δεν αποτελούσε ποτέ για τον Λ. Γεωργακόπουλο αυτοσκοπό ή αφορμή για θεωρητικολογία. Σκοπός του ήταν πάντοτε να υπηρετήσει κατά τον αποτελεσματικότερο τρόπο την αντιμετώπιση νομικών προβλημάτων. Ο συνδυασμός θεωρίας και πράξης είναι ιδιαίτερα εμφανής στις γνωμοδοτήσεις του, οι οποίες αποτελούν σπάνια δείγματα «νομικής φαντασίας». Δεν είναι τυχαίο ότι σχεδόν για κάθε σοβαρό πρόβλημα που αντιμετώπιζε η πράξη και η νομολογία ζητείτο γνωμοδότησή του.

Το κέντρο βάρους του έργου του εντοπίζεται, αλλά δεν περιορίζεται, στο εμπορικό δίκαιο. *Το Δίκαιο των Διαρκών Ενοχών*, ένα από τα συντομότερα και πολυτιμότερα βιβλία του, δείχνει όχι μόνο το εύρος και το βάθος της γνώσης του σε τομείς πέραν του εμπορικού δικαίου, αλλά και την απαράμιλλη συνθετική του δεινότητα.

Εξαιρετικό ενδιαφέρον παρουσιάζουν όμως και κείμενά του χωρίς αυστηρά νομικό χαρακτήρα, όπως εκείνα που ο ίδιος ονόμαζε «κείμενα νομικής δημοσιογραφίας» και δημοσιεύθηκαν ως απόψεις της σύνταξης στο περιοδικό *Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών* που ήταν δικό του δημιούργημα. Με αυτές ο Λ. Γεωργακόπουλος συνήθως καυτηρίαζε τα κακώς κείμενα της εξουσίας, νομοθετικής, εκτελεστικής ή δικαστικής. Στον ενδιάμεσο χώρο νομικής και πολιτικής εντάσσεται μια άλλη σειρά άρθρων

που έχουν ενταχθεί σε περισσότερα βιβλία με κεντρικό θέμα την υπεράσπιση της ιδιωτικής πρωτοβουλίας στη μάχη επιβίωσής της με το δημόσιο τομέα.

Ακριβώς στις απόψεις και τα άρθρα χωρίς αυστηρά νομικό χαρακτήρα ανιχνεύεται η προσωπικότητα του Λ. Γεωργακόπουλου, μια προσωπικότητα με βασικό συστατικό την ανεξαρτησία σκέψης. Ο Λ. Γεωργακόπουλος ήταν ασυμβίβαστος τόσο σε ζητήματα ήθους όσο και σε ζητήματα επιστημονικής ποιότητας. Ίσως δεν είναι ευρύτερα γνωστό ότι στα τέσσερα χρόνια των μεταπτυχιακών σπουδών του στο Αμβούργο δεν έγραψε μία αλλά ουσιαστικά δύο διδακτορικές εργασίες. Αποφάσισε να μην υποβάλει επισήμως την πρώτη για την προβληματική των μετατρέψιμων ομολογιών, αλλά να τη δημοσιεύσει ως εκτενέστατο άρθρο στο περιοδικό ZHR, επειδή δεν θα του εξασφάλιζε τον βαθμό άριστα που επεδίωκε. Έτσι, συνέγραψε τη δεύτερη μονογραφία του για την ίδρυση της ανώνυμης εταιρίας που παραμένει κλασική στη θεωρία του νομικού προσώπου.

Αργότερα, έδειξε την ανελαστικότητά του σε θέματα δημοκρατικής ευαισθησίας. Σε μια εποχή που οι καθηγητικές έδρες ήταν ελάχιστες και είχε την ευκαιρία να καταλάβει στη Νομική Σχολή του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης την έδρα του εκδιωχθέντος από το δικτατορικό καθεστώς Καθηγητή Νικολάου Παπαπολίτη, ο Λ. Γεωργακόπουλος δεν σκέφθηκε καν να υποβάλει υποψηφιότητα, διότι θεώρησε ότι με αυτό τον τρόπο νομιμοποιούσε έκνομες ενέργειες.

Συμμετείχε πάντοτε και ως δικηγόρος στην εφαρμογή του δικαίου στην πράξη τηρώντας υποδειγματικά τους κανόνες που του επέβαλε η ακαδημαϊκή του ιδιότητα.

Δεν δίσταζε ποτέ να εκφράσει τη γνώμη του, ακόμη και όταν γνώριζε ότι αυτή θα ήταν δυσάρεστη στους αποδέκτες της. Πίστευε ότι για να είσαι συνεπής με τις αρχές σου πρέπει να είσαι σκληρός προς τους άλλους και σκληρός προς τον εαυτό σου. Έτσι, δεν αποτέλεσε έκπληξη το γεγονός ότι με συνέντευξη σε γνωστή εφημερίδα κατήγγειλε ως «νομοθετική πειρατεία» την επεξεργασία του Σχεδίου Εμπορικού Κώδικα του 1981 από νέα επιτροπή και την υποβολή του ως νέου Σχεδίου το 1984.

Το γεγονός ότι δεν τον ενδιέφερε να είναι αρεστός αποτελεί ίσως την εξήγηση γιατί ποτέ δεν κατέλαβε, αλλά και ποτέ δεν επεδίωξε να καταλάβει δημόσιες θέσεις.

Ιδιαίτερα αρεστός και αγαπητός υπήρξε όμως μεταξύ των νεότερων νομικών. Όταν διαπίστωνε αυθεντικό επιστημονικό ενδιαφέρον, ήταν πρόθυμος να αφιερώσει πολύ χρόνο για να κατευθύνει, να σχολιάσει και να επεξεργαστεί μαζί τους νομικά ζητήματα που τους απασχολούσαν. Υπήρξε λάτρης του διαλόγου μαζί τους και εκτιμούσε τη διαφωνία, όχι μόνο επειδή ενδιαφεροταν για την αντίθετη άποψη, αλλά και γιατί τη θεωρούσε απόδειξη της ανεξαρτησίας πνεύματος του συνομιλητή του.

Αν ο Λ. Γεωργακόπουλος μπορούσε να εκφρασθεί, θα προτιμούσε έναν Αναμνηστικό έναντι ενός Τιμητικού Τόμου. Ένας Αναμνηστικός Τόμος έχει βεβαίως το μειονέκτημα ότι ο τιμώμενος δεν μπορεί πλέον να αισθανθεί την ικανοποίηση της αναγνώρισης της προσφοράς του, τον σεβασμό και την αγάπη όσων έχουν συμβάλει στη δημιουργία του. Όμως σε αυτό ακριβώς το σημείο συνίσταται η υπεροχή

του. Η συμμετοχή σε Αναμνηστικό Τόμο δεν μπορεί εκ των πραγμάτων να έχει ιδιοτελή κίνητρα. Με τη συμμετοχή τους οι συγγραφείς δεν επιδιώκουν να γίνουν αρεστοί στον τιμώμενο. Μοναδικό τους κίνητρο είναι να τιμήσουν τη μνήμη του και μάλιστα όχι με μελέτες προδημοσιευμένες, όπως συχνότατα συμβαίνει στον ελληνικό χώρο, αλλά με πρωτότυπες μελέτες, προορισμένες αποκλειστικά για τον Αναμνηστικό Τόμο, πράγμα που αποτέλεσε όρο για τη δημοσίευση των συμβολών. Είναι βέβαιο ότι αυτή η ειλικρινής και ανιδιοτελής εκδήλωση τιμής ανταποκρίνεται στο πνεύμα του Καθηγητή Λεωνίδα Γεωργακόπουλου.

ΙΙ. Ο Λεωνίδας Γεωργακόπουλος και η Τράπεζα της Ελλάδος

Ικανό τμήμα της δραστηριότητάς του αφιέρωσε ο Λ. Γεωργακόπουλος στην Τράπεζα της Ελλάδος. Η σχέση του με αυτήν ξεκίνησε στις 4 Φεβρουαρίου 1981, όταν επελέγη ως μέλος του Νομικού Συμβουλίου της, συμβουλευτικού οργάνου της Διοίκησης. Το Νομικό Συμβούλιο απαρτίσθηκε ήδη από την ίδρυσή του στα τέλη της δεκαετίας του ’40 από τους Καθηγητές Γεώργιο Ράμμο, Αλέξανδρο Λιτζερόπουλο και Αλέξανδρο Τσιριντάνη, λειτούργησε δε έκτοτε αδιαλείπτως υπό τη σύνθεση αυτή μέχρι το θάνατο του τελευταίου το 1977. Η, μοιραίως επιβαλλόμενη, ανανέωση του οργάνου που άρχιζε σταδιακά - αν ληφθούν υπόψη και οι κατ’ εκείνη την εποχή για διαφορετικούς λόγους βραχύβιες συμμετοχές των Καθηγητών Παναγιώτη Ζέπου και Αλέξανδρου Χλωρού - επιταχύνθηκε στα τέλη του 1981 από τη νομοθετική κατάργηση - με δυνατότητα, πάντως, επαναδιορισμού - των συλλογικών οργάνων της Δημόσιας Διοίκησης, στα οποία κρίθηκε ότι περιλαμβανόταν το Νομικό Συμβούλιο. Η Διοίκηση της Τράπεζας έκανε χρήση της σχετικής δυνατότητας επαναδιορισμού μόνον ως προς το νεότερο μέλος του οργάνου, Λ. Γεωργακόπουλο, διόρισε δε στις κενωθείσες θέσεις τους Καθηγητές κ.κ. Κ. Μπέη, Γ. Κασιμάτη και Ν. Ρόκα. Η νέα αυτή σύνθεση του Νομικού Συμβουλίου, με την προσθήκη από το 1985 του αποχωρήσαντος νομικού συμβούλου Καθηγητή κ. Γ. Δ. Καλλιμόπουλου, διατηρήθηκε έως το 2006. Κατά τη διάρκεια αυτής της εικοσιπενταετούς θητείας του, με βάση ρητή σχετική πρόβλεψη, ο Λ. Γεωργακόπουλος ανέλαβε την Προεδρία, ως «ο αρχαιότερος κατά τον διορισμό του ως δικηγόρου».

Από την αρχή αυτής της περιόδου και καθ’ όλη τη διάρκειά της ο Λ. Γεωργακόπουλος έθεσε στον τρόπο λειτουργίας του Συμβουλίου το αποτύπωμα της προσωπικότητάς του. Βασικό χαρακτηριστικό του, το οποίο τον διαφοροποιεί από πολλούς ομοτέχνους του σε ανάλογο ρόλο, αποτελούσε η πεποίθησή του ότι δεν εκαλείτο να αποφαίνεται εν κενώ, με βάση απλώς την ακαδημαϊκή του ιδιότητα ή, πολύ λιγότερο, να τέμνει τα ζητήματα ως δικαστής, αλλ’ ότι, αντίθετα, είχε την υποχρέωση να λαμβάνει υπόψη και να υποστηρίζει τα νόμιμα συμφέροντα του εντολέα. Στο πλαίσιο αυτό έθετε πάντα στην υπηρεσία της νομικής διερεύνησης το ιδιαίτερα δημιουργικό

και ευρηματικό πνεύμα του, που εκινείτο με συνδυαστική άνεση σε ένα πολύ εκτεταμένο φάσμα ζητημάτων και, ανεξαρτήτως των ισχυρών απόψεών του, διηύθυνε τις εργασίες του Συμβουλίου με διάθεση συνθετική, ώστε να ανευρίσκεται η καταλληλότερη λύση. Όλα αυτά πάντως υπό την επιφύλαξη των ορίων που επέβαλλε η επιστημονική του συνείδηση. Και δεν ήταν λίγες οι φορές που το εσωτερικό αυτό όριο τον απέτρεψε από το να υποστηρίξει απόψεις που θα εξοικονομούσαν τα πράγματα, όπως, λόγου χάριν, στα τέλη της δεκαετίας του '80, ότι, ελλείψει ειδικής διάταξης, το τραπεζικό απόρρητο αντιτάσσεται και κατά του Επόπτη.

Άνθρωπος αρχών, ο Λ. Γεωργακόπουλος λειτουργούσε υπεράνω σκοπιμοτήτων πολιτικών ή άλλων και, βεβαίως, με απόλυτη προσήλωση στην αξιοκρατία. Χαρακτηριστική υπήρξε η στάση που επέδειξε, την ίδια περίπου εποχή, με την ιδιότητα του προερχόμενου από την Τράπεζα μέλους δημόσιας επιτροπής για την πρόσληψη δικηγόρων. Διαφωνώντας με την παράλειψη αρίστων υποψηφίων, συνέταξε εμπεριστατωμένη, δικαστικώς αξιοποιήσιμη, μειοψηφία. Αλλά και αργότερα, υπό καθεστώς ελεύθερων προσλήψεων δικηγόρων, τις οποίες η Τράπεζα ανέθεσε αποκλειστικά στο Νομικό της Συμβούλιο, ήταν το όργανο αυτό που, υπό την Προεδρία του Λ. Γεωργακόπουλου και την ομόθυμη συμπαράταξη των λοιπών μελών, θεμελίωσε και εμπέδωσε την, θεωρούμενη σήμερα αυτονόητη, πρακτική της στελέχωσης της Νομικής Υπηρεσίας με τους αριστείς από τους εκάστοτε υποψηφίους.

Από την αδρή αυτή σκιαγράφηση γίνονται φανεροί οι λόγοι για τους οποίους η Τράπεζα της Ελλάδος, εντάσσοντας την προσφορά του Λ. Γεωργακόπουλου στις καλύτερες παραδόσεις του Ιδρύματος έλαβε την πρωτοβουλία να τιμήσει τη μνήμη του με την έκδοση του ανά χείρας τόμου.

Η Συντακτική Επιτροπή ευχαριστεί θερμά τον Διευθυντή κ. Παναγιώτη Παναγάκη και τα στελέχη του Κέντρου Πολιτισμού, Έρευνας και Τεκμηρίωσης της Τράπεζας της Ελλάδος που ανέλαβαν την έκδοση του έργου και ιδιαίτερα την κα Χριστίνα Λιναρδάκη και την κα Αντιγόνη Βασιλοπούλου που έκαναν την φιλολογική επιμέλεια των κειμένων.

Αθήνα, Ιούλιος 2016

Η Συντακτική Επιτροπή

Καθ. Δημήτριος Τζουγανάτος

Μέλος του Νομικού Συμβουλίου της Τράπεζας Ελλάδος

Βασίλειος Κωτσοβίλης

Διευθυντής Νομικών Υπηρεσιών

Θεόδωρος Κοντοβαζαινίτης

Αναπληρωτής Διευθυντής Νομικών Υπηρεσιών

Επικ. Καθ. Ελευθέριος Βόγκλης

Προϊστάμενος Τμήματος Θεμάτων Εποπτείας Πιστωτικού Συστήματος
της Διεύθυνσης Νομικών Υπηρεσιών

Τόμος Ι

Περιεχόμενα

ΑΘΑΝΑΣΙΟΥ Λ. ΦΟΙΒΟΣ, Περί της νομικής και οικονομικής μεταχείρισης των τραπεζικών καταθέσεων ως επενδύσεων 1
BASEDOW JÜRGEN, *Bail-in* 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
DIMITRIOU E. 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
ΚΙΝΙΝΗ Ι. ΕΦΗ, Οι *break-up-fee* 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 διασυνοριακής διαδικασίας αφερεγγυότητας σύμφωνα με τον Κανονισμό 1346/2000 589

Τόμος ΙΙ

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, **Ὄψεις τραπεζικῶν ἐργασιῶν στό Βυζάντιο: τό κεφάλαιο τοῦ Ἐπαρχικοῦ Βιβλίου** 671
ΠΑΠΑΘΑΝΑΣΟΠΟΥΛΟΥ Γ. ΣΟΦΙΑ, Σύντομη αναφορά στην Οδηγία Φ ΙΙ 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 ΙΙ 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
ΨΑΡΟΥΔΑΚΗΣ 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

Φοίβος Λ. Αθανασίου*

Περί της νομικής και οικονομικής μεταχείρισης των τραπεζικών καταθέσεων ως επενδύσεων

Εισαγωγή

Συνιστούν οι τραπεζικές καταθέσεις μορφή επένδυσης, όπως έχει επανειλημμένα υποστηριχθεί κατά το πρόσφατο παρελθόν;[1] Η απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν παρουσιάζει μόνο θεωρητικό ενδιαφέρον. Με δεδομένο ότι σήμερα στην Ευρωπαϊκή Ένωση (ΕΕ)[2] κρίνεται επιβεβλημένος ο επιμερισμός των βαρών των προβληματικών τραπεζών πριν από τη διάθεση κρατικών πόρων προς ενίσχυσή τους[3] και ότι ήδη ισχύει η ευρωπαϊκή οδηγία για την ανάκαμψη και εξυγίανση των τραπεζών (BRRD)[4], η απάντηση στο υπό εξέταση ερώτημα προδήλως συναρτάται με το κατά πόσο η εφαρμογή του εργαλείου της αναδιάρθρωσης παθητικού (εφεξής

---

* Ο συγγραφέας απασχολείται στις Νομικές Υπηρεσίες της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας (ΕΚΤ). Η παρούσα μελέτη βασίζεται, εν μέρει, σε προγενέστερη μελέτη του με τίτλο «Are bank deposits investments? A legal and economic analysis» (2014) 29 (12) *Journal of International Banking Law and Regulation*, 715-720, και εκφράζει αυστηρά προσωπικές απόψεις του ιδίου. Την παρούσα μελέτη συνεπιμελήθηκε ο κ. Τριαντάφυλλος Καρμανιόλας, επίσης μέλος των Νομικών Υπηρεσιών της ΕΚΤ.

1 Αναφερόμενος στο «κούρεμα» των τηρούμενων στις κυπριακές τράπεζες καταθέσεων, τον Μάρτιο του 2013, ο Γερμανός Υπουργός των Οικονομικών κ. W. Schäuble, διατύπωσε τη ρηξικέλευθη για πολλούς άποψη ότι οι καταθέτες είναι επενδυτές οι οποίοι και οφείλουν να αναλάβουν τον κίνδυνο που τους αναλογεί από τις καταθέσεις τους (www.reuters.com/article/2013/03/17/us-euro-zone-cyprus-germany-id_USBRE 92 GHOHP 20130317).

2 Παρεμφερής η κατάσταση στις ΗΠΑ, όπου, μετά την ενεργοποίηση των διατάξεων του τίτλου ΙΙ του νόμου Dodd-Frank και την ανάληψη από τη Federal Deposit Insurance Corporation της διαχείρισης ενός συστημικά σημαντικού χρηματοπιστωτικού ιδρύματος με διεθνή δραστηριότητα (Globally Active, Systemically Important, Financial Institution) στο ανώτατο επίπεδο της μητρικής εταιρείας συμμετοχών, το χρέος μειωμένης εξασφάλισης ή οι απαιτήσεις που αντιστοιχούν σε μη εξασφαλισμένο χρέος προνομιακής ικανοποίησης (senior unsecured debt), συμπεριλαμβανομένων των καταθέσεων, μεταβιβάζονται προς ανακεφαλαιοποίηση της μητρικής εταιρείας, με σκοπό τη διασφάλιση της συνέχισης λειτουργίας της και την προστασία της από ενδεχόμενη πτώχευσή της.

3 Βλ. ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την εφαρμογή, μετά την 1η Αυγούστου 2013, των κανόνων περί κρατικών ενισχύσεων στα μέτρα στήριξης των τραπεζών στο πλαίσιο της χρηματοπιστωτικής κρίσης («Τραπεζική ανακοίνωση»), ΕΕ C 216 της 30.7.2013, σ. 1 (ιδιαιτέρως, δε, την παράγραφο 19 αυτής).

4 Οδηγία 2014/59/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 15ης Μαΐου 2014, για τη θέσπιση πλαισίου για την ανάκαμψη και την εξυγίανση πιστωτικών ιδρυμάτων και επιχειρήσεων επενδύσεων και για την τροποποίηση της οδηγίας 82/891/ΕΟΚ του Συμβουλίου, και των οδηγιών 2001/24/ΕΚ, 2002/47/ΕΚ, 2004/25/ΕΚ, 2005/56/ΕΚ, 2007/36/ΕΚ, 2011/35/ΕΕ, 2012/30/ΕΕ και 2013/36/ΕΕ, καθώς και των κανονισμών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ) αριθ. 1093/2010 και (ΕΕ) αριθ. 648/2012, ΕΕ L 173 της 12.6.2014, σ. 190. Σχετικώς βλ. και δελτίο Τύπου με τίτλο «Council agrees position on bank resolution, Press Release», Βρυξέλλες, 27 Ιουνίου 2013 (11228/13 PRESSE 270). Σημειωτέον ότι, σύμφωνα με το άρθρο 130 παράγραφος 1 της οδηγίας, ως καταληκτική ημερομηνία συμμόρφωσης των κρατών-μελών με τις περί διάσωσης με ίδια μέσα διατάξεις αυτής (βλ. τίτλο IV κεφάλαιο IV τμήμα 5) ορίσθηκε η 1η Ιανουαρίου 2016, τη στιγμή που, ως προς τις υπόλοιπες διατάξεις αυτής, καταληκτική ημερομηνία είναι εκείνη της 1ης Ιανουαρίου 2015.

«bail-in»[5]) στις καταθέσεις αποτελεί δικαιοπολιτικά αποδεκτό μέσο ανακεφαλαιοποίησης των τραπεζών πριν από τη διοχέτευση σε αυτές κρατικών κεφαλαίων.

Σκοπός της παρούσας μελέτης είναι να συμβάλει στην αποσαφήνιση του βαθμού στον οποίον οι τραπεζικές καταθέσεις μπορούν να θεωρηθούν επενδύσεις (παρά μάλλον εξασφαλισμένες ή μη απαιτήσεις των δικαιούχων τους έναντι της τράπεζας στην οποία τηρούνται). Η παρούσα μελέτη χωρίζεται σε τρεις ενότητες. Στην ενότητα 1 παρατίθενται εν είδει εισαγωγής βασικοί ορισμοί της έννοιας της τραπεζικής κατάθεσης κατά το ελληνικό δίκαιο και επιλεγμένα δίκαια κρατών-μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης και επιχειρείται μια πρώτη εξαγωγή συμπερασμάτων. Στην ενότητα 2 παρατίθενται σύντομοι ορισμοί των εννοιών «επένδυση» και «επενδυτής» και αξιολογούνται τα νομικά, οικονομικά και λοιπά επιχειρήματα υπέρ και κατά της μεταχείρισης των καταθέσεων ως επενδύσεων. Στην ενότητα 3 διερευνώνται οι λόγοι στους οποίους εδράζεται η ευρέως διαδεδομένη αντίληψη ότι οι τραπεζικές καταθέσεις βρίσκονται στον αντίποδα των επενδύσεων, καθώς και η τυχόν νομική αξία της αντίληψης αυτής. Συμπερασματικές παρατηρήσεις παρατίθενται στο τέλος της παρούσας μελέτης.

Σημειωτέον ότι ζητήματα συναφή προς το αντικείμενο της παρούσας μελέτης εγείρονται και στο πλαίσιο της συνομολόγησης διμερών συμφωνιών για την προστασία των επενδύσεων (bilateral investment protection treaties). Στο πλαίσιο αυτό εντάσσεται ενδεικτικά ο προβληματισμός σχετικά με το αν εύλογα υπόκεινται σε bail-in οι καταθέσεις τις οποίες τηρούν καταθέτες σε τράπεζα της αλλοδαπής, όταν μεταξύ των οικείων χωρών έχει συναφθεί συμφωνία για την προστασία των επενδύσεων.[6] Το συγκεκριμένο ζήτημα δεν εξετάζεται εδώ, καθώς οι παράμετροι προσέγγισής του διαφέρουν από εκείνες του ερωτήματος της παρούσας μελέτης.[7]

---

5 Κατά την άποψη του συγγραφέα ο όρος «αναδιάρθρωση παθητικού», τη χρήση του οποίου έχει προκρίνει ο Έλληνας νομοθέτης κατά την ενσωμάτωση στο ελληνικό δίκαιο της BRRD, είναι ορθότερος του όρου «διάσωση με ίδια μέσα» που χρησιμοποιείται στο κείμενο της BRRD. Για την έννοια του «bail-in» βλ. ενδεικτικά λεξικό των Financial Times στην ηλεκτρονική διεύθυνση http://lexicon.ft.com/Term?term=bail_in.

6 Η βάση δεδομένων της UNCTAD (http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA) επιτρέπει την πρόσβαση στις ισχύουσες διεθνείς συμφωνίες επενδύσεων, συμπεριλαμβανομένων των διμερών συμφωνιών επενδύσεων. Προκειμένου να μπορούν οι θιγόμενοι επενδυτές-καταθέτες να ισχυριστούν βάσιμα ότι το bail-in παραβιάζει ορισμένη διμερή συμφωνία για την προστασία των επενδύσεων, αυτοί θα πρέπει να αποτελούν «επενδυτές», οι δε καταθέσεις τους «προστατευόμενες επενδύσεις» βάσει της εν λόγω συμφωνίας. Μία πρόχειρη επισκόπηση πλειόνων τέτοιων διμερών συμφωνιών οδηγεί στο συμπέρασμα ότι πολύ συχνά το πεδίο εφαρμογής τους δεν καταλαμβάνει τις τραπεζικές καταθέσεις, ούτε ευθέως ούτε και δι' ερμηνευτικής συναγωγής. Σχετικώς βλ. M. Mendelson & M. Paparinskis, «Bail-ins and the international investment law of expropriation: in and beyond Cyprus» (2013) 28 (8) *Journal of International Banking and Financial Law*, σ. 475-479.

7 Νοουμένου ότι το ζήτημα του χαρακτηρισμού των τραπεζικών καταθέσεων ως επενδύσεων εξετάζεται στο πλαίσιο της ερμηνείας διμερούς συμφωνίας για την προστασία των επενδύσεων, η ερμηνευτική προσέγγιση θα εξαρτηθεί σε μεγάλο βαθμό από τον εκάστοτε ορισμό των εννοιών του προστατευόμενου «επενδυτή» και της προστατευόμενης «επένδυσης», όπως αυτός περιλαμβάνεται στην υπό εξέταση διμερή συμφωνία. Ωστόσο, η έννοια της επένδυσης δεν ορίζεται κατά τρόπο ενιαίο, ούτε και σε αυτήν ακόμη τη νομολογία του ICSID (Διεθνές Κέντρο Επίλυσης Επενδυτικών Διαφορών), το δε άρθρο 25 παράγραφος 1 της Σύμβασης ICSID σιωπά ως προς τον ορισμό της έννοιας της «επένδυσης». Σχετικώς βλ. αντί πολλών, Α. Αρχοντάκη & P. Simisive, «Η έννοια της επένδυσης στη νομολογία του ICSID», ΕΕΕυρΔ, Τόμος 33, Τεύχος 3/2013, σ. 281-289.

1. Η έννοια της τραπεζικής κατάθεσης κατά το ελληνικό δίκαιο και επιλεγμένα δίκαια χωρών της ΕΕ – ορισμοί και προκαταρκτικά συμπεράσματα

Η αποδοχή καταθέσεων και άλλων επιστρεπτέων κεφαλαίων προερχόμενων από το κοινό συγκαταλέγεται μεταξύ των δραστηριοτήτων πιστωτικών ιδρυμάτων που ενδεικτικά απαριθμούνται στο άρθρο 11 του ν. 4216/2014.[8] Μολονότι δεν υπάρχει συγκεκριμένος ορισμός της τραπεζικής κατάθεσης κατά το ελληνικό δίκαιο, ως τέτοια νοείται η κατάθεση χρημάτων ή και άλλων κινητών αξιών (π.χ. αξιογράφων) σε τράπεζα, εφόσον παρέχεται στην τελευταία η εξουσία να τα χρησιμοποιεί ως κεφάλαια ή προς ενίσχυση της πιστωτικής της λειτουργίας, με παράλληλη όμως υποχρέωσή της να αποδώσει το ισόποσό τους σε χρήμα ή αξίες στον καταθέτη, κατόπιν αιτήματός του. Η θεωρία αντιμετωπίζει την κατάθεση είτε ως μορφή ανώμαλης παρακαταθήκης, είτε ως σύμβαση δανείου (του καταθέτη προς την τράπεζα), είτε ως σύμβαση μεικτού χαρακτήρα με στοιχεία τόσο δανείου όσο και ανώμαλης παρακαταθήκης.[9] Πάντως, κατά την πάγια νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων η τραπεζική κατάθεση φέρει τον χαρακτήρα ανώμαλης παρακαταθήκης, η δε ευθύνη της τράπεζας έναντι του καταθέτη είναι πάντοτε συμβατική.[10] Συνεπώς, στην τραπεζική κατάθεση εφαρμόζονται, πρώτον, η διάταξη του άρθρου 806 ΑΚ για το δάνειο, κατά την οποία η τράπεζα αποκτά την κυριότητα των καταθέσεων που τηρούνται σε αυτήν[11] και, δεύτερον, η ενδοτική ρύθμιση του άρθρου 830 παρ. 1 εδ. β΄ ΑΚ, κατά την οποία στην ανώμαλη παρακαταθήκη ισχύουν σε περίπτωση αμφιβολίας αναφορικά με τον χρόνο και τον τόπο της απόδοσης οι διατάξεις του άρθρου 827 ΑΚ για την παρακαταθήκη.[12] Ενδιαφέρον όμως παρουσιάζει και πρόσφατη απόφαση του Αρείου Πάγου, σύμφωνα με την οποία κύριος σκοπός της τραπεζικής κατάθεσης είναι «η ασφαλής φύλαξη των χρημάτων του καταθέτη», σκοπός προς τον οποίο πάντως «δεν είναι αντίθετη η συνομολόγηση του συνήθους για τις τραπεζικές εργασίες τόκου».[13]

---

8 Ν. 4261 (ΦΕΚ Α 107/5.5.2014), Πρόσβαση στη δραστηριότητα των πιστωτικών ιδρυμάτων και προληπτική εποπτεία πιστωτικών ιδρυμάτων και επιχειρήσεων (ενσωμάτωση της οδηγίας 2013/36/ΕΕ), κατάργηση του ν. 3601/2007 και άλλες διατάξεις.

9 Βλ. αντί πολλών, Σ. Ψυχομάνης, *Τραπεζικό Δίκαιο*, 2001, σ. 218-220 και 245-270, και Ν. Ρόκας, *Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου*, 2002, σ. 61 επ.

10 Βλ. ΑΠ 1122/2005, ΔΕΕ Τεύχος 3/2006, σ. 289-290. Σχετικώς βλ. και ΑΠ 632/2014, ΔΕΕ Τεύχος 11/2014, σ. 1066-1067.

11 Βλ. ΑΠ 929/2009, ΧρΙδΔ 2010, σ. 99. Σχετικώς βλ. και ΜονΠρωτΑθ 4490/2010.

12 Εφόσον ο παρακαταθέτης απαιτήσει το αντικείμενο της παρακαταθήκης, ο θεματοφύλακας οφείλει να το αποδώσει και αν ακόμη δεν έχει παρέλθει η ορισθείσα προθεσμία φύλαξής του.

13 Βλ. ΑΠ 759/2014, ΔΕΕ Τεύχος 8-9/2014, σ. 809-811· ΕΕμπΔ Τόμος ΞΕ΄, Τεύχος 4/2014, σ. 937-939. Ο συγγραφέας δεν συντάσσεται με την προκρινόμενη από τον Άρειο Πάγο ερμηνεία του κυρίου σκοπού της τραπεζικής κατάθεσης, η οποία, κατά την άποψή του, αποσκοπεί πρωτίστως σε εξυπηρέτηση των αναγκών του καταθέτη για τη διευκόλυνση της είσπραξης τυχόν οφειλόμενων από τρίτους σε αυτόν ποσών, την καταβολή σε τρίτους ποσών τα οποία ο καταθέτης τους οφείλει και, τέλος, την τοκοφόρα τοποθέτηση ρευστών εις χρήμα αποθεματικών του, αντί της κατ' άλλο τρόπο επένδυσής τους.

Κατά βάση παρεμφερής προς την ελληνική, αν και στερούμενη ενιαίου χαρακτήρα, είναι η θεώρηση του τραπεζικού λογαριασμού κατά το γερμανικό δίκαιο, στο οποίο κρατεί μάλλον η άποψη ότι οι διάφοροι τύποι τραπεζικών λογαριασμών όψεως (Sichteinlagen) φέρουν τον χαρακτήρα ανώμαλης παρακαταθήκης (unregelmäßiger Verwahrung) κατά την έννοια του άρθρου 700 του γερμανικού Αστικού Κώδικα (BGB), σε αντιδιαστολή με τους χρεωστικούς τραπεζικούς λογαριασμούς όψεως ή τους πιστωτικούς τραπεζικούς λογαριασμούς ταμιευτηρίου (Termin- und Spareinlagen) οι οποίοι δημιουργούν ενοχικές απαιτήσεις της τράπεζας ή του καταθέτη, αντίστοιχα, από σύμβαση δανείου κατά το άρθρο 488 BGB.[14] Συνεπώς, στην περίπτωση των πιστωτικών τραπεζικών λογαριασμών όψεως τυχόν αναλήψεις συνιστούν απόδοση από την τράπεζα-θεματοφύλακα στον καταθέτη-παρακαταθέτη των χρημάτων που βρίσκονται κατατεθειμένα σε αυτήν, κατά το άρθρο 688 BGB, ενώ στην περίπτωση των χρεωστικών τραπεζικών λογαριασμών τυχόν εκροές συνιστούν πράξεις δανεισμού από την τράπεζα-δανειστή προς τον καταθέτη-οφειλέτη, κατά τα άρθρα 488 επ. BGB. Σε κάθε περίπτωση η γερμανική θεωρία και νομολογία αποδέχονται ότι η τράπεζα αποκτά την κυριότητα των τραπεζογραμματίων ή κερμάτων τα οποία βρίσκονται κατατεθειμένα σε αυτήν.

Η πρώιμη νομολογιακή θεώρηση των αγγλικών δικαστηρίων αντιμετώπιζε τη σχέση του καταθέτη προς την τράπεζα ως ισοδύναμη της σχέσης δανειστή προς οφειλέτη, κρίνοντας τη χρήση του όρου «κατάθεση» ως μάλλον παραπλανητική στο βαθμό που παρέπεμπε σε παρακαταθήκη κατά την έννοια του ρωμαϊκού δικαίου (*depositum*).[15] Γινόταν εξάλλου δεκτό ότι με την κατάθεσή του το περιεχόμενο ενός τραπεζικού λογαριασμού περιερχόταν κατά κυριότητα στην τράπεζα, την οποία όμως βάρυνε συμβατική υποχρέωση απόδοσης του ισόποσού του στον καταθέτη.[16] Ήδη κατά το πρώτο μισό του 18ου αιώνα η Βουλή των Λόρδων, ως ανώτατη δικαιοδοτική αρχή στο Ηνωμένο Βασίλειο, επιληφθείσα διαφοράς για την επίλυση της οποίας κρίσιμος ήταν ο προσδιορισμός της νομικής φύσης του τραπεζικού λογαριασμού, αποφάνθηκε, πρώτον, ότι η σχέση μεταξύ καταθέτη και τράπεζας είναι πράγματι σχέση δανειστή προς οφειλέτη (και όχι σχέση αναγόμενη στη σφαίρα συμφωνίας αντιπροσώπευσης, παρακαταθήκης, καταπιστεύματος ή πρακτορείας[17]), δεύτερον, ότι η τράπεζα αποκτά την κυριότητα των χρημάτων που βρίσκονται κατατεθειμένα σε

14 Ασφαλώς, στις βασικές διαφορές μεταξύ δανείου (§ 488 BGB) και ανώμαλης παρακαταθήκης (§ 700 BGB) συγκαταλέγεται και η ακόλουθη: επί ανώμαλης παρακαταθήκης, η απαίτηση απόδοσης δεν οριοθετείται χρονικά (§ 695 BGB), τη στιγμή που επί δανείου απαιτείται είτε συμπλήρωση του χρόνου που έχει συμφωνηθεί στη σύμβαση δανείου είτε καταγγελία αυτής.

15 Βλ. *Carr v Carr* 1811 (Merivale (541 n) 1815 – 17) («when money is paid into a banker's, he always opens a debtor and creditor account with the payor. The banker employs the money himself, and is liable merely to answer the drafts of his customers to that amount»). Σχετικώς βλ. και *Sims v Bond* («sums which are paid to the credit of a customer with a banker, though usually called deposits, are, in truth, loans by the customer to the banker»).

16 Βλ. *Davaynes v Noble* 1816 (35 ER 781) («money paid into a banker's becomes immediately a part of his general assets; and he is merely a debtor for the amount»).

17 Αντίστοιχα, agency, bailment, trust ή factoring.

αυτήν και, τρίτον, ότι την τράπεζα βαρύνει συμβατική και μόνον υποχρέωση απόδοσης του κεφαλαίου που είναι κατατεθειμένο σε αυτήν και των τυχόν συμβατικά συμφωνηθέντων τόκων.[18] Ενδιαφέρον πάντως παρουσιάζει και το ακόλουθο απόσπασμα των σκέψεων του δικαστηρίου: «*The money placed in custody of a banker is, to all intents and purposes, the money of the banker, to do with it as he pleases; he is guilty of no breach of trust in employing it; he is not answerable to the principal if he puts it into jeopardy, if he engages in a hazardous speculation; he is not bound to keep it or deal with it as the property of his principal; but he is, of course, answerable for the amount, because he has contracted, having received that money, to repay to the principal, when demanded, a sum equivalent to that paid into his hands.*»[19]

Κατά τη μάλλον κρατούσα άποψη στη γαλλική νομολογία και θεωρία, η σχέση μεταξύ καταθέτη και τραπεζικού ιδρύματος είναι σχέση δανειστή προς οφειλέτη.[20] Η εξ αυτής απαίτηση του καταθέτη έναντι της τράπεζας βασίζεται στη θεωρία της ανώμαλης παρακαταθήκης (théorie du dépôt irrégulier), σύμφωνα με την οποία, επειδή τα χρήματα συνιστούν πράγματα αντικαταστατά και κατά γένος ορισμένα (biens fongibles), η κατάθεσή τους σε τραπεζικό λογαριασμό συνεπάγεται την κατά κυριότητα μεταβίβασή τους από τον καταθέτη προς την τράπεζα, η οποία και δύναται να τα διαχειριστεί κατά την κρίση της, με την επιφύλαξη πάντως της υποχρέωσής της να αποδώσει στον καταθέτη τραπεζογραμμάτια ή κέρματα ίσης αξίας προς τα κατατεθέντα (παρά μάλλον τα ίδια τα κατατεθέντα) ή να τα μεταβιβάσει σε τραπεζικό λογαριασμό που εκείνος θα υποδείξει, σύμφωνα και με το άρθρο 1927 του γαλλικού Αστικού Κώδικα (Code civil). Η κρατούσα άποψη συνοψίζεται στο άρθρο L312-2 του γαλλικού Νομισματικού και Χρηματοοικονομικού Κώδικα (Code monétaire et financier)[21], σύμφωνα με το οποίο «*sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu' une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer*».[22]

---

18 *Foley v Hill and Others* 1848 (Clerk's Reports, House of Lords 1847-66, σ. 28 και 36-7).

19 Σε ελεύθερη απόδοση του συγγραφέα: [Χ]ρήματα τα οποία τίθενται υπό τη φύλαξη τραπεζίτη λογίζονται εν πάση περιπτώσει ως χρήματα του τραπεζίτη και χρησιμοποιούνται από εκείνον κατά βούληση· χρησιμοποιώντας τα ο ίδιος δεν καθίσταται υπαίτιος κατάχρησης της εμπιστοσύνης του καταθέτη· εφόσον τα εκθέτει σε κίνδυνο, εμπλεκόμενος σε κινδυνώδη κερδοσκοπία, δεν καθίσταται υπόλογος έναντι του καταθέτη· ούτε και οφείλει να τα διατηρεί ή να τα χρησιμοποιεί ωσάν να ήταν περιουσία του καταθέτη· είναι όμως υπόλογος για το ποσό της κατάθεσης διότι με την αποδοχή του αναλαμβάνει συμβατικά την υποχρέωση απόδοσης στον καταθέτη, κατ' απαίτησή του, ποσού ισοδύναμου με το εγχειρισθέν στον ίδιο».

20 Σχετικώς βλ. αντί πολλών, François Grua, «Le dépôt de monnaie en banque», Recueil Dalloz Sirey 1998, 27 Cahier-Chronique, σ. 259-261· Elie Alfandari, «Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté», Recueil Dalloz Sirey 1996, 33e Cahier-Chronique, σ. 277-281.

21 Πανομοιότυπο ως προς το λεκτικό ήταν και το προγενέστερό του άρθρο 2 του γαλλικού νόμου περί τραπεζικών θεμάτων «Loi no 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l' activité et au contrôle des établissements de crédit» (JORF du 25 janvier 1984, σ. 390).

22 Σε ελεύθερη απόδοση του συγγραφέα: «[Λ]ογίζονται ως κεφάλαια τα οποία φυσικό ή νομικό πρόσωπο συλλέγει από το κοινό τα συλλεγόμενα από τρίτους κεφάλαια, ιδιαιτέρως υπό τη μορφή καταθέσεων, με δικαίωμα χρήσης τους από το πρόσωπο αυτό διά ίδιο λογαριασμό, αλλά με την υποχρέωση επιστροφής τους».

Η προσέγγιση του ζητήματος της εννοιολογικής οριοθέτησης της κατάθεσης στις προαναφερθείσες έννομες τάξεις παρουσιάζει, πέραν του συγκριτικού, και πρακτικό ενδιαφέρον άμεσα σχετιζόμενο με το αντικείμενο της παρούσας μελέτης. Αν κανείς δεχθεί ότι κύριος σκοπός της τραπεζικής κατάθεσης είναι η φύλαξη των χρημάτων του καταθέτη, τότε αυτή ενδεχομένως να μην συνιστά επένδυση (δοθέντος ότι αφενός μεν δεν καταβάλλονται φύλακτρα, αφετέρου δε ο καταθέτης συνομολογεί με την τράπεζα ορισμένο επιτόκιο), δεδομένης της υπερίσχυσης του στοιχείου της πίστης προς τον θεματοφύλακα έναντι του στοιχείου του κινδύνου που, όπως θα δούμε στη συνέχεια, αποτελεί κυρίαρχο οικονομικό χαρακτηριστικό της επένδυσης. Στον αντίποδα, αν κανείς δεχθεί ότι η τραπεζική κατάθεση αποτελεί ως επί το πλείστον έντοκο δάνειο (όπως δέχεται η γερμανική νομική θεωρία αναφορικά με ορισμένα είδη καταθέσεων, καθώς και η νομολογία των αγγλικών και γαλλικών δικαστηρίων), δεν αποκλείεται ο χαρακτηρισμός της ως επένδυσης, ο οποίος μάλλον συμβατός φαίνεται να είναι με τα διδάγματα της πείρας ως προς τους κινδύνους που συνεπάγεται η χορήγηση δανείου, ειδικά σε περίπτωση οικονομικής δυσπραγίας ή και πτώχευσης του οφειλέτη. Δυσχερέστερη αποδεικνύεται η νομική αξιολόγηση της νομολογιακής και θεωρητικής διαπίστωσης ότι η απαίτηση του καταθέτη έναντι της τράπεζας είναι συμβατική και όχι εμπράγματη, λαμβανομένων υπόψη, πρώτον, της νομικής υπόστασης των χρημάτων ως πραγμάτων αντικαταστατών και κατά γένος ορισμένων (*res fungibilis*) και, δεύτερον, της κατά κυριότητα μεταβίβασής τους από τον καταθέτη στην τράπεζα: ορισμένες από τις συνηθέστερες μορφές επενδύσεων (με προεξάρχουσα την επένδυση σε κινητές αξίες) γεννούν (και) εμπράγματες απαιτήσεις του κυρίου τους, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι ο εμπράγματος χαρακτήρας του δικαιώματος που μια μορφή επενδύσεως ενδεχομένως ενσωματώνει αποτελεί εγγενές εννοιολογικό χαρακτηριστικό της επένδυσης.[23]

Συνεπώς, μολονότι επιβοηθητική, η εδώ επιχειρηθείσα σύντομη επισκόπηση της δικαιικής προσέγγισης της έννοιας της τραπεζικής κατάθεσης στην Ελλάδα και αλλού ελάχιστα συμβάλλει στη διακρίβωση του θεμιτού της αντιμετώπισης της τραπεζικής κατάθεσης ως επένδυσης. Ως εκ τούτου, η απάντηση στο ερώτημα που αποτελεί αντικείμενο της παρούσας μελέτης θα πρέπει να αναζητηθεί στην έννοια της επένδυσης και στις τυχόν διαφορές και ομοιότητες που αυτή παρουσιάζει με την έννοια της κατάθεσης.

23 Το γεγονός ότι οι τραπεζικές καταθέσεις δεν συνιστούν εμπράγματες απαιτήσεις του καταθέτη έναντι της τράπεζας στην οποία τηρείται ο τραπεζικός του λογαριασμός δεν θα πρέπει να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι οι τραπεζικές καταθέσεις, ως απαιτήσεις, δεν ενσωματώνουν εμπράγματο δικαίωμα, το οποίο αποτελεί αντικείμενο προστασίας όπως και κάθε άλλη μορφή περιουσίας του καταθέτη. Αν και η απαίτηση του καταθέτη έναντι της τράπεζας ανάγεται στη σφαίρα του ιδιωτικού δικαίου, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων επανειλημμένως έχει διαπιστώσει ότι χρηματικές απαιτήσεις πηγάζουσες από έννομες σχέσεις ιδιωτικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων των καταθετών έναντι μιας τράπεζας, αποτελούν αντικείμενο προστασίας ως περιουσιακά δικαιώματα με βάση το άρθρο 1 του Πρώτου Πρωτοκόλλου (βλ., για παράδειγμα, *Sukhorubchenko v. Russia*, n. 60315/01, Απόφαση της 10ης Φεβρουαρίου 2005).

2. Η κατάθεση ως επένδυση: επιχειρήματα και αντεπιχειρήματα

2.1 Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Εφόσον το ζήτημα του χαρακτηρισμού των τραπεζικών καταθέσεων ως επενδύσεων προκύπτει εκτός του πλαισίου σύναψης διμερούς συμφωνίας για την προστασία των επενδύσεων, προφανής αφετηρία για τον ενδεχόμενο αυτό χαρακτηρισμό είναι το δίκαιο της χώρας στην οποία εγείρεται το ζήτημα. Σημειώνεται εν προκειμένω ότι πλείονες εθνικές έννομες τάξεις στερούνται γενικών ορισμών των εννοιών του επενδυτή και της επένδυσης, ενώ οι όποιοι ειδικοί ορισμοί τυχόν ισχύουν[24], εφαρμοζόμενοι στις καταθέσεις ουδόλως παρέχουν σαφείς κατευθύνσεις ως προς τη δικαιολογητική βάση της συνολικής μεταχείρισής τους ως επενδύσεων.

Εκκινώντας από την παραδοχή ότι το ζήτημα του χαρακτηρισμού των τραπεζικών καταθέσεων ως επενδύσεων εγείρεται εκτός του πλαισίου σύναψης διμερούς συμφωνίας για την προστασία των επενδύσεων, σε μία χώρα το νομοθετικό πλαίσιο της οποίας κατ' αρχήν δεν ορίζει τις έννοιες του επενδυτή και της επένδυσης η εξαγωγή συμπερασμάτων ως προς την ύπαρξη δικαιολογητικής βάσης για τη μεταχείριση των καταθέσεων ως επενδύσεων καθίσταται δυνατή μόνο με προσφυγή σε βασικές αρχές και πορίσματα της οικονομικής και νομικής επιστήμης. Σε αυτές τις αρχές και τα πορίσματα θα προσέφευγαν, μοιραία, τα δικαστήρια εάν ετίθετο στην κρίση τους διαφορά σχετική με τον χαρακτηρισμό των καταθέσεων ως επενδύσεων. Όπως εξηγείται στη συνέχεια, ανάλογα με την οπτική γωνία προσέγγισης του ζητήματος, είναι δυνατόν να δομηθούν διαμετρικά αντίθετα και μεταξύ τους ασυμβίβαστα επιχειρήματα ως προς το δικαιοπολιτικά θεμιτό του χαρακτηρισμού των τραπεζικών καταθέσεων ως επενδύσεων. Ακολουθούν ορισμένες εισαγωγικές σκέψεις αναφορικά με τα βασικά εννοιολογικά χαρακτηριστικά της επένδυσης, όπως αυτά προκύπτουν από τα διδάγματα της οικονομικής (και, δευτερευόντως, της νομικής)[25] επιστήμης.

Ως επένδυση λογίζεται η κάθε μορφής δέσμευση οικονομικών πόρων προς απόκτηση πάγιου κεφαλαίου με απώτερο σκοπό την παραγωγή πλούτου. Ως επί το πλεί-

---

24 Βλ., για παράδειγμα, τον ορισμό του πελάτη (επενδυτή) στο άρθρο 2 σημείο 6 του ν. 3606/2007 (ΦΕΚ Α 195/17.8.2007, 4173), σύμφωνα με τον οποίο ως πελάτης (επενδυτής) ορίζεται «φυσικό ή νομικό πρόσωπο στο οποίο παρέχει επενδυτικές ή παρεπόμενες υπηρεσίες μια ΕΠΕΥ ή ένα πιστωτικό ίδρυμα». Ο συγκεκριμένος ορισμός απηχεί εκείνον του άρθρου 4 παράγραφος 1 σημείο 10 της οδηγίας 2004/39/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 21ης Απριλίου 2004, για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων, για την τροποποίηση των οδηγιών 85/611/ΕΟΚ και 93/6/ΕΟΚ του Συμβουλίου και της οδηγίας 2000/12/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και για την κατάργηση της οδηγίας 93/22/ΕΟΚ του Συμβουλίου, ΕΕ L 145 της 30.4.2004, σ. 1 (MiFID), ο οποίος και αναπαράγεται στο άρθρο 4 παράγραφος 1 σημείο 9 της οδηγίας 2014/65/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 15ης Μαΐου 2014, για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων και την τροποποίηση της οδηγίας 2002/92/ΕΚ και της οδηγίας 2011/61/ΕΕ, ΕΕ L 173 της 12.6.2014, σ. 349 (MiFID 2).

25 Μολονότι στερούμενη ενιαίας θεώρησης, η νομολογία του ICSID παρέχει πλειάδα βοηθητικών στοιχείων αναφορικά με τον ορισμό της έννοιας της επένδυσης. Ενδεικτικώς βλ. Joseph M. Boddicker, «Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term "Investment" in ICSID Arbitration» (2010) 25 (5) *American University International Law Review*, 1031-1071.

στον οι επενδύσεις συνεπάγονται την αγορά ενός περιουσιακού στοιχείου με την προσδοκία ότι αυτό θα παραγάγει έσοδα (έτσι, για παράδειγμα, η αγορά τεχνικού εξοπλισμού ή ενός ακινήτου με σκοπό την παραγωγή βιομηχανικών προϊόντων ή άλλων εμπορεύσιμων αγαθών) ή ότι η αξία του θα αυξηθεί, ώστε να πωληθεί με κέρδος σε σχέση με την αρχική τιμή αγοράς του (χαρακτηριστική η περίπτωση της ακίνητης περιουσίας). Βασικό εννοιολογικό χαρακτηριστικό της επένδυσης είναι η *ανάληψη κινδύνου* στην προσπάθεια παραγωγής πλούτου: το στοιχείο του κινδύνου διαφοροποιεί τις επενδυτικές εργασίες τόσο από τις υπηρεσίες φύλαξης όσο και από τις κερδοσκοπικές δραστηριότητες, οι οποίες καταλαμβάνουν τους αντίποδες του φάσματος της ανάληψης κινδύνων κατά την τοποθέτηση κεφαλαίων. Η χρονική διάρκεια και ο δεσμευτικός χαρακτήρας μιας οποιασδήποτε τοποθέτησης χρημάτων συνιστούν έτερα βασικά χαρακτηριστικά γνωρίσματα της επένδυσης, με τις επενδύσεις να διαφέρουν από άλλες τοποθετήσεις κεφαλαίων λόγω της μεγαλύτερης χρονικής τους διάρκειας και του μονιμότερου και δεσμευτικότερου χαρακτήρα τους.

2.2 Ομοιότητες μεταξύ τραπεζικών καταθέσεων και επενδύσεων

Είναι σαφής η ύπαρξη πολλών ομοιοτήτων μεταξύ τραπεζικών καταθέσεων και επενδύσεων. Ενδεικτικά αναφέρονται οι ακόλουθες:

(i) Τόσο οι τραπεζικές καταθέσεις όσο και οι επενδύσεις σε μετοχές/κινητές αξίες, ομολογίες ή μερίδια αμοιβαίων κεφαλαίων/εταιρειών επενδύσεων χαρτοφυλακίου αποτελούν στοιχεία ενεργητικού για τον κάτοχο/κύριό τους και στοιχεία παθητικού για τον οφειλέτη τους[26]. Συναφώς, τόσο οι τραπεζικές ομολογίες όσο και οι τραπεζικές καταθέσεις άνω του ορίου εγγύησής τους (βλ. παρακάτω) αποτελούν μη εξασφαλισμένες απαιτήσεις του ομολογιούχου ή καταθέτη, αντίστοιχα, έναντι της τράπεζας και, επομένως, είναι επιλέξιμες για bail-in στο πλαίσιο της σχετικής δυνατότητας που προβλέπεται στην BRRD[27].

(ii) Τόσο οι τραπεζικές καταθέσεις όσο και οι επενδύσεις σκοπό έχουν την παραγωγή εισοδήματος ή κεφαλαίου, συνεπάγονται δε ορισμένο βαθμό κινδύνου (έστω και αν το προφίλ κινδύνου τους μπορεί να διαφοροποιείται ουσιωδώς). Δεν έχει σημασία αν η απόδοση ή ο κίνδυνος είναι αμελητέα. Άλλωστε, και μία χαμηλής απόδοσης/χαμηλού κινδύνου τοποθέτηση μετρητών αποτελεί επένδυση (με την επιφύλαξη πάντως των περιπτώσεων αρνητικής απόδοσης, π.χ. εφαρμογής αρνητικού επιτοκίου, στις οποίες το ίδρυμα στο οποίο τηρείται η κατάθεση χρεώνει στον δικαιούχο της κατάθεσης αμοιβή για τις υπηρεσίες που του παρέχει, δίχως να καταβάλλει τόκο). Το ότι οι τραπεζικές καταθέσεις ενέχουν κίνδυνο (ένα από τα εγ-

26 Σε ό,τι αφορά την αποτύπωσή τους στον ισολογισμό, οι καταθέσεις μίας τράπεζας εμφανίζονται στο παθητικό, οι δε χορηγήσεις (δάνεια) και επενδύσεις στο ενεργητικό.

27 Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 70 και 111 της BRRD, σε συνδυασμό με το άρθρο 44 παράγραφος 2 στοιχείο α).

γενή χαρακτηριστικά της έννοιας της επένδυσης) καταδείχθηκε, υπό συνθήκες γενικευμένης δυσφορίας, στο πλαίσιο της πρόσφατης χρηματοπιστωτικής κρίσης, οπότε οι καταθέτες πλείστων ευρωπαϊκών τραπεζών απώλεσαν ή βρέθηκαν στα πρόθυρα της απώλειας μέρους των καταθέσεών τους. Η βρετανική Northern Rock, οι ισλανδικές τράπεζες και η κυπριακή Λαϊκή Τράπεζα αποτελούν χαρακτηριστικές περιπτώσεις, με χαρακτηριστικότερη ίσως εκείνη της Λαϊκής Τράπεζας, έως πρότινος δεύτερης μεγαλύτερης κυπριακής τράπεζας: τον Μάρτιο του 2013 οι δικαιούχοι μη εγγυημένων καταθέσεων στη Λαϊκή Τράπεζα είδαν τις καταθέσεις τους να δεσμεύονται όταν, κατόπιν απόφασης εξυγίανσης που έλαβε η Κεντρική Τράπεζα της Κύπρου (ΚΤΚ) ως αρμόδια εθνική αρχή εξυγίανσης, υποχρεώθηκε να μεταφέρει όλες τις καταθέσεις ύψους έως 100.000 ευρώ και ορισμένες άλλες καταθέσεις άνω του ορίου αυτού, τα δάνειά της από την ΚΤΚ και σχεδόν όλα τα στοιχεία του ενεργητικού της στην Τράπεζα Κύπρου, με αντάλλαγμα μετοχές της τελευταίας[28]. Τυχόν αντιμετώπιση των τραπεζικών καταθέσεων ως τοποθετήσεων ελεύθερων κινδύνου (επομένως, ως μη επενδύσεων) θα ισοδυναμούσε με την παραδοχή ότι, σε αντίθεση με ό,τι κατέδειξε η πρόσφατη εμπειρία, οι τράπεζες περιορίζονται σε έναν αυστηρά οριοθετημένο ρόλο θεματοφύλακα τη στιγμή που ορισμένες από αυτές, ιδίως σε περιόδους κρίσης, περιέρχονται ενίοτε σε κατάσταση χαρακτηριζόμενη από ισχνή κεφαλαιοποίηση, μη δυνάμενες να ανταποκριθούν ανά πάσα στιγμή στη βασική συμβατική υποχρέωση επιστροφής στους καταθέτες τους των χρημάτων τους, χωρίς τη συνδρομή ενός επαρκώς κεφαλαιοποιημένου ταμείου εγγύησης καταθέσεων ή, ελλείψει αυτού, χωρίς την ύστατη προστασία ενός φερέγγυου κράτους διατεθειμένου να αναλάβει το κόστος της πλήρους αποπληρωμής των ανεξόφλητων καταθέσεων[29].

(iii) Οι τραπεζικές καταθέσεις αποτελούν μία από τις «επενδυτικές» επιλογές στη διάθεση των κατόχων πλεονάσματος ρευστών διαθεσίμων, πράγμα το οποίο σημαίνει ότι, ως κατ' εξοχήν προϊόντα αποταμίευσης (Ersparnisse, savings, produits d' épargne), ανταγωνίζονται τα επενδυτικά προϊόντα ή μπορούν να αποτελέσουν υποκατάστατά τους, ανάλογα με το επενδυτικό προφίλ του εκάστοτε επενδυτή [συμπεριλαμβανομένης της αποστροφής κινδύνου (risk aversion) που τους διακρίνει και τις οικονομικές τους ανάγκες]. Με άλλα λόγια, τόσο η απόφαση για την τοποθέτηση χρημάτων σε μία τράπεζα (αντί π.χ. της αγοράς μετοχών, μεριδίων σε εταιρείες επενδύσεων χαρτοφυλακίου ή ακινήτων) όσο και η απόφαση ορισμένου καταθέτη να ανοίξει λογαριασμό στην τράπεζα Α και όχι στην τράπεζα Β (π.χ. επειδή η πρώτη

28 Βλ. Κ.Δ.Π. αριθ. 104/2013 με τίτλο «το Περί της Πώλησης Ορισμένων Εργασιών της Cyprus Popular Bank Public Co Ltd Διάταγμα του 2013», Παράρτημα Τρίτο, Μέρος Ι, *Κανονιστικές Διοικητικές Πράξεις*, τεύχος 4645, Παρασκευή 29 Μαρτίου 2013, σ. 781.

29 Όταν, τον Οκτώβριο του 2008, κατέρρευσε το τραπεζικό σύστημα της Ισλανδίας, μία από τις τρεις μεγάλες τράπεζες που έπεσαν θύματα της ισλανδικής κρίσης ήταν η Landsbanki. Λίγο μετά την κατάρρευση της Landsbanki, το βρετανικό και το ολλανδικό ταμείο εγγύησης καταθέσεων κατέβαλαν σημαντικά ποσά αποζημίωσης στους Βρετανούς και Ολλανδούς δικαιούχους λογαριασμών καταθέσεων στην Landsbanki Icesave, κάτι το οποίο δεν θα είχε καταστεί εφικτό στην περίπτωση ασθενέστερων, οικονομικά, κρατών.

προσφέρει ανταγωνιστικότερο επιτόκιο ή θεωρείται υγιέστερη) αποτελούν συνειδητές αποφάσεις κατανομής πλούτου που εύλογα μπορούν να θεωρηθούν αμιγώς επενδυτικού χαρακτήρα. Ο εκούσιος χαρακτήρας της επενδυτικής συμπεριφοράς καθίσταται ακόμη πιο προεξάρχων στην περίπτωση καταθετών οι οποίοι, χωρίς να διατηρούν μόνιμους δεσμούς με χώρα της αλλοδαπής, επιλέγουν να καταθέσουν σε μία ή περισσότερες τοπικές τράπεζες αυτής το πλεόνασμα ρευστότητάς τους: υπαγορευόμενη από εκτιμήσεις επιχειρηματικής/οικονομικής φύσης, η σχετική τους απόφαση φέρει όλα τα χαρακτηριστικά επενδυτικής απόφασης. Εν προκειμένω σημειώνεται μάλιστα ότι η βιβλιογραφία σχετικά με τις στρατηγικές διαχείρισης χαρτοφυλακίου συστηματικά αντιμετωπίζει κάποια είδη καταθέσεων ως επενδύσεις (χαμηλότερου, ωστόσο, κινδύνου σε σχέση με άλλες μορφές επενδύσεων).

2.3 Διαφορές μεταξύ τραπεζικών καταθέσεων και επενδύσεων

Με την επιφύλαξη των ανωτέρω παρατηρήσεων, τραπεζικές καταθέσεις και επενδύσεις εμφανίζουν, εκτός από ομοιότητες, και ορισμένες διαφορές μεταξύ τους. Κάποιες εξ αυτών μάλιστα είναι και νομικά σημαντικές, σε βαθμό που να θέτουν εν αμφιβόλω την άνευ όρων παραδοχή ότι οι τραπεζικές καταθέσεις ανεξαιρέτως είναι επενδύσεις ή ότι μπορούν πάντοτε να εξομοιωθούν προς αυτές:

(i) Οι επενδύσεις συνήθως συνεπάγονται τη μετατροπή κεφαλαίου (μετρητών ή ταμιακών ισοδυνάμων) σε άλλα περιουσιακά στοιχεία, με το στοιχείο αυτό της μετατροπής να απουσιάζει στην περίπτωση των τραπεζικών καταθέσεων. Ενδεικτικά, η αγορά τραπεζικών μετοχών[30] ή ομολογιών (συμπεριλαμβανομένων των υπό αίρεση μετατρέψιμων ομολογιών) ή πιστοποιητικών καταθέσεων[31] θα μπορούσε ασφαλέστερα να χαρακτηρισθεί ως επένδυση, δεδομένου ότι όλες οι ως άνω πράξεις αγοράς συνεπάγονται τη μετατροπή μετρητών σε άλλο περιουσιακό στοιχείο. Μάλιστα, ο επενδυτής γνωρίζει εκ των προτέρων και αποδέχεται τις συνέπειες της μετατροπής, στις οποίες και προσβλέπει. Υπό το πρίσμα αυτό θα μπορούσε κανείς να ισχυριστεί ότι δεν αποτελεί οπωσδήποτε επένδυση το άνοιγμα τραπεζικού λογαριασμού (συμπεριλαμβανομένου λογαριασμού προθεσμιακής κατάθεσης), διότι η *τράπεζα* είναι εκείνη που επενδύει τα χρήματα των πελατών της, δανείζοντάς τα περαιτέρω σε τρί-

30 Η θέση του μετόχου τράπεζας διαφέρει θεμελιωδώς από εκείνη του καταθέτη: οι μέτοχοι είναι κύριοι μέρους της περιουσίας της τράπεζας, ενώ οι καταθέτες έχουν απλώς αξίωση για την αποπληρωμή του δανείου τους προς την τράπεζα (κατά κεφάλαιο και τόκο). Η επιρροή που οι μέτοχοι μπορούν να ασκήσουν στις επιχειρηματικές αποφάσεις της τράπεζας είναι ανάλογη του αριθμού μετοχών που κατέχουν.

31 Εν προκειμένω η αναφορά νοείται ως αναφορά σε μεταβιβάσιμους και διαπραγματεύσιμους τίτλους σταθερού εισοδήματος που εκδίδονται από τράπεζα και εμπίπτουν στον ορισμό της MiFID για τα «μέσα χρηματαγοράς» (βλ.MiFID, άρθρο 4 παράγραφος 1, σε συνδυασμό με το παράρτημα I, τμήμα Γ, παράγραφο 2). Το άρθρο 4 παράγραφος 1 σημείο 60 του κανονισμού CRR ορίζει το «μέσο εξομοιούμενο με μετρητά» κατά τρόπο που να συμπεριλαμβάνει τα πιστοποιητικά καταθέσεων, τις ομολογίες, συμπεριλαμβανομένων των καλυμμένων ομολογιών, ή οποιοδήποτε άλλο μέσο μη μειωμένης εξασφάλισης έχει εκδοθεί από ίδρυμα, έχει ήδη καταβληθεί στο σύνολό του στο ίδρυμα και επιστρέφεται από αυτό άνευ όρων στην ονομαστική του αξία.

τους[32], και όχι οι πελάτες της, οι οποίοι τα τοποθετούν εκεί, χωρίς απαραίτητα να γνωρίζουν εκ των προτέρων, πολύ δε λιγότερο να προσβλέπουν σε συγκεκριμένη περαιτέρω χρήση τους, και δη επενδυτικού χαρακτήρα, από την τράπεζα. Μολονότι δεν στερείται αξίας, το επιχείρημα αυτό φαίνεται να συγχέει την έννοια της *επένδυσης κεφαλαίου* με την έννοια της *επένδυσης* simpliciter: ενώ το στοιχείο της μετατροπής κεφαλαίου σε περιουσιακά στοιχεία είναι εμφανές στο πλαίσιο των επενδύσεων κεφαλαίου, δεν αποτελεί καθοριστικό χαρακτηριστικό άλλων μορφών επένδυσης.

(ii) Η απόδοση των καταθέσεων είναι εγγυημένη, όχι όμως και των επενδύσεων. Όπως προείπαμε, οι επενδύσεις ενέχουν κίνδυνο και, συνεπώς, ουδεμία εγγύηση υπάρχει ως προς την προσδοκώμενη απόδοσή τους. Από την άλλη, οι καταθέσεις αντιπροσωπεύουν χρηματικές απαιτήσεις του καταθέτη έναντι της τράπεζας για την απόδοση του πρωτογενώς κατατεθειμένου κεφαλαίου, προσαυξημένου κατά το προϊόν του συμβατικά συμφωνηθέντος και, ως εκ τούτου, προκαθορισμένου, επιτοκίου[33]. Έτσι, σε αντίθεση με τις επενδύσεις, οι καταθέσεις έχουν εγγυημένη απόδοση, έστω και αν η σύμβαση μεταξύ μίας τράπεζας και των καταθετών της μπορεί υπό ορισμένες συνθήκες να επιτρέπει στην πρώτη να προσαρμόζει (προς τα κάτω) το επιτόκιο της κατάθεσης: η εν λόγω διακριτική ευχέρεια προσαρμογής του επιτοκίου είναι προκαθορισμένη και συμβατικά συμφωνημένη (υπ' αυτή την έννοια οποιαδήποτε απόδοση μικρότερη της αναμενόμενης δεν αποτελεί τυχαία συνέπεια απρόβλεπτων διακυμάνσεων της αγοράς, αλλά μάλλον ένα λογικό ενδεχόμενο, το οποίο οι καταθέτες έχουν εκ των προτέρων συμβατικά αποδεχθεί). Διαφορετικές εκτιμήσεις ισχύουν ενδεχομένως ως προς τις καταθέσεις η απόδοση των οποίων εξαρτάται από την απόδοση άλλου υποκείμενου περιουσιακού στοιχείου (π.χ. ενός εμπορεύματος, η τιμή του οποίου μπορεί να διακυμαίνεται στο χρόνο): οι καταθέσεις αυτές μπορούν να θεωρηθούν επενδύσεις, διότι η απόδοσή τους, αν και μη εγγυημένη, εξαρτάται από την απόδοση ενός άλλου περιουσιακού στοιχείου που μπορεί καθ' εαυτό να αποτελέσει αντικείμενο επένδυσης (π.χ. χρυσός, πετρέλαιο κ.λπ.).

(iii) Οι τραπεζικές καταθέσεις δεν παρέχουν στους καταθέτες τα ίδια δικαιώματα με εκείνα που παρέχουν στα υποκείμενά τους άλλα, παγιωμένα είδη επενδύσεων. Έτσι, σε αντίθεση π.χ. με τους μετόχους μίας τράπεζας, οι καταθέτες δεν διαθέτουν δικαιώματα ψήφου με τα οποία θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διοίκηση ή στη διαμόρφωση της επιχειρηματικής στρατηγικής της τράπεζας στην οποία διατηρούν

32 Είναι ενδιαφέρον ότι η δραστηριότητα δανεισμού δημιουργεί καταθέσεις: κάθε φορά που μία τράπεζα χορηγεί ένα δάνειο, δημιουργεί ταυτόχρονα μία αντίστοιχη κατάθεση στον τραπεζικό λογαριασμό του οφειλέτη, δημιουργώντας έτσι νέο χρήμα (βλ. Michael McLeay, Amar Radia και Ryland Thomas, «Money creation in the modern economy», τριμηνιαίο δελτίο Τράπεζας της Αγγλίας, Q1 2014: http://www.bankofengland. co.uk/publications/ Documents/quarterlybulletin /2014/qb14q1 prereleasemoneycreation.pdf).

33 Αυτό επιβεβαιώνεται από τον ορισμό της «κατάθεσης» στην οδηγία για τα συστήματα εγγύησης των καταθέσεων, σύμφωνα με τον οποίο ως «κατάθεση» νοείται «το πιστωτικό υπόλοιπο που προκύπτει από κεφάλαια κατατεθειμένα σε λογαριασμό… και το οποίο το πιστωτικό ίδρυμα *οφείλει* (έμφαση του συντάκτη) να επιστρέψει βάσει των ισχυόντων νόμιμων και συμβατικών όρων…» (ό.π., άρθρο 2 παράγραφος 1 σημείο 3).

καταθέσεις[34]. Συνεπώς, δεν διαθέτουν μέσα άσκησης επιρροής στη λήψη αποφάσεων μίας τράπεζας αντίστοιχα εκείνων που διαθέτουν οι μέτοχοι ως καθαυτό επενδυτές σε αυτή. Βέβαια, καλώς εχόντων των πραγμάτων, οι καταθέτες διατηρούν ακέραιη τη δυνατότητα ανάληψης των καταθέσεών τους (ακόμη κι αν απαιτείται προς τούτο προηγούμενη ειδοποίηση προς την τράπεζα) σε περίπτωση αμφιβολίας τους ως προς τις μεσοπρόθεσμες ή μακροπρόθεσμες προοπτικές της τράπεζας με την οποία συναλλάσσονται. Αν και δύσκολα θα υποστήριζε κανείς ότι η απειλή ενός καταθέτη να αναλάβει τις καταθέσεις του αποτελεί υποκατάστατο των δικαιωμάτων ψήφου των μετόχων μίας τράπεζας, το γεγονός ότι οι καταθέτες δεν διαθέτουν δικαίωμα ψήφου δεν αποδεικνύει από μόνο του ότι οι καταθέσεις δεν αποτελούν επενδύσεις: πρόκειται απλά για μία από τις διαφορές μεταξύ καταθετών και επενδυτών, η οποία όμως δεν οδηγεί σε ασφαλή συμπεράσματα όσον αφορά τη μεταχείριση των καταθέσεων ως επενδύσεων.

(iv) Η κανονιστική μεταχείριση των καταθέσεων είναι διαφορετική από εκείνη των επενδυτικών προϊόντων. Αυτό αποτυπώνεται, πρώτον, στο γεγονός ότι ενώ οι επενδυτικές εργασίες με αντικείμενο χρηματοοικονομικά προϊόντα ρυθμίζονται βάσει ειδικού ενωσιακού νομικού πλαισίου (δηλαδή της MiFID[35], όπως αναδιατυπώθηκε[36]), οι τραπεζικές εργασίες (καθοριστικό στοιχείο των οποίων είναι η αποδοχή καταθέσεων) διέπονται από τον κανονισμό για τις κεφαλαιακές απαιτήσεις (CRR)[37] και την οδηγία για τις κεφαλαιακές απαιτήσεις (CRD)[38]· δεύτερον, στις διαφορετικές απαιτήσεις ρευστότητας που προβλέπει ο CRR για τις καταθέσεις σε σύγκριση με άλλα στοιχεία του παθητικού· τρίτον, στους ορισμούς των επενδυτικών υπηρεσιών και επενδυτικών δραστηριοτήτων κατά τη MiFID, οι οποίες, με την επιφύλαξη ορισμένων (ως επί το πλείστον ήσσονος σημασίας) εξαιρέσεων[39], δεν συμπεριλαμβάνουν τις καταθέσεις[40]· τέταρτον, στον διαφορετικό βαθμό προστασίας που επιφυλάσσει στους επενδυτές η οδηγία για τα συστήματα αποζημίωσης των επενδυτών[41] σε σύγκριση με

34 Ομοίως, δεν απαιτείται ειδοποίηση των καταθετών για την ετήσια γενική συνέλευση ούτε αποστέλλεται αυτομάτως σε αυτούς αντίγραφο της οικονομικής κατάστασης της τράπεζας της οποίας είναι πελάτες (αν και αυτή είναι συνήθως διαθέσιμη στο κοινό και, ως εκ τούτου, και στους καταθέτες).

35 Ό.π., υποσημείωση 24.

36 Εν προκειμένω η αναφορά νοείται ως αναφορά στην οδηγία 2014/65/ΕΕ (ό.π. υποσημείωση 24).

37 Βλ. κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 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 της 27.06.2013, σ. 1.

38 Οδηγία 2013/36/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Ιουνίου 2013, για την πρόσβαση στη δραστηριότητα πιστωτικών ιδρυμάτων και την προληπτική εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων και των επιχειρήσεων επενδύσεων, για την τροποποίηση της οδηγίας 2002/87/ΕΚ και την κατάργηση των οδηγιών 2006/48/ΕΚ και 2006/49/ΕΚ, ΕΕ L L 176 της 27.6.2013, σ. 338.

39 Οι αναφορές αφορούν α) τη συμπερίληψη των πιστοποιητικών κατάθεσης στον ορισμό της MiFID για τα «μέσα χρηματαγοράς» και β) τη συμπερίληψη των «καταθέσεων μετρητών» στο χαρτοφυλάκιο χρηματοπιστωτικών μέσων αξίας 500.000 ευρώ που επιτρέπει στους επενδυτές να αντιμετωπίζονται, κατόπιν αιτήσεως, ως «επαγγελματίες πελάτες» (βλ. MiFID 2, παράρτημα ΙΙ).

40 Αυτό δεν θα αλλάξει βάσει της MiFID 2 (βλ. άρθρο 4 παράγραφος 1 σημείο 2 MiFID 2, σε συνδυασμό με τα τμήματα Α και Γ του παραρτήματος Ι αυτής).

41 Οδηγία 97/9/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 3ης Μαρτίου 1997, σχετικά με τα συστήματα αποζημίωσης των επενδυτών, ΕΕ L 84 της 26.3.1997, σ. 22.

το επίπεδο προστασίας που παρέχει στους καταθέτες η οδηγία για τα συστήματα εγγύησης των καταθέσεων[42] (στους πρώτους παρέχεται προστασία ύψους 20.000 ευρώ, ενώ στους δεύτερους προστασία ύψους 100.000 ευρώ ανά καταθέτη, ανά τράπεζα, ήδη από τις 31 Δεκεμβρίου του 2010, κατόπιν έκδοσης της οδηγίας 2009/14/ΕΚ)[43]· πέμπτον, στον κατά τι εκτενέστερο κατάλογο εξαιρέσεων από την προστασία των επενδυτών βάσει της οδηγίας για τα συστήματα αποζημίωσης των επενδυτών σε σύγκριση με τον κατάλογο εξαιρέσεων από την προστασία των καταθέσεων[44]· και έκτον, στη διαφορετική φορολογική μεταχείριση των καταθετικών προϊόντων σε σχέση με άλλα (επενδυτικά) προϊόντα, τα οποία επιβαρύνονται φορολογικά (στην περίπτωση των επενδύσεων σε κινητές αξίες, είναι δυνατό να υπόκεινται και σε τέλος χαρτοσήμου). Αρκούν οι ως άνω διαφορές για την εξαγωγή ασφαλών συμπερασμάτων όσον αφορά το θεμιτό της μεταχείρισης των καταθέσεων ως επενδύσεων; Οι διαφορές αυτές αντικατοπτρίζουν κατά τεκμήριο τη μεγαλύτερη ρευστότητα και το χαμηλότερο προφίλ κινδύνου των καταθέσεων, που τις διαφοροποιούν από τις (λοιπές) επενδύσεις, μεταξύ άλλων για κανονιστικούς σκοπούς. Οι διαφορές αυτές στη μεταχείριση των καταθέσεων ως εργαλείων κατανομής πλούτου θα μπορούσαν να αποδοθούν και σε μία απώτερη απόφαση, υπαγορευόμενη από δικαιοπολιτικούς λόγους, για την τόνωση της αποταμιευτικής νοοτροπίας μεταξύ του κοινού με βάση την εμπειρική προσδοκία (και όχι την απόλυτη βεβαιότητα) ότι οι καταθέσεις συνιστούν ασφαλέστερη μορφή επένδυσης (αλλά, παρ' όλα αυτά, επένδυση), τουλάχιστον μέχρι του ποσού που καλύπτεται από το οικείο σύστημα εγγύησης των καταθέσεων.

(ν) Σε αντίθεση με ορισμένους επενδυτές, οι τραπεζικοί καταθέτες δεν κατέχουν ένα ταυτοποιήσιμο περιουσιακό στοιχείο. Στο πλαίσιο των δανειακών χορηγήσεων οι τράπεζες μετασχηματίζουν τις καταθέσεις μετρητών, συμμειγνύοντάς τις με εκείνες άλλων καταθετών, με αποτέλεσμα τα μετρητά τα οποία κατατίθενται από ορισμένο πρόσωπο στον τραπεζικό του λογαριασμό να παύουν να είναι ταυτοποιήσιμα ως τα μετρητά εκείνα τα οποία το εν λόγω πρόσωπο κατέθεσε στον λογαριασμό του. Αντίθετα, στην περίπτωση κάποιων τουλάχιστον επενδύσεων οι επενδυτές κατέχουν ένα ταυτοποιήσιμο περιουσιακό στοιχείο, με αποτέλεσμα τα δικαιώματα κυριότητας του επενδυτή επ' αυτού να είναι σαφή και αδιαμφισβήτητα. Αυτή η διαφορά είναι, ή θα μπορούσε να είναι, και νομικά σημαντική υπό συνθήκες τραπεζικής αφερεγγυότητας, καθώς περιουσιακά στοιχεία ταυτοποιούμενα ως ανήκοντα σε συγκεκριμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο ενδέχεται να είναι διαχωρίσιμα από την πτωχευτική πε-

42 Οδηγία 2014/49/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης Απριλίου 2014, σχετικά με τα συστήματα εγγύησης των καταθέσεων, ΕΕ L 173 της 12.6.2014, σ. 149.

43 Οδηγία 2009/14/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαρτίου 2009, για την τροποποίηση της οδηγίας 94/19/ΕΚ περί των συστημάτων εγγυήσεως των καταθέσεων όσον αφορά το επίπεδο κάλυψης και την καθυστέρηση εκταμίευσης, ΕΕ L 68 της 13.3.2009, σ. 3.

44 Σύγκρινε τον κατάλογο των εξαιρέσεων του παραρτήματος Ι της οδηγίας 97/9/ΕΚ με εκείνες του άρθρου 5 της οδηγίας 2014/49/ΕΕ.

ριουσία της τράπεζας πριν από τυχόν θέση της σε εκκαθάριση[45]. Σε κάθε περίπτωση είναι γεγονός ότι πολλές παγιωμένες μορφές επενδύσεων περιλαμβάνουν τη μετατροπή κεφαλαίου σε μη ταυτοποιήσιμα περιουσιακά στοιχεία (π.χ. σε αποϋλοποιημένες μετοχές ή ΟΣΕΚΑ), χωρίς αυτό να αρκεί για να υπονομεύσει τη δικαιολογητική βάση της μεταχείρισής τους ως επενδύσεων.

(vi) Οι τραπεζικές καταθέσεις διαφέρουν από τις περισσότερες μορφές επενδύσεων από πλείστες άλλες απόψεις. Για παράδειγμα, τείνουν να είναι ευκολότερα ρευστοποιήσιμες και ανακτήσιμες σε σύγκριση με τις περισσότερες μορφές επενδύσεων (με εξαίρεση τις κινητές αξίες που αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης σε οργανωμένη αγορά ή ορισμένα εμπορεύσιμα αγαθά). Ακόμη και καταθέσεις καθορισμένης διάρκειας μπορούν να αναληφθούν όταν ζητηθεί, παρά τις σημαντικές αμοιβές και ποινές που χρεώνουν οι τράπεζες για την πρόωρη ανάληψή τους. Πολλές μορφές καταθέσεων δεν φαίνεται να πληρούν τα χαρακτηριστικά της επένδυσης: οι επενδύσεις τείνουν να χαρακτηρίζονται από μεγαλύτερη διάρκεια σε σχέση με τις τραπεζικές καταθέσεις όψεως (ή και άλλες μορφές τραπεζικής κατάθεσης, των οποίων η απόσυρση δεν συνεπάγεται ποινή για τον καταθέτη). Χωρίς να παραβλέπεται η σημασία των ως άνω παρατηρήσεων, καμία από αυτές δεν φαίνεται καθοριστική της μεταχείρισης των καταθέσεων ως επενδύσεων. Το ότι οι τραπεζικές καταθέσεις είναι ευκολότερα ρευστοποιήσιμες και συντομότερης διάρκειας ή λιγότερο δεσμευτικές για τον καταθέτη τους σε σύγκριση με άλλα είδη επενδύσεων δεν αρκεί για την εξαγωγή ασφαλών συμπερασμάτων ως προς το θεμιτό της διαφορετικής μεταχείρισής τους σε σύγκριση με άλλες μορφές τοποθέτησης ρευστών κεφαλαιακών διαθεσίμων.

2.4 Ενδιάμεσα συμπεράσματα

Η εδώ επιχειρηθείσα εξέταση των ποικίλων διαφορών μεταξύ τραπεζικών καταθέσεων και επενδύσεων δεν θα μπορούσε να είναι πλήρως διαφωτιστική αναφορικά με το αν οι καταθέσεις διαφέρουν θεμελιωδώς από οποιαδήποτε άλλη μορφή τοποθέτησης ρευστών κεφαλαιακών διαθεσίμων. Μολονότι είναι σαφές ότι υπάρχουν διαφορές μεταξύ τους, οι διαφορές αυτές φαίνεται να ανάγονται στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, αφενός, των καταθέσεων και, αφετέρου, των επενδύσεων, και όχι σε κάποια θεμελιώδη ασυμβατότητα μεταξύ των δύο εννοιών. Υποστηρίζεται, συνεπώς, ότι αλλού θα πρέπει να εστιάσει κανείς για να κατανοήσει καλύτερα την ενστικτώδη (αλλά πιθανώς αδικαιολόγητη) αντίσταση στη μεταχείριση ορισμένων τουλάχιστον μορφών καταθέσεων ως επενδύσεων.

45 Το επιχείρημα που αναπτύσσεται στο σημείο αυτό θα μπορούσε, φυσικά, να αντιστραφεί: θα μπορούσε δηλαδή να υποστηριχθεί ότι η μόνη μορφή τοποθέτησης μετρητών σε τράπεζα, η οποία δεν αποτελεί επένδυση, είναι η τοποθέτηση βάσει συμφωνίας φύλαξης μεταξύ του κατόχου μιας δέσμης τραπεζογραμματίων και της τράπεζας στην οποία τοποθετείται.

3. Η ευρέως διαδεδομένη αντίληψη ότι η τραπεζική κατάθεση δεν αποτελεί μορφή επένδυσης: λόγοι και νομική αξιολόγηση

Οι τραπεζικοί καταθέτες στην πλειοψηφία τους δεν νοούν τις επενδύσεις τους ως δραστηριότητες που συνεπάγονται ανάληψη κινδύνου, ούτε και τείνουν να τις αντιλαμβάνονται ως τέτοιες. Ποια η νομική σημασία αυτής της αντίληψης;

Με την επιφύλαξη των ακραίων περιπτώσεων στις οποίες μία τράπεζα τίθεται υπό εξυγίανση (εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις λήψης μέτρων εξυγίανσης) ή εκκαθάριση (εφόσον έχει καταστεί αφερέγγυα), θα μπορούσε κανείς να ισχυρισθεί ότι οι καταθέσεις δεν ενέχουν το στοιχείο της ανάληψης κινδύνου. Αν μη τι άλλο, αποτελούν εργαλεία εξουδετέρωσης του κινδύνου, καθ' ότι ασφαλέστερες από άλλες μορφές φύλαξης μετρητών που εκτίθενται σε κινδύνους κλοπής, διάρρηξης, πυρκαγιάς, πλημμύρας ή άλλους ασφαλιστέους κινδύνους. Ομοίως, τα ιδρύματα που κατ' επάγγελμα δέχονται καταθέσεις συνήθως δεν τις προωθούν στην αγορά ως επενδυτικά προϊόντα, με εξαίρεση τα ειδικά καταθετικά προϊόντα (καταθέσεις επενδυτικού χαρακτήρα), την προώθηση και πώληση των οποίων ο νόμος επιφυλάσσει αποκλειστικά σε δεόντως ειδικευμένους και διαπιστευμένους τραπεζικούς υπαλλήλους. Θα μπορούσε, λοιπόν, ευλόγως να ειπωθεί ότι ο *μόνος* αποδεκτός κίνδυνος για τους περισσότερους καταθέτες στη φυσική πορεία της συναλλακτικής τους σχέσης με την τράπεζά τους παραμένει ο πληθωρισμός[46].

Ωστόσο, ακόμη και στις ακραίες περιπτώσεις της θέσης μίας τράπεζας υπό εξυγίανση ή, και το σοβαρότερο, υπό εκκαθάριση, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η ανάληψη κινδύνου δεν μπορεί, και μάλιστα εκ των υστέρων, να θεωρηθεί συνειδητή απόφαση ενός καταθέτη ικανή να προσδώσει επενδυτικό χαρακτήρα στη σχέση του με την τράπεζα. Εξάλλου, εύλογα θα μπορούσε κανείς να προτάξει το επιχείρημα ότι έως το bail-in των καταθετών της Λαϊκής Τράπεζας ουδέποτε οι τραπεζικές καταθέσεις θεωρήθηκαν πιθανή πηγή χρηματοδότησης για τη διάσωση των προβληματικών πιστωτικών ιδρυμάτων. Τα bail-out και όχι τα bail-in αποτελούσαν τον κανόνα. Εκτός αυτού, παρά το ότι συνεπεία ενός bail-in οι μεγαλύτεροι τραπεζικοί καταθέτες καθίστανται και οι μεγαλύτεροι μέτοχοι των υπό εξυγίανση τραπεζών, η μετατροπή των καταθέσεών τους σε μετοχές δεν καθιστά απαραίτητα τους ίδιους πρόθυμους επενδυτές: ενώ οι μέτοχοι προσβλέπουν στη μακροπρόθεσμη ανατίμηση των μετοχών της τράπεζας, οι καταθέτες έχουν απλώς αξίωση έναντι της τράπεζας προς επιστροφή ποσού αντίστοιχου εκείνου της κατάθεσής τους.

Ακόμα και αν δεν είναι ίσως κρίσιμη από καθαρά οικονομική άποψη, η *βούληση* του καταθέτη όταν ανοίγει έναν λογαριασμό (ή όταν αποφασίζει να τον διατηρήσει) μπορεί να είναι νομικά σημαντική για τη διακρίβωση του κατά πόσο οι

46 Εάν τα επιτόκια είναι χαμηλά, οι αποδόσεις των καταθέσεων μετά τον πληθωρισμό μπορούν να είναι αμελητέες ή ακόμη και αρνητικές, επιφέροντας σταδιακή μείωση του κεφαλαίου του καταθέτη.

τραπεζικές καταθέσεις δικαιολογημένα μπορούν να αντιμετωπίζονται ως επενδύσεις υποκείμενες σε bail-in. Εμπνέει, άραγε, η ευρέως διαδεδομένη αντίληψη περί των τραπεζικών καταθέσεων ως επενδύσεων μηδενικού κινδύνου τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη ότι, σε αντίθεση με τις επενδύσεις, οι καταθέσεις θα είναι ασφαλείς οτιδήποτε και εάν συμβεί, ακόμη και σε περίπτωση αφερεγγυότητας της τράπεζας; Οι τράπεζες προβάλλονται και γίνονται αντιληπτές ως θεματοφύλακες των αποταμιεύσεων μίας κοινωνίας και, ανεξαρτήτως της εξειδίκευσης ή της οξυδέρκειας των καταθετών, ελάχιστοι εξ αυτών διαθέτουν τις απαιτούμενες γνώσεις ή την πρόσβαση στις πληροφορίες εκείνες οι οποίες είναι απαραίτητες για να τους επιτρέψουν να αξιολογήσουν λυσιτελώς και με τη δέουσα επιμέλεια τα ιδρύματα που θα επιλέξουν για τις καταθέσεις τους[47]. Μάλιστα, ακόμα και οι ίδιες οι εποπτικές αρχές έχουν επανειλημμένα αποδειχθεί ανίκανες να αποσοβήσουν δαπανηρές καταρρεύσεις τραπεζών (ακόμη και όσων, όπως εκ των υστέρων διαπιστώθηκε, οφείλονταν στις πλέον απλές μορφές ανεπάρκειας στη διαχείριση των κινδύνων), παρά την απρόσκοπτη πρόσβασή τους σε χρηματοπιστωτική πληροφόρηση και την εξειδίκευσή τους στο αντικείμενο της τραπεζικής εποπτείας. Με αυτό το δεδομένο, πόσο πιθανό είναι οι καταθέτες λιανικής να επιτύχουν εκεί όπου οι ίδιες οι εποπτικές αρχές έχουν επανειλημμένα αποτύχει; Αυτό που επίσης αξίζει να σημειωθεί είναι ότι η τήρηση τραπεζικών λογαριασμών συχνά επιβάλλεται από τον νόμο (για λόγους αποτροπής της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή για φορολογικούς λόγους, αλλά και για πρακτικούς σκοπούς που αφορούν στην εξυπηρέτηση καθημερινών αναγκών ή στην πραγματοποίηση συνήθων συναλλαγών, συμπεριλαμβανομένης της καταβολής μισθών, παροχών ή κάθε φύσης ωφελημάτων)[48]. Θα φαινόταν ίσως παράλογο να μπορεί να εξισωθεί με επένδυση η τήρηση λογαριασμού τη στιγμή που στην πράξη αποτελεί νομική ή πρακτική αναγκαιότητα (χαρακτηριστική η περίπτωση προσώπων που ασκούν επιχειρηματική δραστηριότητα, για τους σκοπούς της οποίας οι τραπεζικοί λογαριασμοί είναι απαραίτητοι για την πραγματοποίηση πληρωμών)[49]. Οι επενδύσεις αποτελούν συνειδητές αποφάσεις και δεν μπορούν να είναι το προϊόν νομικών ή πρακτικών καταναγκασμών.

---

47 Είναι χαρακτηριστικό ότι, όταν το 2009 τροποποιήθηκε η αρχική οδηγία για τα συστήματα εγγύησης των καταθέσεων, εξέλιπε η επιλογή της «συνασφάλισης» που είχε προβλεφθεί σε εκείνη. Η συνασφάλιση εδραζόταν στην (ατελή) προσδοκία ότι θα παρείχε κίνητρα στους καταθέτες να παρακολουθούν την επίδοση των τραπεζών, αποσύροντας τις καταθέσεις τους από τις τράπεζες που θα θεωρούσαν ως πολύ επικίνδυνες ή διαπραγματευόμενοι υψηλότερα επιτόκια με αυτές.

48 Βλ., σχετικώς, και την πρόσφατη οδηγία 2014/92/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Ιουλίου 2014, για τη συγκρισιμότητα των τελών που συνδέονται με λογαριασμούς πληρωμών, την αλλαγή λογαριασμού πληρωμών και την πρόσβαση σε λογαριασμούς πληρωμών με βασικά χαρακτηριστικά, ΕΕ L 257 της 28.8.2014, σ. 214, της οποίας αφετηρία ήταν η διαπίστωση ότι οι τραπεζικοί λογαριασμοί έχουν καταστεί απαραίτητοι για την πλήρη συμμετοχή στην οικονομική και κοινωνική ζωή της σύγχρονης κοινωνίας, δεδομένης και της σταδιακής μείωσης στη χρήση μετρητών.

49 Θα μπορούσε, βέβαια, να αντιταχθεί το επιχείρημα ότι ακόμη και όταν η τήρηση λογαριασμού είναι υποχρεωτική, τίποτα δεν μπορεί να εμποδίσει τον κάτοχό του να τηρεί μηδενικό υπόλοιπο σε αυτόν. Ο συγγραφέας ευχαριστεί την κα Μαργαρίτα Αναστασίου για τη σκέψη αυτή.

Η ευρέως διαδεδομένη αντίληψη ότι η τραπεζική κατάθεση δεν αποτελεί μορφή επένδυσης έχει συνειδητά ενισχυθεί με τη θέσπιση κανόνων προνομιακής ικανοποίησης των καταθετών (ειδικά στις ΗΠΑ)[50] και εγγύησης των καταθέσεων[51], σε μία προσπάθεια να ενθαρρυνθεί η αποταμίευση ως μέσο διεύρυνσης της τραπεζικής καταθετικής βάσης και, τελικώς, ως μοχλός οικονομικής ανάπτυξης[52]. Πιο πρόσφατα, η ίδια αντίληψη οδήγησε στην απόφαση του Ευρωπαίου νομοθέτη να εξαιρέσει τις εγγυημένες καταθέσεις από την εφαρμογή του εργαλείου bail-in που προβλέπεται στην BRRD[53], μετά από τις έντονες αντιδράσεις που προκάλεσε η πρόταση επιβολής εφάπαξ εισφοράς υπέρ της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας σε εγγυημένες και μη καταθέσεις στις κυπριακές τράπεζες[54], με βάση τη δήλωση της Ευρωομάδας για την Κύπρο της 16ης Μαρτίου 2013[55]. Ωστόσο, ακόμη και χωρίς εγγύηση των καταθέσεων, η κρατούσα (σε πείσμα της πρόσφατης κρίσης στον διεθνή χρηματοπιστωτικό τομέα) πεποίθηση μεταξύ των συμμετεχόντων στην αγορά ότι τουλάχιστον κάποιες τράπεζες παραμένουν «πολύ μεγάλες για να καταρρεύσουν» έχει συντελέσει στην παγίωση της αντίληψης περί των καταθέσεων ως ασφαλών τοποθετήσεων απρόσβλητων, σε μεγάλο βαθμό, από τον κίνδυνο αθέτησης από την πλευρά του ιδρύματος που δέχεται καταθέσεις των υποχρεώσεών του, με δεδομένη την προοπτική της κυβερνητικής παρέμβασης υπέρ των καταθετών[56].

---

50 Η προνομιακή κατάταξη των απαιτήσεων των καταθετών (εν ολίγοις, το πλαίσιο διατάξεων κατά το οποίο στην περίπτωση αφερεγγυότητας μιας τράπεζας οι απαιτήσεις των καταθετών ικανοποιούνται μετά την κάλυψη των εξόδων της διαδικασίας αφερεγγυότητας και την ικανοποίηση των ενέγγυων πιστωτών, αλλά πριν από τους κοινούς πιστωτές) αποτελεί παγιωμένο χαρακτηριστικό του τραπεζικού κανονιστικού τοπίου στις ΗΠΑ, όχι όμως και άλλων χωρών. Στις ΗΠΑ η προνομιακή κατάταξη των απαιτήσεων των καταθετών καταλαμβάνει τόσο τις εγγυημένες όσο και τις μη εγγυημένες καταθέσεις (στην περίπτωση των εγγυημένων καταθέσεων η FDIC αποζημιώνει τους καταθέτες και υποκαθιστά εαυτή αντ' αυτών ως προνομιούχος πιστωτής της χρεοκοπημένης τράπεζας, ενώ στην περίπτωση των μη εγγυημένων καταθέσεων οι καταθέτες δικαιούνται να διεκδικήσουν την ικανοποίηση των σχετικών απαιτήσεών τους σύμφωνα με την προβλεπόμενη στο πλαίσιο της διαδικασίας αφερεγγυότητας κατάταξή τους, χωρίς πάντως να έχουν αξίωση έναντι του ταμείου εγγύησης των καταθέσεων). Η προνομιακή κατάταξη των απαιτήσεων των καταθετών υφίσταται κριτική λόγω του ότι μπορεί να οδηγήσει σε αύξηση του κόστους της χρηματοδότησης για τις τράπεζες, ενισχύοντας παράλληλα την επιπολαιότητα των καταθετών κατά την επιλογή του ιδρύματος στο οποίο πρόκειται να καταθέτουν τα χρήματά τους.

51 Υπάρχουν, βέβαια, εξίσου βάσιμοι λόγοι που δικαιολογούν την εισαγωγή των συστημάτων εγγύησης των καταθέσεων. Ο ένας είναι ότι η ύπαρξή τους θα μειώσει τον κίνδυνο αστικής ευθύνης στον οποίο είναι εκτεθειμένες οι εποπτικές αρχές του χρηματοπιστωτικού τομέα (π.χ. σε σχέση με καταθέτες που έχουν υποστεί ζημίες επί των καταθέσεών τους). Βλ. σχετικά R.J. Dijkstra «Liability of financial regulators: Defensive conduct or careful supervision?», *Journal of Banking Regulation*, 10 (4), σ. 269-284, και Φ. Αθανασίου, «Financial Sector Supervisors Accountability: A European Perspective», 2011, ECB Legal Working Paper Series No 12, διαθέσιμο στη διεύθυνση: http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ ecblwp12.pdf.

52 Είναι γενικά αποδεκτό ότι ενισχύοντας την εμπιστοσύνη των καταθετών στη σταθερότητα του τραπεζικού συστήματος, η ασφάλιση των καταθέσεων συμβάλλει στη διαμόρφωση ενός βαθύτερου χρηματοπιστωτικού συστήματος, προάγει την οικονομική ανάπτυξη και συντελεί στην αύξηση των επιπέδων οικονομικής δραστηριότητας.

53 Βλ. άρθρο 34 παράγραφος 1 στοιχείο η) της BRRD.

54 Βλ. S. Bowles, Πρόεδρο της Επιτροπής οικονομικής και νομισματικής πολιτικής του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, «The Cyprus Bailout Deal is a Disaster for EU Rules and Single Market Principles», 16 Μαρτίου 2013, διαθέσιμο στη διεύθυνση http://sharonbowles.org.uk/en/article/2013 και M. Draghi, εισαγωγικές δηλώσεις στο πλαίσιο της συνέντευξης Τύπου της ΕΚΤ της 4ης Απριλίου 2013, διαθέσιμο στη διεύθυνση http://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2013).

55 Διαθέσιμο στη διεύθυνση:
http://eurozone.europa.eu/media/402209/Eurogroup%20statement%20CY_final__16%203%202013%20_2_.pdf.

56 Η σταδιακή επικράτηση της νομοθεσίας περί εξυγίανσης, ιδιαίτερα μετά την έκδοση της BRRD, είναι βέβαιο ότι θα αποδυναμώσει την TBTF, καθώς η εξυγίανση ουσιαστικά αποτελεί την «απάντηση» στο δίλημμα που αντιπροσωπεύει η TBTF.

Διαφορετικό είναι πάντως το ζήτημα του κατά πόσον τα παραπάνω αρκούν για να στοιχειοθετήσουν καθ' οιονδήποτε τρόπο αγώγιμη προσδοκία. Η BRRD σαφώς μεταχειρίζεται τις μη εγγυημένες καταθέσεις ως περιουσιακά στοιχεία υποκείμενα σε bail-in, προστατεύοντας τις εγγυημένες μόνον καταθέσεις από το bail-in. Κατ' αρχήν αυτό θα έπρεπε να μην αφήνει περιθώρια για τυχόν τεκμήρια – υπαγορευόμενα από όρους δικαιοπολιτικούς – υπέρ του αντιθέτου (έστω και αν ευλόγως θα μπορούσε κανείς να αμφισβητήσει τη λογική των οικονομικών και αναδιανεμητικών συνεπειών του να επωμίζονται μόνο οι ανασφάλιστοι καταθέτες το βάρος του bail-in των καταθετών). Το ότι εξακολουθεί να επικρατεί η αντίληψη περί των καταθέσεων ως ασφαλούς μορφής τοποθέτησης χρημάτων (τουλάχιστον εντός της ΕΕ) κατά πάσα πιθανότητα αποτελεί συνέπεια της φυσικής αδράνειας, απότοκης πολλών δεκαετιών σταθερότητας του τραπεζικού τομέα, παρά μάλλον λογική συνέπεια της φύσης του κινδύνου τον οποίο ενέχει η δραστηριότητα αποδοχής καταθέσεων ή των χαρακτηριστικών των καταθέσεων ως διακριτών μορφών επενδύσεων σε σχέση με άλλες. Οι πρόσφατες οξείες τραπεζικές κρίσεις σε Κύπρο και Ελλάδα αποτελούν απόδειξη των κινδύνων που διατρέχουν οι καταθέτες, συμπεριλαμβανομένου και αυτού ακόμη του νομισματικού (ούτως νοούμενου του κινδύνου αλλαγής του νομίσματος στο οποίο ήταν εκφρασμένες οι υποκείμενες σε αυτόν τραπεζικές καταθέσεις).

Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Συνιστούν οι τραπεζικές καταθέσεις επενδύσεις; Όπως διαπιστώθηκε ήδη, σαφής απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν υπάρχει. Ασφαλώς, υπάρχουν επιχειρήματα προς αμφότερες τις κατευθύνσεις, ενώ σημαντικό ρόλο διαδραματίζει η οπτική γωνία προσέγγισης του ζητήματος. Υπό καθαρά οικονομικούς όρους οι καταθέσεις μπορούν να θεωρηθούν επενδύσεις. Από νομική ή χρηματοοικονομική άποψη η απάντηση μοιάζει να είναι λιγότερο σαφής, καθώς άπτεται σειράς παραγόντων, όπως το είδος της κατάθεσης (η κατάθεση διάρκειας μίας ημέρας είναι πιθανό να μην αποτελεί επένδυση και το ίδιο ισχύει, ενδεχομένως, για τις καταθέσεις αρνητικού επιτοκίου ενώ, αντιστρόφως, μία υψηλής απόδοσης κατάθεση ή μία κατάθεση καθορισμένης διάρκειας είναι εννοιολογικά εγγύτερες προς την έννοια της επένδυσης), το ύψος της (μέχρι ή άνω του ορίου εγγύησης των καταθέσεων) ή η ιδιότητα του καταθέτη (ως ιδιώτη ή επαγγελματία). Θα μπορούσε ενδεικτικά να υποστηριχθεί ότι οι καταθέσεις δεν αποτελούν επενδύσεις μέχρι του ορίου εγγύησής τους και ότι ως προς το υπερβάλλον (ή εφόσον δικαιούχοι τους τυγχάνουν εξειδικευμένα νομικά πρόσωπα, όπως συνταξιοδοτικά ταμεία ή άλλες θεσμικές δομές) ορισμένες καταθέσεις θα μπορούσαν να θεωρηθούν επενδύσεις (και μάλιστα ανεξαρτήτως του ύψους τους). Είναι ομολογουμένως ατυχές το ότι ένα τόσο θεμελιώδες ερώτημα δεν μπορεί να απαντηθεί κατά τρόπο σαφή και αδιαμφισβήτητο.

Η ίδρυση διεθνών τραπεζών και χρηματοπιστωτικών ομίλων ετερογενών δραστηριοτήτων εκατέρωθεν του Ατλαντικού και η διενέργεια από τις τράπεζες συναλλαγών για ίδιο λογαριασμό (proprietary trading) ελάχιστα έχουν συμβάλει στην αποσαφήνιση του θεμιτού της αντιμετώπισης της τραπεζικής κατάθεσης ως επένδυσης. Όσο οι τράπεζες δεν διενεργούσαν συναλλαγές για ίδιο λογαριασμό, δάνειζαν μόνο έναντι εξασφαλίσεων και εν γένει ακολουθούσαν συντηρητικές πολιτικές δανεισμού, ήταν ίσως δύσκολο να υποστηριχθεί βάσιμα ότι οι καταθέσεις ενείχαν σημαντικούς κινδύνους σχετιζόμενους με την πιθανότητα αθέτησης των υποχρεώσεων μίας τράπεζας ως ιδρύματος αποδοχής καταθέσεων. Απόντος του στοιχείου του κινδύνου θα ήταν δυνατό να υποστηριχθεί ότι οι καταθέσεις δεν θα μπορούσαν θεμιτά να θεωρηθούν επενδύσεις, ούτε καν από οικονομική άποψη. Η επιστροφή στον διαχωρισμό μεταξύ τραπεζικών εργασιών και επενδυτικών εργασιών/εργασιών για ίδιο λογαριασμό, ο οποίος από την έναρξη της παγκόσμιας οικονομικής κρίσης απολαύει εκ νέου υποστήριξης σε διεθνές επίπεδο[57], θα αποδυνάμωνε (αλλά, κατά πάσα πιθανότητα, δεν θα εξουδετέρωνε) την απήχηση των επιχειρημάτων όσων πρεσβεύουν ότι οι καταθέσεις προσομοιάζουν με επενδύσεις.

Εν τέλει, ο κύριος λόγος για τον οποίον κάποιοι καταθέτες θα μπορούσαν ενδεχομένως να διεκδικήσουν την ευεργετική για τους ίδιους εξαίρεση από τη μελλοντική λήψη μέτρων bail-in, ανεξαρτήτως του περιεχομένου της BRRD (ή για τον οποίο η BRRD θα μπορούσε, ως προς τούτο, να αναθεωρηθεί) άπτεται του δημόσιου συμφέροντος, παρά μάλλον νομικών παραμέτρων. Τα μέτρα εξυγίανσης και επιμερισμού των βαρών εξυπηρετούν εν τέλει οικονομικούς και ευρύτερους σκοπούς συστημικής σταθερότητας. Η χρηματοπιστωτική σταθερότητα αποτελεί δημόσιο αγαθό του οποίου απολαύουν όλοι, είτε ως καταθέτες είτε ως φορολογούμενοι. Εάν το bail-in των καταθετών είναι όντως το τίμημα της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας, είναι δύσκολο να σκεφτεί κανείς βάσιμους λόγους υπέρ της άρσης της εφαρμογής του επί των μη εγγυημένων καταθέσεων, με μία ίσως εξαίρεση: το δημόσιο συμφέρον για την ενθάρρυνση του πνεύματος αποταμίευσης μεταξύ του ευρύτερου κοινού ως πηγής ρευστότητας που μπορεί να διοχετευθεί σε παραγωγικές οικονομικές δραστηριότητες. Δεδομένου ότι σε μία σύγχρονη οικονομία η μεγαλύτερη ποσότητα χρήματος δημιουργείται στη βάση των τραπεζικών καταθέσεων, σε περίπτωση κατά την οποία η εμπιστοσύνη του κοινού στο ιερό και απαραβίαστο των καταθέσεων επρόκειτο να κλονιστεί ανεπανόρθωτα λόγω του χαρακτηρισμού τους ως μεταβλητών επενδύσεων και εφόσον οι καταθέτες επρόκειτο να αποσύρουν μαζικά τα χρήματά τους από το τραπεζικό σύστημα αντιδρώντας στην απειλή ενός bail-in, το προκύπτον

57 Εν προκειμένω η αναφορά παραπέμπει στον κανόνα Volcker («Volcker Rule») στις ΗΠΑ, στον νόμο περί χρηματοοικονομικών υπηρεσιών [Financial Services (Banking Reform) Act 2013] στο Ηνωμένο Βασίλειο (ο οποίος ψηφίστηκε σε συνέχεια της έκθεσης Vickers), καθώς και στην πρόσφατη πρόταση κανονισμού της ΕΕ σχετικά με τα διαρθρωτικά μέτρα για τη βελτίωση της ανθεκτικότητας των πιστωτικών ιδρυμάτων της ΕΕ, η οποία, κατά το πρότυπο του κανόνα Volcker, θεσπίζει απαγόρευση διενέργειας συναλλαγών για ίδιο λογαριασμό όσον αφορά συγκεκριμένες κατηγορίες τραπεζών.

έλλειμμα ρευστότητας θα έπρεπε να αναπληρωθεί με εναλλακτικά μέσα, συμπεριλαμβανομένου του δανεισμού από την κεντρική τράπεζα, για να διασφαλιστεί ότι η ποσότητα του κυκλοφορούντος χρήματος στην οικονομία θα παραμένει σταθερή. Ποιο από τα αντικρουόμενα αυτά δημόσια συμφέροντα θα πρέπει να επικρατήσει είναι ένα δύσκολο ερώτημα που δεν μπορεί να απαντηθεί εντός των πεπερασμένων ορίων της παρούσας μελέτης. Ωστόσο, αξίζει να το αναλογιστούμε, όχι επειδή μπορεί να παράσχει άμεση απάντηση στο ερώτημα που αποτελεί και το αντικείμενο της παρούσας μελέτης, αλλά επειδή μπορεί να ρίξει φως στην πρακτική αξία του εν λόγω ερωτήματος και στη διελκυστίνδα των συμφερόντων που καθιστούν την απάντηση σε αυτό ένα απαιτητικό, πλην όμως αναγκαίο, εγχείρημα.

Jürgen Basedow*

Bail-in und internationales Vertragsrecht – Kollisionsrechtliche Notizen zur Europäischen Bankenunion

Leonidas Georgakopoulos war ein überzeugter und engagierter Europäer. Als Mitglied des Kuratoriums hat er die Zeitschrift für Europäisches Privatrecht seit ihrer Gründung im Jahre 1993 tatkräftig unterstützt. Im Mai 1997 lud er die aktiven und korrespondierenden Herausgeber der Zeitschrift sowie die Mitglieder des Kuratoriums zum zweiten ZEuP-Symposium nach Athen ein;[1] in der alten Universität am Fuße der Akropolis führten Wissenschaftler und Praktiker aus ganz Europa einen lebhaften Gedankenaustausch über Fragen des werdenden europäischen Privatrechts, dies alles in einer Atmosphäre warmherziger Gastfreundschaft. Sie trug mit dazu bei, dass die ZEuP-Symposien zu einer dauerhaften Institution der europäischen Wissenschaftskooperation wurden.

Es entspricht diesem europäischen Interesse und Engagement von Georgakopoulos, dass der vorliegende Beitrag zu der Gedächtnisschrift für ihn das Projekt Europa zum Gegenstand hat. Seine langjährige Tätigkeit als Vorsitzender des Juristischen Beirates der Bank von Griechenland legt es zudem nahe, den Blick auf das europäische Bankrecht zu richten. Damit ist zugleich die Materie angesprochen, die seit Beginn der Finanzkrise im Jahre 2008 im Mittelpunkt der europäischen Politik steht. Der weitere Fortgang der europäischen Integration ist seither aufs Engste mit dem Erfolg der Bemühungen um die Europäische Bankenunion verbunden.

Die Bankenunion auch nur in ihren rechtlichen Aspekten näher zu analysieren, ginge über die Möglichkeiten dieses Beitrags hinaus. Der folgende Aufsatz soll deshalb nur ein Teilproblem beleuchten, das bei den Beratungen über die Bankenunion – wenn überhaupt – nur eine Nebenrolle gespielt hat. Es geht um das *bail-in*, d.h. die Herabsetzung oder Umwandlung von Forderungen in eine Beteiligung am Eigenkapital der Bank und ihre Durchsetzung, dies auch nur in Verfahren mit einer grenzüberschreitenden Dimension, siehe unten III für EU-interne Fälle und IV für Drittstaatenfälle. Während die Diskussionen über die Bankenaufsicht und –ab-

---

* Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.), Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Professor an der Universität Hamburg; *Membre associé* des *Institut de droit international*.

1 Die Beiträge von *Odersky, Kötz, Zuleeg, Posch, Georgakopoulos, de Groot, Harmathy, Weir, Cian, Koziol, Magnus, Bucher, Pintens und Inzitari* sind mit einer Einführung von *Basedow* abgedruckt in Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 1998, 484–685.

wicklung im Allgemeinen aus der Innensicht einer notleidenden Bank und der sie stützenden staatlichen Stellen geführt werden, wird hier der Blick auf private Rechtsbeziehungen und damit auf Gläubiger gerichtet, die ihre Forderungen auch in einer solchen Situation durchsetzen möchten. Sie werden sich dazu der Möglichkeiten des Internationalen Zivilprozessrechts und des Internationalen Privatrechts bedienen. Zunächst ist freilich ein Überblick über Hintergrund und Institutionen der Bankenunion erforderlich, unten I, insbesondere über den einheitlichen Abwicklungsmechanismus, unten II.

I. Die Bankenunion im Überblick

Die Bankenunion kennzeichnet ein überaus komplexes Vorhaben.[2] Die Finanzkrise hat die Gefahren verdeutlicht, die in einem System freien Kapitalverkehrs und grenzüberschreitend operierender Banken von der drohenden Insolvenz eines einzigen Kreditinstituts ausgehen können. Dabei handelt sich um Ansteckungsgefahren für andere Banken im In- und Ausland sowie für das Bankensystem insgesamt; darüber hinaus kann es zu massenhaftem Abzug von Geldern durch die Kundschaft kommen, einem *bank run*. Um die Krise einzudämmen und ihr Übergreifen auf andere Wirtschaftszweige zu verhindern, sind einige Staaten mit umfangreichen Unterstützungsmaßnahmen für Kreditinstitute von systemischer Bedeutung eingesprungen, z.B. der staatlichen Beteiligung an einer kränkelnden Bank oder der Übernahme von Schulden, sog. *bail-out*, dies alles auf Kosten der Steuerzahler. In der Folge sind einige Staatshaushalte ihrerseits aus der Balance geraten.

Eine national begrenzte Aufsicht einzelstaatlicher Behörden über die Kreditwirtschaft hat diese Gefahren nicht bannen können, weil Banken ihre Gelder in Sekundenschnelle in andere Länder an dortige Zweigstellen und Tochtergesellschaften transferieren können, die dem Zugriff und der Kontrolle der nationalen Aufsicht des Herkunftslandes entzogen sind. Außerdem ist die Liquidation einer Bank nach dem Recht eines einzelnen Mitgliedstaates, wie sie in der eher koordinierenden Bankensanierungsrichtlinie von 2001 festgeschrieben war,[3] keine Antwort auf die europaweite Verflechtung der Kreditinstitute. Künftigen Bankenkrisen entgegenwirken soll daher ein europaweiter Regulierungsrahmen, als Europäische Bankenunion bezeichnet. Ihrer Verwirklichung dienen zahlreiche, zum Teil sehr um-

2 Ein Überblick findet sich bei *Christian Calliess/Christopher Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, Juristenzeitung (JZ) 2015, 113–121; *David Howarth/Lucia Quaglia*, Banking Union as Holy Grail: Rebuilding the Single Market in Financial Services, Stabilizing Europe's Banks and 'Completing' Economic and Monetary Union, Journal of Common Market Studies 51 (2013) 103–123 (107–110).

3 Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.4.2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, ABl. 2001 L 125/15.

fangreiche Rechtsakte. Sie beruht im Wesentlichen auf zwei Säulen: der einheitlichen Bankenaufsicht durch die Europäische Zentralbank (EZB) als präventivem Instrument im Euro-Raum[4] und – in der gesamten Union – dem einheitlichen Abwicklungsmechanismus für Banken, die in Schieflage geraten sind;[5] außerdem werden in der ganzen EU Einlagen von Bankkunden durch einen harmonisierten Mechanismus gesichert, und zwar mindestens in Höhe von 100.000 €.[6]

Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen steht der einheitliche Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism, SRM). Seine wichtigsten Rechtsgrundlagen sind erstens die EU-weit geltende Richtlinie 2014/59 (SRM-RL),[7] zweitens – beschränkt auf den Euro-Raum – die Verordnung 806/2014 (SRM-VO)[8] und drittens das Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge.[9] Das Übereinkommen ist die Grundlage für die Übertragung von Mitteln der nationalen Abwicklungsfonds auf den gemeinsamen europäischen Abwicklungsfonds. Die völkerrechtliche Rechtsform erklärt sich aus den Zweifeln daran,

4 Single Supervisory Mechanism (SSM), eingeführt durch die Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. 2013 L 287/63; dazu *Christos Gortsos*, The "Single Supervisory Mechanism": a Major Building Block Towards a European Banking Union (the full Europeanisation of the 'Bank Safety Net', in: Festschrift für Spiridon Vrellis, Athen 2014, S. 93–150; *Henning Berger,* Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) – Bankenaufsicht im europäischen Verbund, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 2015, 501–506; *Tobias Tröger*, The Single Supervisory Mechanism – Panacea or Quack Banking Regulation?, European Business Organization Law Review (EBOR) 15 (2014) 449–497; *Christoph Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, München 2015, S. 137 ff.

5 Single Resolution Mechanism (SRM); dazu *Karl-Philipp Wojcik/Jan Ceyssens*, Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus: Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2014, 893 – 897; *Emilios Avgouleas/Charles Goodhart*, Critical Reflections on Bank Bail-ins, Journal of Financial Regulation (JFinReg) 1 (2015) 3–29.

6 Nach früheren Regelungen, die auf das Jahr 1994 zurückgehen, gilt nunmehr die Richtline 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Einlagensicherungssysteme (Neufassung), ABl. 2014 L 173/149.

7 Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (im Folgenden: SRM-RL), ABl. 2014 L 173/190; in Deutschland umgesetzt durch Gesetz vom 10.12.2014, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2014, I-2091, vor allem in dessen Art. 1, dem Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Finanzgruppen (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz – SAG); der Vorschlag für die SRM-RL war Gegenstand eines Symposiums an der Universität Frankfurt, siehe *Andreas Dombret/Patrick S. Kenadjian*, ed., The Bank Recovery and Resolution Directive, Berlin, De Gruyter 2013; siehe zur deutschen Rechtslage *Leonhard Hübner/Steven Leunert*, Sanierung und Abwicklung von Banken nach SAG und SRM-VO, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – ZIP 2015, 2259–2265.

8 Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.7.2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (im Folgenden: SRM-VO), ABl. 2014 L 225/1; zur Anpassung des deutschen Rechts siehe den Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Abwecklungsmechanismusgesetz – AbwMechG, Bundesrat – Drucksache (BR-Drs.) 193/15 vom 1.5.2015; siehe jetzt Gesetz vom 2.11.2015, Bundesgesetzblatt I-1864.

9 Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge vom 21.5.2014, Bundesgesetzblatt 2014, II-1298.

ob Art. 114 AEUV, die Rechtsgrundlage für die Rechtsangleichung im Binnenmarkt, auch einen Rechtsakt über den Transfer finanzieller Mittel zwischen staatlichen Einrichtungen tragen kann.

II. Bankenabwicklung: Zweck und Instrumente

Die zuvor genannten Rechtsakte dienen dem Zweck, den *bail-out*, also die Verlagerung der Risiken auf den Steuerzahler für künftige Bankenkrisen zu verhindern. Stattdessen soll eine Haftungsordnung etabliert werden,[10] bei der in erster Linie die Eigentümer/Aktionäre, in zweiter Linie die Gläubiger einer Bank und in dritter Linie ein nationaler oder – bei den großen Kreditinstituten – gemeinsamer Abwicklungsfonds für Verluste einstehen müssen. Erst wenn auch die Mittel des von der Kreditwirtschaft alimentierten Abwicklungsfonds nicht ausreichen, kommen Unterstützungsleistungen des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) in Betracht, der von den Staaten, letztlich also wieder den Steuerzahlern finanziert wird.[11]

Mit der Verwirklichung der genannten Ziele betraut werden Abwicklungsbehörden in allen Mitgliedstaaten[12] sowie ein zentraler Ausschuss (Single Resolution Board) auf supranationaler Ebene mit Zuständigkeit für alle „teilnehmenden Mitgliedstaaten", also die Euro-Länder.[13] Dem Ziel, einer Ansteckung anderer Institute zuvorzukommen, entspricht eine frühzeitige Einleitung des Abwicklungsverfahrens, die schon vor Eintritt der üblichen Insolvenzgründe – Überschuldung, (drohende) Zahlungsunfähigkeit – vorgesehen ist.[14] Die beteiligten Behörden bilden einen rechtlich durchstrukturierten Verwaltungsverbund mit Weisungsrechten und Kooperationspflichten. Sie haben in ihrem jeweiligen sachlichen Zuständigkeitsbereich weitreichende Eingriffsbefugnisse, die auch die Umgestaltung privater Rechtsverhältnisse einschließen. Ihnen stehen verschiedene Instrumente zu Gebote, mit denen sie das Hauptziel – Vermeidung von Ansteckungen und *bank runs* – ohne Belastung des Steuerzahlers erreichen können, also gemäß der oben geschilderten Haftungsordnung die vorrangige Einstandspflicht von Gläubigern etablieren.

Zu den Instrumenten gehören: Die Übertragung durch behördliche Anordnung von ganzen Geschäftsbereichen des notleidenden Kreditinstituts auf andere Unternehmen, möglichst zu Marktbedingungen;[15] die Übertragung von Rechten und

10 Siehe Art. 34 Abs. 1 und 101 der SRM-RL sowie Art. 76 SRM-VO.
11 Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 2.2.2012, BGBl. 2012, II-981; siehe auch ESM, Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Institutions of 8 December 2014, auf der Website des ESM: www.esm.europa.eu → about us → legal documents.
12 Art. 3 SRM-RL.
13 Art. 42 SRM-VO.
14 Art. 32 SRM-RL, 18 SRM-VO, jeweils mit sehr differenzierten Regelungen.
15 Art. 38 ff. SRM-RL, 24 SRM-VO: Instrument der Unternehmensveräußerung.

Verbindlichkeiten auf eine eigens dafür gegründete staatliche Einrichtung, ein sog. Brückeninstitut, das unter Kontrolle der Abwicklungsbehörde steht – Fall der *bad bank*;[16] Übertragung von Vermögenswerten auf spezielle Zweckgesellschaften zur Verwertung.[17] Kernstück und für viele Rechtsordnungen neu ist das sogenannte *bail-in*, siehe sogleich. Subsidiär sind als „letztes Mittel" auch staatliche Stabilisierungsinstrumente zugelassen, nämlich die Beteiligung des Staates am Eigenkapital sowie die vorübergehende Übernahme.[18]

Vertragsrechtliche Bedeutung hat vor allem das *bail-in*, bei dem die Abwicklungsbehörde durch einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt anordnet, dass Forderungen gegen die Bank im Nennwert herabgesetzt oder in Anteile an der Bank umgewandelt werden.[19] Etliche Forderungen sind davon ausgenommen, so etwa gedeckte Einlagen, Gehaltsforderungen von Arbeitnehmern oder Forderungen aus Einlagen bis zur Höhe des gesicherten Betrages.[20] Die Ausnahmen gelten „unabhängig davon, ob diese [ausgenommenen Forderungen] dem Recht eines Mitgliedstaates oder eines Drittstaates unterliegen".[21] Daraus lässt sich im Gegenschluss entnehmen, dass alle anderen Forderungen auch dann vom *bail-in* erfasst sein können, wenn für sie das Recht eines Drittstaates maßgeblich ist. Für die Erstreckung auf Fremdrechtsforderungen spricht auch der Zweck des Verfahrens: Der Schutz öffentlicher Mittel[22] lässt sich nur erreichen, wenn die Zahl der ausgenommenen privaten Forderungen begrenzt wird. Soweit Forderungen erfasst sind, bewirkt das *bail-in* Erfüllung der offenen Ansprüche; sie gelten im Umfang ihrer Herabsetzung oder Ersetzung als „erfüllt" und „beglichen".[23] Durch das *bail-in* müssen wenigstens 8% der gesamten Verbindlichkeiten der notleidenden Bank erbracht werden, bevor Hilfen aus dem Abwicklungsfonds, der nächsten Stufe der Haftungsordnung, in Anspruch genommen werden können.[24]

Die Erwartungen gehen dahin, dass das neue Instrument die Gläubiger zur Vorsicht anspornt. Sie können sich nicht mehr auf die helfende Hand des Staates und Steuerzahlers verlassen, die rechtzeitig für eine hinreichende Liquidität der Bank und damit für die Erfüllung der eigenen Ansprüche sorgen wird. Der Staat wird vielmehr erst dann einspringen, wenn sie selbst einen Teil ihrer Forde-

16 Art. 40 f. SRM-RL, 25 SRM-VO: Instrument des Brückeninstituts.
17 Art. 42 SRM-RL, 26 SRM-VO: Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten.
18 Siehe die Art. 56-58 SRM-RL; zur Subsidiarität siehe Art. 56 Abs. 3.
19 Art. 43 ff., 59 ff. SRM-RL, 27 SRM-VO: Bail-in Instrument. Soweit dies geschieht, erlöschen die bestehenden Anteile oder werden auf die am *bail-in* beteiligten Gläubiger übertragen, Art. 47 Abs. 1 SRM-RL. Siehe *Seraina Neva Grünewald*, The Resolution of Cross-Border Banking Crises in the European Union, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2014, p. 42 ff.
20 Art. 44 Abs. 2(a) sowie (g) i) und iv) SRM-RL; Art. 27 Abs. 3 (a) sowie (g) i) und iv) SRM-VO.
21 Art. 44 Abs. 2 vor (a) SRM-RL; Art. 27 Abs. 3 vor (a) SRM-VO.
22 Art. 31 Abs. 2 (c) SRM-RL.
23 Art. 53 Abs. 3 und 4 SRM-RL.
24 Art. 44 Abs. 5(a) SRM-RL; Art. 27 Abs. 7(a) SRM-VO.

rungen abgeschrieben haben. Also werden sie den Risiken einer Investition und der Geschäftsbeziehung mit einer Bank größere Aufmerksamkeit widmen. Diese Erwartung mag in vielen Fällen berechtigt sein. Wo Gläubiger es dagegen an der gebotenen Aufmerksamkeit haben fehlen lassen, werden sie, sobald sich das Risiko realisiert, über Mittel und Wege nachdenken, wie sie ihre Forderungen trotz des *bail-in* in voller Höhe eintreiben können. Das *bail-in* wird unweigerlich zur Quelle von Prozessen.[25] Einerseits werden betroffene Gläubiger vor Gericht bestreiten, dass in ihrem Fall die Voraussetzungen des *bail-in* vorlagen[26] oder dass ihre Forderungen vom *bail-in* erfasst werden konnten. Andererseits werden Gläubiger von Verbindlichkeiten mit einem grenzüberschreitenden Element versuchen, dem *bail-in* über das Ausland und sein Recht auszuweichen. Letzteres ist im Folgenden näher zu erörtern.

III. Bankenabwicklung innerhalb der Europäischen Union

Zivilrechtliche Streitigkeiten über die Wirkungen eines *bail-in* können sich in vielfältigen Sachzusammenhängen ergeben, vor allem in vertragsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Prozessen. Die folgenden Ausführungen richten den Blick auf vertragsrechtliche Auseinandersetzungen. Sie resultieren beispielsweise daraus, dass der Gläubiger eines Darlehens oder einer Schuldverschreibung die notleidende Bank auf Rückzahlung der gesamten Tilgungssumme bzw. auf den Restbetrag verklagt, um den die ursprünglich geschuldete Gesamttilgungssumme durch das *bail-in* gekürzt wurde.

Eine grenzüberschreitende Dimension kann ein solcher Fall dadurch erlangen, dass (1) der Darlehensgeber/Investor/Kläger in einem anderen Land als dem der Bank niedergelassen ist; (2) die Bank für die Ausgabe der Effekten die Hilfe eines ausländischen Emissionskonsortiums in Anspruch genommen hat; (3) der Darlehensvertrag ausländischem Recht unterliegt; (4) in dem Vertrag für die Rückzahlung ein ausländischer Erfüllungsort vereinbart ist; (5) Streitigkeiten aus dem Vertrag in einem ausländischen Gerichtsstand ausgetragen werden oder (6) ein internationales Schiedsgericht vereinbart wurde. Man wird weiter danach differenzieren müssen, ob der Auslandskontakt zu einem anderen EU-Staat oder zu einem Drittstaat besteht.

25 *Avgouleas/Goodhart*, oben Fn. 5, JFinReg 1 (2015) 15: "Bail-out, being undertaken by the authority of the government, is, we would argue, somewhat less liable to legal suit than bail-in."

26 Die Zulässsigkeit des bail-in hängt von der Prognose ab, dass es „die finanzielle Solidität und langfristige Überlebensfähigkeit des jeweiligen Instituts ... wiederherstellt." Siehe Art. 43 Abs. 3 SRM-RL; Art. 27 Abs. 2 SRM-VO. Diese Prognose ist naturgemäß unsicher und kann sich schnell – schon während des Gerichtsverfahrens – als fehlerhaft erweisen.

1. Vorgaben der SRM-Richtlinie

Zunächst seien EU-interne Fallgestaltungen thematisiert. Die SRM-Richtlinie trägt der internationalen Verflechtung von Banken durchaus Rechnung und sieht für diesen Fall eine einheitliche Gruppenabwicklung vor.[27] Im Kern geht das Konzept dahin, dass die Abwicklungsbehörden aller Mitgliedstaaten, in denen die Gruppe durch das Mutterunternehmen, Tochtergesellschaften oder bedeutende Zweigstellen vertreten ist, ein sog. Abwicklungskollegium bilden.[28] Das ist ein Beratungs- und Entscheidungsverbund unter dem Vorsitz der für die Gruppenabwicklung zuständigen Behörde, d.h. der Abwicklungsbehörde des Landes, in dem sich die konsolidierende *Aufsichts*behörde der Gruppe befindet;[29] dies wird im Allgemeinen der Mitgliedstaat sein, in dem das Mutterunternehmen ansässig ist.[30] Die Abwicklungskollegien sollen über ein Gruppenabwicklungskonzept beraten, das dann im Regelfall Gegenstand einer gemeinsamen Entscheidung der beteiligten Behörden wird.[31] Die gemeinsamen Entscheidungen „werden als endgültig anerkannt und von den Abwicklungsbehörden in den betreffenden Mitgliedstaaten angewandt."[32]

Die passivische Formulierung („werden ... anerkannt") lässt im Unklaren, wer anerkennen, also gebunden sein soll; sind es nur die Abwicklungsbehörden der anderen am Abwicklungskollegium beteiligten Länder? Oder auch Abwicklungsbehörden in sonstigen Mitgliedstaaten? Oder gar alle Träger staatlicher Gewalt in sämtlichen Mitgliedstaaten, einschließlich der Zivilgerichte? Der sprachliche Duktus und viele in den maßgeblichen Vorschriften geregelte Details verdeutlichen, dass es in der SRM-Richtlinie um die Kooperation von Verwaltungsbehörden geht. Die Anerkennung ist die Kehrseite der zuvor durchgeführten Abstimmung zwischen den Behörden. Gerichte werden nur als Rechtsmittelgerichte angesprochen, bei denen die Betroffenen Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der Abwicklungsbehörden suchen können.

Zivilgerichte finden nirgends Erwähnung, obwohl die Entscheidungen der Abwicklungsbehörden im Falle eines *bail-in* privatrechtsgestaltenden Charakter haben. Ganz anders verhält es sich diesbezüglich mit der Richtlinie 2014/104 zu der ähnlich

---

27 Siehe Art. 91 und 92 der SRM-RL; zu den Vorüberlegungen siehe *Dirk H. Bliesener*, Legal Problems of Bail-ins under the EU's proposed Recovery and Resolution Directive, in *Dombrecht/Kenadjian*, oben Fn. 7, p. 189–227, 222 f.

28 Art. 88 Abs. 2 SRM-RL.

29 Art. 88 Abs. 5 SRM-RL in Verbindung mit der Definition der „für die Gruppenabwicklung zuständigen Behörde" in Art. 2 Abs. 1 Nr. 44 SRM-RL und der Definition der „konsolidierenden Aufsichtsbehörde" in Art. 2 Abs. 1 Nr. 37 SRM-RL.

30 Art. 4 Abs. 1 Nr. 41 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl. 2013 L 176/1.

31 Art. 91 Abs. 7 und Art. 92 Abs. 3 SRM-RL.

32 Art. 91 Abs. 10 und Art. 92 Abs. 6 SRM-RL.

gelagerten Frage, ob kartellbehördliche Entscheidungen aus einem Mitgliedstaat A in Schadenersatzprozessen anderer Mitgliedstaaten B oder C zu beachten sind; diese Richtlinie expliziert und erläutert die Bedeutung der kartellrechtlichen Entscheidung aus einem anderen Mitgliedstaat für ein nationales Zivilgericht.[33] Von der Auswirkung auf zivilgerichtliche Verfahren ist dagegen in der SRM-Richtlinie nicht die Rede, weder in Bezug auf die am Abwicklungskollegium beteiligten Staaten noch hinsichtlich anderer Mitgliedstaaten oder Drittstaaten. Wie sich gemeinsame Entscheidungen dort auswirken, ist also nach den allgemeinen Regeln des Internationalen Privat- und Prozessrechts zu beurteilen. Dies gilt auch dann, wenn es nicht um die Abwicklung einer Gruppe, sondern um diejenige eines einzelnen Kreditinstituts geht, die sich aber ebenfalls auf zivilgerichtliche Verfahren in anderen Ländern auswirken mag.

Eine Pflicht zur Anerkennung von Entscheidungen der Abwicklungsbehörden bzw. –kollegien in anderen Mitgliedstaaten ergibt sich auch nach allgemeinen Regeln nicht. Die Europäische Insolvenzverordnung schließt Insolvenzverfahren über das Vermögen von Kreditinstituten von ihrem Anwendungsbereich aus.[34] Die Brüssel I-Verordnung bezieht sich nicht auf „Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren".[35] Die Anerkennungsregeln beider Rechtsakte gelten im Übrigen nur für ausländische Gerichtsentscheidungen, nicht für Verwaltungsakte.[36] Die spezielle Richtlinie zur Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten enthält keine Bestimmungen zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen.[37]

2. Vertragsstatut und Eingriffsnormen

Im Falle einer Rückzahlungsklage bestimmen alle Gerichte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das auf vertragliche Verbindlichkeiten anzuwendende Recht nach der sog. Rom I-Verordnung.[38] Ihre Kollisionsregeln finden auch noch Anwendung, wenn über das Vermögen einer Vertragspartei ein Sanierungs- oder

33 Vgl. Art. 9 der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1.

34 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. 2000 L 160/1; ebenso die Nachfolgeregelung: Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), ABl. 2015 L 141/19; zu der Bereichsausnahme für Kreditinstitute, jeweils in Art. 1 Abs. 2, siehe *Gerald Mäsch* in *Thomas Rauscher*, Hrsg., Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – EuZPR/EuIPR.Kommentar, Band II, 4. Aufl. Köln 2015, Art. 1 EG-InsVO Rdnr. 12.

35 Art. 1 Abs. 2 (b) der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2012 L 351/1 (Brüssel I-VO).

36 Siehe Art. 2 (a) der Brüssel I-VO; Art. 16 und 25 der EU-Insolvenzverordnung, oben Fn. 33.

37 Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.4.2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, ABl. 2001 L 125/15.

38 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

Liquidationsverfahren eröffnet wurde; die maßgeblichen Rechtsakte der EU sehen dafür keine Ausnahme vor.[39] Für die hier interessierenden Finanzkontrakte werden die Parteien in aller Regel das anwendbare Recht gemäß Art. 3 Rom I-VO gewählt haben. Wo ausnahmsweise eine Rechtswahl fehlt oder unwirksam ist, ist bei Darlehen gemäß Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO grundsätzlich das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Darlehensgebers als des Schuldners der charakteristischen Leistung maßgeblich.[40] Im Falle einer Anleihe steht zwar ebenfalls die Rechtswahl im Vordergrund; mangels Rechtswahl soll hier freilich im Interesse eines einheitlichen Vertragsstatuts gegenüber allen Anleihegläubigern das Recht am Sitz des Anleiheschuldners als der engsten Verbindung zum Zuge kommen.[41]

Gleich welches Recht anwendbar ist und ob es durch Rechtswahl oder objektive Anknüpfung berufen wurde, in jedem Falle kommt Eingriffsnormen anderer Rechtsordnungen gemäß Art. 9 Rom I-VO eine Sonderstellung zu. Es handelt sich dabei gemäß Abs. 1 dieser Bestimmung um zwingende Vorschriften, deren Einhaltung der Erlassstaat aus Gründen seines öffentlichen Interesses, insbesondere an seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, für so entscheidend hält, dass sie ungeachtet des sonst maßgeblichen Rechts auf Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen wird zwischen Eingriffsnormen des Forumstaates, solchen des Landes des Erfüllungsortes der fraglichen Verbindlichkeit und den Eingriffsnormen anderer Länder unterschieden. Über die Anwendung der Eingriffsnormen des Forumstaates befindet das angerufene Gericht nach seinen nationalen Kollisionsnormen; sie werden von der Rom I-VO nicht berührt, Art. 9 Abs. 2. Ob das Gericht den Eingriffsnormen des Erfüllungsortes Wirkung verleihen will, steht nach Art. 9 Abs. 3 in seinem Ermessen, soweit diese Eingriffsnormen die Erfüllung unrechtmäßig werden lassen. Für Eingriffsnormen sonstiger Staaten ist kein Sonderstatus vorgesehen. Hier hat es mit der Anwendung des kraft Rechtswahl oder objektiver Anknüpfung maßgeblichen Vertragsstatuts sein Bewenden; ob den drittstaatlichen Eingriffsnormen auf materiellrechtlicher Ebene noch Beachtung gegeben werden kann, ist streitig.[42]

---

39 Siehe die Art. 3, 10 und 20 ff. der Richtlinie 2001/24/EG, oben Fn. 37.

40 Siehe *Dieter Martiny* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 6. Aufl. München 2015, Art. 4 Rom I-VO Rdnr. 213; *Richard Plender/Michael Wilderspin*, The European Private International Law of Obligations, 3. ed. London 2009, para. 7-059, jeweils mit Nachweisen auf die deutsche und britische Rechtsprechung.

41 So zum früheren Internationalen Privatrecht der Bundesgerichtshof (BGH) 25.10.2005, BGHZ 164, 361, 365 = IPRax 2007, 43; in seiner Rezension wird diese Auffassung auch für das heutige IPR vertreten von *Robert Freitag*, Die Golddollaranleihe der Stadt Dresden von 1925 vor dem BGH – das auf im Ausland platzierte Anleihen anwendbare Recht, IPRax 2007, 24, 27 f.; ebenso für die Rom I-VO *Martiny*, oben Fn. 39, Art. 4 Rom I-VO, Rdnr. 221. Das Ziel der einheitlichen Anknüpfung wird in der Rom I-VO in Art. 6 Abs. 4 (d) und Erwägungsgrund 28 für Verbraucherverträge expliziert.

42 Contra *Martiny*, oben Fn. 40, Art. 9 Rom I-VO Rdnr. 114 mit weiteren Nachweisen; *Plender/Wilderspin*, oben Fn. 40, gehen in paras. 12-019 – 12-025 rechtsvergleichend auf die Ausgangslage ein; nach para. 12-028 hat Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO gerade in diesem Punkt die Rechtsicherheit gegenüber der früheren Rechtslage gesteigert.

Die Abwicklungsentscheidungen nach der SRM-Richtlinie erfüllen die Voraussetzungen einer Eingriffsnorm insofern, als sie im öffentlichen Interesse getroffen werden: Abwicklungsziele wie die Verhinderung der Ansteckung und der Schutz öffentlicher Mittel[43] betreffen die wirtschaftliche Organisation eines Landes im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO. Die Anordnungen der Abwicklungsbehörden sind auch zwingend. Durch europarechtliche Vorgaben steht des weiteren fest, dass die Mitgliedstaaten das *bail-in* auf Forderungen unabhängig vom jeweiligen Vertragsstatut anwenden, so wie dies in Art. 9 Abs. 1 vorausgesetzt wird.[44]

Fraglich kann die Einordnung der Abwicklungsentscheidungen als Eingriffsnormen nur hinsichtlich des Rechtsnormcharakters sein. Es handelt sich ja um konkret-individuelle Anordnungen, denen die abstrakt-generelle Natur einer Rechtsnorm fehlt. Art. 9 Abs. 1 bezieht sich jedoch auf „Vorschriften"; historisches Vorbild waren die *„lois de police"* gemäß Art. 3 Abs. 1 des französischen *Code civil*. Freilich kommt die Anordnung eines *bail-in* einer generellen Regelung nahe, bezieht sie sich doch auf eine große Zahl von Gläubigern einer Bank, deren Rechte durch eine einzige Entscheidung der Verwaltung alle in gleicher Weise betroffen sind. Wie bei der verwaltungsmäßigen Konkretisierung von Embargo-Vorschriften oder von Grundstücksverkehrsregeln sollte auch hier die Verwaltungsentscheidung als Teil des zwingenden Regelungsbereichs und damit als Eingriffsnorm qualifiziert werden.

3. Folgerungen

Aus den vorstehenden Ausführungen ergeben sich Schlussfolgerungen für Klagen der vom *bail-in* betroffenen Bankgläubiger. Soweit sie vor dem Gericht eines Mitgliedstaates klagen, der in dem Abwicklungskollegium durch seine Abwicklungsbehörde vertreten ist, wird das Gericht die Entscheidung von Abwicklungsbehörde bzw. –kollegium auf jeden Fall befolgen, gleich ob das Vertragsstatut der streitigen Verbindlichkeit die *lex fori* oder ausländisches Recht ist. Ist es die *lex fori*, so wird das Gericht entsprechend der SRM-Richtlinie zu dem Schluss kommen, dass der gekürzte Schuldbetrag durch das *bail-in* als erfüllt gilt; die diesbezügliche Entscheidung der Abwicklungsbehörde ist ja Teil des eigenen Rechts.[45] Unterliegt die streitige Verbindlichkeit dagegen ausländischem Recht, wird das Gericht dieselbe Entscheidung der eigenen Abwicklungsbehörde über Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO durchsetzen.

Anders verhält es sich, wenn der Kläger das Gericht eines Mitgliedstaates anruft, dessen Abwicklungsbehörde nicht an dem Abwicklungskollegium beteiligt

43 Siehe die Abwicklungsziele in Art. 31 Abs. 2 (b) und (c) SRM-RL.
44 Siehe oben im Text bei Fn. 21.
45 Siehe oben bei Fn. 23.

war. Für die Gerichte in diesem Land handelt es sich bei der Anordnung des *bail-in* in einem anderen Mitgliedstaat um die Eingriffsnorm eines ausländischen Staates. Wenn in dem ausländischen Staat der Erfüllungsort der Verbindlichkeit liegt, eröffnet sich dem Richter immerhin Ermessen: Er kann der Anordnung des *bail-in* gemäß Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO Wirkung verleihen, muss es aber nicht. Wenn die Anordnung aus einem anderen Staat stammt als dem des Erfüllungsortes, ist ihm auch dieses Ermessen abgeschnitten. Er hat dann dem Anspruch des klagenden Gläubigers nach dem Vertragsstatut stattzugeben und kann die Anordnung des *bail-in* allenfalls im Rahmen der Anwendung dieser Rechtsordnung beachten; dies ist freilich wie erwähnt streitig und wird von der vorherrschenden Ansicht abgelehnt.

Die Kreditinstitute verfügen also über beachtliche Gestaltungsmöglichkeiten. Angenommen, eine italienische Regionalbank habe Tochtergesellschaften in Österreich und Slowenien; im Abwicklungsfall wird dann ein Abwicklungskollegium tätig, dem die Abwicklungsbehörden der drei Länder angehören. Angenommen sei ferner, dass die Bank sich durch ein Darlehen einer britischen Bank refinanziert und in dem Vertrag für die Rückzahlung der Erfüllungsort Luxemburg sowie Maßgeblichkeit englischen Rechts und die ausschließliche Zuständigkeit der Londoner Gerichte vereinbart ist. Wenn die britische Bank, nachdem das Abwicklungskollegium den Betrag ihrer Rückzahlungsforderung herabgesetzt hat, (noch vor dem Brexit) Klage auf Zahlung des Kürzungsbetrages erhebt, kann das Londoner Gericht der Anordnung des bail-in über Art. 9 Abs. 3 keine Wirkung verleihen, weil die Anordnung nicht aus dem Land des Erfüllungsortes stammt. Nachdem sich gerade die britische Regierung bei den Verhandlungen zur Rom I-VO gegen eine weitere Fassung des Art. 9 Abs. 3 ausgesprochen hat,[46] ist auch nicht anzunehmen, dass das Londoner Gericht dem *bail-in* im Rahmen des *common law* zur Wirkung verhilft. Ob ein obsiegendes Urteil dann vollstreckt werden kann, steht auf einem anderen Blatt. Doch wird der Zweck des ausgeklügelten Abwicklungsverfahrens der SRM-Richtlinie offensichtlich konterkariert.

IV. Bankenabwicklung mit Bezug zu Drittstaaten

1. Regelungsansätze

Der freie Kapitalverkehr ist *de facto* und auch *de iure* nicht auf die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der Union beschränkt. Als einzige der europäischen

46 Siehe *Plender/Wilderspin*, oben Fn. 40, para. 12-022 mit weiteren Nachweisen.

Grundfreiheiten gilt die Kapitalverkehrsfreiheit auch im Verhältnis zu Drittstaaten.[47] Bei der Konzeptionierung der Bankenabwicklung wurde denn auch von vornherein bedacht, dass die Finanzbeziehungen zwischen Kreditinstituten in der EU und solchen in Drittstaaten einbezogen werden müssen, wenn die Abwicklungsverfahren nicht apriori ihrer Wirkung beraubt werden sollen. Wie schon ausgeführt, erstrecken sich Anordnungen eines bail-in deshalb auch auf solche Forderungen gegen die notleidende EU-Bank, die dem ausländischem eines Drittstaates Recht unterliegen.[48]

Doch damit nicht genug: Die Mitgliedstaaten werden zusätzlich verpflichtet, ihre Kreditinstitute zur vertraglichen Absicherung eines potenziellen *bail-in* anzuhalten. Wenn ein Kreditinstitut aus der EU eine Verbindlichkeit eingeht, die dem Recht eines Drittlandes unterliegt, so muss es danach eine vertragliche Bestimmung in die Vereinbarung mit dem Gläubiger aufnehmen, wonach diese Verbindlichkeit der Herabschreibungs- und Umwandlungsbefugnis der Abwicklungsbehörden unterfallen kann; der Gläubiger muss darin im Voraus entsprechende Verluste und Rechtseinbußen akzeptieren.[49] Dass diese Regelungen an die Maßgeblichkeit ausländischen Rechts als Vertragsstatut anknüpfen, genügt wie oben dargelegt nicht, um die Vielfalt grenzüberschreitender Bezüge zu erfassen. Immerhin werden daran gewisse Regelungsvorstellungen und –muster deutlich.

Die vertragliche Absicherung der Bankenabwicklung zielt offensichtlich auf zweierlei: Zum einen soll drittstaatlichen Vertragspartnern und – im Falle der Gewährung von diplomatischem Schutz – ihren Heimatstaaten der Einwand abgeschnitten werden, die EU bzw. ihre Mitgliedstaaten hätten durch die Abwicklung in Eigentumsrechte oder in die europarechtlich verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit eingegriffen. Zum anderen soll damit sichergestellt werden, dass Zivilgerichte auch außerhalb der EU eventuelle Anordnungen eines *bail-in* respektieren und anwenden.[50]

2. Grenzen vertraglicher Absicherungsklauseln

Ob die rechtlichen Risiken wirklich nach dem Prinzip *volenti non fit iniuria* ausgeschlossen werden können, erscheint allerdings fraglich. Zum einen kann die vertragliche Verweisung auf eventuelle Anordnungen eines *bail-in* naturgemäß nur zwischen den Vertragsparteien als Einverständnis interpretiert werden. Davon betroffen sein können aber auch Dritte. Wenn sich eine Bank aus einem EU-Mit-

47 Siehe Art. 63 Abs. 1 AEUV; zum Umfang gemäß der neueren Rechtsprechung siehe *Frieder Mörwald/Kristina Nreka*, Die Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatenfällen – Bestandsaufnahme der EuGH-Rechtsprechung zur Dividendenbesteuerung, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 2014, 76–84.

48 Siehe oben im Text bei Fn. 21.

49 Art. 55 Abs. 1 SRM-RL.

50 Nur der letztere Zweck ist genannt in Erwägungsgrund 77 der SRM-RL.

gliedstaat über Kredite von arabischen Geldgebern refinanziert und die Abwicklungsbehörde eine Umwandlung der Kredite in Eigenkapitalbeteiligungen anordnet, so verändert dies nicht nur die Rechte der arabischen Darlehensgeber, die durch eine Vertragsklausel auf dieses Risiko hingewiesen werden und es akzeptieren könnten; vielmehr erlöschen dadurch partiell Kapitalanteile der Aktionäre der Bank, dies unabhängig davon ob sie die Nationalität von EU-Mitgliedstaaten oder von Drittstaaten haben.[51] Immerhin unterscheidet sich dieser Eingriff in die Rechte der Anteilseigner aber nicht wesentlich vom Verlust der gesamten Eigenkapitalbeteiligung im Falle der Insolvenz, und man mag ihn damit rechtfertigen, dass Gesellschafter sich durch ihre Beteiligung dem rechtlichen Rahmen des Statuts der Gesellschaft einschließlich seiner späteren Veränderungen beugen.

Wirkungsvoll scheinen die Absicherungsklauseln zum anderen sowohl in faktischer wie in rechtlicher Hinsicht, soweit es um das bilaterale Verhältnis zwischen der Bank und einem vertraglichen Gläubiger, etwa einem Darlehensgeber geht. Unabhängig vom Vertragsstatut ist es den Vertragsparteien in den meisten Rechtsordnungen erlaubt, die genauere Bestimmung des Vertragsinhalts einverständlich einer dritten Partei zu überlassen;[52] warum also nicht einer staatlichen Behörde? Und sollten die Parteien nicht, wenn sie schon durch Abänderung des Vertrages oder durch Vergleich den Tilgungsbetrag einvernehmlich herabsetzen können, auch das Risiko einer solchen Reduktion durch behördliche Entscheidung übernehmen bzw. zuweisen können? Diese privatrechtliche Betrachtung übersieht, dass die Vereinbarung der Absicherungsklausel nach der SRM-Richtlinie nicht auf dem freien Willen der Parteien beruht, sondern einer Partei durch hoheitlichen Akt zur Pflicht gemacht wird.

Dadurch tritt, soweit Drittstaaten berührt sind, zu der privatrechtlichen eine internationalrechtliche Perspektive hinzu. Der Zwang zur Aufnahme von Absicherungsklauseln bedeutet für die drittstaatliche Vertragspartei Unterwerfung unter das Wirtschaftsrecht der EU; durch den in Europa dekretierten *bail-in* sind sie gehalten, bestehende Forderungen bei der eigenen Rechnungslegung abzuschreiben und die daraus folgenden bilanzrechtlichen oder insolvenzrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Für drittstaatliche Gerichte ergibt sich daraus die Pflicht zur extraterritorialen Anwendung von Eingriffsnormen bzw. dem *ordre public* der EU.

Die fraglichen Vorschriften der SRM-Richtlinie erinnern an Versuche anderer Staaten, ihre eigenen Unternehmen zur Vereinbarung entsprechender *submission clauses* in Verträgen mit ausländischen Partnern zu veranlassen und so eine

51 Siehe oben in Fn. 19.

52 Siehe *Ole Lando/Hugh Beale*, eds., Principles of European Contract Law – Parts I & II, The Hague 2000, Art. 6:106, S. 311 ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen; *Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke*, eds., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2008, Art. II. – 9:106, S. 140.

extraterritoriale Durchsetzung ihres eigenen Wirtschaftsrechts zu gewährleisten. Von dieser Methode haben zum Beispiel die USA bei der Durchsetzung von Handelsembargos Gebrauch gemacht.[53] In ihren Reaktionen haben andere Staaten solche Versuche, die Jurisdiktionssphäre der USA auszuweiten, entschieden zurückgewiesen. In einer diplomatischen Note des Vereinigten Königreichs von 1982 heißt es, dass "…a provision in a contract between two private parties providing that an overseas party will observe the law of the United States in regard to any re-export of items of United States origin is not capable of replacing or overruling the national law of the country concerned. Any attempt by a State to further the use of such clauses in private contracts concluded by its nationals for the purposes of extending the jurisdiction of the State would be objectionable."[54] Und in einem *Aide Mémoire* stellt die Europäische Gemeinschaft selbst im Jahre 1983 fest, dass "…such 'Submission Clauses' cannot confer on the United States export controls a valid jurisdictional reach they would not otherwise have."[55]

Dass die EU sich nun bei der Bankenabwicklung eines Instruments bedient, das sie selbst früher bei anderen Staaten und in anderem Zusammenhang aus völkerrechtlichen Gründen kritisiert hat, ist nicht frei von Ironie und wird die Position der EU gegenüber Drittstaaten im Konfliktfall schwächen. Unabhängig von der völkerrechtlichen Frage lässt sich aber jedenfalls nicht ausschließen, dass drittstaatliche Gerichte aus kollisionsrechtlichen Gründen trotz einer vertraglichen Absicherungsklausel einem europäischen bail-in die Beachtung versagen, weil sie darin die Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts sehen.[56] Insgesamt wird man der Verwendung von Absicherungsklauseln daher nur eine begrenzte Wirkung prophezeien können: Sie werden Beachtung finden, soweit in dem fremden Drittstaat ebenfalls eine Ansteckung befürchtet wird; dagegen wird man sie dort verwerfen, wenn es allein darum geht, die Forderung eines einheimischen Gläubigers gegenüber der abzuwickelnden Bank aus der EU durchzusetzen. Alles in allem sind die Absicherungsklauseln daher ein dubioses Instrument; der Abschluss von völkerrechtlichen Vereinbarungen, die jedenfalls im Verhältnis zu bedeutenden Staaten der internationalen Finanzwirtschaft eine grenzüberschreitende Wirkung der Bankenabwicklung sichern, erübrigt sich dadurch nicht.

---

53 Siehe *Vaughan Lowe*, International Law Issues Arising in the "Pipeline" Dispute: the British Position, German Yearbook of International Law 27 (1984) 54, 55.

54 So ein Memorandum der britischen Regierung an das US-Außenministerium im Falle des Embargos gegen die westsibirische Pipeline, abgedruckt bei *Vaughan Lowe*, Extraterritorial Jurisdiction, Cambridge 1983, S. 212–214, 214.

55 Abgedruckt bei *Lowe*, vorige Fn., S. 215–219, 217.

56 Zu dieser Problematik rechtsvergleichend etwa *Hans W. Baade*, Operation of Foreign Public Law, in *Ulrich Drobnig/Kurt Lipstein*, eds., International Encyclopedia of Comparative Law vol. III, ch. 12, *Tübingen* 1990 und 2011, sect. 12 ff.; speziell im Zusammenhang mit Inkorporationsklauseln *Lowe*, oben Fn. 53, German Yearbook of International Law 27 (1984), 56.

V. Fazit

Das Projekt der Europäischen Bankenunion ist umfassend, komplex und reich an Facetten, seine Verwirklichung ein schwieriges Unterfangen. Wie alles zwingende Wirtschaftsrecht wird man es letztendlich daran messen, ob es die angestrebten Ziele erreicht, ob es also im Falle einer Bankenkrise eine ölfleckartige Ausbreitung und die Ansteckung anderer Wirtschaftssektoren sowie die Inanspruchnahme rettender Steuergelder vermeiden kann. Dazu ist hier ein Blick auf die offene Flanke jeder zwingenden Regelung geworfen worden, nämlich die Durchsetzung des *bail-in* in grenzüberschreitenden Fällen. Für die Bankenabwicklung innerhalb der Europäischen Union hat sich dabei eine Durchsetzungslücke ergeben: Private Gestaltungsmöglichkeiten und die Einbettung in das System der EU-Rechtsakte zum Internationalen Privat- und Prozessrecht wurden nicht hinreichend bedacht. Hinsichtlich der Bankenabwicklung mit Bezug auf Drittstaaten wurde zwar mit der Pflicht zur Vereinbarung von Absicherungsklauseln ein Instrument der externen Erstreckung eines *bail-in* näher ausgestaltet. Doch ist seine Völkerrechtskonformität ebenso zweifelhaft wie seine Durchsetzung in Drittstaaten.

Jens-Hinrich Binder*

The position of creditors under the BRRD

From the perspective of German academia, our esteemed colleague, the late Professor Leonidas Georgakopoulos, will surely be remembered not least for one particular characteristic related to his outstanding achievements in his academic and practical work as a distinguished corporate, banking and commercial lawyer. This characteristic can best be described in architectural terms: In addition to these achievements, documented in a host of monographs and articles in academic journals in Greece and Germany (among others), Professor Georgakopoulos has been an architect and a builder of bridges – bridges between the circles of German and Greek legal scholarship. Starting with his widely read, splendid doctoral dissertation, written under the supervision of Professor Hans Würdinger at the University of Hamburg between 1955 and 1959, Professor Georgakopoulos has been present in German legal doctrine not just as the author of numerous scholarly contributions, which continue to be cited with approval by the relevant commentaries and other academic work until the present day. Moreover, with his presence in many scholarly debates of his time, he also helped to prepare the ground for the on-going fruitful exchange between the two countries in personal terms, from which both his contemporaries and, indirectly, also younger generations (including the author of the present paper, who regrettably has not had the privilege to meet Professor Georgakopoulos in person) have benefitted immensely. It is to be hoped that this relationship, characterised by openness, mutual interest, mutual understanding and personal friendship between academics in the two countries, will continue and prosper in the future. In this spirit, the present paper undertakes to explore a subject that, like so many aspects of financial regulation today, has proved to be of the utmost relevance in all European jurisdictions during the recent financial crisis.

---

* Professor of Law, Chair of Private Law and Commercial Law, Eberhard-Karls-Universitaet, Tuebingen, Germany; E-mail: binder@jura.uni-tuebingen.de. Parts of the present chapter draw from Jens-Hinrich Binder, Resolution Tools and Powers, Ch. 1, in id. and Dalvinder Singh (eds.), Bank Resolution: The European Regime (Oxford: Oxford University Press, 2016, forthcoming), preprint available at http://ssrn.com/abstract=2499613, and from Jens-Hinrich Binder, Cross-Border Coordination of Bank Resolution in the EU: All Problems Resolved?, Working Paper (2015), available at http://ssrn.com/abstract=2659158.

I. Introduction

Across the European Union – and indeed internationally –, one of the most important regulatory responses to the lessons learnt throughout the global financial crisis of 2007-9 has been a marked shift in the functional understanding of the legal framework for bank resolution. Prior to the crisis, the legal regimes for the treatment of banks in distress, by and large, bank insolvency regimes (if available at all in the laws of the EU Member States) usually had been conceived of very much in the same way as insolvency procedures generally: as frameworks for the resolution of individual firm failures, with or without some technical adjustments to cater for the special needs of a banking business (as opposed to a non-financial company), but with design features broadly similar to those available in ordinary corporate insolvency.[1] The dramatic changes made during and after the crisis nowadays are characterised by an entirely different conceptual underpinning: Unlike traditional insolvency procedures, the primary objective of modern "resolution tools", to use the term coined by the Bank Recovery and Resolution Directive (the BRRD) of 2014 (in force since 1 January 2015),[2] is no longer merely to sort out the individual relationships (in contract and/or property law) between an insolvent firm and its counterparties. Instead, the primary task of resolution procedures – as distinct from traditional forms of insolvency procedures for both ordinary companies and banks – has come to be seen in preserving financial stability. It was particularly the *Lehman Brothers* case in September 2008 that, by triggering a global meltdown of commercial relationships between the insolvent investment bank and its direct counterparties as well as among other market participants and providers of market infrastructure, clearly demonstrated the conceptual deficiencies of traditional forms of insolvency management for systemically relevant financial institutions.[3] Avoiding the contagious effects of traditional forms of insolvency management, which are associated mainly with the abrupt closure of an institution and the imposition of a moratorium during the early stages of formalised insolvency management, has since become a key policy concern – and a fundamental principle that has informed the technical design of the innovative, if untested, solutions.

Modern resolution tools seek to simulate the economic outcomes of traditional insolvency procedures for bank owners, managers and at least large creditors – but

1 See, for a detailed account of the developments leading to the development of modern forms of bank insolvency management, Jens-Hinrich Binder, Resolution Tools and Powers, Ch. 1, in id. and D. Singh (eds.), *Bank Resolution: The European Regime* (Oxford: Oxford University Press, 2016, forthcoming).

2 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 p. 190.

3 See, again, Binder, supra n. 1 and, in German, id., An den Leistungsgrenzen des Insolvenzrechts: Systemische Bankeninsolvenz und verfahrensförmige Sanierung, *KTS – Zeitschrift für Insolvenzrecht* 2013, 277.

only to the extent that this is compatible with the overarching aim to avoid systemic contagion arising out of the relevant institution's failure. This shift in both underlying policy and technical design of bank insolvency laws inevitably comes with implications for the treatment of creditors. Given the legal nature of the new resolution tools, which are based in administrative law and designed and managed by resolution authorities with no participation of creditors in decision-making whatsoever, creditors are not just simply forced to stand by as resolution authorities devise and execute resolution actions. In an outright insolvency liquidation of the firm, the residual value of the creditors' financial positions vis-à-vis the insolvent debtor would be contingent on a relatively simple variable, namely the realisable value of the debtor's assets. In administrative resolution, by contrast, the high degree of discretion granted to resolution authorities with regard to both the combination and the calibration of the new resolution tools arguably comes with an increased level of uncertainty with regard to the ultimate outcome of the proceedings. Against this backdrop, the present chapter analyses the creditors' treatment under the BRRD and the Regulation creating the institutional framework for the Single Resolution Mechanism within the Eurozone,[4] which follows the same principles and prescribes the same set of technical instruments.[5]

There are two interrelated, but nonetheless distinct aspects to the topic, which will be addressed in turn hereafter: In insolvency, the creditors' position will be determined by the substantive requirements for the creditors' treatment, set out mainly in the Directive's provisions on "general principles governing resolution",[6] the requirements on loss distribution in connection with the application of a bail-in tool[7] as well as the substantive "safeguards"[8] and procedural means of protection[9] prescribed as a corollary to the powers granted to resolution authorities (infra, II.). Specific problems will arise in cross-border contexts, where the instrumentarium will have to be dealt with in a complex legal and institutional environment, involving, even within the Banking Union, numerous national authorities and courts (infra, III.).

4 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, OJ L 225, p. 1 (hereafter: 'the SRM Regulation').

5 For the sake of legibility, references in the text will be confined to the relevant provisions in the BRRD, with corresponding references to the SRM Regulation added in the footnotes.

6 Article 34 BRRD, Article 15 SRM Regulation.

7 In particular, Articles 42, 47-50 BRRD, Article 27 SRM Regulation.

8 Title IV, Chapter VII BRRD, referred to in Article 29(1)(3) SRM Regulation.

9 Article 85(3) and (4) BRRD, cf. Articles 85 and 86 SRM Regulation.

II. The substantive framework

A. Creditor losses as a (crucial) part of the fundamental policy objectives

To be sure, prior to the global financial crisis, there had been no universally agreed standard for the technical design of bank insolvency regimes within Europe. In fact, the absence of such standards is widely, and rightly, considered as one of the main impediments to effective resolution of financial institutions during the crisis. The lack of trust in the capacity of traditional forms of insolvency management, justified by the dramatic fallout of the *Lehman* case, clearly motivated the readiness in many jurisdictions, both within Europe and beyond, to engage in costly, taxpayer-funded bailouts during the crisis.[10] These in turn drastically conflicted with the fundamental principle that, in any given modern market economy, commercial and financial failure should be addressed through orderly insolvency procedures that ensure an equal burden-sharing among creditors, who cannot be repaid in full out of the insolvent estate, but also penalise shareholders and management for ill-designed financial and commercial decisions. In addition to avoiding taxpayer exposure to the losses ensuing of bank failure, combating moral hazard among these groups of actors has therefore been identified as a policy objective for the design of bank insolvency laws. Significantly, imposing losses on creditors is an inherent conceptual feature of this set of policy objectives as well. Conceptually, just as in ordinary insolvency, such losses are to be considered desirable – even if, and to the extent that, the risk of loss as such incentivises the creditors *ex ante* to exercise a degree of control over the debtor's affairs that would, in turn, reduce *his* incentives to take excessive risks. Already the Basel Committee's "Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group", which was published in March 2010 and marked the beginning of renewed efforts by international setters for the development of substantive global harmonisation of bank insolvency regimes, emphasized the need to foster market discipline by effectuating the existing resolution regimes and removing the *de facto* reliance of major market participants on public financial support.[11] Likewise, the Financial Stability Board's "Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions", released

10 See, for further discussion, Binder, supra n. 1. And see, generally, Christos Hadjiemmanuil, 'Special Resolution Regimes for Banking Institutions: Objectives and Limitations', in W.G. Ringe and P. M. Huber (eds.), *Legal Challenges in the Global Financial Crisis: Bail-Outs, the Euro, and Regulation* (Oxford & Portland: Hart Publishing, 2014), at pp. 214-217; Thomas F. Huertas, *Safe to Fail: How Resolution Will Revolutionise Banking* (Basingstoke & New York: Palgrave Macmillan, 2014).

11 See Basel Committee on Banking Supervision, 'Supervisory Guidance on Dealing with Weak Banks' (March 2002) (available online at www.bis.org/publ/bcbs88.pdf), paras. 2-16, 120-121.

in October 2011 and in many respects all but a blueprint for the later Commission proposal for the BRRD, ranks the allocation of losses to owners and creditors as well as the avoidance of public financial support amongst its key purposes.[12] The Directive itself also expressly seeks to facilitate that "shareholders bear losses first and that creditors bear losses after shareholders", and is confident that the new regime "should help avoid destabilising financial markets and minimise the costs for taxpayers".[13]

Effectively, modern bank insolvency regimes seek to combine the traditional objectives of insolvency resolution – liquidation or restructuring of the insolvent estate, with losses borne by shareholders and creditors – with the objective to protect systemic stability and to avoid taxpayer exposure.[14] It goes without saying that this rationale holds particularly with regard to those creditors who can reasonably be expected, by virtue of their commercial expertise and financial capacity, to exercise the necessary control. While this may be the case for large creditors (however defined), in particular wholesale investors in bank debt, ordinary bank depositors, whether individuals or small and medium-sized corporations, will frequently lack the relevant expertise and the required leverage to make an informed assessment of the viability of the bank and adjust their investments in a way that would influence the bank's management to readjust its risk taking.[15] If and to the extent that such concerns do not apply, however, exempting creditors from the distribution of losses in cases where the relevant bank's liabilities exceed equity would be incompatible with the policy concept of resolution: Just as they would suffer losses if the bank was liquidated under general insolvency law, so would – and should – they be exposed to similar losses when applying the new set of resolution tools.

B. Resolution under the BRRD: Concept and general principles - and their impact on creditor rights

1. Overview

Under the BRRD, "resolution", for the purposes of the Directive, is defined as "the application of a resolution tool or a tool referred to in Article 37(9) [*i.e.* addi-

12 Financial Stability Board, 'Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions' (2011), available at www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf, Preamble, p. 3.

13 BRRD, Preamble, recital 5.

14 Binder, supra n. 1.

15 See generally, Jens-Hinrich Binder, *Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht*, 2005, pp. 452-455; for an early statement of objectives in international standard setting, see Financial Stability Forum, Guidance for Developing Effective Deposit Insurance Systems (September 2001), available at http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_0109b.pdf, p. 10.

tional tools or powers imposed by member states under their domestic laws and regulations] in order to achieve one or more of the resolution objectives referred to in Article 31(2)."[16] In this context, Article 31(2) clearly identifies the protection of systemically important economic functions of banks as the key policy objective. Pursuant to Article 32(1)(c) and (5), then, "resolution action" is to be taken only where it is deemed necessary in the public interest and only as a last resort where winding up of the institution under normal insolvency proceedings would be insufficient to meet the resolution objectives set out by article 31 of the Directive.[17] In addition, any resolution action is subject to a number of 'general principles governing resolution',[18] including, to name but the most important, that

- shareholders are to bear first losses (point (a)),
- creditors are to "bear losses after the shareholders in accordance with the order of priority of their claims under normal insolvency proceedings, save as expressly provided otherwise" (point (b)),
- the management body and senior management, as a rule, are to be replaced (point (c)),
- those responsible for the failure are to be held liable (point (e)),
- creditors of the same class, as a rule, are "to be treated in an equitable manner" (point (f)),
- no creditor is to incur greater losses as a result than he would have incurred if the institution had been wound up in normal insolvency proceedings (point (g)).

In line with the considerations developed above, resolution under the BRRD is thus designed as an alternative to traditional means of crisis management. Resolution authorities may take resolution action as an ultima ratio in specific circumstances, where the consequences of traditional forms of crisis management ("winding-up") would give rise to systemic concerns that otherwise could not be addressed effectively. However, the Directive leaves considerable discretion, with regard to, *inter alia*, the choice of instruments as such,[19] possible derogations from the ranking of claims in bail-ins,[20] and, at least outside the Banking Union, irregular financial bank assistance by Member States in extraordinary circumstances.[21] Still, the "resolution objectives" serve as a critical benchmark for the proportionality of resolution actions (which, again, may be taken only if traditional means of insolvency resolution would not achieve the same objectives to the same degree).[22] In other words, traditional forms are referred to as

16 BRRD, Article 2(1).
17 Cf., stipulating the same criteria, SRM Regulation, Article 18(1)(c) and (5).
18 Article 34(1) BRRD and Article 15 SRM Regulation
19 Articles 31(1), 34(1) and 37(4) BRRD, Articles 14(1), 15(1) and 18(6) SRM Regulation.
20 Article 44(3) BRRD, Article 27(4) SRM Regulation.
21 Articles 56-58 BRRD.
22 See, again, Article 31(5) BRRD, Article 18(5) SRM Regulation.

a counterfactual, against which both the benefits of alternative forms of 'resolution' and their potential downsides for shareholders and stakeholders are to be measured – with certain safeguards designed so as to ensure that the economic outcome for these groups does not fall below what would have to be expected in ordinary winding-up. The relevant objectives are then defined so as to include (a) preserving the continuity of critical functions of the relevant institution, (b) advoiding 'significant adverse effects on the financial system', (c) protecting public funds, (d) protecting depositors and investors – but only to the extent that their claims are covered under the Deposit Guarantee and Investor Compensation Directives,[23] respectively, and ultimately (e) protecting 'client funds and client assets'.[24]

2. Specific implications for the treatment of creditors

a) A sound concept in theory – and a caveat

The policy objectives and general principles discussed above are crucial not just for the understanding of the technical 'toolbox' prescribed by the BRRD as a whole. They also provide the key to the understanding of the creditors' position in bank insolvency, at least in theory. In this context, three specific principles must be highlighted once again: *First*, it is essential that resolution actions, as a rule, must respect the ranking of claims in general insolvency law, unless otherwise provided in the Directive.[25] This clearly reflects the fundamental policy objective to simulate the economic outcomes of general insolvency proceedings for both shareholders and stakeholders, identified above as a fundamental principle for the design of alternative resolution tools generally. *Secondly*, resolution action, again unless otherwise provided, must respect the principle of equal, or *pari passu*, treatment of creditors ranking in the same class.[26] *Thirdly*, the rule that no creditor must be worse off as a result of resolution action than he or she would be in ordinary insolvency liquidation[27] is designed so as to afford all creditors a minimum level of protection which is to be calculated against the hypothetical outcome of the traditional alternative to modern resolution. As aptly summarised by Anna Gardella,

'[t]he BRRD sets the "fair balance" at the counterfactual insolvency value which takes into account the insolvency recovery rate. […] the NCWO principle entails that if the counterfactual value is zero, no compensation is due. In contrast, where

23 Directive 2014/49/EU of the European Parliament and the Council of 16 April 2014 on deposit guarantee schemes (recast), OJ L 173 of 12 June 2014, p. 149, and Directive 97/9/EC of the European Parliament and of the Council of 3 March 1997 on investor-compensation schemes, OJ L 84 of 26 March 1997, p. 22.

24 Article 31(2) BRRD, Article 14(2) SRM Regulation. For more detailed analysis, see Binder, supra n. 1.

25 See, again, Article 34(1)(b) and Article 48 BRRD, Article 15(1)(b) and Article 17 SRM Regulation.

26 Article 34(1)(f) BRRD, Article 15(1)(f) SRM Regulation.

27 Article 34(1)(g) BRRD, Article 15(1)(g) SRM Regulation.

the counterfactual value is positive, evicted persons in resolution cannot be made worse-off than in insolvency'.[28]

This also reflects concerns with regard to the protection of the right of property under the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights, as well as under the national constitutions of Member States.[29]

At first sight, all three principles are perfectly sound from a conceptual perspective. It is particularly in this respect that the Directive seeks to ensure that the economic outcome of insolvency under resolution for the stakeholders and, consequently, their incentive structure should, as a rule, be no different than under ordinary insolvency proceedings. At the same time, these principles address concerns that the application of such tools, for reasons inherent in the concept, could put at least some creditors in a less beneficial position than the outright application of more traditional forms of crisis management. As will be discussed in further detail below, this implicit assessment is certainly valid – and should not be treated lightly. It highlights strong potential tensions among the interests of the different groups of bank stakeholders: Certain groups of creditors, including both wholesale investors and bank customers, could potentially benefit from a more traditional approach, whereby the bank is closed and its assets are frozen for the benefit of creditors once the failure becomes inevitable. Although the outright liquidation would usually trigger a fire sale of the relevant bank's assets, which would lead to a substantial reduction in the realisable value of the insolvent estate compared to the residual going-concern value, creditors could still expect a substantial degree of protection in such proceedings, which usually give them a say in the ultimate economic fate of the insolvent debtor.[30] From a public policy perspective, however, liquidation is always the least beneficial alternative, given its implications for other market participants, providers of market infrastructure, and financial stability generally. These tensions are aptly illustrated by the outcome of the *Lehman Brothers* insolvency where, although high rates of recovery have been achieved in the long run, at least in some jurisdictions,[31] the fallout for global financial stability, triggered by the immediate consequences for counterparties and markets, was enormous. In the light of these tensions between private and public interest, the three

28 Anna Gardella, 'Bail-in and the Financing of Resolution within the SRM Framework', in Danny Busch and Guido Ferrarini (eds.), *European Banking Union* (Oxford: Oxford University Press, 2015), para. 11.31.

29 For further discussion of this aspect, see ibid., paras. 11.24-11.27.

30 On the international standards with regard to creditor participation in insolvency proceedings, see generally, e.g., World Bank, 'Revised Insolvency and Creditor Rights Systems Principles' (2011), available at http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/ICRPrinciples-Jan2011%5BFINAL%5D.pdf, at p. 17; UNCITRAL, 'Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two' (2004), available at www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf, pp. 190 et seq.

31 In the case of creditors of *Lehman Brothers*' German and UK subsidiaries, recovery rates are reported to have reached 100 per cent after years of liquidation: see, e.g., 'Lehman-Gläubiger erhalten alles zurück', *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6 March 2014, p. 20.

principles cited above appear to strike a reasonable balance: As will be seen below,[32] creditors have far less procedural rights in bank resolution than they would have under general insolvency law, but they are guaranteed at least an economic outcome that would not be worse than that they would have to expect in ordinary winding-up. Put differently: They stand to win if resolution action manages to yield more beneficial results for the creditors than would be achieved in ordinary insolvency, but will lose no more than they would lose under that alternative scenario either.

Arguably, one exception may be warranted with regard to this positive assessment. To be sure, the fundamental policy decision to protect depositors and investors only up to specified ceilings, above which they may be subjected to bail-ins or otherwise exposed to losses, is certainly fully consistent with the underlying rationale to preserve the economic outcome of traditional forms of insolvency management to the extent possible. It could well be questioned if this really justifies the limited protection of depositors, however. Authorities must be aware of a complex trade-off in this regard: In practice, the decision to bail in uncovered deposits will be a problematic one to take, especially in circumstances where confidence in the stability of the relevant financial system has already suffered. The case of Cyprus, where a drastic bail-in of deposits essentially wiped out this confidence, necessitating drastic restrictions on payouts of covered deposits and on cross-border payments in order to prevent a massive flight of capital, clearly provides a highly negative example in this regard.[33] In this light, the decision to complement the protection thus afforded with mandatory preferential treatment of depositors in insolvency under Article 108 of the Directive certainly is to be welcomed; whether it is enough to maintain a sufficient degree of depositor confidence in the safety of their assets as to stabilise market confidence remains to be seen, however.

b) Implementation problems: the valuation issue

Irrespective of the conceptual soundness, the level of protection thus afforded seems rather low for a number of reasons even before a closer inspection of the practical implications in relation to the individual resolution tools:

First, it is important to note that unequal rather than equal treatment of creditors should be expected to be the rule rather than the exception in the area of bank resolution. Unlike in ordinary insolvency proceedings, inequality is bound to happen for conceptual reasons, and therefore compensation *ex post* rather than the avoid-

32 Infra, C.4.

33 The statutory framework is available online at www.centralbank.gov.cy/nqcontent.cfm?a_id=12727&lang=en. For a critical evaluation, see, e.g., Stavros A. Zenios, 'Fairness and Reflexivity in the Cyprus Bail-In', *The Wharton Financial Institutions Center Working Paper* No. 14-04, available at http://ssrn.com/abstract=2409284. See also Jenny Giotaki, 'The Cypriot "bail-in litigation": a first assessment of the ruling of the Supreme Court of Cyprus', *Butterworth's Journal of International Banking and Financial Law* (2013), 485.

ance of unequal treatment *ex ante* will be the fundamental characteristic of future resolution action. As will be seen in more detail below, each of the resolution tools provides for special treatment, in one form or the other, of certain systemically important liabilities. Creditors whose claims are considered worthy of special protection in the interest of prevention of contagion can expect to recover the full amount of their claims within a rather short period of time, avoiding losses both in the short and the long run. While this mitigates both credit and liquidity risk on their part, other counterparties, whose losses do not give rise to systemic concerns, cannot hope to benefit from a similar level of protection. The considerable degree of discretion left to the resolution authority with regard to the calibration of the protection[34] further aggravates these concerns. Thus, while respecting the general ranking of claims in insolvency, the BRRD clearly provides for substantial loopholes, which are conceptually inconsistent with that general ranking and, in exempting certain liabilities for systemic reasons, compromise compliance with the normal pecking order.

Secondly, while impressive in theory, the promise to burden creditors only to the extent that they would suffer also in ordinary forms of insolvency is contingent on an intricate set of (interrelated) assumptions that may well prove unrealistic in part, especially in complex, international cases. In order for this promise to function as expected, it is essential, first of all, that the resolution taken in the individual circumstances facilitates an overall recovery rate at least equivalent to the one that would have been achieved in ordinary winding-up. This particular concern should be rather simple to deal with in practice, however. The reasons are twofold: On the one hand, for many (if not all groups of creditors), resolution under the BRRD – which is likely to imply the survival of considerable parts of the insolvent bank's business as a going concern, albeit frequently within a different legal structure[35] – is *per se* not unlikely to lead to higher recovery rates than would be possible in a fire sale in ordinary winding-up.[36] On the other hand, even where this is not the case, creditors would still be entitled to compensation under Articles 75 and 101(1)(e) of the BRRD, whereby they could claim the balance from the applicable resolution financing arrangements set up pursuant to Title VII of the Directive.[37] In such a case, the resolution fund effectively serves as a backstop for the benefit of the creditors, picking up on the losses generated throughout the resolution process.

34 See further infra, C.3.

35 For details, see the discussion of the individual resolution tools infra, C.

36 Whether this also holds true if the applicable general insolvency law, pursuant to which the relevant institution would be liquidated, facilitates a gradual, orderly run-off of long-term investments (e.g., mortgages) is a different question, however. Cf., discussing relevant differences in terms of the economic outcome of different liquidation approaches, Jens-Hinrich Binder, *Bankeninsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht*, 2005, pp. 567-8; George Jacobs and David Mitchell, 'The no-creditor-worse-off principle from a valuation perspective: standing in the shoes of a hypothetical liquidator', *Butterworth's Journal of International Banking and Financial Law* (2014), 233, at p. 234.

37 In principle, the same mechanism applies within the Banking Union, see Article 76(1)(3) SRM Regulation.

In either scenario, however, determining *if* the no-creditor-worse-off principle has been complied with, or violated, is the crucial step. By definition, this can only be assessed with hindsight. As the economic outcome of resolution action will usually take time to materialise, the relevant assessment will inevitably be made months or, probably more realistically, years from the initial decision to place a bank into resolution and the point in time when the relevant resolution action is designed and implemented.[38] Assessing the hypothetical outcome of ordinary winding-up, in such circumstances, will be extremely difficult not just because the assessment would refer on a counterfactual as such, but also because – especially in large, complex cases in a cross-border setting – the very decision to implement resolution action will usually have an impact on the market environment, with implications for the factual basis for valuation. To be sure, these difficulties have been addressed under the BRRD regime, which prescribes (at least) two valuations to be carried out: one before resolution action is taken (which may be complemented by an *ex post* valuation if only a provisional valuation is feasible in the circumstances),[39] another one once the resolution action in case has been effected.[40] While the former serves to prepare the basis for the calibration of the relevant resolution tools,[41] the latter is to assess, in slightly simplified terms,

- the treatment that the relevant creditors (or deposit guarantee scheme) hypothetically would have received in ordinary insolvency proceedings,[42]
- their actual treatment under the given resolution action[43] and
- the difference between the two positions.[44]

These requirements are eventually to be complemented by Technical Regulatory Standards, which should be developed by the European Banking Authority in due course.[45] However, even if uniform standards will definitely help to ensure consistency in this regard in view of many open methodological questions,[46] ensuring coherent approaches probably will be the least problematic aspect. Even with

38 It is worth noting that this refers to three different points in time. At each of these, circumstances relevant to the design of the resolution action, i.e., the combination of resolution tools, may have changed in volatile markets. This in turn could jeopardise decisions made at an earlier point in time, even though these were based on assumptions that were entirely accurate at that time.

39 Article 36 BRRD (for the combination of a provisional valuation with an *ex post* valuation, see Article 36(10) BRRD), Article 20(1)-(15) SRM Regulation.

40 Article 74 BRRD, Article 20(16)-(18) SRM Regulation.

41 For details, cf. Article 36(4) and (10) BRRD and, correspondingly, Article 20(5) and (11) SRM Regulation.

42 Article 74(2)(a) BRRD, Article 20(17)(a) SRM Regulation.

43 Article 74(2)(b) BRRD, Article 20(17)(b) SRM Regulation.

44 Article 74(2)(c) BRRD, Article 20(17)(c) SRM Regulation.

45 Cf. Article 36(14)-(16) BRRD. Upon completion of the present manuscript, the draft Standards have not yet been promulgated.

46 See, again, Gardella, supra n. 28, paras 11.47-11.57; Jacobs and Mitchell, supra n. 33; see Phoebus Athanassiou, 'Valuation in resolution and the "no-creditor-worse-off principle"', *Butterworth's Journal of International Banking and Financial Law* (2014) 16.

consistent standards applied across the EU, valuating a complex, interconnected business, whose value is highly contingent on the market environment, on a hypothetical basis will inevitably prove to be a daunting task, especially in the context of cross-border banks and banking groups, where assets and liabilities are located in a host of different jurisdictions, subject to a wide range of substantive laws, and where the commercial interdependencies between a large number of group companies have to be taken into account. If manageable at all, the complexity of the valuation exercise can probably be expected to require a considerable amount of time and financial resources. Against this backdrop, there appears to be a dramatic potential for *ex post* litigation, which will not just require yet further financial resources and could drag on for years, thus reducing the prospect of creditors to ultimately recover the difference between the real outcome of resolution action and the hypothetical proceeds that would have been recovered under ordinary winding-up.[47]

Whether or not the "no-creditor-worse-off principle", in the light of these considerations, should be regarded as anything more than a rather weak promise is open to doubt. At the very least, it is fair to conclude that the operation of the principle in practice, given the difficulty to operationalise the insolvency counterfactual especially in large, complex cases, will be burdened with a very high risk of protracted litigation, which will substantially weaken the level of protection offered by the prospect of compensation under Article 75 BRRD.

C. The reality test: Creditor rights and the application of the resolution tools

Given the highly diverse nature of the resolution tools set out in Title IV, Chapter IV of the BRRD,[48] it hardly comes as a surprise that the implications for creditors associated with each of these tools are far from consistent. In order to determine the substantive position of creditors in bank restructuring, it is therefore necessary to consider each tool separately, with the exception of the sale of business and bridge institution tools, which broadly serve similar objectives and are structured in parallel.

1. Sale of business and bridge institution

The sale of business tool may be used, in the form of share deals or asset deals,[49] in order to divest the failing bank of those parts of its business that are deemed sys-

47 Note that, pursuant to Article 36(13) BRRD and, correspondingly, Article 20(15) SRM Regulation, the valuation is not subject to a separate right to appeal but may be subject to an appeal against the relevant resolution action based on it.
48 Correspondingly Article 22, 24-27 SRM Regulation.
49 Article 38(1)(a) and (b) BRRD and Article 24(1)(a) and (b) SRM Regulation, respectively.

temically sensitive, and to transfer the relevant relationships, including assets and liabilities pertaining to them, to a third party purchaser (other than a bridge institution). The transaction shall be "made on commercial terms, having regard to the circumstances and in accordance with the Union State aid framework",[50] with any consideration paid to benefit the institution itself or its owners, depending on the form of transaction.[51] The relevant institution itself can then be wound up under normal insolvency law, avoiding systemic repercussions.[52] If no private purchaser is available, the shares or a combination of assets and liabilities may alternatively be transferred to a "bridge institution" set up and organised by public authorities pursuant to Article 40 of the Directive.[53] The bridge institution may then, within a limited period of time[54], either wind down the business, sell it as a whole or in part to another institution, or merge with another institution.[55]

Leaving aside the technical restrictions of this concept, which may have a significant impact on the feasibility of transfers in practice but are beyond the scope of the present chapter,[56] one aspect is of particular interest for present purposes: Precisely *because* both tools are designed to accomplish the segregation of systemically relevant and non-systemically relevant commercial relationships, and to protect the former against the liquidation of the latter, discrimination between specific groups of creditors are not just likely to occur in the implementation. They are, in fact, part and parcel of the very concept. Transferring some commercial relationships to a third party (private acquirer or bridge institution), which has been selected because it can be reasonably expected to fulfil the ongoing obligations vis-à-vis the original counterparties of the insolvent bank without causing disruption to individual contractual relationships and, ultimately, systemic contagion, will inevitably entail discrimination between those creditors who benefit from the transfer, and those who do not.

It follows that those relationships which have *not* been transferred on to the private acquirer or the bridge bank (or have been transferred back to the insolvent entity in due course[57]) rest with the insolvent legal entity – and are therefore likely to receive a considerably different treatment. If the insolvent entity is ultimately liquidated in ordinary winding-up procedures, the relevant creditors are bound to receive nothing but the ordinary insolvency dividend. Although both the transfer of business tool and the bridge institution tool are required to involve a compensat-

50 Article 38(2) BRRD, referred to in Article 24(2)(b) SRM Regulation.
51 Article 38(3) BRRD, referred to in Article 24(2)(b) SRM Regulation.
52 Cf. BRRD, Preamble, recital 60.
53 Referred to by Article 25(2)(a) of the SRM Regulation.
54 Two years with possible extensions, cf. Article 41(5), (6) BRRD, referred to in Article 25(2)(b) SRM Regulation.
55 Article 41(2) BRRD, referred to in Article 25(2)(b) SRM Regulation.
56 For further discussion, see Binder, supra n. 1.
57 Cf. Articles 38(6) and 40(6)(a) BRRD, referred to in Articles 24(2)(c) and 25(2)(a) and (b) SRM Regulation, respectively.

ing payment from the acquirer to the insolvent legal entity,[58] conflicts with the no-creditor-worse-off-principle and the pari-passu principle are nonetheless inevitable – and be it only for the fact that creditors whose claims rest with the insolvent bank will be repaid later, whereas creditors whose claims have been transferred will suffer no such liquidity shortfall. In this respect, the no-creditor-worse-off rule evidently offers no consolation whatsoever, as it refers to the economic outcome upon completion of resolution action and does not protect against liquidity shortfalls encountered in the course of the implementation.

To be sure, the full picture is yet more complex than this preliminary sketch would suggest. In addition to the general principles and the specific provisions on the transfer of business and bridge institution tools, the creditors' position will be determined, in relation to both instruments, by the substantive "safeguards" prescribed in Title IV, Chapter VII of the Directive. In this context, Article 73(a)[59] first requires the Member States to ensure that, in the event of a partial transfer of assets and liabilities to a private acquirer or a bridge institution, the creditors whose claims rest with the insolvent bank "receive in satisfaction of their claims at least as much as what they would have received if the institution under resolution had been wound up under normal insolvency proceedings". The relevant creditors are thus guaranteed compensation for the shortfall they suffer as a consequence of the transfer of potentially valuable assets out of the insolvent estate – but, again, only within the limits of the insolvency counterfactual. Effectively, this does not make up for the full difference between their position and the position of the other, "preferred" creditors. To be sure, this difference may yet be mitigated if the latter group of creditors were to be subjected to a bail-in, but whether this would remove the economic implications for the former remains open to doubt.

Moreover, the creditors' position, in specific circumstances, will be influenced by a series of additional safeguards (all referred to also in Art. 29(1) SRM Regulation) designed to protect the structure of certain contractual arrangements between the insolvent bank and counterparties. Pursuant to Article 76, such relationships – including, *inter alia*, certain security, collateral arrangements and netting arrangements – must not be broken up as a result of a partial transfer of assets and liabilities, ensuring that their commercial rationale is respected also upon resolution. Articles 77-79 further specify this protection for certain types of arrangements, and Article 80 extends additional protection to the operation of trading, clearing and settlement systems. While details in this regard cannot be explored further in the present contribution, it should be noted that these safeguards increase not just the level of complexity in the delineation of the differ-

58 Article 38(4) and 40(4) BRRD, referred to in Articles 24(b) and 25(2)(a) SRM Regulation, respectively.
59 Referred to in Article 29(1) SRM Regulation.

ent groups of creditors in resolution, but also the likelihood of differences in the economic outcome which may not fully be mitigated through the compensation arrangements discussed before.

2. Asset separation tool

If the asset separation tool (Article 42 BRRD)[60] is employed, the situation at first sight looks technically different from, but very similar on substance to the implementation of the sale of business and bridge institution tools, discussed before. Just like these tools, the asset separation tool involves the transfer of a combination of assets, rights or liabilities from the ailing bank (or, in this case, from a bridge institution) to an acquirer – in this context, an independent asset management vehicle which will then have the chance to orderly wind down the relevant relationships over time.[61] As a rule, the instrument may only be invoked together with another resolution tool, which is intended to offset "undue competitive advantage[s]".[62] Even then, the application of the tool is permissible only if (a) an ordinary liquidation of the relevant assets could have adverse effects on market stability, (b) the transfer is necessary to ensure the "proper functioning" of the relevant institution or bridge institution, and (c) it is "necessary to maximise liquidation proceeds".[63]

Especially with regard to those creditors that are "left behind", the consequences of the implementation of the tool are bound to be similar to those discussed above with regard to the other transfer mechanisms. However, as past experience with the use of asset management vehicles in the resolution of banking crisis suggests, this tool may be of particular interest in cases where the relevant credit institution(s) are to be restructured as a going concern in order to avoid a massive loss of depositor confidence and/or the breakdown of essential payment and other banking services as a whole.[64] To the extent this would facilitate the ongoing operation of the ailing bank in its original legal capacity, the remaining creditors – subject, of

60 Correspondingly, Article 26 SRM Regulation. For further discussion, see Binder, supra n. 1.

61 Cf. Article 42(1), (2) and (3) BRRD, referred to in Article 26(2)(a) SRM Regulation.

62 Article 37(5) BRRD, see also Preamble, recital 66. Under the SRM Regulation, this follows from Article 26(1).

63 Article 42(5) BRRD, referred to in Article 26(2)(a) SRM Regulation.

64 See, e.g., Charles W. Calomiris, Daniela Klingebiel and Luc Laeven, 'Seven Ways to Deal with a Financial Crisis: Cross-Country Experience and Policy Implications', in *Journal of Applied Corporate Finance* 24 (2012), 8; see also, discussing the potential of asset management companies in the global financial crisis, William F. Stutts and Wesley C. Watts, 'Of Herring and Sausage: Nordic Responses to Banking Crises as Examples for the United States', *Texas International Law Journal* 44 (2008), 577; James B. Thomson, 'Cleaning up the Refuse from a Financial Crisis: The Case for a Resolution Management Corporation', *Florida State University Business Review* 10 (2011), 1; specifically on the use of asset management companies in transition regions Ralph De Haas and Stephan Knobloch, 'In the Wake of the Crisis: Dealing with Distressed Debt Across the Transition Region' *European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) Working Paper No.* 112 (2010), available at http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1742286. On the design of asset management companies, see also Dong He, Stefan Ingves and Steven A. Seelig, 'Issues in the Establishment of Asset Management Companies', in: D.S. Hoelscher (ed.), *Bank Restructuring and Resolution* (Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2006), p. 212.

course, to the structuring of the transaction and the combination with other resolution tools in the circumstances – could actually find themselves in a much more comfortable situation than they would be if the sale of business or bridge institution tools had been implemented along the lines discussed above.

3. Bail-in and write-down of capital instruments

Among the different resolution tools prescribed by the BRRD regime, the bail-in tool,[65] jointly with the write-down of capital instruments,[66] is at the same time the most complex one – and the one whose implications for creditor rights have been specified in the most detailed terms. In cases where neither the transfer of assets and/or liabilities to private purchasers or bridge institutions nor the asset separation tool is likely to work, *i.e.*, especially in the case of large, complex, internationally active institutions, a combination of the bail-in tool and the complementing powers to write down capital instruments is hoped to provide resolution authorities with the means to accomplish results that would be broadly similar to the outcome of ordinary insolvency winding-up for shareholders and stakeholders, but avoid the systemic fallout that would otherwise follow. The bail-in tool may be used alternatively

"to (a) recapitalise an institution (…) to the extent sufficient to restore its ability to comply with the conditions for authorisation (…) and to continue to carry out the activities for which it is authorised (…), and to sustain sufficient market confidence in the institution or entity; [or]

(b) to convert to equity or reduce the principal amount of claims or debt instruments that are transferred:

(i) to a bridge institution with a view to providing capital for that bridge institution; or

(ii) under the sale of business tool or the asset separation tool."[67]

As a rule, resolution authorities are expressly required to write down and/or convert to equity relevant capital instruments prior to bailing in creditors.[68] These provisions seek to ensure that losses are distributed in accordance with the general hierarchy of claims set out in Article 34(1)(a) and (b) of the BRRD.[69] Pursuant to these requirements, losses are to be borne (a) first, by holders of Common Equity Tier 1 instruments, *i.e.*, shares, and subsequently by (b) holders of Additional Tier 1 instru-

65 Articles 43-55 BRRD, Article 27 SRM Regulation. See, for further discussion, Binder, supra n. 1; Anna Gardella, supra n. 28, Ch. 11. and see Christos Hadjiemmanuil, Bank Stakeholders' Mandatory Contribution to Resolution Financing: Principle and Ambiguities of Bail-In (2015).

66 Articles 59-62 BRRD, Article 21 SRM Regulation.

67 Article 43(2) BRRD, Article 27(1) SRM Regulation.

68 Articles 47 and 48 BRRD, Article 27(13) and (15) in conjunction with Article 17 SRM Regulation.

69 Article 17 SRM Regulation.

ments, (c) holders of Tier 2 instruments, (d) holders of other subordinated debt and, finally, (e) holders of other "eligible liabilities", *i.e.*, all other liabilities except those excluded from the scope of the bail-in tool by article 44(2) of the Directive.[70] Under the BRRD, the bail-in of creditors has thus become a multi-purpose instrument designed (a) to ensure that creditors realise losses on their claims as they would do in ordinary insolvency proceedings, and (b), possibly, to facilitate a (re-) capitalisation of the failing institution or a bridge institution, as the case may be.

Against this backdrop, the creditors of the insolvent bank, in principle, should find themselves in no different position as a result of a bail-in than they would be in ordinary insolvency proceedings. To the extent that the bail-in serves to facilitate the restructuring of at least part of the insolvent business as a going concern, albeit in a different corporate framework, the creditors can, and ideally would, even benefit from the gains generated in the process of a successful restructuring that restores profitability. On closer inspection, however, the creditors' position seems likely to be exposed to a considerable degree of uncertainty also, and perhaps particularly, in the context of a bail-in. A number of reasons for that prediction can be identified, of which only the two most important aspects can be highlighted in the present context:[71] *First* and foremost, the complex instrumentarium is a novel invention without precedents in past regulatory practice. Resolution authorities, when making and calibrating the conversion of debt into equity or the write-down of debt instruments, therefore have to engage in very complex calculations without being able to learn from prior applications. *Secondly*, resolution authorities have been granted a considerable degree of discretion with regard to both the calibration of the conversion rate[72] and possible exceptions for specific types of liabilities on the grounds of systemic stability concerns.[73] In both respects, the valuation problems identified above[74] will play an important role. At the same time, resolution authorities will have to base their decisions not just on an objective, if often only preliminary and unreliable, valuation, but also on difficult and complex predictions as to the likely implications of the proposed bail-in on the relevant counterparties and markets, including (especially in distressed markets) on the refinancing conditions for banks more generally. The resulting lack of

70 See BRRD, Article 48(1) BRRD and Article 2(1)(71). Pursuant to Article 44(2), a number of liabilities are exempt from bail-in and thus enjoy special protection, including, *inter alia*, covered deposits (Article 44(2)(a)), "secured liabilities including covered bonds and liabilities in the form of financial instruments used for hedging purposes which form an integral part of the cover pool and which according to national law are secured in a way similar to covered bonds" (Article 44(2)(b)), liabilities with short maturities to other institutions and certain providers of market infrastructure (Article 44(2)(e) and (f)), liabilities to employees, tax and social securities (Article 44(2)(g)(i) and (iii)). The same rules apply pursuant to Article 17 SRM Regulation.

71 See, for further discussion, Binder, supra n. 1. And see also Hadjiemmanuil, supra n. 63.

72 Cf. Article 46 in conjunction with Article 36 BRRD, Article 27(13) in conjunction with Article 20 SRM Regulation.

73 Cf. Article 44(3) and (4) BRRD, Article 27(5) and (6) SRM Regulation.

74 See supra, B. 2. b).

legal certainty is not unlikely to have significant repercussions, in particular, for the future investment decisions of wholesale investors in bank debt *ex ante*[75] – and to give rise to protracted, complex and costly litigation *ex post*.[76]

4. Some preliminary conclusions – and procedural implications

If anything, the preceding analysis – while admittedly superficial and without due differentiation between different groups of creditors – indicates that the implications of bank resolution under the BRRD is likely to be fraught with rather dramatic uncertainties. The result is not just a lack of predictability as to the likely outcome of resolution for creditors *ex ante* which, as mentioned before, is particularly problematic for investors in bank debt.[77] Even more fundamental is the question of how the substantive safeguards, derived from the no-creditor-worse-off principle and the principle of pari-passu treatment of all equally situated creditors, can be made operational and thus rendered effective in view of the rather complex obstacles identified above. As discussed before,[78] this state of affairs is likely to give rise to protracted, complex litigation in which the reliability and correctness of both *ex ante* and *ex post* valuations can be expected to play a prominent role.

In order to assess the implications for the creditors' position, it is essential to take into account the procedural dimension as well. Two aspects are particularly important in this regard:

First, as already indicated, the key principle for the design of the procedural means of protection available to all stakeholders is the focus on *ex post* review and assessment of compensation. To be sure, Member States under the BRRD retain the right to subject resolution actions to *ex ante* judicial approval, provided that the relevant proceedings can be concluded within a short period of time.[79] Generally, however, legal redress of persons affected by the implementation of resolution actions will be obtained exlusively in the form of *ex post* appeals against specific de-

75 See, for further discussion, e.g., Avgouleas and Goodhart, J. Fin. Reg. 1 (2015), 3, at pp. 19-21; see also Stefano Micossi, Ginevra Bruzzone and Miriam Cassella, 'Bail-In Provisions in State Aid and Resolution Procedures: Are they consistent with systemic stability?', CEPS Policy Brief No. 318 (21 May 2014), and see, discussing the cyclical effects of bail-ins, Amitai Aviram, 'Bail-Ins: Cyclical Effects of a Common Response to Financial Crises', *University of Illinois Law Review* (2011), 1633.

76 See Emilios Avgouleas and Charles A. Goodhart, "A Critical Evaluation of Bail-In as a Bank Recapitalisation Mechanism", J. Fin. Reg. 1 (2015), 3, at p. 17.

77 It should be noted that, in this respect, the problem may be mitigated over time with the introduction of ever more refined minimum requirements for own funds and eligible liabilities under Article 45 BRRD (Article 12 SRM Regulation). The EBA has released final 'Regulatory Technical Standards on minimum requirements on own funds and eligible liabilities (MREL)' for consultation on 3 July 2015 (EBA/RTS/2015/05), which do not provide any quantitative specification, however.

78 Supra, B. 2. a).

79 Cf. Article 85(1) BRRD.

cisions which, as a rule, must not trigger a suspension of the relevant effects and not impede the immediate enforcement of the resolution action.[80] In this concept, as discussed, creditors can – in theory – hope for financial compensation, but only in the long run.

Secondly, in order to establish their rights, they will have to be in a position to demonstrate that the resolution authority, in designing its actions, has violated substantive and/or procedural requirements under the BRRD or, alternatively (when claiming compensation under Article 75 of the Directive[81]), that they received a less beneficial treatment than would have to be expected in ordinary insolvency liquidation. In this context, the purely administrative nature of resolution under the Directive, with no on-going creditor participation in the decision-making process, will be crucial. Even if the *ex post* valuation under Article 74 BRRD or, perhaps more likely, an edited abstract of the results, were to be made available to creditors, they would still face enormous difficulties to carry out a sufficiently in-depth assessment on their own – and, ultimately, to substantiate their claims before the courts. While the Directive permits confidential information on resolution actions to be released under the applicable national laws concerning the disclosure of information in criminal or civil cases,[82] determining which information will be required and obtaining the information in due course will nonetheless present creditors with extremely intricate problems. Even before their case can be made on substance, litigation to enforce a right to disclosure may be necessary – and delay effective redress yet further.

Summing up these considerations, a realistic assessment of the creditors' position, in both substantive and procedural terms, points to a number of structural weaknesses inherent in the very concept of purely administrative resolution procedures, with creditors' participation restricted mainly to *ex post* review upon full implementation. Irrespective of the substantive safeguards prescribed by the Directive, in particular the no-creditor-worse-off principle and the principle of *pari passu* treatment, discretionary differentiation between similarly situated creditors is hardly avoidable. The right to *ex post* compensation pursuant to Article 75 of the BRRD recognises this fact. As it is to be calculated against the insolvency counterfactual, however, the substantive protection offered by that right is limited. It is weakened further by the information asymmetry between resolution authorities and creditors, which is likely to restrict the efficacy of legal redress.

80 Cf. Article 88(3) and (4) BRRD; for the Banking Union, see, again, Article 86 SRM Regulation.
81 As to which, see supra, B. 2. b).
82 Article 84(6) BRRD, Article 88(1)(2) SRM Regulation.

III. The (not so) special case: Creditor rights in cross-border resolution

A. Specific problems of cross-border (group) Resolution and the BRRD approach

Bank insolvencies with a cross-border dimension have always been particularly difficult to resolve, and this will continue be the case under the BRRD regime. Cross-border cases, where resolution has to be coordinated by numerous supervisory authorities across a number of jurisdictions, usually involve the insolvency not just of one legal entity, but take place within a group setting, with a multitude of group companies affected by the insolvency of one or more legal entities in the group. In such cases the outcome of resolution of each individual legal entity within a group will inevitably reflect the implications for resolution action elsewhere in the group, and vice versa.[83] From the creditors' perspective, the economic outcome, *i.e.*, the recovery rate in respect of each separate legal entity, will depend on whether the residual value of the business of the group as a whole has been restructured in a way that ideally respects the financial and organisational linkages between the group companies as a whole.

The BRRD regime, in line with international standards,[84] has addressed these concerns with a number of requirements for enhanced, institutionalised cooperation between national resolution authorities both within the EU and, to a lesser extent, also in relation to non-EU Third Countries. Within the present context, only the most important features of that regime can be identified:[85] Article 88 BRRD requires group-level resolution authorities[86] to establish resolution colleges with all relevant national resolution authorities, as an institutionalised forum for cooperation. "European resolution colleges" are to be established for Union subsidiaries of Third Country institutions or undertakings, if subsidiaries exist, or where Union branches of such undertakings are regarded as significant in two or more Member States.[87] The key provisions then follow with Articles 91 (on 'group resolution involving a subsidiary of the group') and Article 92 (on 'group resolution' directed at the group parent undertaking), which effectively

83 See, for further discussion of these problems, Jens-Hinrich Binder, 'Cross-Border Coordination of Bank Resolution in the EU: All Problems Resolved?', Working Paper (2015), available at http://ssrn.com/abstract=2659158. A number of papers promulgated by international standards have also addressed the relevant problems, see, e.g., Basel Committee on Banking Supervision, The insolvency of a multinational bank, 1992, available at http://www.bis.org/publ/bcbs10c.pdf; id., Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, 2010, available at http://www.bis.org/publ/bcbs169.pdf

84 Financial Stability Board, supra n. 12, paras. 7 and 8.

85 See, for further discussion, Binder, supra n. 83.

86 As defined ibid., in Article 2(1)(44) as the resolution authority in the Member State in which the consolidating supervisor is located.

87 Ibid., Article 89

provide for the development of integrated 'group resolution schemes' as a means to resolve group insolvencies in a comprehensive, internationally consistent way. As for Third Country relations, the Directive anticipates that the EU Commission negotiates cooperation agreements with Third Countries in order to establish, ahead of a possible future crisis, suitable processes and arrangements between home and host authorities.[88] Absent such agreements, Third-Country resolution proceedings will be recognised on a case-by-case basis,[89] while information may be exchanged with the relevant Third-Country authorities pursuant to specific conditions.[90] In order to facilitate enhanced cooperation, EBA has been empowered to conclude non-binding cooperation agreements with Third-Country authorities for all aspects of preparatory and resolution arrangements.[91]

Within the Eurozone, the Single Resolution Board, from January 2016, has become directly responsible for "drawing up the resolution plans and adopting all decisions relating to resolution" for individual institutions under direct supervision of the ECB and cross-border groups within the Eurozone.[92] In this context, the SRB assumes the role of national resolution authorities and, as it were, group-level resolution authorities within the meaning of the BRRD. In terms of resolution action, it commands the same set of powers as stipulated under the BRRD, which are recast for this purpose in Articles 14-27 of the SRM Regulation. Specifically, the SRB is required to adopt a "resolution scheme", which will determine the application of the resolution tools as well as the use of the Single Resolution Fund in this context.[93] The scheme will then have to be implemented by the relevant national resolution authorities.[94] In addition to the general cooperation requirements set out in the BRRD, the SRM Regulation stipulates a number of specific rules for inter-institutional cooperation under the SRM.[95] In short, the SRM, by centralising key aspects of the decision-making processes, is expected to remove some, if not all, of the obstacles for cross-border cooperation that would otherwise apply. Relations to Member States not participating in the Banking Union, as well as to non-EU Third Countries, will be subject to the general approach prescribed by the BRRD.

88 Ibid., Article 93.
89 Ibid., Articles 94 and 95.
90 Ibid., Article 98.
91 Ibid., Article 97.
92 Article 7(2) SRM Regulation. See generally Danny Busch, Governance of the Single Resolution Mechanism, in Busch and Ferrarini, supra n. 28, Ch. 9.
93 Articles 18(6) and 23 SRM Regulation.
94 Articles 18(9), 23(1) and 29 SRM Regulation.
95 Articles 30 and 31 SRM Regulation.

B. The creditors' perspective

From the creditors' perspective, neither the existence of the new framework for enhanced cooperation prescribed by the BRRD nor the centralisation of resolution decisions within the Eurozone is likely to accomplish substantial improvements with regard to the weaknesses identified above. While these arrangements may or may not be conducive to more effective cross-border coordination in the future,[96] a cross-border dimension of bank insolvencies – in view of uncertainties relating to conflicts-of-laws issues, substantive foreign laws, as well as the need to defend their rights against foreign authorities, potentially before foreign laws – will almost by definition weaken the creditors' position yet further. Within the EU, the principles of direct effect and mutual recognition of foreign insolvency proceedings were first introduced by the 2001 Winding-up Directive[97], with responsibilities and powers for bank resolution allocated to the home country resolution authorities of each licensed credit institution. This principle has now been extended also to the innovative resolution tools prescribed by the BRRD.[98] As a consequence, the home country authorities – or, as the case may be, the Single Resolution Board – retain the right to devise and implement resolution as they think fit, with foreign creditors left to defend their rights against the foreign authority.

Against this backdrop, the information problem identified above as a key obstacle to effective legal redress in the domestic context should be expected to play an even greater role in a cross-border setting, where foreign creditors would have to deal with a national authority they are unfamiliar with, operating under a national regime that, while transposing the BRRD, is likely to look different from their own Member State's arrangements. Surprisingly, however, it may be specifically with regard to the procedural implications that the position of creditors could yet turn out to be even stronger in the case of resolution actions taken in another Member State than they would be if the relevant action had been taken in their own state of residence. In order to understand the reason, it is crucial to note that

96 See, again, Binder, supra n. 83.

97 Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganisation and winding up of credit institutions, OJ L 125 of 5 May 2001, p. 15 ('the Winding-up Directive'), in particular Articles 3, 9 and 10. See Binder, supra, n. 83 and, for general introductions, Georgina Peters, 'Developments in the EU', in R. Lastra (ed.), *Cross-border Bank Insolvency*, Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 128, at pp. 130-55; Bob Wessels, Commentary on Directive 2001/24/EC on the Reorganisation and Winding-up of Credit Institutions, in G. Moss and B. Wessels, *EU Banking and Insurance Insolvency* (Oxford: Oxford University Press, 2006), Ch. 2.

98 The BRRD has changed the original wording of the definition of "reorganisation measures" in the Winding-up Directive, which now expressly extends also to "the application of resolution tools and the exercise of resolution powers" provided for in the BRRD, see Article 2, 7th indent Winding-up Directive, as recast by Article 117(2) BRRD. In addition, Article 66 of the BRRD requires all Member States to ensure the direct effect of transfers of shares or of property under the BRRD, and stipulates that the effects of such measures on private law relationships shall be determined exclusively by the laws of the Member State of the relevant resolution authority.

foreign resolution actions, to be fully effective in other jurisdictions, must be recognised and, potentially, enforced by the authorities and courts of that jurisdiction. If these refuse to cooperate in the necessary way, effective implementation – as well as potential adverse implications for creditors – will be obstructed.

To be sure, neither the BRRD nor the Winding-up Directive (unlike the EU Insolvency Regulation[99]) allow for a second guessing by host jurisdictions on the grounds of public policy or *ordre public*.[100] In its decision in the Icelandic Landsbanki case, the European Court of Justice has clarified this general principle further and extended the principle of mutual recognition also to national legislative acts that confer on reorganisation measures the legal effects of winding-up proceedings within the meaning of the 2001 Directive. The same principle was applied to a moratorium on proceedings granted in such circumstances.[101] This does not remove the risk of legal challenges altogether, however, as any foreign court dealing with a matter that could be subject to resolution actions taken abroad will first have to decide whether the relevant action actually qualifies for mutual recognition under the two instruments before granting direct effect to it. In specific circumstances, national authorities and, in particular, national courts in Member States could still refuse recognition of a modern, hybrid resolution action if they determine that the relevant action was taken in violation of the conditions for resolution[102] or the general procedural requirements prescribed by the BRRD.[103] In such cases, an argument could be made that the relevant measure was not authorised by the BRRD in the first place and that, therefore, other Member States were under no obligation either under Article 66 of the BRRD or under the Winding-up Directive (as amended) to recognise and implement it.

Such scenarios are by no means merely hypothetical. In fact, one of the first court decisions on the cross-border implications of BRRD-type measures has just refused recognition to a foreign measure, although the relevant originating resolution authority expressly requested such recognition on the grounds of the BRRD and the amended Winding-up Directive.[104] To be sure, the facts of that case – concerning the resolution of former Hypo Alpe Adria Bank International, now "HETA Asset Resolution", in Austria – were rather special, but the judgment by the first instance court

99 Cf. Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ L 160 of 30 June 2000, Article 26.

100 See Bob Wessels and Gabriel Moss, General Introduction to the EU Insolvency Law Framework and Principles with regard to Financial Institutions, in Moss and Wessels, supra n. 97, para. 1.62

101 European Court of Justice, Judgment of 24 October 2013 – C-85/12 (LBI hf / Kepler Capital Markets SA and Frédéric Giraux), esp. paras. 42 and 58.

102 Articles 32 and 33 BRRD, see supra, II. B. b).

103 Article 34 BRRD, see ibid.

104 See Landgericht (Regional Court) of Munich I, decision of 8 May 2015 (case 32 O 26502/12), reported in BeckOnline Database (file BeckRS 32 O 26502/12).

nonetheless demonstrates that the reformed legal framework for cross-border recognition still gives room to potentially disruptive litigation which could block the cross-border implementation of resolution measures in some cases. This view is reinforced by the recent UK High Court decision in Goldman Sachs International v. Novo Banco S.A., which refused to recognise the interpretation of a limited transfer of liabilities of Banco Espirito Santo to a bridge bank offered by Portuguese authorities and accepted full jurisdiction rather than acknowledging a duty to recognise under Article 66 of the BRRD and the amended Winding-up Directive.[105] While relating to a very different factual background, the decision clearly resembles the Munich court's ruling inasmuch as both courts assume the right to review carefully the conditions for direct effect under the Directives. Both courts have taken a similarly restrictive view of their obligations under these instruments, accepting a duty to recognise not merely because the originating authority so requires it.

If the contractual relationships between an insolvent bank an its debtors are subject to the laws of another state than that of the home country, and if the courts of that state have jurisdiction by virtue of the general rules of civil procedure, these courts inevitably first need to determine whether they are required to recognise foreign resolution actions – and where that duty ends. Recognising *any* foreign measure labelled as resolution measure even in cases where the BRRD requirements are not met, would essentially deprive the parties of their proper jurisdiction – and the substantive and procedural protection they could rightfully expect within that jurisdiction. In this light, it would appear that creditors residing in another jurisdiction than that where the resolution action could possibly rely, at least to some extent, on protection by their domestic courts. This would provide them with a level of protection unavailable to *domestic* creditors in a similar setting. While obstructing the swift and effective cross-border implementation of resolution actions and conflicting with the general principles of mutual recognition and immediate effect, such challenges are likely to occur in future cases – and can hardly be avoided.

IV. Conclusions – and an evaluation

In the 'brave new world' of innovative resolution tools prescribed by the BRRD and the SRM Regulation, creditors are bound to find themselves in a considerably less comfortable position than they would enjoy in traditional insolvency proceedings. Notwithstanding the existence of substantive 'safeguards', in particular the no-creditor-worse-off principle and the principle of *pari passu* treatment of similarly situated creditors, their role will be restricted to that of a silent observer of the

105 Goldman Sachs International v. Novo Banco S.A. [2015] EWHC 2371 (Comm.), per Hamblen J.

actions taken by the relevant resolution authorities. They will have to await more or less patiently the implications these actions will trigger for their own commercial position until, ultimately, a final valuation – carried out, again, exclusively under the auspices of the resolution authorities – will establish whether the no-creditor-worse-off principle has been complied with. Unlike in ordinary insolvency proceedings, the creditors are neither represented in the decision-making process in the meantime, nor do they have any means of control over the management of the relevant case. *Post festum*, their position is restricted to claiming compensation – again on the basis of the final valuation, whose reliability may be compromised by the fact that the relevant measure is essentially a complex counterfactual. In assessing the new regime, these are implications that should be taken into account – and should be taken seriously. It may well be the case that these rather drastic restrictions on creditor rights are a price worth demanding in the interest of preserving systemic stability, which could not be accomplished to the same extent through ordinary insolvency proceedings, where creditor rights would be stronger. These findings indicate, however, that the balance between public interests (*i.e.*, systemic stability concerns) and private interests (*i.e.*, the interests of the creditors) should be analysed, and calibrated, with great care in any case. The infringement of creditor rights associated with the implementation of resolution tools under the new regime are of a dimension that can be justified only where the public interests can reasonably be established to outweigh the private interests. This should warn against invocation of BRRD-style measures in cases that do not give rise to systemic concerns. It is, perhaps, an interesting side note in this respect that the analysis of cross-border settings above indicates that in such circumstances, foreign creditors could effectively cut back ill-founded decisions by national resolution authorities. Only future practice will show whether such conflicts can be handled with adequate results, however.

Ελευθέριος Γ. Βόγκλης*

Η απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς στο παράδειγμα του εμπορικού δικαίου και ειδικά των τραπεζικών συμβάσεων

I. Εισαγωγή

Το έργο και η προσωπικότητα του *Καθηγητή Λεωνίδα Γεωργακόπουλου* καθιστά, ιδίως για τους μαθητές του, εξαιρετικά δύσκολη την προσπάθεια να ανταποκριθεί ένας νομικός στις απαιτήσεις μίας μελέτης που δημοσιεύεται προς τιμήν του. Θα επιχειρηθεί να ερευνηθούν οι προϋποθέσεις εφαρμογής και οι έννομες συνέπειες της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς στο πλαίσιο του εμπορικού δικαίου[1] και ιδίως στις τραπεζικές συμβάσεις. Η απαγόρευση του venire contra factum proprium ανήκει αδιαμφισβήτητα στις θεμελιώδεις αρχές του ιδιωτικού δικαίου.

Η θέση αυτή σημαίνει ότι η εργασία εκκινεί από δύο σταθερές. Η πρώτη είναι ότι η συγκεκριμένη απαγόρευση δεν συνιστά κανόνα δικαίου αλλά αρχή του δικαίου (Rechtsprinzip)[2]. Η δεύτερη είναι ότι θεωρούμε τη νομική δεσμευτικότητα αυτής της αρχής δεδομένη[3]. Η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς είναι αποδεκτή τόσο στο δίκαιο της ηπειρωτικής Ευρώπης όσο και στο αγγλοσαξονικό δίκαιο. Στο τελευταίο εμφανίζεται ιδίως στην αναπτυγμένη σε διάφορους κλάδους θεωρία του estoppel[4]. Ενώ κατ' αρχήν η αποδοχή και η θεμελίωση της νομικής δεσμευτικότητας μιας αρχής του δικαίου απαιτεί μια ιδιαίτερα ισχυρή επιχειρηματολογία που θα πρέπει κατ' αρχήν να στηρίζεται τόσο σε επιμέρους κανόνες δικαίου, οι οποίοι θα εμφανίζονται ως απόρροια της εξεταζόμενης αρχής του δικαίου, όσο και στην ίδια την ιδέα του δικαίου (Rechtsidee), της οποίας αποτελούν συγκεκριμενοποίηση οι διάφορες

---

* Επίκουρος Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου. Προϊστάμενος Δικηγόρος στο Τμήμα Θεμάτων Εποπτείας Πιστωτικού Συστήματος στη Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών της Τράπεζας της Ελλάδος.

1 Η επιλογή του θέματος συνδέεται με το γεγονός ότι σε αυτή την θεματική ανήκε η πρώτη εργασία που μου είχε αναθέσει ο Δάσκαλός μου, *Καθηγητής Λεωνίδας Γεωργακόπουλος*.

2 Βλ. για τη διαφοροποίηση μεταξύ κανόνων και αρχών του δικαίου *Robert Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 177 ff.

3 Βλ. γενικά *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993· *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur: Zur Konkretisierung eines Rechtssprichworts, 1985· *Riezler*, Venire contra factum proprium: Studien im römischen, englischen und deutschen Zivilrecht, 1912· *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausprägung des Vertrauensschutzprinzips im deutschen Privatrecht, στον Τιμητικό Τόμο για τον Φ. Δωρή, τόμος ΙΙ, 2015, σελ. 1443 επ.· διαφορετικά *H. J. Wieling*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), 334 ff.

4 Βλ. π.χ. *Chitty on Contacts*, Volume I, General Principles, 31 Edition, 2012, p. 391-431, 876-879.

αρχές του δικαίου, στην περίπτωση της απαγόρευσης του venire contra factum proprium θεωρούμε ότι είναι τόσο προφανής η θεμελίωσή της και τόσο ευρέως αποδεκτή και καθιερωμένη ως απαγόρευση η ίδια, ώστε όχι απλώς μπορούμε να στηριχθούμε με ασφάλεια σε αυτή την θέση αλλά πολύ περισσότερο οποιαδήποτε σχετική αναφορά θα αποτελούσε επανάληψη κοινών τόπων.

Ενόψει του γεγονότος ότι η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς έχει εξελιχθεί στη θεωρία και στη νομολογία σε μια σειρά από κατηγορίες περιπτώσεων με πληθώρα ειδικών χαρακτηριστικών κρίνεται απαραίτητο η παρούσα εργασία να περιοριστεί στη βασική περίπτωση, όπου έχουμε δύο συμπεριφορές του ίδιου συναλλασσομένου που έρχονται σε αντίθεση μεταξύ τους. Δεν θα επεκταθούμε σε ειδικές περιπτώσεις αντιφατικής συμπεριφοράς, όπως για παράδειγμα φαινομένου δικαίου (Rechtsscheinhaftung)[5], νομικού σφάλματος (Rechtsirrtum)[6], δικονομικού δικαίου[7]. Η περιορισμένη έκταση της εργασίας δεν επιτρέπει επίσης την αυτοτελή έρευνα και παρουσίαση της νομολογίας[8].

Ο κύριος σκοπός της μελέτης συνίσταται στην επεξεργασία των βασικών θεωρητικών παραμέτρων της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς στο ιδιωτικό δίκαιο και στην εξειδίκευση των θέσεων αυτών στο πλαίσιο του εμπορικού δικαίου. Επιλέγεται να ερευνηθεί κατά πόσο το ειδικό πλαίσιο του εμπορικού δικαίου αποτελεί νομικό λόγο για επέκταση και ενίσχυση της εφαρμογής της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς σε σχέση με τις υπόλοιπες συναλλαγές.

II. Η έλλειψη μεθοδολογικής εξειδίκευσης του εμπορικού δικαίου

Η πορεία της εξέλιξης του εμπορικού δικαίου, όπως την επεξεργάστηκε *ο Λεωνίδας Γεωργακόπουλος* στο τελευταίο του βιβλίο[9], ήταν μια πορεία αρχικά διαφοροποί-

5 Βλ. *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 9 ff.· *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, 169 ff.· *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts–hofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), Band I, Bürgerliches Recht, 2000, S. 129, 154 ff.

6 Βλ. *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, 85 ff.· *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausprägung des Vertrauensschutzprinzips im deutschen Privatrecht, στον Τιμητικό Τόμο για τον Φ. Δωρή, τόμος ΙΙ, 2015, σελ. 1443, 1450 επ.

7 Βλ. Issues of Estoppel and Res judicata in Anglo-American and Greek Law, Editors: *K. Makridou and Georgios Diamantopoulos*, 2013· *Διαμαντόπουλο*, Αντιφατική συμπεριφορά των διαδίκων στην πολιτική δίκη, 1996· *Διαμαντόπουλο*, Venire contra factum proprium: Μορφές, έννομες συνέπειες και δικονομική μεταχείριση της αντιφατικής δικονομικής συμπεριφοράς του διαδίκου, Ελληνική Δικαιοσύνη 1998, 1756 επ.

8 Βλ. για παράδειγμα ΑΠ 1026/2001, ΑΠ 1428/2005, ΕφΑθ 2382/2011, ΑΠ 298/2012, ΑΠ 1520/2000, ΕφΑθ 8968/2005, ΑΠ 2146/2009, ΑΠ 119/2009, ΑΠ 967/2010, ΕφΠειρ 948/2011, ΜΠρΠατρ 601/2014, ΕφΠειρ 92/2014, ΑΠ 1671/2014 (ΝΟΜΟΣ). Βλ. επίσης BGH Urt. v. 4.2.2015 – VIII ZR 154/14· BGH Urt. v. 8.4.2014 – XI ZR 341/12· BGH Urt. v. 20.1.2011 – III ZR 271/09· BGH Urt. v. 19.6.2007 – X ZR 61/06· BGH Urt. v. 19.5.2006 – V ZR 264/05· BGH Urt. v. 7.2.2006 – VI ZR 20/05· BGH Urt. v. 20.12.2005 – VI ZR 225/04· BGH Urt. v. 6.4.2005 – IV ZR 243/04· BGH Urt. 16.3.2005 – VIII ZR 14/04· BGH Urt. v. 14.6.2004 – II ZR 393/02.

9 Βλ. *Λεωνίδα Γεωργακόπουλο*, Κέρδος: Ο πυρήνας του εμπορικού δικαίου, 2008.

ησης από το Αστικό Δίκαιο, που αποτελεί το γενικό μέρος του ιδιωτικού δικαίου, με σκοπό την ανάπτυξη ειδικών κανόνων, που θα ανταποκρίνονταν στις ανάγκες των εμπορικών συναλλαγών, και κατόπιν επέκτασης σε πληθώρα θεμάτων. Είναι γενικά αποδεκτό ότι στο εμπορικό δίκαιο, όπως αυτό γίνεται αντιληπτό στο πλαίσιο του ελληνικού δικαίου[10], επικρατεί μια πολυδιάσπαση σε διάφορους κλάδους που παρουσιάζουν στοιχεία αυτονομίας. Δύσκολα θα βρεθούν μεγάλες ομοιότητες μεταξύ των κλάδων του δικαίου του ανταγωνισμού, του ναυτικού δικαίου, του εποπτικού τραπεζικού δικαίου, του ασφαλιστικού δικαίου και του δικαίου της βιομηχανικής ιδιοκτησίας[11]. Δεν θα αμφισβητηθεί βέβαια ότι η γενική τους εικόνα επιτρέπει να ενταχθούν στο εμπορικό δίκαιο ή στο δίκαιο των επιχειρήσεων[12]. Εγείρονται όμως πολύ σοβαρά προβλήματα όσον αφορά την συστηματική ενότητα του εμπορικού δικαίου και γενικότερα αμφισβητείται εύλογα η ύπαρξη ενός ενιαίου συστήματος[13] που να διέπει το εμπορικό δίκαιο. Ακόμη και σε εντελώς πραγματικό επίπεδο, φαίνεται ότι η γενιά του *Λ. Γεωργακόπουλου* ήταν μάλλον η τελευταία γενιά των εμπορικολόγων της οποίας σημαντικοί εκπρόσωποι ανέπτυξαν σημαντικό επιστημονικό έργο σε προσωπική βάση σε σχεδόν όλους τους κλάδους του εμπορικού δικαίου[14]. Αυτό φαίνεται πλέον ακατόρθωτο.

Πέραν της πολυδιάσπασης του εμπορικού δικαίου ένα δεύτερο ενδιαφέρον χαρακτηριστικό του αποτελεί ότι η θεωρία κατά την εφαρμογή του εμπορικού δικαίου δεν επιμένει στη μεθοδολογική τεκμηρίωση των υποστηριζόμενων απόψεων. Δίνεται έμφαση στο αποτέλεσμα αλλά δεν επιδιώκεται η χρησιμοποίηση μεθοδολογικών εργαλείων που θα μπορούσαν να θεμελιώσουν καλύτερα την προτεινόμενη λύση. Στην πραγματικότητα δεν διεξάγεται μεθοδολογικός διάλογος στο χώρο του εμπορικού δικαίου[15]. Αντίθετα φαίνεται να χρησιμοποιούνται τα μεθοδολογικά επιχειρήματα μόνον ευκαιριακά, στο βαθμό που διευκολύνουν, και χωρίς γενικότερα να τους αποδίδεται ιδιαίτερη αξία.

Η παρατήρηση αυτή παίρνει ευρύτερες διαστάσεις αν ληφθεί υπόψη ότι στον γενικότερο επιστημονικό διάλογο έχει ξεπεραστεί το στάδιο όπου υπήρχε μια ενιαία μεθοδολογία για τη νομική επιστήμη και έχουμε περάσει πλέον στο στάδιο της εξειδίκευσης των μεθοδολογικών εργαλείων ανάλογα με τις ανάγκες κάθε κλάδου του δικαίου. Είναι για παράδειγμα προφανής η διαφοροποίηση στις μεθόδους μεταξύ του αστικού δικαίου και του συνταγματικού δικαίου[16].

---

10 Υπάρχει διαφορετική κατανόηση για παράδειγμα στο γερμανικό δίκαιο ή στο αγγλοσαξονικό δίκαιο.

11 Μπορούμε εδώ να αγνοήσουμε το πρόβλημα των ορίων του εμπορικού δικαίου. Δεν είναι για παράδειγμα καθόλου αυτονόητο ότι το δίκαιο προστασίας του καταναλωτή ή το δίκαιο των τραπεζικών συμβάσεων ανήκει καθαρά στο εμπορικό δίκαιο.

12 Βλ. *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, Unternehmensrecht I, 6. Aufl., 2014, S. 3 ff.

13 Βλ. σχετικά την κλασική μονογραφία *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1983.

14 Σημειώνεται ότι ο *Λεωνίδας Γεωργακόπουλος* δημοσίευσε σε πρώτη έκδοση τριάντα επτά βιβλία και προχώρησε σε εμπλουτισμένες επανεκδόσεις πολλών έργων του.

15 Βλ. την πολύ ενδιαφέρουσα μελέτη του *P. Mülbert*, Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, AcP 214 (2014), 189 ff.

16 Βλ. ιδιαίτερα τις εργασίες των *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., 2013.

Η διαπίστωση αυτή δεν ανατρέπεται από την ανάπτυξη της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου στο πλαίσιο του εμπορικού δικαίου, διότι η θεωρία της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου εντάσσεται λόγω των βασικών της θέσεων μάλλον περισσότερο στη φιλοσοφία του δικαίου παρά στη μεθοδολογία του δικαίου και επιπλέον τα αποτελέσματα της εφαρμογής της στην πράξη δεν φαίνεται να ανατρέπουν τη γενική εικόνα.

Η πολυπλοκότητα, ο μεγάλος βαθμός δυσκολίας, η συνεχής ανανέωση, η πληθώρα και η μεγάλη πρακτική σημασία των ζητημάτων του εμπορικού δικαίου προδιαθέτουν για μια ιδιαίτερα έντονη χρήση μεθοδολογικών εργαλείων που δεν επαληθεύεται όμως στην πράξη. Μάλιστα από την πλευρά του κλάδου της μεθοδολογίας του δικαίου υπάρχει η κατάλληλη προεργασία για μια τέτοια ανάπτυξη, διότι είναι δεδομένο ότι η μεθοδολογία είναι ένας χώρος που αναπτύσσεται τόσο από την πλευρά της γενικής θεωρίας του δικαίου όσο και από την πλευρά της πρακτικής εφαρμογής του δικαίου – εφαρμοσμένη μεθοδολογία – η οποία προφανώς είναι το κατ' εξοχήν αντικείμενο έρευνας του εμπορικού δικαίου.

III. Η αλληλεπίδραση αστικού και εμπορικού δικαίου

Οι προηγούμενες διαπιστώσεις της έλλειψης συστηματικής ενότητας και εξειδίκευσης κατάλληλων μεθοδολογικών εργαλείων για το εμπορικό δίκαιο συνδέονται ουσιαστικά με την έλλειψη μίας ενότητας αρχών του δικαίου που να διατρέχουν το σύνολο του εμπορικού δικαίου. Ενώ για παράδειγμα μπορούμε να δεχθούμε ότι η αρχή της αναλογικότητας ισχύει γενικά στο ιδιωτικό δίκαιο, δεν έχουμε αντίστοιχες υποκατηγορίες αρχών του δικαίου που να δημιουργούν ένα πλέγμα και να αφορούν ειδικά το εμπορικό δίκαιο. Η έλλειψη αρχών του εμπορικού δικαίου είναι η άλλη πλευρά του προβλήματος της έλλειψης συστηματικής ενότητας[17].

Ακόμη και αν υποστηριχθεί ότι θα πρέπει να αντιμετωπίσουμε τον κάθε κλάδο αυτοτελώς και ότι δεν υπάρχει ένα σύνολο του εμπορικού δικαίου, τότε πάλι θα δούμε ότι και σε επίπεδο μεμονωμένων κλάδων δεν υπάρχει πάντα ένα σύστημα αρχών που να διέπει τον συγκεκριμένο κλάδο. Υπάρχουν βέβαια για παράδειγμα αρχές για το δίκαιο των αξιογράφων[18] αλλά δεν αρκούν για να αντιστρέψουν την προηγουμένως περιγραφείσα συνολική εικόνα. Προστίθεται επιπλέον το γεγονός ότι συχνά στον επιστημονικό διάλογο γίνεται λόγος για αρχές του δικαίου χωρίς

17 Βλ. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 47: „Das System läßt sich daher als eine axiologische oder teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien definieren, wobei in dem Merkmal der teleologischen Ordnung mehr das Element der wertungsmäßigen Folgerichtigkeit, in dem Merkmal der allgemeinen Prinzipien mehr das der inneren Einheit angesprochen ist".

18 Βλ. *Γ. Τριανταφυλλάκη*, Εισαγωγή στο Δίκαιο των Αξιογράφων, 2008, σελ. 11 επ.·*Λ. Γεωργακόπουλο*, Εγχειρίδιο εμπορικού δικαίου, τόμος 2, τεύχος 1, β΄ έκδοση, 1997, σελ. 11.

να πληρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει η μεθοδολογία για την αναγνώριση αρχών του δικαίου[19].

Οι ελλείψεις αυτές δημιουργούν ένα *κενό* στη θεωρία του εμπορικού δικαίου. Η έννοια του «κενού» χρησιμοποιείται μάλλον ενσυνείδητα, διότι δεν πρόκειται για μια εξέλιξη του εμπορικού δικαίου που απλά είναι επιθυμητή ή αναμενόμενη, ούτε για ένα θέμα που τίθεται από δικαιοπολιτική άποψη αλλά πολύ περισσότερο φαίνεται να πρόκειται, όπως αναφέρθηκε, για μια εξέλιξη του εμπορικού δικαίου που λείπει ή αλλιώς που έπρεπε να υπάρχει προκειμένου αυτό να μπορεί να λειτουργήσει αυτόνομα. Η διαπίστωση του «κενού» μας αναγκάζει να βρούμε τρόπο πλήρωσής του. Δεν πρόκειται βέβαια για ένα κενό σε διάταξη νόμου αλλά αναφέρεται εδώ – κατά το δυνατόν – ως εν ευρεία εννοία κενό στη θεωρία αυτού του κλάδου.

Αυτή η έλλειψη μπορεί να καλυφθεί κατά την άποψή μας μόνο από τη γενική θεωρία του ιδιωτικού δικαίου, όπως αυτή αναπτύσσεται στο πλαίσιο του αστικού δίκαιου. Εκ των πραγμάτων μεταξύ αστικού δικαίου και εμπορικού δικαίου υπάρχει ένας ευθύς και ισχυρός σύνδεσμος[20]. Ανήκουν στην ευρύτερη ενότητα του ιδιωτικού δικαίου. Αυτό σημαίνει ότι ούτως ή άλλως, δηλαδή ακόμη και αν δεν υπήρχε το προαναφερόμενο «κενό», θα υπήρχε μεταξύ των δύο μία αλληλεπίδραση. Οι εξελίξεις στον έναν κλάδο θα επηρέαζαν και θα έδιναν έναυσμα για εξελίξεις στον άλλον. Υπάρχει η σχέση γενικού και ειδικού, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι το ειδικό «πηγάζει» απαραίτητα από το γενικό.

Από τη διαφορετική θέση του καθενός κλάδου στο Δίκαιο και από την διαφορετική αποστολή του προκύπτει ότι το αστικό δίκαιο θα έχει πάντα ένα περισσότερο αναπτυγμένο σύστημα, ένα πιο ισχυρό δόγμα και μια θεωρία πολύ περισσότερο εξελιγμένη από την αντίστοιχη του εμπορικού δικαίου. Η ύπαρξη όμως των προαναφερόμενων ελλείψεων επιτείνει τον συμπληρωματικό ρόλο του αστικού δικαίου και καθιστά απαραίτητο κατά την εφαρμογή του εμπορικού δικαίου να προσφεύγουμε πολύ συχνά στο αστικό δίκαιο και να βρίσκουμε λύσεις μέσω των δικών του «κλασικών» κατασκευών.

Αυτή ακριβώς είναι η σειρά των πραγμάτων και όσον αφορά την εξεταζόμενη στην παρούσα μελέτη απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς. Ενώ στο εμπορικό δίκαιο υπάρχει μια πληθώρα περιπτώσεων αντιφατικής συμπεριφοράς που χρήζουν ρύθμισης, δεν υπάρχουν στο εμπορικό δίκαιο συστηματικά επεξεργασμένες λύσεις ούτε επαρκή θεωρητικά θεμέλια. Επομένως οφείλουμε να ξεκινήσουμε την έρευνά μας από την αναπτυγμένη στο χώρο του αστικού δικαίου θεωρία και περιπτωσιολογία για την απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς και να την επεκτείνουμε στο εμπορικό δίκαιο, όπου θα λάβουμε υπόψη τα ειδικά χαρακτηριστικά αυτού και θα

19 Δεν είναι σπάνιο το φαινόμενο να χρησιμοποιούνται χωρίς διαφοροποίηση οι έννοιες των αρχών και των κανόνων του δικαίου.

20 Βλ. από διαφορετική οπτική πλευρά *Λ. Γεωργακόπουλο*, Εγχειρίδιο εμπορικού δικαίου, τόμος 1, τεύχος 1, Γενικό μέρος, 1995, σελ. 11 επ.

κρίνουμε κατά πόσο θα πρέπει να τροποποιήσουμε ή να συμπληρώσουμε τη γενική θεωρία για την απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς.

IV. Η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης

Στο πλαίσιο της θεωρίας για τις αρχές του δικαίου δεχόμαστε ότι στην κορυφή του σχήματος βρίσκεται η ιδέα του δικαίου αλλά από εκεί και πέρα υπάρχουν διαβαθμίσεις των υπόλοιπων αρχών του δικαίου (Unterprinzipien)[21]. Υπάρχουν περισσότερα επίπεδα. Μεταξύ της αρχής της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς και της αρχής του δικαίου μεσολαβεί άλλο ένα επίπεδο. Θεωρείται ορθώς ότι η αρχή της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς είναι συγκεκριμενοποίηση της αρχής της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης (Vertrauenshaftung)[22]. Συνολικά δηλαδή προηγείται η αρχή της καλής πίστης[23], της οποίας συγκεκριμενοποίηση αποτελεί η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και ακολουθεί η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς που θεωρείται ότι αποτελεί υποκατηγορία της προηγούμενης. Μάλιστα μπορεί να γίνει δεκτό με ασφάλεια ότι η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς[24] αποτελεί την χαρακτηριστικότερη περίπτωση παραβίασης της αρχής της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και γι' αυτό βρίσκεται στον *πυρήνα* αυτής.

Αξιολογικά θα ήταν λάθος να εξεταστεί η αρχή της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς ως αυτόνομη αρχή χωρίς να θεωρηθεί ως υποκατηγορία της αρχής προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης[25]. Αυτό θα μπορούσε να συμβεί αν υποστηριζόταν ότι το κυρίαρχο αξιολογικά στοιχείο στην απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς είναι η αντιφατική συμπεριφορά, ανεξαρτήτως της σχέσης εμπιστοσύνης που θα είχε έναν δευτερεύοντα ρόλο. Η θέση αυτή ούτε ιστορικά δικαιολο-

---

21 Βλ. *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., 1991, S. 474 ff.

22 Βλ. θεμελιωδώς *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971· *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), Band I, Bürgerliches Recht, 2000, S. 129 ff.·*Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 6 ff., 43 ff.· *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausprägung des Vertrauensschutzprinzips im deutschen Privatrecht, στον Τιμητικό Τόμο για τον Φ. Δωρή, τόμος ΙΙ, 2015, σελ. 1443, 1444 επ.· Β. *Schmidlin*, Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung?, in: Festschrift für Franz Bydlinski, Im Dienste der Gerechtigkeit, Helmut Koziol und Peter Rummel (Hrsg.), 2002, S. 415 ff.· *H. Stoll*, Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in: Festschrift für Werner Flume, H. H. Jakobs/B. Knobbe-Keuk/E. Picker/J. Wilhelm (Hrsg.), 1978, S.741 ff.· *J. N. Druey*, Vertrauenshaftung – eine Revolution?, in: Festschrift für Ernst A. Kramer, H. Honsell/R. Zäch/F. Hasenböhler/F. Harrer/R. Rhinow (Hrsg.), 2004, S. 347 ff.

23 Βλ. *Fr. Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 27 f. – Βλ. ευρύτερα *Jürgen Schmidt*, Präzisierung des § 242 BGB – eine Daueraufgabe?, in: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier (Hrsg.), 1990, S. 231 ff.

24 Βλ. τη διαφορετική άποψη *Staudinger/Jürgen Schmidt*, § 242 BGB, 1995, Rdnr. 622 ff., 668 ff., 672 ff.

25 Βλ. ευρύτερα *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur: Zur Konkretisierung eines Rechtssprichworts, 1985, 27 ff., 37 ff.

γείται ούτε στο ισχύον δίκαιο μπορεί να βρει έρεισμα. Στη θεωρία και στη νομολογία η απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς γίνεται αντιληπτή ως διάψευση εμπιστοσύνης. Αυτό θα προκύψει στη συνέχεια και από την παρουσίαση και την επεξεργασία των προϋποθέσεων της απαγόρευσης.

Επομένως η εξέταση της παραβίασης της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς προϋποθέτει ότι υπάρχει μια σχέση εμπιστοσύνης. Η σχέση εμπιστοσύνης δεν ενυπάρχει σε οποιαδήποτε συναλλακτική σχέση. Απαιτείται ειδική τεκμηρίωση. Δεν είναι τυχαίο ότι στην ελληνική βιβλιογραφία έχει καθιερωθεί ορθώς να γίνεται αναφορά όχι απλά στην προστασία εμπιστοσύνης αλλά πολύ περισσότερο στην προστασία της *δικαιολογημένης* εμπιστοσύνης[26]. Πρέπει να θεμελιώνεται για ποιο λόγο η συγκεκριμένη σχέση είναι σχέση εμπιστοσύνης και πρέπει επιπλέον να αιτιολογείται γιατί το δίκαιο θεωρεί την συγκεκριμένη παροχή εμπιστοσύνης δικαιολογημένη, για ποιο λόγο δηλαδή την προστατεύει ειδικά. Το ότι ένας συναλλασσόμενος αποφασίζει να εμπιστευτεί κάποιον άλλο και να πιστέψει ότι θα τηρήσει μια συνεπή συμπεριφορά και πιθανώς μια μη δεσμευτική υπόσχεση δεν αρκεί από μόνο του για να αιτιολογήσει προστασία από το νόμο. Στο ιδιωτικό δίκαιο ισχύει η κυρίαρχη απόφαση του νομοθέτη ότι οι συναλλασσόμενοι, αν επιθυμούν την προστασία του δικαίου, πρέπει να ασκούν την ελευθερία που έχουν να συνάπτουν συμβάσεις. Αν κάποιος αποφασίζει να εμπιστεύεται τον οποιοδήποτε και υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις, δεν σημαίνει ότι το δίκαιο θα τον προστατέψει. Πρόκειται για έναν κίνδυνο που μπορεί να αναλάβει[27], αλλά δεν μπορεί να τον μετακυλήσει.

Όσον αφορά τους εμπόρους μπορούμε να πούμε εισαγωγικά ότι υπάρχουν σε ένα γενικό επίπεδο δύο βασικές αξιολογήσεις. Η πρώτη είναι ότι ο έμπορος ως επαγγελματίας έχει εξ ορισμού εμπειρία και κατάρτιση για να αναγνωρίσει και να αντιμετωπίσει τους κινδύνους και άρα δεν μπορεί να τύχει της προστασίας που τυγχάνουν οι ασθενέστεροι οι οποίοι συχνά βρίσκονται σε θέση εξάρτησης ή δεν έχουν την απαιτούμενη ιδιαίτερη γνώση και επομένως δεν έχουν παρά να εμπιστευθούν την άλλη πλευρά. Η δεύτερη αξιολόγηση συνδέεται με το γεγονός ότι, υπό προϋποθέσεις που θα δούμε περιπτωσιολογικά στη συνέχεια, η παροχή εμπιστοσύνης αποτελεί συστατικό στοιχείο μιας δικαιοπραξίας, ενός θεσμού ή μιας αγοράς, οπότε η προστασία της εμπιστοσύνης επιβάλλεται από τη φύση του πράγματος ή αλλιώς προκειμένου να έχουμε μια ορθολογική λειτουργία.

Από τη στιγμή που θα δεχθούμε ότι υπάρχει μια σχέση εμπιστοσύνης, το επόμενο ζητούμενο είναι η διαπίστωση αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις[28] ώστε να αποδεχ-

26 Βλ. π.χ. *Α. Κορνηλάκη*, Η αποδυνάμωση δικαιώματος στο ιδιωτικό δίκαιο, 2004, σελ. 58 επ.

27 Είναι πολύ πιθανό ένας έμπορος, λαμβάνοντας υπόψη εμπειρικά και στατιστικά δεδομένα, να αποφασίσει να αποφύγει το κόστος που συνεπάγονται οι διαπραγματεύσεις, η κατάρτιση μιας σύμβασης ή η ασφάλιση και να συναλλάσσεται με τους πελάτες του χωρίς δικαιοπρακτικές δεσμεύσεις, ελπίζοντας ότι αυτή η συμπεριφορά θα αποδειχθεί συνολικά και κατ' αποτέλεσμα κερδοφόρος, έστω και αν σε μεμονωμένες συναλλαγές διαψευσθεί η εμπιστοσύνη του και συνεπώς ζημιωθεί.

28 Βλ. *G. Hohloch*, „Vertrauenshaftung" – Beginn einer Konkretisierung?, NJW 1979, 2369 ff.

θούμε περαιτέρω ότι πρόκειται για μια σχέση *ιδιαίτερης εμπιστοσύνης*, δηλαδή μια σχέση με κατά τεκμήριο μεγαλύτερο βαθμό *δικαιολογημένης εμπιστοσύνης*, ώστε να μπορεί να θεμελιώσει αντιστοίχως ιδιαίτερης έντασης υποχρεώσεις[29].

V. Η συνύπαρξη δύο παραμέτρων

A. Η δικαιοηθική παράμετρος

Ιδιαίτερα ενδιαφέρον είναι αν, στο πλαίσιο του εμπορικού δικαίου, μπορούμε να διαπιστώσουμε με βάση την μέχρι τώρα εξέλιξη του δικαίου μια διαφοροποίηση του περιεχομένου της προστατευόμενης δικαιολογημένης εμπιστοσύνης. Η συζήτηση αυτή μπορεί να γίνει λαμβάνοντας υπόψη τη γενική θεωρία του εμπορικού δικαίου, τις αξιολογήσεις που περιέχουν οι βασικές διατάξεις του και τη φύση του πράγματος.

Σε αντίθεση με τις περιπτώσεις της προστασίας της εμπιστοσύνης στο εμπορικό δίκαιο εξαιτίας φαινομένου δικαίου[30] οι εδώ εξεταζόμενες περιπτώσεις παραβίασης της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς εντάσσονται από τον *Canaris* στην ομάδα της ευθύνης από εμπιστοσύνη εξαιτίας «δικαιοηθικής αναγκαιότητας»[31]. Η συγκεκριμένη ομαδοποίηση είναι ιδιαίτερα χρήσιμη στον βαθμό που αναδεικνύει το ιδιαίτερα έντονο δικαιοηθικό στοιχείο της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς[32]. Εννοείται ότι στις εξεταζόμενες περιπτώσεις διαπιστώνεται η ανάγκη να ξεπεραστούν τα όρια που θέτουν οι κανόνες δικαίου, να ξεπεραστούν οι τεχνικές διατάξεις, να υποχωρήσει η ανάγκη για ασφάλεια δικαίου και να επικρατήσει μια λύση που αναφέρεται περισσότερο απευθείας στην ιδέα του δικαίου. Ο *Λεωνίδας Γεωργακόπουλος* αναφερόμενος στις σχετικές γενικές ρήτρες – καλή πίστη, χρηστά ήθη, απαγόρευση κατάχρησης δικαιώματος κ.λπ. – τις χαρακτήριζε ως «ρήτρες αισθήματος δικαίου».

Δεν φαίνεται να συντρέχουν λόγοι που να δικαιολογούν από δικαιοηθικής πλευράς κατ' αρχήν μια μεγαλύτερη προστασία στις εμπορικές συναλλαγές από ό,τι στις υπόλοιπες συνήθεις αστικές συναλλαγές. Επίσης φαίνεται ότι δεν μπορεί να θεμελιωθεί ότι οι καταναλωτές και οι υπόλοιποι αντισυμβαλλόμενοι των εμπόρων πρέπει να τύχουν κατ' αρχήν γενικά ενισχυμένης προστασίας έναντι των εμπόρων εξαιτίας εμπιστοσύνης στο πρόσωπό τους. Δεν αναγνωρίζεται γενικά ότι η θέση του εμπόρου δικαιολογεί, άνευ άλλων προϋποθέσεων, την επένδυση και παροχή εμπιστοσύνης σε αυτόν εξαιτίας του επαγγέλματός του.

---

29 Βλ. *Voglis*, Kreditkündigung und Kreditverweigerung der Banken im Lichte von Treu und Glauben, 2001, S.32 ff.

30 Βλ. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 150 ff.: „Vertrauenshaftung kraft rechtsethischer Notwendigkeit".

31 Βλ. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 266 ff.

32 Βλ. από άλλη οπτική γωνία *N. Luhmann*, Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 5. Aufl., 2014.

Β. Η οικονομική παράμετρος

Στο εμπορικό δίκαιο γενικότερα υπάρχει ο προβληματισμός της αλληλεπίδρασης αυτού του κλάδου του δικαίου με την πραγματική οικονομία[33]. Μία πλευρά αυτής της αλληλεπίδρασης είναι η ανάγκη να εξελίσσεται το εμπορικό δίκαιο προκειμένου να καλύπτει τις σύγχρονες ανάγκες των οικονομικών συναλλαγών. Αυτή η πλευρά περιλαμβάνει και το γεγονός ότι η εξέλιξη του δικαίου μπορεί να δημιουργεί οικονομικές αξίες στο βαθμό που παρέχει στην οικονομία νέα εργαλεία ανάπτυξης[34]. Για παράδειγμα οι διατάξεις για ενισχυμένη προστασία του τραπεζικού απορρήτου μπορεί να αποτελέσουν την αιτία για προσέλκυση καταθέσεων και ισχυροποίηση του τραπεζικού συστήματος. Η σύγχρονη θεωρία του εμπορικού δικαίου δεν συγχωρεί την άγνοια της οικονομικής πραγματικότητας. Έχει ξεπεραστεί η εποχή όπου στο δίκαιο γινόταν απλά λόγος για δανειστή και οφειλέτη χωρίς καμία περαιτέρω κατηγοριοποίηση. Μία άλλη πλευρά της αλληλεπίδρασης είναι ο επηρεασμός της κατανόησης και του περιεχομένου των θεσμών και των εννοιών του εμπορικού δικαίου από την οικονομική λειτουργία αυτών.

Στην περίπτωση της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς και κατ' επέκταση της αρχής της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης είναι προφανές ότι η έννοια της εμπιστοσύνης δεν έχει μόνο την προαναφερόμενη δικαιοηθική παράμετρο αλλά και μία επίσης σημαντική οικονομική παράμετρο. Η εμπιστοσύνη είναι αναμφισβήτητο στοιχείο της οικονομίας, είναι μετρήσιμη, έχει οικονομική αξία και σε επιμέρους ζητήματα είναι απολύτως απαραίτητη για τη λειτουργία της αγοράς. Για παράδειγμα η κεφαλαιαγορά και το τραπεζικό σύστημα δεν μπορούν να λειτουργήσουν όταν έχει κλονιστεί η εμπιστοσύνη.

Αυτή η λειτουργία δεν μπορεί να αγνοηθεί. Αντιθέτως πρέπει να ενταχθεί γενικότερα στη θεωρία του εμπορικού δικαίου και ειδικότερα στην κατανόησή μας για την δικαιολογημένη εμπιστοσύνη στις εμπορικές συναλλαγές[35]. Πρέπει δηλαδή να ερευνηθεί πότε η προστασία της εμπιστοσύνης και η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς έχει συστημική σημασία για συγκεκριμένους κλάδους του δικαίου. Μετά από αυτή τη διαπίστωση πρέπει να εξεταστεί – το δυσκολότερο – πώς θα εντάξουμε τις προηγούμενες σκέψεις στη θεωρία μας και πώς θα τις ενσωματώσουμε στις αξίες που ήδη αναγνωρίζονται ότι διαπνέουν τους κανόνες του εμπορικού δικαίου[36].

---

33 Βλ. *Γέμτο*, Οικονομία και Δίκαιο: Μεθοδολογικά και οικονομικά θεμέλια, τόμος Α΄, 2η έκδοση, 2003· *Γέμτο*, Οικονομία και Δίκαιο: Οικονομική Ανάλυση βασικών θεσμών του ιδιωτικού δικαίου, τόμος Β΄, 2001· *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., 2012.

34 Βλ. *Λ. Γεωργακόπουλο*, Κέρδος: Ο Πυρήνας του εμπορικού δικαίου, 2008, σελ. 32 επ.

35 Βλ. *Eidenmüller*, Vertrauensmechanismus und Vertrauenshaftung, in: Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft 74, 2000, S. 117 ff.

36 Βλ. π.χ. την άποψη της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., 2012, S. 557 ff. με περισσότερες παραπομπές.

Μεθοδολογικά οι αόριστες έννοιες και οι γενικές ρήτρες προσφέρονται προκειμένου να εισάγουμε στη νομική αξιολόγηση οικονομικά κριτήρια, δηλαδή στοιχεία που καθιστούν αυτό που επιτάσσει ο κανόνας δικαίου συμβατό με την οικονομική πραγματικότητα. Μέσω της προτεινόμενης ερμηνείας των κανόνων του εμπορικού δικαίου θα αποκλειστούν συμπεράσματα που προφανώς καταλήγουν σε λύσεις οικονομικά ανορθολογικές. Είναι νομικά ασφαλές να δεχθούμε ότι το δίκαιο κατ' αρχήν δεν καταλήγει σε οικονομικά ανορθολογικά αποτελέσματα.

Ειδικά η απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς μπορεί να λειτουργήσει αποτρεπτικά για τις κερδοσκοπικές[37] και οπορτουνιστικές συμπεριφορές. Εφόσον διαπιστωθεί μια σχέση εμπιστοσύνης, από αυτή πηγάζει με βάση την αρχή της καλής πίστης η υποχρέωση των συμβαλλομένων να λάβουν υπόψη και να προστατέψουν τα συμφέροντα της άλλης πλευράς. Όταν διαψεύδουν την εμπιστοσύνη της άλλης πλευράς και συμπεριφέρονται αντιφατικά, για παράδειγμα δεν εκπληρώνουν τις μη δεσμευτικές υποσχέσεις τους, οφείλουν να αποκαταστήσουν την προκληθείσα ζημία του αντισυμβαλλομένου τους.

Στο σημείο αυτό μπορούμε να κάνουμε ένα βήμα προς την ενίσχυση της συστηματικής ενότητας. Η τελευταία παρατήρηση περί μετρήσιμης εμπιστοσύνης στην οικονομία μπορεί να συνδεθεί με την προηγούμενη αποδοχή ότι νομικά αναγνωρίζονται διάφορες βαθμίδες εμπιστοσύνης ανάλογα με τις οποίες κλιμακώνονται οι συνέπειες της διαψεύσεως της εμπιστοσύνης. Συγκεκριμένα μπορούμε με την βοήθεια οικονομικών κριτηρίων να αντιστοιχήσουμε την πραγματικότητα με τις διαφορετικές νομικά αναγνωριζόμενες βαθμίδες της εμπιστοσύνης. Για παράδειγμα μπορούμε να πούμε ότι όσο μεγαλύτερο το κόστος μιας παροχής ή όσο σημαντικότερος ο θεσμικός ρόλος του αντισυμβαλλομένου, τόσο μεγαλύτερη είναι η παρεχόμενη εμπιστοσύνη και αντίστοιχα σημαντικότερες οι έννομες συνέπειες της διάψευσής της.

VI. Η διαπάλη των αρχών της ιδιωτικής αυτονομίας και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης

Κατά τη συγκεκριμενοποίηση των απαιτήσεων της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς έχουμε να κάνουμε με τη διαπάλη της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας με την αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης[38]. Υπάρχουν κατ' αρχήν δύο συναλλασσόμενοι, οι οποίοι είτε συνδέονται με μια έγκυρη σύμβαση

37 Βλ. *Λ. Γεωργακόπουλο*, Κέρδος: Ο πυρήνας του εμπορικού δικαίου, 2008, σελ. 103.

38 Βλ. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), Band I, Bürgerliches Recht, 2000, S. 129, 136 ff., 146 ff.

αλλά ως προς το συγκεκριμένο σημείο που αποτελεί αντικείμενο διαφωνίας δεν υπάρχει συμβατική πρόβλεψη, είτε η σύμβασή τους είναι άκυρη, είτε δεν έχουν συνάψει καμία σύμβαση. Η πρώτη παρατήρηση λοιπόν είναι ότι οι συναλλασσόμενοι, ενώ μπορούσαν, δεν σύναψαν σύμβαση, επομένως δεν εξασφάλισαν την προστασία που τους παρέχει το δίκαιο των συμβάσεων.

Η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας είναι αναμφισβήτητα η ισχυρότερη αρχή στο πλαίσιο του ιδιωτικού δικαίου και μόνο κατ' εξαίρεση υποχωρεί προκειμένου να προστατευτεί η εμπιστοσύνη που έχει δείξει ένας συναλλασσόμενος. Πρέπει στη συγκεκριμένη περίπτωση ή στη συγκεκριμένη ομάδα περιπτώσεων να αξιολογηθεί αν θα υπερισχύσει η αρχή της εμπιστοσύνης και επομένως θα προστατευθεί εκείνος που έδειξε εμπιστοσύνη με τρόπο που θα δούμε στη συνέχεια. Το βάρος της επιχειρηματολογίας το φέρει αυτός που ισχυρίζεται ότι πρέπει να περιοριστεί η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας.

Σε δογματικό επίπεδο πέραν της κατ' αρχήν υπεροχής της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας θα πρέπει να ληφθούν υπόψη άλλες δύο βασικές αξιολογήσεις. Κατά πρώτον πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι στην πλευρά της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας θα πρέπει να προστεθεί η αρχή της ασφάλειας του δικαίου[39]. Η επικράτηση κατ' εξαίρεση της αρχής της εμπιστοσύνης μπορεί να δημιουργήσει ανασφάλεια δικαίου. Ειδικά στο χώρο των εμπορικών συναλλαγών, που σε πολλές περιπτώσεις έχουν ένα διεθνή χαρακτήρα, η αρχή της ασφάλειας του δικαίου κρίνεται ότι έχει μια ιδιαίτερα αυξημένη δύναμη. Αυτό επιτείνεται από το γεγονός ότι κατά τη διάρκεια της οικονομικής κρίσης υπήρξαν έκτακτες νομοθετικές παρεμβάσεις στο ελληνικό δίκαιο που αιφνιδίασαν τους συναλλασσομένους και συνεπώς μείωσαν δραστικά την αξιοπιστία του[40]. Η θεωρία του δικαίου μπορεί και πρέπει να συμβάλει στην επανάκτηση της αξιοπιστίας του ελληνικού δικαίου. Δεν έχουμε την πολυτέλεια με το επιχείρημα ότι επιδιώκουμε δικαιότερες (κατ' ουσίαν) λύσεις ή λύσεις που ανταποκρίνονται περισσότερο στις ατομικές περιπτώσεις να αυξήσουμε περαιτέρω τον βαθμό ανασφάλειας στο ελληνικό ιδιωτικό δίκαιο.

Κατά δεύτερον λαμβάνεται υπόψη ότι από την άλλη πλευρά της αξιολόγησης δεν έχουμε απλά να σταθμίσουμε μια παραβίαση της αρχής της εμπιστοσύνης αλλά έχουμε μια αντιφατική συμπεριφορά που αξιολογικά, όπως είπαμε προηγουμένως, αποτελεί μια παραβίαση του *πυρήνα* της αρχής της εμπιστοσύνης και η οποία αξιολογείται γι' αυτό το λόγο ως σοβαρή – ιδιαίτερης βαρύτητας – παράβαση.

39 Βλ. για την ασφάλεια του δικαίου σε ένα διαφορετικό πεδίο *Β. Σκουρή*, Η ασφάλεια δικαίου στην κοινοτική έννομη τάξη, στον τιμητικό τόμο για Μ. Σταθόπουλο, τόμος 2, 2010, σελ. 2507 επ.

40 Είναι γνωστό ότι σε πολύ περισσότερες συμβάσεις επιλέγεται πλέον το αγγλικό δίκαιο εξαιτίας της έλλειψης εμπιστοσύνης στο ελληνικό δίκαιο.

VII. Η προστασία της εμπιστοσύνης ως στοιχείο του πραγματικού της δήλωσης βούλησης

Το στοιχείο της ιδιωτικής αυτονομίας εμπλέκεται με το στοιχείο της προστασίας της εμπιστοσύνης και στο πλαίσιο του πραγματικού της δήλωσης βούλησης. Γίνεται δεκτό στη γενική θεωρία του αστικού δικαίου ότι το περιεχόμενο της δήλωσης βούλησης των συναλλασσομένων προσδιορίζεται κατ' αρχήν με βάση την πραγματική θέληση των συμβαλλομένων (άρθρο 173 ΑΚ)[41]. Εκκινούμε από τη βασική θεωρητική θέση ότι η σύμβαση είναι το μέσο για να ισχύσει αυτό που θέλουν οι συμβαλλόμενοι, επειδή ακριβώς το θέλουν. Ταυτόχρονα γίνεται όμως δεκτό ότι, ενόψει του γεγονότος ότι η δήλωση της βούλησης απευθύνεται σε τρίτους, πρέπει να προστατεύεται η εμπιστοσύνη των τρίτων στο περιεχόμενο της δήλωσης και ότι ένα μέρος του κινδύνου παρανόησης της δήλωσης βούλησης αναλαμβάνει ο ίδιος ο δηλών, ο οποίος οφείλει να διατυπώνει τη βούλησή του ξεκάθαρα, εφόσον αυτή απευθύνεται σε τρίτους. Η δήλωση βούλησης του καταλογίζεται με το περιεχόμενο που γίνεται αντιληπτή από τον μέσο συνετό και καλόπιστο συναλλασσόμενο[42]. Πρόκειται για το κανονιστικό στοιχείο στην ερμηνεία της δήλωσης βούλησης. Το αντικειμενικό στοιχείο κατά την ερμηνεία της δήλωσης βούλησης επιβεβαιώνεται στον αστικό μας κώδικα από τη δυνατότητα που έχει υπό προϋποθέσεις ο δηλών να ζητήσει την ακύρωση της δήλωσής του λόγω πλάνης (άρθρο 140 ΑΚ)[43].

Αυτή η σκέψη έχει ιδιαίτερη σημασία για τον προβληματισμό της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς, διότι, πριν εξετάσουμε αν υφίσταται παράβαση της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς, πρέπει να εξεταστεί κατά πόσο η προηγούμενη συμπεριφορά θα μπορούσε να ερμηνευθεί ως σιωπηρή παραίτηση από ένα δικαίωμα, ως σιωπηρή δέσμευση για τον τρόπο άσκησης ενός δικαιώματος στο μέλλον ή ακόμη κατά πόσο μια άτυπη υπόσχεση ήταν πιθανώς τελικά δεσμευτική, όταν δεν απαιτείται τύπος για τη συγκεκριμένη δήλωση βούλησης.

Η θεωρητική κατασκευή μιας σιωπηρής δήλωσης ή παραίτησης καθώς και ο καταλογισμός σε κάποιον μίας δήλωσης που αυτός ισχυρίζεται ότι δεν είχε δεσμευτικό περιεχόμενο μπορεί να δικαιολογηθεί με βάση την προηγούμενη λειτουργία του στοιχείου της εμπιστοσύνης στο πλαίσιο του πραγματικού της δήλωσης βούλησης[44]. Στις εμπορικές συναλλαγές η σιωπηρή αποδοχή μιας πρότασης δεν είναι

41 Βλ. αναλυτικά *Μ. Καράση*, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, Δικαιοπραξία Ι, 1996, σελ. 399 επ.· *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές αρχές αστικού δικαίου, 4η έκδοση, 2012, σελ. 601 επ.· *Δ. Παπαστερίου/Δ. Κλαβανίδου*, Δίκαιο της δικαιοπραξίας, 2008, σελ. 241 επ.

42 Βλ. BGHZ 91, 324 ff.

43 Βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές αρχές αστικού δικαίου, 4η έκδοση, 2012, σελ. 566 επ.· *Αυγουστιανάκη*, Το δικαίωμα προς ακύρωση δικαιοπραξίας λόγω πλάνης, απάτης ή απειλής, 2011· *Δ. Παπαστερίου/Δ. Κλαβανίδου*, Δίκαιο της δικαιοπραξίας, 2008, σελ. 380 επ.

44 Βλ. *H. J. Wieling*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), 334 ff. και *ο ίδιος* σε βιβλιοκρισία AcP 187 (1987), 95 ff.

σπάνια[45]. Αντίθετα σε μερικούς τομείς αποτελεί την τρέχουσα κρατούσα πρακτική. Από την άλλη πλευρά πρέπει όμως να υπογραμμίσουμε ότι δεν πρέπει αυτή η δογματική κατασκευή να λειτουργήσει ως μια λύση ευκαιρίας προκειμένου να φθάσουμε στην επιδιωκόμενη λύση αποφεύγοντας τη δυσκολία να επιχειρηματολογήσουμε και να θεμελιώσουμε ότι η κρινόμενη συμπεριφορά προσκρούει στην απαγόρευση του venire contra factum proprium[46].

VIII. Η προστασία εκ του νόμου

Εφόσον ξεπεράσουμε το προηγούμενο πεδίο της προστασίας της ιδιωτικής αυτονομίας, αφού δεν έχουμε διαπιστώσει την ύπαρξη συμβατικής δέσμευσης, ακολουθεί η προστασία της εμπιστοσύνης που παρέχεται ex lege. Οι συμβαλλόμενοι μπορούν να δώσουν στη συμφωνία τους το περιεχόμενο που εκτιμούν ότι εξυπηρετεί τα συμφέροντά τους και επομένως να προσδιορίσουν αυθαίρετα το περιεχόμενο των συμβατικών τους δεσμεύσεων. Αντίθετα η παρεχόμενη εκ του νόμου προστασία της εμπιστοσύνης οφείλει να είναι συμβατή με το ισχύον σύστημα του δικαίου και να ακολουθεί τις βασικές αξίες αυτού, όπως αυτές καταγράφονται στους ρητούς κανόνες δικαίου και στη νομολογία που ερμηνεύει τους κανόνες δικαίου και συγκεκριμενοποιεί τις γενικές ρήτρες. Η προστασία της εμπιστοσύνης ακολουθεί κατ' αρχήν το γενικό επίπεδο προστασίας που παρέχει το δίκαιο και εξελίσσεται προοδευτικά με αυτό. Δεν πρέπει η προστασία της εμπιστοσύνης να χρησιμοποιηθεί ως μια πλασματική λύση ώστε να επεκταθεί κατά τη βούληση του εφαρμοστή του δικαίου η προστασία των συναλλασσόμενων. Ο κίνδυνος της «καταχρηστικής» επίκλησης της αρχής της εμπιστοσύνης φαίνεται να είναι στο εμπορικό δίκαιο μικρότερος από ό,τι στους υπόλοιπους κλάδους του ιδιωτικού δικαίου, διότι το εμπορικό δίκαιο εξελίσσεται ταυτόχρονα και σύμμετρα τόσο στο εσωτερικό ελληνικό δίκαιο όσο και στα αλλοδαπά δίκαια. Ο διεθνής χαρακτήρας του εμπορικού δικαίου το προστατεύει από ενδεχόμενες παραφωνίες και υπερβολές του ελληνικού δικαίου. Η προστασία της εμπιστοσύνης στο ελληνικό εμπορικό δίκαιο δεν μπορεί να υπερβεί σημαντικά την αντίστοιχη προστασία για παράδειγμα στο γερμανικό ή στο αυστριακό εμπορικό δίκαιο.

IX. Η διαβάθμιση των έννομων συνεπειών

Ιδιαίτερα σημαντικό είναι το κριτήριο που θέτει ο *Claus-Wilhelm Canaris* στην επί υφηγεσία διατριβή του προκειμένου να κάνει έναν πρώτο διαχωρισμό των περι-

45 Βλ. συγκριτικά για το αντίστοιχο φαινόμενο στο Διοικητικό Δίκαιο *Χρ. Μουκίου*, Η «σιωπή» της Διοίκησης, 2003.
46 Βλ. γενικότερα *Βόγκλη*, Διάγνωση και πλήρωση των κενών στις συμβάσεις, 2015, σελ. 207 επ.

πτώσεων προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης[47]. Διαχωρίζει τις περιπτώσεις αναλόγως της έννομης συνέπειας. Διαπιστώνει ότι σε περίπτωση παραβίασης της αρχής της εμπιστοσύνης μπορούν να επέλθουν, αναλόγως της βαρύτητας της προσβολής, δύο διαφορετικές έννομες συνέπειες („*die Zweispurigkeit der Vertrauenshaftung*")[48]. Η πρώτη είναι η υποχρέωση αποζημίωσης που καλύπτει το αρνητικό διαφέρον και θέτει τον συναλλασσόμενο που διαψεύστηκε η εμπιστοσύνη του στην κατάσταση που θα ήταν αν δεν έδειχνε εμπιστοσύνη (*negativer Vertrauensschutz*). Στη δεύτερη έννομη συνέπεια η προσβολή της αρχής της εμπιστοσύνης κρίνεται βαρύτερη και η προστασία εκείνου που έδειξε εμπιστοσύνη επεκτείνεται και φθάνει να τον θέσει, όχι όπως θα ήταν αν δεν είχε εμπιστευτεί την άλλη πλευρά, αλλά αντιθέτως όπως θα ήταν αν δεν είχε διαψευστεί η εμπιστοσύνη του (*Vertrauensentsprechung*) και συνέβαινε αυτό που εκείνος πίστευε (*positiver Vertrauensschutz*).

Ο εξαρχής διαχωρισμός των εξεταζόμενων περιπτώσεων διευκολύνει σε πολύ μεγάλο βαθμό την έρευνα τόσο κατά την εξέταση των περιπτώσεων όσο και κατά την ανάδειξη των κατάλληλων κριτηρίων για την κατηγοριοποίησή τους και τη διατύπωση των κανόνων[49]. Ιδίως όταν ο διαχωρισμός συνδέεται με τις έννομες συνέπειες, οπότε έχουμε ευθεία σύνδεση με το αποτέλεσμα. Είναι προφανές ότι το αποτέλεσμα είναι για τον εφαρμοστή του δικαίου δυσκολότερο, όταν πρέπει να υπολογιστεί η αποζημίωση κάποιου για την εμπιστοσύνη που έδειξε καλύπτοντας το αρνητικό διαφέρον, διότι ορίζονται πιο δύσκολα τα όρια της ζημίας.

Κατ' αρχήν η παραβίαση της αρχής της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς έχει ως έννομη συνέπεια μόνο την υποχρέωση αποζημίωσης που θέτει εκείνον που εμπιστεύθηκε στη θέση που θα ήταν αν δεν έδειχνε εμπιστοσύνη και μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όπου υπάρχει μια βαρύτατη παραβίαση της αρχής της εμπιστοσύνης, όπου υπάρχει μεγάλη ανάγκη για την προστασία της ασφάλειας των συναλλαγών και των συμμετεχόντων σε εμπορικές συναλλαγές[50] ή όπου η έννομη συνέπεια της απλής αποζημίωσης προφανώς δεν μπορεί να αποκαταστήσει ικανοποιητικά εκείνον που εμπιστεύτηκε, διότι για παράδειγμα ανατρέπεται ή καταστρέφεται συνολικά το έργο μακροχρόνιων προσπαθειών του με την καταστροφή της επιχείρησής του, επιβάλλεται να ξεπεράσουμε το προηγούμενο όριο και να θεωρήσουμε ότι εκείνος που έδειξε εμπιστοσύνη θα αποκατασταθεί πλήρως.

---

47 Βλ. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 5 f.

48 Βλ. *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausprägung des Vertrauensschutzprinzips im deutschen Privatrecht, στον Τιμητικό Τόμο για τον Φ. Δωρή, τόμος ΙΙ, 2015, σελ. 1443, 1453· *Dette*, Venire contra factum proprium nulli conceditur: Zur Konkretisierung eines Rechtssprichworts, 1985, 83 ff.

49 Βλ. συστηματική παρουσίαση *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/Gunter Widmaier (Hrsg.), Band I, Bürgerliches Recht, 2000, S. 129, 171 ff.

50 Βλ. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 6.

Κρατάμε όμως ως σταθερή αξιολόγηση ότι το βάρος της επιχειρηματολογίας φέρει όποιος τίθεται υπέρ της ευρύτερης προστασίας. Για παράδειγμα στην απλή περίπτωση της ευθύνης από διαπραγματεύσεις με ταυτόχρονη παραβίαση της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς έχουμε ως έννομη συνέπεια την υποχρέωση αποζημίωσης για το αρνητικό διαφέρον, όταν έχουμε όμως μια άκυρη σύμβαση που έχει λειτουργήσει για δεκαετίες είναι πιθανό ότι δεν αρκεί η αναγνώριση της ευθύνης για αποζημίωση, αλλά θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι θα παραχθούν οι έννομες συνέπειες εκ του νόμου, όπως θα γινόταν αν είχαμε έγκυρη σύμβαση. Επίσης όταν έχουμε μια υπόσχεση ότι δεν θα καταγγελθεί μια σύμβαση είναι πολύ πιθανό ότι δεν αρκεί απλά η αποζημίωση, αλλά πολύ περισσότερο θα πρέπει να κριθεί άκυρη η καταγγελία της σύμβασης.

Εφόσον ο σκοπός της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς είναι κατ' αρχήν η προστασία της εμπιστοσύνης, συνάγεται ότι η απαγόρευση της άσκησης ενός δικαιώματος δεν οδηγεί απαραίτητα στην εξάλειψή του. Όπως στην απαγόρευση κατάχρησης δικαιώματος, όπου η κρίση περί καταχρηστικότητας δεν καταργεί αναγκαστικά σε όλες τις περιπτώσεις για πάντα το δικαίωμα, είναι σκόπιμο να γίνει δεκτό ότι η απαγόρευση που προκύπτει από την αντιφατική συμπεριφορά διαρκεί όσο αντίστοιχα δικαιολογεί η εμπιστοσύνη της άλλης πλευράς. Η αντιφατικότητα και η εξ αυτού του λόγου απαγόρευση μίας συμπεριφοράς κρίνεται μια συγκεκριμένη χρονική στιγμή. Ενδέχεται σε μια μεταγενέστερη χρονική στιγμή τα δεδομένα να έχουν αλλάξει και να μην καταλήγουμε στην απαγόρευση.

X. Ελευθερία ή δικαίωμα στην αντιφατική συμπεριφορά

Η ευρεία αναγνώριση της αρχής της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς συνεπάγεται ότι διαθέτει μια εξαιρετική πειστικότητα όσον αφορά τη νομική της ισχύ. Αυτό οδηγεί στο γεγονός ότι στην πρακτική εφαρμογή του δικαίου αλλά και στην εξέλιξη της θεωρίας καταγράφεται η προσπάθεια να γίνεται μια συνεχώς διευρυνόμενη χρήση της συγκεκριμένης απαγόρευσης με τρόπο που επεκτείνει άστοχα και επικίνδυνα τα όριά της. Δημιουργείται η εντύπωση ότι αποτελεί ένα ισχυρό εργαλείο που μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε πολλές περιπτώσεις χωρίς αυστηρά κριτήρια. Στην πραγματικότητα αυτή η διευρυμένη χρήση αποτελεί μια πλασματική επίκληση της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς, προκειμένου να καλυφθούν άλλες αξιολογήσεις που είτε δεν κρίνονται πειστικές είτε απαιτούν μεγαλύτερη επιχειρηματολογία. Η άκριτη και συνεχώς ευρύτερη χρήση της εξεταζόμενης απαγόρευσης μπορεί να οδηγήσει σε μια απαξίωσή της και κατά αποτέλεσμα αναίρεση της χρησιμότητάς της[51].

51 Βλ. ευρύτερα για τις γενικές ρήτρες *Βόγκλη*, Κίνδυνοι κατά τη συγκεκριμενοποίηση των γενικών ρητρών, ΔΕΕ 2003, 757 επ.· *Βόγκλη*, Μέθοδοι συγκεκριμενοποίησης των γενικών ρητρών, ΔΕΕ 2004, 16 επ.

Το φαινόμενο αυτό που παρουσιάζεται ευρύτερα και σε άλλες ανάλογες περιπτώσεις μπορεί να αντιμετωπισθεί αν επισημάνουμε τη βασική αξιολόγηση από την οποία ξεκινά η έρευνά μας για τους περιορισμούς αυτής. Συγκεκριμένα η βασική αξιολόγηση είναι ότι οι συναλλασσόμενοι μπορούν να συμπεριφέρονται όπως εκείνοι θέλουν και συνεπώς έχουν κατ' αρχήν τη δυνατότητα να συμπεριφέρονται αντιφατικά. Το κρίσιμο σημείο είναι ότι το ιδιωτικό δίκαιο τους αναγνωρίζει το δικαίωμα να καθορίζουν τη στάση τους όχι μόνο όπως επιβάλλουν τα συμφέροντά τους, αλλά πολύ περισσότερο όπως εκείνοι θέλουν χωρίς να χρειάζεται να αιτιολογούν τις αποφάσεις τους (αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας). Η φιλελεύθερη αυτή θέση διαπνέει το ιδιωτικό δίκαιο και ιδίως το εμπορικό δίκαιο, ενώ διατηρείται η ελπίδα ότι θα λειτουργήσει εποικοδομητικά απελευθερώνοντας δυνάμεις μέσω της μεγαλύτερης ελευθερίας για τους συναλλασσόμενους.

Σε δογματικό επίπεδο μπορούμε να διαχωρίσουμε την περίπτωση που κάποιος βρίσκεται ήδη σε μία συμβατική σχέση και έχει το δικαίωμα να συμπεριφερθεί αντιφατικά και την περίπτωση που κάποιος δεν συνδέεται με συμβατική σχέση και επομένως δεν έχει απλά το δικαίωμα αλλά πολύ περισσότερο την *ελευθερία* να συμπεριφέρεται ακόμη και ευθέως αντιφατικά και να διαψεύδει την εμπιστοσύνη της άλλης πλευράς.

Ξεκινώντας από αυτή την αξιολόγηση γίνεται προφανές ότι έργο μας είναι, όπως προαναφέρθηκε, η εξέταση των περιορισμών του δικαιώματος ή της ελευθερίας των συναλλασσομένων να συμπεριφέρονται αντιφατικά. Όποιος υποστηρίζει τον περιορισμό ενός δικαιώματος με βάση μια γενική απαγόρευση φέρει και το βάρος της επιχειρηματολογίας. Δογματικά είναι δεδομένο ότι οι περιορισμοί ενός δικαιώματος είναι πολλοί περισσότεροι και πιο εύκολα αποδεκτοί από τους ενδεχόμενους περιορισμούς της δυνατότητας να αρνηθεί κάποιος την κατάρτιση μίας σύμβασης.

XI. Μελλοντική συμπεριφορά

Πέραν της προαναφερόμενης βασικής αξιολόγησης, αν παρακολουθήσουμε τη συζήτηση σχετικά με την απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς συνολικά τόσο στη θεωρία όσο και στη νομολογία, μπορούμε να προχωρήσουμε σε δύο ακόμη παρατηρήσεις όσον αφορά την απόφαση που καταλήγει να δεχθεί την παραβίαση της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς[52]. Πρόκειται για σκέψεις που συνήθως αναφέρονται στην αιτιολόγηση της σχετικής κρίσης και συσκοτίζουν την κατάσταση.

Η πρώτη παρατήρηση έχει να κάνει με το γεγονός ότι συχνά παραβλέπεται ότι η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς παραβιάζεται όταν εξετάζονται δύο συμπεριφορές του ίδιου προσώπου – ή αλλιώς της ίδιας πλευράς –, μία σε προηγούμενη χρονική στιγμή και μία παρούσα ή μελλοντική, οι οποίες έρχονται μεταξύ

52 Βλ. ήδη *Voglis*, Kreditkündigung und Kreditverweigerung der Banken im Lichte von Treu und Glauben, 2001, S. 86 ff.

τους σε *ευθεία αντίφαση*[53]. Το κρίσιμο στοιχείο είναι ότι η αντιφατικότητα πρέπει να είναι *άμεση*. Δεν πρέπει να προσθέτει ο εφαρμοστής του δικαίου μια ενδιάμεση αξιολόγηση προκειμένου να συναγάγει το αποτέλεσμα ότι οι δύο συμπεριφορές αντιφάσκουν μεταξύ τους.

Για παράδειγμα αν ένας εταίρος παράσχει μια πίστωση στην εταιρία στην οποία μετέχει και κατόπιν καταγγείλει το δάνειο πριν από άλλους δανειστές της εταιρίας και της προξενήσει με αυτόν τον τρόπο ζημία, τότε από μόνες τους αυτές οι συμπεριφορές δεν είναι αντιφατικές. Η παροχή της πίστωσης και η καταγγελία της πίστωσης δεν είναι αντιφατικές συμπεριφορές, διότι το δικαίωμα καταγγελίας είναι ένας προβλεπόμενος τρόπος λύσης της διαρκούς ενοχής και είναι προβλέψιμο ότι κάποια στιγμή θα λήξει η συμβατική σχέση[54]. Αν χρησιμοποιείται η υποχρέωση πίστης του εμπόρου προκειμένου να κριθεί η συμπεριφορά του, τότε βαρύνουσα σημασία έχει αυτή η αξιολόγηση και όχι η υποτιθέμενη αντίφαση. Διαχρονικά έχει χρησιμοποιηθεί επανειλημμένως καταχρηστικά η απαγόρευση καταχρηστικής συμπεριφοράς για να κριθεί παράνομη μία συμπεριφορά και στη συνεχεία αναδεικνύεται μια αυτοτελής αξιολόγηση, προκύπτει από την εξέλιξη του δικαίου ένας νέος κανόνας, που ήταν ο πραγματικός λόγος για την απαγόρευση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς.

Η δεύτερη παρατήρηση είναι ότι πολλές φορές παρουσιάζεται η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς και υποστηρίζεται ότι κρίσιμο σημείο είναι το στοιχείο της εμπιστοσύνης, ότι δηλαδή αυτός είναι ο βασικός λόγος για την απαγόρευση, ενώ αντιθέτως, όπως ήδη έχει τονισθεί, στην απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς κυρίαρχο ρόλο και βαρύνουσα σημασία έχει και η προκύπτουσα αντίφαση της μελλοντικής συμπεριφοράς. Αυτή η ευθεία αντίφαση των δύο συμπεριφορών έχει, στο πλαίσιο της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς, κυρίαρχο αξιολογικά ρόλο και προσθέτει σημαντικά στοιχεία σε σχέση με την απλή διάψευση της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης.

Με άλλες λέξεις η απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς δεν είναι απλά μια περίπτωση της αρχής της εμπιστοσύνης, αλλά πολύ περισσότερο διαφοροποιείται ουσιωδώς από αυτή ως προς την επιπλέον απαίτηση για αντίφαση της μελλοντικής συμπεριφοράς που αλλάζει τη συνολική κατασκευή και εικόνα της εξεταζόμενης απαγόρευσης. Ο *Canaris* αναφέρει[55] χαρακτηριστικά „der Mißbilligung des Selbstwiderspruchs kommt durchaus ein eigenständiger rechtsethischer Gehalt zu, der insbesondere in der spezifischen Beziehung zwischen dem Vorverhalten und der seither eingetretenen Entwicklung der Verhältnisse zu Tage tritt und der seinen tieferen Grund letztlich in dem Widerspruchsverbot der Gerechtigkeitsidee selbst finden dürfte". Διατυπώνοντας αντίστροφα μπορούμε να πούμε ότι, αν δεν υπάρ-

53 Βλ. *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 25 ff.

54 Αντιθέτως το επιστρεπτέο των κεφαλαίων είναι απαραίτητο στοιχείο του ορισμού της πιστωτικής σύμβασης. Βλ. *Δ. Κλαβανίδου*, Καταναλωτικά δάνεια: Δογματική θεώρηση και συναφή πρακτικά ζητήματα, 1997, σελ. 21 επ.

55 Βλ. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 288.

χει αυτή η ευθεία αντίφαση στη συμπεριφορά, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις για την εξεταζόμενη απαγόρευση.

Επιπρόσθετα σημειώνουμε ότι η αντίφαση δεν μπορεί φυσικά να προκύψει μόνο στην απλή μορφή της μη δεσμευτικής υπόσχεσης και της μετέπειτα μη τήρησης αυτής αλλά μπορεί να συνάγεται αντίφαση ερμηνευτικά, όταν για παράδειγμα η τράπεζα ζητά επιπλέον εξασφάλιση από τον δανειολήπτη, λαμβάνει αυτή, αλλά την αμέσως επόμενη ημέρα προκαλεί τη λήξη της σύμβασης. Αντιφατική συμπεριφορά υπάρχει επίσης όταν οι συναλλασσόμενοι συνάπτουν μια σειρά συμβάσεων για την επίτευξη ενός επιχειρηματικού σκοπού ακολουθώντας μια συγκεκριμένη πρακτική και μετέπειτα ένας από αυτούς ανατρέπει απροσδόκητα αυτή την πρακτική.

Σε αυτές τις περιπτώσεις η αντίφαση προκύπτει από την ερμηνεία της συμπεριφοράς των προσώπων. Είναι πολύ συνηθισμένο η αντίφαση να προκύπτει από την αλλαγή μιας στάσης ανοχής που δείχνει μέχρι εκείνο το χρονικό σημείο η μία πλευρά ή την αλλαγή της ακολουθούμενης πρακτικής[56]. Ακολουθώντας τον αντίστοιχο γενικό κανόνα για την παραβίαση της αρχής της καλής πίστης δεχόμαστε ότι δεν απαιτείται το στοιχείο της υπαιτιότητας για να θεωρήσουμε ότι παραβιάστηκε η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς.

XII. Η περίπτωση να μην λειτουργεί ο μηχανισμός της ιδιωτικής αυτονομίας

Η προηγηθείσα ανάλυση συνδράμει στην κατανόηση της πηγής και της ουσίας της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς, αλλά δεν αρκεί για να διατυπωθεί ένας κανόνας. Βρισκόμαστε πολύ μακριά ακόμη από την εξεύρεση σταθερών στοιχείων του πραγματικού ενός κανόνα για αυτή την απαγόρευση. Το επόμενο βήμα μετά τη γενική ανάλυση είναι ο σχηματισμός ομάδων περιπτώσεων.

Η χαρακτηριστικότερη και ασφαλέστερη ομάδα που σχηματίζεται διαχρονικά από τη θεωρία και τη νομολογία στο πλαίσιο της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς φαίνεται να είναι η περίπτωση όπου δεν λειτουργεί ούτε στοιχειωδώς ο μηχανισμός της ιδιωτικής αυτονομίας. Στο σύστημα των αρχών και αξιών του ιδιωτικού δικαίου φαίνεται να επαναλαμβάνεται η αξιολόγηση ότι οι συναλλασσόμενοι φέρουν μεν το βάρος κατ' αρχήν να συνάπτουν συμβάσεις και να προστατεύονται μέσω αυτών αλλά ταυτόχρονα, όταν σε εξαιρετικές περιπτώσεις αυτός ο μηχανισμός δεν λειτουργεί ούτε στοιχειωδώς, διότι ο ένας συναλλασσόμενος βρίσκεται σε σχέση εξάρτησης από την άλλη πλευρά, τότε το ιδιωτικό δίκαιο προστατεύει την αδύναμη πλευρά. Φαίνεται ότι μπορούμε να δεχθούμε ως δεδομένο ότι το ιδιωτικό δίκαιο γε-

56 Βλ. *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausprägung des Vertrauensschutzprinzips im deutschen Privatrecht, στον τιμητικό τόμο για τον Φ. Δωρή, τόμος ΙΙ, 2015, σελ. 1443, 1456 επ.

νικότερα αλλά και το εμπορικό δίκαιο ειδικότερα θεωρούν δικαιολογημένη και γι' αυτό προστατευόμενη την εμπιστοσύνη που δείχνει η μια πλευρά στην άλλη, όταν πρακτικά η αδύναμη πλευρά δεν μπορεί να επιμείνει στη σύναψη σύμβασης ή στην τροποποίηση της υπάρχουσας ή στο να συμπεριληφθεί μια συγκεκριμένη πρόβλεψη στην επικείμενη σύμβαση και η εναλλακτική λύση που έχει είναι να υποστεί υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες πραγματικά μεγάλη ζημία.

Όταν για παράδειγμα μια εταιρεία έχει μια μακροχρόνια πιστωτική σχέση με μια τράπεζα, έχει δώσει όλες τις ασφάλειες που διαθέτει σε αυτή την τράπεζα, συμπεριλαμβανομένων και των προσωπικών εγγυήσεων των εταίρων της, και έχει αναπτύξει σχεδόν το σύνολο των τραπεζικών δραστηριοτήτων της με αυτή την τράπεζα (Hausbank), είναι προφανές ότι, κατά την διάρκεια μιας έκτακτης κατάστασης που απαιτεί επιπλέον ρευστότητα για αυτή, δεν μπορεί να επιβάλει τη σύναψη σύμβασης, δεν μπορεί παρά να εμπιστευθεί την τράπεζά της και να στηριχθεί στις υποσχέσεις της. Το αντίστοιχο μπορεί να ισχύσει σε οποιαδήποτε ανάλογη περίπτωση, όπου ένας έμπορος βρίσκεται σε σχέση πλήρους εξάρτησης από την άλλη πλευρά και τουλάχιστον για ένα βραχύ χρονικό διάστημα δεν έχει άλλη βιώσιμη για την επιχείρησή του λύση.

Το γεγονός ότι η ανωτέρω περίπτωση είναι δογματικά αναμφισβήτητη και πειστική στο περιεχόμενό της μπορεί να δικαιολογήσει την προαναφερθείσα βαρύτερη έννομη συνέπεια, αν συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις, διότι ουσιαστικά η προϋπόθεση της πλήρους εξάρτησης που τίθεται ήδη στο πραγματικό προδιαθέτει, όπως είπαμε, για πολύ σοβαρή ζημία, σε περίπτωση διάψευσης της εμπιστοσύνης και επομένως ανοίγει το δρόμο για απαίτηση πλήρους αποκατάστασης της διαψευσθείσας εμπιστοσύνης (*positiver Vertrauensschutz*).

XIII. Η περίπτωση του ειδικού θεσμικού ρόλου

Στα όρια της παρούσας μελέτης δεν μπορούν να εξεταστούν διεξοδικά περισσότερες ομάδες περιπτώσεων αλλά μετά την περίπτωση της πλήρους εξάρτησης της μίας πλευράς μπορεί να υποστηριχθεί ότι υπάρχει άλλη μια ενδιαφέρουσα ομάδα περιπτώσεων που αφορά ειδικά το εμπορικό δίκαιο, έχει γενικά χαρακτηριστικά και δεν θέτει ως προϋπόθεση ότι δεν λειτουργεί ο μηχανισμός της ιδιωτικής αυτονομίας στη συγκεκριμένη περίπτωση. Πρόκειται για την περίπτωση όπου ένας από τους δύο συναλλασσομένους, τον οποίο εμπιστεύεται η άλλη πλευρά, έχει έναν ειδικό θεσμικό ρόλο. Χαρακτηριστικά παραδείγματα επιχειρήσεων που έχουν ανάλογο «θεσμικό» ρόλο είναι τα πιστωτικά ιδρύματα, τα χρηματοδοτικά ιδρύματα, οι εταιρείες παροχής επενδυτικών συμβουλών και οι ασφαλιστικές επιχειρήσεις.

Η αξιολόγηση αυτή μπορεί να επεκταθεί σε όσους ασκούν επάγγελμα κατόπιν άδειας από εποπτεύουσα αρχή, υπόκεινται σε κανόνες εποπτείας και υποχρεούνται να ακολουθούν κώδικες δεοντολογίας. Οι τελευταίοι κανόνες μπορούν να αποτελέ-

σουν ένδειξη για τον θεσμικό ρόλο ενός εμπόρου ακόμη και αν δεν έχουν ευθέως νομική δεσμευτικότητα ή η παραβίασή τους δεν συνεπάγεται την αποζημίωση της άλλης πλευράς, είτε γιατί σε πρώτο επίπεδο κρίνεται ότι προστατεύουν την εύρυθμη λειτουργία του συστήματος[57] και δεν παράγουν ατομικές απαιτήσεις, είτε γιατί δεν έχουν καμία νομική δεσμευτικότητα, διότι για παράδειγμα αποφασίστηκαν από όργανο που δεν ασκεί δημόσια εξουσία.

Η ειδική θέση που αναλαμβάνουν οι ανωτέρω συνεπάγεται εύλογα ειδικές υποχρεώσεις. Ο ρόλος τους είναι κομβικός για τις συναλλαγές και την οικονομία γενικότερα και αυτό δεν αποτελεί μια απλή θεωρητική παρατήρηση, αλλά αποτυπώνεται στις αποφάσεις του νομοθέτη που διαμορφώνουν ένα ειδικό και μάλιστα προνομιακό καθεστώς γι' αυτούς. Επιπλέον η ίδια η φύση του πράγματος αποδεικνύει ότι η άσκηση αυτών των επαγγελμάτων συνδέεται άμεσα με τη λειτουργία ενός συστήματος εμπιστοσύνης. Αντιστρόφως σε ένα καθεστώς έλλειψης εμπιστοσύνης δεν μπορούν να λειτουργήσουν οικονομικά ορθολογικά οι σχετικές συμβάσεις. Επομένως το δίκαιο δεν μπορεί παρά να αποδεχθεί αυτή την πραγματικότητα και να προβεί στις απαραίτητες ρυθμίσεις. Οι γενικές ρήτρες του αστικού δικαίου και ειδικά η αρχή της καλής πίστης διευκολύνουν μέσω της συγκεκριμενοποίησής τους την εξέλιξη του συστήματος προς αυτή την κατεύθυνση.

Είναι αξιοσημείωτο ότι κατά την τελευταία οικονομική κρίση χρειάστηκε επανειλημμένως η νομολογία να αποκρούσει την άποψη ότι οι έχοντες θεσμικό ρόλο, για παράδειγμα τα πιστωτικά ιδρύματα, δικαιούνται να απαιτήσουν ειδική προστασία, για παράδειγμα κρατική κεφαλαιακή ενίσχυση, χάριν της θέσης τους, ενώ η νομική αξιολόγηση είναι ακριβώς η αντίστροφη[58]. Το προνόμιο που δίνει μια κρατική άδεια και η άσκηση του αντίστοιχου επαγγέλματος μπορεί να συνδεθεί με υποχρεώσεις και όχι με περαιτέρω δικαιώματα.

XIV. Εύλογη αιτία για αλλαγή της συμπεριφοράς

Η αρχή της εμπιστοσύνης που έχει τεθεί ως βάση της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς μας διευκόλυνε να εντοπίσουμε την έκταση των έννομων συνεπειών[59] της παραβίασης της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς. Επιπλέον, στο επόμενο στάδιο, η θεωρία για την αρχή της εμπιστοσύνης μπορεί να μας χρησιμεύσει προκειμένου να εντοπίσουμε τα όρια της δεσμευτικότητας που προκύπτει από την προηγούμενη συμπεριφορά του κάθε συναλλασσομένου, όταν η άλλη πλευρά δείχνει δικαιολογημένη εμπιστοσύνη σε αυτή.

57 Για παράδειγμα, του χρηματοπιστωτικού συστήματος.

58 Βλ. ΣτΕ 3013/2014, ΣτΕ 3014/2014, ΣτΕ 3016/2014, ΣτΕ 4380/2013, ΣτΕ 419/2014, ΣτΕ 4382/2013, ΣτΕ 4383/2013, ΣτΕ 4377/2013.

59 Βλ. ανωτέρω IX.

Το ότι η μία πλευρά δημιουργεί με τη συμπεριφορά της στην άλλη πλευρά την εύλογη προσδοκία για μια ανταπόκριση στο μέλλον δεν σημαίνει ότι η δέσμευση που προκύπτει εκ του νόμου – αφού δεν υπάρχει σύμβαση – είναι άνευ ορίων. Δεν πρόκειται για αντίστοιχη δέσμευση προς το "pacta sunt servanda". Τα όρια της συγκεκριμένης δέσμευσης προσδιορίζονται από την αιτία της. Εκείνος που εμπιστεύεται την άλλη πλευρά γνωρίζει ότι δεν υπάρχει δήλωση βούλησης και συμβατική δέσμευση και εμπιστεύεται τη *συνέπεια της άλλης πλευράς*. Η δέσμευση για συνεπή συμπεριφορά σημαίνει ότι, όταν αλλάξουν οι συνθήκες σημαντικά, μπορεί να μεταβληθεί αντιστοίχως η συμπεριφορά και αυτό να μην δημιουργεί μια αντίφαση με το παρελθόν.

Για παράδειγμα όταν η μία πλευρά στο πλαίσιο μιας διαρκούς ενοχής δείχνει μια ανοχή έναντι του ασθενέστερου ή ακολουθεί μια πρακτική που δεν προβλέπεται από τη σύμβαση, φαίνεται προφανές αξιολογικά να δεχθούμε ότι αυτή η πλευρά δεσμεύεται για όσο χρονικό διάστημα δεν αλλάξουν οι συνθήκες. Εάν προκύψει μια οικονομική κρίση ή μια άλλη έκτακτη κατάσταση, θα έχει τη δυνατότητα να αλλάξει πρακτική χωρίς συνέπειες.

Η δυνατότητα για αλλαγή συμπεριφοράς που δεν προσκρούει στην αρχή της εμπιστοσύνης ενισχύεται και από το γεγονός ότι ακόμη και στο πλαίσιο της ιδιωτικής αυτονομίας λαμβάνονται υπόψη οι αλλαγές των συνθηκών, για παράδειγμα στις διαρκείς ενοχές με την πρόβλεψη για δικαίωμα καταγγελίας από σπουδαίο λόγο ή σε εξαιρετικές περιπτώσεις από τη θεωρία για το δικαιοπρακτικό θεμέλιο. Άλλωστε φαίνεται αυτονόητο ότι για να χαρακτηριστεί μια συμπεριφορά αντιφατική θα πρέπει να ληφθεί υπόψη και ο περίγυρος. Αν μεταβληθεί ο περίγυρος, θα μπορεί να επαναπροσδιορισθεί και η συμπεριφορά[60]. Ανοικτό παραμένει το ζήτημα ποια μεταβολή των συνθηκών θα πρέπει να επέλθει και πόσο σημαντική θα πρέπει να είναι, προκειμένου να δικαιολογήσει την αλλαγή της συμπεριφοράς. Αυτό θα κριθεί με βάση τις συγκεκριμένες συνθήκες, λαμβάνοντας υπόψη ως κριτήρια την ένταση της σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ των δύο πλευρών, αλλά και τις συνέπειες της μίας ή της άλλης συμπεριφοράς. Επειδή η συγκεκριμένη κρίση είναι δύσκολη, επισημαίνεται ότι ως προς αυτό το σημείο το βάρος της επιχειρηματολογίας φέρει όχι εκείνος που έδειξε εμπιστοσύνη αλλά εκείνος που υποστηρίζει ότι μετέβαλε τη συμπεριφορά του από εύλογη αιτία.

XV. Η αλληλεπίδραση με άλλη αρχή του δικαίου

Στην πράξη παρουσιάζονται συχνά περιπτώσεις στις οποίες κρίνεται ότι πρέπει να υπάρξει προστασία του συναλλασσομένου εκ του νόμου, ενώ ταυτόχρονα διαπι-

60 Στις διεθνείς συναλλαγές στο χρηματοπιστωτικό τομέα συνηθίζεται, όταν δεν ασκείται ένα δικαίωμα, να γίνεται γραπτώς μια δήλωση από αυτόν που δεν ασκεί το δικαίωμα ότι δεν δεσμεύεται για το μέλλον, όταν για παράδειγμα εξαιτίας ενός γεγονότος μπορεί να ενεργοποιηθεί μια ρήτρα για καταγγελία λόγω αφερεγγυότητας.

στώνεται ότι δεν πληρούνται σε μεγάλο βαθμό οι προαναφερόμενες προϋποθέσεις. Αυτό οδηγεί στο να γίνει μια διεύρυνση της προστασίας που παρέχεται από την αρχή της εμπιστοσύνης, η οποία φθάνει όμως – όπως σημειώθηκε ήδη ανωτέρω – τα όρια της πλασματικής επίκλησης αυτής της αρχής και της μεθοδολογικής ανειλικρίνειας. Οι προϋποθέσεις της προστασίας της εμπιστοσύνης και οι ομάδες περιπτώσεων διαμορφώνονται μέσα από την αλληλεπίδραση των πραγματικών περιστάσεων, της νομολογίας και της θεωρίας στο πλαίσιο ενός ελληνικού ιδιωτικού δικαίου που μεταβάλλεται με ταχείς ρυθμούς, αλλά αυτό πρέπει να διακρίνεται από το φαινόμενο να επικαλούμαστε την απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς χάριν της πειστικότητάς της, ενώ δεν θα έπρεπε.

Διέξοδος σε αυτές τις περιπτώσεις μπορεί να δοθεί σε δογματικό επίπεδο, αν αντιληφθούμε ότι υπάρχει μια αλληλεπίδραση μεταξύ των διαφορετικών αρχών του δικαίου. Το φαινόμενο είναι εξαιρετικά πολύπλοκο και δύσκολο στην ανάλυσή του, που ξεπερνά και τα όρια της νομικής επιστήμης, αλλά στην παρούσα στιγμή μπορεί να επισημανθεί ότι υπάρχουν τουλάχιστον δύο τομείς αλληλεπίδρασης.

Ο ένας τομέας είναι η αλληλεπίδραση όσον αφορά αυτό καθ' εαυτό το περιεχόμενο μίας αρχής που επηρεάζεται από άλλες αρχές του δικαίου, καθώς δεν θα πρέπει να ξεχνούμε ότι οι αρχές του δικαίου αποτελούν συγκεκριμενοποιήσεις της ιδέας του δικαίου και συνεπώς στο περιεχόμενο της μίας μπορεί να ανιχνεύσουμε ίχνη ή σημάδια μίας άλλης. Ο δεύτερος τομέας, που ενδιαφέρει περισσότερο την παρούσα προβληματική και την εξέλιξη του δικαίου (Rechtsfortbildung), είναι η αλληλεπίδραση και η συνέργεια δύο αρχών προκειμένου να θεμελιωθεί μια έννομη συνέπεια.

Πρέπει να έχουμε κατά νου τη *δογματική κατασκευή*, όπου δύο αρχές του δικαίου μπορούν να συνδράμουν προκειμένου να καταλήξουμε σε μία έννομη συνέπεια. Όσον αφορά την απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς θα μπορούσε η έννομη συνέπεια να προκύψει από την αρχή της καλής πίστης στο πλαίσιο της οποίας αλληλεπιδρούν η απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς και η αρχή της αναλογικότητας ή ακόμη και η αρχή της εμπιστοσύνης με την αρχή του κοινωνικού κράτους (Sozialstaatsprinzip)[61].

Η πολυπλοκότητα της κατασκευής προκρίνεται, παρά την επιβάρυνση που συνεπάγεται για τη θεωρία, προκειμένου να αποφευχθεί η απόκρυψη της πραγματικής αξιολόγησης. Η ανάδειξη και μόνο ότι σε μια ομάδα περιπτώσεων κατά την αξιολόγηση λαμβάνεται υπόψη και μια άλλη αρχή του δικαίου απαιτεί συχνά ισχυρή επιχειρηματολογία για να ανατρέψει την κρατούσα άποψη. Πέραν της διαφάνειας στην επιχειρηματολογία, πρέπει να προσμετρηθεί θετικά ότι, όταν αναφερόμαστε σε περισσότερες αρχές του δικαίου, εκτός της αρχής της εμπιστοσύνης, μας δίνεται η δυνατότητα να αντικαταστήσουμε στην επιχειρηματολογία μας την αναφορά σε μη

61 Βλ. την επί υφηγεσία διατριβή του *Jörg Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999· *E. Voglis*, Kreditkündigung und Kreditverweigerung der Banken im Lichte von Treu und Glauben, 2001, S. 54 f., 150 ff.

νομικές έννοιες, όπως π.χ. την οικονομική καταστροφή της άλλης πλευράς, με νομικές έννοιες, όπως είναι η αρχή του κοινωνικού κράτους.

XVI. Η αλληλεπίδραση των κλάδων του εμπορικού δικαίου

Το θεωρητικά ζητούμενο κατά την ανάπτυξη του συστήματος της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης στο εμπορικό δίκαιο θα μπορούσε να ήταν να φθάσουμε σε ένα σημείο, όπου να υπάρχουν κατά κλάδους σταθερές αξιολογήσεις για την παροχή προστασίας, ώστε να καθίσταται δυνατή μια αλληλεπίδραση μεταξύ των διαφόρων κλάδων κατά τη μελλοντική συγκεκριμενοποίηση των απαιτήσεων της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και ειδικότερα της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς. Απέχουμε όμως πολύ από το να διατυπώσουμε ένα ανάλογο μοντέλο και είναι αβέβαιο αν ποτέ θα φθάσουμε σε μία τέτοια κατάσταση. Μπορούμε με βάση τη νομολογία και τη θεωρία να ισχυριστούμε ότι στο πλαίσιο ορισμένων κλάδων, όπως το δίκαιο των εταιριών, το δίκαιο των τραπεζικών συμβάσεων ή το δίκαιο προστασίας των επενδυτών, υπάρχει ένα πλήθος περιπτώσεων που έχει εξεταστεί και μπορεί να αποτελέσει βάση για συγκρίσεις στο μέλλον[62]. Μπορούμε επίσης να αντλήσουμε παραδείγματα στο πλαίσιο δικαιοσυγκριτικής μελέτης στο βαθμό που στις περισσότερες των περιπτώσεων οι προβληματισμοί είναι κοινοί.

XVII. Αποδυνάμωση δικαιώματος

Χαρακτηριστικό παράδειγμα ομάδας περιπτώσεων που αξιολογικά συνδέεται με την απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς και ταυτόχρονα διακρίνεται, διότι στο πραγματικό της περιέχει ένα επιπλέον στοιχείο, το οποίο – κατά τα ανωτέρω – αλληλοεπιδρά με την αρχή της εμπιστοσύνης, είναι η αποδυνάμωση δικαιώματος[63]. Το στοιχείο που τη διακρίνει από την απαγόρευση του venire contra factum proprium είναι το στοιχείο του χρόνου. Η αποδυνάμωση του δικαιώματος επέρχεται όταν η μια πλευρά δεν ασκεί ένα δικαίωμά της για σχετικά μεγάλο χρονικό διάστημα και ταυτόχρονα δημιουργείται στην άλλη πλευρά η εύλογη εντύπωση ότι το δικαίωμα δεν θα ασκηθεί και γι' αυτό «επενδύει» σε αυτό το ενδεχόμενο[64]. Σε αντίθεση

62 Αντίθετα στο δίκαιο προστασίας του καταναλωτή φαίνεται ότι χρησιμοποιείται σε υπερβολικό βαθμό η έννοια της εμπιστοσύνης του καταναλωτή, ενώ πρόκειται μάλλον ευθέως για ουσιαστική προστασία αυτής της κατηγορίας των συναλλασσομένων εξαιτίας των χαρακτηριστικών τους και όχι της εμπιστοσύνης που δείχνουν.

63 Βλ. πρόσφατα *A. Salzmann*, Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung, 2015· γενικά *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 335 ff.· *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές αρχές αστικού δικαίου, 4η έκδοση, 2012, σελ. 315 επ.· *Α. Κορνηλάκη*, Η αποδυνάμωση δικαιώματος στο ιδιωτικό δίκαιο, 2004.

64 Βλ. ελληνική νομολογία σε *Α. Κορνηλάκη*, Η αποδυνάμωση δικαιώματος στο ιδιωτικό δίκαιο, 2004, σελ. 73 επ.· γερμανική νομολογία σε *A. Salzmann*, Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung, 2015, S. 167 ff.

με την προαναφερόμενη κατασκευή, εδώ δεν έχουμε την απαγόρευση της αντιφατικής συμπεριφοράς που ενισχύεται περιστασιακά από μια άλλη αξιολόγηση του συστήματος, αλλά έχουμε μια νέα αυτοτελή απαγόρευση[65].

Το στοιχείο του χρόνου δεν ενισχύει την αντίφαση αλλά την ένταση της εμπιστοσύνης. Κρίνεται ότι η πάροδος του χρόνου καθιστά εύλογη την πεποίθηση ότι δεν θα ασκηθεί το κρινόμενο δικαίωμα. Ειδικά στις εμπορικές συναλλαγές που είναι συνήθης η ταχεία εκκαθάρισή τους, η πάροδος του χρόνου δημιουργεί εν τοις πράγμασι μια δικαιολογημένη εμπιστοσύνη. Οι έμποροι και γενικότερα οι επαγγελματίες αναμένεται λόγω της ιδιαίτερης τεχνογνωσίας να αποφεύγουν τον κίνδυνο δημιουργίας σε τρίτους εσφαλμένων εντυπώσεων λόγω της αδράνειάς τους.

Στο επίπεδο της έννομης συνέπειας συνηθίζεται να θεωρείται ότι, εάν συντρέχουν οι προαναφερόμενες προϋποθέσεις, το δικαίωμα αποδυναμώνεται και έτσι αποκλείεται οριστικά η άσκησή του. Αυτό δεν είναι αυτονόητο[66]. Ενδέχεται η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη που δημιουργήθηκε να αρκεί για την αποδυνάμωση του δικαιώματος μόνο παροδικά για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα.

Περισσότερο πρέπει να τονιστεί ότι, εάν έχουμε μια έννομη σχέση, όπου συντρέχουν περισσότερα δικαιώματα, πρέπει να εξετάζεται η αποδυνάμωση κάθε δικαιώματος χωριστά και συχνά δεν θα αποδυναμώνονται όλα τα δικαιώματα. Για παράδειγμα, σε μια πιστωτική σχέση μπορεί να αποδυναμωθεί η απαίτηση για τόκους αλλά πολύ δυσκολότερα θα γίνει δεκτό ότι δημιουργήθηκε εμπιστοσύνη που δικαιολογεί τον αποκλεισμό της απαίτησης για επιστροφή του κεφαλαίου. Οι τράπεζες κατ' αρχήν, ακόμη και σε πολύ δύσκολες οικονομικές καταστάσεις, δεν παραιτούνται οικειοθελώς από την απαίτηση για το κεφάλαιο.

XVIII. Ενδυνάμωση δικαιώματος

Η συστηματική ανάλυση των θεωρητικών θεμελίων, των προϋποθέσεων και των συνεπειών της απαγόρευσης της αντιφατικής συμπεριφοράς οδηγεί κατά λογική ακολουθία στην εξέταση της ενδυνάμωσης δικαιώματος[67]. Εφόσον πρώτον έχουμε δεχθεί ότι η παραβίαση της αρχής της εμπιστοσύνης μπορεί υπό προϋποθέσεις να οδηγήσει στη θεμελίωση ενός δικαιώματος και δεύτερον εφόσον προηγουμένως, κατά την εξέταση της αποδυνάμωσης, δεχθήκαμε, σύμφωνα με την απολύτως κρατούσα άποψη, ότι ο χρόνος ως επιπλέον κρίσιμο στοιχείο επιδρά στο πραγματικό της απαγόρευσης αντιφατικής συμπεριφοράς και σχηματίζει μια νέα κατηγορία περιπτώσεων, μπορούμε να κάνουμε με ασφάλεια ένα επόμενο βήμα και να δεχθούμε ότι η πά-

65 Βλ. *A. Salzmann*, Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung, 2015, S. 31 ff.
66 Βλ. *A. Salzmann*, Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung, 2015, S. 149 ff.
67 Βλ. *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 347 ff.

ροδος μεγάλου χρονικού διαστήματος αδράνειας σε συνδυασμό με τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη και την εύλογη επένδυση της άλλης πλευράς μπορεί να οδηγήσει στη θεμελίωση ενός δικαιώματος. Αξιολογικά η πάροδος του χρόνου προστίθεται στην οπωσδήποτε απαιτούμενη αντιφατική συμπεριφορά.

Η ενδυνάμωση δικαιώματος αναφέρεται κυρίως σε περιπτώσεις μακρόχρονης ανοχής μίας κατάστασης ή διαμόρφωσης μιας πρακτικής. Επιπλέον πεδίο εφαρμογής βρίσκει σε περιπτώσεις που δημιουργείται φαινόμενο δικαίου παρά την ακυρότητα της σύμβασης λόγω νομικού σφάλματος. Για παράδειγμα, σε επιχειρηματικές σχέσεις θα μπορούσαμε να έχουμε μια ενδυνάμωση δικαιώματος, αν κατά την μακρόχρονη εφαρμογή μιας σύμβασης πλαισίου, ακολουθείται μια μη προβλεπόμενη πρακτική, η ανατροπή της οποίας χωρίς αιτία θα έβλαπτε σημαντικά την άλλη πλευρά. Στις σχέσεις μεταξύ εταίρων, αν ακολουθείται πάγια μια διευθέτηση των σχέσεών τους που κατοχυρώνει στην πράξη δικαιώματα της ίδιας της εταιρίας ή μεμονωμένων εταίρων, π.χ. για τη χρήση από αυτούς περιουσιακών αντικειμένων, αυτό μπορεί να οδηγήσει σε ενδυνάμωση των αντίστοιχων δικαιωμάτων.

XIX. Οι τραπεζικές συμβάσεις

Για περισσότερους λόγους που θα αναπτύξουμε εν συντομία το δίκαιο των τραπεζικών συμβάσεων[68] φαίνεται να είναι από τα καλύτερα πεδία για την εφαρμογή, επαλήθευση και ανάπτυξη της προηγουμένως αναπτυχθείσας σε γενικές γραμμές θεωρίας για την απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς. Δεν είναι τυχαίο ότι το δίκαιο των τραπεζικών συμβάσεων έγινε αντικείμενο ιστορικά μίας συστηματικής και σε βάθος επεξεργασίας[69] από τον *Claus-Wilhelm Canaris* αμέσως μετά την παρουσίαση της διατριβής του επί υφηγεσία για την ευθύνη από εμπιστοσύνη[70]. Σε αυτή την επεξεργασία προκύπτει σε όλο το πλάτος του δικαίου των τραπεζικών συμβάσεων η ιδιαίτερη σημασία της αρχής της καλής πίστης[71].

Ιστορικά, πριν τις τελευταίες δεκαετίες, η θεωρία του αστικού δικαίου αναφερόταν σε δανειστή και δανειολήπτη και δεν διέκρινε ουσιωδώς το τραπεζικό δάνειο – ούτε το εξέταζε ειδικά – με αποτέλεσμα να υπάρχει μεγάλη απόσταση μεταξύ των αντικρουόμενων συμφερόντων στην πράξη και αυτών που λάμβανε υπόψη η θεωρία, η οποία εξ αυτού του λόγου δεν ανταποκρινόταν στην πραγματικότητα. Για να συνδεθούμε με όσα αναφέραμε αρχικά, οι τραπεζικές συμβάσεις σε θεωρία και νομο-

68 Βλ. θεμελιωδώς *Κ. Παμπούκη*, Τραπεζικαί Πιστωτικαί Συμβάσεις, 1962· *Λ. Γεωργακόπουλο*, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, τόμος 2, τεύχος 2, Γ. Τραπεζικές Συμβάσεις, β΄ έκδοση, 1999· *Δ. Κλαβανίδου*, Καταναλωτικά δάνεια: Δογματική θεώρηση και συναφή πρακτικά ζητήματα, 1997.

69 Βλ. *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl., 1981· ο ίδιος, Bankvertragsrecht, Teil 1, 3. Aufl., 1988.

70 Βλ. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971.

71 Βλ. *D. Rümker*, Vertrauenshaftung – ein Strukturprinzip des Bankvertragsrechts?, ZHR 147 (1983), 27 ff.

λογία αντιμετωπίζονταν ως αντικείμενο του αστικού δικαίου, ενώ θα έπρεπε να κατατάσσονταν ως ενότητα με το εποπτικό τραπεζικό δίκαιο περισσότερο στην κατηγορία ενός ειδικού κλάδου του εμπορικού δικαίου.

Είναι ευτυχής συγκυρία ότι η αρχή της καλής πίστης και ειδικότερα η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης μπορούν να επιτελέσουν διπλό ρόλο. Αφενός ανήκουν στα κύρια θεωρητικά εργαλεία για την εξέλιξη του δικαίου (Rechtsfortbildung) και αφετέρου συνδέονται αξιολογικά με περισσότερους τρόπους με το αντικείμενο των τραπεζικών συμβάσεων.

Κυρίως συνδέονται εκ του γεγονότος ότι η τράπεζα δεν διαμεσολαβεί απλά αλλά πολύ περισσότερο *δημιουργεί χρήμα, δημιουργεί κατ' επάγγελμα πίστη, δηλαδή εμπιστοσύνη*. Ο ρόλος αυτός καθιστά προφανή τη σχέση του αντικειμένου της πίστης σε οικονομικό επίπεδο με τη σχέση εμπιστοσύνης σε νομικό επίπεδο. Έχουμε τη σταθερή αξιολόγηση ότι το πιστωτικό ίδρυμα εξαιτίας της θέσης του οφείλει να είναι οικονομικά και προσωπικά φερέγγυο και να συμπεριφέρεται σε όλες τις συναλλαγές του αναλόγως. Εξαιτίας του θεσμικού και οικονομικού του ρόλου προκύπτουν μια σειρά από υποχρεώσεις, ιδίως από την αρχή της εμπιστοσύνης. Η επιθετική κερδοσκοπική συμπεριφορά δεν αντιστοιχεί στον θεσμικό ρόλο μίας τράπεζας. Δεν μπορεί στο τραπεζικό δίκαιο, όταν διακυβεύονται σημαντικά συμφέροντα τόσο για τις τράπεζες όσο και για τους πελάτες τους, να γίνουν από το δίκαιο αποδεκτές λύσεις που είναι προφανώς οικονομικά ανορθολογικές. Εκ του νόμου προκύπτει ότι ο τραπεζίτης οφείλει να ακολουθεί ένα συντηρητικό οικονομικό μοντέλο. Δεν ενδιαφέρει η μεγιστοποίηση του κέρδους της τράπεζας αλλά η εξασφάλιση στον μέγιστο βαθμό της βιωσιμότητάς της.

Από την πλευρά του ιδιωτικού δικαίου η ανωτέρω επιχειρηματολογία έχει τις ρίζες της στη φύση του πράγματος. Δεν είναι άγνωστη ούτε ασήμαντη στο ιδιωτικό δίκαιο η συμπεριφορά που ανταποκρίνεται στα ελάχιστα τραπεζικά κριτήρια. Τα τελευταία μπορούν να αποτελέσουν κριτήρια συγκεκριμενοποίησης των απαιτήσεων της καλής πίστης για τη συμπεριφορά της τράπεζας.

Εξετάζοντας συνολικά την εξέλιξη του δικαίου τα τελευταία χρόνια, κυρίως εξαιτίας των παρεμβάσεων του νομοθέτη κατόπιν αποφάσεων σε ευρωπαϊκό επίπεδο, δεν μπορεί να μην συνεκτιμηθούν οι αλλαγές που έχουν επέλθει στο εποπτικό τραπεζικό δίκαιο και που έχουν αυξήσει σε πάρα πολλούς τομείς κατακόρυφα την ένταση της τραπεζικής εποπτείας μέσω νέων ρυθμίσεων. Το σύνολο αυτών των ρυθμίσεων μπορεί να θεσμοθετείται κατ' αρχήν χάριν της προστασίας του χρηματοπιστωτικού συστήματος και της οικονομικής σταθερότητας, αλλά δεν παύει να σκιαγραφεί ένα συγκεκριμένο προφίλ για τα πιστωτικά ιδρύματα που, μέσω της προαναφερόμενης αναγνώρισης του θεσμικού ρόλου τους και των αρχών που διέπουν το δίκαιο των τραπεζικών συμβάσεων, αποτελεί επαρκή βάση για τη θεμελίωση νέων υποχρεώσεων των τραπεζών στο πλαίσιο των ιδιωτικού δικαίου συναλλαγών τους.

Τα οικονομικά κριτήρια για το ύψος της πίστωσης συνυπολογίζονται για να προσδιορισθεί η ένταση της εμπιστοσύνης. Όσο αυξάνεται η πίστωση και η εξάρτηση από

την τράπεζα, τόσο αυξάνεται το επίπεδο της σχέσης εμπιστοσύνης και αναλόγως οι υποχρεώσεις που προκύπτουν για τα δύο μέρη. Ειδικά για την απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς μπορεί να επισημανθεί ότι η εφαρμογή της φαίνεται, ενόψει του προαναφερόμενου ειδικού ρόλου των τραπεζών, αλλά και των ιδιαίτερα σημαντικών συμφερόντων που διακυβεύονται και των επακόλουθων συνεπειών από τη διάψευση των δικαιολογημένων προσδοκιών, από δογματική άποψη αναμφισβήτητη. Αναμένεται επιπλέον να είναι όχι μόνο αποτελεσματική λόγω των έννομων συνεπειών της αλλά και παραγωγική, αφού μπορούν να σχηματιστούν περισσότερες ομάδες περιπτώσεων.

Στο πλαίσιο ενός κινητού συστήματος (bewegliches System) λαμβάνονται από τη μία πλευρά υπόψη ο βαθμός εξάρτησης της χρηματοδοτούμενης επιχείρησης από την τράπεζα και ο βαθμός εμπλοκής και άσκησης επιρροής της τελευταίας στην κατάρτιση των επιχειρηματικών σχεδίων της πρώτης, που συνηγορούν υπέρ μίας περαιτέρω υποχρέωσης της τράπεζας, και από την άλλη πλευρά συνεκτιμάται η χειροτέρευση των οικονομικών στοιχείων της επιχείρησης, που συνηγορεί υπέρ της αλλαγής στάσης της τράπεζας. Σε κάθε περίπτωση η κρισιμότητα των θεμάτων και η εμπειρία των τραπεζών σε ανάλογα ζητήματα δικαιολογούν την αναγνώριση του βάρους της τράπεζας να ξεκαθαρίζει τη θέση της, να μην δίνει εύκολες μη δεσμευτικές υποσχέσεις, να μην καλλιεργεί κλίμα δήθεν άριστης συνεργασίας όταν υπάρχουν προβλήματα και να μην παρατείνει πρακτικές που δημιουργούν ψευδείς εντυπώσεις. Είναι εύκολο για τον τραπεζίτη και γι' αυτό αναμενόμενο να διατυπώνει ξεκάθαρα τη θέση του και να συνοδεύει τις ενέργειές του με τις απαραίτητες δηλώσεις επιφύλαξης ώστε να αποφεύγει εκ των υστέρων την απόπειρα των πελατών να του μεταθέτουν ευθύνες που οδηγούν σε απαίτηση για αποζημίωση.

Ειδικά για την περίοδο της οικονομικής κρίσης μπορεί να σημειωθεί ότι αυτή αποτελεί γεγονός ικανό να δικαιολογήσει την αλλαγή συμπεριφοράς της τράπεζας και την αλλαγή των πρακτικών που ακολουθούσε προ της κρίσης. Όταν πλέον ο γενικότερος προβληματισμός τίθεται στο αν μπορούν να ανατραπούν λόγω κρίσης και ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου οι συμβάσεις, είναι προφανές ότι δεν μπορεί να επιμείνει κάποιος, χωρίς νεότερη επανεκτίμηση της κατάστασης, στη συνέχιση της προ κρίσης συμπεριφοράς που δεν είχαν οι συναλλασσόμενοι μεριμνήσει να γίνει νομικά δεσμευτική. Παραμένει όμως η δέσμευση για συμπεριφορά ανάλογη με τη σχέση εμπιστοσύνης και για συμβολή σε λύσεις που δεν θα παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας.

XX. Τελικές παρατηρήσεις

Στην παρούσα εργασία καταβλήθηκε προσπάθεια να αναδειχθεί η ανάγκη και η δυνατότητα ανάπτυξης στη θεωρία των αρχών και της μεθοδολογίας του εμπορικού

δικαίου με τη θεωρητική στήριξη του αστικού δικαίου. Μια προσπάθεια που προφανώς θα είναι αποδοτικότερη στους κλάδους με τη μεγαλύτερη ιστορία, αξιολογική συνοχή και νομολογιακή επεξεργασία. Φαίνεται να προκύπτει ότι υπάρχει σημαντικό περιθώριο εξέλιξης σε αυτόν τον τομέα. Αυτή η προσπάθεια μπορεί να συνδυαστεί – από την αντίστροφη πλευρά – με την προσπάθεια συστηματοποίησης που ξεκινά από τη βάση του εμπορικού δικαίου, όπως αυτή διαμορφώνεται διεθνώς στη νομολογία, αλλά και να ενισχυθεί από το γεγονός ότι η έρευνα στο αστικό δίκαιο, στον χώρο των συμβάσεων, δείχνει στοιχεία επέκτασης στην εξέταση ειδικών ζητημάτων. Δεν μπορεί να προσδοκεί κάποιος ότι θα αλλάξει γι' αυτό το λόγο η εικόνα της συζήτησης για το εμπορικό δίκαιο, αλλά μπορεί με την ανωτέρω προσπάθεια να εμπλουτιστεί σημαντικά.

Απόστολος Σ. Γεωργιάδης*

Η υποχρέωση πίστης της τράπεζας κατά την πιστοδότηση επιχειρήσεων που βρίσκονται σε κρίση

Διάγραμμα

I. Το πρόβλημα
II. Τα αντιμαχόμενα συμφέροντα
1. Η προτεραιότητα της ιδιωτικής αυτονομίας της τράπεζας
2. Η πιστωτική σχέση ως σχέση εμπιστοσύνης
III. Περιορισμοί του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας πιστώσεων αορίστου χρόνου
1. Βασικές αξιολογήσεις
2. Πρόκληση δυσανάλογης βλάβης στον πιστούχο
1. Κρίσιμα μεγέθη
2. Βλάβη του πιστούχου
3. Επιβάρυνση της τράπεζας
3. Απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς
1. Εισαγωγικά
2. Υποσχέσεις ή πρόκληση φαινομένου συνέχισης της χρηματοδότησης
3. Δάνεια «ειδικού σκοπού»
4. Ανοχή ορισμένης συμπεριφοράς
5. Ανάμειξη της τράπεζας στον επιχειρηματικό σχεδιασμό του πιστούχου
6. Στενή οικονομική εξάρτηση του πιστούχου από την τράπεζα
4. Παροχή εύλογης προθεσμίας
IV. Έκτακτη καταγγελία πιστώσεων ορισμένου χρόνου
1. Βασικές αξιολογήσεις
2. Το ζήτημα των ασφαλειών
V. Υπαναχώρηση από μη παρασχεθείσες ακόμη πιστώσεις
1. Βασικές αξιολογήσεις
2. Το ζήτημα των ασφαλειών
VI. Παροχή πρόσθετης χρηματοδότησης
VII. Παροχή οικονομικών διευκολύνσεων
VIII. Συμπεράσματα

* Μέλος της Ακαδημίας Αθηνών, Επίτιμος Καθηγητής της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών.

Ι. Το πρόβλημα

Στη μείζονα σκέψη σχετικά πρόσφατης απόφασης του Αρείου Πάγου[1] διαβάζουμε τα ακόλουθα:

«Οι τράπεζες, ως χρηματοδοτικοί οργανισμοί που ασκούν αποφασιστική επίδραση στην ανάπτυξη και στη λειτουργία των χρηματοδοτούμενων από αυτές επιχειρήσεων, έχουν αυξημένη ευθύνη κατά την άσκηση του χρηματοδοτικού τους έργου και οφείλουν να μεριμνούν για τα συμφέροντα των επιχειρήσεων που χρηματοδοτούν, αφού από τη φύση της η πιστωτική σχέση, ως διαρκής έννομη σχέση ιδιαίτερης εμπιστοσύνης μεταξύ των συμβαλλομένων, επιβάλλει την υποχρέωση πίστης και προστασίας από την πλευρά των τραπεζών των συμφερόντων των πελατών τους, ώστε να αποφεύγονται υπέρμετρα επαχθείς γι' αυτούς συνέπειες. Συνεπώς και για το λόγο αυτό η άσκηση των δικαιωμάτων τους θα πρέπει να κυριαρχείται από τις αρχές της καλόπιστης και σύμφωνης με τα χρηστά συναλλακτικά ήθη εκπλήρωσης των οφειλόμενων παροχών (ΑΚ 178, 200, 288) και να αποφεύγεται αντίστοιχα κάθε κατάχρηση στη συμπεριφορά τους. Έτσι σε περίπτωση δυσχέρειας του πιστούχου της τράπεζας να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του από την πιστωτική σύμβαση λόγω πρόσκαιρης οικονομικής αδυναμίας του, που όμως υπερβαίνει τα όρια της αντοχής του, η καλόπιστη από την πλευρά της τράπεζας συμπεριφορά επιβάλλει σ' αυτή την υποχρέωση να ανεχθεί μια εύλογη καθυστέρηση στην εκπλήρωση της παροχής του οφειλέτη, ιδίως όταν η επιδίωξη της άμεσης εκπλήρωσης της παροχής του πρόκειται να οδηγήσει σε πλήρη οικονομική καταστροφή του, χωρίς ουσιαστικό κέρδος για την ίδια. Κατά την έννοια αυτή η τράπεζα θα πρέπει, σε περίπτωση πρόσκαιρης οικονομικής αδυναμίας του πελάτη της, να αποφύγει την εσπευσμένη καταγγελία της μεταξύ τους πιστωτικής σύμβασης και το κλείσιμο του αλληλόχρεου λογαριασμού τους, προπάντων όταν οι απαιτήσεις της είναι ασφαλισμένες με εμπράγματες ή προσωπικές ασφάλειες, ο δε πελάτης της βρίσκεται σε άμεση οικονομική εξάρτηση απ' αυτή και δεν οφείλει σε τρίτους, αφού τότε οι ενέργειές της προσλαμβάνουν καταχρηστικό χαρακτήρα».

Η εύστοχη αυτή διατύπωση αποτελεί την καλύτερη δυνατή εισαγωγή στην προβληματική που θα αποτελέσει αντικείμενο της παρούσας μελέτης και συνοψίζεται στο ερώτημα αν και σε ποιο βαθμό η υποχρέωση πίστης, που διέπει τη σχέση της τράπεζας με τον πελάτη της, είναι δυνατό να οδηγήσει σε περιορισμό της συμβατικής ελευθερίας της τράπεζας, όταν ο πιστούχος διέρχεται οικονομική κρίση.

Γενικά μια επιχείρηση βρίσκεται σε κρίση, όταν ουσιώδεις επιχειρηματικοί στόχοι βρίσκονται σε άμεσο κίνδυνο και εξαιτίας αυτού απειλείται ουσιωδώς η συνέχιση της δραστηριότητάς της. Η οικονομική κρίση των επιχειρήσεων μπορεί να οφείλεται σε παράγοντες εξωτερικούς (όπως αλλαγή φορολογικής νομοθεσίας, γενικότερη αρνη-

1 ΑΠ 1352/2011 ΧρΙΔ 2012, 663 (εισηγητής ο αρεοπαγίτης *Δημ. Κράνης*).

τική κατάσταση της εθνικής οικονομίας κ.λπ.), ενδογενείς (όπως λανθασμένη εκτίμηση της αγοράς, έλλειψη ιδίων κεφαλαίων, υπερβολικά έξοδα προσωπικού κ.λπ.) ή συνδυασμό αυτών. Επίσης, η οικονομική κρίση μπορεί να προσλάβει διαφορετική ένταση. Ιδίως, μπορεί να πρόκειται για μια πρόσκαιρη έλλειψη ρευστού σαν αυτές που αντιμετωπίζει και μια υγιής επιχείρηση (οφειλόμενη σε παροδική μείωση παραγγελιών ή αύξηση των εξόδων, στην πτώχευση βασικών προμηθευτών της κ.ο.κ.)· ή η κρίση αυτή να έχει μονιμότερο χαρακτήρα και να συνάγεται από το σύνολο των οικονομικών παραγόντων ότι η επιχείρηση έχει ανάγκη εξυγίανσης υπό την έννοια ότι, αν δεν ληφθούν συγκεκριμένα μέτρα εξυγίανσης (όπως αναδιάρθρωση παραγωγικών της τομέων, μείωση προσωπικού, αναμόρφωση δανειακών συμβάσεων ή και παροχή νέων πιστώσεων), θα οδηγηθεί με βεβαιότητα στην πτώχευση[2].

Ανεξάρτητα από τα αίτια και την ένταση που χαρακτηρίζουν την οικονομική κρίση μιας επιχείρησης[3], αυτή σύντομα γίνεται αισθητή στο πεδίο των πιστωτικών συμβάσεων που έχει συνάψει η επιχείρηση, είτε με την καθυστέρηση εκπλήρωσης των υποχρεώσεών της έναντι της τράπεζας είτε με την εμφάνιση άλλων «συμπτωμάτων» που προμηνύουν διακινδύνευση της αξίωσης της τράπεζας προς επιστροφή της πίστωσης (σφράγιση επιταγών ως ακάλυπτων, έκδοση διαταγών πληρωμής από άλλους δανειστές της επιχείρησης κ.λπ.). Σε μια τέτοια συγκυρία, η τράπεζα αντιδρά συνήθως με τη διακοπή της χρηματοδότησης της επιχείρησης που κατά βάση συντελείται με την καταγγελία ήδη παρασχεθέντων δανείων, την υπαναχώρηση από υποσχεθέντα αλλά μη ακόμη χορηγηθέντα δάνεια και φυσικά με την άρνηση παροχής επιπλέον πιστώσεων στην επιχείρηση. Είναι όμως προφανές ότι μια τέτοια απόφαση, ιδίως όταν πρόκειται για την τράπεζα μέσω της οποίας ο πιστούχος διεκπεραιώνει τον κύριο όγκο των συναλλαγών του, είναι πολύ πιθανόν να σημαίνει και τον οικονομικό θάνατο της επιχείρησης.

Βεβαίως, η διακοπή της χρηματοδότησης με την ανωτέρω έννοια αποτελεί ενάσκηση της οικονομικής ελευθερίας της τράπεζας, η οποία έχει εύλογο συμφέρον να περιφρουρήσει την είσπραξη των απαιτήσεών της. Εξάλλου, στην όλη προβληματική εμπλέκονται και συμφέροντα τρίτων, ιδίως των καταθετών της τράπεζας και των πιστωτών της επιχείρησης. Από την άλλη όμως πλευρά, ο πιστούχος εύλογα αναμένει ότι η τράπεζα, με την οποία τον συνδέει μια σχέση ιδιαίτερης εμπιστοσύνης, θα του παράσχει κάποιου είδους συνδρομή όταν αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες. Το δύσκολο έργο της εξισορρόπησης αυτών των συγκρουόμενων συμφερόντων, τα οποία θα εξεταστούν εγγύτερα αμέσως παρακάτω, αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας μελέτης.

---

2 Για τα σχετικά κριτήρια βλ. αναλυτικά *Vuia*, Die Verantwortlichkeit von Banken in der Krise von Unternehmen, 2007, σ. 36 επ.· *Ferschen*, Prüfungspflicht der Bank in der Krise des Unternehmens, 2008, σ. 8.

3 Στο εξής, όπου αναφέρεται ότι η επιχείρηση ή ο πιστούχος βρίσκεται σε κρίση ή αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες, χωρίς κάποια ειδικότερη διαφοροποίηση, εννοούνται και οι δύο αυτές μορφές των οικονομικών προβλημάτων. Βέβαια, τα διλήμματα της τράπεζας που περιγράφονται αμέσως παρακάτω στο κείμενο υφίστανται σε μεγαλύτερη ένταση, όσο βαθύτερη είναι η κρίση που πλήττει την επιχείρηση· πράγμα που θα καταστεί εμφανές και από την ανάλυση που θα ακολουθήσει.

II. Τα αντιμαχόμενα συμφέροντα

1. Η προτεραιότητα της ιδιωτικής αυτονομίας της τράπεζας

Αποτελεί γενική παραδοχή ότι ο περιορισμός της οικονομικής και της επιχειρηματικής ελευθερίας των τραπεζών στο εδώ εξεταζόμενο πεδίο πρέπει να καταφάσκεται με ιδιαίτερη φειδώ. Δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι οι τράπεζες διαχειρίζονται ξένα περιουσιακά στοιχεία (των μετόχων και των καταθετών τους), τα οποία οφείλουν να προστατεύουν. Η υποχρέωση αυτή περιλαμβάνει και το καθήκον των τραπεζών να παρακολουθούν με προσοχή την περιουσιακή κατάσταση των πιστούχων κατά τη διάρκεια της πίστωσης και να καταγγέλλουν ή να αρνούνται τη χορήγηση περαιτέρω πιστώσεων, στον βαθμό που αυτό είναι αναγκαίο για την αποφυγή ή τον περιορισμό της ζημίας των καταθετών τους[4]. Εξάλλου, ο κίνδυνος της εξεύρεσης των αναγκαίων μέσων για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων ανήκει παραδοσιακά στον οφειλέτη. Αποτελεί βασική αρχή του συναλλακτικού μας δικαίου ότι οι συμφωνίες πρέπει να τηρούνται και οι αναληφθείσες υποχρεώσεις να εκπληρώνονται (pacta sunt servanda)[5]. Τυχόν καθήκον της τράπεζας να συνεχίζει τη χρηματοδότηση και όταν η επιχείρηση βρίσκεται σε κρίση, χωρίς να έχει αναλάβει σχετική υποχρέωση, θα συνεπαγόταν μετάθεση του επιχειρηματικού κινδύνου από τον πιστούχο στην τράπεζα. Εφόσον όμως οι τράπεζες δεν συμμετέχουν στα ενδεχόμενα κέρδη των χρηματοδοτούμενων από αυτές επιχειρήσεων, θα ήταν άτοπο να αξιωθεί από αυτές να συμμετέχουν στους κινδύνους αυτών, με την απώλεια ή τη σημαντική μείωση των χορηγηθέντων δανείων και των προσδοκώμενων τόκων[6]. Κάτι τέτοιο θα ήταν άλλωστε αντίθετο στη βασική κατανομή κινδύνων που χαρακτηρίζει κάθε σύμβαση δανείου, σύμφωνα με την οποία ο κίνδυνος ορθής αξιοποίησης του δανείσματος και κατ' επέκταση ο γενικός οικονομικός κίνδυνος βαρύνει τον δανειολήπτη[7]. Τέλος, δεν θα πρέπει να παραγνωρίζεται ότι η παροχή συνδρομής σε επιχειρήσεις που αντιμετωπίζουν σοβαρά οικονομικά προβλήματα εκθέτει την τράπεζα σε ενδεχόμενες αξιώσεις αποζημίωσης τρίτων πιστωτών της επιχείρησης, ιδίως για παρέλκυση της πτώχευσης[8] ή/και στην προβολή εκ μέρους τυχόν εγγυητών της ένστασης από την ΑΚ 862.

---

4 *Rümker*, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute in der Krise des Kreditnehmers, KTS 1981, 497.

5 Βλ. σχετ. *Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 2η έκδ. 2015, § 24 αρ. 13.

6 ΕφΠειρ 753/2009 ΠειρΝ 2010, 307.

7 *MünchKomm/ K. P. Berger*, 5η έκδ. 2008, Vor § 488 BGB αρ. 95.

8 Για τη σχετική προβληματική, η οποία βρίσκεται εκτός του πεδίου της παρούσας μελέτης, βλ. από την ελληνική βιβλιογραφία ιδίως *Κοτσίρη*, Πρόβλημα αστικής ευθύνης τραπεζών έναντι τρίτων κατά την άσκηση της πιστωτικής λειτουργίας, Αρμ 1984, 601· *Ψυχομάνη*, Τραπεζικό Δίκαιο. Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, τόμ. Ι (Γενικό Μέρος), 6η έκδ. 2008, αρ. 267 επ.· *Τσενέ*, Η εξωσυμβατική ευθύνη των τραπεζών από την παροχή εμπορικών τραπεζικών υπηρεσιών, 2008, σ. 75 επ.

2. Η πιστωτική σχέση ως σχέση εμπιστοσύνης

Από την άλλη πλευρά, γίνεται γενικά δεκτό ότι η σχέση που συνδέει την τράπεζα με τον πελάτη είναι μια σχέση ιδιαίτερης εμπιστοσύνης που διέπεται σε αυξημένο βαθμό, σε σχέση με τις κοινές διαρκείς συμβάσεις, από τις επιταγές της καλής πίστης (ΑΚ 288)[9]. Τούτο συμβαίνει κυρίως εξαιτίας της αυξημένης δυνατότητας επέμβασης της τράπεζας στην περιουσιακή σφαίρα του πελάτη. Αυτή η δυνατότητα συντρέχει, όπως είναι φανερό, σε ιδιαίτερα έντονο βαθμό στο πεδίο των πιστωτικών συμβάσεων. Από τις αποφάσεις της τράπεζας για παροχή, συνέχιση ή διακοπή της χρηματοδότησης εξαρτάται η ίδια η οικονομική επιβίωση του πιστούχου, πράγμα που καθίσταται ιδιαίτερα εμφανές όταν η επιχείρησή του αντιμετωπίζει ήδη οικονομικά προβλήματα.

Αυτή όμως ακριβώς η αυξημένη δυνατότητα επιρροής στην πορεία και γενικά στις αποφάσεις της χρηματοδοτούμενης επιχείρησης συνεπάγεται και αυξημένη ευθύνη των τραπεζών κατά την άσκηση του χρηματοδοτικού τους έργου. Υπέρ της αυξημένης ευθύνης συνηγορεί άλλωστε και το αναμφισβήτητο γεγονός ότι οι τράπεζες δεν είναι απλές εμπορικές επιχειρήσεις, αλλά επιτελούν σημαντικότατη λειτουργία για την εθνική οικονομία, πράγμα που τους επιβάλλει υποχρέωση ομαλής συνεργασίας με τις χρηματοδοτούμενες επιχειρήσεις[10]. Από αυτά συνάγεται ότι η άσκηση των συμβατικών δικαιωμάτων της δανειοδότριας τράπεζας πρέπει να γίνεται με τη μετριοπάθεια και τη σύνεση που επιβάλλουν οι περιστάσεις, κυρίως σε περιόδους οικονομικής κρίσης[11]. Με άλλα λόγια, η τράπεζα οφείλει να μην προτάσσει μονομερώς τα συμφέροντά της, αλλά να λαμβάνει υπόψη της τα δικαιολογημένα συμφέροντα του πιστούχου και να απέχει κατά το δυνατόν από ενέργειες που εκθέτουν αυτόν σε κίνδυνο υπέρμετρης ζημίας. Τούτο όμως σημαίνει ότι είναι δυνατό σε ορισμένες περιπτώσεις να θεμελιώνεται υποχρέωση της τράπεζας να ανεχθεί κάποιου είδους περιορισμό στην άσκηση των συμβατικών δικαιωμάτων της έναντι του πιστούχου που βρίσκεται σε οικονομική κρίση, ιδίως όταν τούτο είναι αναγκαίο για να αποτραπεί ανεπανόρθωτη ζημία αυτού και δεν τίθενται άμεσα και αναπόφευκτα σε κίνδυνο τα συμφέροντα της τράπεζας[12]. Στη συνέχεια θα εξεταστούν διαδοχικά οι τέσσερις βασικοί τομείς, στους οποίους είναι δυνατό να εκδηλωθεί ο περιορισμός αυτός: Ενδεχόμενη υποχρέωση της τράπεζας να απέχει από την καταγγελία ήδη παρασχεθέντων δανείων, αορίστου ή ορισμένου χρόνου (παρακ. υπό III και IV αντίστοιχα)· να προβεί κα-

9 Βλ. ενδεικτικά *Γεωργακόπουλο*, Χρηματιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, σ. 243, 269 επ.· *Ν. Ρόκα/Χ. Γκόρτσο*, Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου, 2η έκδ. 2012, σ. 181-182· *Ψυχομάνη*, ό.π. αρ. 83 επ.· *Δέλλιο*, Η προστασία του καταναλωτή στις τραπεζικές συναλλαγές, ΝοΒ 1992, 811, 812· *Γ. Γεωργιάδη*, Οι υποχρεώσεις της τράπεζας για ενημέρωση, διαφώτιση και παροχή συμβουλών στον πελάτη, ΧρΙΔ 2008, 865-866.

10 *Ν. Ρόκας/ Χ. Γκόρτσος*, ό.π., σ. 122.

11 *Γεωργιάδης*, Ευθύνη τράπεζας κατ' ΑΚ 919 (Γνμδ.), ΝοΒ 1992, 488.

12 Πρβλ. *Ψυχομάνη*, ό.π., αρ. 191· *Ν. Ρόκα/ Χ. Γκόρτσο*, ό.π., σ. 184· ΑΠ 1352/2011 ΧρΙΔ 2012, 663· ΕφΠειρ 753/2009 ό.π.

νονικά στην εκταμίευση υποσχεθέντων δανείων παρά την επέλευση της οικονομικής κρίσης του πιστούχου (παρακ. υπό V)· να χορηγήσει στον πιστούχο νέες πιστώσεις (παρακ. υπό VI)· ή να του παράσχει οικονομικές διευκολύνσεις ως προς την εξόφληση των υφιστάμενων πιστώσεων (παρακ. υπό VII).

Βεβαίως πρέπει προκαταβολικά να επισημανθεί ότι η σχέση εμπιστοσύνης που συνδέει την τράπεζα με τον πιστούχο δεν έχει την ίδια ένταση σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Ο βαθμός έντασης της σχέσης εμπιστοσύνης προσδιορίζεται από τη σύνθεση πλήθους παραγόντων, που αναφέρονται τόσο στη γενικότερη συναλλακτική σχέση της τράπεζας με τον πιστούχο όσο και στη συμβατική διαμόρφωση και την πορεία της συγκεκριμένης σύμβασης πίστωσης[13]. Για παράδειγμα, επίταση της σχέσης εμπιστοσύνης μπορεί να προκύπτει όταν τον πιστούχο συνδέει με την τράπεζα μια μακρόχρονη και ευδόκιμη συνεργασία· όταν ο πιστούχος εξαρτάται σε ιδιαίτερα μεγάλο βαθμό οικονομικά από την τράπεζα· όταν η τράπεζα δεν έχει απλώς τον ρόλο του χρηματοδότη, αλλά αναμειγνύεται και με άλλους τρόπους στα πράγματα της επιχείρησης (π.χ. παροχή συμβουλών, συμμετοχή στη λήψη επιχειρηματικών αποφάσεων ή ακόμη και στο κεφάλαιο αυτής) κ.ο.κ. Όσο εντονότερη είναι η σχέση εμπιστοσύνης στη συγκεκριμένη περίπτωση, σε τόσο μεγαλύτερο βαθμό οφείλει η τράπεζα να λαμβάνει υπόψη τα δικαιολογημένα συμφέροντα του πιστούχου.

III. Περιορισμοί του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας πιστώσεων αορίστου χρόνου

1. Βασικές αξιολογήσεις

Όταν η πίστωση είναι αορίστου χρόνου, μπορεί να καταγγελθεί από την τράπεζα οποτεδήποτε (πρβλ. ΑΚ 807, άρθρα 47 § 2 και 65 § 2 του ν.δ. 17.7.1923, 112 § 2 εδ. β' ΕισΝΑΚ). Το εν λόγω δικαίωμα της τράπεζας δεν επιτρέπεται όμως να ασκείται καταχρηστικά (ΑΚ 281). Στο προκείμενο πεδίο η επιρροή της αρχής της καλής πίστης εκδηλώνεται δηλαδή μέσω της απαγόρευσης κατάχρησης του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας. Ωστόσο, για την εφαρμογή της ΑΚ 281 απαιτείται *προφανής* υπέρβαση των ορίων που τίθενται από την καλή πίστη, τα συναλλακτικά ήθη και τον σκοπό του ασκούμενου δικαιώματος. Συγχρόνως, το δικαίωμα τακτικής καταγγελίας αποτελεί τον βασικό τρόπο λήξης των συμβάσεων αορίστου χρόνου· καθιερώνεται δηλαδή προς αποφυγή της συμβατικής δέσμευσης εις το διηνεκές και ως τέτοιο συνιστά κατεξοχήν έκφραση της ιδιωτικής αυτονομίας. Για τους λόγους αυτούς ο τυχόν περιορισμός του δικαιώματος της τράπεζας να προβεί σε τακτική καταγγε-

13 Πρβλ. *Voglis*, Kreditkündigung und Kreditverweigerung der Banken im Lichte von Treu and Glauben, 2001, σ. 37-39 (περί αυτού και *Γεωργιάδης*, ΧρΙΔ 1, 863-864).

λία των αορίστου χρόνου συμβάσεων πίστωσης πρέπει να γίνεται δεκτός μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις και να περιορίζεται κατά το δυνατόν σε ορισμένο χρονικό διάστημα[14]. Με αυτή την αφετηρία, έχουν διαμορφωθεί από τη θεωρία και τη νομολογία κατά βάση οι εξής ομάδες περιπτώσεων, οι οποίες θα εξεταστούν εγγύτερα στη συνέχεια: α) πρόκληση υπέρμετρης βλάβης στον πιστούχο χωρίς ίδιο συμφέρον της τράπεζας· και β) πρόκληση στο πρόσωπο του πιστούχου εμπιστοσύνης ως προς τη συνέχιση της χρηματοδότησης (απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς). Μεταξύ των δύο αυτών κατηγοριών δεν υφίστανται βέβαια στεγανά, αλλά αυτές μπορεί στη συγκεκριμένη περίπτωση να συντρέχουν και ταυτόχρονα ή και να αλληλεπικαλύπτονται.

2. Πρόκληση δυσανάλογης βλάβης στον πιστούχο

α) Κρίσιμα μεγέθη

Γίνεται γενικά δεκτό ότι για την εφαρμογή της ΑΚ 281 δεν αρκεί μόνον η πρόκληση βλάβης στον οφειλέτη, έστω και σημαντικής[15]. Υπό αυτή την έννοια δεν αρκεί, για να συναχθεί περιορισμός του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας της τράπεζας, μόνον το ότι ο πιστούχος αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες· ούτε καν το ότι η επιχείρησή του βρίσκεται στα πρόθυρα της πτώχευσης και η διακοπή της χρηματοδότησης είναι πιθανό να επιφέρει την οικονομική του καταστροφή. Αλλιώς όμως έχουν τα πράγματα, όταν η επαπειλούμενη στον πιστούχο ζημία είναι ιδιαίτερα σημαντική *και συγχρόνως* η καταγγελία επιχειρείται χωρίς ίδιο συμφέρον της τράπεζας[16]. Τούτο συμβαίνει κατά βάση όταν η επιβάρυνση της τράπεζας από την ενδεχόμενη συνέχιση της πίστωσης, τουλάχιστον για ορισμένο χρονικό διάστημα, παρίσταται ως ελάχιστη ή και μηδαμινή[17]. Με άλλη διατύπωση, η καταγγελία θα είναι καταχρηστική, όταν το περιουσιακό όφελος που αποκομίζει η τράπεζα από την άσκηση της καταγγελίας βρίσκεται σε σημαντική αναντιστοιχία με τη ζημία που υφίσταται ο πιστούχος από αυτή. Τούτο θα συμβαίνει λ.χ. όταν ο πιστούχος υφίσταται υπέρμετρη ζημία από την καταγγελία, ενώ από το σύνολο των συνθηκών προκύπτει με βεβαιότητα ότι με τη συνέχιση της λειτουργίας της σύμβασης θα εξοφλείτο, έστω και τμηματικά και χωρίς σημαντική καθυστέρηση, το σύνολο ή το μεγαλύτερο μέρος της πίστωσης[18]. Σε κάθε περίπτωση, για να θεμελιωθεί η καταχρηστικότητα της καταγγελίας, απαιτείται, για τους λόγους που αναφέρθηκαν παραπάνω (υπό Ι), να υφίσταται *σοβαρή δυ-*

---

14 Έτσι και *Canaris*, Kreditkündigung and Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 1979, 122-123.

15 ΑΠ 1352/2011 ΧρΙΔ 2012, 663· ΑΠ 1472/2004 Νόμος· ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ.

16 ΑΠ 644/1997 ΔΕΕ 1997, 1092· ΕφΠειρ 753/2009 ΠειρΝ 2010, 306· ΕφΛαρ 405/2007 Δικογρ 2007, 341· ΠΠρΘεσ 3088/2014 ΔΕΕ 2014, 522.

17 *Schwintowski/ Schäfer*, Bankrecht, 1997, σ. 661.

18 Πρβλ. ΠΠρΘεσ 3088/2014 ΔΕΕ 2014, 522· ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΜΠρΘεσ (Ασφ.) 5607/2012 ΔΕΕ 2013, 352· ΜΠρΑλεξ 378/2012 ΕφΑΔ 2012, 858.

σαναλογία μεταξύ των δύο αυτών μεγεθών: Αφενός της προκαλούμενης στον πιστούχο ζημίας από την καταγγελία και αφετέρου του κινδύνου που επωμίζεται η τράπεζα από τη συνέχιση της πίστωσης. Προς τούτο πρέπει να συνεκτιμώνται όλοι οι παράγοντες που απαρτίζουν αυτά τα μεγέθη, οι κυριότεροι από τους οποίους αναλύονται αμέσως παρακάτω (υπό β-δ).

β) Βλάβη του πιστούχου

Για να κριθεί ως υπέρμετρη η βλάβη του πιστούχου, δεν αρκεί συνήθως να συνίσταται απλώς στη στέρηση του ποσού της πίστωσης, αλλά θα πρέπει να διαγιγνώσκονται και άλλες επιπτώσεις από τη διακοπή της χρηματοδότησης και να εκτιμάται το εύρος αυτών. Τέτοιες είναι λ.χ. η αδυναμία υλοποίησης συγκεκριμένου επιχειρηματικού σχεδιασμού[19], η αδυναμία κάλυψης υποχρεώσεων έναντι άλλων πιστωτών της επιχείρησης, η σφράγιση επιταγών της ως ακάλυπτων[20], η πρόκληση «αλυσίδας αντιδράσεων» από δανειστές και προμηθευτές της[21], ο κίνδυνος καταχώρησης στο σύστημα «Τειρεσίας»[22] κ.ο.κ. Ιδιαίτερη σημασία έχει στο πλαίσιο αυτό το χρονικό σημείο, στο οποίο επιχειρείται η καταγγελία. Για παράδειγμα, με ιδιαίτερη βαρύτητα πλήττονται τα συμφέροντα του πιστούχου όταν η καταγγελία ασκείται, ενώ μόλις έχει υποβληθεί αίτηση για την υπαγωγή της επιχείρησης στη διαδικασία εξυγίανσης του Πτωχευτικού Κώδικα[23]· ή αμέσως μόλις εμφαίνονται οι πρώτες οικονομικές δυσχέρειες της επιχείρησης, οπότε αυτή είναι ιδιαίτερα ευάλωτη, ενώ απομένει ελάχιστος χρόνος για την ολοκλήρωση συγκεκριμένου επιχειρηματικού σχεδίου, για το οποίο χορηγήθηκε η πίστωση, ο πιστούχος έχει ήδη επενδύσει σημαντικά σ' αυτό και αδυνατεί να δανειστεί από αλλού[24]· ή ενώ βρίσκονται στην τελική τους μορφή διαπραγματεύσεις με τους πιστωτές της επιχείρησης για τη ρύθμιση των χρεών της, οι οποίες καταρρέουν ως συνέπεια της καταγγελίας[25]. Οπωσδήποτε όμως προϋποτίθεται ότι η επιχείρηση του πιστούχου είναι βιώσιμη, υπάρχουν δηλαδή βάσιμες πιθανότητες να αποκατασταθεί μόνιμα η ικανότητά της να παράγει κέρδη· διότι διαφορετικά δεν προκαλείται στον πιστούχο από την άσκηση της καταγγελίας καμία ζημία, η οποία δεν θα επερχόταν έτσι κι αλλιώς και χωρίς αυτή[26]. Εξάλλου, τυχόν υποχρέωση της τράπεζας να απέχει από την καταγγελία έναντι μιας μη βιώσιμης επιχείρησης θα οδηγούσε στον πλήρη παραμερισμό των ιδίων συμφερόντων.

---

19 Πρβλ. ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ.
20 ΕφΛαρ 804/2007 ΤΝΠ ΔΣΑ.
21 *Hopt*, Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelassung und Sanierung von Unternehmen, ZHR 1979, 163.
22 ΜΠρΛαμ (Ασφ.) 566/2013 Νόμος· ΜΠρΑλεξ 378/2012 ΕφΑΔ 2012, 858.
23 ΠΠρΘεσ 3088/2014 ΔΕΕ 2014, 522· ΜΠρΘεσ (Ασφ.) 5607/2012 ΔΕΕ 2013, 352.
24 *Voglis*, σ. 100.
25 ΜΠρΘεσ (Ασφ.) 13035/2013 ΝοΒ 2013, 2116.
26 *Staudinger/ Mülbert*, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2011, § 488 αρ. 372.

γ) Επιβάρυνση της τράπεζας

Η επιβάρυνση της τράπεζας συνίσταται κατά βάση στον κίνδυνο απωλειών, στον οποίο αυτή εκτίθεται από τη συνέχιση της πίστωσης. Το μέγεθος του κινδύνου αυτού προσδιορίζεται από τον συνδυασμό των ακόλουθων κυρίως παραγόντων:

(α) Τη μέχρι τώρα λειτουργία της σύμβασης πίστωσης: Εδώ υπάγονται το συνολικό ποσό της πίστωσης· το μέγεθος των καθυστερούμενων ή/και ληξιπρόθεσμων ποσών κατά τον χρόνο της καταγγελίας, σε συσχετισμό και με το συνολικό μέγεθος της πίστωσης[27]· το αν στο κρίσιμο χρονικό διάστημα της καθυστέρησης έχουν γίνει και καταβολές από τον πιστούχο[28]· το αν υφίσταται ή όχι υπέρβαση του πιστωτικού ορίου της σύμβασης κατά την άσκηση της καταγγελίας[29]· το χρονικό διάστημα κατά το οποίο λαμβάνει χώρα καθυστέρηση[30]· και ο χρόνος κατά τον οποίο η σύμβαση πίστωσης λειτούργησε στο παρελθόν χωρίς προβλήματα[31].

(β) Το είδος (τη φύση), την αιτία και την έκταση της οικονομικής αδυναμίας του πιστούχου: Είναι προφανές ότι πιο εύκολα θα μπορεί να συναχθεί περιορισμός της τακτικής καταγγελίας της τράπεζας, όταν ο πιστούχος αντιμετωπίζει μόνο μια πρόσκαιρη οικονομική δυσχέρεια. Αντίθετα, όταν από το σύνολο των οικονομικών δεδομένων προκύπτει διαρκής και μόνιμη αδυναμία[32] του πιστούχου να αντεπεξέλθει στις οικονομικές του υποχρεώσεις, τείνει να υπερέχει το συμφέρον της τράπεζας να αποδεσμευθεί από τη σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση, όπως ήδη αναφέρθηκε, δεν μπορεί να αξιωθεί από την τράπεζα να απέχει από την τακτική καταγγελία έναντι μιας μη βιώσιμης επιχείρησης, διότι τότε ο κίνδυνος απώλειας της πίστωσης φθάνει στο ανώτατό του σημείο. Στο πλαίσιο αυτό ιδιαίτερη σημασία αποκτούν τα χρέη της επιχείρησης προς τρίτους (ανάλογα με το μέγεθος αυτών) και η τυχόν επίσπευση διαδικασιών αναγκαστικής εκτέλεσης από τρίτους πιστωτές της· διότι η ύπαρξη των παραγόντων αυτών αποτελεί, όπως είναι εμφανές, μια σοβαρή ένδειξη για το μέγεθος της οικονομικής αδυναμίας του πιστούχου[33]. Από την άλλη πλευρά, εναντίον της τράπεζας λειτουργεί το ότι τυχόν αυτή συνέβαλε στην πρόκληση της οικονομικής δυσχέρειας του πιστούχου (π.χ. με την προηγούμενη αδικαιολόγητη διακοπή της χρηματοδότησής του)[34].

(γ) Το είδος (προσωπικές ή εμπράγματες) των εξασφαλίσεων που διαθέτει η τράπεζα και το ποσό της πίστωσης που αυτές καλύπτουν: Η ύπαρξη επαρκών εξασφαλίσεων ασφαλώς μειώνει αποφασιστικά την επιβάρυνση της τράπεζας από τη συνέχιση της πίστωσης.

---

27 Πρβλ. ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ.
28 Πρβλ. ΕφΛαρ 298/2008 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΜΠρΠειρ 3157/2010 ΧρΙΔ 2012, 34.
29 Πρβλ. ΠΠρΘεσ 3088/2014, ό.π.· ΜΠρΛαμ (Ασφ.) 566/2013 Νόμος.
30 ΠΠρΑθ 64/2010 Νόμος.
31 ΜΠρΠειρ 3396/2003 ΝοΒ 2003, 1463.
32 Πρβλ. ΕφΛαρ 298/2008 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕφΠατρ 361/2006 ΑχΝ 2007, 62· ΕφΠειρ 1198/1995 ΔΕΕ 1996, 173.
33 Πρβλ. ΕφΠειρ 753/2009 ΠειρΝ 2010, 310· ΕφΠατρ 361/2006, ό.π.· ΠΠρΑθ 735/2010 Νόμος· ΠΠρΘεσ 18479/1998 Αρμ 1999, 502.
34 Πρβλ. ΕφΛαρ 804/2007 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΜΠρΘεσ (Ασφ.) 13035/2013 ΝοΒ 2013, 2116.

Υποστηρίχθηκε στη γερμανική θεωρία ότι, αν η τράπεζα διαθέτει επαρκείς εξασφαλίσεις, η καταγγελία μιας ήδη χορηγηθείσας πίστωσης αορίστου χρόνου είναι καταχρηστική. Τούτο διότι η τράπεζα με μόνη την καταγγελία δεν παίρνει πίσω τα χρήματά της (συνεπώς δεν βελτιώνει ουσιωδώς την έννομη θέση της), ενώ συγχρόνως μια τέτοια καταγγελία προκαλεί υπέρμετρη ζημία στον πιστούχο που βρίσκεται σε οικονομική δυσχέρεια[35]. Ωστόσο, η κρατούσα γνώμη αντιμετωπίζει ορθά με επιφύλαξη τον παράγοντα των ασφαλειών, ενόψει αφενός του κινδύνου μείωσης της αξίας τους και αφετέρου του χρόνου και των δυσχερειών που συχνά απαιτεί η ρευστοποίησή τους[36]. Οπωσδήποτε, η ύπαρξη ασφαλειών δεν είναι σε θέση να περιορίσει το δικαίωμα της τράπεζας προς τακτική καταγγελία, όταν αυτές είναι αμφίβολο αν επαρκούν για την ικανοποίηση της τράπεζας (π.χ. προηγείται προσημείωση άλλης τράπεζας για σημαντικό ποσό)[37] ή υπάρχουν βάσιμες ενδείξεις ότι κινδυνεύουν να ματαιωθούν[38]. Αλλά και ανεξάρτητα από αυτό, ενόψει του ότι ο περιορισμός του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας επιβάλλεται να αποτελεί την εξαίρεση, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η ύπαρξη ασφαλειών συνεκτιμάται εις βάρος της τράπεζας μόνον όταν αυτές καλύπτουν το σύνολο του πιστωτικού της κινδύνου, μπορούν να ρευστοποιηθούν χωρίς σημαντικές δυσχέρειες και δεν επαπειλείται μείωση της αξίας τους από την καθυστέρηση της καταγγελίας[39]. Σε κάθε περίπτωση, η ύπαρξη επαρκών εξασφαλίσεων δεν είναι σε θέση από μόνη της να αποκλείσει το δικαίωμα τακτικής καταγγελίας, αλλά μόνο σε συνδυασμό με άλλους από τους αναφερθέντες παραπάνω παράγοντες.

3. Απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς

α) Εισαγωγικά

Περαιτέρω, η καταγγελία της αορίστου χρόνου πίστωσης μπορεί να είναι καταχρηστική, όταν η τράπεζα με τη συμπεριφορά της δημιούργησε στον πιστούχο την εύλογη πεποίθηση ότι δεν πρόκειται να διακοπεί η χρηματοδότησή του· αυτός, βασιζόμενος στην πεποίθηση αυτή, προέβη σε περιουσιακές διαθέσεις· και κατόπιν η τράπεζα χωρίς εύλογη αιτία καταγγέλλει τη σύμβαση πίστωσης, με συνέπεια η άμεση δημιουργία υποχρέωσης προς επιστροφή του ποσού του δανείου να έχει για τον πιστούχο υπέρμετρα δυσμενείς επιπτώσεις[40]. Βεβαίως, επισημαίνεται ορθά ότι για να κριθεί καταχρηστική η καταγγελία, θα πρέπει η τράπεζα να μη διέθετε «επαρκή

35 *Canaris*, ZHR 1979, 131.

36 Βλ. *Bruchner*, σε Schimansky/ Bunte/ Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 2η έκδ. 2001, Bd. II, § 79 αρ. 51· *Häuser*, στο ίδιο εγχειρίδιο, § 85 αρ. 70· *Staudinger/ Hopt/ Mülbert*, Kommentar zum BGB, 12η έκδ. 1988, § 609 αρ. 76, 117. Βλ. και παρακ. υπό IV 2.

37 ΕφΘεσ 1027/2010 Αρμ 2012, 577.

38 ΕφΛαρ 298/2008 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΠΠρΘεσ 18479/1998 Αρμ 1999, 502.

39 Έτσι και *Obermüller*, Die Bank im Konkurs und Vergleich ihres Kunden, 3η έκδ. 1985, αρ. 619.

40 Πρβλ. ΑΠ 1352/2011 ΧρΙΔ 2012, 663· ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ· *Βρεττού*, Η καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος για το «κλείσιμο» του αλληλόχρεου λογαριασμού από το πιστωτικό ίδρυμα κατά τη νομολογία, ΕφΑΔ 2013, 401.

αφορμή» για να μεταβάλει τη στάση της έναντι του πιστούχου· διότι διαφορετικά είτε δεν διαπιστώνεται καν αντίφαση με την προηγούμενη συμπεριφορά της είτε αυτή η αντίφαση δεν είναι αρκετή για να καταστήσει την άσκηση της καταγγελίας μη ανεκτή κατά την καλή πίστη. Ωστόσο, αυτό δεν σημαίνει ότι η εμφάνιση (οποιουδήποτε είδους) οικονομικών δυσχερειών ή η οποιαδήποτε χειροτέρευση της περιουσιακής κατάστασης του πιστούχου δικαιολογεί απαραίτητα τη μεταβολή της συμπεριφοράς της τράπεζας. Τούτο θα κρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση με αξιολόγηση τόσο του βαθμού της εύλογης πεποίθησης, που δημιουργήθηκε στον πιστούχο από τη συμπεριφορά της τράπεζας, όσο και της έντασης της σχέσης εμπιστοσύνης που τον συνδέει με αυτή. Από την άλλη πλευρά, απώτατο όριο συνιστά και εδώ η βιωσιμότητα της επιχείρησης· αν η τράπεζα αποδεικνύει ότι η επιχείρηση του πιστούχου δεν έχει πιθανότητα επιβίωσης, δεν μπορεί να της απαγορευθεί η καταγγελία παρά την προηγούμενη αντιφατική συμπεριφορά της. Με βάση την αφετηρία αυτή, διακρίνονται κυρίως οι εξής περιπτώσεις, στις οποίες η καταγγελία ενδέχεται να αποκλείεται λόγω αντιφατικής συμπεριφοράς της τράπεζας.

β) Υποσχέσεις ή πρόκληση φαινομένου συνέχισης της χρηματοδότησης

Η καταγγελία μπορεί να κριθεί καταχρηστική όταν η τράπεζα υπόσχεται, κατά τη σύναψη της σύμβασης ή και αργότερα, χωρίς να δεσμευθεί δικαιοπρακτικά, ότι δεν πρόκειται να καταγγείλει την πίστωση αν δεν υπάρχει σοβαρός λόγος[41]· όταν στο πλαίσιο διαπραγματεύσεων με τον πιστούχο, που αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες, του δημιουργεί τη δικαιολογημένη πεποίθηση ότι πρόκειται να αναμορφώσει την οφειλή του ή να του παράσχει άλλες διευκολύνσεις ή και πρόσθετη χρηματοδότηση και αντ' αυτού καταγγέλλει και την υπάρχουσα σύμβαση πίστωσης[42]· όταν η τράπεζα καταγγέλλει ενώ έχει μόλις συμφωνήσει σε αύξηση του ποσού της πίστωσης, βρίσκονται σε εξέλιξη διαδικασίες προς παροχή και άλλων εξασφαλίσεων από τον πιστούχο και η μεταξύ των μερών σύμβαση κινείται κανονικά με συνεχείς καταβολές από τον πιστούχο[43]· όταν η καταγγελία γίνεται λίγες μέρες μετά την πρόσκληση προς τον πιστούχο να καταθέσει δικαιολογητικά προς εγγραφή νέας προσημείωσης και ενώ δεν υπάρχει υπέρβαση του πιστωτικού ορίου της σύμβασης και ο πιστούχος είναι μέχρι τότε φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος[44]· όταν η τρά-

41 *Canaris*, ZHR 1979, 126· *Voglis*, σ. 91.

42 Πρβλ. ΕφΑθ 5025/1990 ΕλλΔνη 1992, 193· ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΜΜρΠειρ 3396/2003 ΝοΒ 2003, 1463. Στην περίπτωση αυτή δεν αποκλείεται να συντρέχει και ευθύνη της τράπεζας δυνάμει της ΑΚ 919· προς τούτο απαιτείται όμως η υπόσχεση δανειοδότησης να έχει συγκεκριμένο περιεχόμενο (ΑΠ 878/2011 ΕΕμπΔ 2012, 416· ΑΠ 1346/2000 ΔΕΕ 2001, 735· ΕφΑθ 7037/2013 Νόμος· *Παπανικολάου*, Ευθύνη τράπεζας κατ' ΑΚ 919, ΝοΒ 1992, 509, 523).

43 ΕφΛαρ 804/2007 ΤΝΠ ΔΣΑ. Όχι όμως και όταν έχει παρέλθει σημαντικό χρονικό διάστημα από την αύξηση της πίστωσης και η οικονομική κατάσταση του πιστούχου βαίνει επιδεινούμενη (ΕφΛαρ 464/2013 Νόμος).

44 ΜΠρΑλεξ 378/2012 ΕφΑΔ 2012, 858.

πεζα έκανε δεκτό αίτημα για παροχή προθεσμίας προς εξόφληση του χρέους και καταγγέλλει χωρίς να παρέλθει η προθεσμία[45]· όταν η τράπεζα, έχοντας πλήρη γνώση της δυσχερούς οικονομικής κατάστασης του πιστούχου, αποδέχεται την παροχή πίστωσης (με τις ανάλογες εξασφαλίσεις) και σε πολύ σύντομο χρονικό διάστημα (δύο μηνών), ενώ ακόμη δεν έχει ουσιαστικά λειτουργήσει η σύμβαση, την καταγγέλλει[46]· όταν η τράπεζα καταγγέλλει, ενώ αμέσως πριν έχει συμφωνήσει να μην επιδιώξει τις απαιτήσεις της από τη σύμβαση για ένα σημαντικό χρονικό διάστημα κ.ο.κ.

γ) Δάνεια «ειδικού σκοπού»

Πρόκειται για περιπτώσεις όπου η τράπεζα παρέχει την πίστωση για τη χρηματοδότηση ορισμένου επενδυτικού προγράμματος του πιστούχου (π.χ. ανέγερση συγκεκριμένης βιομηχανικής μονάδας), η υλοποίηση του οποίου απαιτεί λογικά ορισμένο χρόνο, και καταγγέλλει την πίστωση πριν από την ολοκλήρωση αυτού. Βεβαίως, για τον περιορισμό της συμβατικής ελευθερίας της τράπεζας σε αυτό το πεδίο δεν αρκεί ότι αυτή γνώριζε τον σκοπό για τον οποίο θα χρησιμοποιείτο η πίστωση[47] ούτε και το ότι υποχρέωσε τον πιστούχο να χρησιμοποιήσει την πίστωση αποκλειστικά για τον σκοπό αυτό[48]. Προς τούτο απαιτείται ο αποκλεισμός του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας της τράπεζας έως την επίτευξη του συγκεκριμένου σκοπού, αν δεν συμφωνήθηκε ρητώς, τουλάχιστον να προκύπτει με σαφήνεια από την ερμηνεία της βούλησης των μερών[49]. Μόλις που χρειάζεται να τονιστεί ότι κάτι τέτοιο πρέπει να γίνεται δεκτό με ιδιαίτερη επιφύλαξη· και κατά βάση μόνον εφόσον διαπιστώνεται ένας εγγύτερος σύνδεσμος μεταξύ της παροχής της χρηματοδότησης και του συγκεκριμένου επενδυτικού προγράμματος. Τούτο μπορεί να συμβαίνει π.χ. όταν η τράπεζα έλαβε την πρωτοβουλία για την κατάρτιση του τελευταίου ή/και έχει έντονη ανάμειξη στον σχεδιασμό του· όταν μετέχει στην οικονομική επιτυχία αυτού και με άλλους τρόπους πέραν της επιστροφής της χρηματοδότησης[50]· όταν γνωρίζει και αποδέχεται το γεγονός ότι ο πιστούχος θα μπορέσει να επιστρέψει το ποσό της πίστωσης μόνο μέσω των κερδών που θα προκύψουν από την ολοκλήρωση του προγράμματος[51]. Αν δεν προκύπτει, κατά τα παραπάνω, σιωπηρός αποκλεισμός της τακτικής καταγγελίας, αυτή ενδέχεται να κριθεί καταχρηστική μόνο σε πολύ εξαιρετικές περιπτώσεις, όπου άλλοι παράγοντες γέρνουν αποφασιστικά την πλάστιγγα συμφερόντων υπέρ του πιστούχου,

45 ΜΠρΠειρ 3157/2010 ΧρΙΔ 2012, 34.
46 Αντίθ. όμως ΠΠρΚαβ 136/2000 Αρμ 2000, 1636.
47 *Wiegelmann*, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute im Kreditgeschäft mit Kunden in der Krise, 1993, σ. 56.
48 *Voglis*, σ. 91.
49 Έτσι και *MünchKomm/ K. P. Berger*, § 488 BGB αρ. 237.
50 *Staudinger/ Mülbert*, § 488 BGB αρ. 362.
51 *Voglis*, σ. 92.

όπως όταν η τράπεζα έχει συγχρόνως απαγορεύσει σε αυτόν τη λήψη πιστώσεων από άλλη πηγή[52].

Τη σημαντικότερη, ωστόσο, κατηγορία «πιστώσεων ειδικού σκοπού» αποτελούν τα λεγόμενα δάνεια εξυγίανσης. Τα δάνεια αυτά παρέχονται συνήθως από κρατικές τράπεζες σε δανειολήπτες που θεωρούνται κοινωνικοοικονομικά άξιοι της παροχής αυτής και συνάμα επιδεκτικοί εξυγίανσης, δηλαδή εξόδου από την κατάσταση παύσης πληρωμών, ζημιογόνου λειτουργίας ή παθητικής περιουσιακής κατάστασης[53]. Με άλλες λέξεις, τα δάνεια εξυγίανσης χορηγούνται από την τράπεζα εν γνώσει της ιδιαίτερα δεινής οικονομικής κατάστασης της επιχείρησης και μετά από ενδελεχή αξιολόγησή της, προς τον σκοπό ακριβώς της εξυγίανσης της επιχείρησης. Βάση των πιστώσεων αυτών αποτελεί η «συμφωνία εξυγίανσης», στην οποία οριοθετείται η συμβολή της τράπεζας στην εξυγίανση της επιχείρησης και οι συγκεκριμένοι όροι, υπό τους οποίους η τράπεζα δέχεται να συμμετάσχει σε αυτή (π.χ. ειδικοί όροι αποπληρωμής της πίστωσης, παροχή επιπλέον εξασφαλίσεων, αναμόρφωση παλαιών δανείων, απαιτήσεις για αναδιοργάνωση της επιχείρησης του πιστούχου ή αλλαγή του συστήματος πωλήσεών της κοκ.). Στη γερμανική θεωρία[54] γίνεται δεκτό ότι η σύναψη μιας τέτοιας συμφωνίας εξυγίανσης ισοδυναμεί με σιωπηρό αποκλεισμό του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας, τουλάχιστον ενόσω δεν διαπιστώνεται ουσιώδης μεταβολή των συνθηκών που υπήρχαν κατά τον χρόνο της κατάρτισής της και ο πιστούχος δεν αποκλίνει από το τεθέν σχέδιο εξυγίανσης. Εξάλλου, γίνεται δεκτό ότι η συμφωνία εξυγίανσης μπορεί να καταρτιστεί και σιωπηρά. Προς τούτο όμως δεν αρκεί μόνο το γεγονός ότι η πίστωση παρασχέθηκε μετά την επιδείνωση της οικονομικής κατάστασης της επιχείρησης ούτε μόνο το ότι η τράπεζα ήταν εν γνώσει της κατάστασης αυτής, αλλά απαιτείται να προκύπτει με σαφήνεια η δικαιοπρακτική βούλησή της να συμμετέχει στην εξυγίανση.

δ) Ανοχή ορισμένης συμπεριφοράς

Όταν η τράπεζα έχει ανεχθεί για ένα σημαντικό χρονικό διάστημα ορισμένη συμπεριφορά του πιστούχου, όπως είναι ιδίως η υπέρβαση του πιστωτικού ορίου της σύμβασης, με συνέπεια τη δημιουργία δικαιολογημένης εμπιστοσύνης με συγκεκριμένο περιεχόμενο (λ.χ. ότι η τράπεζα θα ανέχεται μικρές υπερβάσεις προς κάλυψη των βραχυπρόθεσμων αναγκών του πιστούχου σε κεφάλαια κίνησης), η καταγγελία της σύμβασης ενδέχεται να προσκρούει στην απαγόρευση αντιφατικής συμπεριφοράς[55]. Η καταγγελία όμως δεν θα είναι καταχρηστική, αν ασκηθεί αφού προηγουμέ-

52 *Staudinger/ Mülbert*, § 488 αρ. 369 στο τέλος. Βλ. και παρακ. στο κείμενο υπό τον αρ.6.
53 *Γεωργακόπουλος*, ό.π., σ. 366.
54 Βλ. αναλυτικά *Staudinger/ Hopt/ Mülbert*, § 607 BGB αρ. 28 επ.· *MünchKomm/ K. P. Berger*, *Vor* § 488 BGB αρ. 96· *Haüser*, ό.π., § 85 αρ. 8 επ., 62 επ., 72 επ.
55 *Voglis*, σ. 94.

νως η τράπεζα έχει προειδοποιήσει τον πιστούχο ότι η συμπεριφορά αυτή στο εξής δεν θα γίνεται ανεκτή[56].

ε) Ανάμειξη της τράπεζας στον επιχειρηματικό σχεδιασμό του πιστούχου

Συχνά η τράπεζα υπερβαίνει τον ρόλο της ως χρηματοδότη, επεμβαίνοντας στις αποφάσεις και τους σχεδιασμούς της επιχείρησης. Ιδίως, μπορεί να προτείνει στον πιστούχο ορισμένα μέτρα προς αντιμετώπιση της οικονομικής του κρίσης (όπως συρρίκνωση των εργασιών της επιχείρησης, συγκεκριμένες επενδύσεις, παροχή νέων πιστώσεων έναντι συστάσεως περαιτέρω ασφαλειών κ.λπ.). Σε αυτές τις περιπτώσεις η επακολουθούσα καταγγελία μπορεί να κρίνεται καταχρηστική, λαμβανομένου υπόψη και του ότι η ανάμειξη αυτή προκαλεί επίταση της μεταξύ των μερών σχέσης εμπιστοσύνης. Τούτο συμβαίνει ιδίως όταν ο πιστούχος συμμορφώνεται απόλυτα προς τις υποδείξεις της τράπεζας και παρά ταύτα εκείνη καταγγέλλει την πίστωση· όταν η τράπεζα προκαλεί την κατάρρευση του επιχειρηματικού αυτού σχεδιασμού με την καταγγελία, ενώ αυτός βαίνει ομαλά[57]· ή όταν εξαιτίας των εν λόγω μέτρων επιδεινώνεται ακόμη περισσότερο η οικονομική κατάσταση του πιστούχου. Στην τελευταία περίπτωση πρέπει όμως, προς αποφυγή υπέρμετρης επιβάρυνσης της τράπεζας, να σταθμίζονται προσεκτικά τα οφέλη που αναμένονται για τον πιστούχο από τη συνέχιση της πίστωσης με το μέγεθος του κινδύνου που αναλαμβάνει η τράπεζα[58].

στ) Στενή οικονομική εξάρτηση του πιστούχου από την τράπεζα

Πολλές φορές η τράπεζα αποτελεί τον μοναδικό ή τον κύριο χρηματοδότη του πιστούχου, με συνέπεια αυτός να έχει δεσμεύσει το σύνολο ή το μεγαλύτερο μέρος των περιουσιακών του στοιχείων για την παροχή εξασφαλίσεων σε αυτή. Στην εν λόγω περίπτωση οι συνέπειες της καταγγελίας είναι ιδιαίτερα σκληρές για τον πιστούχο και αυτός είναι σχεδόν αδύνατο να ανεύρει άλλον χρηματοδότη.

Ενόψει αυτού υποστηρίχθηκε ότι η άσκηση τακτικής καταγγελίας όταν υφίσταται τέτοιος βαθμός οικονομικής εξάρτησης του πιστούχου από την τράπεζα, μπορεί να συνιστά αντίθετη προς την καλή πίστη αντιφατική συμπεριφορά της τράπεζας. Τούτο διότι, αφού η τράπεζα έχει η ίδια προκαλέσει την αποφασιστική συρρίκνωση της ιδιωτικής αυτονομίας του πιστούχου, δεν μπορεί να μετακυλήσει σε αυτόν το σύνολο των προβλημάτων που δημιουργούνται από αυτή[59].

---

56 *Staudinger/ Mülbert*, § 488 BGB αρ. 370.
57 Πρβλ. σχετικώς και ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ.
58 *Voglis*, σ. 105.
59 *Canaris*, ZHR 1979, 125.

Κατά της άποψης αυτής προβλήθηκε η αντίρρηση ότι η παροχή σημαντικών εξασφαλίσεων αποτελεί το αναγκαίο αντιστάθμισμα για τη χορήγηση πολλών και συχνά μεγάλου ύψους πιστώσεων από την τράπεζα· είναι δηλαδή προϊόν της ιδιωτικής αυτονομίας και των δύο μερών και συνεπώς δεν είναι ικανή μόνον αυτή να επιφέρει περιορισμό του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας[60].

Ως προέκταση των σκέψεων αυτών, μια άλλη ομάδα γνωμών αποβλέπει στο αν η δημιουργία μιας ιδιαίτερα στενής οικονομικής εξάρτησης μπορεί να αποδοθεί σε αποφασιστική επιρροή της ίδιας της τράπεζας, όπως συμβαίνει όταν η τράπεζα έχει δεσμεύσει τον πιστούχο με σχετικό συμβατικό όρο ή με την απειλή καταγγελίας, να μη λαμβάνει πιστώσεις από τρίτους. Στην περίπτωση αυτή ενδέχεται η καταγγελία να κρίνεται καταχρηστική, τουλάχιστον εφόσον συντρέχουν και άλλοι παράγοντες που ενισχύουν το συμφέρον του πιστούχου[61].

Τέλος, σύμφωνα με μια πιο αυστηρή γνώμη, περιορισμός του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας δικαιολογείται μόνον όταν η τράπεζα έχει καταχραστεί με συγκεκριμένο τρόπο την κατάσταση της στενής οικονομικής εξάρτησης προς ίδιον όφελος (π.χ. ενώ διαθέτει υπερεπαρκείς εξασφαλίσεις, αρνείται να παραιτηθεί από ορισμένες ασφάλειες για να δώσει στον πιστούχο τη δυνατότητα να δανειστεί και από αλλού ή θέτει ιδιαίτερα επαχθείς όρους για την αναμόρφωση της οφειλής του πιστούχου)[62].

Πράγματι, ο εξεταζόμενος παράγοντας δεν είναι σε θέση να αποκλείσει από μόνος του την τακτική καταγγελία της πίστωσης. Αναμφισβήτητα όμως, μια ιδιαίτερα στενή οικονομική εξάρτηση του πιστούχου από την τράπεζα συνεπάγεται σημαντική επίταση της σχέσης εμπιστοσύνης που συνδέει τα μέρη. Εξάλλου, δεν μπορεί να αγνοηθεί το γεγονός ότι η τράπεζα έχει κατά κανόνα καρπωθεί στο παρελθόν σημαντικά οφέλη από τη μακροχρόνια και αποκλειστική συνεργασία με τον πιστούχο. Τούτο σημαίνει, κατά την άποψή μου, ότι στις περιπτώσεις που διαπιστώνεται μια τέτοια οικονομική εξάρτηση – και ανάλογα με το μέγεθος αυτής – μπορεί κατά την καλή πίστη να αξιωθεί από την τράπεζα να αναλάβει έναν συγκριτικά μεγαλύτερο κίνδυνο απώλειας της πίστωσης απ' ό,τι θα γινόταν διαφορετικά δεκτό[63].

4. Παροχή εύλογης προθεσμίας

Ακόμα και όταν δεν συντρέχει κάποια από τις περιστάσεις που αποκλείουν το δικαίωμα τακτικής καταγγελίας της τράπεζας, ενδέχεται να προκύπτει υποχρέωσή της, με βάση την αρχή της καλής πίστης, να παράσχει στον πιστούχο μια εύλογη προθε-

60 *Vuia*, σ. 130· πρβλ. ακόμη *MünchKomm/ K. P. Berger*, § 488 BGB αρ. 237· *Staudinger/Mülbert*, § 488 BGB αρ. 369, 371.

61 Βλ. *Obermüller*, αρ. 620· *Rümker*, KTS 1981, 500· πρβλ. ακόμη ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ.

62 *Vuia*, σ. 131· πρβλ. και *Γεωργακόπουλο*, ό.π., σ. 267-268.

63 Έτσι και *Wiegelmann*, σ. 133.

σμία για την ισχύ της καταγγελίας[64]. Τούτο ισχύει ιδίως όταν από την απρόθεσμη καταγγελία απειλείται στον πιστούχο η πρόκληση ιδιαίτερα μεγάλης ζημίας ή/και η σχέση εμπιστοσύνης που τον συνδέει με την τράπεζα είναι ιδιαίτερα έντονη και πάντα στο μέτρο που η μετάθεση του χρόνου ισχύος της καταγγελίας δεν επιβαρύνει σε βαθμό μη ανεκτό από την καλή πίστη τα συμφέροντα της τράπεζας. Η προθεσμία ισχύος της καταγγελίας έχει ως σκοπό να δώσει στον πιστούχο τη δυνατότητα να προσαρμοστεί στα νέα δεδομένα (ιδίως να επιχειρήσει να ποριστεί το ποσό της πίστωσης από αλλού) και έτσι να μετριάσει τη ζημία του. Η κρίση για το μέγεθος της αναγκαίας προθεσμίας είναι αποτέλεσμα της συνεκτίμησης σειράς παραγόντων, οι κυριότεροι εκ των οποίων είναι: α) ο μέσος χρόνος αναμονής για την εξέταση ενός νέου αιτήματος δανείου στην εκάστοτε οικονομική συγκυρία· β) ο βαθμός κατά τον οποίο είχε δημιουργηθεί στον πιστούχο η πεποίθηση ότι η τράπεζα δεν θα καταγγείλει τη σύμβαση, με συνέπεια αυτός να μην έχει προβεί σε προετοιμασίες για την περίπτωση της καταγγελίας[65]· γ) η οικονομική κατάσταση του πιστούχου· δ) ο τυχόν ιδιαίτερος βαθμός εξάρτησης αυτού από την τράπεζα· και ε) οι εξασφαλίσεις που αυτή διαθέτει. Σε καμία πάντως περίπτωση δεν απαιτείται η προθεσμία για την καταγγελία να είναι τόσο μακρύτερη, όσο σοβαρότερα παρίστανται τα οικονομικά προβλήματα που αντιμετωπίζει ο πιστούχος, διότι τότε θα υποχρεωνόταν η τράπεζα σε μεγαλύτερη περίοδο αναμονής ακριβώς στις περιπτώσεις που απειλούνται σε εντονότερο βαθμό τα συμφέροντά της[66].

IV. Έκτακτη καταγγελία πιστώσεων ορισμένου χρόνου

1. Βασικές αξιολογήσεις

Όταν η παρασχεθείσα πίστωση είναι ορισμένου χρόνου, η τράπεζα μπορεί, όπως και σε κάθε διαρκή σύμβαση, να την καταγγείλει πριν από την παρέλευση του χρόνου αυτού μόνον εφόσον συντρέχει σπουδαίος λόγος. Σπουδαίος λόγος υφίσταται, όταν δεν μπορεί να αξιωθεί κατά την καλή πίστη από τον καταγγέλλοντα η συνέχιση της σύμβασης έως την κανονική της λήξη[67]. Στο πεδίο της έκτακτης καταγγελίας η καλή πίστη δεν λειτουργεί, όπως στην τακτική καταγγελία, ως περιορισμός ενός ήδη υπάρχοντος δικαιώματος της τράπεζας να καταγγείλει τη σύμβαση, αλλά ήδη κατά το στάδιο της θεμελίωσης του σχετικού δικαιώματος. Το ερώτημα που τίθεται δηλαδή είναι κατά πόσον η χειροτέρευση της περιουσιακής κατάστασης του πιστού-

64 Βλ. αναλυτικά *Hoffmann*, Verhaltenspflichten der Banken und Kreditversicherungsunternehmen, 1991, σ. 127 επ.
65 *Staudinger/ Mülbert*, § 488 BGB αρ. 36.
66 *Obermüller*, αρ. 616.
67 Βλ. ενδεικτικά ΟλΑΠ 9/2012 ΧρΙΔ 2012, 685· ΟλΑΠ 21/2004 ΕλλΔνη 2004, 1337· ΑΠ 935/2013 ΝοΒ 2013, 2506· ΑΠ 1263/2012 ΝοΒ 2013, 740.

χου[68] συνιστά σπουδαίο λόγο για την καταγγελία της ορισμένου χρόνου σύμβασης πίστωσης. Για να συμβαίνει αυτό, θα πρέπει εξαιτίας της εν λόγω χειροτέρευσης η αξίωση της τράπεζας για την επιστροφή του δανείου να κινδυνεύει τόσο σοβαρά, ώστε συνυπολογιζομένου του συμφέροντος του πιστούχου προς διατήρηση της σύμβασης σε ισχύ να επιβάλλεται η άμεση καταγγελία της πίστωσης[69]. Επομένως, δεν αρκεί οποιαδήποτε περιουσιακή χειροτέρευση, αλλά πρέπει αυτή να είναι ουσιώδης με την ανωτέρω έννοια.

Είναι προφανές ότι για την αξιολόγηση αυτή απαιτείται προσεκτική στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων και συνεκτίμηση όλων των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, στις οποίες εξέχουσα θέση κατέχουν η αιτία και η έκταση της περιουσιακής χειροτέρευσης του πιστούχου, ο βαθμός πιθανότητας και η έκταση της επαπειλούμενης στην τράπεζα ζημίας από τη συνέχιση της πίστωσης, το μέγεθος των εξασφαλίσεων που διαθέτει η τράπεζα, ο χρόνος που απομένει έως την κανονική λήξη της πίστωσης, το ποσό αυτής και η ένταση της σχέσης εμπιστοσύνης που συνδέει τον πιστούχο με την τράπεζα. Ενόψει μάλιστα του ότι το δικαίωμα έκτακτης καταγγελίας έχει εξαιρετικό χαρακτήρα, αφού διασπά την αρχή pacta sunt servanda[70], θα πρέπει, για να καταλήξει η στάθμιση αυτή υπέρ της τράπεζας, το συμφέρον αυτής προς διακοπή της πίστωσης *να υπερτερεί σημαντικά* του συμφέροντος του πιστούχου για τη συνέχισή της. Επίσης, θα πρέπει να διερευνάται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση μήπως το συμφέρον της τράπεζας μπορεί να ικανοποιηθεί εξίσου με ηπιότερα μέτρα, όπως η μερική μόνο καταγγελία της πίστωσης ή η αναμόρφωση των όρων της (όπως απαίτηση περισσότερων ασφαλειών, επιβολή στον πιστούχο συγκεκριμένων μέτρων προς υπέρβαση της κρίσης, αύξηση της προμήθειας της τράπεζας κ.ο.κ.)[71]· διότι αν συμβαίνει κάτι τέτοιο, η συνέχιση της πίστωσης έως την κανονική της λήξη δεν μπορεί να κριθεί μη ανεκτή κατά την καλή πίστη[72].

Με τα ανωτέρω δεδομένα – και πάντα με την επισήμανση ότι η κρίση για τη συνδρομή ή μη σπουδαίου λόγου καταγγελίας απαιτεί τη συνεκτίμηση όλων των in concreto συνθηκών – το πιθανότερο είναι ότι η στάθμιση θα αποβεί υπέρ του πιστούχου ενδεικτικά στις εξής περιπτώσεις: Όταν πρόκειται για πρόσκαιρη μόνον οικονομική του δυσχέρεια· όταν η καταγγελία της πίστωσης προκαλεί σε αυτόν υπέρμετρη ζημία, ενώ από τη μέχρι τούδε πορεία της σύμβασης και το σύνολο των οικονομικών δεδομένων μπορεί βάσιμα να διατυπωθεί η πρόγνωση ότι με τη συνέχιση της πίστω-

68 Ενδείξεις για μια τέτοια χειροτέρευση συνιστούν, μεταξύ άλλων, η μείωση των περιουσιακών στοιχείων της επιχείρησης, η μείωση του κεφαλαίου ή/και των κερδών αυτής, η δημιουργία νέων σημαντικών χρεών, η έκδοση ακάλυπτων επιταγών, η κίνηση διαδικασιών αναγκαστικής εκτέλεσης κατ' αυτής και η απώλεια σημαντικών πηγών χρηματοδότησης.

69 *MünchKomm/ H. P. Westermann*, 2η έκδ. 1988, § 610 BGB αρ. 13.

70 Για τον «εξαιρετικό» χαρακτήρα του δικαιώματος έκτακτης καταγγελίας και τις συνέπειες που απορρέουν από αυτόν βλ. *Ευστρατίου*, Ο σπουδαίος λόγος για την καταγγελία διαρκών συμβάσεων ορισμένου χρόνου, 2010, σ. 10 επ. μ.π.π.

71 *Voglis*, σ. 83, 100. Βλ. και παρακ. υπό VII.

72 Πρβλ. *Ζερδελή*, Το δίκαιο της καταγγελίας της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, 2002, σ. 118, 121· *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, σ. 271-272.

σης αυτός θα μπορούσε, έστω τμηματικά, να αποπληρώσει το χρέος του[73]· όταν η τράπεζα συνέβαλε με τη συμπεριφορά της στην πρόκληση ή την έκταση της οικονομικής δυσχέρειας του πιστούχου και ανάλογα με τον βαθμό αυτής της συμβολής και το μέγεθος του τυχόν πταίσματός της[74]· όταν η τράπεζα επιχειρεί να στηρίξει την καταγγελία σε οικονομικές δυσχέρειες του πιστούχου που υπήρχαν ήδη κατά τη χορήγηση της πίστωσης και δεν είχαν διαγνωστεί επειδή εκείνη δεν κατέβαλε τη δέουσα επιμέλεια[75]· όταν τίθεται σε κίνδυνο μόνον ένα μικρό μέρος της απαίτησης της τράπεζας· όταν η πίστωση είχε παρασχεθεί για την πραγματοποίηση συγκεκριμένου επενδυτικού σχεδίου και λίγο πριν από την ολοκλήρωσή της ανακύπτουν απρόβλεπτα κατά την καλή πίστη και ανυπαίτια για τον πιστούχο εμπόδια, που είναι σε θέση να καθυστερήσουν μόνον επουσιωδώς την αποπληρωμή του δανείου, ενώ αντίθετα η πρόωρη καταγγελία της πίστωσης θα επέφερε κατάρρευση του σχεδίου· όταν η τράπεζα έχει χορηγήσει την πίστωση ειδικά προς τον σκοπό εξυγίανσης της επιχείρησης και το σχέδιο εξυγίανσης βαίνει ομαλά, εκτός αν υπάρξει περαιτέρω χειροτέρευση των οικονομικών συνθηκών εξαιτίας της οποίας η εξυγίανση δεν εμφανίζει πλέον προοπτικές επιτυχίας[76] κ.ο.κ.

2. Το ζήτημα των ασφαλειών

Έντονους προβληματισμούς έχει προκαλέσει, και στο πεδίο της έκτακτης καταγγελίας, το ερώτημα κατά πόσον, όταν ο πιστούχος αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες, η ύπαρξη εξασφαλίσεων μπορεί να αποκλείσει το δικαίωμα της τράπεζας προς έκτακτη καταγγελία της πίστωσης. Σύμφωνα με μια γνώμη, η απάντηση στο ερώτημα αυτό πρέπει να είναι καταφατική διότι, όταν υπάρχουν επαρκείς εξασφαλίσεις, δεν μπορεί να γίνει λόγος για διακινδύνευση της αξίωσης της τράπεζας προς επιστροφή του δανείου[77]. Στην άποψη όμως αυτή ασκήθηκε δικαιολογημένη κριτική με το σκεπτικό ότι το «επαρκές» των εξασφαλίσεων είναι κάτι το σχετικό, ιδίως ενόψει του κινδύνου εκμηδενισμού της αξίας τους με την πάροδο του χρόνου και των δυσχερειών και του κόστους ρευστοποίησής τους, που δύσκολα μπορούν να προβλεφθούν[78]. Γι' αυτό παρατηρήθηκε ότι η ανωτέρω άποψη μπορεί να γίνει δεκτή μόνο με τους εξής τρεις περιορισμούς: α) Οι εξασφαλίσεις πρέπει να θεωρούνται ανεπαρκείς και όταν υπάρχουν βάσιμοι φόβοι μείωσης της αξίας τους[79]· β) για να θεωρείται η τράπεζα επαρκώς εξασφαλισμένη, δεν αρκεί να καλύπτουν οι ασφάλειες μόνο το ποσό του

73 Πρβλ. *MünchKomm/ K. P. Berger*, § 490 BGB αρ. 7· και τις αποφάσεις της σημ.18.
74 Βλ. *Staudinger/ Mülbert*, § 490 BGB αρ. 42· *Voglis*, σ. 121-122· *Vuia*, σ. 368· πρβλ. και ΠΠρΠατρ 104/2014 ΤΝΠ ΔΣΑ.
75 *Staudinger/ Mülbert*, § 490 BGB αρ. 201.
76 *Staudinger/ Mülbert*, § 490 αρ. 39 και παραπ. υπό III 2 γ.
77 *Canaris*, ZHR 1979, 114.
78 *Bruchner*, ό.π., § 79 αρ. 51.
79 *Bunte*, σε Schimansky/ Bunte/ Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. I, § 24 αρ. 39.

κεφαλαίου της πίστωσης και τους διαδραμόντες τόκους αλλά και το ποσό των μελλοντικών τόκων[80]· και γ) για τον υπολογισμό της αξίας των εμπράγματων ασφαλειών η τράπεζα δικαιούται να λαμβάνει υπόψη της τη δυσμενέστερη εκδοχή (the worst case scenario), δηλαδή το ποσό που θα προέκυπτε από την αναγκαστική εκποίηση του αντικειμένου αυτών, το οποίο είναι συνήθως σημαντικά χαμηλότερο από την εμπορική τους αξία[81]. Τέλος, μια τρίτη γνώμη θεωρεί ότι στον παράγοντα ασφάλειες δεν πρέπει να προσδίδεται καθοριστική αξία, διότι η πρόγνωση σχετικά με τη μελλοντική πορεία της αξίας τους και τη δυσχέρεια αξιοποίησής τους είναι εξαιρετικά αβέβαιη. Αντ' αυτού, έμφαση πρέπει να δίδεται στο είδος και στη φύση των οικονομικών δυσχερειών που αντιμετωπίζει ο πιστούχος, ιδίως στο αν η επιχείρησή του μπορεί να χαρακτηριστεί βιώσιμη[82].

Ασφαλώς, η ύπαρξη εξασφαλίσεων είναι ένας παράγων που στη στάθμιση συμφερόντων λειτουργεί εις βάρος της τράπεζας, διότι μειώνει τον κίνδυνο που αυτή επωμίζεται από τη συνέχιση της πίστωσης. Από την άλλη, η εν λόγω στάθμιση δεν μπορεί να μη λαμβάνει υπόψη το είδος (προσωπικές ή εμπράγματες) και την ποιότητα (ιδίως την τάξη) των ασφαλειών, το ποσοστό της απαίτησης της τράπεζας που αυτές καλύπτουν και την τυχόν ύπαρξη και το μέγεθος του κινδύνου εκμηδενισμού της αξίας τους μέχρι την προβλεπόμενη λήξη της πίστωσης. Επομένως, τελικά η βαρύτητα του παράγοντος αυτού δεν μπορεί, κατά την άποψή μας, να προσδιοριστεί εκ των προτέρων, παρά μόνο με τη συνεκτίμηση-αλληλεπίδραση αυτού με τους υπόλοιπους παράγοντες που συνθέτουν τα εκατέρωθεν συμφέροντα των μερών. Επίσης, ορθά γίνεται δεκτό με βάση την αρχή του ηπιότερου μέσου, ότι αν η τράπεζα θεωρεί τις εξασφαλίσεις της ανεπαρκείς, πρέπει, προτού προβεί στην καταγγελία, να δώσει στον πιστούχο τη δυνατότητα να τις αντικαταστήσει με άλλες ή να παράσχει πρόσθετη εξασφάλιση[83].

V. Υπαναχώρηση από μη παρασχεθείσες ακόμη πιστώσεις

1. Βασικές αξιολογήσεις

Όταν οι οικονομικές δυσχέρειες του πιστούχου εμφανίζονται στο στάδιο πριν από τη χορήγηση της πίστωσης, η αφετηρία είναι αρκετά διαφορετική. Τούτο διότι η ΑΚ 809, η οποία εφαρμόζεται όχι μόνο στο συναινετικό δάνειο αλλά σε κάθε υπόσχεση παροχής πίστωσης, παρέχει στον υποσχεθέντα (πιστοδότη) το δικαίωμα να αρνηθεί

80 *Obermüller*, αρ. 624.
81 *MünchKomm/ K. P. Berger*, § 490 BGB αρ. 9.
82 *Häuser*, ό.π., αρ. 70, 71.
83 *Bunte*, ό.π.

οριστικά την εκπλήρωση της πίστωσης όταν επέρχεται αφερεγγυότητα του δέκτη της υπόσχεσης, δηλαδή μη παροδική ανεπάρκεια της περιουσίας του να ικανοποιήσει όλες τις ληξιπρόθεσμες απαιτήσεις των δανειστών του[84]. Η διάταξη αυτή – αλλά και η ΑΚ 377 η οποία θεμελιώνει απλώς αναβλητική ένσταση στο πρόσωπο του υποσχεθέντος, αρκείται όμως στην επέλευση απλώς ουσιώδους ελάττωσης της περιουσιακής κατάστασης του δανειολήπτη – προδίδουν την αξιολόγηση του νομοθέτη ότι θα ήταν αντίθετος προς την καλή πίστη ο εξαναγκασμός του πιστοδότη προς εκπλήρωση της υποχρέωσής του ενώ υφίσταται σοβαρός κίνδυνος μη απόδοσης της πίστωσης.

Με βάση την αξιολόγηση αυτή, το δικαίωμα της τράπεζας να αρνηθεί να εκπληρώσει την υποσχεθείσα αλλά μη ακόμη χορηγηθείσα πίστωση μπορεί να περιοριστεί μόνο σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις, ιδίως όταν: α) Από το σύνολο των περιστάσεων προκύπτει ότι η οικονομική κρίση θα έχει απλώς παροδικό χαρακτήρα, η τράπεζα διαθέτει επαρκείς ασφάλειες και η μη παραχώρηση της υποσχεθείσας πίστωσης θα είχε καταστροφικές επιπτώσεις για τον πιστούχο· β) η επέλευση των οικονομικών δυσχερειών του πιστούχου οφείλεται αποκλειστικά ή κατά κύριο λόγο σε πταίσμα της τράπεζας, οπότε θα ήταν αντίθετο στην καλή πίστη να τις επικαλεστεί κατόπιν η τράπεζα για να αποδεσμευθεί από τη σύμβαση[85]· ή γ) υπάρχει ρητή ή σιωπηρή συμφωνία των μερών περί μη εφαρμογής της ΑΚ 809.

2. Το ζήτημα των ασφαλειών

Γίνεται ορθά δεκτό από την κρατούσα γνώμη ότι η ύπαρξη ασφαλειών δεν εμποδίζει την εφαρμογή της ΑΚ 809[86]. Συγχρόνως βέβαια παρατηρείται ότι, αν η απαίτηση του υποσχεθέντος (εδώ της τράπεζας) προς απόδοση του δανείου και καταβολή των τόκων εξασφαλίζεται επαρκώς, η άσκηση του δικαιώματος που απορρέει από την ΑΚ 809 ενδέχεται να κρίνεται καταχρηστική. Κάτι τέτοιο όμως πρέπει να καταφάσκεται με εξαιρετική φειδώ –περισσότερη και από όση απαιτείται για τη θεμελίωση καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας μιας ήδη χορηγηθείσας πίστωσης – διότι η ανωτέρω νομοθετική αξιολόγηση αποκαλύπτει ότι στο στάδιο αυτό προτεραιότητα έχουν καταρχήν τα συμφέροντα του πιστοδότη.

84 Βλ. αναλυτικά *Γεωργιάδη*, Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου, 2014, § 22 αρ. 32 επ.

85 Πρβλ. *Κ. Παμπούκη*, Τραπεζικαί πιστωτικαί συμβάσεις 1962, § 75 III α. Είναι εξάλλου ευνόητο ότι η Τράπεζα δεν μπορεί να επικαλεστεί την ΑΚ 809, όταν η επελθούσα αφερεγγυότητα του δανειολήπτη ήταν διαγνωστή από τις πληροφορίες για την παρούσα ή την μελλοντική περιουσιακή του κατάσταση, που αυτός έθεσε στη διάθεσή της κατά τη σύναψη της υπόσχεσης του δανείου (έτσι και *Γεωργακόπουλος*, ό.π., σ. 376-377· πρβλ. και παραπ. υπό IV 1).

86 *Γεωργιάδης*, ό.π., § 22 αρ. 36· *Βουζίκας*, ΕρμΑΚ 809 αρ. 42-43· *Ι. Ρόκας*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρο 809 αρ. 5. Αντίθ. *Ζέπος*, Ενοχικό ΙΙ, σ. 163· καθώς και *Γεωργακόπουλος*, ό.π., σ. 375, ο οποίος πάντως θεωρεί ότι για να αποκλείεται η εφαρμογή της ΑΚ 809 πρέπει οι υπάρχουσες εμπράγματες ή άλλες ασφάλειες του δανειολήπτη ή τρίτων να καθιστούν βέβαιη την ύπαρξη των απαιτήσεων του δανειοδότη (βλ. και αμέσως παρακ. στο κείμενο).

VI. Παροχή πρόσθετης χρηματοδότησης

Ενίοτε, για την επιβίωση της επιχείρησης του πιστούχου που έχει ανάγκη εξυγίανσης ή για την αποτροπή πρόκλησης σε αυτόν υπέρμετρης ζημίας δεν αρκεί μόνο η αποχή της τράπεζας από την καταγγελία, αλλά είναι επιπλέον αναγκαία η παράταση πιστώσεων που έχουν λήξει ή και η παροχή νέων πιστώσεων. Γι' αυτό τέθηκε το ερώτημα κατά πόσο και υπό ποιες προϋποθέσεις η τράπεζα ενδέχεται να υποχρεούται, πάντα με βάση την υποχρέωση πίστης, να παράσχει και πρόσθετη χρηματοδότηση στον πιστούχο που αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες.

Ο πρώτος που ασχολήθηκε και με αυτή την προβληματική ήταν ο *Claus-Wilhelm Canaris*[87], ο οποίος διατύπωσε τη θέση ότι η τράπεζα υποχρεούται καταρχήν στη χορήγηση των απαραίτητων βραχυπρόθεσμων πιστώσεων κίνησης, υπό την προϋπόθεση ότι η επιχείρηση είναι βιώσιμη και υπάρχουν επαρκείς εξασφαλίσεις· ενώ αυτή ενδέχεται να υποχρεωθεί και σε παροχή μακροπρόθεσμων πιστώσεων, εφόσον συντρέχουν και επιπλέον παράγοντες, όπως μια ιδιαίτερα στενή οικονομική εξάρτηση του πιστούχου από την τράπεζα. Ωστόσο, επισημάνθηκε ορθά ότι στο εδώ εξεταζόμενο πεδίο ο περιορισμός της ιδιωτικής αυτονομίας της τράπεζας λαμβάνει την εντονότερή του μορφή, διότι με την παροχή νέων πιστώσεων η τράπεζα αναγκάζεται να αναλάβει επιπλέον κίνδυνο[88]. Εξάλλου, στην περίπτωση αυτή ο κίνδυνος δημιουργίας ευθύνης της έναντι τρίτων πιστωτών της επιχείρησης για παρέλκυση της πτώχευσης είναι ιδιαίτερα μεγάλος. Εξαιτίας αυτών, οι αντιρρήσεις που διατυπώνονται γενικά εναντίον του περιορισμού της ιδιωτικής αυτονομίας της τράπεζας κατά την άσκηση της πιστοδοτικής της λειτουργίας (βλ. παραπ. υπό II 1) ισχύουν εδώ σε ακόμη εντονότερο βαθμό. Επιπλέον, αφού ο νομοθέτης επιτρέπει στην τράπεζα να αρνηθεί την εκπλήρωση και ήδη υποσχεθέντων δανείων επί ουσιώδους μειώσεως της περιουσιακής κατάστασης του πιστούχου (πρβλ. ΑΚ 809, 377), θα ήταν άτοπο να μην της αναγνωρίζεται το δικαίωμα να απέχει στην περίπτωση αυτή από την ανάληψη υποχρέωσης προς παροχή νέων πιστώσεων[89]. Τέλος, επιχειρήματα αντλούνται και από το δίκαιο των προσωπικών εταιρειών, όπου η υποχρέωση πίστης υφίσταται στη μέγιστη μορφή της και παρόλα αυτά η ΑΚ 745 δεν υποχρεώνει τους εταίρους να προβούν σε συμπληρωματικές εισφορές όταν η εταιρεία το έχει ανάγκη[90].

Ενόψει των παραπάνω, πρέπει να γίνει δεκτό ότι υποχρέωση της τράπεζας προς παροχή πρόσθετης χρηματοδότησης μπορεί να γίνει δεκτή μόνο σε ακραίες περιπτώσεις, όπως ενδεικτικά οι εξής: α) Όταν πρόκειται για μια ελάχιστη υπέρβαση του πιστωτικού ορίου της σύμβασης ή μια μηδαμινή –σε σχέση με το συνολικό ποσό της πίστωσης– πρόσθετη χρηματοδότηση, οι οποίες προβλέπεται αντικειμενικά, με βάση

87 ZHR 1979, 132-133.
88 *Vuia*, σ. 348.
89 *Obermüller*, αρ. 646.
90 *Ν. Ρόκας*, Ευθύνη τράπεζας κατ' ΑΚ 919 (Γνμδ.), ΝοΒ 1992, 505.

τη φύση της οικονομικής δυσχέρειας που αντιμετωπίζει ο πιστούχος, ότι θα διαρκέσουν μόνο για μικρό χρονικό διάστημα και είναι απολύτως αναγκαίες για την αποτροπή ιδιαίτερα μεγάλης ζημίας του πιστούχου[91]· β) όταν η τράπεζα έχει η ίδια με αποκλειστικό της πταίσμα προκαλέσει την οικονομική κρίση του πιστούχου· γ) όταν η τράπεζα έχει καταχραστεί την οικονομική εξάρτηση του πιστούχου από αυτήν επιβάλλοντάς του να μην προσφύγει σε άλλον χρηματοδότη[92]· ή δ) όταν η ίδια η τράπεζα έχει καταρτίσει σχέδιο εξυγίανσης της επιχείρησης του πιστούχου, ο οποίος έχει συμμορφωθεί πλήρως στις απαιτήσεις της, και του έχει παράσχει πίστωση, η οποία από εσφαλμένο υπολογισμό της τράπεζας δεν επαρκεί για την ολοκλήρωση της εξυγίανσης, αλλά είναι αναγκαία μια μικρή παράταση ή μικρή αύξηση του ποσού της[93]. Επιπλέον των παραπάνω προϋποθέσεων, για τη συναγωγή σχετικής υποχρέωσης της τράπεζας θα πρέπει α) να πρόκειται οπωσδήποτε για βραχυπρόθεσμες (επιπλέον) πιστώσεις· β) η επιχείρηση να είναι βιώσιμη· γ) να διαπιστώνεται ιδιαίτερη ένταση της σχέσης εμπιστοσύνης μεταξύ τράπεζας και πιστούχου· δ) η τράπεζα να διαθέτει επαρκείς εξασφαλίσεις· και ε) να προκύπτει ότι η κρίση δεν μπορεί να ξεπεραστεί με την παροχή οικονομικών διευκολύνσεων (βλ. αμέσως παρακάτω), οι οποίες ασφαλώς συνιστούν ηπιότερη επέμβαση στην ιδιωτική αυτονομία της τράπεζας.

VII. Παροχή οικονομικών διευκολύνσεων

Πέρα και ανεξάρτητα από τα παραπάνω, γίνεται ορθά δεκτό ότι κάθε φορά που εμφανίζεται μια ανυπαίτια και απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών, η οποία καθιστά την εκπλήρωση της παροχής του πιστούχου υπερβολικά δυσχερή, η τράπεζα οφείλει με βάση την καλή πίστη, προτού προβεί στη λήψη οποιουδήποτε μέτρου εναντίον του, τουλάχιστον να έρθει σε συνεννόηση μαζί του προκειμένου να διερευνηθεί η δυνατότητα να ξεπεραστεί η κρίση με την παροχή σε αυτόν ορισμένων οικονομικών διευκολύνσεων[94]. Το καθήκον αυτό υφίσταται στην εντονότερη μορφή του, όταν τον πιστούχο συνδέει με την τράπεζα μια μακρόχρονη και ομαλά εξελιχθείσα έως την εμφάνιση της οικονομικής δυσχέρειας συναλλακτική σχέση. Οι συνηθέστερες τέτοιες διευκολύνσεις είναι είτε η αναμόρφωση των όρων της πιστωτικής σύμβασης (με

91 Πρβλ. *Canaris*, ZHR 1979, 132-133· *Hopt*, ZHR 1979, 159· *Hoffmann*, σ. 138· *MünchKomm/ H. P. Westermann*, § 610 BGB αρ. 40· αντίθ. *Bruchner*, ό.π., § 79 αρ. 50· *Rümker*, KTS 1981, 503 επ.· *Staudinger/ Mülbert*, § 490 αρ. 40.

92 *Vuia*, σ. 344-345. Μάλιστα, η εν λόγω συγγραφέας φρονεί ότι στις ανωτέρω (υπό β και γ) περιπτώσεις η τράπεζα ενδέχεται υπό προϋποθέσεις να υποχρεωθεί σε παροχή πιστώσεων και χωρίς επαρκείς εξασφαλίσεις ή με ιδιαίτερα ευνοϊκούς για τον πιστούχο όρους αποπληρωμής.

93 Πρβλ. *Staudinger/ Mülbert*, § 490 BGB αρ. 40· *Voglis*, σ. 161.

94 Βλ. *Καραμπατζό*, Η αναδιαπραγμάτευση υφιστάμενων συμβατικών υποχρεώσεων υπό το πρίσμα της διαδικασίας εξυγιάνσεως του Πτωχευτικού Κώδικα και του γενικότερου κατ' άρθρον 288 ΑΚ επιβαλλόμενου συνεργατικού καθήκοντος, σε: Η αντιμετώπιση της αφερεγγυότητας (23ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου), 2013, σ. 99 επ., 102 επ., 110 επ. (συνεργατικό καθήκον, υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης)· πρβλ. ακόμη ΕφΑθ 5025/1990 ΕλλΔνη 1992, 193.

περιορισμό του ποσού των δόσεων ή/και επιμήκυνση του χρόνου καταβολής τους) είτε η παροχή μιας σύντομης περιόδου χάριτος (moratorium), κατά την οποία δεν θα καταβάλλεται κανένα ποσό και η οποία θα διαρκεί κατά κανόνα μέχρι να ξεπεραστεί η κρίση που κατέστησε την απόδοση του δανείου υπερβολικά δυσχερή[95].

Η διερεύνηση της δυνατότητας να ξεπεραστεί η κρίση με την παροχή οικονομικών διευκολύνσεων είναι εύλογη, διότι ενδέχεται να εξυπηρετεί τα δικαιολογημένα συμφέροντα και των δύο μερών. Πράγματι, ο συνδυασμός της αποχής από την καταγγελία και της αναμόρφωσης της σύμβασης είναι πολύ πιθανόν να καθιστά δυνατή την αποπληρωμή του δανείου, έστω με μικρή καθυστέρηση ή με μικρή μόνο ζημία της τράπεζας, ενώ συγχρόνως αποτρέπεται η πρόκληση σημαντικής ζημίας στον πιστούχο. Τούτο έχει γίνει αντιληπτό και από τη νομολογία, διότι σε αρκετές περιπτώσεις εκτιμάται ευνοϊκά υπέρ των τραπεζών το ότι πριν από την καταγγελία έδωσαν τη δυνατότητα στον πιστούχο να προσέλθει σε διαπραγματεύσεις προς ρύθμιση της οφειλής του ή του παρείχαν διευκολύνσεις για την εκπλήρωση της παροχής του, οι οποίες απέβησαν άκαρπες[96].

Βεβαίως, το αν τελικά η καλή πίστη θα επιβάλλει όντως την παροχή οικονομικών διευκολύνσεων είναι αποτέλεσμα της συνεκτίμησης πλήθους παραγόντων, όπως είναι ιδίως η αιτία της οικονομικής κρίσης του πιστούχου και η πρόβλεψη για την εξέλιξή της στο μέλλον, το πρόσφορο ή μη των οικονομικών διευκολύνσεων να περιορίσουν τη ζημία του πιστούχου, η ένταση της σχέσης εμπιστοσύνης που συνδέει τον πιστούχο με την τράπεζα και το μέγεθος της επιβάρυνσης της τελευταίας από την παροχή των εν λόγω διευκολύνσεων. Όταν από τη συνεκτίμηση αυτή των ως άνω παραγόντων συνάγεται ότι με την παροχή ορισμένων διευκολύνσεων πρόκειται να καταστεί δυνατή η εξυπηρέτηση της πίστωσης χωρίς να παραβλάπτονται τα δικαιολογημένα συμφέροντα της τράπεζας, η απευθείας καταγγελία της πίστωσης αορίστου χρόνου ενδέχεται να κριθεί καταχρηστική[97]· ενώ κατά κανόνα δεν θα συντρέχει σπουδαίος λόγος για την καταγγελία πιστώσεων ορισμένου χρόνου.

VIII. Συμπεράσματα

Τα κυριότερα πορίσματα των όσων εκτέθηκαν παραπάνω μπορούν να συνοψιστούν ως εξής:

95 *Καραμπατζός*, ό.π., σ. 104. Σε αυτό το πνεύμα κινούνται εξάλλου και οι ρυθμίσεις του νέου Κώδικα Δεοντολογίας για τα μη εξυπηρετούμενα δάνεια (ΦΕΚ Β΄ 2289/2014), ο οποίος θεσπίστηκε από την Τράπεζα της Ελλάδος κατ' εφαρμογή του άρθρου 1 § 2 του ν. 4224/2013 και ισχύει από 1.1.2015. Ειδικότερα, στο κεφάλαιο ΣΤ΄ του εν λόγω Κώδικα θεσπίζεται διαδικασία επίλυσης καθυστερήσεων με πέντε (5) στάδια, η οποία περιλαμβάνει την ενημέρωση του υπερήμερου δανειολήπτη, την αξιολόγηση των οικονομικών του δεδομένων και τη βάσει αυτών συνεργασία των μερών προς εξεύρεση κατάλληλης λύσης-ρύθμισης για την αποπληρωμή του δανείου.

96 Βλ. λ.χ. ΕφΠατρ 361/2006 ΑχΝ 2007, 62· ΠΠρΑθ 64/2010 Νόμος· πρβλ. ακόμη ΑΠ 900/2011 ΝοΒ 2012, 122.

97 Πρβλ. ΕφΛαρ 330/2013 ΤΝΠ ΔΣΑ.

1. Αν και η καθιέρωση ενός γενικού καθήκοντος της τράπεζας να παρέχει συνδρομή σε επιχειρήσεις-πελάτες της που βρίσκονται σε κρίση δεν είναι δυνατή, δεν αποκλείεται ο περιορισμός των συμβατικών δικαιωμάτων της τράπεζας, όταν η εμμονή αυτής στην εκπλήρωση της σύμβασης πίστωσης στην αρχική της μορφή θα προκαλούσε στον πιστούχο υπέρμετρα δυσμενείς συνέπειες. Νομική βάση για τον περιορισμό αυτόν αποτελεί η υποχρέωση πίστης που υπέχει το τραπεζικό ίδρυμα έναντι του πιστούχου, η οποία είναι απόρροια της αρχής της καλής πίστης (ΑΚ 288). Ο εν λόγω περιορισμός δύναται να συνίσταται στην αποχή από την καταγγελία ήδη χορηγηθέντων δανείων· στην υπαναχώρηση από υποσχεθέντα αλλά μη χορηγηθέντα ακόμη δάνεια· στη χορήγηση πρόσθετης χρηματοδότησης· ή/και στην παροχή οικονομικών διευκολύνσεων για την αποπληρωμή της πίστωσης.

2. Η εκτίμηση για το αν η αρχή της καλής πίστης επιβάλλει, στη συγκεκριμένη περίπτωση, τον περιορισμό της συμβατικής ελευθερίας της τράπεζας οφείλει να είναι το αποτέλεσμα προσεκτικής και ενδελεχούς στάθμισης των εκατέρωθεν συμφερόντων. Οι βασικοί πόλοι που περιλαμβάνονται στη στάθμιση αυτή είναι η ένταση της σχέσης εμπιστοσύνης που συνδέει τον πιστούχο με την τράπεζα, το ύψος της επαπειλούμενης στον πιστούχο ζημίας από τη διακοπή της χρηματοδότησης, το μέγεθος της επιβάρυνσης της τράπεζας από τη συνέχιση της παροχής πίστωσης και η τυχόν συμβολή της τράπεζας στην πρόκληση ή την επίταση της οικονομικής δυσχέρειας του πιστούχου. Στους βασικούς αυτούς πόλους περιλαμβάνονται πλήθος επιμέρους παραγόντων, όπως η διάρκεια και η μέχρι την εμφάνιση της οικονομικής δυσχέρειας πορεία της συναλλακτικής σχέσης του πιστούχου με την τράπεζα· ο βαθμός της οικονομικής εξάρτησης του πιστούχου από αυτή· το μέγεθος της πίστωσης· η αιτία και η φύση της οικονομικής δυσχέρειας του πιστούχου· το είδος και η έκταση των εξασφαλίσεων που διαθέτει η τράπεζα· ο βαθμός κατά τον οποίο έχει ήδη διαταραχθεί, ως συνέπεια της κρίσης, η πιστωτική σχέση· τα χρέη του πιστούχου έναντι τρίτων κοκ. Η βαρύτητα που καταλαμβάνει καθένας από τους παράγοντες αυτούς στη στάθμιση συμφερόντων δεν μπορεί να προσδιοριστεί εκ των προτέρων, αλλά μόνο με τη συνεκτίμηση και την αλληλεπίδραση αυτού με τους λοιπούς. Όταν πάντως η οικονομική κρίση της επιχείρησης έχει λάβει τη μορφή μιας απλώς πρόσκαιρης οικονομικής δυσχέρειας, που προβλέπεται αντικειμενικά ότι θα διαρκέσει για μικρό χρονικό διάστημα, η ανωτέρω στάθμιση κατά κανόνα θα αποβαίνει υπέρ του πιστούχου.

3. Η δυνατή έκταση των περιορισμών της συμβατικής ελευθερίας της τράπεζας είναι αντιστρόφως ανάλογη με την ένταση της επέμβασης που πραγματοποιείται κάθε φορά στην ιδιωτική αυτονομία αυτής. Έτσι, κάπως ευκολότερα θα γίνεται δεκτός λ.χ. ο περιορισμός του δικαιώματος έκτακτης καταγγελίας, δυσκολότερα στο πεδίο της τακτικής καταγγελίας, και σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις προκειμένου περί παροχής νέων πιστώσεων, όπου ο περιορισμός της συμβατικής ελευθερίας της τράπεζας λαμβάνει την εντονότερη μορφή του. Ομοίως, σχεδόν αποκλείεται η συναγωγή σχετικών περιορισμών όταν η χειροτέρευση της περιουσιακής κατάστασης του πιστούχου

λαμβάνει χώρα πριν από τη χορήγηση υπεσχημένης πίστωσης, διότι στο στάδιο αυτό προτεραιότητα έχουν τα συμφέροντα της τράπεζας (πρβλ. ΑΚ 809, 377). Εξάλλου, μεταξύ περισσότερων εξίσου ικανών προς αποκατάσταση της ομαλής λειτουργίας της σύμβασης περιορισμών πρέπει να προτιμάται αυτός που συνιστά την ηπιότερη επέμβαση στην ιδιωτική αυτονομία της τράπεζας (π.χ. παροχή διευκολύνσεων αντί πρόσθετης χρηματοδότησης).

4. Σε κάθε περίπτωση, οι όποιοι περιορισμοί της ιδιωτικής αυτονομίας της τράπεζας προς αποτροπή πρόκλησης υπέρμετρης ζημίας στον πιστούχο δεν επιτρέπεται να καταλήγουν, αντίστροφα, σε πλήρη παραμερισμό των συμφερόντων αυτής. Υπό αυτή την έννοια, η συναγωγή καθήκοντος παροχής συνδρομής αποκλείεται, όταν η επιχείρηση του πιστούχου δεν είναι βιώσιμη ή απειλείται με μεγάλη πιθανότητα η γέννηση ευθύνης της τράπεζας έναντι τρίτων πιστωτών της επιχείρησης· και ασφαλώς γίνεται τόσο δυσκολότερη, όσο βαθύτερη είναι η οικονομική κρίση που μαστίζει την πιστοδοτούμενη επιχείρηση.

Κορνηλία Δελούκα-Ιγγλέση* & Γεώργιος Αργυρός**

Η μεταφορά της έδρας των εταιριών και η 14η εταιρική Οδηγία

1. Εισαγωγικά

Σε μία εποχή έντονου ανταγωνισμού οι επιχειρήσεις προσπαθούν να βρουν διέξοδο σε αγορές όπου το κόστος εργασίας είναι χαμηλό, η φορολογική τους επιβάρυνση είναι μικρότερη, η δυνατότητα πρόσβασης στις πρώτες ύλες είναι ευκολότερη και η σχετική επιχειρηματική δραστηριότητα είναι εντονότερη. Για να επιτευχθεί αυτό θα πρέπει οι επιχειρήσεις να έχουν δυνατότητα κινητικότητας από το ένα κράτος στο άλλο. Στην Ευρωπαϊκή Ένωση υπάρχουν κανόνες οι οποίοι φιλοδοξούν να διευκολύνουν την κινητικότητα των επιχειρήσεων εντός της ευρωπαϊκής αγοράς. Ωστόσο, οι κανόνες αυτοί, όπως έχουν ερμηνευθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν αποκλείουν τη δυνατότητα ενός κράτους-μέλους να εμποδίζει μία εταιρία που διέπεται από το εθνικό του δίκαιο να μεταφέρει την έδρα της σε άλλο κράτος-μέλος διατηρώντας την ιδιότητά της αυτή.

Από την άλλη όμως πλευρά, το ΔΕΚ (ήδη ΔικΕΕ) έχει αναγνωρίσει τη δυνατότητα που έχει η εν λόγω εταιρία να μεταφέρει την έδρα της μετατρεπόμενη ταυτόχρονα σε εταιρία του εθνικού δικαίου του κράτους υποδοχής. Προς διευκόλυνση της εν λόγω κινητικότητας απαιτείται η υιοθέτηση της 14ης εταιρικής Οδηγίας. Ωστόσο, η Επιτροπή είναι επιφυλακτική να καταθέσει τη σχετική πρόταση, μολονότι έχουν υπάρξει δύο σχέδια προτάσεων.

Η παρούσα μελέτη έχει ως σκοπό να καταδείξει την αναγκαιότητα της υιοθέτησης της 14ης εταιρικής Οδηγίας και να προτείνει τους βασικούς άξονες του περιεχομένου της. Ειδικότερα, στο Τμήμα 2 συζητείται η σχετική νομολογία του Δικαστηρίου και εξετάζεται η αναγκαιότητα υιοθέτησης της 14ης Οδηγίας. Το Τμήμα 3 είναι αφιερωμένο στην παρουσίαση της περιπετειώδους διαδρομής μέχρι σήμερα σχετικά με την υιοθέτηση της εν λόγω Οδηγίας. Η διερεύνηση των βασικών αξόνων του περιεχομένου της 14ης Οδηγίας αποτελεί το αντικείμενο του Τμήματος 4. Τέλος, το Τμήμα 5 παρέχει συμπερασματικές παρατηρήσεις.

---

* Καθηγήτρια Πανεπιστημίου Πειραιώς.
** Αναπληρωτής Καθηγητής Πανεπιστημίου Πατρών.

2. Η νομολογία του Δικαστηρίου και η αναγκαιότητα της 14ης Οδηγίας

2.1. Δικαίωμα εισόδου και αναγνώρισης των εταιριών

Το Δικαστήριο του Λουξεμβούργου σε τρεις κυρίως αποφάσεις πραγματεύθηκε το ζήτημα του δικαιώματος εισόδου και αναγνώρισης των εταιριών. Αυτές είναι οι αποφάσεις στις Υποθέσεις Centros,[1] Überseering[2] και Inspire Art.[3]

Η Υπόθεση Centros αφορούσε ίδρυση υποκαταστήματος στη Δανία βρετανικής κεφαλαιουχικής εταιρίας, η οποία είχε συσταθεί αποκλειστικά από Δανούς πολίτες και είχε καταχωρηθεί στο βρετανικό εμπορικό μητρώο, αλλά ουδέποτε είχε αναπτύξει εμπορική δραστηριότητα στη Βρετανία. Η επιλογή της Βρετανίας ως τόπου σύστασης της εταιρίας και της καταστατικής της έδρας και η δραστηριοποίησή της μέσω υποκαταστήματος στη Δανία έγινε με αποκλειστικό σκοπό την καταστρατήγηση των κανόνων του εταιρικού δικαίου της Δανίας που αφορούσε την καταβολή του ελάχιστου ποσού κεφαλαίου (200.000 κορώνες), σε αντίθεση με το δίκαιο της Βρετανίας, που απαιτούσε 100 λίρες στερλίνες για σύσταση της εν λόγω μορφής εταιρίας. Η διαφορά ανέκυψε όταν, μετά από σχετική αίτηση που υποβλήθηκε, οι αρμόδιες αρχές της Δανίας αρνήθηκαν να καταχωρήσουν στο μητρώο των εταιριών της Δανίας το υποκατάστημα της Centros, με το αιτιολογικό ότι η εν λόγω εταιρία δεν ασκεί καμία εμπορική δραστηριότητα στη Βρετανία και επιδίωκε ουσιαστικά να ιδρύσει στη Δανία όχι υποκατάστημα αλλά κύρια εγκατάσταση, καταστρατηγώντας κατ' αυτό τον τρόπο την απαίτηση του εθνικού δικαίου για το ελάχιστο ποσό κεφαλαίου.

Το θέμα έφθασε μέσω προδικαστικού ερωτήματος στο Δικαστήριο, το οποίο έκρινε ότι μία εταιρία, που έχει συσταθεί κατά το δίκαιο κράτους-μέλους και σκοπεύει να ιδρύσει υποκατάστημα σε ένα άλλο κράτος-μέλος εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών με την ελευθερία εγκατάστασης διατάξεων της Συνθήκης. Συναφώς, είναι αδιάφορο ότι η εταιρία έχει συσταθεί στο πρώτο κράτος-μέλος με μοναδικό σκοπό να εγκαταστήσει στο δεύτερο το κύριο μέρος ή το σύνολο των δραστηριοτήτων της. Για να έχει μία εταιρία συσταθείσα σύμφωνα με το δίκαιο ενός κράτους-μέλους τη δυνατότητα να ασκήσει το δικαίωμα εγκατάστασης, το μόνο το οποίο στην ουσία απαιτείται είναι η ύπαρξη του συνδετικού στοιχείου (δηλ. η ιθαγένεια) της εταιρίας με την έννομη τάξη ενός κράτους-μέλους μέσω της καταστατικής έδρας ή της κεντρικής διοίκησης της εταιρίας. Το γεγονός ότι η εταιρία Centros συστάθηκε

1 Απόφαση της 9ης Μαρτίου 1999, Υπόθεση C-212/1997 Centros Ltd v Erchvervs-og-Selskabsstyreslen, Συλλογή 1999, σελ. I-1459.

2 Απόφαση της 5ης Νοεμβρίου 2002, Υπόθεση C-208/2000, Überseering BV v Nordic Construction Baumanagement GmbH, Συλλ.2002 I-9919 και ΔΕΕ 2003, 61, σημ. Ε. Περάκη.

3 Απόφαση της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, Υπόθεση C-167/2001 Kamer van de Koophandelen Fabriekenvoor Amsterdam v Inspire Art Ltd, Συλλογή 2003, σελ. I-10155.

στη Βρετανία προκειμένου να αποφύγει την εφαρμογή της αυστηρότερης αναφορικά με το ελάχιστο ποσό κεφαλαίου κατά τη σύσταση νομοθεσίας της Δανίας, δεν της αποκλείει τη δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος εγκατάστασης. Κατά συνέπεια, η πρακτική άρνησης καταχώρησης υποκαταστήματος αποτελεί εμπόδιο στην άσκηση των ελευθεριών που εγγυώνται οι διατάξεις των Άρθρων 52 και 58 ΣΕΚ (ήδη Άρθρων 49 και 54 ΣΛΕΕ).

Εντούτοις, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η ερμηνεία αυτή δεν αποκλείει το ενδεχόμενο οι αρχές του οικείου κράτους-μέλους να μπορούν να λαμβάνουν μέτρα προκειμένου να εμποδίσουν την καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος εγκατάστασης.[4] Ωστόσο, η εκτίμηση του κατά πόσον υπάρχει ή όχι καταχρηστική άσκηση του εν λόγω δικαιώματος θα πρέπει να γίνεται με βάση τους σκοπούς της, οι οποίοι επιδιώκονται από τις σχετικές διατάξεις του ενωσιακού δικαίου. Εν προκειμένω, θα πρέπει να τονισθεί ότι η επιλογή των εταίρων να συστήσουν μία εταιρία σε ένα κράτος-μέλος και μετέπειτα να μεταφέρουν σε ένα άλλο κράτος-μέλος το σύνολο των οικονομικών δραστηριοτήτων της μέσω υποκαταστήματος περιλαμβάνεται σε αυτό καθαυτό τον πυρήνα της ελευθερίας εγκατάστασης και δεν συνιστά καταχρηστική άσκησή της.[5]

Επιπροσθέτως, αν και η προστασία των πιστωτών, την οποία επικαλέστηκαν οι αρχές της Δανίας, αναγνωρίσθηκε ως λόγος δικαιούμενος προστασία, η αντίδραση των αρχών κρίθηκε υπέρμετρη και, ως εκ τούτου αντίθετη με την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι θα μπορούσαν οι πιστωτές να προστατευτούν με την κατάλληλη πληροφόρηση.

Στην Υπόθεση Überseering το Δικαστήριο είχε την ευκαιρία να ασχοληθεί ευρύτερα με την τύχη της μεταφοράς της πραγματικής έδρας σε άλλο κράτος-μέλος. Η υπόθεση αυτή αφορούσε εταιρία που ιδρύθηκε σύμφωνα με το δίκαιο της Ολλανδίας και ανέθεσε στη γερμανική εταιρία NCC την ανακαίνιση κτιρίου που αγόρασε στο Ντύσελντορφ. Στη συνέχεια, δύο Γερμανοί πολίτες απέκτησαν όλα τα εταιρικά μερίδια της εταιρίας Überseering. Όταν, αργότερα, η εταιρία Überseering στράφηκε εναντίον της NCC ισχυριζόμενη ελαττώματα στην ανακαίνιση του κτιρίου, το γερμανικό δικαστήριο θεώρησε ότι η πραγματική έδρα της εταιρίας Überseering είχε μεταφερθεί στη Γερμανία, κατόπιν της απόκτησης όλων των εταιρικών μεριδίων από τους δύο Γερμανούς πολίτες, και ότι ως εταιρία ιδρυμένη με βάση το ολλανδικό δίκαιο δεν είχε πλέον ικανότητα δικαίου και, κατά συνέπεια, δεν μπορούσε να είναι διάδικος. Αυτό συνέβαινε γιατί στη Γερμανία η νομολογία και η κρατούσα άποψη ήταν ότι θα πρέπει να συμπίπτουν η καταστατική και η πραγματική έδρα και με βάση αυτή κρίνεται η ικανότητα δικαίου μιας εταιρίας.

Το Δικαστήριο, στα πλαίσια σχετικού προδικαστικού ερωτήματος, διευκρίνισε, καταρχάς, ότι η άσκηση της ελευθερίας εγκατάστασης από μία εταιρία προϋποθέτει

4 Απόφαση Centros, ό.π., σκ. 24.
5 Απόφαση Centros, ό.π., σκ. 27.

αναγκαστικά την αναγνώριση της εν λόγω εταιρίας από κάθε κράτος-μέλος, στο οποίο αυτή θέλει να εγκατασταθεί. Αυτό σημαίνει ότι η αναγνώριση των εταιριών δεν αποτελεί ειδική μορφή άσκησης του δικαιώματος εγκατάστασης, αλλά αποτελεί βασική προϋπόθεση για την άσκηση του εν λόγω δικαιώματος. Συναφώς, το Δικαστήριο συνεχίζοντας, έκρινε ότι η δυνατότητα εταιρίας που έχει συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία κράτους-μέλους να μεταφέρει την καταστατική ή την πραγματική της έδρα σε άλλο κράτος-μέλος, χωρίς να χάσει τη νομική προσωπικότητα που διαθέτει εντός της έννομης τάξης του κράτους-μέλους σύστασης, προσδιορίζεται από το δίκαιο του κράτους-μέλους σύστασης, το οποίο έχει τη δυνατότητα να επιβάλει περιορισμούς στη μεταφορά της πραγματικής της έδρας εκτός της επικράτειάς του, εφόσον η εταιρία θέλει να διατηρεί τη νομική προσωπικότητα που διέθετε βάσει του δικαίου αυτού.[6]

Τέλος, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι, όταν μια εταιρία έχει συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία κράτους-μέλους στο έδαφος του οποίου έχει την καταστατική έδρα της και θεωρείται, σύμφωνα με το δίκαιο άλλου κράτους-μέλους, ότι έχει μεταφέρει την πραγματική έδρα της εντός του κράτους αυτού, τα Άρθρα 43 και 48 ΣΕΚ (ήδη Άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ) απαγορεύουν στο εν λόγω κράτος-μέλος να αρνείται στην εταιρία αυτή την ικανότητα δικαίου και, κατά συνέπεια, την ικανότητα να είναι διάδικος ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων του, ώστε να προβάλει τα δικαιώματα που αντλεί από σύμβαση συναφθείσα με εταιρία, η οποία είναι εγκατεστημένη εντός του εν λόγω κράτους-μέλους.[7]

Κατέληξε δε το Δικαστήριο ότι όταν μια εταιρία συσταθείσα σύμφωνα με τη νομοθεσία κράτους-μέλους στην επικράτεια του οποίου έχει την καταστατική της έδρα ασκεί το δικαίωμα εγκατάστασης σε άλλο κράτος-μέλος, τα Άρθρα 43 και 48 ΣΕΚ (ήδη Άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ) επιβάλλουν στο κράτος-μέλος αυτό να αναγνωρίζει την ικανότητα δικαίου και, ως εκ τούτου, την ικανότητα του διαδίκου, την οποία η εν λόγω εταιρία έχει βάσει του δικαίου του κράτους-μέλους στο οποίο αυτή έχει συσταθεί.[8] Άρα, η άρνηση κράτους-μέλους να αναγνωρίσει την ικανότητα δικαίου και την ικανότητα διαδίκου σε εταιρία συσταθείσα σύμφωνα με το δίκαιο άλλου κράτους-μέλους, καθώς και η απαίτηση επανασύστασης της εταιρίας σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους-μέλους υποδοχής, αποτελούν περιορισμό της ελευθερίας εγκατάστασης.

Η Υπόθεση Inspire Art αφορούσε εταιρία συσταθείσα σύμφωνα με το δίκαιο της Βρετανίας και με έδρα στη Βρετανία, η οποία ανέπτυσσε το σύνολο της οικονομικής της δραστηριότητας από το υποκατάστημα που διατηρούσε στο Άμστερνταμ. Σύμφωνα με τη νομοθεσία της Ολλανδίας, οι «τυπικά αλλοδαπές εταιρίες», οι οποίες, ενώ έχουν αλλού την καταστατική τους έδρα, δραστηριοποιούνται αποκλειστικά στην

6 Απόφαση Überseering, ό.π., σκ. 70.
7 Απόφαση Überseering, ό.π., σκ. 94.
8 Απόφαση Überseering, ό.π., σκ. 95.

ολλανδική επικράτεια, έπρεπε να εγγραφούν ως τέτοιες και να τηρούν αυξημένες απαιτήσεις για διαφάνεια και ελάχιστο κεφάλαιο καθώς και για την ευθύνη των διοικητών τους. Η διαφορά δημιουργήθηκε λόγω της άρνησης της εταιρίας Inspire Art να συμμορφωθεί προς αυτό το ειδικό νομικό καθεστώς.

Το Δικαστήριο, στο οποίο έφθασε σχετικό ερώτημα στα πλαίσια της προδικαστικής διαδικασίας, έκρινε ότι τα Άρθρα 43 και 48 ΣΕΚ (ήδη Άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ) αποκλείουν εθνική νομοθετική ρύθμιση, η οποία εξαρτά τη σύσταση υποκαταστήματος εντός της επικράτειας αυτού του κράτους-μέλους, εκ μέρους εταιρίας συσταθείσας σύμφωνα με τη νομοθεσία άλλου κράτους-μέλους, υπό ορισμένες προϋποθέσεις που προβλέπει η εθνική νομοθεσία για τη σύσταση εταιριών και οι οποίες αφορούν την υποχρέωση για ελάχιστο όριο κεφαλαίου και την ευθύνη των μελών του διοικητικού συμβουλίου. Οι λόγοι για τους οποίους η εταιρία έχει συσταθεί στο πρώτο κράτος-μέλος και ασκεί τις δραστηριότητές της (σχεδόν) αποκλειστικά στο κράτος-μέλος υποδοχής δεν αναιρούν το δικαίωμά της να επικαλεσθεί την προβλεπόμενη στη Συνθήκη ελευθερία εγκατάστασης, εκτός εάν στη συγκεκριμένη περίπτωση μπορεί να θεωρηθεί ως καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος εγκατάστασης.[9] Συνεπώς, οι ειδικοί ως άνω κανόνες της Ολλανδίας έχουν ως αποτέλεσμα να περιορίζουν την ελευθερία εγκατάστασης και δεν μπορούν να δικαιολογηθούν με βάση τους επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, γιατί δεν πληρούν την αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι η πληροφόρηση των πιστωτών θα επαρκούσε για την προστασία τους.

Από όλα τα ανωτέρω συμπεραίνεται ότι η νομολογία Centros,[10] βασιζόμενη στην αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης και της ρύθμισης του κράτους προέλευσης, απαγορεύει στο κράτος-μέλος υποδοχής να επιβάλλει περιορισμούς στην ελευθερία εγκατάστασης των εταιριών, εκτός εάν δικαιολογούνται από επιτακτικούς λόγους δημόσιου συμφέροντος

2.2. Δικαίωμα εξόδου και διασυνοριακής μετατροπής των εταιριών

Αναφορικά με τα φυσικά πρόσωπα, το δικαίωμα εξόδου από το κράτος-μέλος προέλευσης με σκοπό την εγκατάστασή τους και την άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας στην επικράτεια ενός άλλου κράτους-μέλους θεωρείται ότι εμπεριέχεται στις σχετικές με την ελευθερία εγκατάστασης διατάξεις της Συνθήκης και

9 Απόφαση Ispire Art, ό.π., σκ. 143.

10 Η σχετική νομολογία έχει αναλυθεί εκτενώς στην ελληνική και ξενόγλωσση βιβλιογραφία, βλ. *Κ. Παμπούκη*, Η Αμοιβαία Αναγνώριση των Κοινοτικών Εταιριών στη Νομολογία του ΔΕΚ, (2003) ΕπισκΕΔ, 283, *Δ. Τζάκα*, Ελευθερία Εγκατάστασης Εταιριών κατά το Κοινοτικό Δίκαιο: Εξέλιξη της Νομολογίας του ΔΕΚ και Επιπτώσεις στο Ελληνικό Δίκαιο, (2006) ΝοΒ, 34, *W. H. Roth*, From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law (2003) International and Comparative Law Quarterly, 192, *W. Ebke*, The European Conflict of Corporate Law Revolution: Überseering, Ispire Artand Beyond, (2005) European Business Organization Law Review, 9.

αναφέρεται ρητά στην Οδηγία 73/148.[11] Ωστόσο, η περίπτωση των εταιριών σχετικά με το δικαίωμα εξόδου δεν αντιμετωπίζεται κατά ομοιόμορφο τρόπο με εκείνο των φυσικών προσώπων, μολονότι υπάρχει εξομοίωση των εταιριών προς τα φυσικά πρόσωπα αναφορικά με το δικαίωμα εγκατάστασης. Ο λόγος οφείλεται κυρίως στα νομικά ζητήματα που ανακύπτουν από την άφιξη μιας εταιρίας σε ένα άλλο κράτος-μέλος και τη σχέση της νομικής προσωπικότητάς της και της εθνικότητάς της από το εθνικό δίκαιο καταγωγής της.

Το Δικαστήριο έχει κρίνει το δικαίωμα εξόδου των εταιριών σε τρεις αποφάσεις: στη Daily Mail,[12] στη Cartesio[13] και στη Vale Epitesi.[14] Οι δύο πρώτες υποθέσεις αφορούν μεταφορά έδρας με διατήρηση του δικαίου του κράτους-μέλους προέλευσης, ενώ η τελευταία υπόθεση αφορά διασυνοριακή μετατροπή εταιρίας με ταυτόχρονη μεταβολή του εφαρμοστέου δικαίου.

Ειδικότερα, με την υπόθεση Daily Mail δόθηκε για πρώτη φορά στο Δικαστήριο η ευκαιρία να ασχοληθεί με το ζήτημα της κινητικότητας των εταιριών μέσα στην ευρωπαϊκή αγορά.[15] Η υπόθεση αυτή αφορούσε τη μεταφορά της πραγματικής έδρας εταιρίας με σκοπό την καταστρατήγηση της αγγλικής φορολογικής νομοθεσίας, η οποία ίσχυε για νομικά πρόσωπα που διατηρούν την πραγματική τους έδρα στην Αγγλία. Ειδικότερα, η βρετανική εταιρία Daily Mail and General Trust επιθυμούσε τη μεταφορά της κεντρικής της διοίκησης στην Ολλανδία, διατηρώντας τη νομική της προσωπικότητα και την καταστατική της έδρα στην επικράτεια του Ηνωμένου Βασιλείου. Το κίνητρο για τη μετακίνηση ήταν η καταστρατήγηση της υψηλής φορολόγησης στην Αγγλία της υπεραξίας από τη πώληση περιουσιακών της στοιχείων, στην οποία η εταιρία επρόκειτο να προβεί. Όταν η βρετανική φορολογική αρχή αρνήθηκε να εγκρίνει τη μεταφορά της έδρας, η ενδιαφερόμενη εταιρία προσέφυγε στο High Court of Justice με αίτημα να αναγνωρισθεί ότι η λήψη άδειας για τη μεταφορά της πραγματικής έδρας είναι δικαίωμα που απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης. Το Δικαστήριο στο οποίο υποβλήθηκε σχετικό προδικαστικό ερώτημα, αφού επανέλαβε ότι η ελευθερία εγκατάστασης αποτελεί μία από τις θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου και ασκείται, όσον αφορά τις εταιρίες, κατά κανόνα με την ίδρυση πρακτορείων, υποκαταστημάτων ή θυγατρικών εταιριών, θεώρησε ότι η υπό κρίση αγγλική νομοθεσία δεν έρχεται σε αντίθεση με τις σχετικές διατάξεις της Συνθήκης, εφόσον δεν περιορίζει την άσκηση του δικαιώματος εγκατάστασης με μία από τις παραπάνω μορφές. Το Δικαστήριο λαμ-

11 Οδηγία 73/148 σχετικά με την κατάργηση των περιορισμών στην κίνηση και διαμονή, ΕΕ 1973 L172/14. Τώρα έχει αντικατασταθεί από την Οδηγία 2004/38 για τα Δικαιώματα των Πολιτών, ΕΕ 2004, L 158/77.

12 Υπόθεση C - 81/87 The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc.(Daily Mail), Συλλογή 1988, σελ. 5483.

13 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, Συλλογή 2008, σελ. I-9641.

14 Απόφαση της 12ης Ιουλίου 2012, Υπόθεση C-378/10 Vale Építési kft, Συλλογή (ψηφιακή) 2012.

15 Για την εν λόγω υπόθεση βλ. *Δ. Τζουγανάτο*, Ελευθερία Εγκατάστασης Νομικών Προσώπων κατά τα Άρθρα 52,58 ΣυνθΕΟΚ και Εταιρικό Διεθνές Δίκαιο, Ενθύμημα Άλκη Αργυριάδη, 1995, 1005.

βάνοντας υπόψη ότι οι εταιρίες αποτελούν οντότητες που η ύπαρξή τους στηρίζεται μόνο στις διάφορες εθνικές έννομες τάξεις που ρυθμίζουν τη σύσταση και λειτουργία τους, ερμήνευσε το Άρθρο 58 ΣυνθΕΟΚ (μετέπειτα 48 ΣυνθΕΚ και ήδη 54 ΣΛΕΕ) όχι μόνο ως μία διάταξη που προσδιορίζει το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης, αλλά επίσης ως μία διάταξη η οποία λαμβάνοντας υπόψη την ποικιλία των παραγόντων που συνδέουν μία εταιρία με μία εθνική έννομη τάξη καθιστά τους παράγοντες αυτούς ισοδύναμους. Συνεχίζοντας, το Δικαστήριο έκρινε ότι οι διαφορές και τα εμπόδια που προκύπτουν από τις νομοθεσίες που διέπουν την ίδρυση και λειτουργία των εταιριών στα κράτη-μέλη αποτελούν προβλήματα που δεν έχουν ρυθμισθεί με τις αντίστοιχες διατάξεις για την ελευθερία εγκατάστασης, αλλά έχουν ανάγκη περαιτέρω λύσης μέσω νομοθετικών ρυθμίσεων ή αντίστοιχων συμβατικών μέτρων και μία τέτοια λύση δεν έχει ωστόσο προς το παρόν βρεθεί.[16] Συνεπώς, κατέληξε το Δικαστήριο, οι σχετικές με την ελεύθερη εγκατάσταση διατάξεις της Συνθήκης «…δεν παρέχουν κανένα δικαίωμα στις εταιρίες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους-μέλους, στο οποίο έχουν την καταστατική τους έδρα, να μεταφέρουν την κεντρική τους διοίκηση και τη διαχειριστική τους έδρα σε άλλο κράτος-μέλος…».[17]

Η δεύτερη υπόθεση σχετικά με την έξοδο εταιρίας ήταν η Cartesio.[18] Η υπόθεση αυτή αφορούσε μία εταιρία που ιδρύθηκε ως απλή ετερόρρυθμη εταιρία του ουγγρικού δικαίου. Η εταιρία αυτή επιθυμούσε να μεταφέρει την έδρα της στην Ιταλία και να διατηρήσει την καταστατική της έδρα στην Ουγγαρία. Ωστόσο, η επιθυμία της αυτή δεν τελεσφόρησε γιατί το ουγγρικό δίκαιο που αποδέχεται τη θεωρία της πραγματικής έδρας δεν το επιτρέπει. Για να μεταφέρει λοιπόν την πραγματική της έδρα στην Ιταλία, η Cartesio έπρεπε πρώτα να λυθεί και να εκκαθαρισθεί και μετέπειτα να επανασυσταθεί στην Ιταλία.[19] Με προδικαστικό ερώτημα, τέθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου το ζήτημα κατά πόσο η σχετική ουγγρική νομοθεσία που περιορίζει μία εταιρία συσταθείσα και καταχωρηθείσα στο μητρώο εταιριών στην Ουγγαρία να μεταφέρει την έδρα της σε άλλο κράτος μέλος, είναι σύμφωνη με την ενωσιακή ελευθερία εγκατάστασης. Ειδικότερα, το ΔΕΚ επαναλαμβάνοντας την τοποθέτησή του στην προηγούμενη σχετική νομολογία του ότι οι εταιρίες είναι οντότητες, η ύπαρξη των οποίων στηρίζεται μόνο στις διάφορες εθνικές νομοθεσίες που ρυθμίζουν τη σύσταση και λειτουργία τους, ερμήνευσε το άρθρο 48 ΣυνθΕΚ ως μία διάταξη η οποία, λαμβά-

16 Απόφαση Daily Mail, ό.π., σκ. 23.

17 Απόφαση Daily mail, ό.π., σκ. 25.

18 Αναφορικά με την υπόθεση Cartesio, βλ. *Γ. Αργυρό,* Η Ελευθερία Εγκατάστασης των Εταιριών μετά την Απόφαση Cartesio, ΔΕΕ 2009, 1044, *Ε. Κινινή,* Περιορισμοί στην Έξοδο των Κοινοτικών Εταιριών. Συγχρόνως, παρατηρήσεις στην Απόφαση του ΔΕυρΚ Cartesio, ΕΕμπΔ 2009, 729, *Σουφλερό*, Προοπτικές του Κοινοτικού Εταιρικού Δικαίου, εις 18ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Τάσεις και Προοπτικές του Δικαίου της Ανώνυμης Εταιρίας, 2009, 285, 319.

19 Θα πρέπει να σημειωθεί ότι το ουγγρικό δίκαιο έχει πλέον τροποποιηθεί. Ο νέος πλέον νόμος επιτρέπει μία εταιρία να μεταφέρει την πραγματική της έδρα σε ένα άλλο κράτος-μέλος διατηρώντας την καταστατική της έδρα στην Ουγγαρία.

νοντας υπόψη την ποικιλία των παραγόντων που συνδέουν μία εταιρία με μία εθνική έννομη τάξη, καθιστά τους παράγοντες αυτούς ισοδύναμους.[20]

Συνεχίζοντας, το Δικαστήριο επιβεβαίωσε το διατυπωθέν στην απόφαση Überseering[21] συμπέρασμα, ότι η δυνατότητα μεταφοράς της έδρας μίας εταιρίας χωρίς να απωλέσει τη νομική προσωπικότητα που διαθέτει εντός του κράτους σύστασης, καθώς και οι τρόποι της εν λόγω μεταφοράς, προσδιορίζονται από το εθνικό δίκαιο σύστασης. Επιπλέον, το Δικαστήριο έκρινε ότι η Συνθήκη θεωρεί το ζήτημα των διαφορών που προκύπτουν από τις εθνικές νομοθεσίες που διέπουν τόσο το απαιτούμενο από τις εταιρίες συνδετικό στοιχείο όσο και τη δυνατότητα και τον τρόπο μεταφοράς της έδρας από ένα κράτος μέλος σε ένα άλλο, ως ένα πρόβλημα που δεν έχει ρυθμισθεί από τις σχετικές διατάξεις για την ελευθερία εγκατάστασης, αλλά πρέπει να λυθεί στο μέλλον νομοθετικά ή συμβατικά.

Συνεπώς, κατέληξε το Δικαστήριο, «…ελλείψει ομοιόμορφου ορισμού κατά το κοινοτικό δίκαιο των εταιριών που πρέπει να απολαύουν του δικαιώματος εγκατάστασης με γνώμονα ένα ενιαίο κριτήριο περί του συνδετικού στοιχείου το οποίο καθορίζει το εφαρμοστέο ως προς την εταιρία εθνικό δίκαιο..» το ερώτημα κατά πόσο μία εταιρία έχει ουσιαστικά το δικαίωμα εγκατάστασης συνιστά προκριματικό ζήτημα το οποίο, στο παρόν στάδιο εξέλιξης του κοινοτικού δικαίου, μπορεί να τύχει απάντησης μόνο στο πλαίσιο του εφαρμοστέου εθνικού δικαίου.[22] Αυτό συμβαίνει λόγω του ότι μία εταιρία απολαύει του δικαιώματος εγκατάστασης εφόσον διατηρεί το συνδετικό στοιχείο το απαιτούμενο για την ύπαρξή της σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο του κράτους-μέλους σύστασης. Με άλλα λόγια, εφόσον η εταιρία κατέχει και διατηρεί την «ιθαγένεια» ενός κράτους-μέλους.

Ενόψει των ανωτέρω, το συμπέρασμα που προκύπτει, σύμφωνα με το Δικαστήριο, είναι ότι ένα κράτος-μέλος έχει τη δυνατότητα να απαγορεύσει σε εταιρία που διέπεται από το εθνικό του δίκαιο να διατηρήσει την ιδιότητα αυτή, οσάκις το συνδετικό στοιχείο που προβλέπεται από το εθνικό δίκαιο του κράτους-μέλους σύστασης εξαλείφεται λόγω της μεταφοράς της έδρας της σε άλλο κράτος-μέλος.[23]

Έχοντας καταλήξει ότι ένα κράτος-μέλος δεν επηρεάζεται από την ελευθερία εγκατάστασης ούτε αναφορικά με το συνδετικό στοιχείο αλλά ούτε αναφορικά με τη μεταφορά της έδρας μιας εταιρίας, εφόσον αυτή επιλέγει να διέπεται από το δίκαιό του, το Δικαστήριο αισθάνεται στη συνέχεια την ανάγκη να μετριάσει τα πρακτικά αποτελέσματα της κατάστασης αυτής. Για να το επιτύχει αυτό το ΔΕΕ διακρίνει την επίδικη περίπτωση της μεταφοράς της έδρας μιας εταιρίας διατηρώντας το καθεστώς της ως εταιρίας που διέπεται από το κράτος μέλος προέλευσης, από την υποθετική πε-

20 Απόφαση Cartesio, σκ. 105 και 106.

21 Η οποία αφορούσε το δικαίωμα παρίστασθαι της εν λόγω εταιρίας στη Γερμανία και κατ' ουσίαν αφορούσε την αναγνώριση εταιρίας στο κράτος-μέλος υποδοχής.

22 Απόφαση Cartesio, ό.π., σκ. 109.

23 Απόφαση Cartesio, ό.π., σκ. 110.

ρίπτωση κατά την οποία εταιρία μετακινείται σε άλλο κράτος-μέλος με μεταβολή του εφαρμοστέου εθνικού δικαίου, οπότε η εταιρία μετατρέπεται σε μία μορφή εταιρίας διεπόμενη από το εθνικό δίκαιο του κράτους-μέλους εντός του οποίου μεταφέρθηκε. Σε αυτήν την περίπτωση, η ευχέρεια του κράτους-μέλους προέλευσης να προσδιορίζει το συνδετικό στοιχείο που καθορίζει την εθνικότητα μίας εταιρίας, δεν μπορεί να δικαιολογήσει το ότι το κράτος-μέλος σύστασης, επιβάλλοντας τη λύση και εκκαθάριση της εταιρίας αυτής, την εμποδίζει να μετατραπεί σε εταιρία του εθνικού δικαίου του άλλου κράτους-μέλους, αρκεί να το επιτρέπει το δίκαιο αυτό.[24]

Με τις παραπάνω σκέψεις το Δικαστήριο αποσαφηνίζει ότι το προνόμιο του εθνικού νομοθέτη να καθορίζει το πότε και κάτω από ποιες προϋποθέσεις μία εταιρία συσταθείσα σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο μπορεί να ασκήσει το δικαίωμα εγκατάστασης, δεν έχει εφαρμογή στην περίπτωση της διεθνούς μετατροπής (χωρίς προηγουμένη λύση και εκκαθάριση). Δηλαδή, η νομολογία Daily Mail δεν έχει εφαρμογή στην περίπτωση που η εταιρία έχει ως σκοπό να αλλάξει το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο. Αυτό στην ουσία σημαίνει ότι η μεταφορά της έδρας σε άλλο κράτος-μέλος θα μπορούσε να θεωρηθεί επιλογή από την πλευρά της εταιρίας να μεταβάλει το συνδετικό στοιχείο με την έννομη τάξη του κράτους προέλευσης. Στην περίπτωση αυτή το Δικαστήριο ορίζει ρητά ότι οποιαδήποτε απαίτηση από την πλευρά του κράτους-μέλους προέλευσης για λύση και εκκαθάριση της εν λόγω εταιρίας θεωρείται ω περιορισμός της ελευθερίας εγκατάστασής της, ο οποίος απαιτείται να δικαιολογείται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος.[25]

Άρα, η επιλογή μιας εταιρίας να μεταβάλει διά της μεταφοράς της έδρας της το συνδετικό στοιχείο με το κράτος-μέλος σύστασης υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης, το οποίο διευρύνεται περιλαμβάνοντας πλέον και τη γνήσια διασυνοριακή μετατροπή μιας εταιρίας.[26] Στο σημείο αυτό, η ρυθμιστική αυτονομία του εθνικού δικαίου του κράτους-μέλους προέλευσης περιορίζεται. Μόνο λόγοι γενικού συμφέροντος, όπως η προστασία των δικαιωμάτων των πιστωτών, της μειοψηφίας, των εργαζομένων ή των φορολογικών αρχών, μπορούν να δικαιολογήσουν σύμφωνα με το Δικαστήριο περιοριστικά μέτρα από την πλευρά του κράτους-μέλους προέλευσης.[27] Το κατά πόσο συντρέχει ένας ή περισσότεροι εκ των άνω λόγων θα διερευνάται ανά περίπτωση από το Δικαστήριο με βάση το κριτήριο της αρχής της αναλογικότητας, όπως και στις άλλες περιπτώσεις των κοινοτικών ελευθεριών. Στην προκειμένη λοιπόν περίπτωση η απαίτηση του κράτους-μέλους προέλευσης να διαλυθεί και να εκκαθαριστεί η εταιρία για προστασία κάποιου ή κάποιων λόγων γενικού συμφέροντος μπορεί, όπως ορθά

24 Απόφαση Cartesio, ό.π., σκ. 112.
25 Απόφαση Cartesio, ό.π., σκ. 113.
26 Βλ. επίσης *Ε. Κινινή*, ό.π., σελ. 745.
27 Το Δικαστήριο στην προκειμένη περίπτωση δείχνει ότι δίνει μεγάλη σημασία στην προστασία των εν λόγω δικαιωμάτων στο κράτος προέλευσης.

υποστηρίζεται, να θεωρηθεί καθολική απαγόρευση της κοινοτικής ελευθερίας εγκατάστασης, η οποία εκ του λόγου αυτού δεν πληροί την αρχή της αναλογικότητας. Για να πραγματοποιηθεί ωστόσο η εν λόγω διασυνοριακή μετατροπή, όπως ρητά αναγνωρίζεται από το Δικαστήριο, απαιτείται να επιτρέπεται από το κράτος-μέλος υποδοχής. Αυτό σημαίνει ότι στην προκειμένη περίπτωση, για τη μεταφορά της έδρας μιας εταιρίας σε ένα άλλο κράτος-μέλος με διατήρηση της ταυτότητάς της και αλλαγή του εφαρμοστέου δικαίου, τον πλέον αποφασιστικό ρόλο παίζει το δίκαιο του κράτους μέλους υποδοχής. Εάν επιτρέπεται από το δίκαιο αυτό, δεν μπορεί να απαγορεύεται από το δίκαιο του κράτους-μέλους προέλευσης. Συνεπώς, στη γνήσια διασυνοριακή μετατροπή, η άσκηση του δικαιώματος εγκατάστασης μιας εταιρίας εξαρτάται από το δίκαιο του κράτους υποδοχής. Αυτό μπορεί να καθορίζει οποιοδήποτε συνδετικό στοιχείο με την έννομη τάξη του επιθυμεί, καθώς και τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται ώστε να υπάρχει το εν λόγω συνδετικό στοιχείο. Επιπλέον, το κράτος υποδοχής είναι εκείνο που καθορίζει τους κανόνες και τη διαδικασία της διασυνοριακής μετατροπής. Η τυχούσα έλλειψη των κανόνων καθώς και η πολυπλοκότητα των εταιριών στο κράτος-μέλος υποδοχής μπορεί να καταστήσει στην ουσία τις σχετικές με την ελευθερία εγκατάστασης των εταιριών διατάξεις της Συνθήκης ως γράμμα κενό. Αυτός είναι και ένας από τους βασικούς λόγους που συνηγορεί υπέρ της αναγκαιότητας να δημιουργηθεί από τον κοινοτικό νομοθέτη μια διαδικασία η οποία θα διευκολύνει τη διασυνοριακή μετατροπή στα κράτη-μέλη. Στην προκειμένη περίπτωση τίθεται το ερώτημα, κατά πόσο η ανυπαρξία της εν λόγω διαδικασίας μπορεί να δικαιολογήσει την άρνηση του κράτους-μέλους υποδοχής να επιτρέψει τη διασυνοριακή μετατροπή μίας εταιρίας. Μολονότι η φρασεολογία του Δικαστηρίου στην απόφαση συνηγορεί υπέρ της καταφατικής απάντησης, μπορεί να υποστηριχθεί και η αντίθετη άποψη. Η άποψη αυτή στηρίζεται κύρια σε δύο λόγους. Καταρχάς, από τη στιγμή κατά την οποία η διασυνοριακή μετατροπή μιας εταιρίας θεωρείται τρόπος άσκησης του δικαιώματος εγκατάστασης, δεν μπορεί η άσκηση αυτή να εξαρτάται από οποιαδήποτε νομοθετική παρέμβαση είτε από την πλευρά του κοινοτικού νομοθέτη είτε από την πλευρά του εθνικού νομοθέτη. Αυτό είναι σύμφωνο με τη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με τις κοινοτικές ελευθερίες και ειδικότερα στην απόφαση SEVIC[28] όπου έκανε δεκτό ότι η διασυνοριακή συγχώνευση των εταιριών, η οποία θεωρείται ως μέθοδος άσκησης του δικαιώματος εγκατάστασης, επιτρέπεται ανεξάρτητα από την ύπαρξη Οδηγίας για τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις των εται-

28 Υπόθεση C 411/03 SEVIC Systems AGv Amtsgericht Neuwied (SEVIC), Συλλογή 2005, σελ. I-10805. Αναφορικά με την κινητικότητα των εταιριών και τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις βλ. *T. Papadopoulos*, The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive, 2012 European Business Law Review, 517, *Γ. Αργυρό*, Η Αρχή της Ελευθερίας Εγκατάστασης των Εταιριών στο Έδαφος της ΕΕ, ιδίως κατά τη Συγχώνευση ή τη Μετατροπή Αυτών, 2007 ΔΦΝ, 1003, *Δ. Τζάκα & Α. Ρόκα*, Κινητικότητα Εταιριών & ειδικότερα Διασυνοριακοί Μετασχηματισμοί στην Ευρωπαϊκή Ένωση, 2007 ΧρΙΔ, 681.

ριών.[29] Κατά δεύτερο λόγο, το κράτος-μέλος υποδοχής είναι υποχρεωμένο σύμφωνα με τη νομολογία του δικαστηρίου να αποδεχθεί τη μεταφορά της έδρας μίας εταιρίας η οποία διατηρεί το δίκαιο του κράτους προέλευσης. Μόνο επιτακτικοί λόγοι γενικού συμφέροντος επιτρέπουν σε αυτό να θέσει περιορισμούς στην εν λόγω μεταφορά. Οι περιορισμοί όμως αυτοί δύσκολα θα γίνουν αποδεκτοί με βάση την αρχή της αναλογικότητας εάν φθάνουν μέχρι του σημείου της καθολικής άρνησης εισόδου της έδρας της εταιρίας.[30] Εάν λοιπόν το κράτος-μέλος υποδοχής δεν μπορεί να αποκλείσει την είσοδο της έδρας μιας εταιρίας στην οποία δεν μπορεί να ασκήσει τον έλεγχο που επιθυμεί λόγω του ότι αυτή διέπεται από το δίκαιο του κράτους προέλευσης, δεν θεωρείται λογικό να επιτρέπεται ο αποκλεισμός της εισόδου της έδρας μιας εταιρίας μέσω διασυνοριακής μετατροπής, όπου το κράτος υποδοχής θα έχει τη δυνατότητα καλύτερου ελέγχου αυτής.

Συνεπώς, με βάση τα παραπάνω μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι το κράτος-μέλος υποδοχής δεν μπορεί να εμποδίσει τη διασυνοριακή μετατροπή μιας εταιρίας. Μάλιστα ο ισχυρισμός αυτός ενισχύεται και από τη μεταγενέστερη απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Vale, η οποία αφορούσε διασυνοριακή μετατροπή εταιρίας ιταλικού δικαίου σε εταιρία ουγγρικού δικαίου.[31]

Συγκεκριμένα, η Vale Construzioni Srl (εφεξής Vale Contruzioni), ήταν μια εταιρία περιορισμένης ευθύνης που είχε συσταθεί σύμφωνα με το ιταλικό δίκαιο και η οποία ήθελε να μετατραπεί σε εταιρία του ουγγρικού δικαίου με την επωνυμία Vale Építési kft (εφεξής Vale Építéesi). Το ιταλικό δίκαιο επιτρέπει τις διασυνοριακές μετατροπές σε αντίθεση με το ουγγρικό, το οποίο αποδέχεται μόνο τις μετατροπές των ημεδαπών εταιριών. Όταν λοιπόν, υποβλήθηκε αίτηση καταχώρισης της εταιρίας στο μητρώο εταιριών της Ουγγαρίας, στο οποίο μάλιστα αναφερόταν ότι η Vale Construzioni ήταν δικαιοπάροχος της Vale Építéesi, η αίτησή της απορρίφθηκε. Η Vale Építéesi προσέφυγε κατόπιν στο ανώτατο δικαστήριο στην Ουγγαρία ζητώντας να αναιρεθεί η απορριπτική απόφαση και να καταχωρηθεί η εταιρία στο μητρώο εταιριών της Ουγγαρίας. Το εν λόγω δικαστήριο, στη συνέχεια, υπέβαλε μια σειρά ερωτημάτων στο ΔικΕΕ σχετικά με το κατά πόσον η εν λόγω διασυνοριακή μετατροπή υπάγεται στις σχετικές με την εγκατάσταση των εταιριών διατάξεις της Συνθήκης και εάν θα πρέπει να υπάρξει διάκριση μεταξύ διεθνούς μετατροπής εταιριών και μετατροπής εταιριών του εθνικού δικαίου.

Σε απάντηση των ερωτημάτων, το Δικαστήριο άρχισε την κρίση του επαναλαμβάνοντας την τοποθέτησή του στην υπόθεση SEVIC «ότι οι πράξεις μετατροπής εταιριών εμπίπτουν καταρχήν στις οικονομικές δραστηριότητες για τις οποίες τα κράτη-μέλη

29 Απόφαση SEVIC, ό.π., σκ. 18.
30 Απόφαση Überseering, ό.π., σκ. 92-94.
31 Αναφορικά με την υπόθεση Vale βλ. *Δ. Τζάκα*, Η Ενωσιακή Ελευθερία Εγκατάστασης Εταιριών μετά την Απόφαση ΔικΕΕ Vale, 63 (2012) ΕΕμπΔ, 771.

οφείλουν να σέβονται την ελευθερία εγκαταστάσεως».[32] Αυτό σημαίνει ότι, όπως είχε γίνει δεκτό και στην υπόθεση Cartesio, οι σχετικές με την ελευθερία εγκατάστασης διατάξεις της Συνθήκης παρέχουν τη δυνατότητα σε μια εταιρία να πραγματοποιήσει διασυνοριακή μετατροπή με μεταβολή του εφαρμοστέου δικαίου.[33]

Έχοντας επιβεβαιώσει την ύπαρξη ενός ενωσιακού δικαιώματος διασυνοριακής μετατροπής με μεταβολή του εφαρμοστέου δικαίου, το Δικαστήριο έκρινε ότι «εθνική ρύθμιση η οποία, μολονότι προβλέπει τη δυνατότητα μετατροπής των εταιριών του ημεδαπού δικαίου, δεν επιτρέπει τη μετατροπή εταιρίας που υπόκειται στο δίκαιο άλλου κράτους-μέλους εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των άρθρων 49 ΣΛΕΕ και 54 ΣΛΕΕ».[34] Δεδομένου δε ότι η εν λόγω ρύθμιση εισάγει διαφορετική μεταχείριση μεταξύ των εταιριών ανάλογα της διασυνοριακής ή εσωτερικής φύσης της μετατροπής, αυτή θεωρείται ότι συνιστά περιορισμό της ελευθερίας εγκατάστασης.[35] Κατά συνέπεια, χαρακτηρίζεται ασύμβατη με την έννομη τάξη της Ένωσης η απαγόρευση της διασυνοριακής μετατροπής μιας εταιρίας από ένα κράτος-μέλος, ενώ επιτρέπεται η εν λόγω μετατροπή για τις ημεδαπές εταιρίες, εκτός εάν μπορεί να δικαιολογηθεί στη βάση των επιτακτικών λόγων του δημόσιου συμφέροντος, όπως: τα συμφέροντα των πιστωτών, των μειοψηφούντων μετόχων, των εργαζομένων, καθώς και της διαφύλαξης της αποτελεσματικότητας των φορολογικών ελέγχων και της εντιμότητας των εμπορικών συναλλαγών. Δηλαδή, τα κράτη μέλη τα οποία επιτρέπουν την εσωτερική μετατροπή θα πρέπει, επίσης, να προβλέπουν και τη διασυνοριακή μετατροπή των εταιριών.

Ελλείψει διατάξεων του παράγωγου δικαίου της Ένωσης αναφορικά με τη διαδικασία πραγματοποίησης της μετατροπής, οι σχετικές διατάξεις που καθιστούν δυνατή την εν λόγω μετατροπή θα πρέπει να αναζητηθούν στο εθνικό δίκαιο,[36] του κράτους-μέλους προέλευσης και του κράτους-μέλους υποδοχής, υπό την προϋπόθεση ότι σέβονται τις αρχές της ισοδυναμίας και αποτελεσματικότητας.[37] Αντίκειται στην αρχή της ισοδυναμίας εθνική ρύθμιση του κράτους-μέλους υποδοχής, η οποία αποκλείει την αναγραφή στο μητρώο των εταιριών της εταιρίας του κράτους-μέλους προέλευσης ως δικαιοπαρόχου, όταν αντίστοιχη δυνατότητα προβλέπεται για εσωτερικές μετατροπές.[38] Αντίθετα, εθνική ρύθμιση που απαιτεί αυστηρή νομική και οικονομική συνέχεια μεταξύ της μετατραπείσας και της νέας εκ μετατροπής εταιρίας, νομίμως επιβάλλεται και στις διασυνοριακές μετατροπές, εφόσον ισχύει για τις μετατροπές των ημεδαπών εταιριών.[39] Η αρχή της αποτελεσματικότητας επιβάλλει στο

32 Απόφαση Vale, ό.π., σκ. 24.
33 Απόφαση Vale, ό.π., σκ. 49.
34 Απόφαση Vale, ό.π., σκ. 33.
35 Απόφαση Vale, ό.π., σκ. 36.
36 Απόφαση Vale, ό.π., σκ. 43.
37 Απόφαση Vale, ό.π., σκ. 48.
38 Απόφαση Vale, ό.π., σκ. 56.
39 Απόφαση Vale, ό.π., σκ.55.

κράτος-μέλος υποδοχής την υποχρέωση να λαμβάνει υπόψη έγγραφα που προέρχονται από το κράτος-μέλος προέλευσης και πιστοποιούν ότι η εταιρία έχει συμμορφωθεί με τις προϋποθέσεις της νομοθεσίας του.[40] Ουσιαστικά, θα πρέπει να υπάρχει συντονισμός των εταιρικών δικαίων του κράτους-μέλους προέλευσης και του κράτους-μέλους υποδοχής.

Επιπλέον, αξίζει να παρατηρηθεί ότι η εν λόγω διαδικασία θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη τις ανησυχίες του κράτους προέλευσης σχετικά με την προστασία των δικαιωμάτων των πιστωτών, των μειοψηφούντων μετόχων, των εργαζομένων και των φορολογικών αρχών. Στην περίπτωση που οι ως άνω ανησυχίες του κράτους προέλευσης δεν λαμβάνονται υπόψη, τότε αυτό θα μπορεί να λάβει περιοριστικά της διασυνοριακής μετατροπής των εταιριών μέτρα. Το κατά πόσο τα μέτρα αυτά θα μπορούν να δικαιολογηθούν εξαρτάται σε κάθε περίπτωση από το αποτέλεσμα της στάθμισης συμφερόντων που θα κάνει το Δικαστήριο με βάση το κριτήριο της αρχής της αναλογικότητας.

Συνεπώς, από όλα τα ανωτέρω, συμπεραίνεται ότι η προβλεπόμενη στα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 54 ΣΛΕΕ ελευθερία εγκατάστασης, όπως αυτή ερμηνεύεται από την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου, από τη μία πλευρά, δεν αποκλείει τη δυνατότητα ενός κράτους-μέλους να εμποδίζει μία εταιρία που διέπεται από το εθνικό του δίκαιο να μεταφέρει την έδρα της σε άλλο κράτος-μέλος, διατηρώντας την ιδιότητά της αυτή. Από την άλλη όμως πλευρά, η εν λόγω εταιρία έχει τη δυνατότητα να μεταφέρει την έδρα της, εφόσον μετατρέπεται σε εταιρία του εθνικού δικαίου του κράτους-μέλους υποδοχής, αρκεί να το επιτρέπει το δίκαιο αυτό. Θα πρέπει, ωστόσο, να σημειωθεί ότι η ρυθμιστική αυτονομία του κράτους μέλους υποδοχής στην εν λόγω περίπτωση υπόκειται σε περιορισμούς. Ειδικότερα, ένα κράτος-μέλος δεν μπορεί να απαγορεύει τη διασυνοριακή μετατροπή των εταιριών, εφόσον επιτρέπεται η εσωτερική τοιαύτη. Αυτό, ωστόσο, το οποίο μπορεί να πράξει το κράτος-μέλος υποδοχής στην προκειμένη περίπτωση, είναι να διαμορφώσει τη διαδικασία πραγματοποίησης της εν λόγω διασυνοριακής μετατροπής. Ελλείψει, μάλιστα, σχετικού παράγωγου ενωσιακού δικαίου, το κάθε κράτος-μέλος είναι ελεύθερο να καθορίσει τη διαδικασία της πραγματοποίησης της διασυνοριακής μετατροπής των εταιριών κατά τον τρόπο που θεωρεί ότι εξυπηρετούνται καλύτερα και αποτελεσματικότερα τα συμφέροντα που κρίνει ότι έχουν ανάγκη προστασίας. Αυτό σημαίνει ότι η διασυνοριακή μετατροπή των εταιριών υπόκειται σε μια ποικιλία εθνικών κανόνων, οι οποίοι θέτουν διαφορετικούς όρους για την εν λόγω μετατροπή καθώς και διαφορετικό νομικό πλαίσιο για την προστασία των ενδιαφερόμενων συμφερόντων. Η κατάσταση αυτή μπορεί να δημιουργήσει ανασφάλεια και κόστος στην κινητικότητα των εταιριών, με αποτέλεσμα την απροθυμία τους να μεταφέρουν την έδρα τους σε άλλο κράτος-μέλος. Στην

40 Απόφαση Vale, ό.π., σκ. 61.

προκειμένη λοιπόν περίπτωση, η νομοθετική παρέμβαση από την πλευρά της Ευρωπαϊκής Ένωσης μπορεί να θεωρηθεί προτιμότερη από τον ανταγωνισμό των εθνικών εταιρικών δικαίων.

Όπως είναι εμφανές, η αρνητική ενοποίηση μέσω της νομολογίας του Δικαστηρίου στο πλαίσιο της κινητικότητας των εταιριών έχει, καταρχάς, τους περιορισμούς της και, κατά δεύτερον, δεν έχει τη δυνατότητα να προστατεύσει τα εμπλεκόμενα στην κινητικότητα των εταιριών συμφέροντα από την απεριόριστη εξουσία των μετόχων να επιλέξουν το εταιρικό δίκαιο που θεωρούν ότι εξυπηρετεί καλύτερα τα συμφέροντά τους. Η υιοθέτηση λοιπόν της 14ης εταιρικής Οδηγίας για τη διασυνοριακή μεταφορά της έδρας είναι αναγκαία ώστε να διαμορφωθεί ένα ενιαίο και ευέλικτο ρυθμιστικό πλαίσιο για τη μεταφορά της έδρας των εταιριών, το οποίο θα απελευθερώνει την κινητικότητα των εταιριών μέσα στην ευρωπαϊκή αγορά και ταυτόχρονα θα παρέχει επαρκή προστασία στα έννομα συμφέροντα εκείνων που ενδεχομένως να βλάπτονται από την εν λόγω διασυνοριακή μεταφορά της έδρας και μετατροπή των εταιριών.[41] Την αναγκαιότητα αυτή έχει μάλιστα παραδεχθεί και το Δικαστήριο στην υπόθεση Vale.[42]

3. Η υιοθέτηση της 14ης Οδηγίας: Περιπέτεια δίχως τέλος

Η υιοθέτηση μιας Οδηγίας που θα καθιστούσε δυνατή τη διασυνοριακή μεταφορά της έδρας των εταιριών ήταν στους σκοπούς της Επιτροπής για πολύ χρονικό διάστημα. Συγκεκριμένα, το 1997 η Επιτροπή κατάρτισε ένα σχέδιο πρότασης της 14ης εταιρικής Οδηγίας για τη μεταφορά της έδρας.[43] Το σχέδιο αυτό παρείχε τη δυνατότητα της μεταφοράς της έδρας, πραγματικής και καταστατικής, μιας εταιρίας από το ένα κράτος-μέλος στο άλλο κράτος-μέλος με μια αλλαγή του εφαρμοστέου δικαίου, χωρίς να λύεται και να εκκαθαρίζεται η εταιρία. Το εν λόγω σχέδιο, επιδίωκε να πετύχει τη μέγιστη δυνατή προσέγγιση της θεωρίας της ίδρυσης με τη θεωρία της πραγματικής έδρας, με τη λιγότερη όμως μεταβολή τους και χωρίς να κλίνει υπέρ της μιας ή της άλλης θεωρίας. Ωστόσο, μετά την τριάδα των αποφάσεων Centros, Überseering και InspireArt, όπου το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι η αμοιβαία αναγνώριση των εταιριών που μετέφεραν την πραγματική τους έδρα αποτελούσε, καταρχήν, απαίτηση των περί την ελευθερία εγκατάστασης διατάξεων της Συνθήκης, αυτό το σχέδιο εγκαταλείφθηκε.

41 Βλ. επίσης, *T. Biermeyer*, Shaping the Space of Cross-Border Conversions in the EU. Between Right and Autonomy: Vale, 50 (2013) Common Market Law Review, 571, *O. Morsdorf*, The Legal Mobility of Companies Within the European Union Through Cross-Border Conversion, 49 (2012) Common Market Law Review, 629, *S. Rammeloo*, Freedom of Establishment: Cross-Border Transfer of Company Seat – The Last Piece of the Puzzle?, 19 (2012) Maastricht Journal of European and Comparative Law, 563.

42 Βλ. υπόθεση Vale, ό. π., σκ. 38.

43 Document No XV/D2/6002/97 – EN REV. 2.

Στις 21 Μαΐου 2003 η Επιτροπή παρουσίασε ένα Σχέδιο Δράσης για τον Εκσυγχρονισμό του Εταιρικού Δικαίου και την Ενίσχυση της Εταιρικής Διακυβέρνησης στην Ευρωπαϊκή Ένωση,[44] όπου η υιοθέτηση μιας Οδηγίας για τη διασυνοριακή μεταφορά της καταστατικής έδρας θεωρείτο ως άμεση προτεραιότητα, με σκοπό τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας και ανταγωνιστικότητας των εταιριών στην ευρωπαϊκή αγορά. Μάλιστα στις 26 Φεβρουαρίου 2004, η Επιτροπή υπέβαλε νέο σχέδιο πρότασης Οδηγίας για τη διασυνοριακή μεταφορά της καταστατικής έδρας των εταιριών και ξεκίνησε δημόσιες διαβουλεύσεις, στις οποίες το εν λόγω σχέδιο έτυχε ευρύτατης αποδοχής.[45] Το σχέδιο περιείχε 10 σημεία σύμφωνα με τα οποία, η μέλλουσα Οδηγία θα πρέπει να καλύπτει τη μεταφορά της καταστατικής έδρας χωρίς λύση και εκκαθάριση, αλλά με συνακόλουθη μετατροπή της ενδιαφερόμενης εταιρίας σε εταιρία του δικαίου του κράτους-μέλους υποδοχής. Το αποτέλεσμα του εν λόγω εγχειρήματος θα εξαρτάτο από τη συμμόρφωση με τις απαιτήσεις για την εγγραφή στο μητρώο εταιριών του εν λόγω κράτους-μέλους, στις οποίες θα μπορούσε να υπήρχε το ενδεχόμενο να απαιτηθεί να βρίσκεται η καταστατική και πραγματική έδρα στον αυτό τόπο.[46]

Όλως παραδόξως, τον Οκτώβριο του 2007 η Επιτροπή ανακοίνωσε ότι οι εργασίες για την υιοθέτηση της 14ης Οδηγίας εγκαταλείπονταν,[47] με συνέπεια να δεχθεί δριμύτατη κριτική για την ενέργειά της αυτή.[48] Η Επιτροπή δικαιολογώντας την επιλογή της να σταματήσει τις εργασίες για την υιοθέτηση της 14ης εταιρικής Οδηγίας επικαλέστηκε την αναμενόμενη τότε απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Cartesio, όπου θεωρούσε ότι η οποιαδήποτε νομοθετική πρωτοβουλία από πλευράς της Ένωσης σχετικά με τη μεταφορά της καταστατικής έδρας θα μπορούσε σύντομα να υπερκερασθεί από τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου. Συναφώς, η Επιτροπή θεώρησε ότι τα υπάρχοντα νομοθετικά εργαλεία της Ένωσης, όπως είναι ο Κανονισμός για την Ευρωπαϊκή Εταιρία,[49] ο Κανονισμός για την Ευρωπαϊκή Συνεταιριστική Εταιρία[50] καθώς και η Οδηγία για τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις,[51] είναι επαρκή για την πραγματοποίηση της διασυνοριακής μεταφοράς της έδρας και, για

44 COM (2003)284 τελικό.

45 Υπήρξαν τρεις δημόσιες διαβουλεύσεις, οι οποίες έλαβαν χώρα κατά το χρονικό διάστημα μεταξύ 2004-2006. Τα αποτελέσματα των διαβουλεύσεων παρέχονται στο διαδίκτυο στον ιστότοπο www.europa.eu/domestic_market/company/seattransfer/2004-cosult_de.htm.

46 Βλ. επίσης *Morsdorf*, ό.π., 657.

47 Η απόφαση ανακοινώθηκε από τον τότε αρμόδιο Επίτροπο Mc Creevy στο 5ο Συνέδριο Ευρωπαϊκής Εταιρικής Διακυβέρνησης και Εταιρικού Δικαίου στο Βερολίνο στις 28 Ιουνίου 2007, Speech 09/441: Company Law and Corporate Governance Today, επανέλαβε επίσης την εν λόγω απόφαση και σε ανακοίνωσή του ενώπιον της Επιτροπής Νομικών Υποθέσεων του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, Speech 07/592 στις 3 Οκτωβρίου 2007.

48 Βλ. *G. Vossestein*, Transfer of the Registered Office. The European Commission's Decision not to Submit a Proposal for a Directive, 4 (2008) Utrecht Law Review, 53.

49 Κανονισμός 2157/2001, ΕΕ 2001L294/1. Για μια λεπτομερή ανάλυση της Ευρωπαϊκής Εταιρίας, βλ. *Ε.Περάκη*, Η Ελληνική Ευρωπαϊκή Εταιρία (Societas Europaea), Νομική Βιβλιοθήκη, 2006.

50 Κανονισμός 1435/2003, ΕΕ 2003 L 207/1.

51 Οδηγία 2005/56/ΕΚ, ΕΕ 2005 L 310/1.

το λόγο αυτό, τα αποτελέσματα της οικονομικής ανάλυσης για την πρόσθετη αξία που θα έδινε η υιοθέτηση μιας Οδηγίας στη μεταφορά της καταστατικής έδρας των εταιριών δεν ήταν σαφή.[52] Σύμφωνα ειδικότερα με τις σχετικές διατάξεις, μια Ευρωπαϊκή Εταιρία[53] ή μια Ευρωπαϊκή Συνεταιριστική Εταιρία[54] μπορεί να μεταφέρει την καταστατική της έδρα και την κεντρική διοίκηση —οι οποίες θα πρέπει να συμπίπτουν στο ίδιο κράτος-μέλος— σε ένα άλλο κράτος-μέλος με μια αλλαγή του εφαρμοστέου δικαίου.[55]

Μάλιστα, η Επιτροπή στην υπόθεση Cartesio ισχυρίσθηκε ότι οι ενωσιακοί κανόνες που ισχύουν για τη μεταφορά της έδρας των ανωτέρω ευρωπαϊκών εταιρικών οντοτήτων θα μπορούσαν και θα έπρεπε να εφαρμοσθούν *mutatis mutandis* στη διασυνοριακή μεταφορά της έδρας μιας εταιρίας συσταθείσας σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο.[56] Ο εν λόγω ισχυρισμός βρίσκεται σε απόλυτη συμφωνία με την πρόθεσή της να εγκαταλείψει τις ενέργειες για την υιοθέτηση της 14ης εταιρικής Οδηγίας.

Ωστόσο, το Δικαστήριο δεν υιοθέτησε τον ως άνω ισχυρισμό της Επιτροπής, αφήνοντας μάλιστα να εννοηθεί ότι αυτές οι ενωσιακές ρυθμίσεις αφορούν αποκλειστικά και μόνο τα εν λόγω ευρωπαϊκά εταιρικά μορφώματα και δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως έχουν στη διασυνοριακή μεταφορά της έδρας. Επιπλέον, η χρήση του μορφώματος της Ευρωπαϊκής Εταιρίας ως μέσου για τη διασυνοριακή μεταφορά της έδρας εταιρίας, εκτός του ότι είναι πολύπλοκη και χρονοβόρα διαδικασία, έχει και μεγάλο κόστος, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί προτιμητέα λύση στην προκειμένη περίπτωση.

Το αυτό επίσης θα μπορούσε να υποστηριχθεί και στην περίπτωση της διασυνοριακής συγχώνευσης των εταιριών. Στην περίπτωση αυτή η μεταφορά της έδρας επιτυγχάνεται με τη σύσταση στο κράτος-μέλος υποδοχής μιας νέας εταιρίας (η επονομαζόμενη «εταιρία-κέλυφος») και, κατόπιν, απορρόφηση της πρώτης από την εταιρία αυτή.[57] Αυτή η έμμεση διαδικασία μεταφοράς της έδρας είναι χρονοβόρα και κοστοβόρα.

Ενόψει των ανωτέρω συνάγεται αβίαστα το συμπέρασμα ότι τα επιχειρήματα της Επιτροπής εναντίον της υιοθέτησης της 14ης εταιρικής Οδηγίας για τη μεταφορά της καταστατικής έδρας της εταιρίας δεν θα μπορούσαν να θεωρηθούν πειστικά. Μάλιστα το συμπέρασμα αυτό ενισχύθηκε ακόμη περισσότερο μετά τις αποφάσεις Cartesio και Vale, όπου καταδείχθηκε με πλήρη σαφήνεια ότι η υιοθέτηση της εν λόγω

52 European Commission, Impact Assessment on the Directive on the Cross-Border Transfer of Registered Office, SEC (2007) 1707, Brussels, 12 December 2007.

53 Κανονισμός 2157/2001, Άρθρο 7. Για τη μεταφορά της έδρας της Ευρωπαϊκής Εταιρίας, βλ. *Γ. Αργυρό*, Προβληματισμοί σχετικά με τη Μεταφορά της Έδρας της Ευρωπαϊκής Εταιρίας, 2006 ΔΦΝ, 1357.

54 Κανονισμός 1435/2003, Άρθρο 6.

55 Κανονισμός 2157/2001, Άρθρο 8 και Κανονισμός 1435/2003, Άρθρο 7 αντίστοιχα.

56 Απόφαση Cartesio, ό.π., σκ. 115 και 116.

57 Για περισσότερες λεπτομέρειες στην προκειμένη περίπτωση βλ. *E. Werlauff*, Relocatinga Company within the EU, (2005) European Company Law, 137.

Οδηγίας θα διευκόλυνε τη διασυνοριακή μετατροπή των εταιριών λόγω του γεγονότος ότι θα μείωνε την ανασφάλεια που μπορεί να διέπει τις εταιρίες όταν αντιμετωπίζουν διαφορετικές νομικές καταστάσεις, καθώς και το κόστος μετατροπής.[58] Επιπλέον, θα επιτυγχανόταν και η αποτελεσματικότερη προστασία των έννομων συμφερόντων που μπορεί να τεθούν υπό διακινδύνευση στο κράτος-μέλος προέλευσης από τη διασυνοριακή μετατροπή.

Έχοντας αντιληφθεί το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο την αναγκαιότητα της υιοθέτησης της 14ης Οδηγίας, προέβη με το Ψήφισμά της 10ης Μαρτίου 2009 σε συστάσεις στην Επιτροπή να αναλάβει νομοθετική πρωτοβουλία σχετικά με τη διασυνοριακή μεταφορά της καταστατικής έδρας των εταιριών.[59] Καθώς οι συστάσεις του εν λόγω Ψηφίσματος δεν εισακούσθηκαν, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο επανήλθε και με νέο Ψήφισμα, το Φεβρουάριο του 2012, όπου περιέχονταν λεπτομερείς συστάσεις και μια σαφέστατη προτροπή προς την Επιτροπή για την ανάληψη σχετικής νομοθετικής πρωτοβουλίας.[60]

Μετά από την κριτική που δέχθηκε η Επιτροπή, τις προτροπές του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, καθώς και την εμφανή αδυναμία της νομολογίας του Δικαστηρίου να δώσει ικανοποιητική λύση στο ζήτημα της μεταφοράς της καταστατικής έδρας των εταιριών, στις 14 Ιανουαρίου 2013 η Επιτροπή ξεκίνησε πάλι δημόσιες διαβουλεύσεις ώστε να διαπιστωθεί το όφελος το οποίο θα μπορούσε να προκύψει από την υιοθέτηση της 14ης Οδηγίας για τη διασυνοριακή μεταφορά της καταστατικής έδρας των εταιριών.[61] Η ανταπόκριση στις εν λόγω διαβουλεύσεις ήταν μικρή από την πλευρά των επιχειρήσεων, δεδομένου ότι μετά τη μακρόχρονη περιπέτεια για την υιοθέτηση σχετικής πρότασης για τη μεταφορά της καταστατικής έδρας και τις συνεχείς σχετικές δημόσιες διαβουλεύσεις, είναι λογικό να υπάρχει μια κόπωση αναφορικά με το εν λόγω ζήτημα, ως επίσης και μια αμφισβήτηση της θέλησης της Επιτροπής να προβεί στις σχετικές ενέργειες. Πάντως, τα αποτελέσματα από τις εν λόγω διαβουλεύσεις έκλιναν υπέρ της υιοθέτησης μιας νομοθετικής πρωτοβουλίας από την πλευρά της Ένωσης σχετικά με τη διασυνοριακή μεταφορά της καταστατικής έδρας των εταιριών, λόγω του γεγονότος ότι η σχετική νομολογία του Δικαστηρίου δεν είναι ικανή να επιλύσει αποτελεσματικά το εν λόγω ζήτημα.

Έχοντας καταλήξει στην αναγκαιότητα ύπαρξης νομοθετικής πρωτοβουλίας από την πλευρά του νομοθέτη της Ένωσης σχετικά με τη διασυνοριακή μεταφορά της καταστατικής έδρας, η προσοχή μας στρέφεται στο περιεχόμενο που θα μπορούσε να έχει μια τέτοια πρωτοβουλία.

---

58 *A. Johnston & P. Syrpis*, Regulatory Competition in European Company Law after Cartesio, 34 (2009) European Law Review, 378.

59 Έγγραφο 2008/2196 (INI)

60 Έγγραφο P7_TA (2012) 0019.

61 http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf,p.2.

4. Προτεινόμενο περιεχόμενο της 14ης εταιρικής Οδηγίας

Το περιεχόμενο της νομοθετικής πρωτοβουλίας της Ένωσης για τη διασυνοριακή μεταφορά της καταστατικής έδρας με μετατροπή του εφαρμοστέου δικαίου θα πρέπει να στηρίζεται σε τέσσερις άξονες, οι οποίοι θα έχουν σχέση με: (i) το δίκαιο που θα ισχύει σε όλη τη διάρκεια της διαδικασίας της διασυνοριακής μεταφοράς της έδρας, (ii) τους όρους και τις προϋποθέσεις σύμφωνα με τους οποίους είναι αυτή δυνατή, (iii) τη διαδικασία η οποία θα πρέπει να ακολουθηθεί στην εν λόγω μεταφορά και, (iv) τον τρόπο με τον οποίο θα προστατευτούν τα έννομα συμφέροντα που ενδεχομένως να βλάπτονται από τη διασυνοριακή μεταφορά της έδρας μιας εταιρίας.

Προτεινόμενο νομοθετικό εργαλείο για την εν λόγω πρωτοβουλία είναι η Οδηγία λόγω του γεγονότος ότι σέβεται περισσότερο από τον Κανονισμό την αρχή της επικουρικότητας και της αναλογικότητας, δεδομένου ότι τα κράτη-μέλη έχουν μεγαλύτερη διακριτική ευχέρεια στην προσαρμογή του δικαίου τους στο ενωσιακό μέτρο.

4.1. Πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας

Η προτεινόμενη Οδηγία θα πρέπει να αφορά τις κεφαλαιουχικές εταιρίες, οι οποίες έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους-μέλους και διατηρούν την καταστατική ή την πραγματική τους έδρα σε ένα κράτος- μέλος. Ο λόγος που προκρίνεται αυτό το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω Οδηγίας είναι ότι οι ρυθμίσεις που αφορούν τις εν λόγω εταιρίες στα κράτη-μέλη περιέχουν περισσότερα κοινά στοιχεία από τους άλλους τύπους εταιριών, με συνέπεια η διαμόρφωση ενός κοινού μηχανισμού για τη διασυνοριακή μεταφορά της έδρας των εταιριών να είναι ευκολότερη.

4.2. Το ισχύον δίκαιο

Η Οδηγία θα πρέπει οπωσδήποτε να προσδιορίζει το ισχύον δίκαιο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας της διασυνοριακής μεταφοράς της καταστατικής έδρας και της μετατροπής μιας εταιρίας. Στην προκειμένη περίπτωση θα πρέπει να ορίζεται ρητά ότι η διασυνοριακή μετατροπή μιας εταιρίας λαμβάνει χώρα μετά την καταχώριση στο μητρώο εταιριών του κράτους-μέλους υποδοχής οπότε και υπάγεται στις διατάξεις του εταιρικού δικαίου του εν λόγω κράτους-μέλους. Ενώ, μέχρι την εν λόγω καταχώριση η διακινούμενη εταιρία υπόκειται στις διατάξεις του εταιρικού δικαίου του κράτους-μέλους προέλευσης.

Επιπλέον, θα πρέπει να ορίζεται ποιο δίκαιο πρόκειται να καθορίζει τους όρους και τη διαδικασία του όλου εγχειρήματος. Με βάση τα ανωτέρω, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι το εφαρμοστέο δίκαιο θα είναι εκείνο του κράτους-μέλους προέλευσης, δεδομένου ότι αυτό ισχύει μέχρι την καταχώριση της εταιρίας στο μητρώο εταιριών του κράτους μέλους υποδοχής. Ωστόσο, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι το κράτος-

μέλος υποδοχής δεν θα εφαρμόσει το δικό του δίκαιο αναφορικά με τις προϋποθέσεις καταχώρισης μιας εταιρίας στο μητρώο του.

Κατά συνέπεια, η Οδηγία, οριοθετώντας το εφαρμοστέο δίκαιο στην κάθε περίπτωση, θα πρέπει να ορίζει ότι οι προϋποθέσεις καταχώρισης στο μητρώο εταιριών του κράτους-μέλους υποδοχής θα διέπονται από το δίκαιο του εν λόγω κράτους-μέλους.[62] Αυτό το συμπέρασμα είναι σύμφωνο και με το σχετικό με την αναδιοργάνωση των εταιριών παράγωγο δίκαιο της Ένωσης.[63]

4.3. Προϋποθέσεις για τη μεταφορά της έδρας

Η Οδηγία είναι απαραίτητο να ορίζει το κατά πόσο και κάτω από ποιες προϋποθέσεις είναι δυνατή η μεταφορά της καταστατικής έδρας μιας εταιρίας με μετατροπή του εφαρμοστέου δικαίου.

Σύμφωνα με τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου το κράτος-μέλος προέλευσης δεν μπορεί να εμποδίσει μια εταιρία να μεταφέρει την έδρα της με μετατροπή του εφαρμοστέου δικαίου. Από την άλλη πλευρά, δεν επιτρέπεται στο κράτος-μέλος υποδοχής να αρνηθεί την καταχώριση στο μητρώο εταιριών μιας εταιρίας, η οποία πληροί όλες τις προϋποθέσεις που τίθενται από το εταιρικό του δίκαιο.

Συνεπώς, θα πρέπει να ορίζεται ότι η μεταφορά της έδρας και η συνακόλουθη διασυνοριακή μετατροπή των εταιριών είναι δυνατή και δεν συνεπάγεται λύση και εκκαθάριση των εν λόγω εταιριών. Επίσης, η εν λόγω μεταφορά δεν πρέπει να επηρεάζει την εταιρική περιουσία και να έχει επιπτώσεις στις έννομες σχέσεις της εταιρίας με τρίτα πρόσωπα.

Ωστόσο, αξίζει να επισημανθεί ότι για να καταστεί στην ουσία εφικτή η διασυνοριακή μετατροπή μιας εταιρίας δεν είναι αρκετό να προβλέπεται η δυνατότητά της, αλλά θα πρέπει να υπάρχει και μια ομογενοποίηση των προϋποθέσεων στα δίκαια των κρατών-μελών. Για παράδειγμα, ένα κράτος-μέλος υποδοχής δεν εμποδίζεται από το σχετικό δίκαιο της Ένωσης να απαιτήσει η καταστατική έδρα και η πραγματική έδρα των εταιριών που θέλουν να εγγραφούν στο μητρώο εταιριών του να βρίσκονται στην επικράτειά του, σε αντίθεση με κάποιο άλλο, το οποίο δεν έχει τέτοια απαίτηση. Το αυτό ισχύει και για το κράτος-μέλος προέλευσης. Αυτό σημαίνει ότι υπάρχουν διαφοροποιήσεις μεταξύ των δικαίων των κρατών-μελών στο συγκεκριμένο ζήτημα και, ως εκ τούτου, δημιουργείται ανασφάλεια στις εταιρίες που επιθυμούν να μεταφέρουν την έδρα τους με διασυνοριακή μετατροπή. Αυτό έχει ως συνέπεια την παρεμπόδιση της κινητικότητας των εταιριών μέσα στην ευρωπαϊκή αγορά.

---

62 Βλ. επίσης, *O. Morsdorf*, The Legal Mobility of Companies within the European Union through Cross-Border Conversion, 49 (2012) Common Market Law Review, 629, 668.

63 Βλ. Κανονισμός 2157/2001 της Ευρωπαϊκής Εταιρίας, Άρθρο 25, Κανονισμός 1435/2003 της Ευρωπαϊκής Συνεταιριστικής Εταιρίας, Άρθρο 29 και 10η Εταιρική Οδηγία 2005/56/ΕΚ για τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις, Άρθρο 10.

Για το λόγο λοιπόν αυτό, απαιτείται από την Οδηγία να επιλέξει μία εκ των δύο περιπτώσεων. Είτε η καταστατική έδρα και η πραγματική έδρα θα πρέπει να βρίσκονται στον ίδιο τόπο είτε η καταστατική έδρα και η πραγματική έδρα θα μπορούν να βρίσκονται ξεχωριστά. Η μεν πρώτη εναλλακτική περιορίζει την ύπαρξη «εταιριών ταχυδρομείου» (letterbox companies). Η δε δεύτερη εναλλακτική διευκολύνει την κινητικότητα των εταιριών στην ευρωπαϊκή αγορά.

4.4. Διαδικασία μεταφοράς της έδρας

Μια Οδηγία η οποία έχει ως σκοπό να ρυθμίσει τη μεταφορά της έδρας των εταιριών και τη διασυνοριακή μετατροπή θα πρέπει απαραίτητα να περιέχει μια κοινή διαδικασία που θα πρέπει να ακολουθηθεί από την ενδιαφερόμενη εταιρία ώστε να καταστεί δυνατή η διασυνοριακή μεταφορά της έδρας της και η μετατροπή της. Σκοπός της διαδικασίας αυτής είναι να παράσχει έναν επαρκή και ολοκληρωμένο μηχανισμό, ο οποίος θα εξασφαλίζει διαφάνεια και αποτελεσματικότητα. Επιπλέον, θα πρέπει να εξασφαλίζεται η προστασία των συμφερόντων εκείνων των προσώπων που επηρεάζονται από την εν λόγω μεταφορά, όπως είναι οι μέτοχοι, οι πιστωτές και οι εργαζόμενοι.

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι το παράγωγο εταιρικό δίκαιο που αφορά την Ευρωπαϊκή Εταιρία, την Ευρωπαϊκή Συνεταιριστική Εταιρία και τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις παρέχει ένα αρκετά ενδιαφέρον μοντέλο για τη διαδικασία μεταφοράς της έδρας, το οποίο κάλλιστα θα μπορούσε με τις απαιτούμενες προσαρμογές να χρησιμοποιηθεί και από την υπό συζήτηση Οδηγία για τη σχετική περίπτωση.

Σύμφωνα λοιπόν με το εν λόγω μοντέλο, έναρξη της διαδικασίας θα αποτελεί η πρόταση-σχέδιο της μεταφοράς της έδρας της ενδιαφερόμενης εταιρίας, η οποία διαμορφώνεται από το όργανο διοίκησης της εταιρίας και δημοσιεύεται σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπονται από τη νομοθεσία του κράτους-μέλους της καταστατικής έδρας της. Η πρόταση αυτή θα πρέπει να περιλαμβάνει, εκτός από τα υπάρχοντα στοιχεία της εταιρίας, την προβλεπόμενη νομική μορφή, την προτεινόμενη καταστατική έδρα και την ενδεχόμενη νέα εταιρική επωνυμία στο κράτος-μέλος υποδοχής. Επίσης, θα πρέπει να περιλαμβάνονται στη πρόταση το χρονοδιάγραμμα που προτείνεται για τη μεταφορά της έδρας, όλες οι δυνατές συνέπειες που ενδεχόμενα θα έχει η εν λόγω μεταφορά σχετικά με τα συμμετοχικά δικαιώματα των εργαζομένων, καθώς και όλα τα προβλεπόμενα δικαιώματα για την προστασία των μετόχων και των πιστωτών. Οι εργαζόμενοι, μέσω των εκπροσώπων τους, θα πρέπει να έχουν δυνατότητα να εκφράσουν τις απόψεις τους πάνω στην εν λόγω πρόταση του διοικητικού συμβουλίου.

Επιπλέον, θα πρέπει να καταρτισθεί μια έκθεση, η οποία να εξηγεί και να αιτιολογεί όλες τις νομικές και οικονομικές πτυχές της μεταφοράς, καθώς και τις συνέπειες που έχει αυτή για τους μετόχους, τους πιστωτές και τους εργαζομένους. Οι μέτοχοι, οι πιστωτές, καθώς και οι εργαζόμενοι θα πρέπει να μπορούν να εξετάσουν την έκθεση εντός κατάλληλου χρονικού διαστήματος, το οποίο θα πρέπει να είναι τουλάχιστον ένας μήνας,

πριν από την ημερομηνία της αποφασιστικής για τη μεταφορά της έδρας γενικής συνέλευσης των μετόχων της εταιρίας.

Η απόφαση για τη μεταφορά της έδρας θα πρέπει να λαμβάνεται από καταστατική γενική συνέλευση με πλειοψηφία όχι μικρότερη των δύο τρίτων (2/3) των εκφρασμένων ψήφων, εκτός εάν προβλέπεται μεγαλύτερη πλειοψηφία από τη νομοθεσία του κράτους-μέλους προέλευσης της εταιρίας.

Μετά τη λήψη από τη γενική συνέλευση της εν λόγω απόφασης για τη μεταφορά της έδρας, το κράτος-μέλος προέλευσης θα πρέπει να ελέγχει, σύμφωνα με τη νομοθεσία του, τη νομιμότητα της διαδικασίας μεταφοράς της έδρας και, κατόπιν αυτού, θα πρέπει να χορηγείται ένα πιστοποιητικό από τις αρμόδιες αρχές, με το οποίο θα βεβαιώνεται ότι έχουν εκτελεσθεί όλες οι απαιτούμενες πράξεις και διατυπώσεις για τη μεταφορά.

Προς διασφάλιση των συμφερόντων των πιστωτών καθώς και των λοιπών δικαιούχων έναντι της ενδιαφερόμενης εταιρίας, στους οποίους συμπεριλαμβάνονται και οι φορολογικές αρχές, οι αρμόδιες αρχές, πριν εκδώσουν το εν λόγω πιστοποιητικό, είναι απαραίτητο να απαιτούν από την εταιρία να αποδείξει ότι παρέχεται στις προαναφερόμενες κατηγορίες προσώπων επαρκής προστασία σχετικά με τις υποχρεώσεις της, οι οποίες γεννήθηκαν πριν τη δημοσίευση της πρότασης μεταφοράς.

Η χορήγηση του εν λόγω πιστοποιητικού από τις αρμόδιες αρχές του κράτους-μέλους προέλευσης της εταιρίας θα πρέπει να αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την καταχώρισή της στο μητρώο των εταιριών της νέας έδρας στο κράτος-μέλος υποδοχής. Επιπλέον, για να ολοκληρωθεί η εν λόγω καταχώρηση θα πρέπει να αποδεικνύεται ότι έχουν διενεργηθεί όλες οι διατυπώσεις που απαιτούνται από το σχετικό δίκαιο του κράτους-μέλους υποδοχής.

Όταν, λοιπόν, όλες οι παραπάνω προϋποθέσεις πραγματοποιηθούν, τότε η ενδιαφερόμενη εταιρία θα καταχωρείται στο μητρώο εταιριών του κράτους-μέλους υποδοχής και από αυτό το χρονικό σημείο η μεταφορά της καταστατικής έδρας θα παράγει έννομα αποτελέσματα. Η δε καταχώριση στο μητρώο εταιριών του κράτους-μέλους προέλευσης θα διαγράφεται με τη λήψη της κοινοποιηθείσας καταχώρισης από τις αρμόδιες αρχές του κράτους-μέλους υποδοχής.

Στην προκειμένη περίπτωση, αξίζει να επισημανθεί ότι η καταχώριση στο μητρώο εταιριών του κράτους-μέλους υποδοχής θα οδηγήσει στην αλλαγή του δικαίου σύμφωνα με το οποίο διέπεται η εταιρία. Λογικό επακόλουθο αυτού θα αποτελεί η τροποποίηση του καταστατικού, με συνέπεια να πρόκειται για νέα εταιρία, η οποία θα υπάγεται στο δίκαιο του κράτους-μέλους υποδοχής.

Επίσης, θα πρέπει να τονισθεί ότι για λόγους προστασίας των πιστωτών η μεταφορά της έδρας δεν θα πρέπει να επιτρέπεται, εφόσον έχουν κινηθεί διαδικασίες λύσης, εκκαθάρισης, αφερεγγυότητας ή αναστολής πληρωμών της εταιρίας.

Τέλος, η διασυνοριακή μεταφορά θα πρέπει να διατηρεί φορολογική ουδετερότητα. Σε κάθε δε περίπτωση δεν θα πρέπει να παρεμποδίζεται η διασυνοριακή κινη-

τικότητα της εταιρίας από ρυθμίσεις που εισάγουν φορολογικές διακρίσεις ή περιορισμούς φορολογικής φύσεως.

4.5. Τα συμμετοχικά δικαιώματα των εργαζομένων

Η μεταφορά της έδρας θα πρέπει να σέβεται τα συμμετοχικά δικαιώματα των εργαζομένων στη διοίκηση της εταιρίας, τα οποία υπήρχαν στο κράτος-μέλος προέλευσης. Στην προκειμένη περίπτωση, θα πρέπει να ισχύει η αρχή «πριν και μετά». Με βάση την αρχή αυτή, εμποδίζεται στην ουσία η μείωση των προϋπαρχόντων της μεταφοράς της έδρας δικαιωμάτων συμμετοχής των εργαζομένων, ώστε η εν λόγω μεταφορά να μην αποτελέσει ευκαιρία να θιγούν τα κεκτημένα συμμετοχικά δικαιώματα των εργαζομένων. Με άλλα λόγια, η διασυνοριακή μεταφορά της έδρας δεν μπορεί να έχει ως σκοπό ή αποτέλεσμα την εξάλειψη των εν λόγω συμμετοχικών δικαιωμάτων που είναι ενεργά στο κράτος-μέλος προέλευσης, εκτός εάν ένα παρόμοιο και ισοδύναμο σύστημα συμμετοχής των εργαζομένων στη διοίκηση της ενδιαφερόμενης εταιρίας προβλέπεται στο κράτος-μέλος υποδοχής.

Ειδικότερα, το δικαίωμα συμμετοχής των εργαζομένων θα υπόκειται στις ρυθμίσεις του κράτους-μέλους υποδοχής. Ωστόσο, οι ρυθμίσεις του κράτους-μέλους υποδοχής θα είναι ανενεργές στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όπου τουλάχιστον η ενδιαφερόμενη εταιρία έχει περισσότερους από 500 εργαζομένους και υπόκειται σε καθεστώς συμμετοχής των εργαζομένων ή

β) το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο του κράτους υποδοχής της ενδιαφερόμενης εταιρίας δεν προβλέπει τουλάχιστον το ίδιο επίπεδο συμμετοχικών δικαιωμάτων των εργαζομένων, όπως ισχύει στο κράτος-μέλος προέλευσης ή

γ) δεν προβλέπει για τους εργαζομένους στις εγκαταστάσεις της ενδιαφερόμενης εταιρίας σε άλλα κράτη-μέλη το ίδιο επίπεδο συμμετοχικών δικαιωμάτων με αυτό που απολαμβάνουν οι εργαζόμενοι που απασχολούνται στο κράτος-μέλος που ευρίσκεται η καταστατική της έδρα.

Στην περίπτωση αυτή, η συμμετοχή των εργαζομένων στην εταιρία που πραγματοποιεί διασυνοριακή μεταφορά της έδρας θα ρυθμίζεται με βάση τις αρχές που ισχύουν στο σχετικό με την αναδιοργάνωση των εταιριών παράγωγο δίκαιο της Ένωσης.[64]

5. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Η ελευθερία εγκατάστασης παρέχει στις εταιρίες το δικαίωμα διασυνοριακής μεταφοράς της καταστατικής έδρας με συνακόλουθη μετατροπή του εφαρμοστέου δι-

64 Βλ. Οδηγία 2001/86/ΕΚ για το ρόλο των εργαζομένων στην Ευρωπαϊκή Εταιρία, ΕΕ 2001 L 294/21 και Οδηγία 2005/56/ΕΚ για τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις.

καίου. Η άσκηση ωστόσο του εν λόγω δικαιώματος περιορίζεται από την έλλειψη εναρμόνισης των εθνικών δικαίων στο συγκεκριμένο τομέα. Για το λόγο αυτό, απαιτείται να δημιουργηθεί, μέσω της υιοθέτησης μιας Οδηγίας, ένα ενιαίο και ευέλικτο ρυθμιστικό πλαίσιο το οποίο, από τη μια πλευρά, θα απελευθερώνει την κινητικότητα των εταιριών και, από την άλλη πλευρά, θα παρέχει επαρκή προστασία στα έννομα συμφέροντα που ενδεχομένως θίγονται από την εν λόγω μεταφορά. Αυτή η Οδηγία θα πρέπει να έχει ως πεδίο εφαρμογής τις κεφαλαιουχικές εταιρίες και ως περιεχόμενο ρυθμίσεις που αφορούν το ισχύον δίκαιο κατά τη διάρκεια της μεταφοράς της έδρας, τις προϋποθέσεις με βάση τις οποίες είναι αυτή εφικτή, τη διαδικασία για την πραγματοποίησή της και, τέλος, την προστασία των πιστωτών, των δικαιωμάτων της μειοψηφίας και των συμμετοχικών δικαιωμάτων των εργαζομένων.

Christoforos E. Dimitriou*

Discharging monetary obligations by bank transfer

A. Introduction

"*When a payment is to be made via bank, which of the two parties, the debtor or the creditor, bears the risk of the bank not delivering?*" When putting this question forward in 1998 in his PhD thesis on "The monetary obligation – even in view of the Regulations on euro (in Greek)", Konstantinos N. Christodoulou gave the example of a bank going bankrupt or of a bank ceasing its operations for some time "e.g. owing to a strike of its employees" after the amount corresponding to a monetary obligation is transferred to the bank account of the creditor[1]. Ironically, the second scenario came true in 2015 in Greece, a euro area country, with bank employees having to work under extreme pressure during an emergency bank holiday enacted by Cabinet Act[2]. Two years before that, these examples had become relevant for the banking system in Cyprus in a mixture of special bank holiday, restrictive measures on transactions and bank resolution measures applied in March 2013 onwards.

Emergency restrictive measures on transactions -to the extent they amount to capital and payment control- and bank resolution measures have become part of the toolbox to address banking crises in Europe and, by consequence, part of the legal landscape within which bank transfers are being carried out. Hence a need for increased legal certainty arises with regard to the discharge of monetary obligations by bank transfer. Do the legal frameworks on special bank holiday, emergency restrictive measures on transactions and bank resolution regulate this matter?

Special bank holiday and emergency restrictive measures on transactions were rather unregulated in Greece before their application in 2015. Hence, legislative or quasi-legislative powers had to be applied in order to design and apply for the first time such measures. The same holds true for Cyprus as well, except for a minimal provision in Section 69 of the Central Bank of Cyprus Law of 2002 as in force in March 2013 vesting the Minister of Finance with the power, if he deems that such

---

* Legal Counsel at the Central Bank of Cyprus. This article does not necessarily reflect the views of the Central Bank of Cyprus or the European Central Bank. This article has benefited from the comments of Christiana Argyridou-Dimitriou (economist, Central Bank of Cyprus) and Elias Dimitriou (attorney-at-law, Athens); the author reserves all intellectual property rights on the article's shortcomings. The author would like to thank also the Central Bank of Cyprus and the staff of the Law Library of the European Central Bank for making available part of the literature used for this article and his family for their encouragement and patience.

1 Op. cit. pp. 120-123.

2 "Praxi Nomothetikou Periehomenou" of 28 June 2015, Official Government Gazette of the Hellenic Republic Issue A, No 65 of 28 June 2015.

action is in the public interest, to declare that certain days shall be observed as special bank holidays or as days during which no transactions between the banks and the public shall take place[3]. In European Union law Article 65 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) is relevant in providing that TFEU Article 63 –which prohibits restrictions on movement of capital and restrictions on payments– shall be without prejudice to the right of Member States, inter alia, to take measures which are justified on grounds of public policy or public security. Hence, special bank holiday and generally applied emergency restrictive measures on transactions remain unregulated at the European Union level.

On the bank resolution front, the legal framework is by far more elaborate. Bank resolution measures were being discussed in Europe for some years amidst the financial crisis that had begun to unfold in 2007. This discussion culminated in 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 (referred to as Bank Recovery and Resolution Directive – BRRD)[4]. Several Member States had enacted national legislation on bank resolution before the adoption of BRRD, obviously motivated by what BRRD acknowledges as well, i.e. by the fact that general corporate insolvency procedures may not always be appropriate for credit institutions as they may not always ensure sufficient speed of intervention, the continuation of the critical functions of institutions and the preservation of financial stability.[5]

The legal frameworks on special bank holiday, emergency restrictive measures on transactions and bank resolution focus on the relationship between the bank on the one hand and its creditors and equity holders on the other. They are geared towards preventing, one way or another, an imminent bank default and –as far the bank resolution frameworks are concerned- reshuffling in a legally certain way the bank's assets and liabilities. With the reservation that these are relatively new legal frameworks that need to be digested before firm conclusions can be drawn, it seems that except for certain provisions[6] these legal frameworks do not regulate the discharge of monetary obligations as between the debtor and the creditor when such discharge is to occur by bank transfer. For this matter one needs to refer to two other areas of law, namely the law of obligations, in particular monetary obligations, and the law of banking services, in particular payment services.

---

3 Law 138(I)/2002, Official Gazette of the Republic of Cyprus Annex I(I), No. 3624, 19.7.2002, p. 2367.

4 Official Journal of the European Union (OJ), L series 173, 12.6.2014, p.190.

5 BRRD, recital (4).

6 Article 1, paragraph 5 of the Greek Cabinet Act of 28 June 2015 (see footnote 2) as supplemented on 30 June 2015 set out criminal sanctions for those who during the bank holiday refused payment by payment card, web banking and phone banking to the extent these payments were permitted during the bank holiday.// Liabilities with a remaining maturity of less than seven days owed by credit institutions to certain payment systems, i.e. in the context of the interbank infrastructure for payments, are excluded from the scope of the bail-in tool in accordance with Article 44.2(f) of the BRRD.

The rest of this article is structured as follows:
-In Part B basic concepts and distinctions are set out;
-in Part C payments via bank are examined as between the bank[7] and its client, the payer or the payee, focusing on credit transfers;
-in Part D payments via bank are examined as between the payer-debtor and the payee-creditor focusing again on credit transfers;
-concluding remarks are in Part E.

In this article some references are made to specific national laws. However the ambition is to present a perspective that any jurist or payments expert in the European Union (EU) can comprehend and refer to, agreeing therewith or disagreeing.

B. Basic concepts

B.1. Cash, scriptural money and virtual money

In its opinion of 26 April 2006 on a proposal for a directive on payment services in the internal market[8], the European Central Bank (ECB) made the observation that the term 'scriptural money' was used in the proposed directive without being defined and suggested that a definition of scriptural money should be established, "*bearing in mind that only central banks and credit institutions (which [at the time included] e-money institutions) may hold such funds*"[9]. The ECB suggested the following wording: "*'scriptural money' means deposit balances held on an account at a credit institution or a central bank, or electronic money as defined in Article 1(3)(b) of Directive 2000/46/EC*". The ECB's suggestion was not taken on board in the text that was adopted as the Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market, usually referred to as Payment Services Directive (PSD)[10]. PSD does not feature a definition of scriptural money, it uses though this term in the definition of 'funds': "*'funds' means banknotes and coins, scriptural money and electronic money […]*". The words 'banknotes and coins' had replaced the word 'cash' of the Commission's proposal, in line with another suggestion that the ECB had made in its opinion.

7 The term 'bank' is used in this article to denote a 'credit institution' in the meaning of an undertaking the business of which is to take deposits or other repayable funds from the public and to grant credits for its own account (see Article 4.1(1) of Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, known as Capital Requirements Regulation – CRR).
8 ECB/2006/21, OJ, C series 109, 9.5.2006, p. 10.
9 See paragraph 12.10 of the opinion ECB/2006/21.
10 OJ L 319, 5.12.2007, p. 1. When this article was being finalised in autumn 2015, the PSD was in the process of being replaced with a new Directive on the basis of Commission's proposal COM(2013)0547.

A distinction between cash and scriptural money needs to be made; 'cash' in the meaning of something that is perceptible by touch; 'scriptural money' in the meaning of an asset that is perceived through a record in a system of accounts[11]. The banknotes issued by a central bank and the metal coins issued by a State or its central bank constitute cash in this sense. In the apparent absence of other forms of cash, the distinction between cash and scriptural money is usually perceived to coincide with the distinction between central bank money and commercial bank money (see *infra*, Part B.2). However, scriptural money includes also records in systems of accounts at a central bank, as suggested by the ECB's proposed definition of scriptural money. In principle, accounts at a central bank can be held only by a few categories of persons, predominantly credit institutions and Governments[12].

It remains to be seen whether information technology could produce a new category of funds standing somewhere in between today's cash and scriptural money. Certain virtual currency phenomena[13] of dubious credibility use technology that seems to suggest a kind of virtual cash, that is non-account based electronic data that can circulate around the world in a way that technically restricts their reproduction. This is an area that central banks and governments may wish to explore in the future and ultimately issue official virtual cash.

B.2. Money as a liability

The deposit with a bank is recorded with an entry at the liability side of the bank's balance sheet, while being an asset for the account holder. As mentioned in Part B.1, central banks issue cash. Also cash is recorded with an entry at the liability side of the issuing bank's balance sheet, i.e. of the central bank's balance sheet, while being an asset for the person holding it.

Central bank money is a liability of a central bank, while commercial bank money is a liability of a commercial bank. This plain definition is used by the Bank for International Settlements and the International Organisation of Securities Commissions in the "Principles for financial market infrastructures" that the two organisations jointly issued in 2012[14]. For the purposes of these Principles money is considered in the form of deposits, i.e. scriptural money, held at the central bank or at the commercial bank and used for settlement purposes: A payment obliga-

11 In this context scriptural money encompasses e-money issued by electronic money institutions to the extent it is account-based.

12 See for instance sections 39(1), 46(1) and 50-52 of the Central Bank of Cyprus Law of 2002 (Law 138(I)/2002) as amended.

13 See "Virtual currency schemes – a further analysis" by the ECB, 2015, available on the ECB's website (www.ecb.europa.eu).

14 Available on the respective websites (www.bis.org) and (www.iosco.org); p. 67 *et seq*.

tion is discharged by providing the payee with central bank money, i.e. a direct claim on the central bank or with commercial bank money, i.e. a direct claim on the relevant commercial bank. The bank, central bank or commercial bank respectively, is the debtor of this claim.

B.3. Monetary obligations and payment transactions

Under Article 287 of the Greek Civil Code, obligation is the bond by which a person is compelled to render performance to another. With reference to the Greek Civil Code, G.A. Balis describes as monetary the obligation where the performance owed consists in the provision of an amount of money, that is currency in circulation[15]. This description seems to concern only banknotes and coins. On the other hand, a wider definition of monetary obligations could comprise all obligations to provide money, either cash or scriptural money.

A monetary obligation is orderly discharged by payment of the amount due. A payment in cash allows a debtor to pay directly his creditor. A payment in scriptural money, other than a payment between the account holder and the bank with which the account is held, requires some form of intermediation between the debtor and the creditor. This gives rise to the notions of payment services and payment service providers: Payment service providers offer payment services to the payers on the one hand and the payees on the other. Even in cases where both the payer and the payee are procuring services from the same provider, there is one relationship between the payer and the payment service provider and another between the payee and the same payment service provider.[16]

For the purposes of the PSD a 'payment transaction' is defined in its Article 4 as an act, initiated by the payer or by the payee, of placing, transferring or withdrawing funds, irrespective of any underlying obligations between the payer and the payee[17]. The true meaning of the sentence "*irrespective of any underlying obligations between the payer and the payee*" is not free from doubt. One possible reading is that an act of placing, transferring or withdrawing funds under an arrangement which makes the completion of the payment dependent on one or more obligations between the payer and the payee, as it is the case in documentary credit, does not constitute a payment transaction for the purposes of the PSD. However, should one take this sentence further and consider that the regulation of payment services, as set out mainly in the PSD, has no bearing whatsoever on

15 Georgios A. Balis, Law of Obligations – General Part (in Greek), 1952, p. 59.

16 According to Article 1(1) of the PSD payment service providers include, inter alia, credit institutions, electronic money institutions and payment institutions.

17 The PSD was transposed into Greek law by means of Law 3862/2010 and into Cyprus law by means of Law 128(I)/2009.

monetary obligations, in particular on their discharge? This is the key issue this articles endeavours to explore.

B.4. Legal tender

The legal tender status of euro banknotes is laid down in TFEU Article 128. The legal tender or euro coins is laid down in Article 11 of Regulation EC/974/98 of 3 May 1998 on the introduction of the euro[18]. An ad-hoc group of experts co-chaired by the Commission and the European Central Bank that analysed in 2009 the issues surrounding the concept of legal tender, remarked that all Union and national legislations specify that euro banknotes and coins are legal tender but elements of the definition of this concept are rarely given[19]. The said Group put forward three main criteria on which a definition of legal tender could rely, namely the mandatory acceptance of euro cash, the acceptance at full face value and the power to discharge from payment obligations[20].

The legal tender is not discussed further in this article. It is assumed that the debtor and creditor have agreed to use scriptural commercial bank money, the debt itself being at inception contractual or *ex lege*. The focus is on how exactly and at what point in time the money offered in payment is received by the creditor.

C. Bank transfers from the perspective of the bank-client relationship

C.1. General observations

At the end of 2014, the Eurosystem, i.e. the ECB and the national central banks of the euro area, had approximately 2.2 trillion euro worth liabilities out of which 1 trillion euro corresponded to euro banknotes in circulation and 0.5 trillion euro to reserves, that is scriptural central bank money in accounts that mainly credit institutions, governments and non-euro area central banks hold with the Eurosystem central banks[21]. The sum of banknotes in circulation and reserves (1.5 trillion euro) would roughly represent central bank money.

18 OJ L 139, 11.5.1998, p. 1.

19 Report of the Euro Legal Tender Expert Group on the definition, scope and effects of legal tender of euro banknotes and coins, available on the European Commission's website (http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/cash/legal_tender/index_en.htm), p. 3.

20 Report of the Euro Legal Tender Expert Group, cited above, p. 4.

21 Consolidated balance sheet of the Eurosystem as at 31 December 2014, ECB Annual Report 2014 available on the ECB's website.

Monetary aggregates for the euro area on the other hand comprise monetary liabilities of monetary financial institutions (MFI) vis-à-vis non-MFI euro area residents taking also into account some central government monetary assets and liabilities. M1 is the sum of currency in circulation and overnight deposits; M2 is the sum of M1, deposits with an agreed maturity of up to two years and deposits redeemable at notice of up to three months; and M3 is the sum of M2, repurchase agreements, money market fund shares/units and debt securities with a maturity of up to two years[22]. At the end of 2014, M2 in the euro area stood at approximately 9.6 trillion euro[23].

The above figures of 1.5 trillion euro, roughly representing central bank money, and 9.6 trillion euro, roughly representing the cash and deposits that households and companies have either readily available (M1) or available subject to certain time restrictions (M2 minus M1) to make payments with, should each be read in its proper context. Nevertheless these figures put in question the legal doctrine that approaches bank deposits as cash that the clients placed with the bank and attributes to the bank the role of an institution merely intermediating in the use of cash for the discharge of monetary claims.[24] Seen from a payments point of view, the volumes cited above suggest that central bank money is used to some extent to move around commercial bank money rather than the opposite.

Where did commercial bank money come from?

Bank deposits are largely generated through bank lending. To be more precise, bank deposits are the offspring of bank lending and bank transfers. When a bank grants a loan it debits a loan account on its books, thus creating an asset on its balance sheet, and credits with the amount of the loan a current account that the borrower holds with the bank, thus creating or increasing a liability on the bank's balance sheet. The borrower will use this liability of the bank, being an asset for the borrower, to make payments as explained in more detail below. As a result of the payment, the payee, whom we could assume to be a client of the same bank, will see his account balance increase while the payer-borrower will see his account balance decrease. At the end of the day, the payer will be left with an obligation towards the bank, i.e. to repay the loan, while the payee will be left with a balance on his current or other account available in turn for his payments. The payee and his further payees may have never been granted a loan, they will hold however in

22 Source: ECB's website.

23 ECB release on monetary developments in the euro area in December 2014, available on the ECB's website.

24 This premise does not suggest that deposits with commercial banks and central bank money are unrelated the one to the other. By controlling the creation of money it issues, a central bank can influence the creation of the money stock, including deposits with commercial banks. One of the arrangements traditionally serving this purpose is the requirement imposed on commercial banks to maintain minimum reserves with the central bank, i.e. central bank money, in proportion to their deposits. See, among many others, Peter Bofinger, Monetary Policy, 2001, p.48 et seq.

turn commercial bank money originated mainly from bank lending to the initial payer.

C.2. Credit transfers[25] to clients of the same bank

Leonidas N. Georgakopoulos gives an excellently plain description (our loose translation)[26]: "*The depositor may be holding more than one accounts with the same bank and instruct the transfer of an amount from one account to the other, or with the same bank a creditor of the depositor may be holding an account and the depositor may instruct the transfer to his creditor's account. In both cases, the instruction is about the creation and giving proof (via an entry in the account) of a certain claim against the bank; the instruction is not about payment of money as such.*"

The most noteworthy element in the above description is the use of the word 'creation'. Indeed, the end result of a successful credit transfer within the same bank is the creation of a payee's asset in the form of a credit balance with the bank. Such asset is governed by the terms of the account agreement between the payee and the bank. These terms may differ from the ones governing the payer-bank relationship, if for instance the payer holds a current account while the payee holds a deposit account (that allows though for incoming credit transfers) or if the payer and the payee belong to different client groups (corporate, natural persons) and the bank offers separate sets of terms to each. Even under identical contractual terms, the overall financial position of the payer vis-à-vis the bank may differ from the overall financial position of the payee vis-à-vis the bank if all the business of each of the two with the bank is taken into account[27]. Moreover, the payee's asset being created may differ from the asset that the payer 'used' in order to make the payment in some non-contractual respects as well, for instance in terms of deposit protection[28].

25 Means of payment via bank can be distinguished into credit-based and debit-based ones depending on whether the payment procedure is initiated by the payer or the payee (with the payer's consent), respectively. Credit transfers fall into the first category. The second category features payments by debit or credit card and direct debits; the latter would be initiated for instance by a Utility billing the payer for electricity supply. A standing order whereby the payer instructs his bank to make repetitive payments of an amount fixed by the payer, e.g. for rent payment, is an instruction for credit transfers, not direct debits.

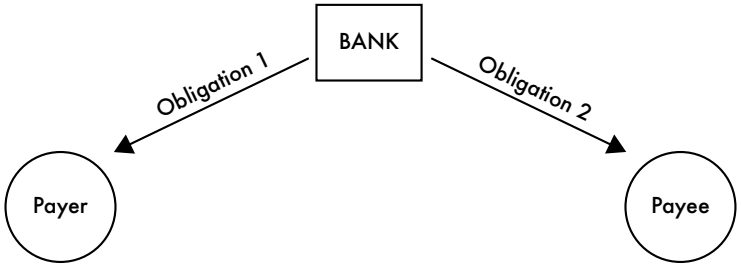
26 L.N. Georgakopoulos, Commercial Law Handbook > Volume 2 - Commercial acts > Issue 2 – Contracts > C. Banking [Contracts] (in Greek), second edition, 1999, p. 677.

27 Contrary to what Greek legal doctrine seems to suggest (see Alexandra P. Mikroulea, Civil liability of Banks in the context of payment transactions and funds transfers (in Greek), 2007, p. 32), a credit balance in the payee's account that could be affected by the exercise of the bank's lien or set-off rights, would still be an asset for the payee. If for instance the bank credits the payee's account for the amount of the credit transfer and a split second afterwards debits the same for a loan instalment due by that client (the payee) to the bank, the credit transfer would have increased the payee's estate by decreasing, at the end of the day, his bank debt.

28 Refer to the Directive 2014/49/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on deposit guarantee schemes, e.g. its Article 5 which defines the deposits that shall be excluded from any repayment by a Deposit Guarantee Scheme.

Hence, if one were to describe in legal terms what actually happens during the credit transfer, there are approaches that should be ruled out, such as assignment of the payer's claim against the bank[29] or delegation of such claim ('ektaxi')[30]. At first such approaches do not seem to correspond to the logistics of credit transfers where usually the bank requires no proof of prior coordination between the payer and the payee; the bank merely needs from the payer the payee's account details. Logistics however change over time as innovation yields new products in the area of bank transfers. What is decisive in ruling out such approaches is not the logistics but that the asset the payee is left with at the end of the credit transfer is other than the asset the payer 'used' for the purposes of the credit transfer.

A credit transfer to a client of the same bank could be illustrated as follows (box 1):



Box 1

An amount of scriptural commercial bank money held by the payer (Obligation 1) is consumed and an amount of scriptural commercial bank money is credited (created) into the payee's account (Obligation 2). Once the credit transfer is complete, one could argue that the part of the bank's obligation 1 corresponding to the transfer amount has been discharged, while an obligation up to that amount has been assumed by the bank vis-à-vis the payee. Such a description could fall within the concept of novation.

Under Article 436 of the Greek Civil Code, the obligation is discharged if by contract it is replaced with a new obligation for the purpose of extinguishment,

29 "There have been a few attempts to find a single unifying theory for non-cash payment services ... the assignment analysis was rejected in Lybian Arab Bank v. Banker's Trust Co and is now regarded as false ...", Rhys Bollen, The Law and Regulation of Payment Services – A comparative study, 2012, §1.02[A].

30 According to Article 876 *et seq*. of the Greek Civil Code a delegation consists in a document which is handed by the issuer to the beneficiary by virtue of which the latter is authorised to collect from an assigned debtor money or other fungible assets, while the assigned debtor is authorised to pay the beneficiary for the account of the issuer.

such new obligation including the same persons or another debtor or other creditor. The legal description of a credit transfer as a novation does not seem to be incompatible with the legal description of the overall bank-client relationship as a contract for work (*symvasi ergou*) under Greek law[31]: To the extent the bank is instructed to make a credit transfer, the work that the bank undertakes consists mainly in carrying out a novation as described above.[32]

C.3. Credit transfers to clients of other banks

C.3.1. The legislative and contractual landscape

Paragraphs 1 and 2 of Article 69 of the PSD read as follows:

"*1. Member States shall require the payer's payment service provider to ensure that, after the point in time of receipt [of the payment order], the amount of the payment transaction is credited to the payee's payment service provider's account at the latest by the end of the next business day.[…]*

2. Member States shall require the payment service provider of the payee to value date and make available the amount of the payment transaction to the payee's payment account after the payment service provider has received the funds in accordance with Article 73."

How have these provisions influenced the banks' standard terms for credit transfers?

In the terms for current accounts that a euro area credit institution was offering to its clients after the implementation of the PSD into national law, the following was stipulated regarding outgoing transfers:

"*If (a) a payment from your account is a payment in euro, (b) the payment service provider of the payee is in the European Economic Area and (c) we receive your payment instruction before the relevant cut-off time, we will process the payment from your account on the banking day ("D") that we receive it. We will ensure that the financial institution of the payee will receive the payment within one banking day of D (D+1). The financial institution where the payee's account is held controls payment into that account; we are not responsible for that.*"

31 On the bank-client relationship see Spyros D. Psyhomanis, Banking Law-Law of Banking Contracts, Issue III, Leasing and Payment Services (in Greek), 2015, p. 147 (par. 540).

32 Bollen describing Giro transfers/funds transfer, op. cit. §2.02[E]: "This type of transaction has unfortunately come to be known as funds transfer. Unfortunate in that is a slightly misleading label, even a misnomer. No property is transferred through this process. The payer and the payee both hold intangible property both before and after the transaction. Neither acquires or disposes of these bundles of rights during the transfer [at least not to each other]. These choses are not transferred. Instead new rights are created or existing rights are altered. It is probably more accurate and helpful to talk of a transfer of value rather than a transfer of funds." On the other hand, in the world of financial transactions under English or New York law the apt wording 'transfer by novation' is sometimes used. See for instance the standard Novation Agreement issued by the International Swaps and Derivatives Association, Inc. (ISDA), available on the website of ISDA (www.isda.org).

These contractual terms seem *prima facie* to be in line with Article 69 of the PSD as quoted above. They are noteworthy in two respects. First, they determine a deadline for the bank's due performance. Second, they describe the subject matter of the bank's performance, that is to ensure that the financial institution of the payee "will receive the payment". The end result that the payee envisages, i.e. to see the balance of his bank account increase by the amount of the credit transfer, is not part of the performance that the payer bank owes to the payer.

In order to deliver on its promise, the payer bank "will process the payment". This would consist in the application of procedures that the bank has designed and the use of an interbank infrastructure which makes it possible to "transfer" value from one bank to another. In very broad terms these steps are expected to include, in sequence: (a) the payer bank checks the instruction, accepts it and debits the account of the payer, (b) the payer bank sends to the payee bank the payment information, a step that comprises further processing steps usually referred to as clearing, (c) the payer bank settles the payment value and (d) the payee bank credits the payee's account[33].

In the aforementioned bank standard terms the following was stipulated regarding incoming transfers:

"*If (a) a payment into your account is a payment in euro, (b) it is a banking day and (c) the cut-off time has not passed, we will credit your account with any payment on the same banking day that we receive it.*"

These terms seem *prima facie* to be in line with Article 69 of the PSD as quoted above read in conjunction with Article 73.1 of the same:

"*Member States shall ensure that the credit value date for the payee's payment account is no later than the business day on which the amount of the payment transaction is credited to the payee's payment service provider's account.*

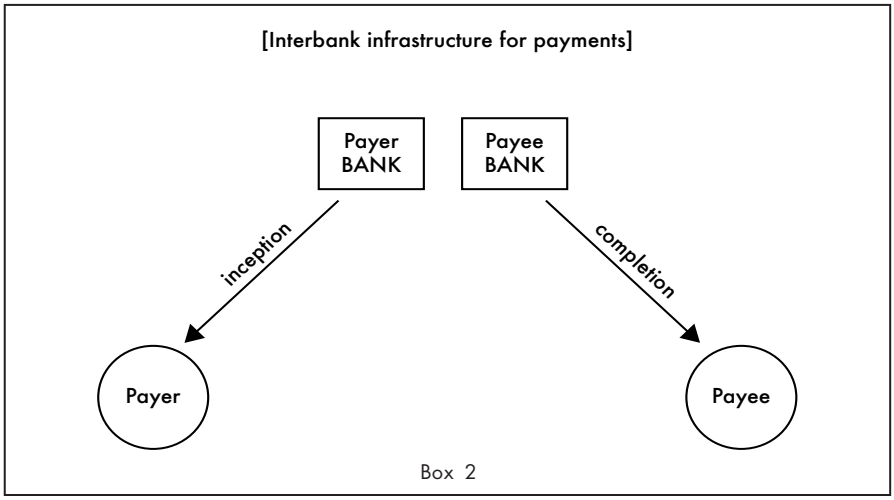
The payment service provider of the payee shall ensure that the amount of the payment transaction is at the payee's disposal immediately after that amount is credited to the payee's payment service provider's account."

C.3.2. A legal description of the process

The payee's asset being created in the credit transfer is other than the asset the payer 'used' to make the payment with. This is even more evident in credit transfers to clients of other banks, where at least two banks are involved having each a particular financial standing. That said, does novation apply also to credit transfers to clients of other banks?

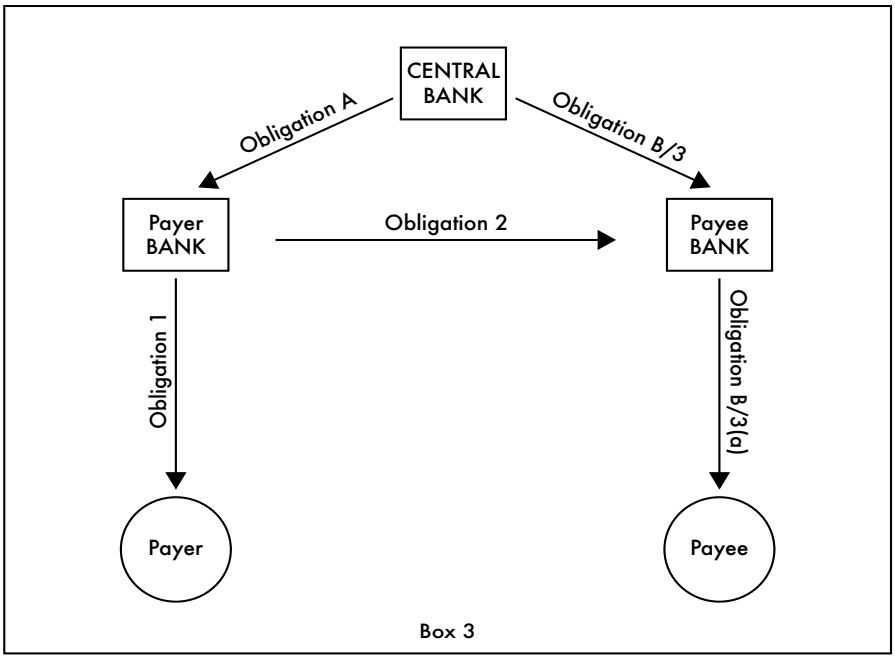
33 See among many others "The Payment System (Payments, securities and derivatives, and the role of the eurosystem)", edition of the ECB, 2010, available on the ECB's website, p. 26.

Before the credit transfer is initiated, the payer holds a credit balance with his bank, the payer bank. When the credit transfer is completed, the payee holds a credit balance with his bank, the payee bank. Comparing completion with inception, one sees a new obligation, a new debtor and a new creditor (box 2):



Box 2

Looking more closely, one can identify a series of novations. Assuming that both the payer bank and the payee bank hold payment accounts with the central bank



Box 3

and use these accounts to settle the credit transfer the process can be illustrated as in box 3.

Obligation 1 corresponds to the credit balance in the payer's account. Obligation 1 is then novated into obligation 2[34]: the payer bank assumes vis-à-vis the payee bank the obligation to settle the credit transfer[35]. The payer bank still owes performance to the payer in terms of further processing the payment transaction; however this is an obligation other than obligation 1. The payer bank will use its own credit balance with the central bank to settle obligation 2. That credit balance is obligation A, owed by the central bank to the payer bank.

Obligation A is not dependent on the sequence of obligations 1 and 2. The inception of obligation A can (a) date back to a time when obligation 1 had not yet appeared, (b) coincide with the inception of obligation 1, (c) be more recent than obligation 1 or (d) occur after the novation of obligation 1 into obligation 2. Under some constellations, the execution of the credit transfer can even serve as the *raison d'être* for obligation A. In contrast with credit transfers to clients of the same bank, where settlement occurs on the books of the bank, in the case of credit transfers to clients of other banks the payer bank usually needs to have an asset of its own that can be used for the purposes of settling obligation 2[36]. Hence, the payer bank may need to procure central bank money, e.g. by entering into a credit operation carried out by the central bank. The central bank would make the amount of the operation available by crediting the account that the payer bank holds with the central bank, creating thus obligation A. How exactly is obligation A used for the settlement of obligation 2?

"*[There can be a case] where by means of the same contract a novatio duplex is carried out; e.g. person A owes a thousand to person B, while person B owes a thousand to person C; if person B instructs person A to promise a thousand to person C for the purposes of both debts' replacement and extinguishment (A to B debt and B to C debt), [then] this result is reached by means of the novation contract [concluded] on this matter between A and C*". This was Balis' description of *novatio duplex* and

34 The eventual creation of Obligation B/3 could be seen as a condition for the novation, in the meaning of GCC Article 201 et seq.

35 For credit transfers in euro within the area comprising the European Economic Area (EU + Iceland, Norway and Lichtenstein), Switzerland, Monaco and San Marino, the Single Euro Payments Area (SEPA) initiative is relevant. Developed by the European Payments Council, which represents payment service providers, and pursued by the European Union, SEPA has aimed at the integration of the euro payments market predominantly by means of developing rulebooks at inter-bank level for certain basic payment services that banks and other payment service providers provide to their clients. The SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (v. 8.1) in particular, provides in its section 5.2 that such rulebook is a multilateral agreement comprising contracts between [...] each Scheme Participant and every other Scheme Participant. A strong indication that obligation 2 typically occurs in credit transfers can be found in section 5.7 of the aforementioned rulebook according to which the Originator Bank (payer bank) shall provide to the Beneficiary Bank (payee bank) the payment value.

36 At the beginning of the process, the payer bank debits the payer's account. This represents for the payer bank a mere eventual discharge of its obligation vis-à-vis the payer on the liability side of the bank's balance sheet; it does not provide the payer bank with an asset.

the situation at hand seems to fit into this, with the payer bank as person B, instructing the central bank (person A) to novate with the payee bank (person C)

Settlement finality

In the area of the interbank infrastructure for payments, the term 'finality' is traditionally used to denote the moment a settlement becomes 'irrevocable and unconditional'. In the light of Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement systems[37], the concept of finality is mainly associated with the reduction of insolvency-related risks resulting from participation in payment, clearing and settlement systems and is of particular importance in the event of insolvency proceedings being opened against the entity issuing the transfer order[38]. However, the 'irrevocability' aspect may prove useful in other respects as well.

Assuming in the example of box 3 that the payer bank and the payee bank are both direct participants in TARGET2 (the real-time gross settlement system owned and operated by the Eurosystem) and wish to use the same to settle obligation 2, the payer bank would need to enter a payment order in the form of a credit transfer order into TARGET2, i.e. an instruction to make funds available to a payee bank by means of a book entry on the latter's TARGET2 payment module account. Under Article 22 of the Harmonised Conditions for the Opening and Operation of a payment module account in TARGET2[39] a payment order may be revoked until the moment that the relevant participant's payment module account is debited. This rule is known to the payee bank and applies equally to the payment orders that such bank makes in turn.

Box 4

both obligation A and obligation 2 into obligation B/3. The concept of settlement finality is the key to such approach (box 4).

The combined effect of the payer bank's account with the central bank being debited and the payment order becoming irrevocable, is that the payer bank has no more a credit balance with the central bank that the payer bank could in theory seek to use for another payment competing with the payment order it already entered. Hence, the payer bank has alienated one of its assets, the balance of its account with

37 OJ L 166, 11.6.1998. p. 45.

38 The Payment System (Payments, securities and derivatives, and the role of the eurosystem), op. cit. of the ECB, p. 145 *et seq*.

39 Annex II of the Guideline of the ECB of 5 December 2012 on a Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system (TARGET2) (recast) ECB/2012/27, OJ L 30, 30.1.2013, p.1. Article 8.1 of the same Guideline stipulates that each euro area national central bank shall adopt arrangements implementing the harmonised conditions.

the central bank. For intangible assets that are transferred by novation such as in the case of scriptural money, this kind of alienation is the equivalent of the transfer of ownership over tangible assets, such as cash. It would be reasonable to consider that at the moment the account of the payer bank with the central bank is debited *novatio duplex* occurs with obligation A and obligation 2 being novated into obligation B/3. The eventual credit entry into the account that the payee bank holds with the central bank will merely document rather than constitute obligation B/3.

The process described so far resulted in the ultimate replacement of obligation 1 with obligation B/3 which represents an asset for the payee bank. This change triggers the contractual and possibly statutory[40] duties of the payee bank that were described in Part C.3.1 above. The duty of the payee bank to make the credit transfer amount available to the payee is by definition a monetary obligation (Ob. B/3(a)). Obligation B/3(a) coexists with obligation B/3.

D. Bank transfers from the perspective of the payer (debtor) - payee (creditor) relationship

L.N. Georgakopoulos remarks that the discharging effect of the payment by the bank to the payee is included partly in the payer-payee relationship but mainly in the bank-payee relationship[41]. The first subpart of Part D presents the response given on the discharging effect of bank transfers by two different drafters, namely UNCITRAL and the drafters of the U.S. Uniform Commercial Code. The second subpart discusses the same matter from an EU perspective. The first and second subparts concern mainly the credit transfers to clients of other banks. The last subpart uses Greek law references to present a comprehensive approach to credit transfers, both within the same bank and to other banks.

D.1. An international and a US perspective

D.1.1.UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers of 1992

The UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers of 1992[42] gives a useful illustration of the completion of credit transfer[43]. According to Article 19 of

40 Depending on the exact way the PSD has been implemented into national law.
41 Op. cit., p. 680.
42 Available on the website of the United Nations Commission on International Trade Law (http://www.uncitral.org).
43 Although this model law was drafted to apply to international credit transfers, none of the substantive rules in the Model Law were meant to be appropriate only for international credit transfers (paragraph 14 of the UNCITRAL secretariat's explanatory note).

the Model Law, a credit transfer is completed when the beneficiary's bank accepts a payment order for the benefit of the beneficiary. According to the same Article, when the credit transfer is completed, the beneficiary's bank becomes indebted to the beneficiary to the extent of the payment order accepted by it. As per the explanatory note that was prepared by the UNCITRAL Secretariat, at the point the credit transfer is completed the banking system has completed its obligations to the originator. It is the beneficiary's concern if after that point the beneficiary's bank fails to act properly.

Article 19 of the Model Law is accompanied in a footnote by the following:

"*If a credit transfer was for the purpose of discharging an obligation of the originator to the beneficiary that can be discharged by credit transfer to the account indicated by the originator, the obligation is discharged when the beneficiary's bank accepts the payment order and to the extent that it would be discharged by payment of the same amount in cash.*"

As per the explanatory note that was prepared by the UNICTRAL secretariat many delegates to UNCITRAL thought that the Model Law should contain such rule while other delegates did not believe that a rule on discharge of an obligation arising out of contract or otherwise should be included in a law on the banking transaction or did not believe that the rule proposed was correct. Therefore the position finally taken in UNCITRAL was to include the rule in a footnote "*for States that may wish to adopt it*".

D.1.2. U.S. Uniform Commercial Code (UCC)[44]

UCC Section 4A-406 is entitled "Payment by Originator to Beneficiary; Discharge of underlying obligation". Subsection (a) provides in broad terms that the originator of a funds transfer pays the beneficiary of the originator's payment order (i) at the time a payment order for the benefit of the beneficiary is accepted by the beneficiary's bank in the funds transfer and (ii) in an amount equal to the amount of the order accepted by the beneficiary's bank, but not more than the amount of the originator's order.

As doctrine points out with reference also to the official comments to the UCC, this provision suggests that payment by the originator to the beneficiary is accomplished by providing to the beneficiary the obligation of the beneficiary's bank to pay[45].

44 UCC is not a federal law, but a product of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the American Law Institute. Both of these organizations are private entities that recommend the adoption of UCC by state governments. All states and territories of the U.S. have enacted some version of UCC. (Source: https://www.sba.gov). UCC provisions presented in this Article are sourced from the Legal Information Institute of the Cornell Law School at https://www.law.cornell.edu/ucc . The Institute's collection aims to show each section of the UCC in the version which is most widely adopted by states.

45 Benjamin Geva, The Law of Electronic Funds Transfers, first published in 1992 (looseleaf, updated annually), par. 2.11[4].

This obligation arises when the beneficiary's bank accepts a payment order and is set out in UCC Section 4A-404(a) that corresponds in a way to Article 73(1) of the PSD.

UCC Section 4A-406 further provides in its subsection (b) that if payment is made to satisfy an obligation, the obligation is discharged to the same extent discharge would result from payment to the beneficiary of the same amount in money, *unless* (i) the payment was made by a means prohibited by the contract with respect to the obligation, (ii) the beneficiary, within a reasonable time after receiving notice of receipt of the order by the beneficiary's bank, notified the originator of the beneficiary's refusal of the payment, (iii) funds with respect to the order were not withdrawn by the beneficiary or applied to a debt of the beneficiary, and (iv) the beneficiary would suffer a loss that could reasonably have been avoided if payment had been made by a means complying with the contract. The conditions (i) – (iv) have to apply cumulatively and are designed to protect the beneficiary from default by the beneficiary's bank[46]. Interestingly, subsection (b) of UCC Section 4A-406 concludes by providing that if payment by the originator does not result in discharge, the originator is subrogated to the rights of the beneficiary to receive payment from the beneficiary's bank.

In Part B.4 above it was assumed that the debtor and creditor have agreed to use commercial bank money. Allowing ourselves to think for a moment under the UCC under the same assumption, condition (i) of UCC Section 4A-406(b) would not be met and hence acceptance of the payment order by the beneficiary's bank would in any case constitute discharge of the originator's obligation. The beneficiary would be left with the loss caused by its bank's default (UCC Section 4A-406(b), point (iv)) even if both of the other conditions set out in UCC Section 4A-406(b), points (ii) and (iii), were met.

D.2. A European Union perspective

D.2.1. The ruling in C-306/06 01051 Telecom GmbH v. Deutsche Telecom AG

"*At what point a payment by bank transfer may be regarded as having been made on time in a commercial transaction, thus excluding the possibility that the debt may give rise to the charging of interest for late payment within the meaning of Article 3(1)(c)(ii) of Directive 2000/35?*". These were the words used by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in C-306/06 *01051 Telecom GmbH v. Deutsche Telecom AG* to rephrase the question that Oberlandesgericht Köln had referred to the CJEU for a preliminary ruling[47]. The referral concerned the interpretation of the

46 Id.
47 Paragraph 17 of the judgment.

then Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions[48].

Article 3(1)(c)(ii) of Directive 2000/35/EC read as follows: "*[…] the creditor shall be entitled to interest for late payment to the extent that […] he has not received the amount due on time, unless the debtor is not responsible for the delay*". It is crucial to note that what the referring Court was "confronted" with was a majority judicial view in Germany that, in principle, in the case of payment by bank transfer performance is regarded as effected in time if, firstly, the transfer order is given to the debtor's financial institution before the time-limit for payment expires; secondly there are sufficient funds in the debtor's account or he has a line of credit in a sufficient amount; and, finally, the financial institution accepts the transfer order within the time-limit[49].

The CJEU found in said case C-306/06 that it is explicit in the wording of the provision in question that a debtor's payment is regarded as late where the creditor does not have the sum owed at his disposal on the due date and that in the case of payment by bank transfer, only the crediting of the amount due to the creditor's account will enable him to have the sum at his disposal[50]. The CJEU ruled that Article 3(1)(c)(ii) of Directive 2000/35/EC is to be interpreted as meaning that it requires, in order for a payment by bank transfer to prevent, or put an end to, the application of interest for late payment, that the sum due be credited to the account of the creditor within the period for payment.

D.2.2. The relevance of the ruling in C-306/06 for the discharging effect of bank transfers

Although the ruling interprets a given provision for the purposes of Directive 2000/35/EC, it would be quite paradoxical to disregard it when discussing the discharging effect of bank transfers. If a commercial debt is to bear interest for late payment unless the creditor's account is credited on time, then such debt cannot be deemed discharged before the creditor's account is credited. In this regard, the ruling is rightfully mentioned in 'Mann on the legal aspects of money' to support, or provide a parallel to, the position presented therein under English law that payment can only be deemed to be made when the necessary credit entry has been made to the creditor's account, "for it is only at that point that the creditor will acquire the immediate and unconditional use of his money which […] is an essential ingredient of payment".[51]

48 OJ L 200, 8.8.2000, p. 35.
49 Paragraph 14 of the judgment.
50 Paragraph 23 of the judgment.
51 Mann on the legal aspects of money, 7th edition, 2012, paragraph 7.25.

Directive 2000/35/EC was repealed and replaced by recast Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions[52]. In paragraph 17 of the 2011 Directive's recital it is stated that a debtor's payment should be regarded as late, for the purposes of entitlement to interest for late payment, where the creditor does not have the sum owed at his disposal on the due date, provided that he has fulfilled his legal and contractual obligations. This wording seems to reflect the logic of the CJEU's judgment in C-306/06, yet the relevant provision (now in Article 3(1)(b)) still refers to the creditor receiving the amount due without elaborating on the meaning of receipt.

D.2.3. The discharging effect of bank transfers in light of the PSD

What would the CJEU's ruling be if a case such as C-306/06 were to be determined under EU law as it stands today, after the adoption of the PSD? Most probably the CJEU would still rule against the earlier German law position as reported by the referring national Court in C-306/06. That said, would the CJEU go that far as to rule that payment is not received before the creditor's account is credited?

In Part C.3.1 above, reference was made to Article 69, paragraphs 1 and 2, of the PSD. These provisions have to be read in conjunction with the scope of application set out in Article 68 of the PSD and concern primarily execution time. That said, by reading Article 69 alongside other provisions of the PSD such as Articles 73 and 75, a certain allocation of work is revealed between the payer bank and the payee bank. This allocation of work is reflected into the standard terms under which banks stand ready to provide payment services to payers and payees, as shown in Part C.3.1. Normally, the payment service offered to the payer would not go beyond the crediting of the account of the payee bank. For credit transfers to clients of other banks, it is doubtful whether a debtor can ever find a bank willing to undertake to have the creditor's account credited.

Hence, it would be unadvisable for a debtor to promise to his creditor that he will arrange for the creditor's account to be credited. Given that the debtor has agreed with his creditor to pay him by bank transfer, the legislative and contractual framework under which the banks make the liability side of their balance sheet available for payments determines necessarily what is reasonable and what is not for the debtor and the creditor to agree regarding the exact way the monetary obligation will be discharged[53].

52 OJ L 48, 23.2.2011, p. 1.

53 In Mann, op. cit., paragraph 7.25, the position is presented that as between the parties payment should be treated as made when the requisite funds are received by the creditor's bank [payee bank], i.e. before they will actually have been allocated to the creditor's own account. This position is rejected later on in the analysis in Mann, however it is to some extent commented favourably in the sense that the debtor has done everything in his power to ensure payment and he should not be prejudiced by errors or delays within the creditor's bank in ensuring proper allocation – the creditor must take all the risks associated with his own choice of bank.

A parallel in the world of cash would be the shapes, colours and denominations of banknotes and coins: paying in 30-euro banknotes or in purple, triangle shaped 50-euro banknotes is impossible unless the European Central Bank can be convinced to authorize the issuance of the same.

At first there seems to be a gap. Under the PSD the payer bank arranges for the account of the payee bank to be credited, yet the payment needs to be received by the creditor in order to prevent or stop the accrual of interest for late payment under the Directive 2011/7/EU. Looking closer at the PSD, its Article 73, read in the light of paragraph 46 of the PSD's recital, bridges the gap.

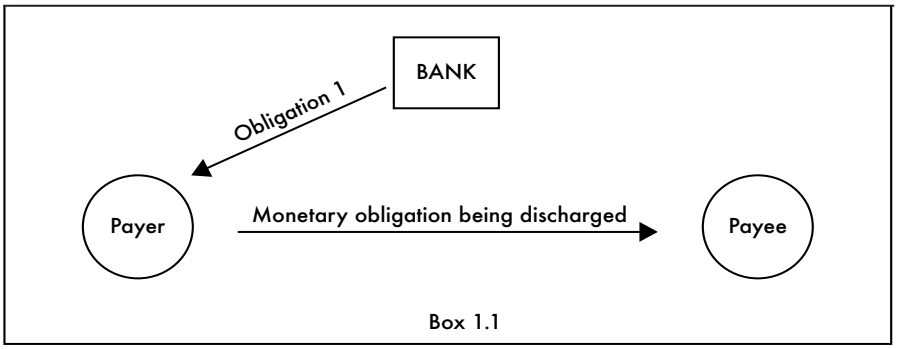
In paragraph 46 of the recital of the PSD it is stated that whenever the payment amount has been credited to the receiving payment service provider's account, the payee should immediately have a claim against his payment service provider for credit to his (the payee's) account. Arguably, this claim corresponds to the payee (creditor) bank's obligation to put the amount of the payment transaction at the payee's disposal, as per Article 73 of the PSD. Obviously these are a monetary claim and monetary obligation respectively. By the ensuing crediting of the payee's account, the payee bank does not discharge its monetary obligation; it merely records that it is indebted to the payee. It is the execution of the payment instructions that the payee-creditor, acting in turn as payer, may give to his bank, that will result in the discharge of this monetary obligation. In this respect, the payee-creditor is in receipt of scriptural, commercial bank money as from the moment the account of the payee bank is credited.

D.3. A Greek law perspective

D.3.1. Credit transfers to clients of the same bank

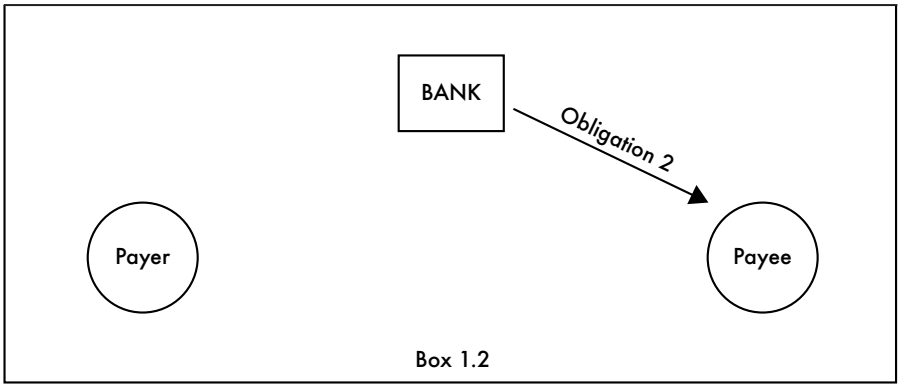
Box 1 is reproduced below to show inception and completion, now featuring also the debtor-creditor obligation (boxes 1.1 and 1.2).

Inception



Box 1.1

Completion



The *novatio duplex* approach of Part C.3.2 above could be replicated here provided irrevocability of the payment order is established. The concept of irrevocability in Part C.3.2 referred to interbank payments; here it refers to payment services provided to end users and is set out in Article 66 of the PSD. Its paragraph 1 requires Member States to ensure that the payment service user may not revoke a payment order once it has been received by the payer's payment service provider[54]. Following this point in time, revocation of payment order is subject to agreement between the payment service user and his payment service provider (Paragraph 5 of the same Article).

It follows from the above that a commercial bank could consider setting out in its standard terms for credit transfers within the bank that no revocation of a credit transfer order is ever possible after the payer's account has been debited. Once his account is irrevocably debited, the payer would have no credit balance with his bank that he could in theory seek to use for another payment competing with the payment to his creditor. At that moment *novatio duplex* would occur, with the debtor-creditor obligation and obligation 1 being novated into obligation 2. The eventual credit entry into the account of the payee will merely document rather than constitute obligation 2. L. N. Georgakopoulos makes a remark[55] that we take the liberty to use as an argument to support the approach suggested in this article; he remarks that the beneficiary of the deposit is either the payer-debtor or the payee-creditor, not the bank, hence there can be no gap between debiting the payer and crediting the payee.

54 Paragraphs 2 and 3 of the same Article are not relevant to credit transfers.
55 Op. cit., p. 681.

D.3.2. Credit transfers to clients of other banks

Leonidas N. Georgakopoulos gives the following description (our loose translation)[56]: *The depositor may be holding accounts with more than one bank and instruct one of them to send to his account with another bank a certain amount or he may be owing money to a creditor of his, holding an account with another bank (as a third party who may receive the performance in the meaning of Article 417 of the Greek Civil Code [solutionis causa adjectus]). Here again [as in the case of credit transfers to clients of the same bank], the instruction the bank is given is not about the payment of an amount of money as such, but about the creation of a monetary claim against a given bank and the giving of proof [of the same] via an entry in the account."*.

According to Article 416 of the Greek Civil Code (GCC) obligations are discharged by performance. According to GCC Article 417, performance shall be made to the creditor or to whom the creditor or the Court or the law has permitted performance to be made. Such other person to whom performance is to be made is described as *solutionis causa adjectus*.

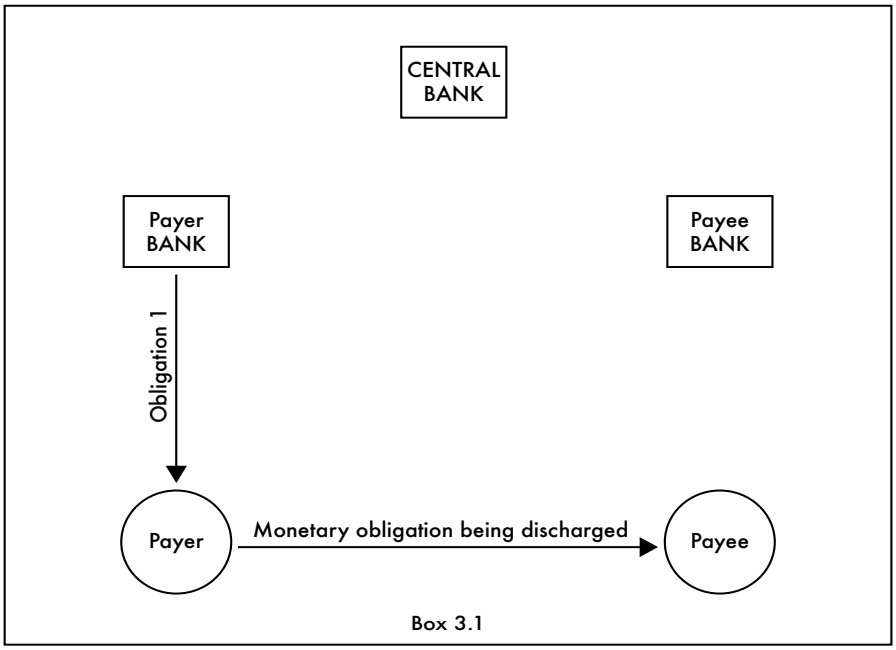
The *solutionis causa adjectus* approach accommodates the finding of Part D.2.3 that the payment service offered to the payer would normally not go beyond the crediting of the account of the payee bank. Where the creditor has permitted performance to be made to his bank, i.e. a person other than the creditor, the payer-debtor performs his obligation to the payee-creditor upon receipt of payment by the payee bank[57]. The weakness in this approach is that it does not encompass the claim of the creditor against his bank, a claim that L.N. Georgakopoulos refers to in the above quoted passage. This is the obligation B/3(a) of box 3.

Box 3 is reproduced below to show inception and completion, now featuring also the debtor-creditor obligation (boxes 3.1 and 3.2). Obligation 1 logically comes into the picture only after the debtor becomes indebted to his creditor. Obligation 1 is ultimately novated into Obligation B/3 which is an asset for the payee bank; a split second following its creation, obligation B/3 can be 'used' by the payee bank, for example to make a payment as payer bank for one of its other clients. Obligations 1 and B/3 could therefore be disregarded in the illustration (boxes 3.3 and 3.4):

56 L.N. Georgakopoulos, op. cit., p.677.

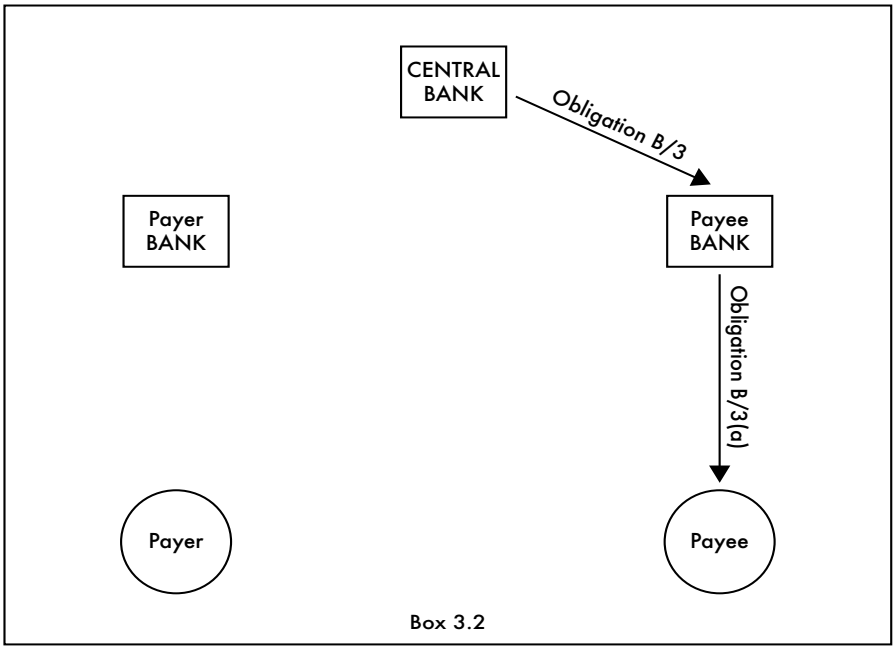
57 Mikroulea suggests (op. cit., p. 34) that the debt is discharged when the bank becomes indebted to the creditor for the transferred amount and that this happens by having the creditor's account credited. In the same direction see also Psyhomanis, op. cit, p. 161, par 589.

Inception



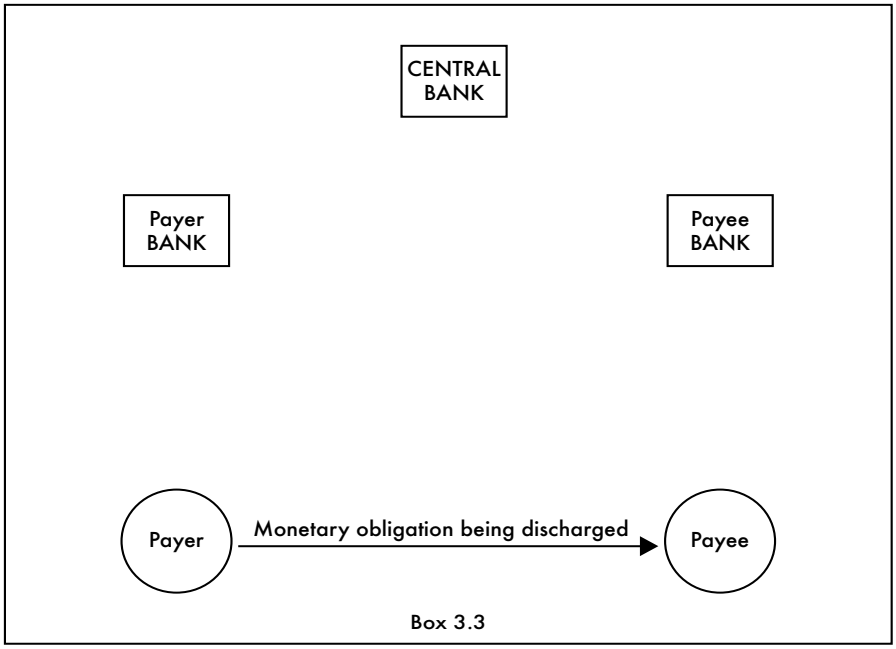
Box 3.1

Completion



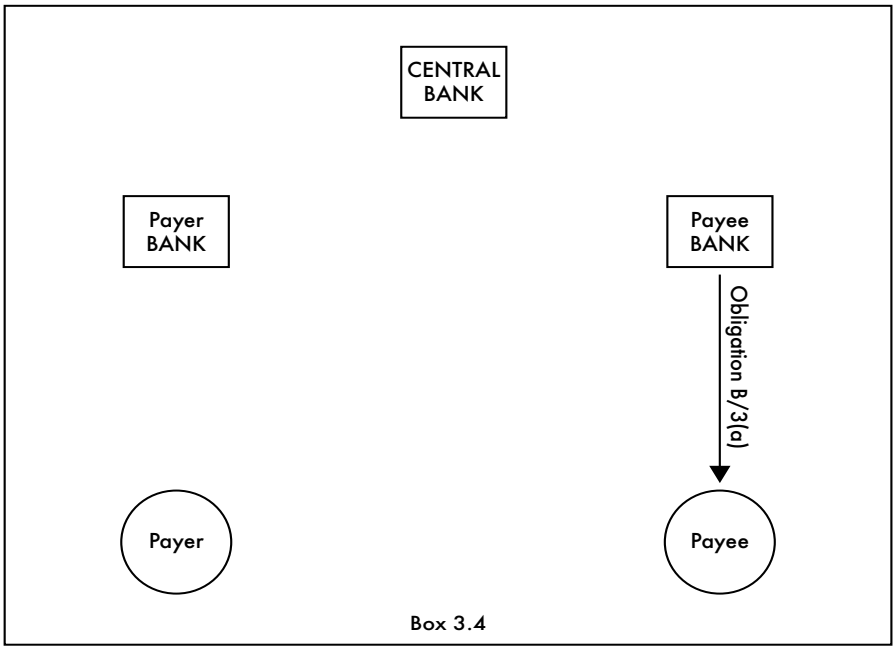
Box 3.2

Inception



Box 3.3

Completion



Box 3.4

Arguably, the debtor's obligation to his creditor is novated into obligation B/3(a). The debtor 'used' obligation 1 in order to have obligation B/3 created and trigger this novation.

E. Concluding remarks

Discharging a monetary obligation by bank transfer consists in the obligation of the payer-debtor to the payee-creditor being novated into an obligation of the payee bank to its client, the payee-creditor. Once created through novation, this new financial monetary obligation is documented by a credit entry in the payee's account and evolves in its own way.

By consequence, the answer to the question presented at the beginning of this article is straightforward for credit transfers. Each of the debtor and the creditor bears the risk of his bank not delivering on the monetary obligation that lies behind any credit balance in the respective client's account. With emergency restrictive measures on transactions and bank resolution measures having become part of the legal landscape, this might be seen as an unjust result for creditors. Ahead of any such criticism, one should consider that in an ever moving economy every creditor is in turn a debtor seeking for his own outgoing bank transfers same level of legal certainty as for cash payments.

Μαρία Γ. Δόκα*

Οι περιορισμοί του ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου στην ανώνυμη εταιρία

Α. Η διαμόρφωση του δικαιώματος πληροφόρησης των μετόχων στην ανώνυμη εταιρία

Ι. Νομική θεμελίωση και σημασία

Το δικαίωμα των μετόχων, να ζητήσουν από το Διοικητικό Συμβούλιο της ανώνυμης εταιρίας πληροφόρηση για τις εταιρικές υποθέσεις, ανήκει στον πυρήνα των δικαιωμάτων που απορρέουν από την εταιρική συμμετοχή. Μετά την τροποποίηση του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας από το ν. 3604/2007 διαμορφώνεται πλέον και ως ατομικό δικαίωμα κάθε μετόχου, κατά το πρότυπο αλλοδαπών δικαίων και σύμφωνα με τις συστάσεις της θεωρίας και των αρχών της εταιρικής διακυβέρνησης[1], αν και εκφράζονται και σχετικές αντιρρήσεις[2].

Το δικαίωμα πληροφόρησης αποτελεί ατομικό, θεμελιώδες δικαίωμα που είναι άρρηκτα συνδεδεμένο με την εταιρική συμμετοχή[3], συγκαταλέγεται στα διοικητικά δικαιώματα του μετόχου και ανήκει σε κάθε μεμονωμένο μέτοχο, όχι στη γενική συνέλευση[4]. Απώτερη θεμελίωση έχει το συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμα της ιδιοκτησίας[5].

Οι μέτοχοι της εταιρίας, ιδίως οι μέτοχοι της μειοψηφίας που δεν εκπροσωπού-νται από πρόσωπο της επιλογής τους στο Διοικητικό Συμβούλιο, δεν γνωρίζουν τις εται-

---

* Δ.Ν., LLM (Bonn), Δικηγόρος της Τράπεζας της Ελλάδος.

1 *Μαρίνος*, Ο «αποχρών ουσιώδης λόγος» ως όριο του ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου κατά το άρθρο 39 παρ. 4 ν. 2190/1920, ΔΕΕ 2008, 466.

2 *Μούζουλας*, Εταιρική διακυβέρνηση (Corporate Governance) – Διεθνής εμπειρία, ελληνική πραγματικότητα, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 412, σύμφωνα με τον οποίον η χορήγηση του δικαιώματος πληροφόρησης σε μια μειοψηφία θέτει τους μετόχους που συγκεντρώνουν το απαιτούμενο ποσοστό σε ευνοϊκότερη μοίρα από τους λοιπούς, η ευνοϊκότερη όμως μεταχείριση θεμελιώνεται στην ύπαρξη της μειοψηφίας του συγκεκριμένου ποσοστού, ενώ η ισότητα μεταξύ των μετόχων δεν θίγεται, καθώς στη μειοψηφία δικαιούται να συμμετάσχει οποιοσδήποτε μέτοχος.

3 *K. Schmidt*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, Heidelberg 1984, σελ. 21 επ., *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, Ζητήματα από το νέο δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας, Εκδ. Δίκαιο και Οικονομία, Σάκκουλας, 2009, σελ. 271-273, 276-277.

4 *Geßler*, Aktiengesetz Kommentar, § 131, αριθμ. 18. Για το δικαίωμα πληροφόρησης μέλους Διοικητικού Συμβουλίου ανώνυμης εταιρίας, το οποίο είναι αυτοτελές και προσωποπαγές και ασκείται από το ίδιο το μέλος και όχι μέσω του Διοικητικού Συμβουλίου βλ. ΜΠρωτΘεσ 5358/2015.

5 *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 280, *Δρακόπουλος* σε Περάκης, Το δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας (Κατ' άρθρον ερμηνεία του κ.ν. 2190/1920), Τόμος 2, Γ' έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2010, άρθρο 39 αριθμ. 170. Βλ. επίσης από τη γερμανική έννομη τάξη τη νομολογία του Συνταγματικού Δικαστηρίου BVerfG, απόφαση της 20.9.1999, ZIP 1999, 1801 επ.

ρικές υποθέσεις στο βάθος που τις γνωρίζουν τα μέλη της διοίκησης της εταιρίας. Αυτό το γνωστικό έλλειμμα των μετόχων θέτει πολλαπλά προσκόμματα όχι μόνο στην άσκηση των δικαιωμάτων τους που απορρέουν από την εταιρική συμμετοχή, με κλασικότερο και συχνότερα αναφερόμενο στη βιβλιογραφία το δικαίωμα ψήφου, αλλά και στην ίδια τη διατήρηση της μετοχικής ιδιότητας και συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο της εταιρίας. Η πληροφόρηση που λαμβάνει ο μέτοχος διευκολύνει δηλαδή την παραμονή ή την έξοδό του από την εταιρία καθώς και εν γένει την άσκηση βασικών εταιρικών δικαιωμάτων του. Χωρίς πληροφόρηση αφενός δεν είναι δυνατή η λήψη ορθών αποφάσεων και αφετέρου δεν αναφαίνονται εναλλακτικές δυνατότητες δράσης[6]. Το δικαίωμα πληροφόρησης μεταξύ άλλων κριτηρίων χρησιμεύει για να διαφοροποιήσει την εταιρική συμμετοχή από μια αμιγώς ενοχική σχέση. Όποιος συνδράμει στην υλοποίηση ενός κοινού σκοπού, αδιαφόρως του εταιρικού ενδύματος που τούτος έχει περιβληθεί, πρέπει να έχει ένα ελάχιστο επίπεδο πληροφόρησης ως προς την εταιρία στην οποία συμμετέχει. Αλλιώς δεν δύναται να ασκήσει αποτελεσματικά τα λοιπά διοικητικά και περιουσιακά δικαιώματά του[7]. Εξάλλου, η σημασία του δικαιώματος πληροφόρησης αναγνωρίζεται και από τα συστήματα εταιρικής διακυβέρνησης, καθώς η θωράκισή του θεωρείται μέσο επίτευξης αποτελεσματικής εταιρικής διακυβέρνησης και τόνωσης της συμμετοχής των μετόχων-επενδυτών στη ζωή της εισηγμένης εταιρίας[8].

Στη Γερμανία, σύμφωνα με τη νομολογία του Συνταγματικού Δικαστηρίου[9], το δικαίωμα πληροφόρησης του άρθρου 131 του γερμ. νόμου περί α.ε. (AktG) – αντίστοιχο του άρθρου 39 ν. 2190/1920 – αποτελεί ουσιώδες, δομικό στοιχείο της εταιρικής συμμετοχής και απαραίτητη προϋπόθεση για την προστασία της ελευθερίας διάθεσης του δικαιώματος κυριότητας επί της μετοχής βάσει της συνταγματικά κατοχυρωμένης προστασίας της ιδιοκτησίας (άρθρο 14 παρ. 1 του γερμ. Συντάγματος – GG), κατά τον ίδιο τρόπο εξάλλου που, κατά πάγια νομολογία, εμπίπτει στην ίδια συνταγματική προστασία το περιουσιακό δικαίωμα που ενσωματώνει η μετοχή. Η επέκταση της συνταγματικής αυτής προστασίας στο δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου έχει ιδιαίτερο ενδιαφέρον, ιδίως αν λάβει κανείς υπ' όψιν τη διαπίστωση του γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου, ότι είναι επιτρεπτοί και περιορισμοί του καλυπτόμενου, από την προστασία της ιδιοκτησίας, δικαιώματος.

Αυτό που κάνει όμως την ενασχόληση με το δικαίωμα πληροφόρησης ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα είναι όχι μόνο η πρακτική του σημασία για την άσκηση των λοιπών δικαιωμάτων του μετόχου, όπως προαναφέρθηκε, αλλά και το γεγονός ότι το δικαίωμα πληροφόρησης εντοπίζεται στο σημείο τομής διαφορετικών συμφερόντων, μεταξύ

6 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 466.
7 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 467.
8 *Μούζουλας*, Εταιρική διακυβέρνηση, σελ. 402, *Παναγιωτοπούλου* σε Αντωνόπουλος/Μούζουλας, Ανώνυμες Εταιρίες, Τόμος ΙΙ, Εκδ. Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, άρθρο 39 αριθμ. 64.
9 BVerfG, απόφαση της 20.9.1999, ZIP 1999, 1801 επ.

των οποίων ο νόμος και η νομολογία των δικαστηρίων επιχειρούν να επιτύχουν ισορροπία: από τη μία βρίσκεται η εύλογη επιθυμία του μετόχου να αποσπάσει όσο το δυνατόν περισσότερες πληροφορίες από το Δ.Σ. της εταιρίας, ενώ από την άλλη το Δ.Σ. συχνά θέλει να αρνηθεί την παροχή των αιτούμενων πληροφοριών για διάφορους λόγους, που σχετίζονται είτε με την προστασία των συμφερόντων της εταιρίας είτε με την προστασία των συμφερόντων των μελών του[10]. Το ΔΣ της εταιρίας δηλαδή δεν επιδεικνύει συνήθως προθυμία να χορηγήσει πληροφορίες στους μετόχους, διότι από αυτές κρίνεται πολλές φορές ο τρόπος διαχείρισης της εταιρίας αλλά και διότι η παροχή ευαίσθητων πληροφοριών μπορεί να καταστεί επικίνδυνη για την εταιρία, αφενός διότι οι πληροφορίες δίνονται δημοσίως, ενώπιον της γενικής συνέλευσης, αφετέρου διότι οι μέτοχοι δεν υπέχουν κατά κανόνα υποχρέωση εχεμύθειας[11]. Ο μέτοχος, όμως, που ούτως ή άλλως δεν συμμετέχει στη διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων, είναι αναγκασμένος να αποκτά τις σχετικές πληροφορίες μόνο μέσω ενημέρωσης εκ μέρους της διοίκησης, αφού μάλιστα δεν έχει δικαίωμα πρόσβασης στα βιβλία και τα έγγραφα της εταιρίας[12]. Το γνωστικό έλλειμμα των μετόχων μετριάζεται βέβαια από το πλέγμα των διατάξεων που αφορούν την υποχρεωτική δημοσιότητα στις ανώνυμες εταιρίες (Γ.Ε.ΜΗ., αποφάσεις Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς, ν. 3556/2007 για τις υποχρεώσεις διαφάνειας και πληροφόρησης από εκδότες κινητών αξιών εισηγμένων σε οργανωμένη αγορά κ.λπ.), καθώς και από την παροχή πληροφοριών από το Δ.Σ. προς τη γενική συνέλευση ως όργανο βάσει του κ.ν. 2190/1920 (υποβολή προς έγκριση στη γενική συνέλευση των ετήσιων οικονομικών καταστάσεων, υποβολή της ετήσιας έκθεσης διαχείρισης του Δ.Σ. – άρθρα 34 παρ. 1 και 43 παρ. 3, αντίστοιχα – υποβολή έκθεσης που αναλύει το σχέδιο σύμβασης συγχώνευσης – άρθρο 69 παρ. 4 – και διάσπασης – άρθρο 82 παρ. 5)[13]. Δεν εκμηδενίζεται όμως, γι' αυτό και το δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας προβλέπει ιδιαίτερο δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου στο άρθρο 39 παρ. 4 έως 6, το οποίο συμπληρώνει το σύστημα δημοσιότητας της ανώνυμης εταιρίας[14].

Το – ατομικό πλέον – δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου εξισορροπεί όχι μόνο το γνωστικό έλλειμμα του μετόχου έναντι της διοίκησης της εταιρίας, αλλά και το γνωστικό έλλειμμα του μετόχου της μειοψηφίας έναντι του μετόχου της πλειοψηφίας, αφού ο τελευταίος δεν εξαρτάται από την υποχρέωση πληροφόρησης που υπέχει το Δ.Σ. προς τη συνέλευση της εταιρίας σύμφωνα με το άρθρο 39, αλλά κατά κανόνα μπορεί να λάβει την αιτούμενη πληροφορία και χωρίς εκπλήρωση της εν λόγω υποχρέωσης. Από την άλλη πλευρά βέβαια τίθεται το εύλογο ερώτημα ποια

10 *Eckardt* σε Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz 1974, § 131, αριθμ. 2.
11 *Ρόκας*, Εμπορικές εταιρίες, 7η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, σελ. 416.
12 *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Auflage, 2001, σελ. 240, αριθμ. 39.
13 Τα παραπάνω αναφέρονται ως συλλογικά δικαιώματα πληροφόρησης, που ως νομικό θεμέλιο έχουν την υποχρέωση λογοδοσίας του Δ.Σ. έναντι των μετόχων, βλ. *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 275 επ.
14 Σχετικά βλ. *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 267-268.

είναι η έκταση της πρακτικής χρησιμότητας του δικαιώματος πληροφόρησης μεμονωμένου μετόχου ή μετόχων μειοψηφίας, που, λόγω ακριβώς του μεγέθους της συμμετοχής τους στην εταιρία, δεν είναι σε θέση να επηρεάσουν την απόφαση που πρόκειται να λάβει η εταιρία και την οποία αφορούν οι αιτούμενες πληροφορίες. Μάλιστα, και προς επίρρωση του προβληματισμού αυτού, το ατομικό δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου συνοδεύεται μεν από δικαστικά αγώγιμη αξίωση σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. 6 ν. 2190/1920, η οποία όμως αφορά μόνο τη διάγνωση του αβάσιμου της αιτιολογίας άρνησης παροχής των πληροφοριών στον αιτούντα μέτοχο και την αντίστοιχη καταδίκη της εταιρίας από το δικαστήριο να παράσχει τις εν λόγω πληροφορίες. Δεν αφορά την ακύρωση της ίδιας της απόφασης της γενικής συνέλευσης, την οποία αφορούν οι αρνηθείσες κρίσιμες πληροφορίες, αφού η ακύρωση συνιστά δικαίωμα μειοψηφίας και όχι ατομικό[15], και προϋποθέτει έγερση σχετικής αγωγής δυνάμει του άρθρου 35α παρ. 2 και 3 από μετόχους που αφενός ζήτησαν τις πληροφορίες, αφετέρου εκπροσωπούν το 1/20 του μετοχικού κεφαλαίου. Επομένως δεν είναι καν δυνατή η μεταγενέστερη, μετά την άρνηση δηλαδή παροχής πληροφοριών σε αίτημα μεμονωμένου μετόχου, υποστήριξη μιας τέτοιας αγωγής ακύρωσης από λοιπούς μετόχους. Απαραίτητη είναι η εξαρχής υποβολή αιτήματος από την ως άνω μειοψηφία. Ωστόσο, το ατομικό δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου παραμένει σημαντικό, διότι αποτελεί βάση και προϋπόθεση ορθής άσκησης όχι μόνο του δικαιώματος ψήφου, αλλά όλων των δικαιωμάτων που προαναφέρθηκαν και απορρέουν από την εταιρική συμμετοχή, ενώ εξασφαλίζει στον μέτοχο την απαραίτητη γνώση προκειμένου όχι μόνο να συμμετέχει στη λήψη αποφάσεων, που όντως σε πολλές περιπτώσεις δεν μπορεί να επηρεάσει λόγω του μεγέθους της συμμετοχής του, αλλά και να αποφασίζει για την ίδια την παραμονή του στην εταιρία. Εξάλλου, ακόμη και το ζήτημα της αδυναμίας επιρροής των αποφάσεων της συνέλευσης μπορεί να αποδειχθεί σχετικό, αφού υποκείμενο του δικαιώματος πληροφόρησης είναι μεν ατομικά ο κάθε μέτοχος, αποδέκτης ωστόσο των πληροφοριών είναι, σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. 4, η γενική συνέλευση. Επομένως, κοινωνός της γνώσης των αιτούμενων, κρίσιμων για τη λήψη αποφάσεων, πληροφοριών γίνεται το σύνολο των μετόχων που συμμετέχουν στη γενική συνέλευση και που θα λάβουν τις αποφάσεις. Η γνώση αυτή που μοιράζονται όλα τα μέλη της γενικής συνέλευσης μπορεί ενδεχομένως, και εφόσον πράγματι είναι κρίσιμη, να επηρεάσει τη λήψη αποφάσεων, παρόλο που ο μεμονωμένος μέτοχος-φορέας του δικαιώματος πληροφόρησης αδυνατεί.

15 Αντιθέτως στο γερμανικό δίκαιο το δικαίωμα έγερσης αγωγής ακύρωσης της απόφασης γενικής συνέλευσης λόγω άρνησης παροχής πληροφοριών κατόπιν αιτήματος μεμονωμένου μετόχου διαμορφώνεται ως ατομικό δικαίωμα σύμφωνα με το άρθρο 243 παρ 4 γερμ. νόμου περί α.ε. (AktG). Αυτό σημαίνει πως το δικαίωμα πληροφόρησης στο γερμανικό δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας προσφέρει έδαφος άσκησης όλων των ατομικών δικαιωμάτων και δικαιωμάτων μειοψηφίας των μετόχων, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος έγερσης αγωγής ακύρωσης απόφασης γενικής συνέλευσης, βλ. σχετικά *Baums*, Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären? Gutachten F für den 63. Deutschen Juristentag, σελ. F132.

Γενικώς πάντως υποστηρίζεται η ανάγκη ευρείας ερμηνείας των σχετικών διατάξεων προς την κατεύθυνση της μεγαλύτερης ενημέρωσης των μετόχων[16], ωστόσο επέκταση του δικαιώματος πληροφόρησης βάσει της καλής πίστης, πέραν των όσων προβλέπει το άρθρο 39, δεν φαίνεται δυνατή[17].

Και μετά την εισαγωγή του ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης μετόχου διατηρήθηκαν τα δικαιώματα πληροφόρησης της μικρής (1/20) και της μεγάλης (1/5) μειοψηφίας. Βασικές διαφορές μεταξύ ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης και δικαιώματος της μικρής (1/20) μειοψηφίας είναι, πέραν του είδους των πληροφοριών που ρητώς αναφέρονται στο νόμο (ποσά που καταβλήθηκαν κατά την τελευταία διετία σε μέλη ΔΣ ή διευθυντές της εταιρίας, καθώς και κάθε παροχή προς τα πρόσωπα αυτά από οποιαδήποτε αιτία), ότι δεν απαιτείται οι αιτούμενες πληροφορίες να είναι συγκεκριμένες και χρήσιμες για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης. Σε σχέση με τη μεγάλη μειοψηφία (1/5), βασική διαφορά, πέραν των παραπάνω, είναι ότι η μεγάλη μειοψηφία μπορεί να ζητήσει πληροφορίες για την περιουσιακή κατάσταση της εταιρίας εν γένει, πέρα από την πορεία των εταιρικών υποθέσεων.

II. Το ατομικό ή το εταιρικό συμφέρον ως κριτήριο άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης

Σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη του άρθρου 39 παρ. 4 ν. 2190/1920, το Δ.Σ. ανακοινώνει τις αιτηθείσες πληροφορίες στη γενική συνέλευση και όχι προσωπικά στον αιτούντα μέτοχο, και μάλιστα χωρίς να εξετάζεται εάν ο τελευταίος παρίσταται στη συνεδρίαση. Δεν είναι δυνατόν να ζητηθεί η παροχή πληροφοριών μόνο σε ορισμένο μέτοχο με βάση το δικαίωμα του άρθρου 39 παρ. 4, διότι κάτι τέτοιο αντιβαίνει στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των μετόχων, και ενδεχομένως καθιστά κάποιους μετόχους κοινωνούς πληροφοριών εμπιστευτικού χαρακτήρα, που δεν γνωρίζουν οι άλλοι μέτοχοι[18]. Το ατομικό δικαίωμα ενημέρωσης συνεπώς αποβαίνει προς όφελος όλων των μετόχων – τουλάχιστον αυτών που συμμετέχουν στη γενική συνέλευση – τους οποίους τεκμαίρεται ότι ενδιαφέρουν οι αιτούμενες πληροφορίες. Υπό αυτή την έννοια το εν λόγω δικαίωμα προσεγγίζει στη σύλληψή του το δικαίωμα έγερσης εταιρικής αγωγής, όπου ο μέτοχος ζητά την καταβολή της αποζημίωσης στην εταιρία, δηλαδή όχι σε αυτόν, αλλά στο σύνολο των μετόχων της, που θα επωφεληθούν από την αποζημίωση. Το γεγονός όμως ότι δέκτης των πληροφοριών είναι, για δικαιοπολιτικά ορθούς λόγους, η γενική συνέλευση των μετόχων, δεν σημαίνει ότι το ίδιο το ατομικό δικαίωμα του κάθε μετόχου θα πρέ-

16 *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ, 2010, άρθρο 39 αριθμ. 167, *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 286.

17 *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ, 2010, άρθρο 39 αριθμ. 167.

18 *Μούζουλας*, Ν. 3604/2007 για την αναμόρφωση και τροποποίηση του κ.ν. 2190/1920 περί ανωνύμων εταιριών (κατ' άρθρο ερμηνεία), Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2008, άρθρο 47 σελ. 511.

πει να ασκείται όχι προς το δικό του συμφέρον, αλλά προς το συμφέρον της εταιρίας και της συνέλευσης συνολικά και συλλογικά. Σημαίνει απλώς ότι το ατομικό αυτό δικαίωμα δεν μπορεί να ασκείται μόνο επ' ωφελεία του εκάστοτε μετόχου, με την έννοια της αποκλειστικής, δικής του πληροφόρησης και στέρησης της πληροφόρησης αυτής από τα λοιπά μέλη της συνέλευσης – διότι τότε η γνωστική ασυμμετρία που υπάρχει κατά τεκμήριο στους κόλπους της ανώνυμης εταιρίας θα επεκτεινόταν πέραν από κάθετα (διοίκηση-μέτοχοι) και οριζόντια, μεταξύ δηλαδή των μετόχων. Το ατομικό δικαίωμα δηλαδή αποβαίνει προς το συμφέρον της συνέλευσης, χωρίς να εκκινεί όμως απαραιτήτως από εκεί. Στη μία περίπτωση πρόκειται για συνέπεια, στην άλλη για γενεσιουργό αιτία.

Επομένως, παρόλο που υποστηρίζεται η άποψη ότι το δικαίωμα πληροφόρησης δεν αποτελεί δικαίωμα για πληροφόρηση κάθε μεμονωμένου μετόχου, αλλά δικαίωμα [του] κάθε μεμονωμένου μετόχου προς πληροφόρηση της γενικής συνέλευσης ως οργάνου της ανώνυμης εταιρίας, και ότι το ατομικό συμφέρον του μετόχου προς πληροφόρηση πρέπει να υποχωρεί όταν δεν καλύπτεται από αντίστοιχο συμφέρον της εταιρίας[19], ορθότερο είναι ότι το δικαίωμα πληροφόρησης κατοχυρώνεται από το νόμο προς το συμφέρον του μετόχου, και όχι προς το συμφέρον της γενικής συνέλευσης ως εταιρικού οργάνου[20]. Επομένως ο μέτοχος δεν χρειάζεται να αιτιολογήσει το αίτημά του, αφού η αιτιολόγηση απορρέει eo ipso από το γεγονός ότι είναι εταιρικό μέλος[21]. Το ατομικό δικαίωμα του μετόχου δεν αποτελεί εργαλείο ελέγχου προς όφελος της γενικής συνέλευσης, αλλά δικαίωμα που απορρέει, όπως προαναφέρθηκε, από την εταιρική συμμετοχή και αποτελεί βάση και προϋπόθεση για την άσκηση των λοιπών δικαιωμάτων που απορρέουν από την εταιρική συμμετοχή και προπαντός για την ορθή άσκηση του δικαιώματος ψήφου[22]. Επομένως, το δικαίωμα πληροφόρησης αποτελεί ατομικό δικαίωμα του μετόχου που εξυπηρετεί το ατομικό του συμφέρον, και όχι απαραιτήτως το εταιρικό συμφέρον, και ως εκ τούτου δεν είναι υποχρεωμένος ο μέτοχος να το θέτει πρωτίστως στην υπηρεσία της εταιρίας, υποβιβάζοντάς το σε απλό κομμάτι της εταιρικής οργάνωσης και μετατρέποντάς το έτσι στην ουσία από ατομικό σε κοινωφελές δικαίωμα[23]. Προς την αντίθετη κατεύθυνση, ωστόσο, χαρακτηριστική είναι η ρύθμιση της παρ. 4 άρθρου 131 γερμ. νόμου περί α.ε. (AktG), σύμφωνα με την οποία, εάν κάποιος μέτοχος μαθαίνει κάποια πληροφορία εκτός γενικής συνέλευσης λόγω της ιδιότητάς του ως μετόχου, οφείλει να τη μοιραστεί στη γενική συνέλευση

19 *Zöllner*, σε Kölner Kommentar zum Aktiengesetz 1985, § 131, αριθμ. 3, 4. Υποστηρίζεται επίσης ότι το δικαίωμα πληροφόρησης, εκτός από τον χαρακτήρα του ως ατομικού δικαιώματος του μετόχου, επιτελεί και λειτουργία προς όφελος του συνόλου της γενικής συνέλευσης ως οργάνου, βλ. σχετικά BGHZ 101, 1, 15, *Henze*, Aktienrecht – Höchstrichterliche Rechtsprechung, 5. Auflage, 2002, σελ. 310 αριθμ. 828. Στην ίδια κατεύθυνση και *Eckardt* σε Geßler/Hefermehl, § 131, αριθμ. 35.

20 *Raiser*, σελ. 242, αριθμ. 43.

21 *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 274, *Δόκα*, Η απαλλαγή μελών διοίκησης κεφαλαιουχικών εταιριών από την ευθύνη τους, Δίκαιο και Οικονομία Π.Ν. Σάκκουλας, Αθήνα 2012, σελ. 68.

22 *K. Schmidt*, Informationsrechte, σελ. 49.

23 *Decher*, σε Großkomm AktG, § 131 αριθμ. 14, *Hüffer*, Aktiengesetz, 5. Auflage, § 131, αριθμ. 2.

με κάθε άλλο μέτοχο που θα το ζητήσει, ακόμη και αν η εν λόγω πληροφορία δεν είναι απαραίτητη για την πραγματική εκτίμηση αντικειμένου της ημερήσιας διάταξης[24]. Εν προκειμένω δηλαδή δίνεται σαφές προβάδισμα στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των μετόχων και προτάσσεται το συμφέρον του συνόλου σε σχέση με το ατομικό συμφέρον μεμονωμένου μετόχου.

Β. Οι περιορισμοί του ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης μετόχου

Ι. Δικαιολογητική βάση των περιορισμών του δικαιώματος πληροφόρησης

Παρόλο που η σημασία του δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου, σε σχέση ιδίως με την αποτελεσματική άσκηση των λοιπών δικαιωμάτων του που πηγάζουν από την εταιρική συμμετοχή, είναι αυταπόδεικτη, καθίσταται σαφές ότι το δικαίωμα αυτό πρέπει να υπόκειται σε περιορισμούς, οι οποίοι εξασφαλίζουν αφενός ότι ασκείται προς τον σκοπό για τον οποίο έχει προβλεφθεί, αφετέρου ότι η άσκησή του δεν προκαλεί ουσιώδη βλάβη στην εταιρία. Περαιτέρω, σκοπός των περιορισμών είναι να περιφρουρηθεί η ίδια η γενική συνέλευση, στο πλαίσιο της οποίας ασκείται το σχετικό δικαίωμα, προκειμένου να μην παρακωλύεται η διενέργειά της από τακτικές υποβολής παρελκυστικών ερωτημάτων[25].

Οι περιορισμοί του δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου στην πλειονότητά τους περιγράφονται ρητώς ή προκύπτουν άμεσα από τη διάταξη του άρθρου 39 παρ. 4 ν. 2190/1920, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Πηγάζουν όμως και από τη γενικής ισχύος απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, καθώς και από την αρχή της ισότητας, δεδομένου ότι δεν επιτρέπεται προσωπική ενημέρωση μετόχων εκτός του πλαισίου γενικής συνέλευσης που θέτει το άρθρο 39 παρ. 4, καθώς κάτι τέτοιο θα τους έθετε σε ανεπίτρεπτα ευνοϊκότερη θέση έναντι των λοιπών μετόχων που συμμετέχουν μεν στη γενική συνέλευση, δεν θα γίνονταν ωστόσο κοινωνοί της αποκλειστικά προσφερόμενης σε ορισμένους μετόχους ενημέρωσης. Την αναγκαιότητα θέσπισης περιορισμών στο δικαίωμα πληροφόρησης αναγνωρίζει ρητά και το άρθρο 9 παρ. 2 της Οδηγίας 2007/36/ΕΚ επιτρέποντας στα κράτη-μέλη, στο πλαίσιο της θέσπισης του

24 Η διατύπωση έχει ως εξής: «…auch wenn sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung nicht erforderlich ist».

25 Είναι χαρακτηριστικό ότι το γερμανικό Συνταγματικό Δικαστήριο έχει απασχοληθεί με το ζήτημα του περιορισμού – κατά περιεχόμενο αλλά και διάρκεια – του δικαιώματος υποβολής ερωτήσεων και ομιλίας στα πλαίσια της γενικής συνέλευσης, κρίνοντας συνταγματικούς τους σχετικούς περιορισμούς (BVerfG, απόφαση της 20.9.1999, NJW 2000, σελ. 349 επ.). Αποτέλεσμα της νομολογίας αυτής ήταν η προσθήκη, το 2005, ρητής πρόβλεψης στο άρθρο 131 παρ. 2 γερμ. νόμου περί α.ε., σύμφωνα με την οποία το καταστατικό της ανώνυμης εταιρίας μπορεί να εξουσιοδοτεί τον πρόεδρο της γενικής συνέλευσης να περιορίζει χρονικά το δικαίωμα ερωτήσεων και ομιλίας των μετόχων στη γενική συνέλευση.

ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης, να λάβουν μέτρα «ώστε να διασφαλίζεται ο έλεγχος ταυτότητας των μετόχων, η ορθή διεξαγωγή των γενικών συνελεύσεων καθώς και η προετοιμασία τους και η προστασία της εμπιστευτικότητας και των επιχειρηματικών συμφερόντων των εταιριών»[26]. Σε κάθε περίπτωση πρέπει να καταστεί σαφές ότι ένας βασικός περιορισμός του δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου προέρχεται από την ίδια τη φύση του: το ατομικό δικαίωμα πληροφόρησης δεν αποτελεί ένα γενικό δικαίωμα ελέγχου του μετόχου που συνοδεύεται από υποχρέωση γενικής λογοδοσίας του ΔΣ. Ασκείται υπό συγκεκριμένους όρους και προϋποθέσεις, έχει ορισμένη έκταση και αντικείμενο, ενώ πηγάζει από την εταιρική συμμετοχή και αποτελεί βάση για την ορθή άσκηση των λοιπών μετοχικών δικαιωμάτων[27].

Κατά τα λοιπά, οι περιορισμοί του ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης μπορούν να χωριστούν σε δύο βασικές κατηγορίες: στους περιορισμούς που θέτει ο νόμος και στους περιορισμούς που θέτει το καταστατικό. Οι περιορισμοί που προβλέπονται στο νόμο μπορούν να διακριθούν, περαιτέρω, σε πρωτογενείς περιορισμούς, παρακωλυτικούς της γέννησης του δικαιώματος πληροφόρησης, και σε δευτερογενείς περιορισμούς, παρακωλυτικούς της αποτελεσματικής άσκησης του εν λόγω δικαιώματος. Βασική διαφορά μεταξύ των δύο αυτών κατηγοριών είναι ότι η πρώτη κατηγορία αφορά προϋποθέσεις που, αν δεν πληρούνται, δεν θεμελιώνεται καν δικαίωμα του μετόχου να απαιτήσει, και αντίστοιχη υποχρέωση του Δ.Σ. να παράσχει, τις αιτούμενες πληροφορίες. Οι εν λόγω προϋποθέσεις συνιστούν περιορισμούς που οριοθετούν την έκταση του δικαιώματος πληροφόρησης που αναγνωρίζει ο νομοθέτης στον μέτοχο με την έννοια ότι οι κείμενες εκτός των ορίων αυτών πληροφορίες δεν καταλαμβάνονται καν από το δικαίωμα (π.χ. οι πληροφορίες που δεν είναι «συγκεκριμένες» και «χρήσιμες», που δεν αφορούν τις «υποθέσεις της εταιρίας» κ.λπ., όπως αναλύεται αμέσως πιο κάτω).

II. Περιορισμοί από το νόμο:

1. Πρωτογενείς περιορισμοί

α. Πληροφορίες για «υποθέσεις της εταιρίας»

Οι αιτούμενες πληροφορίες πρέπει, σύμφωνα με το γράμμα του νόμου (άρθρο 39 παρ. 4), να αφορούν τις «υποθέσεις της εταιρίας». Ο περιορισμός που θέτει το στοιχείο αυτό είναι προφανώς μικρής έκτασης, αφού υπόθεση της εταιρίας αποτελεί σε γενικές γραμμές οτιδήποτε σχετίζεται με αυτήν και τη δραστηριότητά της[28]. Από την

26 *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 168.
27 *Wilde*, ZGR 1998, σελ. 442.
28 *Hüffer*, § 131, αριθμ. 11. Σύμφωνα με τον *Zöllner*, σε KK, § 131, αριθμ. 18 ακόμη και ζητήματα, που βασικά δεν αποτελούν υποθέσεις της εταιρίας, μπορεί να θεωρηθούν ως τέτοιες, εφόσον είναι σημαντικά για την εκτίμηση θεμάτων της ημερήσιας διάταξης.

άλλη πλευρά ωστόσο, ο όρος «υπόθεση της εταιρίας» αποτελεί ένα στοιχείο του πραγματικού του κανόνα δικαίου που πρέπει να αξιολογείται, προκειμένου να αποκλείονται πληροφορίες που έχουν απλώς απομακρυσμένη και έμμεση σχέση με την εταιρία[29]. Επομένως, περιεχόμενο των πληροφοριών δεν μπορεί να είναι θέματα υποκειμενικά, π.χ. σκέψεις, κίνητρα και προθέσεις του ΔΣ[30], καθώς και προσωπικές του προβλέψεις[31], αλλά ούτε και θέματα γενικά και άσχετα με την εταιρία, έστω και αν έχουν αντίκτυπο και σ' αυτήν (η διεθνής ή η εγχώρια οικονομική κατάσταση, η εξέλιξη του τιμαρίθμου, οι κυβερνητικές προθέσεις για τη φορολογία των κερδών και των μερισμάτων, η πορεία ανταγωνιζόμενων επιχειρήσεων κ.λπ.)[32]. Επίσης, προφανώς δεν αποτελούν «υποθέσεις» της εταιρίας στοιχεία που αφορούν προσωπικά τους μετόχους ή τη μετοχική δομή[33]. Υποθέσεις άλλων εταιριών και προσώπων μπορούν να θεωρηθούν υποθέσεις της εταιρίας εφόσον έχουν άμεση επίδραση στην εταιρία. Καταρχάς, σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη, σε αυτές περιλαμβάνονται οι πληροφορίες που αφορούν τις σχέσεις της εταιρίας με άλλες συνδεδεμένες επιχειρήσεις[34]. Επίσης, ερωτήσεις που αφορούν το αξιόχρεο αντισυμβαλλομένων και συνεργατών αποτελούν υποθέσεις της εταιρίας, όταν πρόκειται για σοβαρές συμβάσεις που δεσμεύουν σε μεγάλη έκταση την εταιρία[35]. Πράξεις και παραλείψεις μελών του ΔΣ, καθώς και ζητήματα που αφορούν τη δράση τους, ασφαλώς και μπορούν να αποτελέσουν υπόθεση της εταιρίας, αρκεί φυσικά να πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις (να είναι οι πληροφορίες «συγκεκριμένες» και «χρήσιμες» για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης).

β. «Συγκεκριμένες» πληροφορίες για τις υποθέσεις της εταιρίας

Οι αιτούμενες πληροφορίες, που, όπως αναλύθηκε ήδη, αφορούν «υποθέσεις της εταιρίας», πρέπει να είναι συγκεκριμένες, υπό την έννοια ότι μόνο η παροχή συγκεκριμένων πληροφοριών συνιστά αντικείμενο του δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου. Οι πληροφορίες πρέπει να είναι συγκεκριμένες[36], αφενός για να μπορεί να κρίνει το Δ.Σ. αν η κοινοποίησή τους μπορεί να αποβεί επιζήμια για την εταιρία[37], αφετέρου διότι η παροχή γενικών, αφηρημένων και χωρίς όριο πληροφοριών θα επιβάρυνε υπέρμετρα τόσο το Δ.Σ. της εταιρίας όσο και τη γενική συνέλευση, στο

29 *Groß*, Informations- und Auskunftsrecht des Aktionärs, AG 1997, σελ. 104, BayOLG, AG 1996, 564.
30 BVerfG, NJW 2000, 351.
31 *Geßler*, § 131, αριθμ. 11b.
32 *Πασσιάς*, Το δίκαιον της ανωνύμου εταιρίας, τόμ. Β', σελ. 368, 370, *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 194.
33 *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 81.
34 *Γεωργακόπουλος*, Το δίκαιο των εταιριών, τόμ. IV, 1991, 32-33, *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 285-286. Στη Γερμανία αυτό αποτυπώνεται ρητώς στη διάταξη του άρθρου 131 παρ. 1 εδ. β' γερμ. νόμου περί α.ε.
35 BGH NJW 1995, 3115.
36 Συγκεκριμένες απαιτείται να είναι οι ίδιες οι πληροφορίες και όχι να συνδέονται απαραιτήτως με συγκεκριμένη υπόθεση της εταιρίας, βλ. *Γεωργακόπουλος*, Το δίκαιο των εταιριών, τόμ. III, 1974, 352.
37 *Γεωργακόπουλος*, Το δίκαιο των εταιριών, τόμ. IV., 34, *Δρακόπουλος*, σε ΔίκΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 198.

πλαίσιο της οποίας αυτές ανακοινώνονται. Βέβαια, δεδομένης της πληροφοριακής ασυμμετρίας που υπάρχει μεταξύ μετόχων και διοίκησης της ανώνυμης εταιρίας, η απαίτηση υψηλού βαθμού «συγκεκριμενοποίησης» των αιτούμενων πληροφοριών θα ακύρωνε στην πράξη το δικαίωμα πληροφόρησης, αφού θα καθιστούσε το ζητούμενο προϋπόθεση (ο μέτοχος ζητά πληροφορίες για να αποκτήσει γνώση για υποθέσεις της εταιρίας που δεν γνωρίζει, ως εκ τούτου δεν είναι σε θέση να προσδιορίσει ακριβώς τις πληροφορίες που τον ενδιαφέρουν).

γ. Πληροφορίες «χρήσιμες για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης»

i. Η «χρησιμότητα» των αιτούμενων πληροφοριών ως περιορισμός του εύρους του δικαιώματος πληροφόρησης

Ο νομοθέτης, από όλες τις πληροφορίες που σχετίζονται με τα θέματα της ημερήσιας διάταξης, όρισε ότι ο μέτοχος έχει δικαίωμα να απαιτεί και να λαμβάνει μόνο εκείνες που είναι χρήσιμες για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων αυτών. Σκοπός του νομοθέτη εν προκειμένω είναι προφανώς να περιορίσει το εύρος των αιτούμενων πληροφοριών σε μια λογική έκταση, έτσι ώστε και το δικαίωμα πληροφόρησης να επιτελεί τον ρόλο του ως προϋπόθεση για ορθή άσκηση των λοιπών μετοχικών δικαιωμάτων και, πιο συγκεκριμένα, του δικαιώματος ψήφου αλλά, από την άλλη, να εξασφαλίζεται και η ομαλή διεξαγωγή της γενικής συνέλευσης – τόσο η λογική της διάρκεια όσο και η λογική επιβάρυνση του Δ.Σ. σχετικά με την προετοιμασία απαντήσεων στις ερωτήσεις των μετόχων. Επίσης, η απαίτηση να είναι οι αιτούμενες πληροφορίες χρήσιμες σκοπό έχει και τον περιορισμό των περιπτώσεων καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης υπό την έννοια της απαίτησης άσχετων με τα θέματα της ημερήσιας διάταξης πληροφοριών. Ο νομοθέτης δεν επεξέτεινε ιδιαίτερα τον εν λόγω περιορισμό – απαιτεί οι πληροφορίες να είναι «χρήσιμες» και όχι απαραίτητες ή αναγκαίες[38]. Χρήσιμη είναι η πληροφορία «όταν αφορά στοιχείον αιτιώδες διά την οικείαν απόφασιν της συνελεύσεως»[39], ενώ η πραγματική – αλλά και νομική – εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης συνίσταται στη γνώση των ουσιαστικών στοιχείων, βάσει των οποίων ο μέτοχος είναι σε θέση να εκτιμήσει τις συνέπειες ενδεχόμενης θετικής ή αρνητικής ψήφου επί του θέματος της ημερήσιας διάταξης[40]. Σε κάθε περίπτωση, η κρίση περί του αν οι αιτούμενες πληροφορίες μπορούν να χαρακτηριστούν χρήσιμες ή όχι πρέπει να διενεργείται με αντικειμενικά κριτήρια, με κρίσιμο το μέτρο του μέσου μετόχου[41]. Κρίσιμη δηλαδή είναι η εκτίμηση του αντικειμενικά σκεπτόμενου

38 Στο γερμανικό νόμο περί α.ε., το αντίστοιχο άρθρο απαιτεί οι πληροφορίες να είναι απαραίτητες (erforderlich), βλ. άρθρο 131 παρ. 1 AktG.

39 *Γεωργακόπουλος*, Το δίκαιο των εταιριών, τόμ. III, 352.

40 *Πασσιάς*, ό.π., 368, *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 82.

41 *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, 287, *Δρακόπουλος* σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 199.

μετόχου, του μέσου συνετού μετόχου, ο οποίος γνωρίζει τις σχέσεις και τις υποθέσεις της εταιρίας μόνο μέσω γενικών πληροφοριών και ευρέως γνωστών γεγονότων, δεδομένης της πληροφοριακής ασυμμετρίας μεταξύ μετόχων και διοίκησης της εταιρίας[42]. Για τον μέτοχο αυτόν, η αιτούμενη πληροφορία, προκειμένου να μπορεί όντως να ζητηθεί, θα πρέπει να αποτελεί βασικό στοιχείο για τη διαμόρφωση της κρίσης του σχετικά με τα θέματα της ημερήσιας διάταξης. Μόνο η υποκειμενική άποψη κάθε μεμονωμένου μετόχου, ότι χωρίς την αιτούμενη πληροφορία δεν μπορεί να αποφασίσει, δεν αρκεί[43]. Κατά τα λοιπά, ωστόσο, τα εσωτερικά κίνητρα του μετόχου παραμένουν αδιάφορα, όταν η αιτούμενη πληροφορία μπορεί να θεωρηθεί χρήσιμη υπό την προαναφερθείσα έννοια[44]. Αλλά ούτε και η υποκειμενική θεώρηση του Δ.Σ. σχετικά με τη χρησιμότητα της πληροφορίας μπορεί να είναι αποφασιστική. Εξάλλου, η εκτίμηση για το αν συντρέχει το στοιχείο της χρησιμότητας δεν γίνεται γενικά, αλλά πάντα σε σχέση με τα συγκεκριμένα θέματα ημερήσιας διάταξης που υπάρχουν στην κρίσιμη συνέλευση και οπωσδήποτε κατά περίπτωση[45]. Σε περίπτωση αμφιβολίας ωστόσο, ορθότερο είναι να καταφάσκεται η χρησιμότητα[46]. Η κρίση του ΔΣ υπόκειται, εν προκειμένω, σε πλήρη δικαστικό έλεγχο[47].

Μερικές περιπτώσεις «χρήσιμων» πληροφοριών θα μπορούσαν να θεωρηθούν οι εξής: πληροφορίες σχετικά με την υφιστάμενη περιουσία της εταιρίας και το ενεργητικό της, όταν στην ημερήσια διάταξη περιλαμβάνεται η αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, σχετικά με τη δημιουργία ή τη χρήση αποθεματικών και τη διανομή κερδών, όταν θέμα είναι η έγκριση των οικονομικών καταστάσεων, αναφορικά με το σύνολο των οφειλόμενων από ή και στην εταιρία, όταν συζητείται το θέμα της έκδοσης ομολογιακού δανείου, ερωτήσεις σχετικά με τη δραστηριότητα των μελών του ΔΣ, όταν η γενική συνέλευση πρόκειται να αποφασίσει περί της απαλλαγής τους[48].

Υποστηρίζεται η άποψη ότι το στοιχείο της χρησιμότητας των πληροφοριών για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης, σε συνδυασμό με τους

---

42 Έτσι η απολύτως κρατούσα γνώμη και στη γερμανική θεωρία και νομολογία, βλ. ενδεικτικά *Hüffer*, § 131, αριθμ. 12, *Zöllner* σε KK, § 131, αριθμ. 23, *Groß*, AG 1997, σελ. 100, OLG Düsseldorf, NJW 1988, 1033, OLG Bremen, AG 1981, 229, OLG Düsseldorf, AG 1987, 23.

43 *Hefermehl*, Umfang und Grenzen des Auskunftsrechts des Aktionärs in der Hauptversammlung σε Festschrift für Konrad Duden, 1977, σελ. 111.

44 *Semler*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 1988, § 131, αριθμ. 8, *Eckardt* σε Geßler/Hefermehl, § 131, αριθμ. 33.

45 *Groß*, AG 1997, σελ. 105, *Hüffer*, § 131, αριθμ. 18,19, *Wellkamp*, Aktionärsschutz, 1998, σελ. 47, *Semler*, § 131, αριθμ. 11 επ.

46 *Πασσιάς*, ό.π., 368. Αντιθέτως, αυστηρό μέτρο αξιώνει η γερμανική θεωρία και νομολογία για την εφαρμογή της αντίστοιχης πρόβλεψης του άρθρου 131 παρ. 1 AktG, όπου, ωστόσο, οι πληροφορίες δεν αρκεί να είναι «χρήσιμες», αλλά πρέπει να είναι «απαραίτητες» για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης, βλ. σχετικά *Semler*, § 131, αριθμ. 8, *Groß*, AG 1997 σελ. 100, *Decher* σε Großkomm AktG, § 131 αριθμ. 133, *Martens*, Missbrauch des Auskunfts-, Frage- und Rederechts sowie im Spruchstellenverfahren σε Timm, Missbräuchliches Aktionärsverhalten, σελ. 74, *Trouet*, NJW 1986, σελ. 1303, *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess, 1970, σελ. 38. Αντίθετη άποψη εκφράζουν οι *Geßler*, § 131, αριθμ. 10 και *Eckardt* σε Geßler/Hefermehl, § 131, αριθμ. 36.

47 *Semler*, § 131, αριθμ. 8.

48 *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 82, με περαιτέρω παραπομπές.

λοιπούς εγγενείς περιορισμούς του δικαιώματος πληροφόρησης, αποτελεί περίπτωση ρητής, στο νόμο, εξειδίκευσης της απαγόρευσης καταχρηστικής συμπεριφοράς, αφού πράγματι, όπως προαναφέρθηκε, οι περιορισμοί αυτοί αποκλείουν περιπτώσεις καταχρηστικών αιτημάτων πληροφοριών από πλευράς των μετόχων, επομένως δεν νοείται άρνηση παροχής πληροφοριών λόγω κατάχρησης, δεν απομένει δηλαδή πεδίο εφαρμογής για την απαγόρευση κατάχρησης δικαιώματος[49]. Κατά την ορθότερη άποψη, ωστόσο, δεν αποκλείεται εξ αυτού του λόγου η εφαρμογή της απαγόρευσης κατάχρησης, διότι τα στοιχεία του πραγματικού του κανόνα δικαίου περί του δικαιώματος πληροφόρησης, που λειτουργούν ως εγγενείς περιορισμοί του, ιδίως η απαίτηση να είναι οι αιτούμενες πληροφορίες χρήσιμες για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης, να αφορούν τις υποθέσεις της εταιρίας κλπ., αποτελούν εξειδίκευση όχι της απαγόρευσης κατάχρησης, αλλά του έννομου συμφέροντος του μετόχου για την άσκηση του δικαιώματος πληροφόρησης: αφού βασικός ρόλος του ατομικού δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου είναι η ορθή άσκηση των λοιπών μετοχικών δικαιωμάτων, ιδίως του δικαιώματος ψήφου, θα πρέπει το έννομο συμφέρον που στηρίζει το δικαίωμα πληροφόρησης να οριοθετείται και από την άσκηση του δικαιώματος ψήφου[50]. Το έννομο συμφέρον του μετόχου για την αίτηση πληροφοριών, το οποίο κανονικά αποτελεί ένα εσωτερικό όριο του δικαιώματος πληροφόρησης, δεν έχει αυτοτελή ρόλο και σημασία κατά την εφαρμογή των διατάξεων που ρυθμίζουν το δικαίωμα πληροφόρησης για τον απλούστατο λόγο ότι το έννομο συμφέρον έχει ήδη βρει έκφραση στο πραγματικό και τις προϋποθέσεις του κανόνα δικαίου. Από τη νομολογία έχει κριθεί χρήσιμη πληθώρα πληροφοριών, που ζητήθηκαν συγκεκριμένα (συναφθέντα συμβόλαια και πληροφορίες για την εκτέλεσή τους, ακριβής αιτιολόγηση για τα πραγματοποιηθέντα έξοδα, στοιχεία των απασχολουμένων στην εταιρία και μισθοδοσία αυτών, στοιχεία προμηθευτών και πιστωτών της εταιρείας, τραπεζικοί λογαριασμοί της εταιρίας και το υπόλοιπό τους, τυχόν παραβάσεις της κείμενης νομοθεσίας και οι επιβληθείσες κυρώσεις, αναφορά ως προς τα κέρδη της εταιρίας από κάθε πηγή κ.λπ.)[51]. Αξίζει να σημειωθεί επίσης ότι, κατά το δικαστικό έλεγχο της άρνησης της διοίκησης να παράσχει στους μετόχους τις αιτούμενες πληροφορίες, αρκεί η πιθανολόγηση συνδρομής της «χρησιμότητας» των πληροφοριών, δεδομένου ότι η ακολουθούμενη διαδικασία είναι αυτή των ασφαλιστικών μέτρων[52].

Για τη σχέση μεταξύ καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος και «χρησιμότητας» της πληροφορίας για την εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης βλ. πιο κάτω στο κεφάλαιο 2β σχετικά με την εφαρμογή της απαγόρευσης κατάχρησης κατά την άσκηση του δικαιώματος πληροφόρησης.

---

49 *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs, σελ. 36, *Eckardt* σε Geßler/Hefermehl, § 131, αριθμ. 132.

50 *K. Schmidt*, Informationsrechte, σελ. 37, 50. Στην ίδια κατεύθυνση *Geßler*, § 131, αριθμ. 4.

51 ΕφΔωδ 96/2013.

52 ΕφΔωδ 96/2013, σύμφωνα με την οποία μάλιστα η ακολουθούμενη διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων δεν αποκλείει την άσκηση έφεσης.

ii. Σύνδεση πληροφοριών με θέματα της ημερήσιας διάταξης

Σύμφωνα με τη διατύπωση του νόμου, οι αιτούμενες πληροφορίες θα πρέπει να είναι χρήσιμες για την εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης και όχι γενικά για την εκτίμηση οποιωνδήποτε θεμάτων της εταιρίας. Τα όρια που θέτει στο δικαίωμα πληροφόρησης η απαίτηση, να είναι η αιτούμενη πληροφορία «χρήσιμη», είναι προφανώς πιο ουσιώδη από τα όρια που προκύπτουν από την απαίτηση σύνδεσης της αιτούμενης πληροφορίας με «θέματα της ημερήσιας διάταξης», αφού στα πλαίσια ιδίως της τακτικής γενικής συνέλευσης, θέματα ημερήσιας διάταξης όπως έγκριση ισολογισμού και λογαριασμού αποτελεσμάτων χρήσης, απαλλαγή μελών διοίκησης από κάθε ευθύνη τους κ.λπ. είναι τόσο ευρεία, ώστε και οι πληροφορίες που μπορούν να θεωρηθούν χρήσιμες για την πραγματική τους εκτίμηση να είναι επίσης πολυάριθμες[53]. Το πλήθος αυτό των πληροφοριών που μπορεί να σχετίζονται με θέματα της ημερήσιας διάταξης συρρικνώνεται όταν εφαρμοστεί το κριτήριο της «χρησιμότητας»[54]. Στο σημείο αυτό ακριβώς αναδεικνύεται εντονότερα η σημασία του συνολικού πλέγματος πληροφόρησης των μετόχων εντός της εταιρίας: ένα σύστημα πληροφόρησης που λειτουργεί σωστά και αποτελεσματικά μπορεί να μειώσει την ανάγκη των μετόχων να αιτούνται τη χορήγηση πληροφοριών, αφού περιορίζει τη «χρησιμότητα» των αιτηθεισών πληροφοριών για την εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης[55].

Η απόφαση περί απαλλαγής των μελών της διοίκησης της εταιρίας από κάθε ευθύνη τους, ως θέμα της ημερήσιας διάταξης της τακτικής γενικής συνέλευσης, προσδιορίζει εν πολλοίς τα όρια της άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης εκ μέρους κάθε μετόχου[56]. Μάλιστα, ο χαρακτήρας της σχέσης μεταξύ δικαιώματος πληροφόρησης και απόφασης περί απαλλαγής είναι αμφίδρομος και απαντάται στην πλήρη του έκταση μόνο στην ανώνυμη εταιρία, διότι μόνο στην ανώνυμη εταιρία είναι τέτοια η πρόβλεψη του νομοθέτη που συναρτά την – ατομική – άσκηση του δικαιώματος πληροφόρησης για τις υποθέσεις της εταιρίας με «το μέτρο που οι αιτούμενες συγκεκριμένες πληροφορίες είναι χρήσιμες για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης» της γενικής συνέλευσης (άρθρο 39 παρ. 4 ν. 2190/1920). Στην ΕΠΕ, για την άσκηση του δικαιώματος πληροφόρησης δεν προβλέπεται ως προϋπόθεση η σύνδεσή της με λοιπά ζητήματα της ημερήσιας διάταξης της συνέλευσης και η χρησιμότητα των αιτούμενων πληροφοριών για την εκτίμηση των ζητημάτων αυτών. Σύμφωνα με το άρθρο 34 ν. 3190/1955 που τιτλοφορείται «γνώση πορείας των εταιρικών υποθέσεων», «κάθε εταίρος δικαιούται, κατά το πρώτο δεκαήμερο από τη λήξη έκαστου ημερολογιακού τριμήνου, να λαμ-

53 *Hüffer*, § 131, αριθμ. 12, 11, *Semler*, § 131, αριθμ. 7.

54 *Zöllner* σε KK, § 131, αριθμ. 48.

55 *K. Schmidt*, Informationsrechte, σελ. 38, *Wilde*, ZGR 1998, σελ. 464.

56 Για την αμφίδρομη σχέση μεταξύ απόφασης περί απαλλαγής και του δικαιώματος πληροφόρησης των εταίρων/μετόχων για την πορεία των εταιρικών υποθέσεων βλ. *Δόκα*, Η απαλλαγή μελών διοίκησης κεφαλαιουχικών εταιριών από την ευθύνη τους, σελ. 67 επ. και 94 επ.

βάνει γνώση αυτοπροσώπως ή δι' αντιπροσώπου της πορείας των εταιρικών υποθέσεων και να εξετάζει τα βιβλία και τα έγγραφα της εταιρίας. Δικαιούται επίσης με δικές του δαπάνες να λαμβάνει αποσπάσματα του βιβλίου των εταίρων και του βιβλίου πρακτικών συνελεύσεων στην ΕΠΕ». Το δικαίωμα πληροφόρησης στην ΕΠΕ ασκείται επομένως από κάθε εταίρο άνευ άλλου τινός και όχι στα πλαίσια της συνέλευσης, και ανεξαρτήτως οποιασδήποτε προϋπόθεσης σκοπιμότητας ή αναγκαιότητας των αιτούμενων πληροφοριών. Ο εταίρος ΕΠΕ έχει δικαίωμα να λαμβάνει γνώση της πορείας των εταιρικών υποθέσεων και να έχει πρόσβαση στα βιβλία της εταιρίας χωρίς περαιτέρω προϋποθέσεις. Αντιθέτως, στην ανώνυμη εταιρία, το δικαίωμα πληροφόρησης ασκείται εντός των πλαισίων των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης της γενικής συνέλευσης και στην έκταση που οι αιτούμενες πληροφορίες είναι χρήσιμες για την εκτίμησή τους· αυτό ακριβώς είναι και το σημείο όπου επιδρά η απόφαση περί απαλλαγής στην έκταση του δικαιώματος πληροφόρησης: Βασικό θέμα της ημερήσιας διάταξης κάθε τακτικής γενικής συνέλευσης είναι η απαλλαγή των μελών της διοίκησης της εταιρίας από κάθε ευθύνη τους για τη διαχειριστική τους δραστηριότητα κατά την παρελθούσα εταιρική χρήση. Δεδομένου ότι το θέμα της απαλλαγής αφορά το σύνολο των διαχειριστικών πράξεων της διοίκησης, καθίσταται προφανές πόσο ευρύ είναι το αντικείμενο του εν λόγω σημείου της ημερήσιας διάταξης και, συνακόλουθα, πόσο μεγάλος όγκος πληροφοριών είναι «χρήσιμος» για την εκτίμηση της απαλλαγής. Το συζητούμενο επομένως από τη γενική συνέλευση ζήτημα της απαλλαγής προσφέρει στους μετόχους μία εξαιρετικά ευρεία δικαιολογητική βάση και θεμελίωση για την απαίτηση χορήγησης πληροφοριών εκ μέρους του Διοικητικού Συμβουλίου. Εύστοχα παρατηρείται ότι το ζήτημα της απαλλαγής του Δ.Σ. από την ευθύνη αναμένεται να είναι εκείνο που θα δώσει έναυσμα για τις περισσότερες ερωτήσεις κατά τη διαδικασία του άρθρου 39 παρ. 4, με αντικείμενο πράξεις ή παραλείψεις του Δ.Σ. ή μελών του, όπου εντάσσονται συγκρούσεις συμφερόντων κάθε μορφής, απαγορεύσεις ανταγωνισμού, εκμετάλλευση επιχειρηματικών ευκαιριών και ίδιο όφελος κ.λπ.[57]. Μάλιστα, ενόψει της συζήτησης περί απαλλαγής, οι μέτοχοι μπορούν να ζητήσουν πληθώρα πληροφοριών που αφορούν τη διαχείριση κινδύνων εκ μέρους της διοίκησης καθώς και το σύστημα εσωτερικού ελέγχου της επιχείρησης[58]. Έτσι διευκολύνεται οπωσδήποτε η άσκηση και η ικανοποίηση του δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου, με αποτέλεσμα να προάγεται η διαφάνεια στην εταιρία και να διευκολύνονται οι μέτοχοι και για την άσκηση των λοιπών δικαιωμάτων τους, προϋπόθεση για τη σωστή εκτίμηση και αξιοποίηση των οποίων αποτελεί βεβαίως η σωστή, πλήρης και σφαιρική ενημέρωσή τους για τις υποθέσεις της εταιρίας. Χρήσιμο εξάλλου για την εκτίμηση του θέματος «απαλλαγή των μελών

57 *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 288.
58 *Kiethe*, Das Recht des Aktionärs auf Auskunft über riskante Geschäfte (Risikovorsorge), NZG 9/2003, 408, 409.

του Δ.Σ. από κάθε ευθύνη τους» της ημερήσιας διάταξης της τακτικής γενικής συνέλευσης είναι σχεδόν οτιδήποτε αφορά την εταιρία, και σε κάθε περίπτωση οτιδήποτε αφορά τη διαχείριση και εκπροσώπησή της από τα μέλη της διοίκησης, τις συναλλαγές της, την περιουσιακή της κατάσταση κλπ. Μάλιστα ορθά παρατηρείται ότι το δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου, ιδίως όταν ασκείται στο πλαίσιο της συζήτησης περί της απαλλαγής του ΔΣ και σε συνδυασμό με την απόφαση χορήγησης ή μη της απαλλαγής, αποτελεί έμμεσο τρόπο άσκησης πίεσης προς το ΔΣ προκειμένου να επιδεικνύει μεγαλύτερη επιμέλεια σχετικά με την πρόληψη και την αποτροπή κινδύνων για την επιχείρηση και να λαμβάνει εγκαίρως αποτελεσματικά μέτρα προς αυτή την κατεύθυνση[59].

Όπως έχει ήδη αναφερθεί, η πληροφόρηση του μετόχου συνιστά τη βάση για την άσκηση άλλων μετοχικών δικαιωμάτων, δυνατοτήτων και ελέγχου της εταιρικής διοίκησης. Υπάρχει μια συμπληρωματική σχέση μεταξύ δικαιώματος πληροφόρησης και θεσμού της απαλλαγής, η οποία γίνεται ξεκάθαρη εάν καταστεί σαφές ότι τόσο το δικαίωμα πληροφόρησης όσο και η απαλλαγή εντάσσονται σε ένα γενικό σύστημα ελέγχου και εποπτείας των διαχειριστών ξένης περιουσίας από τους κυρίους της: δεδομένου ότι τα συμφέροντα μεταξύ «κυρίου της επιχείρησης» και «διαχειριστή» των υποθέσεών του είναι διακριτά και πολλές φορές συγκρουόμενα, η πληροφόρηση του μετόχου, με την κάθετη δημοσιότητα που επιτυγχάνει, μειώνει την πληροφοριακή ασυμμετρία μεταξύ μετόχου και εταιρικής διοικήσεως και ως εκ τούτου διευκολύνει τη βελτίωση του ελέγχου των οργάνων διοικήσεως, πράγμα που αποβαίνει υπέρ του εταιρικού συμφέροντος[60]. Ο έλεγχος δε και η συνολική κρίση περί των πεπραγμένων της διοίκησης κατά την προηγούμενη εταιρική χρήση, που διενεργείται με την απαλλαγή οπωσδήποτε διευκολύνεται όταν το Δ.Σ. έχει δώσει στους μετόχους που άσκησαν το δικαίωμα πληροφόρησης όλα τα αιτούμενα στοιχεία και δεδομένα. Εάν λείπουν οι πληροφορίες, είναι αδύνατον για τους μετόχους να κρίνουν τη διαχείριση στο σύνολό της και να αποφασίσουν εάν θα χορηγήσουν την απαλλαγή. Η μετατροπή του δικαιώματος πληροφόρησης από δικαίωμα μειοψηφίας σε ατομικό δικαίωμα των μετόχων, που πραγματοποιήθηκε με την τροποποίηση του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας συμβάλλει στην ενίσχυση του ρόλου της απαλλαγής ως εργαλείου ελέγχου, το οποίο εντάσσει στο πλέγμα ελέγχου και εποπτείας της διοίκησης εκ μέρους των οικονομικών φορέων της επιχείρησης. Η αναβάθμιση αυτή εξάλλου του δικαιώματος πληροφόρησης εντάσσεται στο πλέγμα ενίσχυσης της εταιρικής διακυβέρνησης, άρα ενίσχυσης της εξουσίας των μετόχων και βελτίωσης του ασκούμενου ελέγχου επί της διοικήσεως[61].

59 *Rokas A.*, Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht, Nomos 2012, σελ. 100.

60 *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 266.

61 *Ibid*, σελ. 265.

δ. Δυνατότητα πληροφόρησης από άλλες πηγές: Διαθεσιμότητα των αιτούμενων πληροφοριών στην ιστοσελίδα της εταιρίας – εκπροσώπηση των αιτούντων μετόχων στο διοικητικό συμβούλιο σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 3 ή 6 ν. 2190/1920

Η δυνατότητα των μετόχων να λάβουν τις αιτούμενες πληροφορίες από άλλες, πλην της γενικής συνέλευσης, πηγές θέτει με τη σειρά της περιορισμούς στο δικαίωμα πληροφόρησής τους. Στο νόμο αναφέρονται δύο περιπτώσεις: η διαθεσιμότητα των αιτούμενων πληροφοριών στην ιστοσελίδα της εταιρίας και η εκπροσώπηση των αιτούντων μετόχων στο Δ.Σ. σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 3 ή 6 ν. 2190/1920.

Ενώ η δικαιολογητική βάση είναι και για τις δύο περιπτώσεις η ίδια – δεν υπάρχει λόγος να απασχολείται το ΔΣ και η γενική συνέλευση, όταν οι αιτούμενες πληροφορίες έχουν ήδη αποκτηθεί ή μπορούν εύκολα να αποκτηθούν εξ άλλων πηγών – υπάρχει η εξής διαφορά: στην περίπτωση της διαθεσιμότητας των πληροφοριών στην ιστοσελίδα της εταιρίας δεν υφίσταται καν υποχρέωση παροχής τους εκ μέρους του ΔΣ, άρα δεν γεννάται εξ αρχής το αντίστοιχο δικαίωμα των μετόχων, ενώ στην περίπτωση εκπροσώπησης των μετόχων στο ΔΣ το δικαίωμα γεννάται μεν, στοιχειοθετείται όμως (κατά τις περιστάσεις μάλιστα, σύμφωνα με τη διατύπωση του άρθρου 39 παρ. 4 τελευταίο εδάφιο) αποχρών ουσιώδης λόγος, τον οποίο μπορεί να επικαλεστεί το ΔΣ προκειμένου να αρνηθεί την παροχή των πληροφοριών (σχετικά με τον αποχρώντα ουσιώδη λόγο βλ. αναλυτικά πιο κάτω, στο οικείο κεφάλαιο).

ε. Η γενική συνέλευση ως αποδέκτης των πληροφοριών και χώρος άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης

Το δικαίωμα πληροφόρησης, ατομικό ή μειοψηφίας, συνδέεται αποκλειστικά και μόνο με τη γενική συνέλευση και δεν μπορεί να ασκηθεί παρά μόνο στα πλαίσιά της. Μάλιστα, το ατομικό δικαίωμα πληροφόρησης προσανατολίζεται στην ημερήσια διάταξη και τα θέματα που αυτή περιλαμβάνει – περιορισμός που αναλύθηκε ήδη πιο πάνω – και όχι σε κάθε πληροφορία γενικότερα χρήσιμη στον αιτούντα την πληροφόρηση μέτοχο[62]. Στην ανώνυμη εταιρία εξάλλου, σε αντίθεση με την ΕΠΕ και τις προσωπικές εταιρίες, δεν αναγνωρίζεται στον μέτοχο γενικό δικαίωμα πληροφόρησης που μπορεί να ασκηθεί οποτεδήποτε, αλλά αυτό περιορίζεται αποκλειστικά στα πλαίσια της γενικής συνέλευσης, τόσο ως προς το χώρο και τον χρόνο άσκησής του όσο και ως προς τον αποδέκτη της σχετικής πληροφόρησης, ο οποίος είναι η γενική συνέλευση και όχι ο αιτών, φορέας του δικαιώματος, μεμονωμένος μέτοχος (άρθρο 39 παρ. 4). Όσον αφορά το ατομικό δικαίωμα πληροφόρησης, μπορεί να ασκηθεί εν όψει οποιασδήποτε γενικής συνέλευσης – ο νόμος δεν θέτει εν προκειμένω περιορισμό. Το ίδιο ισχύει και για το δικαίωμα πληροφόρησης της μεγάλης μειοψηφίας (1/5). Διαφορετική είναι η ρύθμιση για το δικαίωμα της μικρής μειοψηφίας (1/20), το οποίο ασκείται μόνο εν όψει τακτικής γενικής συνέλευσης.

62 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 467 με περαιτέρω παραπομπές.

Τίθεται το ερώτημα, εάν το γεγονός ότι οι πληροφορίες παρέχονται στη γενική συνέλευση και όχι στον μέτοχο που υπέβαλε το σχετικό αίτημα θα μπορούσε να θέτει κάποιου είδους περιορισμό στην έκταση του δικαιώματος πληροφόρησης. Δεδομένου ότι το αίτημα πληροφόρησης υποβάλλεται στην εταιρία τουλάχιστον 5 ημέρες πριν από τη γενική συνέλευση και όχι κατά τη διάρκειά της, το ΔΣ έχει τη δυνατότητα να απαντήσει ολοκληρωμένα και εμπεριστατωμένα, παρέχοντας τις αιτούμενες πληροφορίες, εφόσον βέβαια το αίτημα πληροί όλες τις νόμιμες προϋποθέσεις. Είναι ωστόσο νοητές οριακές περιπτώσεις, όπου η έκταση, ο όγκος και η λεπτομέρεια των αιτούμενων πληροφοριών είναι τέτοια, ώστε ακόμη και ένα καλά προετοιμασμένο και πρόθυμο να παράσχει την ενημέρωση ΔΣ αδυνατεί να ανταποκριθεί, ιδίως αν και το πλήθος των αιτημάτων είναι μεγάλο. Στις περιπτώσεις αυτές ενδέχεται να συντρέχει περίπτωση καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης, η οποία δικαιολογεί την απόρριψη του σχετικού αιτήματος – αν φυσικά αυτό δεν απορρίπτεται άνευ άλλου τινός ως μη νόμιμο λόγω μη πλήρωσης των λοιπών προϋποθέσεων του νόμου που αφορούν το συγκεκριμένο των αιτούμενων πληροφοριών, την χρησιμότητά τους για την εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης κ.λπ.[63]

στ. Αντικείμενο δικαιώματος ενημέρωσης: πληροφορίες ή και έγγραφα;

Ενδιαφέρον παρουσιάζει το ζήτημα, αν το δικαίωμα πληροφόρησης του άρθρου 39 παρ. 4 περιλαμβάνει και χορήγηση αιτούμενων αυτούσιων εγγράφων ή περιορίζεται σε ανακοίνωση πληροφοριών εκ μέρους του ΔΣ, προφορικώς ή γραπτώς. Κανόνας είναι ότι οι ανακοινώσεις και οι πληροφορίες παρέχονται προφορικά στη γενική συνέλευση και καταχωρίζονται στα πρακτικά της[64], και υπάρχει η ευχέρεια, όχι ωστόσο και η υποχρέωση, να δοθούν και γραπτώς, καθώς επίσης και να παρασχε-

63 Στη Γερμανία, το γεγονός ότι το δικαίωμα πληροφόρησης ασκείται μόνο στα πλαίσια διενέργειας της γενικής συνέλευσης – η σχετική αίτηση δεν απαιτείται να κατατεθεί πριν από αυτή αλλά υποβάλλεται κατά τη διάρκειά της – καθώς και ότι οι πληροφορίες παρέχονται επίσης άμεσα κατά τη διάρκειά της, θεωρείται ότι θέτει έναν εγγενή περιορισμό στο δικαίωμα πληροφόρησης και αποκλείει αιτήματα πληροφοριών που δεν μπορούν να απαντηθούν από ένα εύλογα προετοιμασμένο ΔΣ στα πλαίσια διενέργειας της γενικής συνέλευσης. Η άρνηση ικανοποίησης τέτοιων αιτημάτων από πλευράς του ΔΣ δεν μπορεί να θεωρηθεί παράβαση της υποχρέωσης ενημέρωσης των μετόχων, βλ. σχετικά *Hüffer*, § 131, αριθμ. 10, *Semler*, § 131, αριθμ. 21, *Groß*, AG 1997, σελ. 104, *Hefermehl* σε FS Duden, σελ. 118. Γι' αυτό και το γερμ. Ακυρωτικό έχει νομολογήσει ότι ναι μεν οι μέτοχοι δεν είναι υποχρεωμένοι να καταθέτουν πριν από τη γενική συνέλευση τα αιτήματά τους για παροχή πληροφοριών, ωστόσο η καλή πίστη επιτάσσει να πράττουν κάτι τέτοιο, όταν οι πληροφορίες που ζητούν και τα ερωτήματα που θέτουν απαιτούν εξέταση και μελέτη εγγράφων για να απαντηθούν, βλ. BGHZ 32, 165. Εξάλλου, όταν οι μέτοχοι δεν θέτουν εκ των προτέρων τα ερωτήματά τους και αυτά είναι περίπλοκα και δύσκολα, ώστε να καθίσταται αδύνατο για το ευλόγως προετοιμασμένο ΔΣ να δώσει απαντήσεις, τότε η άρνηση παροχής πληροφοριών είναι δικαιολογημένη, βλ. *Semler*, § 131, αριθμ. 16. Σύμφωνα, μάλιστα, με το άρθρο 131 παρ. 2 εδ. β' γερμ. νόμου περί α.ε., όπως αυτό διαμορφώθηκε το 2005 σε συμμόρφωση προς σχετική νομολογία του γερμανικού συνταγματικού δικαστηρίου (BVerfG, NJW 2000, 350, με αιτιολογία βασιζόμενη στην κατάχρηση δικαιώματος), το καταστατικό της εταιρίας μπορεί να παρέχει εξουσιοδότηση στον πρόεδρο της γενικής συνέλευσης να περιορίζει χρονικά το δικαίωμα των μετόχων να υποβάλλουν ερωτήσεις και να λαμβάνουν το λόγο στο πλαίσιο της γενικής συνέλευσης.

64 *Πασσιάς*, Το δίκαιον της ανωνύμου εταιρίας, τόμ. Β', σελ. 362-363. Αντίθετα υπέρ της υποχρέωσης έγγραφης παροχής βλ. *Σπυρίδωνος*, Τα δικαιώματα της μειοψηφίας στην ανώνυμη εταιρία, 2001, σελ. 122, ο οποίος θεωρεί επίσης επιτρεπτή την επιβολή έγγραφου τύπου από το καταστατικό της εταιρίας (ό.π., σελ. 145).

θούν έγγραφα[65]. Πρόσφατη νομολογία[66] φαίνεται να δέχεται την υποχρέωση του ΔΣ να χορηγεί έγγραφα της εταιρίας στους αιτούντες μετόχους[67], επικαλούμενη ότι η διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 39 έχει τεθεί προς προστασία των δικαιωμάτων της μειοψηφίας έναντι της πλεονεκτικότερης θέσης στην οποία βρίσκονται οι μέτοχοι της πλειοψηφίας. Ωστόσο, η επίδειξη εγγράφων σε μέτοχο ανώνυμης εταιρίας – σε αντίθεση προς όσα ισχύουν στην ΕΠΕ (άρθρο 34 ν. 3190/1955) και τις προσωπικές εταιρίες – και μάλιστα στο πλαίσιο της γενικής συνέλευσης και με τους περιορισμούς του άρθρου 39 παρ. 4 δεν αποτελεί αντικείμενο του δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου[68]. Η αποδοχή μιας τέτοιας υποχρέωσης εσφαλμένα εξισώνει το δικαίωμα πληροφόρησης εταίρου ΕΠΕ ή προσωπικής εταιρίας με το δικαίωμα πληροφόρησης μετόχου ανώνυμης εταιρίας, περιλαμβάνοντας στο τελευταίο και το δικαίωμα χορήγησης εγγράφων. Μια τέτοια διεύρυνση δεν είναι σκόπιμο να γίνει δεκτή. Τα μόνα εταιρικά έγγραφα, τη χορήγηση των οποίων επιτρέπει ο κ.ν. 2190/1920, είναι οι εταιρικοί λογαριασμοί με τις επ' αυτών εκθέσεις του ΔΣ και των ελεγκτών πριν από την τακτική γενική συνέλευση (άρθρο 27 παρ. 1). Είναι εξαιρετικά αμφίβολο, εξάλλου, αν μπορεί να γίνει δεκτό και το έλασσον, μια πιο περιορισμένη δηλαδή διεύρυνση του δικαιώματος πληροφόρησης που επιχειρεί η προαναφερθείσα νομολογία, η αναγνώριση δηλαδή υποχρέωσης του ΔΣ να παρέχει εγγράφως τις αιτούμενες, δυνάμει του άρθρου 39 παρ. 4, πληροφορίες στους μετόχους, συνάγοντας την υποχρέωση αυτή από το γεγονός ότι οι πληροφορίες κατά κανόνα ζητούνται εγγράφως από τους μετόχους, άρα οφείλουν και να παρέχονται κατά τον ίδιο τρόπο. Μια τέτοια αντιστοίχιση υποχρέωσης (έγγραφη απάντηση ΔΣ) προς συνήθη, αλλά όχι επιβαλλόμενη από το νόμο[69], πρακτική (έγγραφη αίτηση μετόχου) δεν θα πρέπει να γίνει δεκτή[70]. Επομένως, το ΔΣ νομίμως αρνείται τη χορήγηση εγγράφων στο πλαίσιο μιας γενικής συνέλευσης, διότι ένα τέτοιο αίτημα δεν ερείδεται στο νόμο και είναι επομένως μη νόμιμο. Για το λόγο αυτό μάλιστα δεν απαιτείται καν η επίκληση ουσιώδους αποχρώντος λόγου από πλευράς του ΔΣ που να δικαιολογεί την

65 *Γεωργακόπουλος*, Το δίκαιον των εταιριών, τόμ. III, 341, *Δρακόπουλος* σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 214.

66 ΠΠρΑθ 463/2011, ΧρΙΔ 2011, 610 επ., με παρατηρήσεις *Μαρίνου*. Από την παλαιότερη νομολογία υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς βλ. ενδεικτικά ΜΠρΑθ1378/1981, ΕΕμπΔ 1981, 522, ΜΠρΑθ 6291/1982, ΕΕμπΔ 1983, 264, ΜΠρΑθ 16828/1991, ΕΕμπΔ 1992, 238.

67 Η ακριβής διατύπωση της απόφασης έχει ως εξής: «… ο ισχυρισμός της εναγομένης ότι δεν είχε υποχρέωση να προβεί στη χορήγηση των αιτηθέντων εγγράφων, καθώς στη διάταξη της παρ. 4 άρθρου 39 ν. 2190/1920 γίνεται μνεία για παροχή πληροφοριών και όχι εγγράφων δεν βρίσκει έρεισμα στο νόμο, καθόσον ναι μεν στην οικεία διάταξη γίνεται μνεία για υποχρέωση του ΔΣ περί παροχής πληροφοριών, εννοείται όμως ότι η παροχή πληροφοριών, εφόσον ζητηθεί θα είναι έγγραφη, πολλώ δε μάλλον εφόσον και η υποχρέωση του ΔΣ για παροχή πληροφοριών γεννάται μετά από σχετική έγγραφη αίτηση μετόχου…».

68 *Μαρίνος*, ΧρΙΔ 2011, 611, *Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, 410, 411. Έτσι και ΠΠρΑθ 6239/1979, ΕΕμπΔ 1979, 372.

69 Αποδεικτικοί και μόνο λόγοι επιβάλλουν να κατατίθεται γραπτώς το αίτημα των μετόχων, βλ. σχετικά *Γεωργακόπουλος*, Το δίκαιον των εταιριών, τόμ. III (1974), σελ. 352, ΕφΠειρ 852/2007, ΔΕΕ 2008, 592.

70 Βλ. και *Μαρίνος*, ΧρΙΔ 2011, 611, ο οποίος επιχειρηματολογεί σχετικά επί τη βάσει της αρχής της συζητήσεως και της προφορικότητας της διαδικασίας της γενικής συνέλευσης, η οποία διασπάται όταν επιβάλλεται υποχρέωση γραπτής παροχής των αιτούμενων πληροφοριών, καθώς και της αρχής της ίσης μεταχείρισης των μετόχων, σύμφωνα με την οποία μόνο σε μια προφορική συζήτηση έχουν τη δυνατότητα όλοι οι παρόντες μέτοχοι να γίνουν αποδέκτες της ίδιας πληροφορίας.

άρνησή του[71]. Το ίδιο υποστηρίζεται και από τη γερμανική νομολογία και επαναλαμβάνεται σε πρόσφατες αποφάσεις[72].

2. Δευτερογενείς περιορισμοί άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης

α. Αποχρών ουσιώδης λόγος

Σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. 4 ν. 2190/1920, το ΔΣ μπορεί να αρνηθεί την παροχή των πληροφοριών για αποχρώντα ουσιώδη λόγο, ο οποίος αναγράφεται στα πρακτικά. Πριν εξεταστεί ωστόσο, αν συντρέχει τέτοιος λόγος, τον οποίο μπορεί να επικαλεστεί το ΔΣ προκειμένου να απορρίψει το αίτημα πληροφόρησης, θα πρέπει το ίδιο το αίτημα να είναι παραδεκτό και νόμιμο, σύμφωνα με τα κριτήρια που αναλύθηκαν ήδη: να πρόκειται δηλαδή για αίτημα ανακοίνωσης συγκεκριμένων πληροφοριών, που αφορούν τις υποθέσεις της εταιρίας, που είναι χρήσιμες για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης και δεν διατίθενται ήδη στην ιστοσελίδα της εταιρίας. Επιπλέον, να είναι αίτημα που έχει υποβληθεί νομότυπα, τηρουμένων όλων των διαδικαστικών προϋποθέσεων, και που δεν ασκείται κατά τρόπο καταχρηστικό. Η συνδρομή, επομένως, αποχρώντος ουσιώδους λόγους εξετάζεται σε δεύτερο χρόνο, αφού διαπιστωθεί ότι έχει υποβληθεί αίτημα που πληροί όλες τις νόμιμες, διαδικαστικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις. Αλλιώς, η συζήτηση περί αποχρώντος λόγου παρέλκει και το αίτημα απορρίπτεται από το ΔΣ ως μη νόμιμο.

Ο αποχρών ουσιώδης λόγος στηρίζει έναν ρητό λόγο άρνησης στο ατομικό δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου και στο αντίστοιχο δικαίωμα της μειοψηφίας[73]. Ο Έλληνας νομοθέτης λοιπόν ως λόγο άρνησης και περιορισμό του δικαιώματος πληροφόρησης του μετόχου έχει επιλέξει να θέσει την αόριστη νομική έννοια «αποχρών ουσιώδης λόγος» χωρίς να την εξειδικεύει περαιτέρω και χωρίς να προβαίνει σε κάποιου είδους απαρίθμηση των περιστατικών που δικαιολογούν απόρριψη του αιτήματος πληροφόρησης του μετόχου – με την εξαίρεση της εκπροσώπησης των αιτούντων μετόχων στο ΔΣ, η οποία, σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 39 παρ. 4 τελ. εδάφιο, αποτελεί, κατά τις περιστάσεις, αποχρώντα ουσιώδη λόγο. Η επιλογή αυτή του νομοθέτη δεν είναι αυτονόητη, καθώς θα μπορούσε να είχε εξειδικεύσει περισσότερο τι συνιστά αποχρώντα ουσιώδη λόγο και έτσι να είχε αποφύγει την ανάγκη πλήρωσης μιας αόριστης νομικής έννοιας με κριτήρια κατ' ανάγκην γενικά – καλή πίστη, συναλλακτικά ήθη, κατευθυντήριες αρχές ν. 2190/1920 και ιδι-

71 *Μαρίνος*, ΧρΙΔ 2011, 612.

72 Βλ. ενδεικτικά από την πρόσφατη νομολογία OLG München, AG 2015, 677-679 = ZIP 2015, 1680-1683. Βλ. σχετικά *Hüffer*, § 131, αριθμ. 2. Σύμφωνα με τον *Henze*, αριθμ. 831, ανάγνωση εγγράφων μπορεί να ζητηθεί μόνο αν η γνώση της ακριβούς πληροφορίας, όπως αναγράφεται στο έγγραφο, είναι εξαιρετικής σημασίας και δεν θα αρκούσε η κατά περιεχόμενο απόδοσή του για την ολοκληρωμένη ενημέρωση του μετόχου.

73 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 468.

αίτερα χαρακτηριστικά της εκάστοτε περίπτωσης[74]. Στην κατεύθυνση της εξειδίκευσης των επιτρεπόμενων λόγων απόρριψης αιτήματος των μετόχων για παροχή πληροφοριών και μάλιστα της αποκλειστικής τους απαρίθμησης στο νόμο και της συνακόλουθης απαγόρευσης στο ΔΣ να αρνηθεί τις αιτούμενες πληροφορίες για άλλους λόγους, κινήθηκε ο γερμανός νομοθέτης: στο άρθρο 131 παρ. 3 γερμ. νόμου περί α.ε. απαριθμούνται επτά περιπτώσεις στις οποίες δικαιολογείται η άρνηση παροχής πληροφοριών εκ μέρους του ΔΣ. Μάλιστα, ο πρώτος εξ αυτών των λόγων – όταν η παροχή της πληροφορίας, σύμφωνα με συνετή επιχειρηματική κρίση, μπορεί να προξενήσει στην εταιρία ή σε συνδεδεμένη επιχείρηση σημαντική αρνητική επίδραση[75] – αποτελεί, σύμφωνα και με την ελληνική θεωρία και νομολογία, την ουσία του αποχρώντος ουσιώδους λόγου του άρθρου 39 παρ. 4, όπως αναλύεται αμέσως πιο κάτω.

Ως γενικός κανόνας θα μπορούσε να διατυπωθεί ότι αποχρών ουσιώδης λόγος συντρέχει όταν η αιτούμενη πληροφορία είναι ικανή να προκαλέσει σημαντική βλάβη στην εταιρία, κριτήριο για το προσδιορισμό της οποίας αποτελεί το εταιρικό συμφέρον[76]. Κομβικής σημασίας έννοιες στον κανόνα αυτό είναι η έννοια της «ικανότητας» της πληροφορίας να προξενήσει βλάβη, η έννοια της βλάβης, καθώς και εκείνη του εταιρικού συμφέροντος.

Όσον αφορά τη δυνατότητα[77] της παρεχόμενης πληροφορίας να προξενήσει βλάβη, η εκτίμηση του ΔΣ ως προς την επέλευση της βλάβης από την παροχή των πληροφοριών γίνεται σταθμίζοντας τις ενδεχόμενες ωφέλειες ή μειονεκτήματα της κοινοποίησης των πληροφοριών με αντικειμενικά κριτήρια[78]. Μάλιστα, η συγκεκριμενοποίηση της αόριστης νομικής έννοιας «αποχρών ουσιώδης λόγος» γίνεται μεν ad hoc ενόψει των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών που περιβάλλουν το αίτημα των μετόχων, ωστόσο η δυνατότητα της παρεχόμενης πληροφορίας να προξενήσει βλάβη στην εταιρία πρέπει να κρίνεται αντικειμενικά, και η κρίση αυτή οπωσδήποτε ελέγχεται δικαστικά. Απαραίτητο είναι, εν προκειμένω, να γίνει στάθμιση μεταξύ μειονεκτημάτων και πλεονεκτημάτων που αναμένεται, κατ' αντικειμενική κρίση, να προκύψουν κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων από την παροχή των αιτούμενων πληροφοριών[79]. Στα πλαίσια της στάθμισης αυτής σημείο αναφοράς αποτελεί, όπως προκύπτει από τον κανόνα που περιγράφηκε ανωτέρω, το συμφέρον της εταιρίας, και όχι το συμφέρον του μετόχου, του ΔΣ ή οποιουδήποτε τρίτου.

---

74 *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 226, *Μούζουλας,* Ν. 3604/2007, σελ. 513, *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 99.

75 «Soweit die Erteilung der Auskunft nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen»

76 *Μούζουλας*, Ν. 3604/2007, σελ. 512, *Πασσιάς*, ό.π., σελ. 372, *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 100.

77 Το αντίστοιχο άρθρο 131 γερμ. νόμου περί α.ε. κάνει λόγο για πληροφορία *κατάλληλη* (geeignet) να προκαλέσει αρνητική επίδραση στην εταιρία ή σε συνδεδεμένη επιχείρηση.

78 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 469, *Μούζουλας*, ό.π., σελ. 513, *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 102.

79 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 469.

Όσον αφορά την έννοια της βλάβης, καταρχάς καθίσταται σαφές ότι δεν αρκεί η πιθανότητα πρόκλησης μιας οποιασδήποτε βαρύτητας βλάβης, αλλά απαιτείται η βλάβη να είναι σημαντική και όχι επουσιώδης. Η ανάγκη να έχει η βλάβη ουσιώδη βαρύτητα απορρέει τόσο από την ίδια την έννοια του «αποχρώντος ουσιώδους» λόγου όσο και από το γεγονός ότι η επίκλησή του συνιστά περιορισμό θεμελιώδους μετοχικού δικαιώματος, ο οποίος θα πρέπει να δικαιολογείται από τη βαρύτητα της απειλούμενης βλάβης. Επίσης, δεν απαιτείται συγκεκριμένη βλάβη υπό την έννοια του ΑΚ 914 αλλά αρκεί κάθε ουσιώδης αρνητική επίδραση στο εταιρικό συμφέρον[80], και μάλιστα ακόμη και σε συνδεδεμένη με την εταιρία επιχείρηση, όχι όμως και σε τρίτο, εκτός της εταιρίας πρόσωπο[81]. Για τη στοιχειοθέτηση ωστόσο του αποχρώντος ουσιώδους λόγου δεν αρκεί η γενική επίκληση βλάβης, αλλά απαιτείται συγκεκριμένη αιτιολόγησή της με την παράθεση ισχυρισμών και την προσκόμιση στοιχείων εκ μέρους του επικαλούμενου τον λόγο αυτόν ΔΣ[82].

Κρίσιμο μέγεθος για τις σταθμίσεις που προαναφέρθηκαν αποτελεί το εταιρικό συμφέρον, το συμφέρον δηλαδή της εταιρίας και όχι το συμφέρον του ΔΣ ή των μετόχων. Με άλλα λόγια, η επίκληση αποχρώντος ουσιώδους λόγου σκοπό έχει την προστασία της εταιρίας και όχι του ΔΣ από την ευθύνη του. Η σύγκρουση συμφερόντων για το ΔΣ είναι εν προκειμένω αναπόφευκτη: από τη μία βρίσκεται το δικαίωμα των μετόχων να λάβουν όσο το δυνατόν περισσότερες πληροφορίες και από την άλλη η ανάγκη προστασίας των συμφερόντων της εταιρίας από αποκαλύψεις πληροφοριών και δεδομένων που θα μπορούσαν να τη βλάψουν ή να επηρεάσουν αρνητικά επιχειρηματικές ευκαιρίες, διαπραγματεύσεις, μελλοντικές επιχειρηματικές κινήσεις, συμφωνίες κ.λπ. Πολύ συχνά η σύγκρουση συμφερόντων παίρνει τη μορφή αντιπαράθεσης μεταξύ της υποχρέωσης παροχής πληροφοριών στους μετόχους και της υποχρέωσης προστασίας των απορρήτων της εταιρίας, σύμφωνα με το άρθρο 22α παρ. 3 ν. 2190/1920. Η διευθέτηση μιας τέτοιας σύγκρουσης συμφερόντων δεν είναι εύκολη. Η σχετική στάθμιση θα πρέπει να γίνει με γνώμονα το εταιρικό συμφέρον και όχι τα συμφέροντα του μετόχου ή του ίδιου του ΔΣ[83]. Γενικώς επιζήμιες για την εταιρία πληροφορίες μπορούν να αποτελέσουν, πέραν από όσες αφορούν τα επιχειρηματικά ή τεχνικά της απόρρητα, την τεχνογνωσία και γενικώς όσα της δίνουν συγκριτικό πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών της, και όσες αφορούν εκκρεμείς διαπραγματεύσεις ή δίκες ή άλλου τύπου εμπλοκές της εταιρίας ή ακόμη και παραβάσεις της που επισύρουν κυρώσεις, εφόσον αποκαλυφθούν και γίνουν γνωστές. Αποχρώντα ουσιώδη λόγο άρνησης παροχής πληροφοριών εκ μέρους του ΔΣ αποτελούν και η προστασία απόρρητων πληροφοριών της επιχείρησης και η αποφυγή

80 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 468.
81 *Μούζουλας*, Ν. 3604/2007, σελ. 512, *Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο εμπορικών εταιριών, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σελ. 234.
82 *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 102.
83 *Γεωργακόπουλος*, ό.π., σελ. 353, *Μούζουλας*, Ν. 3604/2007, σελ. 512, 513, *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 469, *K.Schmidt*, ό.π., σελ. 846.

εταιρικής βλάβης μέσω της αποκάλυψης ευαίσθητων εταιρικών-επιχειρηματικών πληροφοριών ή στοιχείων σε ανταγωνιστές ή στη δημοσιότητα (π.χ. πληροφορίες για τρέχουσες διαπραγματεύσεις, πιστωτικές και επενδυτικές επαφές, εσωτερικά λογιστικά και οικονομικά στοιχεία της επιχείρησης, τιμές πρώτων υλών, εκπτώσεις σε μεγάλους πελάτες, όροι συναλλαγών με πελάτες ή προμηθευτές, απόρρητο τεχνολογικό know-how)[84]. Στην κατηγορία αυτών των πληροφοριών ωστόσο, η αποκάλυψη των οποίων μπορεί να αποβεί επιζήμια για την εταιρία, δεν θα πρέπει να εντάσσονται και οι πληροφορίες που μπορούν να θεμελιώσουν αξίωση κατά του ΔΣ λόγω παράβασης της υποχρέωσης πίστης και επιμέλειας που υπέχει προς την εταιρία, για τον προφανή λόγο ότι η άρνηση παροχής πληροφοριών στην περίπτωση αυτή θα σήμαινε προβάδισμα του συμφέροντος του ΔΣ έναντι του εταιρικού συμφέροντος και κάτι τέτοιο είναι αντίθετο προς τη ratio του νόμου. Το συμφέρον δε του ΔΣ να μην παρασχεθούν στην περίπτωση αυτή οι αιτούμενες πληροφορίες δεν μπορεί να μετουσιωθεί σε εταιρικό συμφέρον ούτε υπό τον ισχυρισμό του ΔΣ ότι η παροχή των πληροφοριών θα δημιουργούσε αρνητικούς συνειρμούς εις βάρος της εταιρίας στις συναλλαγές. Ένας τέτοιος ισχυρισμός δεν μπορεί να γίνει δεκτός[85]. Ο εμπιστευτικός χαρακτήρας κάποιων πληροφοριών ενδέχεται να μην επιτρέπει στο μέλος του ΔΣ να τις κοινοποιήσει στον μέτοχο[86]. Βέβαια, στην περίπτωση αυτή, ορθά παρατηρείται ότι ο ίδιος ο εμπιστευτικός χαρακτήρας της πληροφορίας ούτως ή άλλως πιθανότατα θα συνιστά αποχρώντα λόγο που δικαιολογεί την απόρριψη του αιτήματος πληροφόρησης, οπότε δεν υφίσταται ανάγκη να καταφύγει κανείς στην εκπροσώπηση στο ΔΣ[87]. Στο προϊσχύσαν δίκαιο, η μη εκπροσώπηση των αιτούντων μετόχων (της μειοψηφίας) στο ΔΣ της εταιρίας αποτελούσε προϋπόθεση νόμιμης άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης.

Αποχρώντα ουσιώδη λόγο αποτελεί επίσης η προστασία των προσωπικών δεδομένων και της προσωπικότητας καθώς και η τήρηση των διατάξεων που καθιερώνουν το απόρρητο (τραπεζικό, φορολογικό κ.λπ), ακόμη και όταν αυτό δεν σχετίζεται με την εταιρία[88]. Επίσης αυτονόητο είναι ότι το ίδιο ισχύει όταν η κοινοποίηση της πληροφορίας απαγορεύεται από τη νομοθεσία, καθώς και όταν υπάρχει συγκεκριμένος λόγος προστασίας του δημοσίου συμφέροντος[89]. Η δημοσιότητα των αιτούμενων πληροφοριών και η δυνατότητα άντλησής τους από άλλες πηγές είναι αμφίβολο αν συνιστά αποχρώντα ουσιώδη λόγο άρνησης. Υποστηρίζεται η άποψη ότι η ίδια η δημοσίευσή τους καταδεικνύει την έλλειψη ουσιώδους λόγου, επομένως το ΔΣ είναι υποχρεωμένο να τις παράσχει[90]. Από την άλλη πλευρά, η πρόβλεψη του άρθρου 39 παρ. 4, σύμφωνα με την οποία υποχρέωση παροχής πληροφοριών δεν

84 Για όλα αυτά βλ. αναλυτικά *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 469.
85 *Μούζουλας*, ό.π., σελ. 513, *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 102, *K.Schmidt*, ό.π., σελ. 846.
86 *Μούζουλας*, Ν. 3606/2007, σελ. 515.
87 Βλ. *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., αριθμ. 103 υποσημ. 287.
88 *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 105.
89 *Μούζουλας*, ό.π., σελ. 515, *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 470.
90 *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., άρθρο 39 αριθμ. 105 με περαιτέρω παραπομπές.

υφίσταται – άρα δεν γεννάται καν δικαίωμα του μετόχου να απαιτήσει την ανακοίνωσή τους – όταν οι σχετικές πληροφορίες διατίθενται ήδη στην ιστοσελίδα της εταιρίας, ιδίως με τη μορφή ερωτήσεων και απαντήσεων, μας οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η δυνατότητα άντλησης πληροφοριών, που θα μπορούσαν να αποτελούν αντικείμενο του δικαιώματος πληροφόρησης, από άλλες πηγές, χωρίς βέβαια να δυσχεραίνεται ιδιαίτερα ο μέτοχος στην απόκτησή τους, κρίνεται από το νομοθέτη επαρκής λόγος προκειμένου να μην ενεργοποιείται η υποχρέωση του ΔΣ να ανακοινώνει τις εν λόγω πληροφορίες. Επομένως, ορθότερο φαίνεται να θεωρείται σε κάθε περίπτωση καταχρηστικό το αίτημα ανακοίνωσης ήδη δημοσιευμένων από την εταιρία πληροφοριών, με βάση το σύστημα δημοσιότητας ή βάσει εποπτικών διατάξεων του δικαίου της κεφαλαιαγοράς[91].

Σύμφωνα με τη διατύπωση του άρθρου 39 παρ. 4, το ΔΣ μπορεί να αρνηθεί την παροχή των πληροφοριών όταν συντρέχει αποχρών ουσιώδης λόγος. Εκφράζεται ωστόσο η άποψη ότι το ΔΣ είναι στην περίπτωση αυτή υποχρεωμένο να αρνηθεί[92], αλλιώς θα ευθύνεται έναντι της εταιρίας[93]. Η αναγραφή του αποχρώντος ουσιώδους λόγου απόρριψης του αιτήματος μετόχου/ων για χορήγηση πληροφοριών στα πρακτικά αποτελεί υποχρέωση του ΔΣ που προβλέπεται ρητώς στο άρθρο 39 παρ. 4 ν. 2190/1920. Η αιτιολόγηση της απόρριψης του αιτήματος πληροφόρησης και η αναγραφή της σχετικής αιτιολογίας στα πρακτικά εξασφαλίζει τη δυνατότητα του δικαστηρίου να εξετάσει τη νομιμότητα της απόρριψης, γι' αυτό και έχει προβλεφθεί ως υποχρέωση του ΔΣ[94]. Μάλιστα, δεν αρκεί αόριστη μνεία αλλά απαιτείται συγκεκριμένη[95]. Αν δεν τηρηθεί η υποχρέωση αυτή, η απόφαση είναι ακυρώσιμη[96].

Η μοναδική περίπτωση αποχρώντος ουσιώδους λόγου που εξειδικεύεται ρητώς στο νόμο είναι η εκπροσώπηση των αιτούντων μετόχων στο ΔΣ σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 3 ή 6. Η εκπροσώπηση αυτή μάλιστα δεν αποτελεί οπωσδήποτε,

---

91 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 470.

92 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 468. Η διατύπωση και της αντίστοιχης διάταξης του γερμ. νόμου περί α.ε. (άρθρο 131 παρ. 3) αναφέρεται σε δυνατότητα (darf), και όχι υποχρέωση, άρνησης παροχής των αιτούμενων πληροφοριών από πλευράς ΔΣ όταν συντρέχει μία από τις εκεί προβλεπόμενες περιπτώσεις.

93 *Μούζουλας*, ό.π., σελ. 512, *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., αριθμ. 100.

94 *Geßler*, § 131, αριθμ. 27, *Zöllner* σε KK, § 131, αριθμ. 86. Στη Γερμανία υποστηρίζεται και η άποψη ότι το ΔΣ δεν υπέχει τέτοια υποχρέωση, οφείλει ωστόσο να αιτιολογήσει την απορριπτική του απόφαση όταν ο αιτών μέτοχος ζητά την αναγραφή των λόγων απόρριψης του αιτήματός του στα πρακτικά, βλ. σχετικά *Eckardt* σε Geßler/Hefermehl, § 131, αριθμ. 80. Βέβαια, ο γερμανικός νόμος περί α.ε. προβλέπει συγκεκριμένους και περιοριστικά απαριθμούμενους λόγους για τους οποίους επιτρέπεται η άρνηση παροχής πληροφοριών στους μετόχους (άρθρο 131 παρ. 3, αριθμ. 1 έως 7). Το ΔΣ δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την παροχή πληροφοριών για άλλους λόγους. Ως εκ τούτου κατά κανόνα αρκεί η απλή παραπομπή στον αντίστοιχο αριθμό του εν λόγω άρθρου, όχι όμως και η αόριστη αναφορά γενικώς στο άρθρο 131 γερμ. νόμου περί α.ε. (βλ. σχετικά *Geßler*, § 131, αριθμ. 27, *Eckardt* σε Geßler/Hefermehl, § 131, αριθμ. 80). Μάλιστα, σύμφωνα με το BGH, η έλλειψη αιτιολογίας της άρνησης παροχής πληροφοριών σε μετόχους δεν αποτελεί παράβαση νόμου που να συνιστά λόγο ακύρωσης της σχετικής απόφασης της γενικής συνέλευσης σύμφωνα με το άρθρο 243 παρ. 1 γερμ. νόμου περί α.ε. Για την έγερση σχετικής αγωγής αποφασιστική σημασία έχει μόνο, αν το ΔΣ είχε δικαίωμα να αρνηθεί τις πληροφορίες ή όχι, βλ. σχετικά BGHZ 101, 1, 8 επ.

95 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 468.

96 ΠΠρΑθ463/2011, ΕΕμπΔ 2011, 106. Σύμφωνα με τον *Μαρίνο* όμως, ΔΕΕ 2008, 466, η παράλειψη καταχώρισης στα πρακτικά δεν επιδρά στις έννομες συνέπειες.

αλλά *μπορεί* να αποτελέσει αποχρώντα ουσιώδη λόγο, *κατά τις περιστάσεις*. Σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση του νόμου 3606/2007 η φράση «κατά τις περιστάσεις» έχει την έννοια ότι θα πρέπει να ερευνάται σε ποιο βαθμό υπάρχει πραγματικά πρόσβαση του διορισμένου μέλους στις εταιρικές πληροφορίες προκειμένου να θεωρηθεί ότι συντρέχει αποχρών λόγος[97]. Απορία προκαλεί το γεγονός ότι στην περίπτωση άσκησης δικαιώματος πληροφόρησης από τη μεγάλη μειοψηφία (1/5), όπου επίσης προβλέπεται από το νόμο η επίκληση αποχρώντος λόγου (άρθρο 39 παρ. 5), η εκπροσώπηση των αιτούντων μετόχων στο ΔΣ συνιστά περίπτωση αποχρώντος λόγου «*εφόσον τα αντίστοιχα μέλη του ΔΣ έχουν λάβει τη σχετική πληροφόρηση κατά τρόπο επαρκή*». Τελικά όμως ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι η απουσία της φράσης αυτής στην παρ. 4 δεν διαφοροποιεί τις δύο περιπτώσεις[98].

Αμφισβητείται αν το καταστατικό μπορεί να ορίζει ότι η εκπροσώπηση του αιτούντος μετόχου στο ΔΣ δεν συνιστά λόγο άρνησης. Από τη μία πλευρά προβάλλεται το επιχείρημα ότι το δικαίωμα πληροφόρησης θεσμοθετείται κατά αναγκαστικό δίκαιο, καθώς και ότι θα πρέπει να γίνει σεβαστή η βούληση του νομοθέτη να κρίνεται η συνδρομή ουσιώδους λόγου άρνησης κατά περίπτωση[99]. Υποστηρίζεται όμως, από την άλλη, ότι είναι νόμιμη η διευκόλυνση άσκησης του δικαιώματος ψήφου[100].

β. Η απαγόρευση κατάχρησης δικαιώματος ως αυτοτελής περιορισμός του δικαιώματος πληροφόρησης

Ζήτημα αποτελεί αν η άσκηση του δικαιώματος πληροφόρησης περιορίζεται αυτοτελώς από την απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος (άρθρο 281 ΑΚ) ή αν η κατάχρηση δικαιώματος καλύπτεται από τον «αποχρώντα ουσιώδη λόγο» του άρθρου 39 παρ. 4 και 5 ή γενικότερα από τις λοιπές προϋποθέσεις και περιορισμούς που θέτει το πραγματικό των διατάξεων αυτών (χρησιμότητα των πληροφοριών, σύνδεση με ημερήσια διάταξη κ.λπ.)[101]. Η απαγόρευση κατάχρησης δικαιώματος εν προκειμένω συνδέεται με την υποχρέωση πίστης έναντι της εταιρίας κατά την άσκηση των δικαιωμάτων μειοψηφίας[102]. Η σχέση μεταξύ χρησιμότητας των αιτούμενων πληροφοριών για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημε-

97 *Μούζουλας*, Ν. 3606/2007, σελ. 514, *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 299, *ο ίδιος*, ΔΕΕ 2008, 466, *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 228.

98 Έτσι και *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ, ό.π., αριθμ. 228, *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., αριθμ. 103.

99 *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., αριθμ. 106, *Μούζουλας*, ν. 3606/2007, σελ. 518, *Σπυρίδωνος*, Τα δικαιώματα της μειοψηφίας στην ανώνυμη εταιρία, σελ. 145.

100 *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, σελ. 300, *ο ίδιος*, ΔΕΕ 2008, 466, 470.

101 Υπέρ της ένταξης της κατάχρησης στην έννοια του αποχρώντος ουσιώδους λόγου *Αλεξανδρίδου*, ό.π., σελ. 463. Στην ίδια κατεύθυνση και *Παναγιωτοπούλου*, ό.π., αριθμ. 104. Ο *Δρακόπουλος*, ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 187, 233 θεωρεί την κατάχρηση δικαιώματος περίπτωση αποχρώντος λόγου, ο οποίος όμως αφορά το παραδεκτό της αίτησης του μετόχου και όχι τις αιτούμενες πληροφορίες, αν και συχνά η φύση των τελευταίων θα είναι καθοριστική της κατάχρησης. Ο *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 470 θεωρεί πως η απαίτηση του νόμου, οι αιτούμενες πληροφορίες να είναι συγκεκριμένες και χρήσιμες, αφαιρεί από το άρθρο 281 ΑΚ σημαντικό πεδίο εφαρμογής, δεν το εκμηδενίζει όμως, καθώς παραμένουν νοητές περιπτώσεις κατάχρησης, όταν ο μέτοχος ζητά πληροφορίες ελεύθερα προσιτές και δημοσιευμένες.

102 *Hüffer*, § 131, αριθμ. 33, *Καραμανάκου*, Η υποχρέωση πίστης των μετόχων της μειοψηφίας, ΔΕΕ 2009, 1329.

ρήσιας διάταξης και καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος αναλύθηκε ήδη πιο πάνω (ΙΙ.1.γ.i): η εφαρμογή της απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος ψήφου δεν αποκλείεται, δεδομένου ότι η προϋπόθεση της χρησιμότητας των πληροφοριών αποτελεί εξειδίκευση του έννομου συμφέροντος του αιτούντος μετόχου και όχι της απαγόρευσης κατάχρησης, και επομένως περιορίζει μεν το πεδίο εφαρμογής του 281 ΑΚ, χωρίς όμως να το αποκλείει[103]. Επιπλέον, γενικότερα κανένα δικαίωμα δεν επιτρέπεται να ασκείται καταχρηστικά, επομένως ούτε και το δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου.

Περαιτέρω, κρίσιμη είναι η απάντηση στο ερώτημα, εάν είναι νοητή περίπτωση καταχρηστικής άσκησης αίτησης πληροφόρησης, χωρίς η εν λόγω κατάχρηση να συνιστά και αποχρώντα ουσιώδη λόγο άρνησης παροχής των αιτούμενων πληροφοριών από το ΔΣ. Κάτι τέτοιο είναι μάλλον δύσκολο, παρόλο που, από νομικής άποψης, η κατάχρηση δικαιώματος αφορά την άσκηση του ίδιου του δικαιώματος, ενώ ο αποχρών ουσιώδης λόγος αφορά πρωτίστως τις αιτούμενες πληροφορίες. Σε κάθε περίπτωση, η σημασία του προβληματισμού είναι μάλλον θεωρητική, διότι τελικά η αίτηση θα απορριφθεί, και μάλιστα η απόρριψη εκ μέρους του ΔΣ θα πρέπει να αιτιολογηθεί και να αναγραφεί στα πρακτικά όχι μόνο στην περίπτωση του αποχρώντος ουσιώδους λόγου, όπως ρητώς αξιώνει το άρθρο 39 παρ. 4, αλλά και στην περίπτωση της κατάχρησης, διότι η κρίση για τη συνδρομή ή μη κατάχρησης θα πρέπει να αφεθεί στο δικαστήριο, στο οποίο θα πρέπει να δοθεί η δυνατότητα να αποφανθεί βάσει και της αιτιολογίας του ΔΣ που αναγράφηκε στα πρακτικά[104]. Η διαφορά των δύο περιπτώσεων έγκειται στο ότι, στην περίπτωση της κατάχρησης δικαιώματος το ίδιο το αίτημα πληροφόρησης είναι μη νόμιμο, άρα το ΔΣ δεν απαιτείται καν να εξετάσει και να επικαλεστεί περαιτέρω τη συνδρομή αποχρώντος ουσιώδους λόγου. Περίπτωση καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης αποτελεί η αίτηση παροχής πληροφοριών που έχουν ήδη δημοσιευθεί από την εταιρία στο πλαίσιο του συστήματος δημοσιότητας ή βάσει εποπτικών διατάξεων του δικαίου της κεφαλαιαγοράς[105].

Κατά την κρίση περί της καταχρηστικής ή μη άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψιν ότι το δικαίωμα πληροφόρησης απορρέει από την ίδια την έννοια της εταιρικής συμμετοχής και δεν ασκείται απαραιτήτως προς το εταιρικό συμφέρον, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, χωρίς μάλιστα να απαιτείται δικαιολόγηση της άσκησής του εκ μέρους του μετόχου. Άρα δεν νοείται κατάχρηση με

---

103 *K. Schmidt*, Informationsrechte, σελ. 49. Βλ. επίσης για την κρατούσα στη Γερμανία άποψη, *Hüffer*, § 131, αριθμ. 33, *Zöllner* σε ΚΚ, § 131, αριθμ. 44, *Hefermehl* σε FS Duden, σελ. 117. Μάλιστα, τα σχετικά επιχειρήματα που συνηγορούν υπέρ της αποδοχής της δυνατότητας εφαρμογής της απαγόρευσης κατάχρησης στο δικαίωμα πληροφόρησης ισχύουν κατά μείζονα λόγο στο ελληνικό δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας, δεδομένου ότι η αντίστοιχη ρύθμιση του δικαιώματος πληροφόρησης στο γερμανικό νόμο περί ανωνύμων εταιριών αξιώνει οι αιτούμενες πληροφορίες να είναι όχι απλώς χρήσιμες, αλλά απαραίτητες για την εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης, οπότε είναι προφανές ότι απομένει πολύ μικρότερο περιθώριο εφαρμογής της απαγόρευσης κατάχρησης σε σχέση με το ελληνικό δίκαιο.

104 Έτσι *Δρακόπουλος*, ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 233 με περαιτέρω παραπομπές.

105 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, ό.π., 470.

την αιτιολογία ότι το δικαίωμα πληροφόρησης ασκήθηκε χωρίς λόγο ή χωρίς να υπάρχει «αντικειμενική ανάγκη» του αιτούντος μετόχου ή της αιτούσας μειοψηφίας, ή ότι ο αιτών στερείται έννομου συμφέροντος, διότι η σύνδεση της αξίωσης πληροφόρησης με τη μετοχική ιδιότητα είναι επαρκής λόγος για να ασκηθεί η σχετική αξίωση[106].

Σε σχέση με την καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος πληροφόρησης, ένα πρόβλημα που απασχολεί στην πράξη, ιδίως τις μεγάλες ανώνυμες εταιρίες είναι το εξής: κάποιοι μέτοχοι[107] θέτουν κατά τη διάρκεια της γενικής συνέλευσης τόσο πολλές και εκτενείς ερωτήσεις, που παρακωλύουν την κανονική ροή της[108]. Με το ζήτημα έχει ασχοληθεί μάλιστα και το γερμανικό Συνταγματικό Δικαστήριο, το οποίο έκρινε ως συνταγματικούς τους περιορισμούς της διάρκειας ομιλίας που επιβάλλονται στους συμμετέχοντες σε γενική συνέλευση μετόχους, στηριζόμενο τόσο στην έλλειψη αναγκαιότητας χορήγησης των αιτούμενων πληροφοριών για την εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης, προϋπόθεση που τίθεται από το σχετικό άρθρο του γερμανικού νόμου περί α.ε. (άρθρο 131), όσο και στην απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος πληροφόρησης εκ μέρους των μετόχων[109]. Με την τροποποίηση του γερμανικού νόμου περί α.ε. το 2005 η ως άνω νομολογία ενσωματώθηκε στη ρύθμιση του δικαιώματος πληροφόρησης των μετόχων: σύμφωνα με το άρθρο 131 παρ. 2 εδάφιο β' του ίδιου νόμου το καταστατικό ή ο κανονισμός μπορούν να εξουσιοδοτούν τον Πρόεδρο της γενικής συνέλευσης να περιορίζει χρονικά το δικαίωμα υποβολής ερωτήσεων και ομιλίας των μετόχων καθώς και να ρυθμίζει τα σχετικά ζητήματα αναλυτικότερα.

III. Περιορισμοί από το καταστατικό ή από όργανα της εταιρίας

Οι διατάξεις του κ.ν. 2190/1920 που ρυθμίζουν το δικαίωμα πληροφόρησης των μετόχων είναι αναγκαστικού δικαίου, επομένως το καταστατικό της εταιρίας δεν μπορεί να θέσει επιπλέον περιορισμούς στην άσκηση του εν λόγω δικαιώματος ούτε να

106 *Μαρίνος*, ΔΕΕ 2008, 469. Βλ. επίσης *Meyer-Landrut* σε FS Schilling, σελ. 240, *Zöllner* σε KK, § 131, αριθμ. 44, *Semler*, § 131, αριθμ. 28.

107 Πρόκειται για μετόχους, η συμμετοχή των οποίων στην εταιρία δεν έχει διάρκεια αλλά περιορίζεται στην αγορά κάποιων μετοχών, ενδεχομένως και μόνο για να τους δοθεί η δυνατότητα να συμμετάσχουν, για τους δικούς τους λόγους, στη γενική συνέλευση της εταιρίας. Στη γερμανική έννομη τάξη έχει επικρατήσει να αποκαλούνται «μέτοχοι της μίας ημέρας» («Eintagsaktionäre»).

108 Για την αντιμετώπιση του προβλήματος αυτού προτείνεται από τη θεωρία η επίκληση της μη αναγκαιότητας των αιτούμενων πληροφοριών για την εκτίμηση των ζητημάτων της γενικής συνέλευσης, βλ. *KK/Zöllner*, άρθ. 131, αριθμ. 44, *Martens*, σε Timm, Missbräuchliches Aktionärsverhalten, σελ. 73, *Trouet*, NJW 1986, 1306· επίσης, η επίκληση της απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, καθώς και των ορίων που θέτουν τα δικαιώματα των λοιπών μετόχων και η ανάγκη διασφάλισης της ομαλής λειτουργίας της συνέλευσης, σχετικά *Hüffer*, άρθ. 131, αριθμ. 35, *Groß*, AG 1997, 104.

109 BVerfG, απόφαση της 20/9/1999, NJW 2000, σελ. 349 επ., *Grüner*, NZG 2000, 770. Στόχος του Συνταγματικού Δικαστηρίου με την απόφασή του αυτή, στην οποία έκρινε ότι οι εν λόγω περιορισμοί δεν αποτελούν αδικαιολόγητους και δυσανάλογους περιορισμούς του κατοχυρωμένου από το άρθρο 14 του Γερμανικού Συντάγματος δικαιώματος πληροφόρησης των μετόχων, είναι η διασφάλιση της ομαλής διενέργειας της γενικής συνέλευσης και της λήψης αποφάσεων στα πλαίσια αυτής.

επεκτείνει τους προβλεπόμενους από το νόμο[110]. Ως εκ τούτου, διάταξη καταστατικού που απαιτεί την κατοχή συγκεκριμένου αριθμού μετοχών προκειμένου να μπορεί ο μέτοχος να ζητήσει πληροφορίες για τις υποθέσεις της εταιρίας ή που θέτει επιπλέον όρους και προϋποθέσεις είναι άκυρη και δεν εφαρμόζεται: κάθε μέτοχος, έστω και αν κατέχει μία και μόνο μετοχή και το αίτημά του πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου, έχει το δικαίωμα πληροφόρησης του άρθρου 39 παρ. 4 εδ. α'. Το άρθρο 39 παρ. 9 μάλιστα παρέχει τη δυνατότητα, μέσω σχετικής πρόβλεψης στο καταστατικό της εταιρίας, μείωσης των ποσοστών που προβλέπονται στο νόμο για την άσκηση του δικαιώματος πληροφόρησης της μειοψηφίας («μικρής» – 1/20 – και «μεγάλης» – 1/5) μέχρι το ήμισυ, επιτρέπει δηλαδή τη διεύρυνση – και σε καμία περίπτωση τη συρρίκνωση – του δικαιώματος πληροφόρησης στην ανώνυμη εταιρία[111]. Αυτό σημαίνει ότι η προστασία μιας μικρότερης μειοψηφίας εξαρτάται από τις καλές προθέσεις της πλειοψηφίας κατά τη σύνταξη του καταστατικού της εταιρίας, που όμως συνήθως δεν υπάρχουν[112]. Περαιτέρω μείωση, ωστόσο, των ποσοστών αυτών, και πολύ περισσότερο οποιαδήποτε αύξησή τους ή πρόβλεψη αυστηρότερη προϋποθέσεων, δεν επιτρέπεται, ενώ δεν επιτρέπεται ούτε η αναγνώριση σε μικρότερη μειοψηφία ή σε μεμονωμένο μέτοχο δικαιώματος πληροφόρησης που απονέμεται από το νόμο σε μεγαλύτερη πλειοψηφία[113].

Επίσης, απόρροια του αναγκαστικού χαρακτήρα των διατάξεων που ρυθμίζουν το δικαίωμα πληροφόρησης των μετόχων, αλλά και της θεμελίωσης του εν λόγω δικαιώματος στην εταιρική συμμετοχή, είναι ότι η γενική συνέλευση δεν μπορεί με ειδική απόφασή της να απαλλάξει το ΔΣ από την υποχρέωση παροχής πληροφοριών, ακόμη και αν η απόφαση αυτή ληφθεί με αυξημένη πλειοψηφία[114].

Γ. Δικαστική προστασία σε περίπτωση παραβίασης του δικαιώματος πληροφόρησης – ένας ακόμη περιορισμός

Η διαμόρφωση του δικαιώματος πληροφόρησης στην ανώνυμη εταιρία ως ατομικού δικαιώματος κάθε μετόχου, παρά τους περιορισμούς που αναλύθηκαν παραπάνω, οπωσδήποτε διεύρυνε υπέρ των μετόχων τα δικαιώματα που πηγάζουν από την εταιρική συμμετοχή. Ο νομοθέτης, ωστόσο, δεν συνόδευσε τη διεύρυνση

110 *Μαρίνος*, Το ατομικό δικαίωμα πληροφορήσεως του μετόχου, 271, *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ, άρθρο 39 αριθμ. 192, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, σελ. 842, ΠΠρΘεσ 213/1983, ΕΕμπΔ 1984, 605.

111 Γενικότερα για τη δυνατότητα καταστατικών διαμορφώσεων σχετικά με τα δικαιώματα μειοψηφίας βλ. *Σταματάκη*, Η καταστατική ελευθερία στην ανώνυμη εταιρεία, Νομική Βιβλιοθήκη 2014, σελ. 263 επ.

112 *Ρόκας*, 18ο ΠΣΕΕ, 2008, σελ. 22.

113 *Δρακόπουλος*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 39 αριθμ. 175, με περαιτέρω παραπομπές. Στη γερμανική έννομη τάξη γίνεται δεκτό ότι το καταστατικό της α.ε. μπορεί να προβλέπει άλλο, διαφορετικό από το προβλεπόμενο στο αντίστοιχο του άρθρου 39 παρ. 4 κ.ν. 2190/1920 άρθρο 131 γερμ. νόμου περί α.ε., δικαίωμα πληροφόρησης, το οποίο υφίσταται και ασκείται εκτός γενικής συνέλευσης, βλ. *Semler*, § 131, αριθμ. 1, *Eckardt* σε Geßler/Hefermehl, § 131, αριθμ. 15.

114 *Spindler* σε Schmidt/Lutter, AktG, 2007, παρ. 131 αριθμ. 3.

αυτή και με μια ουσιαστική ενδυνάμωση της δικαστικής προστασίας του μεμονωμένου μετόχου έναντι της άρνησης της διοίκησης της εταιρίας να του παράσχει τις αιτούμενες πληροφορίες. Το ζήτημα της δικαστικής προστασίας του δικαιώματος πληροφόρησης είναι ευρύτατο και η ανάλυσή του προφανώς εκφεύγει των ορίων της παρούσας. Στο πλαίσιο της συζήτησης περί των περιορισμών του εν λόγω δικαιώματος αξίζει να αναφερθεί ωστόσο ότι ο μέτοχος ναι μεν μπορεί να ζητήσει από το μονομελές πρωτοδικείο της έδρας της εταιρίας, το οποίο δικάζει κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, να αποφανθεί αν το ΔΣ δικαιολογημένα αρνήθηκε να παράσχει τις πληροφορίες και να το υποχρεώσει, εφόσον κρίνει ότι η άρνησή του είναι παράνομη, να ανακοινώσει τις πληροφορίες (άρθρο 39 παρ. 6), είναι αμφίβολο ωστόσο κατά πόσο η προστασία αυτή του μετόχου είναι στην πράξη αποτελεσματική: αυτό που κατά κανόνα είναι κρίσιμο και ενδιαφέρει πρωτίστως τον μέτοχο που ζητά πληροφόρηση από το ΔΣ είναι η απόφαση της γενικής συνέλευσης που λαμβάνεται – ή δεν λαμβάνεται – επί τη βάσει των αιτούμενων πληροφοριών, οι οποίες αφορούν ούτως ή άλλως ζητήματα της ημερήσιας διάταξης. Αυτή ακριβώς την απόφαση της γενικής συνέλευσης δεν μπορεί να προσβάλλει ο μεμονωμένος μέτοχος. Την ακύρωσή της μπορούν να ζητήσουν μέτοχοι οι οποίοι αιτήθηκαν τις αρνηθείσες πληροφορίες μόνο εφόσον εκπροσωπούν το 1/20 το μετοχικού κεφαλαίου (άρθρο 35α παρ. 2 περ. α). Ο μεμονωμένος μέτοχος μπορεί να υποχρεώσει την εταιρία να του παράσχει τις πληροφορίες σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. 6, χωρίς όμως να μπορεί να πλήξει το κύρος της απόφασης της γενικής συνέλευσης που ελήφθη μετά την παράνομη άρνηση παροχής των πληροφοριών. Το άρθρο 35α παρ. 4 αναγνωρίζει βέβαια στον μεμονωμένο μέτοχο, του οποίου το ατομικό αίτημα προς πληροφόρηση δεν ικανοποιήθηκε, και ο οποίος δεν συγκεντρώνει το απαραίτητο ποσοστό προκειμένου να ζητήσει την ακύρωση της απόφασης της γενικής συνέλευσης, αξίωση αποζημίωσης για τη ζημιά που υπέστη εξαιτίας του γεγονότος ότι η απόφαση ελήφθη χωρίς να έχουν παρασχεθεί οι αιτούμενες πληροφορίες. Είναι προφανές, ωστόσο, ότι η εν λόγω αξίωση αποζημίωσης αποτελεί μια κατά κανόνα θεωρητική δυνατότητα για τον μέτοχο, πρωτίστως διότι η απόδειξη της ζημίας του μετόχου, καθώς και της απαραίτητης αιτιώδους συνάφειας μεταξύ αυτής και της άρνησης παροχής των πληροφοριών, συναντά ανυπέρβλητα εμπόδια απόδειξης. Επομένως, το δικαίωμα πληροφόρησης κατέστη πλέον ατομικό δικαίωμα, η ουσιαστική δικαστική προστασία του όμως υπό την έννοια της δυνατότητας ακύρωσης της απόφασης παρέμεινε δικαίωμα μειοψηφίας. Και εν προκειμένω έγκειται ένας ακόμη σοβαρός περιορισμός της αποτελεσματικότητάς του.

Nikolaos Fragos*

Das neue griechische Einlagensicherungsrecht in Folge der Umsetzung der Richtlinie 2014/49/EG über Einlagensicherungssysteme

Inhaltsübersicht

I. Rechtliche Rahmenbedingungen
II. Neuregelung der Einlagensicherungsstruktur
III. Verstärkung der grenzübergreifenden Zusammenarbeit
IV. Erweiterung des Deckungsumfangs & verbesserter Zugang
1. Vorläufige Höchstdeckungssumme
2. Verringerung der Erstattungsfrist
3. Neuregelung zur Aufrechnung
V. Typisierung des vorvertraglichen Informationsschutzes
VI. Finanzierungs- und Finanzausstattungsanforderungen
VII. Mandatserweiterung: Bankensanierung und -abwicklung

I. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Thematik der Einlagensicherung bleibt im Lichte der seit mehr als sechs Jahre ausgelösten griechischen Wirtschafts – und Bankenkrise mehr denn je aktuell. Sukzessive Rezession, hohe Staatsverschuldung, Haushaltsdefizite und mangelnde Strukturreformen haben während der Krisenzeit zu einer grundlegenden Umwandlung der griechischen Bankenlandschaft geführt. Aufgrund der damit verbundenen Kapitalflucht hat die traditionelle Kreditwirtschaft gewichtige Verluste an Bilanzsummen und Einlagenbeständen erlitten.[1] Die mehrfache Einleitung von aufsichtsrechtlichen Abwicklungsmaßnahmen resultierte ferner zu einer starken Konsolidierung des Bankensektors, der nunmehr praktisch durch vier systemrelevante Marktakteure dominiert wird.[2] Vor diesem Hintergrund kommt der Funktion und

---

* Dr. iur., LL.M. (Köln).

1 Im Mai 2015 sind die Einlagen bei griechischen Banken auf 129,9 Milliarden Euro gefallen, was einem 11– Jahres–Tief und einem Minus von 21% seit November 2014 entspricht.

2 Diese sind National Bank of Greece, Eurobank, Piraeus Bank und Alpha Bank. In dem Zeitraum von Oktober 2011 bis April 2015 hat die Bank of Greece die Abwicklung von nicht weniger als 13 inländischen Kreditinstituten organisiert (grundsätzlich durch Errichtung eines Brückeninstituts oder durch Ausgliederung von Vermögenswerten).

Fortentwicklung des Einlagensicherungsrechts im inländischen und Europäischen Kontext eine elementare Bedeutung zu.

Mit der Umsetzung der Richtlinie 94/19/EG vom 30. Mai 1994 wurden erstmals in Griechenland auf harmonisierter Basis die Strukturen für eine gesetzliche Einlagensicherung geschaffen, die durch das das Gesetz 2324/1995[3] in Kraft traten. Durch das neuere Gesetz 3746/2009[4] ist das Regelwerk zur Einlagensicherung grundlegend modernisiert und ausgeweitet worden, sodass der HDIGF zum einheitlichen Organisationsträger der gesetzlichen Einlagen – und Anlagensicherung umgewandelt wurde. Gleichzeitig wurde durch die Einführung eines ausgesonderten Vermögensteils dem HDIGF gestattet, die Durchführung von Abwicklungsmaßnahmen im griechischen Bankensektor unter bestimmten Bedingungen gezielt zu finanzieren.

Die griechische Einlagensicherung wird nunmehr durch das Gesetz 4370/2016 vom 7. März 2016 über den Griechischen Einlagen – und Anlagensicherungsfonds (der sog. Hellenic Deposit and Investment Guarantee Fund bzw. HDIGF)[5] geregelt (nachfolgend das „Neue Einlagensicherungsgesetz" bzw. „NESG"). Durch das NESG wird die am 15. April 2014 verabschiedete Richtlinie 2014/49/EG über Einlagensicherungssysteme, welche zur Überarbeitung der mehrfach geänderten Richtlinie 94/19/EG geführt hat (nachfolgend die „Neue Einlagensicherungsrichtlinie") in das griechische Recht umgesetzt.[6] Die Umsetzungsfrist wurde auf den 3. Juli 2015 gesetzt, sodass die Umsetzung der neuen Richtlinienvorgaben in nationales Recht mit erheblicher Verspätung erfolgt ist. Im Gegensatz zu der Richtlinie 94/19/EG beruht die Neue Einlagensicherungsrichtlinie auf dem Grundsatz der Maximalharmonisierung. Hierdurch wird sichergestellt, dass der gesetzliche Einlagenschutz in den verschiedenen Mitgliedstaaten nicht über ihre Vorgaben hinausgehen darf und dass Einlagensicherungssysteme europaweit möglichst gleiche Ausstattungsmerkmale und einheitliches Schutzniveau aufweisen.[7]

---

3 GBl. Heft A, 146/17.7.1995; zur Struktur des griechischen Einlagensicherungssystems unter dem Gesetz vgl. *Psychomanis*, Bankrecht: Recht der Bankverträge, Band II, 6. Auflage, Sakkoulas, 2010, S. 163 ff.; *Rokas/Gortsos*, Öffentliches und privates Bankrecht, 2. Auflage, Nomiki Vivliothiki, 2012, S. 164 ff.

4 GBl. Heft A 27/16.2.2009, geändert durch die Gesetze 3775/2009 (GBl Heft A, 122/21.7.2009), 4021/2011 (GBl. Heft A, 218/3.10.2011), 4051/2012 (GBl. Heft A, 40/29.2.2012), 4056/2012 (GBl. Heft A, 52/12.3.2012) und 4335/2015 (GBl. Heft A, 87/23.7.2015).

5 GBl Heft A, 37/07.03.2016.

6 Die Neue Einlagensicherungsrichtlinie ist das Produkt jahrelanger Verhandlungen und eines Kompromisses, auf den sich EU–Kommission, Rat und Europäisches Parlament Ende 2013 geeinigt hatten. Die EU–Kommission hatte bereits Mitte 2010 einen Richtlinienvorschlag vorgelegt, den Rat und Parlament jedoch ablehnten. Zum Hintergrund der Verabschiedung der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie sowie zu ihrer Einordnung in EU–Bankenunionsrecht vgl. *Gortsos*, The new EU Directive (2014/49/EU) on deposit guarantee schemes: an element oft the European Banking Union, Nomiki Vivliothiki, 2014, S. 16 ff.

7 Nach der Richtlinie 94/19/EG besaßen stattdessen die Mitgliedstaaten das Recht, in bestimmten Fallkonstellationen über die harmonisierten Vorgaben hinauszugehen. Dieser erste Harmonisierungsschritt innerhalb der Europäischen Union hat Unterschiede zwischen den Einlagensicherungssystemen der einzelnen Mitgliedstaaten, zum Beispiel im Hinblick auf den Kreis der geschätzten Einleger, nicht vollkommen ausräumen können.

Das NESG führt zur Abschaffung des Gesetzes 3746/2009 und gleichzeitig zu einer weitgehenden Änderung und Neufassung des griechischen Einlagensicherungsrechts. Nachstehend werden die wesentlichen Neuerungen in Folge der Umsetzung der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie beleuchtet.

II. Neuregelung der Einlagensicherungsstruktur

Bisher waren nach Unionsrecht Kreditinstitute von der Zuordnung zu einer gesetzlichen Entschädigungseinrichtung befreit, wenn diese einer institutssichernden Einrichtung angehörten.[8] Die Neue Einlagensicherungsrichtlinie sieht stattdessen vor, dass künftig alle Kreditinstitute einem gesetzlichen oder gesetzlich anerkannten Einlagensicherungssystem (Statutory Protection Schemes) zugeordnet sein müssen. Gleichzeitig können institutsbezogene Sicherungssysteme (Institutional Protection Schemes) und vertragliche Sicherungssysteme (Contractual Protection Schemes) als Einlagensicherungssysteme nur dann amtlich anerkannt werden, wenn sie alle Richtlinienkriterien erfüllen und dementsprechend durch die zuständige Aufsichtsbehörde umfassend und fortlaufend beaufsichtigt werden.[9]

Durch das NESG werden die strukturbezogenen Vorgaben der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie im Prinzip vollständig umgesetzt. Der Anwendungsbereich des NESG wird erheblich erweitert, sodass dieser nicht nur gesetzliche sondern auch institutsbezogene Einlagensicherungssysteme erfasst. Diese Erweiterung bewirkt allerdings keine Neuordnung der griechischen Einlagensicherungsstruktur; letztere wird weiterhin durch das gesetzliche Modell – in der Form des HDIGF – dominiert. Institutsbezogene sowie vertragliche Einlagensicherungssysteme existieren auch noch nicht.[10] Aus den gleichen Gründen wurde im Rahmen der griechischen Umsetzung auf die Einbeziehung von vertraglichen Einlagensicherungssystemen in den erweiterten Anwendungsbereich des NESG bewusst verzichtet.

Im Mittelpunkt des neuen griechischen Einlagensicherungsrechts befindet sich folglich HDIGF als die einzige gesetzliche Einlagensicherungseinrichtung. HDIGF ist in der Form einer juristischen Person des Privatrechts organisiert, welche der Aufsicht durch das griechische Finanzministerium unterliegt. Als Organisationsträger des gesetzlichen Einlagensicherungssystems ist dem HDIGF die Aufgabe zugewiesen, im Entschädigungsfall, die Gläubiger (Kunden) der teilnehmenden Kreditinstitute für nicht zurückgezahlte Einlagen zu entschädigen. Als entschädi-

8 Siehe Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 94/19/EG.

9 Umgekehrt werden von dem Anwendungsbereich der Richtlinie nicht amtlich anerkannte institutsbezogene und vertragliche Sicherungssysteme ausdrücklich ausgenommen.

10 Insoweit kann die Einführung von Vorschriften über Institutsbezogene und vertragliche Einlagensicherungssysteme nur zukünftigen Zwecken dienen; vgl. dazu Gesetzesbegründung zu NESG, Teil B, S. 3.

gungsfähige Einlage qualifiziert sich nach dem NESG weiterhin jedes Guthaben, das sich aus auf einem Konto verbliebenen Beträgen oder aus Zwischenpositionen im Rahmen von üblichen Bankgeschäften ergibt und vom Kreditinstitut nach den geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bedingungen zurückzuzahlen ist (z.B. Sparkonten, Sichteinlagen, Girokonten, Termineinlagen) sowie Verbindlichkeiten des Kreditinstituts, für welche Wertpapiere oder Schuldscheine erstellt worden sind.[11] Durch das NESG – und unter bestimmten Voraussetzungen – werden die Gläubiger von teilnehmenden Kreditinstituten nunmehr ausdrücklich berechtigt, Ansprüche auf Entschädigung für nicht zurückgezahlte Einlagen *direkt* gegen den HDIGF zu erheben. Gleichzeitig wird sich der HDIGF gegenüber den Einlegern gesetzlich verpflichtet, für die Erfüllung der Rückzahlungsverbindlichkeiten der teilnehmenden Kreditinstitute einzustehen (sog. explicit guarantee Ansatz)[12]. Hierdurch werden dem HDIGF ex lege die vertragstypischen Pflichten eines Bürgen zugewiesen, sodass der Entschädigungsanspruch richtigerweise auf der Grundlage eines gesetzlichen einseitigen Schuldverhältnisses in der Form einer Bürgschaft beruht. Dieses ist als lex specialis zum allgemeinen Regelungswerk der §§ 847 ff. (Bürgschaft) des Griechischen BGB anzuordnen. Im Rahmen dieses gesetzlichen Bürgschaftsverhältnisses treten das teilnehmende Kreditinstitut als Hauptschuldner und der HDIGF als Bürge auf.

Die Person des Gläubigers lässt sich im Einzelfall und nach den Kriterien des NESG bestimmen. Erstattungsfähig sind weiterhin Einlagen von Privateinlegern und juristischen Personen; nicht geschützt sind hingegen nach § 8 NESG inter alia Einlagen von Finanzinstituten, Wertpapierfirmen, Pensions – und Rentenfonds, Versicherungen oder staatlichen Stellen sowie Einlagen im Zusammenhang mit Transaktionen, die mit einem endgültigen Strafverfahren wegen Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung in Verbindung stehen. Eine wesentliche Neuerung besteht darin, dass eine Reihe von bislang nicht erstattungsfähigen Erscheinungsformen nunmehr dem Schutzbereich des NESG unterworfen werden. Dabei handelt es sich um Einlagen von juristischen Personen, die mit dem teilnehmenden Kreditinstitut i.S.v. § 32 des Gesetzes 4308/2014 verbunden sind sowie Einlagen von (a) Vorstandsmitgliedern oder leitendenden Angestellten des teilnehmenden Kreditinstitutes, (b) Personen, die mit der Abschlussprüfung des teilnehmenden Kreditinstitutes betraut sind, (c) Aktionären, die direkt oder indirekt mehr als 5% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte des teilnehmenden Kreditinstituts halten,

11 Dabei unterfallen Wertpapier–Rückkaufgeschäfte (sog. Repos) nicht der gesetzlichen Definition der entschädigungsfähigen Einlage. Solche Geschäfte werden vielmehr durch die Anlagesicherungsvorschriften des NESG erfasst. In gleicher Weise qualifizieren sich in einem Tresorfach aufbewahrte Geldbeträge nicht als Einlagen im Sinne der obigen Bestimmungen und werden folglich nicht durch das Einlagensicherungssystem des NESG gedeckt.

12 Zur Abgrenzung dieses Ansatzes zu den sog. implicit guarantee und depositor preference Schutzmodellen im griechischen Bankensektor vgl. *Kalfaoglou*, in: Bank of Greece, Economic Bulletin, Nr. 39, Juli 2014, S. 54.

(d) Ehegatten, Verwandten ersten und zweiten Grades der oben genannten Personen sowie allen in ihrem Namen handelnden Personen und (e) natürlichen Personen, die in verbundenen mit dem teilnehmenden Kreditinstitut Unternehmen die unter (a) bis (d) genannten Positionen halten. Ausgangspunkt ist jedenfalls ein formellrechtlicher Ansatz, wonach als Entschädigungsberechtigte der Inhaber der Einlage angesehen wird. Darüber hinaus und für den Fall, dass Einlagen für fremde Rechnung bzw. treuhänderisch gehalten sind (z.B. Kundenkonten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen), wird nach § 10 Abs. 2 i.V.m. § 8 NESG eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrundegelegt. Damit wird als Träger des gesetzlichen Entschädigungsanspruches stets der *wirtschaftlich Berechtigte* anerkannt, sofern diese Person als solche bereits vor dem Eintritt des Entschädigungsfalls identifiziert worden ist.[13]

Um die Finanzierung von Entschädigungsansprüchen sicherzustellen und dem Vermischungsrisiko (commingling risk) ausreichend Rechnung zu tragen ist bereits nach altem Recht innerhalb der Aktiva von HDIGF ein der Einlagensicherung gewidmetes Sondervermögen gebildet (sog. Deposit Cover Scheme).[14] HDIGF ist außerdem durch eine streng geschlossene Kapitalstruktur geprägt. Folglich wird die Mehrheit des Grundkapitals von HDIGF (60%) durch die griechische Zentralbank (Bank of Greece) gehalten, während der Verband griechischer Banken (Hellenic Bank Association) als alleiniger Minderheitsaktionär (40%) auftritt. Sämtliches Grundkapital von HDIGF dient ausschließlich der Einlagensicherung, sodass die entsprechenden Finanzmittel nicht anderweitig einzusetzen sind.

Die Teilnahme an dem durch HDIGF betriebenen Einlagensicherungssystem ist für alle in Griechenland zugelassenen Kreditinstitute (einschließlich Genossenschaftsbanken und ausländischen Zweigniederlassungen) verpflichtend; ausgenommen sind lediglich Bank of Greece und das staatliche Spezialkreditinstitut *Tameio Parakatathikon & Daneion* (Loan & Deposits Fund). Für die vorgenannten Kreditinstitute ist sogar die Teilnahme am Einlagensicherungssystem des NESG unabdingbare Voraussetzung, damit diese das Einlagengeschäft betreiben dürfen. Gleichzeitig wird den Zweigniederlassungen von Kreditinstituten, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, das Wahlrecht eingeräumt, sich zusätzlich an

13 Insoweit verweist § 8 Abs. 1 (f) NESG auf § 14 Abs. 1 Gesetzes 3691/2008 zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung. Das NESG enthält ferner besondere Zurechnungsregeln für bestimmte Sonderfälle. Gemäß § 10 Abs. 1 NESG ist im Falle eines Gemeinschaftskontos der Anteil jedes einzelnen Mitberechtigten als gesonderte Einlage zu behandeln. Demnach ist in Bezug auf diesen Anteil – und unter Mitberücksichtigung sämtlicher entschädigungsfähigen Einlagen derselben Person bei dem gleichen Kreditinstitut – die Deckungssumme von 100.000 Euro anzuwenden. Lässt sich die Höhe jedes Anteils am Gemeinschaftskonto nicht ermitteln, ist davon auszugehen, dass die Mitberechtigten parri passu am Gemeischaftskonto beteiligt sind. Sind an einer entschädigungsfähigen Einlage mehrere Personen uneingeschränkt nutzungsberechtigt, gilt die oben beschriebene Vorgehensweise entsprechend.

14 Darüber hinaus wird die Aktivseite der HDIGF–Bilanz in das Sondervermögen für die Anlagensicherung (sog. Investment Cover Scheme) und das Sondervermögen für die Bankenabwicklung (sog. Resolution Scheme) eingeteilt.

das NESG–Einlagensicherungssystem anzuschließen, sodass diese Zugang zu einem eventuell erweiterten Deckungssystem erhalten können (z.B. hinsichtlich der Höhe der Deckungssumme oder der Kategorie der gedeckten Einlage).[15] Im Gegensatz trifft die Zweigniederlassungen von Kreditinstituten, die in einem Drittstaat ansässig sind, eine Teilnahmepflicht, sofern diese in ihrem Herkunftsland nicht an einem dem NESG–Einlagensicherungssystem gleichwertigen System angeschlossen sind.[16]

III. Verstärkung der grenzübergreifenden Zusammenarbeit

Zu den Kernzielsetzungen der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie gehört die Verstärkung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zwischen Einlagensicherungseinrichtungen verschiedener Mitgliedstaaten. Als Schwerpunkt kommt dabei die Erleichterung von Entschädigungszahlungen im grenzübergreifenden Kontext in Betracht. Insoweit wird zum ersten Mal vorgesehen, dass das Einlagensicherungssystem des Aufnahmemitgliedstaats als einzig zuständige Kontaktstelle (single point of contact) für Einleger von Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten auftreten soll. Diese einheitliche Kontaktstelle soll für die Einleger Informationen in der jeweiligen Sprache des Aufnahmemitgliedstaats bereitstellen und dementsprechend als Anlauf – und Zahlstelle für das Einlagensicherungssystem des Herkunftsmitgliedstaats fungieren. Dabei entrichtet das Einlagensicherungssystem des Aufnahmemitgliedstaats die Erstattungen im Namen und entsprechend den Anweisungen des Einlagensicherungssystems des Herkunftsmitgliedstaats, ohne dabei eine Haftung zu übernehmen. Das Einlagensicherungssystem des Herkunftsmitgliedstaats stellt die notwendigen Mittel vor der Auszahlung bereit und erstattet dem Einlagensicherungssystem des Aufnahmemitgliedstaats die angefallenen Kosten. Zudem informiert das Einlagensicherungssystem des Aufnahmemitgliedstaats die betroffenen Einleger im Namen des Einlagensicherungssystems des Herkunftsmitgliedstaats und ist befugt, die Korrespondenz dieser Einleger im Namen des Einlagensicherungssystems des Herkunftsmitgliedstaats entgegenzunehmen. Das oben beschriebene erleichterte Zahlungsverfahren wird durch das NESG vollständig in griechisches Recht umgesetzt. Damit kann HDIGF nunmehr im Inland die Funktion der lokalen Zahlungsstelle für Rechnung anderer EU–Einlagensicherungssysteme übernehmen.[17] Gleichzeitig

15 Zum Jahresende 2015 erfasste derTeilnehmerkreis von HDIGF erfasst 17 inländische Kreditinstitute und Zweigniederlassungen vier ausländischer Banken; vgl. HDIGF Jahresbericht 2015, S. 23.

16 Wobei diese Gleichwertigkeit durch die griechische Zentralbank festzustellen ist. Gleichzeitig darf nach dem NESG das Einlagensicherungssystem eines Drittlandes keine Deckung aufweisen, die höher oder weiter als die des NESG Einlagensicherungssystems ist.

17 Siehe § 43 Abs. 2 und 3 NESG.

soll HDIGF unter den gleichen Bedingungen Entschädigungszahlungen durch kooperierende Einlagensicherungssysteme im jeweiligen Aufnahmemitgliedstaat erbringen können, ohne dabei eine Haftung zu übernehmen.[18]

Als weiterer Schritt zur Verstärkung der grenzübergreifenden Zusammenarbeit auf Richtlinienebene kommt die Erleichterung der gegenseitigen Kreditvergabe in Betracht (cross–lending). Die Mitgliedstaaten können den Einlagensicherungssystemen gestatten, anderen Einlagensicherungssystemen innerhalb der Union auf freiwilliger Basis und unter bestimmten Bedingungen Kredite zu gewähren.[19] Durch die Einrichtung solcher gegenseitigen Kreditfazilitäten soll das Risiko der Leistungsunfähigkeit von Systemen mit geringeren Ressourcen effizienter verteilt werden, damit eine Inanspruchnahme staatlicher Rettungsmaßnahmen so weit wie möglich vermieden werden kann. Eine derartige freiwillige Vergemeinschaftung von Ausfallrisiken bzw. Finanzmitteln stellt den ersten logischen Schritt zu einer tieferen rechtlichen und wirtschaftlichen Vernetzung von Einlagensicherungssystemen dar, welche durch die bereits vorgeschlagene Einrichtung des Europaischen Einlagensicherungssystems (European Deposit Insurance Scheme – EDIS) als dritte Säule (neben SSM und SRM) einer *fully–fledged* Bankenunion vollendet werden kann.[20]

Trotz der oben genannten Integrationsvorteile wird im Rahmen der griechischen Umsetzung von dieser Möglichkeit insoweit verzichtet, dass Art. 12 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie nicht in das NESG einbezogen wird. Demzufolge wird HDIGF nicht explizit erlaubt, anderen Einlagensicherungssystemen Kredite zu

---

18 Der HDIGF profitiert bereits von dem Austausch von know–how und intensiver Zusammenarbeit durch seine aktive Teilnahme beim European Forum of Deposit Insurers (EFDI) sowie, seit März 2014, beim International Association of Deposit Insurers (IADI). Auf der Basis eines multilateralen Memorandum of Understanding arbeitet ferner der HDIGF eng mit anderen Einlagensicherungssystemen zusammen, wie z.B. mit dem Bulgarian Deposit Insurance Fund (BDIF) aufgrund der Kooperationsvereinbarung vom Februar 2014 und dem Entschädigungseinrichtung Deutscher Banken GmbH (EdB) aufgrund der Kooperationsvereinbarung vom September 2015.

19 Als Kernanforderung ist dabei die Zahlungsunfähigkeit des kreditnehmenden Instituts trotz der Erhebung von Sonderbeiträgen nennen. Die Gesamtkreditsumme darf ferner 0,5 % der gedeckten Einlagen des kreditnehmenden Einlagensicherungssystems nicht überschreiten.

20 Nach dem am 24.11.2015 vorgelegten Legislativvorschlag der EU Kommission wird die Einrichtung des EDIS im Wege der Änderung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 (SRM–Verordnung) vorgeschlagen. Demnach soll sich das EDIS, welches von dem bereits bestehenden Ausschuss für die einheitliche Bankenabwicklung (SRF) verwaltet werden soll, in drei Phasen von einem Rückversicherungssystem (re–insurance scheme) über ein Mitversicherungssystem (co–insurance scheme) zu einem vollständigen Versicherungssystem (full–insurance scheme) entwickeln. Dies soll schrittweise dazu beitragen, die Verknüpfung zwischen der veranschlagten Haushaltslage einzelner Mitgliedstaaten und den Finanzierungskosten der dort tätigen Banken abzuschwächen und somit die Verbindung zwischen Staaten und Banken aufzubrechen. Siehe dazu COM(2015) 586 final, 24.11.2005, 2015/0270(COD), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Einlagenversicherungssystems (http://eur–lex.europa.eu/procedure/EN/2015_270); COM(2015) 587 final, 24.11.2015, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts– und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion"; European Commission, Fact Sheet, A European Deposit Insurance Scheme (EDIS), Frequently Asked Questions, 24 November 2015 (http://europa.eu/rapid/press–release_MEMO–15–6153_el.htm); European Political Strategy Center, Five Presidents' Report Series, Towards a European Deposit Insurance Scheme, Issue 1, 9.11.2015 (http://ec.europa.eu/epsc/publications/series/5p_edis_en.htm); Deutsche Bank, Monatsbericht, Dezember 2015, S.63.

gewahren. Dabei stellt sich die Frage, ob im Rahmen des NESG von einem absoluten Kreditvergabeverbot auszugehen ist. Diese Frage lässt sich richtigerweise bejahen. Das NESG sieht ein solches Verbot nicht ausdrücklich vor; auch im Rahmen des §40 NESG über die zulässige Mittelverwendung wird nur generell vorgesehen, dass die verfügbaren Mittel von HDIGF in Bargeld, Bankguthaben und risikoarmen Vermögensgegenständen und nach dem Prinzip der Risikostreuung zu halten sind. Obwohl sich Darlehensforderungen unter Umständen auch als risikoarme Aktiva qualifizieren können, ist hingegen im Rahmen des NESG von einem absoluten Kreditvergabeverbot auszugehen. Dafür spricht vor allem der gezielte Verzicht des griechischen Gesetzgebers auf die Umsetzung von Art. 12 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie. Zudem sind nicht verbriefte Darlehensforderungen grundsätzlich nur schwer übertragbar, sodass diese mit hohen Liquiditätsrisiken gebunden sind. Im Hinblick darauf lässt sich die Zuordnung von solchen Darlehensforderungen als zulässige Vermögensgegenstände für HDIGF de lege lata bezweifeln. Nichtsdestotrotz wird klargestellt, dass dem HDIGF die Kreditaufnahme weiterhin gestattet wird. HDIGF darf Kredite entweder von den teilnehmenden Instituten oder anderen Quellen unter bestimmten Bedingungen aufnehmen, wobei HDIGF's Rückzahlungsverpflichtungen durch die teilnehmenden Institute von Gesetzes wegen garantiert sind.[21] Hierdurch wird HDIGF praktisch erlaubt, Kredite auch von Einlagensicherungssystemen in Mitgliedstaaten zu nehmen, welche die neuen Richtlinienvorgaben zur grenzüberschreitenden Kreditvergabe umgesetzt haben.

IV. Erweiterung des Deckungsumfangs und verbesserter Zugang

Im Mittelpunkt der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie steht ebenfalls die Stärkung des Vertrauens der Verbraucher in die Finanzstabilität durch unter anderem einen verbesserten Zugang zu den Einlagensicherungssystemen. Zu diesem Zweck werden diverse Aspekte des bisher vorgesehenen Auszahlungsverfahrens neugeregelt.

1. Vorläufige Höchstdeckungssumme

Die Richtlinie 2009/14/EG[22] hat bereits eine feste Deckungssumme von EUR 100.000 eingeführt. Mittlerweile hat es sich erwiesen, dass die Kosteneffizienzvorteile der Einführung einer höheren Deckungssumme sehr gering sind, daher verfolgt die

21 Siehe § 29 NESG.

22 Richtlinie 2009/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 zur Änderung der Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf die Deckungssumme und die Auszahlungsfrist (ABl. L 68 vom 13.3.2009, S. 3).

Neue Einlagensicherungsrichtlinie diesen Ansatz weiter.[23] Da im Gegensatz zur Richtlinie 94/19/EG die Neue Einlagensicherungsrichtlinie auf dem Grundsatz der Maximalharmonisierung fußt, wird die Deckungssumme von EUR 100.000 nunmehr als einheitliche Obergrenze pro Einleger pro Kreditinstitut für alle Mitgliedstaaten gelten. In diesem Zusammenhang besteht kein Umsetzungsbedarf; dieser Anforderung wird im griechischen Einlagensicherungsrecht bereits Rechnung getragen. Seit 2008 wird im griechischen Einlagensicherungsrecht eine Deckungssumme von EUR 100.000 pro Einleger pro Kreditinstitut vorgesehen.[24] Der Entschädigungsanspruch des Einlegers richtet sich ferner nach dem Umfang aller seinen entschädigungsfähigen Einlagen bei demselben Kreditinstitut, unabhängig von der Zahl der Konten, der Währung und dem Ort, an dem die Konten geführt werden (sog. Gesamtforderungsmodell), und ist der Höhe nach auf die vorgenannte Deckungssumme von EUR 100.000 begrenzt. Bei der Berechnung der Höhe des Entschädigungsanspruchs ist die Gesamtsumme der entschädigungsfähigen Einlagen bei Eintritt des Entschädigungsfalls, einschließlich der Ansprüche auf angefallenen Zinsen, zugrunde zu legen.

Zu den wichtigsten Neuerungen zählt ferner die Einführung des Ansatzes der sog. vorläufigen Höchstdeckungssumme. Hierdurch wird die Reichweite der erstattungsfähigen Einlagen insoweit erweitert, dass Einlagen, die aus bestimmten Transaktionen resultieren oder bestimmten sozialen oder anderen Zwecken dienen, für einen vorgegebenen Zeitraum über den Betrag der EUR 100.000 gedeckt werden. Solcher vorläufige Zusatzschutz darf nach den neuen Richtlinienvorgaben eine Dauer von mindestens drei und höchstens 12 Monaten haben, entweder nach Gutschrift des entsprechenden Betrags oder nach dem Zeitpunkt, ab dem diese Einlagen auf rechtlich zulässige Weise übertragen werden können.

Der Ansatz der vorläufigen Höchstdeckungssumme wird in das NESG erfolgreich umgesetzt, sodass bestimmte Einlagen, die der privaten Lebensführung beziehungsweise der sozialen Daseinsfürsorge dienen, einen höheren Deckungsschutz genießen.[25] Bestimmte Detailaspekte dieser „sozialen Komponente" sind dennoch

23 Die Anwendung der festen Deckungssumme in Höhe von EUR 100.000 in allen Mitgliedstaaten ab Ende 2010 würde im Vergleich zu einer Senkung oder Anhebung der Deckungssumme wesentliche Fortschritte im Hinblick auf höheren Einlagenschutz ohne unverhältnismäßige Kostensteigerungen für Banken und Einleger gewährleisten. Verglichen mit Vorkrisenzeiten würde dies den Betrag der geschützten Einlagen von 61% auf 72 % der erstattungsfähigen Einlagen erhöhen, und die Anzahl der voll geschützten Einlagen von 89 % auf 95 % der erstattungsfähigen Einlagen. Eine Deckungssumme von EUR 100.000 scheint die optimale Lösung zu sein; die Kosteneffizienzvorteile der Einführung einer Deckungssumme von mehr als EUR 100.000 sind sehr gering.

24 Die Deckungssumme wurde durch § 7 Abs. 4 des Gesetzes 3714/2008 auf EUR 100.000 erhöht.

25 In Anlehnung an die Richtlinienvorgaben unterliegen dem oben beschriebenen erweiterten Zusatzschutz Einlagen, die aus folgenden Transaktionen bzw. Gründen resultieren: (a) Immobilientransaktionen im Zusammenhang mit privat genutzten Wohnimmobilien, (b) Zahlungen zwischen Ehegatten, sofern diese durch Gerichtsentscheidungen angeordnet sind, (c) einmalige oder periodische Rentenzahlungen, (d) vom Arbeitgeber gezahlte Kündigungsentschädigungen, (e) Entschädigungszahlungen aufgrund eines Widerrufs von vorläufigen Festnahmemaßnahmen nach den Vorschriften der griechischen Strafprozessordnung, (f) Entschädigungszahlungen aufgrund Körperverletzung oder Lähmung, (g) Privat– oder Sozialversicherungszahlungen und (h) Erbzahlungen.

zu beachten. Der Zusatzschutz wird auf den Betrag von EUR 300.000 gesetzt, sodass – wenn sie zu der normalen Deckungssumme der EUR 100.000 addiert wird – die Höchstdeckungssumme insgesamt EUR 400.000 beträgt.[26] Ein solcher Zusatzschutz wird ferner ausschließlich auf vorläufiger Basis gewährt. Dafür werden zwei Voraussetzungen eingeführt: Erstens, gilt der Zusatzschutz nur für einen begrenzten Zeitraum von sechs Monaten nach der Gutschrift der jeweiligen Summen. Zweitens müssen die entsprechenden Summen innerhalb eines Monats nach dem Abschluss der unterliegenden Transaktionen dem berechtigten Einleger ausbezahlt worden sein. Dadurch wird sichergestellt, dass die Zusatzdeckung, welche die teilnehmenden Institute nicht durch Beitragserhöhung ad hoc finanzieren müssen, nur als streng vorläufiger Spezialschutz in Anspruch genommen werden kann.

2. Verringerung der Erstattungsfrist

Die durch die Richtlinie 2009/14/EG vorgesehene Erstattungsfrist von 20 Arbeitstagen entspricht nicht mehr den üblichen Liquiditätsbedürfnissen der Einleger und genügt nicht, um das Vertrauen der Einleger zu wahren. Vor diesem Hintergrund haben nach der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Erstattungsfrist schrittweise verkürzt wird, sodass spätestens ab dem 1.1.2014 auf sieben Arbeitstage gesetzt wird. Während der Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2023 haben zudem die Einlagensicherungssysteme zu gewährleisten, dass, sofern diese den zu erstattenden Betrag nicht innerhalb von sieben Arbeitstagen auszahlen können, die Einleger innerhalb von fünf Arbeitstagen Zugang zu einem angemessenen Betrag ihrer gedeckten Einlagen bekommen, um ihre Lebenshaltungskosten zu decken. Darüber hinaus wird das Verfahren insoweit vereinfacht, dass der zu erstattende Betrag auszuzahlen ist, ohne dass dafür ein Antrag beim Einlagensicherungssystem gestellt werden muss.

Die Umsetzung der vorbeschriebenen Richtlinienvorgaben führt zu einer weiten Neuregelung des Erstattungsverfahrens des griechischen Einlagensicherungsrechts. Diese besteht vor allem in der drastischen (und ohne jegliche Übergangszeit) Verkürzung der Erstattungsfrist von bislang 20 Arbeitstagen auf nunmehr sieben Arbeitstage ab dem Eintritt des Entschädigungsfalles[27]. Eine Aufschiebung dieser strengen Frist wird sogar ausschließlich unter bestimmten Bedingungen gestat-

26 Vgl. dazu auch Gesetzesbegründung zu NESG, Teil B, S. 4.

27 Als Entschädigungsfall bestimmt sich weiterhin der Zeitpunkt, wenn eine oder mehrere gedeckten Einlagen ganz oder teilweise durch ein teilnehmendes Kreditinstitut nicht zurückgezahlt werden können und gleichzeitig eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist: (a) Bank of Greece hat innerhalb einer Frist von 5 Tagen festgestellt, dass das Kreditinstitut nicht mehr in der Lage ist, fällige Einlagen zurückzuzahlen, und zudem dass keine Aussicht besteht, dass seine Zahlungsfähigkeit in der nahen Zukunft wiederhergestellt werden kann; oder (b) ein Gericht hat aus Gründen, die mit der Finanzlage des Kreditinstituts unmittelbar zusammenhängen, eine Entscheidung getroffen, die ein Ruhen

tet[28], sodass HDIGF bei jeder anderen Überschreitung in Schuldnerverzug automatisch geraten wird. Insoweit besteht auch unter griechischem Recht kein Umsetzungsbedarf für Art. 8 Abs. 2 und 4 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie bezüglich der Übergangszeit bzw. des schnellen Zugangs der Einleger zu den gedeckten Einlagen, damit diese Lebenshaltungskosten decken können. Zur Umsetzung des Art. 8 Abs. 6 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie wird ferner klargestellt, dass das Entschädigungsverfahren eingeleitet wird, ohne dass dafür die berechtigten Einleger ein Antrag stellen müssen.[29] Eine Ausnahme gilt dennoch für den Fall, dass Beträge unter der vorläufigen Höchstdeckungssumme zu erstatten sind, wofür Einleger einen speziellen Antrag beim HDIGF einreichen müssen. In Anlehnung an Art. 8 Abs. 9 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie soll zudem keine Entschädigungszahlung vorgenommen werden, wenn in den letzten 24 Monaten keine Transaktion in Verbindung mit der entsprechenden Einlage stattgefunden hat und der Wert der Einlage geringer ist als die Verwaltungskosten, die dem HDIGF bei einer Erstattung entstünden.[30] Als Transaktion gilt jede Kontobewegung, die sich auf eine wahre Transaktion des Einlegers zurückgeht, sowie jede Kontostandsanfrage des berechtigten Einlegers.[31] HDIGF sorgt ferner für die Unterrichtung der Einleger über die Eröffnung und die Modalitäten des Entschädigungsverfahrens durch elektronische und gedruckte Presseveröffentlichungen, die mindestens für einen Zeitraum von 15 Tagen tagtäglich vorzunehmen sind. Zu beachten ist ferner, dass nach § 21 des neuen NESG die Entschädigungsansprüche des Einlegers gegenüber der HDIGF fünf Jahre nach dem Ablauf der Auszahlungsfrist (einschließlich jeder zugelassenen Verlängerung dieser Frist) verjähren. HDIGF tritt jedenfalls in die Rechte des entschädigten Einlegers in einem dem geleisteten Entschädigungsbeitrag entsprechenden Maße ein und ist beim Insolvenzverfahren gegen das betroffene Institut vorrangig aus der Insolvenzmasse zu befriedigen.

3. Neuregelung zur Aufrechnung

Von besonderer Bedeutung sind aucn die neuen Regeln des NESG zur Verrechnung von deckungsfähigen Einlagen gegen Verbindlichkeiten des Einlegers. Der

der Forderungen der Einleger gegen das Kreditinstitut bewirkt. Praktisch ist davon auszugehen, dass die Erfüllung einer der vorgenannten Bedingungen grundsätzlich zur Aufhebung der Erlaubnis zum Betreiben des Bankgeschäfts nach §19 des Gesetzes 4261/2014 und damit zur Eröffnung des speziellen Liquidationsverfahrens gegen das betroffene Institut nach §§ 145 ff. des o.g. Gesetzes führen wird.

28 Siehe § 11 Abs. 5 NESG; dazu gehören insbesondere Einlagen, die restriktiven Maßnahmen unterliegen, welche von nationalen oder internationalen Behörden verhängt worden sind.

29 Beim Eintritt des oben beschriebenen Entschädigungsfalls und auf der Grundlage von Informationen und Unterlagen, die vom Kreditinstitut bereitzustellen sind, erstellt HDIGF eine Liste der berechtigten Einleger zusammen mit den entsprechenden Entschädigungsansprüchen.

30 Die Verwaltungskosten sind durch speziellen Beschluss vom Vorstand von HDIGF zu bestimmen.

31 Richtigerweise ist hierunter auch jede Anfrage durch Internetbanking zu verstehen.

Aufrechnungsproblematik ist bereits durch die ursprüngliche Fassung der Richtlinie 94/19/EG Rechnung getragen worden. Durch diese wurde generell vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten zur Bestimmung des Erstattungsbetrags die für Aufrechnung geltenden gesetzlichen und vertraglichen Vorschriften anwenden sollen. Im Rahmen der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie wird stattdessen ein deutlich gezielterer Regelungsansatz verfolgt. Nach Art. 7 Abs. 5 können die Mitgliedstaaten zulassen, dass Einlagensicherungssysteme die Verbindlichkeiten eines Einlegers gegen die Erstattungsforderungen desselben Einlegers vis–à–vis dem gleichen Kreditinstitut verrechnen können, sofern solche Verrechnung nach den einschlägigen gesetzlichen bzw. vertraglichen Bestimmungen erlaubt ist und, jedenfalls, nur in Bezug auf Verbindlichkeiten die zum oder vor dem Eintritt des Entschädigungsfalls fällig geworden sind. Die Einführung des Fälligkeitskriteriums öffnet den Weg für einen angemessenen Kompromiss zwischen einerseits dem Recht des Einlegers zur vollen Inanspruchnahme der gesetzlichen Deckungsgrenze[32] und andererseits seinem wahren ökonomischen (und daher insoweit schutzbedürftigen) Interesse, wie es sich aus seiner gesamten Finanzposition gegenüber der fälligen Bank (und mitterlbar deren Gläubigern) ergibt. Gleichzeitig wird in den Erwägungsgründen unter Nr. 24 und 25 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie verdeutlicht, dass ausnahmsweise die Verrechnungsmöglichkeit in Bezug auf Einlagen beibehalten werden kann, die aufgrund vertraglicher Vereinbarung nicht zur Verfügung des Einlegers stehen sollen, sondern ausschließlich zur Tilgung eines zum Kauf von Privatimmobilieneigentum aufgenommenen Darlehens dienen sollen. Eine entspreche Regelung lässt sich jedoch im Korpus der Richtlinie nicht finden.

Im griechischen Einlagensicherungsrecht ist dem Ansatz des Fälligkeitsprinzips bereits vor der Umsetzung der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie genügend Rechnung getragen worden. Im mittlerweile abgeschafften Gesetz 3746/2009 war bereits vorgesehen, dass zur Feststellung des Entschädigungsanspruchs der Gesamtbetrag der entschädigungsfähigen Einlagen gegen Verbindlichkeiten jeglicher Art des Einlegers gegenüber dem Kreditinstitut gemäß §§ 440 ff. des Griechischen BGB aufzurechnen sind. Danach setzt eine Aufrechnungslage grundsätzlich voraus, dass eine *fällige*, durchsetzbare Forderung des die Aufrechnung Erklärenden einer gleichartigen, erfüllbaren Forderung des Aufrechnungsgegners gegenübersteht. Im Hinblick darauf sowie unter rechtspolitischen Gesichtspunkten (wie z.B. die Nichtverwässerung des Schutzes von Darlehensnehmern unter langfristigen Hypothekenkrediten) wurde bislang vertreten, dass eine Aufrech-

32 Ein unbegrenztes Aufrechnungsrecht vermag jedoch die effektive Erstattungsfähigkeit von Einlagen dadurch beeinträchtigen, dass sich aufgrund der Aufrechnung die Entschädigungszahlungen verringern oder im Extremfall ausgeschlossen sein können. Zudem stellt das Ermitteln von Verbindlichkeiten und deren Abgleich mit Einlagen einen zeitaufwändigen Prozess dar, der die Auszahlung durch das Einlagensicherungssystem im Einzelfall erheblich verzögern kann.

nung gegen Erstattungsansprüchen nur in Bezug auf fällige Verbindlichkeiten möglich sein sollte.[33] Das NESG verfolgt im Prinzip den gleichen Ansatz und stellt nunmehr klar, dass der Entschädigungsanspruch durch Aufrechnung nur insoweit aufgehoben werden kann, als das Institut eine gleichartige fällige Gegenforderung hat. Zu beachten ist dabei, dass – im Gegensatz zu den Erwägungsgründen unter Nr. 24 und 25 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie – das Fälligkeitsprinzip als absolut unabdingbare Voraussetzung eingeführt wird, sodass bei fehlender Fälligkeit der Aufrechnungsvorgang unter keinen Umständen eingeleitet werden kann.

Vor diesem Hintergrund stellt sich auch die Frage nach der Behandlung von vor dem Zeitpunkt des Entschädigungsfalles verpfändeten Geldeinlagen (z.B. Festgeldguthaben). Darf der Sicherheitsgeber seinen gesetzlichen Entschädigungsanspruch in vollem Umfang geltend machen oder kann das Kreditinstitut die Aufrechnung bezüglich der gesamten Darlehenssumme (d.h. einschließlich nicht fälliger Beträge) einwenden? Hierbei ist richtigerweise von einer begrenzten Aufrechnungsmöglichkeit des Kreditinstituts auszugehen. An erster Stelle sind als Sicherheit geleisteten Kontoguthaben weiterhin als entschädigungsfähige Einlagen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 20 NESG zu qualifizieren. Darüber hinaus, obwohl der Entschädigungsfall grundsätzlich mit der Eröffnung des speziellen Liquidationsverfahrens gegen das betroffene Institut[34] zusammenfällt, sollen die noch ausstehenden Darlehensforderungen des Institutes gegenüber dem Einleger nicht automatisch vorzeitig fällig werden. Wird es in den Darlehensbedingungen nicht anderweitig vorgesehen, ist der Kreditnehmer daher weiterhin berechtigt, seine Rückzahlungsverbindlichkeiten nur in den vertraglich vereinbarten Zahlungsterminen zu leisten. Wird hingegen der Eintritt des Entschädigungsfalles bzw. die Eröffnung des speziellen Liquidationsverfahrens als automatischer Kündigungsgrund vertraglich vorgesehen, wird die gesamte Darlehenssumme zum Zeitpunkt des Entschädigungsfalles fällig, was wiederum zu einer nach dem NESG entsprechenden Aufrechnungslage führen kann. Davon lässt sich allerdings der Fall differenzieren, in dem der Liquidationsverwalter aufgrund der Eröffnung des speziellen Liquidationsverfahrens (und zwecks Massemehrung) sein Wahlrecht zur Beendigung des noch ausstehenden gegenseitigen Darlehensvertrags ausübt[35]. In dieser

33 Zu dieser Problematik vor der Einführung des NESG siehe insbesondere *Mousas*, Einlagensicherungsrecht, Gesetzliche Entwicklungen und Bankenabwicklung, in: Company & Business Law Review, Nomiki Vivliothiki, 6/2009, S. 673 ff.; *ders*., Einlagensicherung und Bankenabwicklung: Bedingungen für die Aufrechnung von Erstattungsansprüchen gegen Verbindlichkeiten von Einlegern, Financial Markets Law Review, Nomiki Vivliothiki, 1/2009, S. 203 ff.

34 Dieses spezielle Liquidationsverfahren bestimmt sich nach § 145 des Gesetzes 4261/2014 i.V.m. der Verordnung Nr. 21/4.11.2011 der Bank of Greece.

35 Das Wahlrecht ist insbesondere im Zusammenhang mit problembehafteten bzw. notleidenden Krediten (NPLs) auszuüben sowie in Bezug auf Kredite, unter welchen Auszahlungen seitens der unter Liquidation unterstellten Bank noch ausstehen; mehr zu dieser Abgrenzung in *Roussis*, in: Das Recht der Bankenabwicklung, Nomiki Vivliothiki, 2014; *Mousas*, a.a.O., S. 673.

Fallkonstellation soll eine Aufrechnung des Erstattungsanspruchs gegen die Rückzahlungsverbindlichkeiten des Einlegers (und Kreditnehmers) daran scheitern, dass die Aufrechnungslage nach und vor oder zum Zeitpunkt des Eintritts des Entschädigungsfalles entstehen wird (wie es nach dem NESG vorausgesetzt).

V. Typisierung des vorvertraglichen Informationsschutzes

Die Einleger werden aufgrund der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie einen erheblich verbesserten Zugang zu Einlagensicherungssystemen inter alia durch einen gezielten Informationsschutz erhalten. Dies wird vornehmlich durch eine Standardisierung des vorvertraglichen Informationsflusses erreicht. Bevor ein Vertrag über die Entgegennahme von Einlagen geschlossen wird, sind nunmehr den Einlegern Informationen in der Form der Vorlage des Anhangs I der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie zur Verfügung zu stellen. Durch diesen Standard–Informationsbogen sollen Einleger europaweit dieselben Informationen und Hinweise über den verfügbaren Einlagensicherungsschutz erhalten können.

Die neuen Richtlinienvorgaben werden ohne materielle Abweichungen in griechisches Recht umgesetzt. Durch § 42 des NGSG wird sichergestellt, dass die teilnehmenden Banken den tatsächlichen und potenziellen Einlegern die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen, damit sie den Umfang des gewährten Schutzes ermitteln können. Zu diesem Zweck haben die Banken nunmehr einen standardisierten Informationsbogen in griechischer Sprache zu verwenden, der sich an die Vorgaben des Anhangs I der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie richtet. Bestandteil der vorvertraglichen Unterrichtung ist auch der Hinweis darauf, dass der Erstattungsanspruch unter bestimmten Voraussetzungen aufgrund gesetzlicher Aufrechnung begrenzt werden kann. Sind ferner die teilnehmenden Banken unter verschiedenen Markenzeichen tätig, haben sie die Einleger darauf hinzuweisen, dass die einheitliche Deckungsgrenze der EUR 100.000 für sämtliche Einlagen desselben Einlegers bei diesem Kreditinstitut gilt. Die Einleger haben vor dem Vertragsabschluss den Empfang des vorgenannten Informationsbogens zu bestätigen und sollen auf ihren Kontoauszügen die Bestätigung erhalten, dass es sich bei den Einlagen um erstattungsfähige Einlagen handelt. Der standardisierte Informationsbogen wird auch den Einlegern mindestens einmal jährlich zur Verfügung gestellt. Es wird ferner klargestellt, dass gegenüber Einlegern, die Internetbanking benutzen, sämtliche nach dem NESG vorgesehenen Informationen grundsätzlich elektronisch übermittelt werden können und nur auf Anforderung des Einlegers in Papierform zur Verfügung zu stellen sind.

VI. Finanzierungs- und Finanzausstattungsanforderungen

Aufgrund des Mindestharmoniserungsansatzes der Richtlinie 94/19/EG wurde bislang die Finanzierung der Einlagensicherungssysteme der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten komplett überlassen. Dies erwies sich als störend für die Finanzstabilität und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes, insbesondere vor dem Hintergrund der Finanzkrise im Herbst 2008. Im Hinblick darauf wird durch die Neue Einlagensicherungsrichtlinie zum ersten Mal seit der Einführung der Einlagensicherungssysteme im Jahr 1994 die Finanzausstattung solcher Systeme gezielt harmonisiert. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Finanzierungskosten grundsätzlich von den Kreditinstituten selbst getragen werden und dass die Finanzierungskapazität von Einlagensicherungssystemen im angemessenen Verhältnis zu ihren Verbindlichkeiten steht.[36]

Der niedergelegte Regelungsansatz entfaltet sich auf drei Stufen. Auf der ersten Stufe befindet sich das Konzept der einheitlichen ex ante Finanzierung: Teilnehmende Kreditinstitute werden verpflichtet, mindestens jährlich ordentliche Beiträge zu ihrem Einlagensicherungssystem zu leisten. Hierdurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass *ex ante* Finanzierungsmodelle weitaus effizienter sind, da sie aufgrund ihrer Antizyklizität die teilnehmenden Institute vorwiegend bei günstiger Wirtschaftslage belasten. Den Instituten wird außerdem erheblicher Spielraum eingeräumt, indem diese bis zu 30% der zu erhebenden Sonderbeiträge in der Form von unwiderruflichen und besicherten Zahlungsverpflichtungen (payment commitments) leisten dürfen. Auf der zweiten Stufe befindet sich der Ansatz der *ex post* Finanzierung: reichen die verfügbaren Finanzmittel eines Einlagensicherungssystems nicht aus, um die Einleger im Falle der Insolvenz eines Mitglieds zu entschädigen, werden teilnehmende Kreditinstitute dazu verpflichtet, pro Kalenderjahr außerordentliche, nachträglich erhobene Sonderbeiträge von maximal 0,5 % ihrer gedeckten Einlagen zu leisten.[37] Reichen die verfügbaren Finanzmittel auch dann nicht aus, wird den Systemen Zugriff auf alternative Finanzierungsquellen gestattet, wie z.B. unter bestimmten Bedingungen Kredite von anderen Einlagensicherungssystemen aufzunehmen.[38] Der Har-

36 Mangels Harmonisierung sind bisher die Finanzierungsstrukturen europaweit unterschiedlich ausgestaltet. In der Mehrheit der Mitgliedstaten zahlen die Institute ihre Beiträge regelmäßig im Voraus (ex ante), in anderen Mitgliedstaaten erst nach einer Insolvenz (ex post). Des Weiteren sind einige Einlagensicherungssysteme wesentlich unterfinanziert und könnten nicht einmal eine Bankeninsolvenz mittleren Ausmaßes bewältigen.

37 Nach der ursprünglichen Planung wäre die kosteneffizienteste Zielquote für die gesamte Finanzausstattung der Einlagensicherungssysteme 2% der gedeckten Einlagen. Dies würde eine Erhebung von ex ante Beiträgen in Höhe von ca. EUR 150 Mrd. und bei Bedarf von ex post Beiträgen in Höhe von EUR 50 Mrd. zur Folge haben. Dazu müssten die aktuellen Beiträge der Banken zu den Einlagensicherungssystemen etwa auf das Vier– bis Fünffache erhöht werden.

38 Der ex post Finanzierung wird hierdurch eine kritische jedoch akzessorische Funktion zugeordnet. Eine ausschließliche ex post Finanzierung ist sehr prozyklisch, da sie den Instituten in Stressphasen für die reale Wirtschaft notwendige Liquidität entzieht. Außerdem können Institute, die keine ex–ante Beiträge zahlen, mit diesen Mitteln Renditen erzielen, wodurch sie einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten in Mitgliedstaaten mit ex ante finanzierten Einlagensicherungssystemen erlangen.

monisierungsansatz wird drittens durch das Prinzip der Zielausstattung vollendet: Mitgliedstaten haben dafür zu sorgen, dass die verfügbaren Finanzmittel eines Einlagensicherungssystems bis zum 3. Juli 2024 mindestens einer Zielausstattung von 0,8% der Höhe der gedeckten Einlagen ihrer Mitglieder entsprechen (ca. EUR 55 Mrd).[39] Bei der Berechnung der zu leistenden Beiträge geht die Neue Einlagensicherungsrichtlinie von einem risikogewichteten Beitragserhebungsansatz aus (sog. risk–based rate). Durch die Anknüpfung der Beitragsberechnung an die Höhe des Risikos, dem das jeweilige Mitglied ausgesetzt ist, wird ermöglicht, den verschiedenen Risikoprofilen und Geschäftsmodellen einzelner Kreditinstitute Rechnung zu tragen sowie Anreize zu schaffen, risikoärmere Geschäftsmodelle zu verfolgen.[40]

Das durch die Neue Einlagensicherungsrichtlinie niedergelegte Finanzierungskonzept stellt zum großen Teil kein Novum im griechischen Einlagensicherungsrecht dar. Bereits vor der Umsetzung der neuen Richtlinienvorgaben waren die teilnehmenden Institute zwecks angemessener Eigenmittelausstattung des HDIGF zur Leistung einer Kombination von *ex ante* und *ex post* Beiträgen verpflichtet.[41] Dieser Ansatz wird im Rahmen des NESG weiterhin verfolgt und ausgeweitet. Das neue Finanzierungsschema bildet sich auf der Grundlage von Beiträgen dreier Art: (a) Anfangsbeiträge, (b) ordentliche (ex ante) Beiträge und (c) Sonder– bzw. ex post Beiträge. Anfangsbeiträge sind innerhalb eines Monats nach dem Beginn der HDIGF–Mitgliedschaft zu leisten und bestimmen sich nach der Summe der verfügbaren Eigenmittel des jeweils aktuellen HDIGF–Einlagensicherung–Sondervermögens multipliziert mit dem Verhältnis der Eigenmittel des entsprechenden Institutes zu der Gesamtsumme der Eigenmittel der bereits teilnehmenden Institute, alles mit dem 31. Dezember des Vorjahres als Referenzdatum. Der Anfangsbetrag, der unter bestimmten Risikogewichtsaspekten anzupassen ist, darf auf keinen Fall 8% der Eigenmittel des Instituts überschreiten. Ordentliche Beiträge sind hingegen jährlich und bis zu 30% durch Zahlungsverpflichtungen zu

39 Nach Genehmigung durch die Kommission können Mitgliedstaaten auch eine reduzierte Zielausstattung gestatten (nicht weniger als 0,5% der gedeckten Einlagen), sofern es aufgrund des hohen Verflechtungsgrades und der Größe der markteilnehmenden Institute unwahrscheinlich wäre, dass diese im normalen Insolvenzverfahren abgewickelt werden können, ohne die Finanzstabilität zu gefährden, und daher eher einem geordneten Abwicklungsverfahren unterzogen würden.

40 Bislang waren die von den Banken eingegangenen Risiken bei der Berechnung der Beiträge nicht berücksichtigt; stattdessen war die Beitragserhebungspflicht als fester Prozentsatzanteil an der Summe der gedeckten Einlagen gekoppelt (flat–rate approach). Risikoscheue Banken könnten dies als Wettbewerbsnachteil und Negativanreiz für solides Risikomanagement auffassen.

41 Ex ante Beiträge waren bisher auf jährlicher Basis und in Anknüpfung an den sich am Ende Juni jedes Kalenderjahres ergebenden Durchschnittswert aller entschädigungsfähigen Einlagen der teilnehmenden Institute zu leisten. Seit 2009 ergab sich die exakte Höhe des durch jedes Kreditinstitut zu leistenden jährlichen Beitrags durch Multiplikation der Referenzeinlagen mit einem Faktor, der durch HDIGF unter Mitberücksichtigung insbesondere der Eigenmittel– und Liquiditätsposition ad hoc festgestellt wurde und der sich zwischen 0,90 und 1,10 rangieren durfte. Ex post Beiträge waren ferner der Höhe nach im Einzelfall durch HDIGF zu beschließen waren, ohne diese das Dreifache der im vorgegangenen Jahr geleisteten ex ante Beiträge überschreiten zu dürften.

leisten.[42] Die Methodologie zur Bestimmung der Höhe solcher Beiträge wird durch die Bank of Greece auf der Grundlage folgender Faktoren festgelegt: (a) die Höhe der entschädigungsfähigen Einlagen[43], (b) die Risikoposition des jeweiligen Instituts und (c) der ökonomische Zyklus sowie die potenzielle Auswirkung prozyklischer Beiträge.[44] Reichen die Finanzmittel von HDIGF für die Auszahlung von Erstattungsbetragen nicht aus, haben Institute Sonderbeiträge zu leisten. Diese werden nach der gleichen Methodologie bestimmt, die für ordentliche Beiträge gilt, und dürfen auf jährlicher Basis nicht 0,5% der gedeckten Einlagen des jeweiligen Institutes überschreiten. Wird durch die Zahlung von Sonderbeiträgen die Liquidität oder Solvenz des Kreditinstituts beeinträchtigt, kann die Bank of Greece die entsprechende Beitragspflicht für maximal 6 Monate aufschieben. Im Kern des Finanzierungsregimes des NESG steht ebenfalls das Konzept der Zielausstattung. Demnach müssen die verfügbaren Finanzmittel des HDIGF–Einlagensondervermögens bis zum 3. Juli 2024 mindestens 0,8% der gedeckten Einlagen entsprechen.[45] In Anlehnung an Art. 10 Abs. 6 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie darf unter bestimmten Bedingungen ein niedrigerer Zielwert gesetzt werden, der jedoch nicht weniger als 0,8% der gedeckten Einlagen betragen darf. Zu beachten ist dabei, dass das sog. Zusätzliche Einlagensicherungskapital (nachfolgend „ZEK") für die Zwecke der Berechnung des vorgenannten Zielwertes nicht zu berücksichtigen ist.[46]

VII. Mandatserweiterung: Bankensanierung und -abwicklung

Eine weitere Neuerung des europäischen Einlagensicherungsrechts besteht schließlich in der Ausdehnung des rechtspolitischen Mandats von Entschädigungssystemen. Als Primärfunktion von Einlagensicherungssystemen wird weiterhin die direkte Entschädigung von Einlegern beibehalten (Entschädigungsfunktion). Einlagensicherungssysteme sollen jedoch nicht nur als *pay–box* Systeme dienen. Als neue Nebenfunktion wird daher die Finanzierung der Abwicklung von Kreditinstituten

42 Um die kohärente Anwendung der Richtlinienvorgaben zu gewährleisten, sind Zahlungsverpflichtungen auf der Basis von EBA–Leitlinien zu leisten.

43 Berechnet nach dem Durchschnitt der gedeckten Einlagen des Vorjahres.

44 Vgl. dazu auch Gesetzesbegründung zu NESG, Teil A, S. 1.

45 Am 31.12.2015 betrugen die gedeckten Einlagen EUR 92.680.082.142 und die verfügbaren Nettofinanzmittel des HDIGF EUR 3.074.010.833, was einem Deckungszielwert von 3.3% entspricht (Quelle: HDIGF Jahresbericht 2015, S. 31).

46 Bei dem ZEK handelt es sich um ein Sondervermögen, welches aus den Zusatzbeiträgen von Instituten in Anwendung des § 6 des Gesetzes 3714/2008 gebildet ist und durch HDIGF im Namen und für Rechnung dieser Institute verwaltet wird. Das ZEK dient zwar ausschließlich der Einlegerentschädigung, stellt aber nicht Teil des HDIGF–Hauptvermögens dar. Stattdessen sind die geleisteten Beiträge der Vermögenssphäre der teilnehmenden Institute miteigentumsrechtlich zuzuordnen. Tritt bei einem teilnehmenden Institut der Entschädigungsfall ein, soll daher im ersten Schritt zur Finanzierung der Erstattungszahlung der ZEK–Miteigentumsanteil des betroffenen Instituts in Anspruch genommen werden.

(Abwicklungsfunktion) nach den Vorgaben des Art. 109 der Richtlinie 2014/59/EU[47] (nachfolgend die „BRRD").[48] Darüber hinaus soll den Einlagensicherungssystemen unter bestimmten Bedingungen[49] gestattet werden, deren Finanzmittel auch für Unterstützungsmaßnahmen zu verwenden, um den Ausfall eines Kreditinstituts zu verhindern (frühzeitige Interventionsfunktion).[50] Insoweit findet durch die Neue Einlagensicherungsrichtlinie eine inhaltliche Anknüpfung mit dem Regelwerk der Bankenabwicklung und – sanierung statt. Diese lässt sich unter rechtspolitischen Gesichtspunkten als durchaus gerechtfertigt ansehen. Durch diese Mandatserweiterung sollen die Einlagensicherungssysteme – sicherlich unter strengen Bedingungen – über deren traditionelle Entschädigungsfunktion hinausgehen und deren Finanzmittel zur Verhinderung des Ausfalls eines teilnehmenden Kreditinstituts heranziehen können. Dies wird sich im Regelfall als sinnvoller Ansatz erweisen: Werden die gedeckten Einlagen nicht durch Abwicklungsmaßnahmen auf ein anderes gesundes Institut übertagen bzw. wird die Solvabilität des krisenbetroffenen Instituts nicht durch rechtzeitige Intervention wiederhergestellt, tritt notwendigerweise ein Entschädigungsfall ein, dessen Kosten (ökonomische und systempolitische) grundsätzlich höher als die Abwicklungskosten liegen können.[51] Dadurch wird auch eine Rationalisierung der Kostentragung und Funktionsstellung zwischen den sowieso auf dem Prinzip des gegenseitigen Nutzens operierenden Einlagensicherungssystemen und Abwicklungsfonds erreicht.

Den neuen Richtlinienvorgaben zur Abwicklungsfunktion wird im neuen griechischen Einlagensicherungsrecht ausreichend Rechnung getragen. § 41 Abs. 2 NESG sieht ausdrücklich vor, dass die verfügbaren Finanzmittel des HDIGF–Einlagensicherungsvermögens nicht nur zwecks Einlegerentschädigung sondern auch zur Finanzierung von Abwicklungsmaßnahmen nach den Bestimmungen des §104 des Gesetzes 4335/2015[52] (wodurch Art. 109 der Richtlinie 2014/59/EU in griechis-

47 Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates.

48 Siehe Art. 2 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie. Im Gegenzug räumt die BRRD den Sicherungssystemen, die im Fall der Insolvenz in die Rechte und Pflichten der Einleger eintreten, deren Einlagen gedeckt sind, einen vorrangigen Anspruch im Insolvenzverfahren ein.

49 Unter anderem, dass die Abwicklungsbehörde keine Abwicklungsmaßnahmen getroffen hat und dass die Verwendung alternativer Maßnahmen durch das Einlagensicherungssystem mit Auflagen verbunden ist, die mindestens eine strengere Risikoüberwachung und weitergehende Prüfungsrechte für das Einlagensicherungssystem beinhalten.

50 Während die ersten zwei Funktionen aufgrund der Maximalharmonisierung obligatorisch sind, gestaltet sich die letztere Funktion als optional für die Mitgliedstaaten.

51 Aus diesem Grund sollen Einlagensicherungssysteme sich dabei maximal mit den Finanzmitteln beteiligen, die diesen für Entschädigungszwecke zur Verfügung sowieso stehen würden.

52 GBl. Heft A, 87/23.7.2015; zur griechischen Rechtslage vor der Umsetzung der BRRD durch das Gesetz 4335/2015 vgl. *Tsimbanoulis*, Das Bankensanierungs – und Bankenabwicklungsrecht unter dem Gesichtspunkt der neuen Entwicklungen im Unionsrecht, in: Financial Markets Law Review, Nomiki Vivliothiki, 1/2014, S. 57 ff.

ches Recht umgesetzt worden ist, nachfolgend das „BRRD–Implementierungsgesetz") zu verwenden sind. Dies gilt allerdings nicht für die Nebenfunktion der Finanzierung von frühzeitigen Interventionsmaßnahmen i.S.v. Art. 11 Abs. 3, 4 und 5 der Neuen Einlagensicherungsrichtlinie. Im Einklang mit dem Grundsatz der Maximalharmonisierung wird durch die Neue Einlagensicherungsrichtlinie die Umsetzung dieser Mandatserweiterung dem Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten überlassen. Auf der Basis dieses Wahlrechts wurde von der Umsetzung einer derartigen alternativen Mittelverwendung im NESG bewusst verzichtet. Während die Gesetzesbegründung zum NESG keine explizite Erklärung dieses Verzichts bietet, ist davon auszugehen, dass solch ein Rückgriff auf Mittel aus dem Einlagensicherungssystem als nicht angemessen bzw. vereinbar mit der Rolle von HDIGF im griechischen Kontext angesehen wurde.

Die Erweiterung des rechtspolitischen Mandats des HDIGF auf die Abwicklungsfunktion stellt freilich nur einen Aspekt der rechtlichen Anknüpfung des Einlagensicherungsrechts mit dem Abwicklungs – und Sanierungsrecht griechischer Kreditinstitute dar. Ein weiterer Schwerpunkt dieser Anknüpfung lässt sich im Ansatz der sog. depositor preference rules finden. Dieser besteht aus den neueingeführten Vorschriften des § 44 Abs. 2a des BRRD–Implementierungsgesetzes und des § 145a des Gesetzes 4261/2014 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit von Kreditinstituten[53]. Durch § 44 Abs. 2a des BRRD–Implementierungsgesetzes betreffend das Bail–in–Instrument wird zunächst klargestellt, dass gedeckte Einlagen i.S.d. NESG als *non bail–in–able* Verbindlichkeiten zu qualifizieren sind, sodass die notwendige funktionelle Kohärenz zum Schutzapparat des Einlagensicherungsrechts hergestellt wird. Dem gleichen Schutzansatz dient ferner der neue § 145a des Gesetzes 4261/2014, wonach im Rahmen des speziellen Liquidationsverfahrens von Kreditinstituten Entschädigungsansprüche aus gedeckten Einlagen grundsätzlich vorrangig zu befriedigen sind (d.h. nach Arbeitnehmerforderungen und Forderungen aufgrund staatlicher Stabilisierungsmaßnahmen i.S.v. Art. 57 und 58 der BRRD und vor aller anderen Insolvenzgläubigern). Hierdurch kommt folglich eine inhaltliche Anknüpfung des Einlegerschutzes und des Abwicklungs–bzw. Sanierungsinstrumentariums zustande, welche die inhärente Wechselbeziehung zwischen diesen zwei Regelungssystemen deutlich widerspiegelt.

53 GBl. Heft A, 107/5.5.2014.

Nicholas Georgakopoulos, Frank Sullivan Jr.

and Dimitri Georgakopoulos*

An Index of Fluidity of Judicial Coalitions

I. Introduction
II. The Possible Coalitions
III. The Range from Polar to Fluid Coalitions
IV. The Linear Index of Fluidity of Judicial Coalitions
V. The Quadratic Index of Fluidity
VI. Some Applied Examples
A. The Powell-Rehnquist Example
B. The Breyer Example
VII. Future Research

Abstract: We propose an index that measures the relative degree of coalition voting by Justices on different supreme courts in tightly split opinions, an index of fluidity of judicial coalitions. We show that a linear index is inadequate and then develop a quadratic index that reveals differences between the voting patterns of the United States Supreme court when Justice Powell was the junior Justice compared to the period when Justice Breyer was the junior Justice.

I. Introduction

Supreme Courts, federal and state, occasionally produce split decisions and sharp dissents. How sharp are those splits? Was the United States Supreme Court more polarized in the fifties than in the nineties? How does the U.S. Supreme Court compare to state supreme courts from this perspective?

---

* Nicholas is the Harold R. Woodard Professor of Law, Indiana University, R.H. McKinney School of Law, Indianapolis. Frank Sullivan, Jr., is Professor of Practice, Indiana University Robert H. McKinney School of Law and was a Justice of the Indiana Supreme Court from 1993 until 2012. Dimitri is a high school senior at University High School. Special thanks go to Tanja Jacobi for useful comments. I urge you to send your comments to me at ngeorgak@iu.edu.
Η πάροδος των ετών έχει αμβλύνει τη θλίψη για την πάροδο του αγαπητού μας πατέρα (του Νίκου) και παππού (του Δημήτρη) αλλά δεν μειώνει καθόλου την ευγνωμοσύνη μας προς την Τράπεζα της Ελλάδας και τους οργανωτές αυτού του τόμου και ιδιαίτερα προς τον διδάκτορα κύριο *Ελ. Βόγκλη*. Είμαι επίσης συγκινημένος που προσφέρω προς δημοσίευση ένα κοινό έργο με τη μεθεπόμενη γενιά από αυτήν του τιμωμένου. Ο Δημήτρης Γεωργακόπουλος θα τελειώσει το Αμερικανικό τετραετές λύκειο τον Μάιο και είναι άγνωστο αν θα καταλήξει στα νομικά. Οι μαθηματικές του ικανότητες όμως άνοιξαν το δρόμο στην ανάπτυξη του δείκτη που το κείμενό μας προτείνει.

We develop an index that measures the concept of fluidity versus polarity in coalitions between judges in supreme courts in American jurisdictions.[1] If, in one court, the same coalition of judges always votes together, in either the majority or the dissent, we would observe low fluidity or high polarity due to a stable coalition. A different court, in which judges align in majority and dissent in different coalitions in each opinion, would have greater fluidity; this court would have less stable coalitions. The index captures where each court lies in the spectrum from totally stable coalitions to absolutely fluid coalitions. For this index to be useful, the figure that it produces should allow the comparison of courts of different sizes. Our index springs from a quadratic process and we show that a linear index is inadequate.

We should stress that the naming of the judicial coalitions index is contested even among the co-authors. We initially gravitated toward *independence* or *autonomy* as adjectives to attach to the index. Those, however, create a misleading juxtaposition to a dominated or manipulated court, which would not even have split opinions. The adjectives *predictability*, *constancy*, or *stability* carry normative desirability whereas our intuition is that constant and predictable coalitions do not indicate the desirable state (of a court, justice, or case selection). Pejorative adjectives, such as *polarization*, are perhaps also excessively negative. This leaves adjectives such as *fluidity*, *polarity*, *diffusion*, or *dispersion*, the last two of which are already appropriated by optics and statistics. Other possible terms are judicial coalition *proportionality* or judicial coalition *usage*. A single use of a coalition is not what the index measures, making inappropriate the term index of coalition usage. Rather, the index measures the extent to which certain judges ally with certain other judges proportionately. Thus, the most descriptive term might be *index of proportionality of coalition usage in courts*, the length of which is prohibitive. The term *index of judicial coalition fluidity* seems sufficiently unladen or ambiguous from a normative perspective as to appear the most desirable from a set of imperfect choices. The index ranges from zero (0% fluidity) to one (100% fluidity). We refer to judicial coalition polarity as the opposite and, mathematically, the complement of fluidity, so that polarity is one minus fluidity.

The primary contribution of this article is the development of this index measuring how a court uses the possible coalitions in what we refer to as "tightly split" opinions, namely 5-4 opinions in a 9-member court, or 4-3 opinions in a 7-member court.[2] We know of no prior metric that can measure the coalitions that a court uses to issue decisions.

1 By this we mean courts consisting of an odd number of members, all of whom participate in every opinion of the court included in our study. As will be apparent, we do not consider opinions on which less than all of the full number of justices vote.

2 We recognize that the study of non-unanimous opinions other than tightly split opinions, e.g., 6-3 or 5-2, would produce additional important information about the relative degree of coalition voting among courts and anticipate amplifying this work with such study in the future. In this regard, see footnote 14.

A secondary, implicit, but perhaps nontrivial contribution is that, when comparing the relative degree of coalition voting by courts, the relevant period that we use is the time during which the composition of the court is unchanged. This coincides with the time period during which a particular justice is the court's junior-most justice as the tenure of that justice determines, by definition, the period of time during which the membership of the court remains unchanged. We observe that this is at odds with the popular and conventional focus on, and naming of, eras of courts by the name of the Chief Justice. During a single Chief Justice's tenure, old Associate Justices leave the court and new ones become nominated to it, frustrating the idea that the court is the same. Our approach, by contrast, focuses on the most recently appointed Justice, the Junior Justice, as the one who determines the composition of the court. The appointment of the next Justice ends each such era, during which the composition of the court truly does not change. When we refer to the Breyer court, therefore, we refer to the period when Justice Breyer was the Junior Justice, from his appointment in August of 1994 to the appointment of Chief Justice Roberts in September of 2005.

The literature on judicial behavior, including coalition formation, is enormous.[3] The study of coalitions on the United States Supreme Court is not new and various perspectives or explanations have been used in analyzing it.[4] However, the dominant approach, especially recently, focuses on a division from left to right.[5] Several scholars point out this is insufficient.[6] Fishman and Jacobi have even a con-

3 This literature review relies heavily on the extensive literature review in Joshua B. Fischman & Tonja Jacobi, *The Second Dimension of the Supreme Court*, 57 William & Mary L. Rev. 1671 (2016).

4 See, e.g., Glendon Schubert, *The 1960 Term of the Supreme Court: A Psychological Analysis*, 56 Am. Pol. Sci. Rev. 90 (1962); Glendon Schubert, *Judicial Attitudes and Voting Behavior: The 1961 Term of the United States Supreme Court*, 28 L. & Contemp. Prob. 100 (1963); L.L. Thurstone & J.W. Degan, *A Factorial Study of the Supreme Court*, 37 Proc. Nat'l Acad. Sci. 628 (1951).

5 See, e.g., Frank B. Cross & Emerson H. Tiller, *Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals*, 107 Yale L.J. 2155 (1998) (finding that the ideological composition of the bench influenced outcomes despite the underlying legal standard of deference to the administrative agency); Tonja Jacobi, *Competing Models of Judicial Coalition Formation and Case Outcome Determination*, 1 J. Legal Analysis 205 (2009) (demonstrating the tension between reaching a judge's ideal outcome and assembling a winning coalition). See generally, literature collected in notes 19 to 23 of Joshua B. Fischman & Tonja Jacobi, *The Second Dimension of the Supreme Court*, 57 William & Mary L. Rev. 1671 (2016).

6 See Paul H. Edelman, *The Dimension of the Supreme Court*, 20 Const. Comm. 101, 110 (2003) (skeptical that two dimensions are adequate); Paul H. Edelman & Jim Chen, *The Most Dangerous Justice Rides into the Sunset*, 24 Const. Comm. 299, 300 (2007) ("The presence of unpredictable voting coalitions suggests that Supreme Court Justices' decisions may in some cases be structured along divergent or cross-cutting issue dimensions."); Harry T. Edwards & Michael A. Livermore, *Pitfalls of Empirical Studies that Attempt to Understand the Factors Affecting Appellate Decisionmaking*, 58 Duke L.J. 1895, 1916 (2009) (objecting to the idea that "an individual judge's personal views" fit on a "left-right axis"); Joshua B. Fischman, *Do the Justices Vote Like Policy Makers? Evidence from Scaling the Supreme Court with Interest Groups*, 44 J. Legal Stud. __, __ (2015) (finding a "robust two-dimensional voting structure" on the Roberts Court in criminal cases); Joshua B. Fischman & David S. Law, *What Is Judicial Ideology, and How Should We Measure It?*, 29 Wash. U. J. L. & Pol'y 133, 150–54 (2009) (criticizing the idea that judicial ideology has a single dimension); Benjamin E. Lauderdale & Tom S. Clark, *The Supreme Court's Many Median Justices*, 106 Am. Pol. Sci. Rev. 847 (2012) (finding different orderings of the justices in different issue areas, each on a single dimension);

crete proposed second dimension, from pragmatism to legalism,[7] and in older data Schubert also finds two main dimensions (economic and civic liberalism) and some minor scales (that might be abbreviated as fiscal, activist, statist, and supervisory [of lower courts] attitudes).[8] We counter that an advantage of the proposed index is that the index remains agnostic with respect to direction or even the number of dimensions in the decision space.[9]

II. The Possible Coalitions

Supreme Courts in the Anglo-American legal tradition mostly have an odd number of judges, sometimes nine, as the United States Supreme Court or that of Canada, or seven, as does the Supreme Court of California or the equivalent New York Court of Appeal, and the Supreme Courts of Australia, Massachusetts, and Connecticut. Jurisdictions with 5-member supreme courts, like Indiana or Delaware, are not unusual.

Given the variety of sizes of courts, and the reality of split opinions, the question arises how to compare the fluidity of coalitions in voting on tightly split opinions in different courts. We propose such a measure and discuss some advantages and drawbacks.

The discussion is easiest if we consider a small court and identify its judges by number. We start with a five-member court, having judges one through five. Also, we only consider the issue of tightly split opinions, where the majority wins by a single vote. Those will be opinions where the majority obtains 3 votes and the minority 2 in this court.

A five-member court has ten possible majority coalitions: 1, 2, 3; 1, 2, 4; 1, 2, 5; 1, 3, 4; 1, 3, 5; 1, 4, 5; 2, 3, 4; 2, 3, 5; 2, 4, 5; and 3, 4, 5. The general way to calculate the possible number of majority coalitions is to compute the ratio of the

Michael Peress, *Small Chamber Ideal Point Estimation*, 17 Pol. Anal. 276, 285–86 (2009) (estimating the ideological locations of Supreme Court justices in two dimensions); Carolyn Shapiro, *Coding Complexity: Bringing Law to the Empirical Analysis of the Supreme Court*, 60 Hastings L.J. 477, 501–02 (2009) (claiming that the scornig conventions of the Supreme Court Database produce the one-dimensional sorting); see also Lawrence Sirovich, *A Pattern Analysis of the Second Rehnquist U.S. Supreme Court*, 100 Proc. Nat'l Acad. Sci. 7432 (2003).

7 Joshua B. Fischman & Tonja Jacobi, The Second Dimension of the Supreme Court, 57 William & Mary L. Rev. 1671 (2016).

8 Glendon Schubert, *The Judicial Mind Revisited: Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology* (1974) Schubert, Glendon. 1974. The Judicial Mind Revisited: Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology. London: Oxford University Press.

9 We do not condone the use of the coalition fluidity index in the reverse fashion, to attempt to extrapolate the dimensions along which a court seems to divide. For example, one might infer that a court splits in a single dimension from the use of only one coalition or two coalitions of constant composition except for a single swing vote. However, even in periods of low values of the index, i.e., low fluidity, a court produces opinions from tens of other coalitions. We feel that this prevents using the index to infer the number of dimensions along which a court divides.

factorial of the number of judges on the court divided by the product of the factorials of each of the majority and the dissent. The possible number of coalitions *m* in a court of size *j* where *j* is an odd number of judges is

$$m = \frac{j!}{\left(\frac{j+1}{2}\right)! \left(\frac{j-1}{2}\right)!} \quad [10] \qquad (1)$$

Thus, a 7-member court has 35 possible majority coalitions and a 9-member court has 126 possible majority coalitions.

Next comes the issue of how coalitions form in these possible ways.

III. The Range from Polar to Fluid Coalitions

Having established that the possible number of coalitions is finite and calculable for a court of each size is an important first step because it establishes the range that judicial coalitions can exhibit. The next issue is to ask what fluidity means in this range.

Suppose that our 5-member court issues 1,000 decisions with a 3-2 split. One extreme of lack of fluidity of coalitions would exist if the 3-judge majority is the same in every one of these 1,000 decisions. That would correspond to a majority coalition with 0% fluidity. Knowing that the judges can form a 3-member majority ten different ways indicates that the opposite extreme would have each one of those ten coalitions produce 100 of the 1,000 split decisions. Then, no coalition is more successful, productive, or stable than any other coalition. In designing the linear index, we posit that this should correspond to majority coalitions at this court having 100% fluidity.

This linear concept of the extremes from utter fluidity of coalitions to their utter polarity, transfers immediately to the range of coalitions possible by other courts. A 7-member court would have coalition fluidity of zero if all its decisions came from a single one of the 35 possible coalitions and 100% fluidity if each coalition produced one thirty-fifth of its split decisions. A 9-member court would have coalition fluidity of zero if all its split decisions came from one of its 126 possible coalitions. It would have coalition fluidity of 100% if 1/126th of its split decisions came from each coalition.

10 The derivation of the formula starts with the factorial, which gives the number of ways a group can be placed in order. For a group of 5 (or j), five (or j) elements can take the first position, four the second, and so on, so that the product 5 x 4 x 3 x 2 x 1 (or j!) gives the number of ways five elements can be ordered. Since we are only dealing with coalitions of 3 members, we divide by 2! (or ((j-1)/2)!) to eliminate groups of length four and five. The result is the number of ways three members of a group of five can be ordered. Because order does not matter in coalitions, we also divide that result by the number of ways a group of three (or (j+1)/2) can be ordered, 3 factorial or 3 x 2 x 1.

Granted, courts in the real world will not exhibit such extremes. Having established the extremes, however, enables the construction of the linear index because the extremes define how the index should change as the distribution of decisions produced by coalitions changes.

Consider how a 5-member court with zero coalition fluidity would have to change to become a court with 100% fluidity assuming that the court has issued 1,000 decisions. Coalition fluidity of 0% means that all the opinions come from one coalition. The next step is to have half the opinions come from one coalition and the other half from a second coalition. The third step is to distribute its decisions to three coalitions, then four, and so on. The penultimate, and eighth step would have its 1,000 split decisions distributed among nine coalitions. The ninth and final step would be to reach 100% fluidity by distributing its 1,000 decisions to all ten possible coalitions. Obviously, this process would take thirty-four steps in a 7-member court that has 35 possible coalitions and 125 steps in a 9-member court that has 126 possible coalitions.

Linearity suggests that the index should approach its opposite end equally with each such step; in the case of the 5-member court, covering a ninth of the distance from zero to one or (or 100%).

For the linear index to increase by one ninth when half the decisions leave the first coalition to come from the second coalition, each decision must increase the index by $2/(9\times1{,}000)$. More generally, in a sample of n decisions, coming from a court with m possible majority coalitions, the movement of each decision away from coming from the top coalition to coming from the second coalition should increase the index by $2/[(m\text{-}1)n]$. Then, when the n decisions come equally from two out of the m possible coalitions, the index has increased above zero by 1(m-1)th of the way to 100%.

That was the first step, of moving from all decisions coming from a single coalition to them coming from two coalitions. The second step is to have the decisions come from three coalitions in equal proportion. In the 5-member court, then the index must increase two ninths of the way from zero to one. The transition corresponds to decisions leaving the second most prolific coalition and emanating instead from a third coalition. If decisions from the second coalition increase the index by $2/(9\times1{,}000)$ and decisions coming from the third coalition increase the index by $2\times2/(9\times1{,}000)$, the index behaves correctly. When a third of the decisions comes from each of three coalitions the index has increased one more ninth. More generally, when the n decisions come from 3 of the possible coalitions, the index has increased above zero by 2 (m-1)ths of the way to one.

The third step results in the decisions coming in equal proportions from four majority coalitions. In the 5-member court, the index must then increase three

ninths of the way from zero to one. Continuing the same process, decisions from the first coalition do not increase the index, decisions in the second coalition increase the index by 2/9*n*, decisions from the third coalition increase the index by 2×2/9*n*, and decisions from the fourth coalition increase the index by 3×2/9*n*. The index behaves correctly: When a quarter of the opinions comes from each of the four coalitions, the index has increased three ninths from zero. More generally, for a court of any size, when the *n* opinions come proportionately from four of the possible coalitions, the index has increased above zero by 3(*m*-1)ths of the way to one.

Continuing all the steps till we get a fluidity of 100% follows the above pattern. This reveals the process for constructing this linear index of fluidity of judicial coalitions.

IV. The Linear Index of Fluidity of Judicial Coalitions

The process for obtaining the index *f* of the fluidity of judicial coalitions of a court with an odd number of judges *j* from a sample of *n* split decisions comes from the following steps:

1. Count the number of decisions that each coalition produces. Call c_0 the number of decisions that the coalition that produces the greatest number of decisions produces. Call c_1 the number of decisions that the next most productive coalition produces; c_2 the number that the third most productive coalition produces, and so on.

2. Calculate the possible number of majority coalitions as in equation (1) above,

$$m = \frac{j!}{\left(\frac{j+1}{2}\right)! \left(\frac{j-1}{2}\right)!} \qquad (1)$$

3. Calculate the linear index f_L of fluidity of judicial coalitions

$$f_L = \sum_{i=1}^{m-1} \frac{2c_i i}{(m-1)n} \qquad (2)$$

In other words, put the number of split decisions that each coalition produces in decreasing order, count the second and smaller groups and sum the ratios of the product of (a) the number of decisions in each group ci and (b) twice the order *i* of that group, divided by the product of (a) *m*-1, one less than the number of possible majority coalitions *m*, and (b) the total number of decisions *n*.

V. The Quadratic Index of Fluidity

Applying the linear index to the United States Supreme Court revealed an important drawback. Consider two separate time periods in which the court's membership differed but during each of which the membership did not change, i.e., separate time periods marking the tenures of two different Junior Justices. Suppose that court issued sporadic 5-4 opinions from several coalitions but that three coalitions were much more prolific in both periods. In one period, the three prolific coalitions would have very similar composition, one with a defined set of dissenters and the other two having those dissenters in the majority with one of two swing votes.[11] In the other period, the three prolific coalitions have compositions that differ more. The above linear index f_L would produce almost the same value for these two courts but we feel that the second period exhibits greater fluidity. This problem is resolved by creating a quadratic index of fluidity, which rests on a comparison table already used to study the voting of judges, what SCOTUSblog calls the table of Justice agreement.[12] Each Justice corresponds to a row and a column and each intersecting cell holds the percentage of the opinions in which the intersecting Justices vote together.

Compare, however, the actual table of Justice agreement to what would exist in an utterly polar court with zero fluidity. In a five-member court, a single 3-2 alignment would issue all opinions. Suppose the Justices have names One through Five. Justices One, Two, and Three always vote together in the majority, and Justices Four and Five always dissent together. The resulting table would have ones in the extremes and zeros in a two by three region on the top right, as illustrated in table 1.

	One, J.	Two, J.	Three, J.	Four, J.	Five, J.
One, J.	–	1	1	0	0
Two, J.		–	1	0	0
Three, J.			–	0	0
Four, J.				–	1
Five, J.					–

Table 1: The table of Justice agreement in the case of extreme disagreement in 3-2 decisions of a five-member court.

11 As revealed below, subsection IV.B., this is the case of the Breyer court, where the most prolific coalition has the liberal justices in the minority and the next two coalitions are the same justices in the majority, joined by either Justice Kennedy or Justice O'Connor.

12 See, e.g., SCOTUSblog stat pack October Term 2014 at 28-30, available at scotusblog.com (last visited Oct. 27, 2015).

Notice that in table 1 the zeros form a region of two columns by three rows. By repositioning the separate areas of ones, observe that the ones form a region of two columns by two rows. Generally, in a court with an odd number of *j* members, the table of extreme disagreement will have zeros in a region of (*j*-1)/2 columns by (*j*+1)/2 rows and ones in a square region with sides (*j*-1)/2. As a result, the average cell value is [(*j*-1)/2]2/[(*j*-1)/2)2+(*j*-1)/2) (*j*+1)/2)], which simplifies to

$$a = \frac{j-1}{2j} \qquad (3)$$

Notice that this is also the value of each cell in the case of a court with utterly fluid coalitions, since each justice will have agreed on average with every other member of the court, (*j*-1)/*j*, in every two opinions (divide by 2).

Take the average of the squared differences from the average of each cell and obtain the square root of this average. That is the maximum that the root of the average of squared disagreement can reach, call it *r*. Although its mathematical form can reside in a footnote because it is complex and offers no intuitions, it can be calculated as a function of the size of the court *j*.[13]

We then take the root of the average of the squared differences of the actual table of justice agreement and express it as a fraction of the maximum, r, and subtract it from one to express it as an index of fluidity of judicial coalitions. This index takes a value of zero for courts that only use for all their split opinions a single coalition and, therefore, are utterly polar. The index takes a value of one for courts where the members agree proportionately with every other member in all their split opinions.[14]

More formally, the calculation of the quadratic index of fluidity of judicial coalitions has the following steps:

1. Form the table of Justice agreement, a table where each cell *k* holds the percentage g_k of 5-4 opinions where justices agree. Notice that by transposing half the triangular table to form a rectangle we observe that the number *q* of cells of the table of Justice agreement is

$$q = j(j-1)/2 \qquad (5)$$

13 We know that the number of cells containing ones is $[(j-1)/2]^2$. Therefore this must be multiplied by $(1-a)^2$. We know the number of cells containing zeros is [(j-1)/2] [(j+1)/2]. That must be multiplied by $(0-a)^2$. The sum of the two forms the numerator, the maximum sum of squares. Divide by the number of cells, $[(j-1)/2]^2$ + [(j-1)/2][(j+1)/2]. The square root of that fraction is *r*, which simplifies to

$$r = \frac{\sqrt{(j+1)\ (j(\ 1)}}{2j} \qquad (4)$$

The corresponding values of r for 5-, 7-, and 9-member courts are .4898, .4948, and .4969.

14 Worth noting is the fact that the quadratic index would not work if we were not limiting our focus to tightly split opinions, such as 5-4 opinions in 9-member courts. Only tightly split courts produce results comparable to the maximum root of average squared disagreement rates *r*. A unanimous court, for example, would have ones in every cell and produce a value greater than this maximum.

2. For each cell *k* of the table of justice agreement calculate the squared difference from *a*, the average rate of agreement, known from equation (3).

3. Take the square root *s* of the average of the squared differences, i.e.,

$$s = \sqrt{\frac{\sum_{k=1}^{q} \left(g_k - a\right)^2}{q}} \qquad (6)$$

4. Take the ratio of the root of averaged squared differences *s* to its maximum *r* as calculated in equation (4) and subtract it from one to obtain the quadratic index of fluidity of judicial coalitions *f*:

$$f = 1 - \frac{s}{r} \qquad (7)$$

Since we only propose the use of the quadratic index we do not subscript it.

VI. Some Applied Examples

The existence of the Supreme Court Database (supremecourtdatabase.org) allows us to apply this index to measure the fluidity of coalitions in periods when the United States Supreme Court had stable membership and issued a sufficient number of 5-4 opinions. A limiting factor is that the database presently only reaches back to 1946, not containing the voting details for earlier decisions. However, for the period after 1946, the database offers the composition of every majority and dissent.

The logic of the index means that we count opinions rather than disputes. A single opinion may give closure to several disputes with different party names.[15] Thus, when several disputes are listed in the database but they all receive disposition by a single opinion, we count that as a single opinion.

To repeat, we only count 5-4 opinions. We only count 5-4 opinions even if recusals or vacancies may produce a tightly split opinion of a smaller size, such as a 4-3 opinion by the experience of two vacancies. The production of the index requires a significant number of opinions and the handful of such smaller tight splits does not allow the index to be meaningfully applied to them.

15 For example, the court's single opinion in Baltimore & Ohio R. Co. v. United States, 386 U.S. 372 (1967), disposed of several identical disputes arising from objections by railroads against the approval of a merger by the Interstate Commerce Commission.

A. The Powell-Rehnquist Example

Consider the opinions issued while Justices Rehnquist and Powell were the Junior Justices.[16] The first 5-4 opinion is Boyd v. Dutton, 405 U.S. 1 (1972), and the last 5-4 opinion before the appointment of the next Justice, Justice Stevens, is Ludwig v. Massachusetts, 427 U.S. 618 (1976). The number of 5-4 opinions in this period is 109. As this is a nine-member court, we know from equation (3) that the number *m* of possible 5-member coalitions is 126. Since the number of actual 5-4 opinions is smaller than the number of possible coalitions, the highest possible value of the linear index would appear if each opinion were issued by a different coalition (using 109 of the 126 possible coalitions; the value of the index would then be .88 rather than one). Instead, we observe that 25 coalitions issue opinions and the linear index produces a value of f_L = 7.19%. While some coalitions issue only one or two opinions (eleven coalitions issue one opinion and eight coalitions issue two opinions) the coalitions that issue the greatest number of opinions are much more productive than that. The most prolific coalition issues thirty nine opinions (c_0 = 39). The second most prolific coalition issues eighteen opinions (c_1 = 18). The next coalition issues ten and the fourth issues five opinions. Obviously, the two top coalitions are much more prolific than a random approach to coalitions would suggest.

Before diving deeper into the details of the two most prolific coalitions, let us see the calculation of the linear judicial coalition fluidity index in a table. Table 2 illustrates the calculation. The first column is the rank of the coalitions by productivity, starting with the most productive coalition ranked zero. The second column is the number of opinions each coalition produced. The third column is the calculation of the coefficient that will be summed to calculate the index per equation (2).

The sum of the rightmost column of table 2 is the linear index of fluidity of judicial coalitions during the period when Justices Powell and Rehnquist were the Junior Justices in the United States Supreme Court. The linear index of fluidity of the Powell-Rehnquist court is f_L = .0719.

The most prolific coalition produces 39 opinions, 36% of all the five-four opinions. The Court's alignment for these cases consists of Blackmun, Burger, Powell, Rehnquist, and White in the majority and Brennan, Douglas, Marshall, and Stewart in dissent.

16 Both Justice Powell and Justice Rehnquist were appointed on July 1st, 1972. Therefore, for the purpose of applying the index they are both the most junior members of the court, defining its composition until the appointment of Justice Stevens on December 19, 1975.

Coalition Rank (i)	Opinions Produced (c_i)	$2\ c_i\ i\ /\ [(m\text{-}1)\ n]$
0	39	-
1	18	.002642…
2	10	.002936…
3	5	.002202…
4	4	.002349…
5	3	.002202…
6	3	.002642…
7	2	.002055…
8	2	.002349…
…	…	…
14	2	.004110…
17	1	.002202…
18	1	.002349…
…	…	…
25	1	.003670…

Table 2: The calculation of the linear index of fluidity of the Powell-Rehnquist court.

The second most prolific coalition, that produces 18 opinions, 16.5%, has Blackmun, Burger, Powell, Rehnquist, and Stewart in the majority, and Brennan, Douglas, Marshall, and White in the dissent. Essentially, the difference from the most prolific coalition is that Justices Stewart and White exchange positions. Thus, this is not a case where a constant 4-4 split exists and a swing vote changes the minority into a majority.

The third most prolific coalition, that produces 10 opinions, 9%, has Brennan, Douglas, Marshall, Stewart, and White in the majority, and Blackmun, Burger, Powell, and Rehnquist in the dissent. This coalition is similar to the second most prolific one, in that the four Justices there in the dissent are in the majority here with Justice Stewart joining them as the swing vote.

The fourth most prolific coalition, producing only five opinions or 4.6%, has Blackmun, Brennan, Burger, Rehnquist, and White in the majority and Douglas, Marshall, Powell, and Stewart in dissent. This is a new coalition; the one similarity with the more prolific ones is that Douglas and Marshall are on the same side.

To calculate the quadratic index of fluidity we produce the table of Justice agreement, table 3. The justices appear in the order that they were appointed.

	D.	Br.	PSt.	Wh.	Mar.	Bur.	Bl.	P.	Rehn.
Douglas	–	84%	62%	39%	87%	8%	19%	21%	9%
Brennan		–	56%	46%	88%	11%	24%	15%	8%
PStewart			–	20%	68%	33%	31%	39%	36%
White				–	41%	58%	61%	47%	57%
Marshall					–	5%	17%	19%	6%
Burger						–	83%	80%	95%
Blackmun							–	63%	79%
Powell								–	83%
Rehnquist									-

Table 3: The table of Justice agreement for the 5-4 opinions of the court with Powell and Rehnquist as the junior justices.

Squaring the differences of each cell from their average value of a = .4444, averaging them and taking the square root produces a value of s = .2804. Compared to the root of the average of squared differences of the most extreme polarity that a 9-member court can produce, r = .4969, gives the ratio .2804/.4969, or .5643. The value of the quadratic index of fluidity is one minus that value or f = .4357.

Having seen that that the period with Powell and Rehnquist as the junior justices produces a quadratic index of fluidity of judicial coalitions of .44, we turn to a different period of the court, that when Justice Breyer was the junior Justice.

B. The Breyer Example

Justice Breyer holds the record as remaining the longest as the Junior Justice and thus produces an especially long tenure of constant composition in the Supreme Court. The court produces 191 five-four opinions before the next appointment, that of Chief Justice Roberts. This produces an ample number of opinions that could have, in theory, occupied the entire spectrum of the 126 possible coalitions (the smoothest allocation of coalitions produces an index of .8339 and has 65 coalitions producing two opinions and 61 coalitions producing one opinion for the sought total of 191 opinions). The court in this period aligns in 37 coalitions, only three of which produce a number of opinions greater than five.

The most prolific coalition produces 88 opinions, or over 46% of the total. The majority has Kennedy, O'Connor, Rehnquist, Scalia, and Thomas. The minority is Breyer, Ginsburg, Souter, and Stevens.

The second most prolific coalition produces 31 opinions, 16% of the five-four opinions. The majority has Breyer, Ginsburg, O'Connor, Souter, and Stevens. The mi-

nority form Kennedy, Rehnquist, Scalia, and Thomas. This alignment arises from the minority of the first coalition with the addition of Justice O'Connor as the swing vote.

The third most prolific coalition produces 22 opinions, 9% of the total. The majority form Breyer, Ginsburg, Kennedy, Souter, and Stevens. The minority is O'Connor, Rehnquist, Scalia, and Thomas. This alignment arises from the minority of the first coalition being joined by Justice Kennedy as the swing vote. The coalition that issues the five opinions, issues 2.6% or the total.

The table holds the calculation of the index of fluidity of judicial coalitions, which takes a value of 7.23%.

Coalition Rank (i)	Opinions Produced (c_i)	$2\ c_i\ i\ /\ [(m\text{-}1)\ n]$
0	88	-
1	31	0.002597…
2	18	0.003016…
3	5	0.001257…
4	3	0.001005…
…	…	…
7	3	0.001759…
8	2	0.001340…
…	…	…
14	2	.002346…
15	1	.001257…
…	…	…
36	1	.003016…

Table 4: The calculation of the linear index of fluidity of the Breyer court.

Note that the linear index of judicial coalition fluidity (7.23%) is virtually identical to the one that the Powell-Rehnquist court produces (7.19%). This seems contrary to the desirable function of the index, because the Breyer period had more polar coalitions. The same four liberal justices, in dissent, or with either Kennedy or O'Connor, produce the top three coalitions and essentially all the coalitions producing more than 3% of the opinions. By contrast, the top three coalitions of the Powell-Rehnquist court have greater differences in their composition and a notable number of opinions came from a fourth and different alignment of the Justices. The quadratic index does reflect this difference.

	R.	St.	O'C	Sc.	Ken.	Sou.	Th.	Gin.	Br.
Rehnquist	–	6%	72%	86%	81%	8%	85%	9%	14%
JPStewart		–	27%	11%	22%	90%	11%	88%	84%
O'Connor			–	63%	61%	28%	65%	26%	33%
Scalia				–	75%	13%	91%	13%	9%
Kennedy					–	19%	75%	18%	22%
Souter						–	14%	88%	84%
Thomas							–	12%	8%
Ginsburg								–	85%
Breyer									–

Table 5: The table of Justice agreement for the 5-4 opinions of the Breyer court.

Again, the starting point is the production of the table of Justice agreement. Each cell holds the percentage of agreement between the justices that corresponds to the row and column of each cell in the 5-4 opinions that the court issued with Breyer as the junior Justice.

The quadratic index reveals the more polar nature of the Breyer court. Squaring the differences of each cell from their average value of a = .4444, averaging them and taking the square root produces a value of s = .3266. Comparing to the root of the average of squared differences of the most extreme polarity that a 9-member court can produce, r = .4969, gives the ratio .3279/.4969, or .6572. Subtracting from one to obtain the quadratic index of fluidity of judicial coalitions produces f = .34.

The fluidity of the Breyer court at .34 is meaningfully lower than that of the Powell court at .44. By contrast their linear indices do not reveal nearly as great a difference, with both effectively at 7%.

VII. Future Research

We intend to use the index of the fluidity of judicial coalitions to compare different periods in the United States Supreme Court and make comparisons with other courts. For example, our preliminary research indicates that the Indiana Supreme Court with Rucker as the Junior Justice, from November 1999 to September 2010 likely produces an index with a value of about f = .78, strikingly greater than those of the United States Supreme Court. Although one can readily point out that state supreme courts receive types of disputes that the United States

Supreme Court does not, we are also developing arguments that this effect is strongly mitigated. We hope that the result will allow us to understand better the function of our legal and political system..

Jenny (Zoe) Giotaki*

"Shadow banks" within banking groups: legal, accounting and prudential perspectives

1. Introduction: "Shadow banking" and its connection to banking proper

In "traditional" banking, depositors transfer moneys to a bank in return for a claim on the latter, as reflected in a savings or checking account; the bank then on-lends the moneys to borrowers and holds the loans to maturity; but it is required to pay back the sums deposited (possibly, with interest) on demand. This process, known as credit intermediation, involves a leveraged maturity (or liquidity) transformation, whereby long-term assets (bank loans) are financed with short-term liabilities (deposits).[1] Risks arising from this business model, both idiosyncratic and systemic (that is, both those concerning a particular bank or banking group and those affecting the financial market as a whole) are addressed, on one hand, by a set of (micro and macro) prudential tools and, on the other hand, by public financial backstops (effectively, central bank liquidity and deposit insurance), which have been put in place over the years.[2]

Increasingly, however, credit intermediation takes place outside banks' balance sheets ("off-balance-sheet financing" or "shadow banking"). In contrast to traditional banking, where credit intermediation is performed (and the risks are managed) within the same legal entity, liquidity transformation in shadow banking typically involves a "network of financial entities and activities that decompose the process of credit intermediation between lenders and borrowers into a sequence of discrete operations".[3] The concept of shadow banking thus includes a variety of entities engaged in the acceptance of funds with deposit-like characteristics and

---

* Legal Unit, European Banking Authority. (Disclaimer: the views and opinions expressed in this paper are purely personal and should not be regarded as EBA views).

1 Zoltan Pozsar, Tobias Adrian, Adam Ashcraft, and Haley Boesky, "Shadow Banking", *Federal Reserve Bank of New York Staff Report* No. 458 (Jul. 2010, revised Feb. 2012); Tobias Adrian and Hyun Song Shin, "The Changing Nature of Financial Intermediation and the Financial Crisis of 2007–2009", *Annual Review of Economics*, vol. 2 (2010), 603–618; and Gary Gorton and Andrew Metrick, "Securitized Banking and the Run on Repo", *Journal of Financial Economics*, vol. 104 (2010), 425–451.

2 Stijn Claessens and Lev Ratnovski, "What is Shadow Banking?", *IMF Working Paper* No. WP/14/25 (Feb. 2014).

3 IMF, *Global Financial Stability Report* (Oct. 2014), p. 68. See also Gary Gorton and Andrew Metrick, "Regulating the Shadow Banking System", *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. Fall 2010, 261–297.

the transferral and transformation of credit risks, typically relying on direct or indirect financial leverage and transactional techniques such as securitization and repurchase transactions (repos).[4]

According to a comprehensive survey conducted by the Financial Stability Board (FSB)[5]:

- In 2013-14, non-bank financial intermediation reached a global volume of activity of around USD 75 trillion, representing 25% of total financial assets (and approximately half of total bank assets) and 120% of the global GDP.
- Shadow banks seem to grow globally (with average growth of 6% observed during 2013), while the size of the traditional banking sector remains roughly stable.
- Currently, shadow banking activity is predominantly located in developed economies. The euro area and the US have the largest shadow banking sectors (with one third of global shadow banking sector assets each), followed by the UK (representing some 12% of global assets). However, shadow banking's presence in emerging economies is growing rapidly.

Despite being organized as separate legal entities, shadow banks typically operate in the periphery of banking (or insurance) groups. The reason is that they need banks as private backstops to address the risks inherent in their line of business.[6] Deprived from access to central banks and unprotected by deposit insurance, shadow banks are prone to runs, which can be eased by implicit and explicit support extended by traditional banks. Conversely, banks have strong incentives to contribute to the establishment of shadow banks.[7] Releasing regulatory capital,[8] improving the overall financial position, and exploiting opportunities for business and profit expansion – all these are important motives for banks to carve out from their balance sheets (by way of securitization) pools of assets and to have them refinanced with non-deposit funds raised from money market and other investment funds, free from deposit-insurance costs. In this manner, banks eschew interest income on the transferred assets, but can earn

4 European Commission Green Paper, "Shadow Banking", COM(2012) 102 final (19 Mar. 2012), p. 3.

5 Financial Stability Board (FSB), "Global Shadow Banking Monitoring Report 2014" (30 Oct. 2014), http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_141030.pdf. The report is based on data from 25 jurisdictions (including five euro area countries) and the euro area as a whole, representing in total about 80% of global GDP and 90% of global financial system assets.

6 Cf. Claessens and Ratnovski, supra, fn. 2, p. 4. See also EBA/CR/2015/06 "Consultation Paper on draft EBA Guidelines on limits on exposures to shadow banking entities" explanation provided in particular in paras 9 to 15, available at https:// www.eba.europa.eu/ documents/ 10180/1019894/ EBA+CP+ 2015+06+ %28CP+on +GL+on+ shadow+Banking%29.pdf

7 See Nicola Cetorelli and Stavros Peristiani, "The Role of Banks in Assets Securitization", *Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review*, vol. 18:2 (July 2012), 47–64.

8 See Gabriel A. Giménez Roche and Jason Lermyte, "Securitization and Regulatory Arbitrage within the ABCT Framework", *Review of Austrian Economics*, vol. 28 (2015), 1–18.

fees for asset origination,[9] sponsorship,[10] provision of ancillary services or fund management services.

While traditional financial institutions, like insurance and investment firms, and even banks themselves, when involved in shadow-banking activities, can also act as shadow banks,[11] the key players in shadow banking are money market mutual funds ("MMFs") and securitization special-purpose entities or vehicles ("SSPEs").[12] However, non-bank financial intermediation may include a host of other financial entities, operating outside the regulated financial sector. It is thus particularly difficult to classify shadow banks in neat categories. For instance, the ECB's balance-sheet data on the euro area's shadow banking sector (MMFs and other investment funds and financial vehicle corporations) attribute 44% of total assets to a residual array of unspecified entities, outside the main institutional categories.[13] Many of them are holding companies, two thirds of which are established in Luxemburg, Ireland and the Netherlands.[14] These entities are of less systemic relevance, as they seem to have been set-up by non-financial companies and not by banks, mainly with the aim of avoiding taxes, attracting external funding and facilitating intragroup liquidity management, and not for the purpose of carrying on credit intermediation.

---

9 "Originator" is defined in European law as "an entity which, (a) itself or through related entities, directly or indirectly, was involved in the original agreement which created the obligations or potential obligations of the debtor or potential debtor giving rise to the exposure being securitised; or (b) purchases a third party's exposures for its own account and then securitises them"; Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No. 648/2012, O.J. 2013 L 176/1 (the "CRR"), Art. 4(1), point (13). Typically, the originator is a bank (credit institution).

10 "Sponsor" is defined in European law as "an institution other than an originator institution that establishes and manages an asset-backed commercial paper programme or other securitisation scheme that purchases exposures from third-party entities"; CRR, Art. 4(1), point (14).

11 Melanie L. Fein, "The Shadow Banking Charade", comment on SEC File No. S7-04-09 (15 Feb. 2013), http://www.sec.gov/comments/s7-04-09/s70409-95.pdf.

12 The FSB approach appears to limit shadow banking to credit intermediation taking place outside the regular (formal) banking sector; see FSB, "Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking: An Overview of Policy Recommendations" (29 Aug. 2013), http:// www.financialstabilityboard. org/wp-conten t/uploads/r_130829c .pdf?page_moved=1, p. ii. See also Luca Errico, Artak Harutyunyan, Elena Loukoianova, Richard Walton, Yevgeniya Korniyenko, Goran Amidžić, Hanan AbuShanab and Hyun Song Shin, "Mapping the Shadow Banking System Through a Global Flow of Funds Analysis", *IMF Working Paper* No. WP/14/10 (Jan. 2014); and Artak Harutyunyan, Alexander Massara, Giovanni Ugazio, Goran Amidzic and Richard Walton, "Shedding Light on Shadow Banking", *IMF Working Paper* No. WP/15/1 (Jan. 2015). In contrast, Claessens and Ratnovski, supra, fn. 2, p. 4, propose that shadow banking be defined in broader terms, to include all financial activities, except traditional banking, requiring a private or public backstop to operate. Their approach is based on the consideration that shadow banking is highly innovative, so that the relevant lines of business (just like the related regulatory concerns) change rapidly over time. In accordance with the "activity based" approach, it is not the entity, but the function that matters. On this criterion, securitization should be considered as a form of shadow banking, even when performed within banks' balance sheets, as suggested by the IMF, supra, fn. 3, p. 68. See also in this respect EBA Consultation Paper on draft GL on limiting exposures to shadow banking entities, supra, fn 6, para 6 of the draft GL, where the definition proposed (for the purpose of the Guidelines) is, less on a functional and more on an institutional basis, to include all unconsolidated entities offering credit intermediation but exclude regulated entities.

13 ECB, Banking Structures Report (October 2014), http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/bankingstructuresreport201410.en.pdf, pp. 31–32.

14 Klára Bakk-Simon, Stefano Borgioli, Celestino Giron, Hannah Hempell, Angela Maddaloni, Fabio Recine and Simonetta Rosati, "Shadow Banking in the Euro Area: An Overview", *ECB Occasional Paper* No. 133 (Apr. 2012).

According to the European Commission,[15] almost 40% of short-term debt issued by the banking sector is held by MMFs. In this sense, MMFs constitute a crucial link bringing together demand and supply in the money market. Moreover, MMF assets are highly concentrated. The 200 largest MMFs operating in the EU account for more than 86% of the entire industry's assets under management. 22 MMFs manage assets exceeding €10 billion each, with the largest single MMF having more than €50 billion of assets under management. Most MMF managers manage more than one fund, so that a single manager can manage a portfolio reaching up to €120 billion. Evidently, concentration increases MMFs' overall systemic risk.

It is mostly corporate investors that invest in MMFs. The main incentive for their investments is diversification: as large deposits of non-retail investors are typically not covered by deposit insurance schemes, there is a need for corporates to diversify their portfolio of money-market instruments.

The key concern with regard to MMFs derives from the fact that most of them attempt to mimic deposits, by seeking to sustain the investors' perception of a "constant" net asset value ("NAV") at which redemption shall always takes place (in a manner equivalent to the fixed nominal value of deposits), regardless of the marked-to-market value of the assets under management.[16] To validate a constant NAV, MMFs have typically been "sponsored" by banks (or insurance companies), which undertake to step in if necessary – albeit on a fully discretionary basis and without incurring any legal obligation to do so – to provide "backstop capital", so as to enable MMFs to keep their NAV stable and prevent runs. In the EU, nine out of the ten largest MMF managers are sponsored by commercial banks. This illustrates the high degree of interconnectedness between the banking sector and the MMF industry.[17]

Like the MMF industry, the securitization market expanded rapidly in the run up to the crisis, reaching a height of €2 trillion in Europe and USD 11 trillion in the US.[18] By the end of 2013, the outstanding amount of securitizations in the EU had gone down to €1.4 trillion (around one fifth of the US market). The European jurisdictions with the largest securitization markets are the United Kingdom, Netherlands, Spain and Italy. Mostly for reputational reasons, banks stepped in

15 European Commission Staff Working Document, "Impact Assessment", SWD(2013) 315 final (4 Sep. 2013), accompanying the Draft MMF Regulation, infra, fn. 17.

16 For an analysis of the problems and investors' perceptions, see Jill Fisch and Eric Roiter, "A Floating NAV for Money Market Funds: Fix or Fantasy?", *University of Illinois Law Review*, vol. 2012, 1003–1050.

17 European Commission, "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Money Market Funds", COM(2013) 615 final (4 Sep. 2013) (the "Draft MMF Regulation").

18 Bank of England and ECB, "The Case for a Better Functioning Securitisation Market in the European Union: A Discussion Paper" (May 2014), http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/ other/ecb-boe_case_better_functioning_securitisation_marketen.pdf, p. 10.

during the financial crisis to support SSPEs, either by bringing the securitized assets back into their own balance sheet or by supporting the SSPEs' liabilities.[19]

Economically, MMFs and SSPEs perform similar functions as conduits for collective investment functions. Legally, they can be organized as unit trusts or as publicly-traded or privately held joint-stock companies. They can also be formed as partnerships, but this is less common. When of the contractual type, they issue "units" or "participating interests"; when in the form of incorporated entities, they issue debt (bonds in various maturities and forms[20]) and equity (shares). Both MMFs and SSPEs have a limited scope of activities, either because of statutory restrictions or as a result of provisions in their own documents of establishment. However, their predominant organizational characteristic is that, unlike traditional corporate entities, MMFs and SSPEs are not governed by their shareholders, through the exercise of voting rights attached to their shares. Instead, they are governed either by professional managers (MMFs) or "on autopilot", based on specific requirements, which are set out in their documents of establishment (most SSPEs). Detached from their founders or owners, these entities appear frequently as the "orphans" of the financial system.

In accounting law and practice and, in particular, under the IFRS regime,[21] these legal entities are referred to as "structured entities".[22] IFRS 12 defines as structured those entities, in which voting rights, or similar rights,[23] are not the dominant factor in deciding who controls the entity.[24] According to the IFRS, a structured entity will often display some or all of the following attributes:

---

19 See ibid., p. 26. On how the Global Financial Crisis expressed itself in the securitization market, see Gary Gorton, "The Subprime Panic", *European Financial Management*, vol. 15 (2009), 10–46; and Matthias Thiemann, "'Out of the Shadows?' Accounting for Special Purpose Entities in European Banking Systems", *Competition & Change*, vol. 16 (2012), 37–55, pp. 42–43.

20 See Darrell Duffie and Nicolae Gârleanu, "Risk and Valuation of Collateralized Debt Obligations", *Financial Analysts Journal*, vol. 57:1 (Jan.-Feb. 2001), 41-59.

21 The International Accounting Standards (IAS) are a set of accounting standards initially developed by the International Accounting Standards Committee (IASC) (1973–2000). Following the establishment in 2001 of the International Accounting Standards Board (IASB), an international non-for-profit organization which undertook the development of International Financial Reporting Standards (IFRS), IAS were gradually replaced by the IFRS. The IAS regime, therefore, is the predecessor of the IFRS regime. The IFRS (and previously the IAS) become Union law through their adoption by the Commission in accordance with the process set out in Regulation (EC) No. 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards., O.J. 2002 L 243/1 (the "IAS Regulation"), Art. 3.

22 See IFRS 12, "Disclosure of Interests in Other Entities" (May 2011), as amended, esp. paras. 24–28, B21–B24. See also the accompanying document of the IASB, "Basis for Conclusions on IFRS 12, Disclosure of Interests in Other Entities", paras. BC78–BC91.

23 IFRS 12 does not specify the meaning of rights "similar to voting". Cf. IFRS 10, paras. B14–B28. A leading accounting firm considers that the concept may include rights such as: the right to remove the fund manager; the right to liquidate the fund earlier than the expected termination date; and the right to redeem the investment; EY (EYGM Ltd), "IFRS 12: Structured Entities – Considerations for Fund Managers" (Feb. 2014), http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Applying_IFRS:_IFRS_12_-_Structured_entities_-_considerations_for_fund_managers/$File/Applying-AM-ComsJA-Feb2014.pdf, p. 3.

24 IFRS 12, para. B21.

"(a) restricted activities.

(b) a narrow and well-defined objective, such as to effect a tax-efficient lease, carry out research and development activities, provide a source of capital or funding to an entity or provide investment opportunities for investors by passing on risks and rewards associated with the assets of the structured entity to investors.

(c) insufficient equity to permit the structured entity to finance its activities without subordinated financial support.

(d) financing in the form of multiple contractually linked instruments to investors that create concentrations of credit or other risks (tranches)."[25]

The fact that structured entities are not typically governed by their shareholders hampers significantly the identification of the controlling persons.[26] When an MMF or SSPE operates in the periphery of a banking group, however, this assessment is critical for deciding whether the entity must be included in the perimeter of the banking group and consolidated with it for supervisory and accounting purposes, or not.

This paper discusses how shadow banks (MMFs and SSPEs) can be consolidated in the banking groups in the periphery of which they operate. Consolidation (discussed in this paper) is one out of the three major alternative prudential treatments of a bank's exposure the other two being the deduction of the exposure amount from the bank's capital and the risk weighing of the exposure. Consolidation is appropriate when there is an increased probability that the bank will "step in" to provide full financial support and bail out the ailing regulated or unregulated shadow bank. It is also appropriate for reasons of avoiding double gearing in case the shadow bank is a regulated entity with distinct solo prudential requirements. Section 2 outlines the forthcoming EU regime for the regulation of shadow banking entities on a solo basis. Section 3 discusses the consolidation issue from an accounting perspective, while section 4 addresses the question of consolidation for prudential purposes. Section 5 offers some conclusions.

2. European regulatory requirements relating to MMFs and SSPEs

According to Commission estimates,[27] the majority of the MMFs established in Europe (60% of the total number of funds, holding 80% of total assets under man-

25 IFRS 12, para. B22.

26 For a good analysis of the discrepancy between the legal and the economic reality of SSPEs, see William W. Bratton and Adam J. Levitin, "A Transactional Genealogy of Scandal: From Michael Milken to Enron to Goldman Sachs", *Southern California Law Review*, vol. 86 (2013), 783–868.

27 European Commission Staff Working Document, supra, fn. 15, p. 4.

agement) currently operate under the UCITS Directive,[28] which governs the activates of certain categories of investment funds directed primarily to small investors ("undertakings for collective investment in transferable securities" or "UCITS"). The remainder operate in the context of the AIFM Directive,[29] a recent instrument intended to regulate so-called "alternative investment fund managers", whose business consists in providing portfolio- and risk-management to other (non-UCITS) investment funds. Typically, these funds are more complex than UCITS and addressed to institutional investors as well as to accredited, high-net-worth individuals.

Under the existing rules, a UCITS or AIFM management company must have initial capital of at least €125,000. For an internally managed UCITS or AIF, notably for a UCITS or AIF investment company, initial capital of at least €300,000 is required. Where the value of portfolios under management exceeds €250 million, the management or the investment company must provide an additional amount of own funds. This additional amount is set at 0.02% of the amount by which the portfolio exceeds €250 million. The required total of the initial capital and the additional amount, however, must not exceed €10 million. In order to remove double counting of delegated funds in fund capital requirements, funds managed by a management company but in respect of which the latter has delegated one or more functions to another entity are counted as part of its own portfolio, while funds which the company manages under delegation from another UCITS or AIF management company are excluded. Member States may exempt UCITS or AIF management companies from the duty to retain up to 50% of the additional amount of own funds, if these companies benefit from a guarantee for the same amount given by a credit institution or an insurance undertaking. In addition to the aforementioned capital requirements, the European legislation imposes investment and borrowing restrictions, in an attempt to address certain liquidity, large exposures and leverage risks.

In September 2013, the Commission published a proposal for a special regulation relating to MMFs.[30] The proposed rules, which are equally applicable to MMFs operating as UCITS and to those within the AIF category, provide for a separate authorization system for MMF managers. From a prudential perspective, the key novelty of the Draft MMF Regulation lies in the attempt to regulate the hitherto

28 Directive 2009/65/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) (recast), O.J. 2009 L 302/32, as amended (the "UCITS Directive").

29 Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No. 1060/2009 and (EU) No. 1095/2010, O.J. 2011 L 174/1 (the "AIFM Directive"). See also International Organization of Securities Commissions (IOSCO), "Policy Recommendations for Money Market Funds: Final Report", FR07/12 (Oct. 2012), https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD392.pdf.

30 Supra, fn. 17.

arbitrary sponsorship mechanism. In particular, constant NAV funds will be required to build up a cash reserve, the so-called "NAV buffer". The Commission, based on observations of worst-case losses during the global financial crisis, proposes that the buffer be set at 3%. The NAV buffer can only be used to cover the difference between an MMF's constant NAV per unit or share and the real value, as calculated on the basis of actual asset values, and should be replenished according to the situation. Constant NAV MMFs may receive external support only through their NAV buffer,[31] while other MMFs are prohibited from receiving external support. The Draft MMF Regulation sets a non-exhaustive list of presumptions of "external support" (that is, sponsorship): cash injections or purchase by a third party of assets of the MMF at an inflated price; purchases of units or shares in order to provide liquidity to the MMF; guarantees, warranties or letters of support to the MMF's benefit; and any action by a third party, the direct or indirect objective of which is to maintain the liquidity profile and the NAV per unit or share of the MMF, are all to be regarded as external support.[32]

More recently (September 2015), the Commission has tabled proposals for the regulation of the securitization market. Coming in the steps of related work conducted both at the global level and within Europe, leading to the publication, in May 2014, of a joint report of the ECB and the Bank of England[33] and, in July 2015, of a report of the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS)[34] and an opinion of the EBA,[35] the Commission's legislative initiative builds on secondary European law (in the form of delegated acts of the Commission) already in force.[36] It takes the form of a "securitization package", comprising two instruments: a Draft Securitization Regulation,[37] laying down common rules for the

31 Draft MMF Regulation, Art. 29(2)(g).
32 Draft MMF Regulation, Art. 35(3).
33 Bank of England and ECB, supra, fn. 18.
34 BCBS, "Criteria for Identifying Simple, Transparent and Comparable Securitizations" (July 2015), http://www.bis.org/bcbs/publ/d332.pdf.
35 EBA, "Opinion of the European Banking Authority on a European Framework for Qualifying Securitisation", EBA/Op/2015/14 (7 July 2015), http://www.eba.europa.eu/documents/10180/983359/EBA-Op-2015-14+Opinion+on+qualifying+securitisation.pdf.
36 The distinction between simple and complex securitizations has already been included in delegated acts adopted under both the CRR and the Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of insurance and reinsurance (Solvency II) , O.J. 2009 L 335/1 (the "Solvency II Directive"). See, in particular, Commission Delegated Regulation (EU) 2015/61 of 10 October 2014 to supplement Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and the Council with regard to liquidity coverage requirement for credit institutions, O.J. 2015 L 11/1, rec. (10) and Art. 13; and Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35 of 10 October 2014 supplementing Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), O.J. 2015 L 12/1, rec. (90)–(92) and Arts. 177–178, 254–257.
37 European Commission, "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Common Rules on Securitisation and Creating a European Framework for Simple, Transparent and Standardised Securitisation and Amending Directives 2009/65/EC, 2009/138/EC, 2011/61/EU and Regulations (EC) No. 1060/2009 and (EU) No. 648/2012", COM(2015) 472 final (30 Sep. 2015) (the "Draft Securitization Regulation").

securitization industry[38]; and an accompanying proposal[39] to amend the Capital Requirements Regulation (or CRR).[40] The securitization package forms part of the Commission's overall "capital markets union" agenda[41] and represents a co-ordinated effort by the Commission to boost safe shadow banking, which is perceived as a key financial market lever[42], as "a bridge between banks and capital markets with an indirect benefit for businesses and citizens"[43] and as a crucial monetary policy transmission pillar.[44]

The proposed European regulatory framework is intended to "[d]ifferentiate simple, transparent and standardised securitisation products from other types of securitisation" and to "[f]oster the spread of standardisation of processes and practises in securitisation markets [and] tackle regulatory inconsistencies".[45] In particular, it seeks to promote simple, transparent and standardized ("STS") securitisation practices by:

- setting out simplicity, transparency and quality criteria for qualifying securitizations;
- setting out risk retention requirements[46];
- harmonizing legal issues in securitization;
- addressing issues relating to secondary markets, infrastructures and ancillary services; and
- setting out capital requirements for banks investing in SSPEs.

38 Beyond the single rulebook for credit institutions, the Draft Securitization Regulation includes provisions amending the Solvency II Directive, EMIR and the AIFM Directive.

39 European Commission, "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EU) No. 575/2013 on Prudential Requirements for Credit Institutions and Investment Firms", COM(2015) 473 final (30 Sep. 2015) (the "Draft CRR Amendment").

40 Supra, fn. 9.

41 European Commission Green Paper, "Building a Capital Markets Union", COM(2015) 63 final (18 Feb. 2015); and European Commission Communication, "Action Plan on Building a Capital Markets Union", COM(2015) 468 final (30 Sep. 2015).

42 On the benefits of the inclusion and regulation of shadow banking, see Julian Kolm, "Securitization, Shadow Banking, and Bank Regulation", working paper (September 2015), https://homepage.univie.ac.at/julian.kolm/resources/Securitization_and_Bank_Capital_Regulation.pdf. On securitization's impact on the real (as distinct from the financial) economy, see Ata Can Bertay, Di Gong and Wolf Wagner, "Securitization and Economic Activity: The Credit Composition Channel", *CEPR Discussion Paper* No. 10664 (June 2015) (arguing that this depends of the underlying asset being securitized); and on the legal incentives for safer securitizations, see Bonnie G. Buchanan, "Securitization: A Financing Vehicle for All Seasons?", *Journal of Business Ethics*, vol. 132 (2015), forthcoming.

43 Draft Securitization Regulation, rec. (4).

44 On securitization's relationship to monetary policy, see Sean Campbell, Daniel Covitz, William Nelson and Karen Pence, "Securitization markets and central banking: An evaluation of the term asset-backed securities loan facility", *Journal of Monetary Economics*, vol. 58 (2011), 518–531; and Andreas Jobst, "Asset-Based Funding & Integrated Capital Markets in Europe" , European Mortgage Federation and European Covered Bond Council, *Mortgage Info* (April 2015), 1–5.

45 Draft Securitization Regulation, "Explanatory Memorandum", p. 13.

46 Colloquially known as "skin in the game" rules. Currently the issue is regulated by the CRR, Art. 405, which requires the retention, on an ongoing basis, by the originator, sponsor or original lender of a minimum 5% net economic interest in the securitization programme's total value (or loss exposures).

The Draft Securitization Regulation applies to institutional investors becoming exposed to securitization, as well as to the originators, original lenders and sponsors of securitization programmes and to the related SSPEs.[47] Its provisions define traditional and synthetic securitizations[48] and set out the general framework on due diligence, risk retention and transparency requirements for parties involved in securitizations.

In relation to matters of relevance for accounting and supervisory consolidation, the key points of the proposal are the following:

- On *risk retention*, the Commission proposes to replace the current "indirect" approach with a "direct" one.[49] At present, risk retention is achieved by not allowing banks to invest in securitization programmes which do not include retention requirement for the originators, sponsors or original lenders. In the future, the requirement will be directly imposed on the originator,[50] sponsor and the original lenders, while, for reasons of equal treatment, where these are not established in the EU, so that the direct approach cannot apply, the indirect approach will remain applicable. An interesting element of the proposal is that risk retention can also be calculated on a consolidated basis under certain conditions, which will be further specified by the EBA and the Commission in a delegated regulation.
- On *standardization*, the proposal includes specific requirements with regard to the transaction documentation,[51] which must determine what should happen during the revolving period,[52] what are the early amortisation[53] events or triggers for termination of the revolving period, and how to proceed after (or in the absence of) the revolving period.[54] If the documentation provides for the SSPE's automatic liquidation, the securitization cannot qualify as STS. The transaction documentation must further set out in clear and consistent terms

47 Draft Securitization Regulation, Art. 1(2).
48 Draft Securitization Regulation, Art. 2(9)–(10).
49 Draft Securitization Regulation, Art. 4.
50 Draft Securitization Regulation, Art. 4(1), is crucial in this respect, as it prevents SSPEs from being considered themselves as originators.
51 Draft Securitization Regulation, Art. 9(5)–(8).
52 This is the period, usually at the start of a securitization transaction, at which principal receipts from the underlying assets are used to reinvest in additional assets rather than passing through to investors. A securitization may or may not have a revolving period, which is usually followed by the amortisation period.
53 Amortization refers to the reduction over time of the principal amount of the securitized assets. Amortization may be "rapid" (with all principal amount being applied for the repayment of investors as received) or "controlled" (with only a certain amount or percentage of principal being returned on each payment date). Amortization is usually rapid in the event of default. If the securitization structure does not provide for a revolving period, it is usually an amortising structure from the day of issue.
54 In the Draft Securitization Regulation, "early amortisation provision" means a contractual clause in a securitisation of revolving exposures or a revolving securitisation which requires, on the occurrence of defined events, investors' positions to be redeemed before the originally stated maturity of the securities issued; Draft Securitization Regulation, Art. 2(17). "Revolving securitisation" is defined as a securitisation where the securitisation structure itself revolves by exposures being added to, or removed from, the pool of exposures; Draft Securitization Regulation, Art. 2(16).

the remedies and actions relating to delinquency and default of debtors, debt restructuring, forgiveness and forbearance, payment holidays, losses, charge offs, recoveries and other asset performance remedies. It must clearly specify the payment priority, triggers, and any changes in payment priority following trigger events. Most importantly, the documentation must clearly define voting rights and allocate them to the SSPE's noteholders.

- In terms of *quality* (or *simplicity*), to qualify as STS a structure should meet a number of safeguards.[55] Firstly, a seller's (originator's) default, or an acceleration event, should not result in a substantial amount of cash being trapped in the SSPE; and in such an eventuality, principal receipts from the underlying exposures should be passed on to investors on the basis of their seniority. Secondly, the underlying exposures must be homogeneous in terms of asset type and originated in the ordinary course of the seller's business (thus avoiding the "originate-to-distribute" model). Thirdly, re-securitization,[56] securitization of transferable securities, securitization of exposures in default, or securitization of exposures which have not yet started to be served, are strictly excluded from qualifying as STS. Fourthly, specifically with regard to short-term securitizations ("ABCP" programmes[57]), there must be a full liquidity sponsor (which must necessarily be a licensed credit institution), covering all liquidity and credit risks and any material dilution risks of the securitised exposures as well as any other transaction costs and programme-wide costs.[58] Lastly, the underlying assets must be transparent and subject to certain anticipated risk-weight thresholds.[59]
- On the "*true sale*" issue (which also relates to the quality of the overall securitization structure), the following are set out in the proposal. Firstly, only traditional (as distinct from synthetic) structures can qualify as STS. Secondly, severe clawback clauses, including clauses whereby the seller's liquidator can cancel the sale solely on the basis that it was concluded within the "suspect period" (unless the SSPE proved that it was not aware of the insolvency of the seller), prevent the structure from qualifying as STS. Thirdly, the transfer of assets must be structured in a way that active or discretionary management of the securitized assets is excluded.
- On *disclosure* and *supervision*, it is proposed that the originators, the sponsors and the SSPEs themselves should be jointly responsible for verifying compliance with the STS requirements and for making the relevant notifications to ESMA,

55 Draft Securitization Regulation, Art. 8.
56 Draft Securitization Regulation, Art. 2(4).
57 Draft Securitization Regulation, Art. 2(7)–(8).
58 Draft Securitization Regulation, Arts. 2(5) and 13(4).
59 Draft CRR Amendment, new Art. 243 of the CRR.

which will publish them on its website.[60] In order "[t]o safeguard financial stability, ensure investors' confidence and promote liquidity",[61] the proposal also includes provisions on supervision.[62] In particular, to the extent that the SSPE, the sponsor or the originator in a given securitization is a regulated entity, the competent authority responsible for the supervision of that entity will also supervise compliance with the provisions of the Draft Securitization Regulation.[63]

Without doubt, the Commission's proposals for MMFs and securitizations constitute a significant step forward, primarily because they establish a new regulatory reality, in which shadow banks (or, at least, a majority of them) will be registered and supervised. However, the Commission proposals do not go as far as specifically addressing the question, whether and in what manner these shadow banks might need to be consolidated in the banking groups, in the periphery of which they operate. Moreover, the securitization package refrains from substantively regulating the legal nature and structure of non-regulated SSPEs,[64] the modalities of their corporate control, the power of voting rights conferred to their noteholders (both in going concern and in liquidation) or issues of insolvency. Leaving these issues to the exercise of contractual freedom, but always subject to full transparency requirements, the Commission expects some degree of standardization of contractual terms to occur through the development of market practice.

Stopping short of pursuing the full harmonization of the relevant structures, especially SSPEs, is justifiable, since it leaves room for flexibility and innovation. On the other hand, the proposed regulatory regime could be enhanced with mandates to the Commission or to the EBA to issue secondary legislation or soft law instruments. With regard to consolidation-related issues, this could provide direction on a number of moot points, including indicatively:

- the possibility of characterizing of STS SSPEs and covered-bond entities as "financial institutions" for the purposes of prudential consolidation[65];
- the key parameters for the determination of the control of shadow banks taking into account their *suis generis* governance structure;
- the possibility that a shadow bank, and especially an SSPEs, may be deemed to be insolvent,[66] the implications of a finding of insolvency, and the signifi-

60 Draft Securitization Regulation, Art. 14.
61 Draft Securitization Regulation, "Explanatory Memorandum', p. 16.
62 Draft Securitization Regulation, Arts. 15–22.
63 Draft Securitization Regulation, Art. 15.
64 SSPEs can also be "regulated entities". See Draft Securitization Regulation, Art. 15 (3)–(4).
65 See the discussion infra, section 4. MMFs are already to be regarded as financial institutions; see CRR, Art. 4(1), points (19) and (26), in conjunction.
66 For a general overview of SSPEs and the problems arising in the event of their originator's insolvency, see David Ramos Muñoz, "Bankruptcy-Remote Transactions and Bankruptcy Law – A Comparative Approach", *Capital Markets Law Journal*, vol 10 (2015), 239–274 (pt 1) and 362–389 (pt 2).

cance of this eventuality for resolution planning in relation to the banking group, in the periphery of which it operates;
- the imposition on shadow banks of capital or other, tailor-made prudential requirements[67]; and
- specifically in relation to SSPEs, the significance, or lack thereof, of a "true sale" for the issue of accounting or prudential consolidation of the shadow bank in the banking group, in the periphery of which it operates.

3. The perimeter of consolidation from an accounting perspective

As things currently stand, the supervision of banking groups on a consolidated basis (prudential consolidation) is based on the generally applicable accounting rules relating to the treatment of groups of companies.

Accounting consolidation (also known as financial consolidation) arose in the beginning of the 20th century in the USA as a response to the need for transparency in relation to the financial situation of publicly traded companies.[68] European companies followed, but legislation in Europe was not enacted until after WWII.[69] Accounting consolidation aims at presenting a group of companies as a single economic unit. Its objective is to provide information to various stakeholders of the group, from minority shareholders to creditors, employees, clients, governments and the general public. This information is necessary to enable stakeholders to make investment or other economic decisions.[70] In contrast, prudential consolidation as applied to banking institutions aims at enabling the supervisor to evaluate their economic strength, "taking into account all the risks that may affect [them], regardless of whether these risks are carried in the books of the bank or related entities".[71]

In the EU, there are two distinct legal regimes that govern accounting consolidation. One is the IFRS regime,[72] and the other is the Accounting Directive[73] in con-

67 Cf. Gorton and Metrick, "Securitized Banking . . .", supra, fn. 1, (2010), who propose that SSPEs should be regulated as "narrow funding banks".

68 Robert G. Day, "UK Accounting Regulation: An Historical Perspective", *Bournemouth University School of Finance & Law Working Paper* No 20 (2000), http://eprints.bournemouth.ac.uk/3074/1/296.pdf.

69 R.G. Walker and Janet Mack, "The Influence of Regulation on Publication of Consolidated Statements", *Abacus*, vol. 34 (1998), 48–74.

70 Barry Elliot and Jamie Elliot *Financial Accounting, Reporting and Analysis: International Edition* (2nd ed., London: FT Prentice Hall, 2006), pp. 363–364.

71 Ronald MacDonald, "Consolidated Supervision of Banks", Bank of England, *Handbook in Central Banking* No. 15 (1998), http://www.bankofengland.co.uk/education/Documents/ccbs/handbooks/pdf/ccbshb15.pdf, p. 5.

72 Supra, fn. 21.

73 Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC, O.J. 2013 L 182/19 (the "Accounting Directive").

junction with national accounting standards.[74] The two regimes have commonalities, but also differences, which add up complexity. Prudential consolidation, in contrast, is governed by the relevant provisions of the CRR and the Capital Requirements Directive (or CRD IV).[75]

The Accounting Directive defines a "group" as "a parent undertaking and all its subsidiary undertakings"[76] and provides that the existence of the parent-subsidiary relationship turns on the key element of "control".[77] The concept of control in the Accounting Directive acquires its concrete meaning through the application of the criteria which operationalize a parent undertaking's obligation to prepare consolidated financial statements, depicting its own financial position together with that of its subsidiaries.[78] Control is typically based on the holding of the majority of voting rights in the subsidiary undertaking.[79] A undertaking which is a shareholder, but does not possess the majority of voting rights in another undertaking, may nonetheless have control over the latter in the following cases (de facto control, or dominant influence, with participation)[80]:

- The shareholder has the right to appoint or remove the majority of that undertaking's management body.
- The shareholder has the right to exercise dominant influence over that undertaking, pursuant to a contract entered into with that undertaking or to a provision in its memorandum or articles of association, where the law governing the subsidiary undertaking permits its being subject to such contracts or provisions. It is a national discretion to provide that a parent-subsidiary relationship exists in such circumstances, even in the absence of any shareholding participation.
- The majority of the members of that undertaking's administrative, management or supervisory bodies who have held office during the preceding and current financial year and up to the time when the consolidated financial statements are drawn up, have been appointed solely as a result of the exercise of the shareholder's voting rights. Member States may subject the application of that provision to the requirement that voting rights held by the

74 See also Thorsten Sellhorn and Sylwia Gornik-Tomaszewski, "Implications of the 'IAS Regulation' for Research into the International Differences in Accounting Systems", *Accounting in Europe*, vol. 3 (2006), 187–217, where the influence of IFRS on national accounting regimes is discussed.

75 Directive 2013/36/EU on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, O.J. 2013 L 176/338 (the "CRD IV").

76 Accounting Directive, Art. 2(11).

77 According to the Accounting Directive, Art. 2(9), a "parent undertaking" is an undertaking which controls one or more subsidiary undertakings.

78 Accounting Directive, Art. 22.

79 Accounting Directive, Art. 22(1)(a).

80 Accounting Directive, Art. 22(1)(b)–(d).

controlling entity represent at least 20% of the total voting rights of the subsidiary. This provision shall not apply if a third party is the controlling shareholder in the subsidiary.

- The shareholder controls alone, pursuant to an agreement with other shareholders or members of the subsidiary undertaking, a majority of voting rights in that undertaking.

De facto control may also be deemed to exist even if the element of a shareholding participation is completely absent (de facto control without participation) in the following cases, which can be incorporated in national legislation transposing the Accounting Directive by means of a national discretion[81]:

- The parent undertaking has the power to exercise, or actually exercises, dominant influence or control over the subsidiary; [82] and
- The parent undertaking and the subsidiary are managed on a unified basis by the former.[83]

A final national discretion under the Accounting Directive permits Member States to subject undertakings which are not linked in any of the ways described above to te obligation to produce consolidated accounts, in the following cases (horizontal affiliation):

- The undertakings are managed on a unified basis in accordance with a contract concluded between them, or with their memoranda or articles of association.[84]
- The majority of the administrative, management or supervisory bodies of the otherwise unaffiliated undertakings consist of the same persons in office during the financial year and until the consolidated financial statements are drawn up.[85]

Turning to the IFRS regime, whether accounting consolidation is required or not, must be established by applying the more holistic test set out in IFRS 10,[86] which has now replaced the pre-existing IAS 27 and its interpretative guidance (SIC-12 and SIC-33).[87] In IFRS 10, much turns on the element of "control" of a so-called "investor" over an "investee". If the investor controls the investee, it is

81 Directive 83/349/EEC on consolidated accounts (an instrument eventually repealed by the Accounting Directive) had already been amended in 2003 in order to provide for the possibility of control even in the absence of a shareholding link. The amendment was made following the Enron incident precisely in order to bring SSPE exposures on-balance sheet. IFRS SIC 12 rule had been adopted in 1998, but was not consistently applied throughout the EU, even in the IFRS context. See Thiemann, supra, fn. 19, p. 47.

82 Accounting Directive, Art. 22(2)(a).

83 Accounting Directive, Art. 22(2)(b).

84 Accounting Directive, Art. 22(7)(a).

85 Accounting Directive, Art. 22(7)(b).

86 IFRS 10, "Consolidated Financial Statements" (May 2011), as amended.

87 IAS 27, "Consolidated and Separate Financial Statements" (Apr. 2003); SIC-12, "Consolidation – Special Purpose Entities"; and SIC-33, "Consolidation". The old IAS 27 has now been replaced by a revised document, issued in conjunction with IFRS 10; IAS 27, "Separate Financial Statements" (May 2011).

deemed to be a parent, with the result that the requirements relating to the preparation and presentation of consolidated financial statements apply.

In the past, IAS 27 used to define control as "the power to govern the financial and operating policies of an entity so as to obtain benefits from its activities". IFRS 10, being much more elaborate and structurally complex, redefines the notion of control as follows:

"An investor controls an investee when it is exposed, or has rights, to variable returns from its involvement with the investee and has the ability to affect those returns through its power over the investee."[88]

The new test focuses, accordingly, more on the ability and power to to direct activities that affect returns than on the general power to govern (that is, manage) the subsidiary entity. In particular, IFRS 10 sets out three elements of control,[89] which must all be present for control to be established. These three elements are commonly known as power, returns and linkage.

The first element (power) is used to determine which party has the ability to direct the relevant activities of the investee and affect its returns. The equivalent of the power to govern under IAS 27, it may include voting rights, potential voting rights (for instance, options, warrants, futures or other convertible instruments), rights to appoint key personnel, decision-making rights within a management contract and the right to remove the management, or even the holding of debt instruments issued by the investee. Like in IAS 27, "power" cannot be deemed as arising merely from holding "protective" rights, such as veto or negative control rights (preventive rights). An investor can have power over an investee even if other entities have existing rights that enable them to participate in the direction of the relevant activities, as long as they do not give them full control.[90]

The second element of IFRS 10 (returns) is applied to assess whether the investor is exposed, or has rights, to variable returns from its involvement with the investee. Returns can be positive (gains), negative (losses) or both. The notion of returns is very wide; it can include dividends, remuneration, economies of scale, cost savings, scarce products, proprietary knowledge, synergies, or other returns that are not available to other interest holders.

The third element (linkage) is whether the investor has the ability to use its power to affect returns from its involvement with the investee. Investors acting as agents, and not as principals, will not satisfy this third criterion.[91]

88 IFRS 10, paras. IN8 and 6.
89 IFRS 10, paras. IN8 and 7.
90 EY (EYGM Ltd), "IFRS 10, Consolidated Financial Statements: Challenges in Adopting and Applying IFRS 10" (Dec. 2013), http://www.ey.com/Publication/wvLUAssets/ EY-Applying_ConsJA_Dec-2013/ $FILE/EY-Applying_ConsJA_Dec_2013.pdf, p. 11.
91 IFRS 10, paras. 8–18 and B2–B85, provide detailed guidance on the application of the control test. For a comprehensive overview, see Michael Reiland, "IFRS 10: Sachgerechte Abgrenzung des Konsolidierungskreises oder Spielwiese für Bilanzpolitiker?", *Der Betrieb*, vol. 64 (2011), 2729–2736.

IFRS 10 has been heavily criticized,[92] as it is expected to lead to the de-consolidation of several "structured" entities. In particular, it is anticipated that many SSPEs which under IAS 27 and SIC-12 were consolidated within banking groups solely due on the basis of the investor having the majority of "risks and rewards" over the investee,[93] may now fall outside the scope of consolidation. The reason is that, if an investor is exposed to the majority of risks and rewards from the entity, but lacks decision-making rights, the first element or criterion of IFRS 10 will not be satisfied. Conversely, when the investor has decision-making powers and some financial interest in the structured entity, it might need to consolidate it, even though it does not hold the majority of risks and rewards; therefore, an SSPE might be improperly consolidated in the wrong banking group.[94] Furthermore, it is anticipated that most MMFs, UCITS or AIFs will fall outside consolidation, on the ground that they do not satisfy the third criterion, since they act as agents, and not as principals, in so far as they are required by law to exercise their rights in the interest of the relevant fund's share- or unit-holders!

An interim inference that might be drawn at this stage is that consolidation of structured entities is easier under the Accounting Directive than under IFRS 10, at least if the relevant Member State has exercised the discretions in the Directive with regard to de facto control without shareholding participation and horizontal affiliation. It should be noted, however, that the very notion of structured entities has its origins in the IFRS regime, which had detected as early as 1998 the difficulties of determining who controls such entities and tried in the context of IAS 27 and SIC 12 to address the issue. It would, perhaps, be wise not to rush to conclusions, but wait for the new IFRS 10 to be applied in full in order to evaluate it and decide, whether it actually leads to undue de-consolidation.

A related undertaking which is not a subsidiary might still qualify as an "associated undertaking".[95] According to the Accounting Directive, an undertaking is associated where the consolidating entity does not qualify as parent, but has a "participating interest" (that is, a shareholding of at least 20%, unless the rele-

92 See KPMG, "IFRS Practice Issues: Applying the Consolidation Model to Fund Managers" (Mar. 2012) https://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/IFRS-Practice-Issues/Documents/IFRS-practice-issues-consolidation-model.pdf; and BDO IFR Advisory Ltd, "Need to Know: IFRS 10, Consolidated Financial Statements" (2013), http://www.bdointernational. com/Services/Audit/IFRS/ Need%20to%20Know/ Documents/Need %20to%20 Know%20-%20IFRS%2010%20(print).pdf.

93 For a comparative analysis from an accounting perspective, see Robert K. Larson, "An Examination of Comment Letters to the IASC: Special Purpose Entities", *Research in Accounting Regulations*, vol. 20 (2008), 27–46. See also Hennie van Greuning, Darrel. Scott and Simonet Terblanche, International Financial Reporting Standards : A Practical Guide (6th ed., Washington, D.C.: World Bank, 2011), pp. 80–83.

94 Vinod Kothari, "Securitization Vehicles: Is Unconsolidated Status Easier Under IFRS 10 and IFRS 12?", working paper (5 Jan. 2014), http://ssrn.com/abstract=2374806.

95 Accounting Directive, Art. 27; and IAS 28.

vant Member State has set a lower threshold) and exercises significant influence. The latter is presumed to exist when the holding exceeds the 20% threshold.[96]

In rather similar vein, IAS 28 on accounting for associated undertakings defines significant influence as "the power to participate in the financial and operating policy decisions of the investee" which is not "control or joint control of those policies".[97] Under IAS 28, if an entity holds, directly or indirectly (that is, through subsidiaries), 20% or more of the voting rights in the investee, it is presumed to exercise significant influence, unless it can be clearly demonstrated that this is not the case. If the entity holds less than 20%, it is presumed not to have significant influence, unless such influence can be clearly demonstrated. According to IAS 28,[98] the exercise by an investor of significant influence is usually evidenced in one or more of the following ways:

- representation on the board of directors or equivalent governing body of the investee;
- participation in the policy-making processes, including participation in decisions about dividends or other distributions;
- material transactions between the investor and the investee;
- interchange of managerial personnel;
- provision of essential technical information.[99]

It should be noted that, unlike control, both under the Accounting Directive and under the IFRS the relationship between an entity and its associated undertakings presupposes some form of shareholding participation of the former in the latter. In both regimes, the relevant threshold is 20%, at which point the exercise of significant influence is presumed, although in certain cases a lower level of participation could suffice.

Both under the Accounting Directive and under the IFRS, the associated undertaking should be reported in the consolidated financial statements of the shareholding entity by means of the "equity method".[100]

Between subsidiaries and associated undertakings, there is an interim category of undertakings subject to the joint control of more than one entities. Under the Accounting Directive, if an undertaking is "jointly managed" by the investor and a third party, it can be consolidated proportionally (pro rata).[101] A jointly managed

96 Accounting Directive, Art. 2(13).
97 IAS 28, para. 3
98 IAS 28, para. 6.
99 The Accounting Directive does not offer indicators for significant influence, beyond the 20% threshold of participation.
100 The equity method is a method of accounting whereby the investment is initially recognised at cost and subsequently adjusted by the post-acquisition change in the investor's share of the investee's net assets. The investor's profit or loss includes its share of the investee's profit or loss; and the investor's other comprehensive income includes its share of the investee's other comprehensive income. See Accounting Directive, Art. 27.
101 Accounting Directive, Art. 26.

undertaking should not, in theory at least, qualify as a "subsidiary", in which case full consolidation should have been imposed.

Under IFRS 11,[102] the question of "joint control" receives much more elaborate treatment than in the Accounting Directive – without, however, making things much clearer.[103] IFRS 11 provides the following: if the investor "jointly controls"[104] the investee, then there is a "joint arrangement", which can, in turn, be either a "joint operation" or a "joint venture". A joint operation is established when parties that have joint control over a joint arrangement have also "rights to the assets, and obligations for the liabilities, relating to the arrangement",[105] while in a joint venture the parties having joint control over the joint arrangement have "rights to the net assets of the arrangement".[106] A joint operation is always reported under IFRS 11 on the basis of some form of proportionate consolidation, while the joint venture is reported under IAS 28 in accordance to the equity method. The equity method in IAS 28 is also applied in the absence of a joint arrangement (joint control), when the investor has a participating interest in the associated investee and exercises significant influence over the entity.

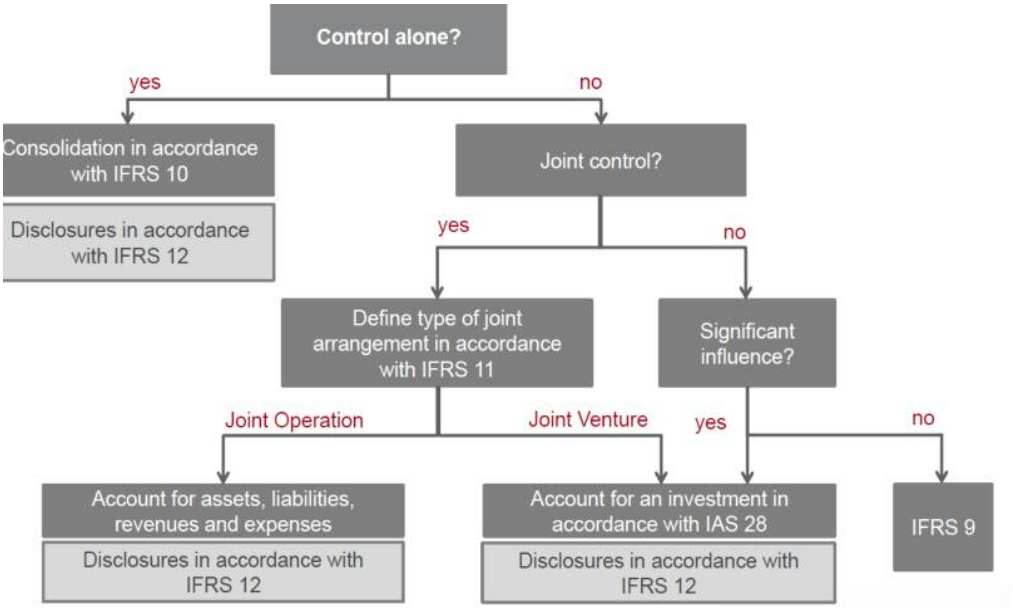
Admittedly, the test for distinguishing between joint operations and joint ventures under IFRS 11 is more complicated than the simpler rule set out in the Accounting Directive.[107] It can, however, yield more accurate results as to the extent (proportion) of consolidation. Further, it is better fit for the consolidation of structured entities, since it captures participation in assets and liabilities, rather than capital/equity participation solely. Taking also into account that the modalities for the application of the relevant norms of the Accounting Directive are not very well specified in the law and that the norms are subject to national discretions, the guidance of IFRS 11 could be used to shed some light on the national accounting standards adopted in pursuance of the Accounting Directive. This would be particularly useful for the proportionate consolidation of structured entities.

In addition to subsidiaries, associated undertakings and joint arrangements, attention must be drawn to another category, namely, that of undertakings at which another entity holds a "qualifying holding", that is, a capital participation of 10% or more, or a capital participation regardless of size which enables the shareholding entity to exercise significant influence over the undertaking.[108] The term derives from prudential provisions and relates to the "fit and proper" condition for

102 IFRS 11, "Joint Arrangements" (May 2011), as amended.
103 IFRS 11, paras. 4–19.
104 According to IFRS 11, para. 7, joint control needs a contract for sharing of control, which "exists only when decisions about the relevant activities require the unanimous consent of the parties sharing control".
105 IFRS 11, para. 15.
106 IFRS 11, para. 16.
107 Accounting Directive, Arts. 26–27.
108 CRR, Art. 4(1), point (36).

the acquisition of significant shareholding interests in regulated entities. It is, therefore, not rooted in accounting law. However, it should be understood as complementary to the definition of associated undertaking: if the existence of a qualifying holding has been determined for prudential purposes, then the existence of significant influence should be assessed for accounting purposes too, even though the level of participation is below 20%. In this case, "accounting for associates" should be activated, unless it is proven that the entity is actually a joint arrangement under IFRS 11 (or the Accounting Directive) and proportional consolidation is appropriate. Assessment of qualifying holdings could be of great importance for structured entities, especially when these are regulated entities and their qualifying shareholders are known to the prudential supervisor. In other words, the existence of a qualifying holding in a regulated shadow bank could trigger a reverse assessment process for the establishment of a group connection. Moving from the assessment of the holding to the assessment of significant influence, and therefrom to the appropriate consolidation treatment, might thus be an alternative path for establishing the element of control over a given shadow bank.

To sum up, under the IFRS, the decision-tree for determining the nature of the relationship between two legal entities appears as follows[109]:



109 IASB chart, at http://www.ifrs.org/Current-Projects/IASB-projects/Consolidation/Documents/Interactionbetween IFRS101112andIAS28.pdf.

Last but not least, especially with regard to structured entities, the significance of IFRS 12 should be noted. A bank subject to IFRS 12 should disclose information that enables users of its financial statements to: (a) understand the nature and extent of its interests in unconsolidated structured entities; and (b) evaluate the nature of, and changes in, the risks associated with its interests in unconsolidated structured entities.[110] Unfortunately, under the Accounting Directive only "participating interests" are to be disclosed in financial statements.[111] This may result in less-than-full disclosure of non-capital interests held by non-IFRS banks in structured entities. Direct disclosure of "interests" (including non-shareholding interests) in structured entities remains, however, a useful tool for the correct "mapping" of all shadow entities related to a particular banking group.

4. The perimeter of consolidation from a prudential perspective

It was only in 1979, that the BCBS recommended that the supervisory authorities of banks with foreign subsidiaries, joint ventures and branches should monitor their risk exposure on the basis of consolidated reports, reflecting their total business activity, irrespective of the legal entities or countries where such business was conducted.[112] It should be noted that the Basel approach to prudential consolidation was "top down" and oriented to a banking group's economic, as distinct from legal, characteristics. The BCBS was interested in alerting banking supervisors to the problem and to encourage them to capture the "consolidated" picture even in the absence of a group of companies in the strict sense of the term. For instance, the Basel principle would also apply in the case of a branch, that is, of a mere place of business with no separate legal personality and, therefore, no separate capital. This principle is still pivotal for the consolidation of structured shadow banks.

In current European prudential law, the critical provisions can be found in Article 18 of the CRR. This requires parent undertakings in a Member State and EU parent undertakings to carry out full consolidation of all institutions and financial institutions that are their subsidiaries or, where relevant, the subsidiaries of the same parent financial holding company or parent mixed financial holding company.[113]

Competent authorities may permit on a case-by-case basis proportional consolidation, according to the share of capital that the parent undertaking holds in the subsidiary, provided that all of the following conditions are met:

110 IFRS 12, para. 24
111 Accounting Directive, Arts. 17(1)(g) and 28(2)(d).
112 BCBS, "Consolidated Supervision of Banks' International Activities" (Mar. 1979), http://www.bis.org/publ/bcbsc112.pdf.
113 CRR, Art. 18(1).

"(a) the liability of the parent undertaking is limited to the share of capital that the parent undertaking holds in the subsidiary in view of the liability of the other shareholders or members;

(b) the solvency of those other shareholders or members is satisfactory;

(c) the liability of the other shareholders and members is clearly established in a legally binding way."[114]

The supervisor of the consolidating entity will also require proportional consolidation of participations in institutions and financial institutions managed jointly by an undertaking included in the consolidation and one or more other undertakings which are not included, where the liability of each undertaking is limited to its share of the capital.[115]

Further, where undertakings are linked by a relationship of "horizontal" affiliation, as described in the previous section,[116] the competent authorities concerned shall determine in what manner consolidation is to be carried out.[117] Supervisory discretion to determine whether and how to consolidate also exists in situations where a participation or capital tie does not lead to full or proportional consolidation in accordance with the aforementioned provisions of the CRR; in particular, in this case the competent authorities may permit or require the equity method, leaving the partially consolidated undertakings outside the scope of supervision on a consolidated basis.[118]

Lastly, Article 18(6) of the CRR leaves it to the competent authorities concerned to determine whether and how consolidation is to be carried out in the following cases:

"(a) where, in the opinion of the competent authorities, an institution exercises a significant influence over one or more institutions or financial institutions, but without holding a participation or other capital ties in these institutions; and

(b) where two or more institutions or financial institutions are placed under single management other than pursuant to a contract or clauses of their memoranda or articles of association."[119]

From these provisions of the CRR, several conclusions can be drawn. All entities that qualify as subsidiaries of a bank shall be fully consolidated in the parent bank's consolidated financial statements. This applies to traditional and structured entities alike, provided that they fall within the category of "subsidiaries". Under the CRR, the parent-subsidiary relationship must be determined in accordance with the Ac-

114 CRR, Art. 18(2).
115 CRR, Art. 18(4).
116 Supra, text to fn. 84–85. See originally Directive 83/349/EEC, Art. 12(1); and now Accounting Directive, Art. 22(7).
117 CRR, Art. 18(3).
118 CRR, Art. 18(5).
119 CRR, Art. 18(6).

counting Directive; there is no explicit reference to the IFRS.[120] Note, however, that the element of "control" is to be determined either by the Accounting Directive or the IFRS.[121] This can be seen as an inconsistency; but the implications are minor, because the CRR specifically includes in its definition of subsidiaries entities over which the bank has dominant influence even in the absence of a shareholding participation.[122] Thus, even when the bank applies the IFRS or the Member State has not exercised its discretion with regard to de facto control,[123] dominant influence alone will be sufficient for a parent-subsidiary relationship to be established for prudential consolidation purposes under the CRR.

Of particular importance in this respect is the provision of the CRR,[124] according to which some form of consolidation (to be determined by the supervisor) may be carried out for institutions and financial institutions over which the consolidating bank exercises significant influence even in the absence of any shareholding participation. We have already discussed the term "significant influence", which in an accounting context always requires some degree of shareholding. For prudential purposes, significant influence can exist even if a shareholding participation is lacking. Thus, for purposes of prudential treatment the concept is assimilated to that of horizontal affiliation. Specifically with regard to the latter, the CRR refers explicitly to the Accounting Directive, which must guide the supervisory determination as to whether the existing links need to be reflected in prudential consolidation.[125] The relevant provision seems to be applicable to financial and non-financial institutions alike.

In addition, the CRR provides that consolidation may be imposed (in a manner to be determined by the supervisor) where two or more institutions or financial institutions have been placed under single management other than through a contract, their articles of association or memoranda.[126] This residual provision, which applies when other group links cannot be established, must be examined in relation to the provisions of the Accounting Directive. In the latter, the "unified basis of management" which can justify a finding of de facto control, despite the lack of a shareholding participation, consists in the fact that the parent entity manages the subsidiary.[127] In contrast, under the CRR, there need be no parent-subsidiary relationship, but the two entities may simply come together under single management. Similarly, in the Accounting Directive, horizontal consolidation rests either on

120 CRR, Art. 4(1)(16).
121 CRR, Art. 4(1)(37).
122 CRR, Art. 4(1)(16)(b).
123 Accounting Directive, Art. 22(2). See supra, text to fn. 81–83.
124 CRR, Art. 18(6)(a).
125 CRR, Art. 18(3); and Accounting Directive, Art. 22(7).
126 CRR, Art. 18(6)(b).
127 Accounting Directive, Art. 22(2).

a contractual or constitutional element or on the identity of a majority of the board members,[128] as a result of which a parent-subsidiary relationship is established.[129] Under the CRR, however, the single management is a stand-alone test, which is not based on the corporate documentation and it does not lead to the establishment of a parent-subsidiary relationship. The classic situation where consolidation would be required on this basis involves a third party (for instance, the natural person, which is the ultimate group shareholder) which manages two entities, between which no further link exists.

With regard to undertakings which under IFRS 11 would be classified as joint arrangements, the CRR imposes proportional consolidation, without distinguishing between joint operations and joint ventures.[130]

As for the case of "participations" or "capital ties" which do not amount to a parent-subsidiary relationship, horizontal affiliation or joint arrangement, the CRR leaves to the supervisors the responsibility for determining the need for consolidation and the most appropriate method. It specifies, however, that this should not result in the inclusion of the entities concerned in supervision on a consolidated basis.[131] The CRR provision on these unspecified participations and capital ties does not refer specifically to institutions and financial institutions, or make any other distinction between financial and non-financial institutions; it could thus appear to be applicable to both categories. This view, however, is not endorsed by the EBA's "Single Rulebook Q&A", which takes the position that prudential consolidation can only concern credit institutions, investment firms and financial institutions as defined in the CRR,[132] so that other entities (such as insurance companies) always fall outside the scope of Article 18 of the CRR.[133]

This points to a more general issue, which presents the greatest difficulty in so far as the potential application of CRR's provisions on prudential consolidation to shadow banks is concerned, namely, whether these entities can be regarded as financial institutions for CRR purposes or not. According to the CRR definition, "financial institution" means "an undertaking other than [a credit institution or investment firm], the principal activity of which is to acquire holdings or to pursue one or more of the activities listed in points 2 to 12 and point 15 of Annex I of [the CRD IV], including a financial holding company, a mixed financial holding company, a payment institution [. . .] and an asset management company".[134]

128 In which case, however, CRR, Art. 18(3), rather than 18(6)(b), would be applicable.
129 Accounting Directive, Art. 22(7)–(8).
130 CRR, Art. 18(4).
131 CRR, Art. 18(5).
132 CRR, Art. 4(1), points (1)–(3) and (26).
133 EBA, "Single Rulebook Q&A", available at http://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa, question ID: 2013_383 (02 Oct. 2015), http://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2013_383.
134 CRR, Art. 4(1)(26).

MMFs and investment companies operating under the UCITS Directive or the AIFM Directive will be covered by this definition, because they fall within the CRR's definition of asset management companies.[135] A more difficult question concerns the treatment of SSPEs. Are these also included in the category financial institutions for CRR purposes?

In our view, SSPEs should be deemed to be financial institutions, for the following reasons:

- Article 83(1)(a) of the CRR explicitly refers to the possibility that special purpose entity may be included fully in the consolidation. From this, it can be safely inferred that SSPEs can be suitable candidates for prudential consolidation, and even be regarded as full subsidiaries. In other words, far from excluding SSPEs categorically from the perimeter of prudential consolidation, the legislative intention was to include them in it!
- Even if an SSPE cannot be considered to fall within the CRR definition on the ground that its principal activity is to acquire holdings in undertakings, it should also be assessed under points (2), (6), (7) or (8) of Annex I of the CRD IV (which cover activities such as lending, guarantees and commitments, own trading or trading for the account of clients in securities, money market instruments, derivatives and foreign exchange, and participation in securities issues or provision of services relating to such issues). In most cases, an SSPE will come under the CRR definition of financial institutions due to its carrying on one or more of these activities.
- Categorising SSPEs as non-financial institutions would weaken significantly the prudential consolidation and, more specifically, the application of Article 18 of the CRR. Excluding SSPEs from the scope of financial institutions, would prevent straightforward consolidation. A (questionable) attempt to cover the relevant entities under Article 18(6) (allowing supervisors to require the consolidation of additional entities on grounds of significant influence or common management) would be pointless, since, regardless of their accounting treatment, entities whose accounts are consolidated on this basis are nonetheless excluded from the scope of prudential supervision.

The weakness of equity positions in shadow banks, whose constitutional documents typically exclude control through the exercise of traditional voting rights, poses a challenge for prudential supervision. It is possible that the establishment of a regulatory regime for shadow banks at the EU level, in combination with their inclusion in banking groups' consolidated supervision, will eliminate some of the incentives for the establishment of such structures and encourage securitization through more transparent legal entities. In any event, banking regulators

135 CRR, Art. 4(1)(19).

and supervisors should design a solid system for evaluating the risk implications of shadow banking. Their efforts should commence from the accounting framework, but expanding beyond it, where appropriate; and they should be based on clear principles for the assessment of control, dominant influence or significant influence in these entities.

As discussed above, IFRS 12, which governs the disclosure of "interests" in structured entities, can play a crucial role by assisting competent authorities to appropriately map banking groups and identify all relevant entities. Elements to be assessed in this context are, indicatively, the degree of sponsorship (stand-by liquidity facilities, credit enhancement, implicit support in credit ratings, financial support arrangements[136]), the governance arrangements of the relevant entity, commercial linkages and branding under the same name, the provision of exclusive or critical services from the bank to the entity, and vice versa. Supervisors should be in a position to engage in an independent assessment of these elements, for the purpose of estimating the probability and severity of the "step-in risk", notably of the risk that the bank will ultimately fully support financially the ailing structured entity for reputational or other reasons regardless of the level of its shareholding participation.

What matters from a prudential perspective is, essentially, how the consolidated situation would look like, once the risks have materialized. Unlike accountants, who are only concerned with presenting the current "true and fair" picture, leaving it to their audience to evaluate how that picture might be affected by potential negative developments, the role of supervisors is to anticipate worst-case situations. For this purpose, supervisors need to adopt a robust approach. The severity of the step-in risk on one hand and the need to avoid double-gearing on the other hand are, thus, proposed as the key parameters on which it should be determined whether a particular structured entity should be consolidated and on the basis of which consolidation method.

Under Article 18 of the CRR, proportional consolidation is reserved only for specific situations; and equity accounting does not appear very useful for prudential purposes.[137] Full consolidation, on the other hand, should not necessarily be understood as a "one size fits all" approach. Presently, the regulatory regime requires compliance by banks with most Pillar I and Pillar II prudential requirements on a consolidated basis, at national as well as pan-European level.[138] If the banking

136 The final adoption by the European Parliament and the Council of a Regulation on reporting and transparency of securities financing transactions in accordance with Commission's proposal (COM (2014) 40, final) might be very helpful in this respect.

137 See also Roger C. Graham, Raymond D. King and Cameron K. J. Morrill, "Decision Usefulness of Alternative Joint Venture Reporting Methods", *Accounting Horizons*, vol. 17 (2003), 123-137, concluding that proportionate consolidation provides information with greater predictive ability and, therefore, greater relevance to financial statement users than does the equity method.

138 CRR, Art. 11; and CRD IV, Arts. 108–110 CRD IV

group perimeter were broadened to include shadow banks too, it is arguable that the scope of prudential consolidation should vary, depending on the specific prudential metric; but this goes beyond the present discussion.

5. Conclusions

Starting from the accounting rules, which provide a solid basis for mapping the entities within a group of companies, prudential consolidation should move on, to capture the risks posed by banking groups in their entirety. Given that shadow banks are typically structured entities, and not traditional companies, a reliable substitute for the time-honoured criterion of control through voting rights should apply. A novel concept of "forward-looking" control is thus needed.

In the case of securitizations, the assessment of de facto control cannot turn simply on the question, whether a true sale of the assets has been achieved. A present lack of provision of "implicit support" should not be assumed to exclude step-in risk in the future. Recognizing that shadow banks need access to private backstops, supervisors should assess the severity of the step-in risk inherent in the relation between a shadow bank and a particular banking group. This consideration should determine, on a forward-looking, prudential basis, the element of de facto control, which, in turn, should define whether and how the prudential consolidation of the shadow bank in that group should take place.

To put it differently, prudential consolidation should ensure that off-balance-sheet credit intermediation does not enjoy an undue advantage in comparison to traditional on-balance-sheet activities. At the very least, it should ensure that it is not favoured unconsciously, due to legal or accounting blind spots, or without adequate economic justification. Over and above questions regarding the method of consolidation (full or proportional consolidation, equity accounting or any other approach), the truly critical issue is the inclusive mapping of the banking group. Only if all linkages between credit institutions and shadow banks within or at the periphery of a given group are properly assessed, can supervisors determine which method is preferable.

Christos V. Gortsos*

The Evolution of European Banking Law: from the principle of national treatment to the European Banking Union

Introduction

This paper aims at a brief but systematic overview of the evolution of European banking law, which is one (if not the most important) of the branches of European financial law. It is structured in three sections:

(1) Section A provides the definition of European banking law (under 1) and reviews the institutional and regulatory developments during the first three periods of its evolution (under 2-4).

(2) Section B deals with the institutional and regulatory developments during the first phase of the fourth (and current) period in the evolution of European banking law, which were responses to the recent (2007-2009) international financial crisis.

(3) Finally, Section C presents the institutional and regulatory developments during the second phase of the fourth period in the evolution of European banking law, which took place as a response to the current fiscal crisis in the euro area and led to the establishment of the European Banking Union.

A. The four periods in the evolution of European banking law

1. Definition of European banking law and the different periods of its evolution

(a) European banking law is one of the branches of European financial law, a subset of European economic law.[1] European financial law is defined as the set of provisions of primary and (mainly) secondary European Union ('EU') law aimed at the achievement of the EU's negative and positive financial integration, with a view to

---

* Dr. Gortsos is Professor of International Economic Law at the Panteion University of Athens and Visiting Professor at the Europa-Institut of the Saarland University and at the Law Faculty of the National and Kapodistrian University of Athens. The cut-off date for data included in this article is September 2015.

1 Regarding the concept and content of European economic law, see Kellerhals (2006) and Schwarze (2007).

creating a single financial area. Financial integration is the aggregation of the financial systems of two or more sovereign states within the framework of the operation of a *single* economic area pursued through the regulatory framework, *via* self-regulation or by means of market-led initiatives.[2] Hence, the accomplishment of financial integration in the EU through the regulatory framework is sought with the adoption of the legal acts that constitute the sources of European financial law.

Taking into account the various financial policy objectives pursued, it is the author's position that European financial law contains seven (7) separate (albeit closely linked) branches: European banking law, European capital markets law, European insurance law, European law on the supplementary supervision of financial conglomerates, European law on payment and settlement systems, European financial services consumer law, and European law on combating the use of the financial system for the purpose of economic crimes.[3] For the definition of the individual branches of European financial law a functional approach is adopted. This is considered as necessary, since, if this definition was based on an institutional approach (focusing on the categories of financial firms coming under the individual scope of relevant provisions), there would be an extensive overlapping between individual branches.

(b) EU banking law is then defined as the set of provisions of European financial law, aimed at the following two objectives: to materialise the two basic freedoms laid down in the Treaty on the Functioning of the European Union (the 'TFEU'),[4] *i.e*. the freedom of establishment (by setting up branches) and the freedom to provide services, with regard to EU credit institutions, and to ensure the stability of the European banking system, which may be disrupted due to the occurrence of contagious credit institutions' failures.

The term 'credit institution' is defined to mean any undertaking whose business is to receive deposits or other repayable funds from the public and to grant credits for its own account.[5]

For the achievement of the second objective, EU banking law contains rules on the authorisation, the micro-prudential and macro-prudential regulation and the micro-prudential supervision of credit institutions, on the macro-prudential oversight of the banking (and, more generally the financial) system, on the reorganisation, resolution and winding-up of credit institutions, and on deposit guarantee schemes.[6]

---

2 For a detailed presentation of these conditions which, once met, signify that full financial integration has been achieved, see European Central Bank (2008), pp. 64-65.

3 This classification is close to the one that the author has adopted with regard to the branches of public international financial law. See on this Gortsos (2012), pp. 113-118.

4 OJ C 326, 26.10.2012, pp. 47-200.

5 This definition was firstly introduced in the so-called "First Banking Directive" (see below, under 2.2) and then recurrently adopted in subsequent legal acts constituting the sources of European banking law, unchanged.

6 For an overview of these components of the 'bank safety net', aimed at contributing to the stability of the banking system (in terms of both crisis prevention and crisis management), see Guttentag and Herring (1986), Demirgüç-Kunt and Huizinga (1999), and Gortsos (2012), pp. 90-106.

On the contrary, there are no rules on the functioning of central banks as lenders of last resort, since this function is exercised in an environment of 'constructive ambiguity'.[7]

(c) The content of European banking (and in general financial) law has been shaped gradually, always within the limits set by the institutional framework. In this respect it is worth noting that it is based mainly on the initiatives taken by EU (previously Community) institutions (*i.e.* the European Commission, the European Parliament and the ECOFIN Council) and under the opinion-giving influence of the ECB. Nevertheless, despite the autonomous development of the process of European financial integration, the content of the provisions of a significant subset of the legal acts constituting the sources of European banking law is being shaped under the influence of public international banking law, and in particular of the work conducted by the Basel Committee on Banking Supervision (the 'Basel Committee').[8]

In the context of a short overview of the evolution of European banking law, the following four (4) periods can be identified:

- the period from the beginning of the functioning of the European Economic Community until 1988 (see below, under 2),
- the period of the establishment of the single financial area (under 3),
- the period of consolidation of the single financial area (1999-2007), which extends from the beginning of the functioning of the Economic and Monetary Union (the 'EMU') until the onset of the recent (2007-2009) international financial crisis (under 4), and
- the current period since 2008 (under 5).

2. The first period: the period of stagnation (1958-1988)

2.1 Institutional developments

The first period in the evolution of European banking law extends from the beginning of the functioning of the (then) European Economic Community, under the 1958 Treaty of Rome "establishing the European Economic Community", until the implementation of the European Commission's 1985 White Paper "on Completing the Internal Market", which identified the legislative measures needed to complete the internal market and establish a common market.[9] During this period, developments in European financial law in general were slow and piecemeal.

7 For a detailed overview of this issue, and notably whether constructive ambiguity is necessary or not ('explicit last-resort lending function'), see Guttentag and Herring (1987), pp. 167-172.

8 On this international financial forum see Gortsos (2012), pp. 175-195, with extensive further references.

9 COM (85) 310 final.

2.2 Regulatory developments

(a) The most important legal act of this period was Council Directive 77/780/EEC of 12 December 1977 "on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions", known as the 'First Banking Directive'.[10] This legal act laid down the conditions, on the basis of the minimum harmonisation principle, for the granting and withdrawal of credit institutions' licenses by the Member States' competent (supervisory) authorities, and for the granting of licenses to branches of credit institutions incorporated either in other Member States, on the basis of the national treatment principle,[11] or in third countries, and established procedures for the cooperation between Member States' competent authorities, as well as the exchange of information among them and with supervisory authorities of third countries.[12]

(b) The second source of European Banking Law of this period was Council Directive 83/350/EEC of 13 June 1983 "on the supervision of credit institutions on a consolidated basis".[13] Apart from its content, this legal act is important mainly because it was the first to be adopted under the influence of the 1983 Basel Committee Report "Principles for the supervision of banks' foreign establishments", widely known as the 'Revised Basel Concordat'.[14]

3. The second period: the period of establishment of the single financial area (1989-1998)

3.1 Institutional developments

(a) The 1985 White Paper was followed in 1986 by the "Single European Act",[15] which was the first major amendment of the 1958 Treaty of Rome. In order to facilitate the establishment of a common market, it introduced the principle of qualified majority voting in the Council (rather than unanimity as a decision-making rule) for almost all relevant legal acts, paving the way for a higher degree of harmonisation of national legislative and administrative measures, including those in the financial system.

(b) Another key institutional benchmark during this period was the 1992 Treaty of Maastricht,[16] which introduced the co-decision procedure between the European Parliament and the Council for the adoption of basic legal acts in the form

10 OJ L 322, 17.12.1977, pp. 30-37.
11 On this principle see the seminal work of Sousi-Roubi (1995), p. 66.
12 Directive 77/780/EEC, Articles 3, 8, 4, 9, 7 and 12, respectively.
13 OJ L 193, 18.7.1983, p. 18-20.
14 See on this Gortsos (2012), pp. 239-240.
15 OJ L 169, 29.6.1987, p. 1 ff.
16 OJ L 191, 29.7.1992, p. 1 ff.

of Regulations and Directives. As a matter of fact, until November 1993, basic legal acts were being adopted by the Council, and it was only thereafter that they are adopted (in principle, but not exclusively) jointly by the European Parliament and the Council, pursuant to the 'co-decision procedure' under Article 251 of the Treaty "establishing the European Community" (the 'TEC').[17]

3.2 Regulatory developments

The legal acts of European banking law of this period are found exclusively in Directives. They were all governed by three (3) principles:

- decentralised management (resort to national authorities and schemes),
- mutual recognition, as well as
- minimum and partial harmonisation.

(a) As early as in 1989, the Council adopted Directive 89/646/EEC "on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions and amending Directive 77/780/EEC", known as the 'Second Banking Directive'.[18] It laid down the groundwork for the exercise by EU credit institutions of the freedoms to provide services and establish branches in other Member States, by virtue of the principle of mutual recognition[19] of the license granted by their home Member State competent (supervisory) authority (the 'single license', which does not hold for subsidiaries since these are autonomous legal persons).

(b) Concurrently, the Council adopted two Directives which transposed into European banking law the 1988 Basel Committee's Report on the "International convergence of capital measurement and capital standards", known as 'Basel I':[20] Directive 89/647/EEC "on a solvency ratio for credit institutions",[21] and Directive 89/299/EEC "on the own funds of credit institutions".[22] These legal acts laid down rules with regard to the calculation of credit institutions' minimum capital requirement of 8% as to their exposure to credit (and country) risk, and the elements eligible for use as regulatory 'own funds' in order to meet this requirement.

(c) In 1996, the regulatory framework on credit institutions' capital adequacy was enhanced with the adoption of Council Directive 93/6/EEC "on the capital adequacy of investment firms and credit institutions", which laid down rules with regard to credit institutions' exposure to market risks (i.e. position, foreign exchange,

17 Consolidated version, OJ C 321, 29.12.2006, pp. 37-186.
18 OJ L 386, 30.12.1989, pp. 1-13.
19 On this principle see Sousi-Roubi (1995), p. 126-127, and Vigneron and Smith (1990).
20 Basel Committee on Banking Supervision (1988), July (available at: http://www.bis.org/ publ/bcbsc111.htm). From 1991 until 1995, 'Basel I' was amended on five (5) occasions in terms of individual technical points, which prompted tantamount amendments of EU Directives 89/299/EEC and 89/647/EEC. On the 'Basel I' framework, see Hausmann (1995), pp. 141-152 and 229-247, Norton (1995), pp. 171-241, and Gortsos (2012), pp. 250-252.
21 OJ L 386, 30.12.1989, pp. 14-22.
22 OJ L 124, 5.5.1989, pp. 16-20.

settlement and counterparty risk, and risks arising from large exposures in the trading book).[23] This Directive applied, for reasons of competitive equality, to investment firms as well.

(d) In parallel with Directive 93/6/EEC, the Council also adopted Directive 93/22/EEC "on investment services in the securities field" (the 'ISD').[24] This legal act was one of the main sources of European capital markets law and introduced for investment firms the same principles governing credit institutions under the Second Banking Directive.

It is, however, noteworthy that according to Article 15(3) of this Directive, Member States were prohibited, since 1996, to impose on EU credit institutions limitations with regard to the direct provision of investment services. Thus, the 'universal banking model' became the rule under European banking law.[25]

(e) Directive 94/19/EC "on deposit guarantee schemes" was the first legal act of European banking (and in general financial) law adopted under the co-decision procedure between the European Parliament and the Council.[26] It introduced the principle of mutual recognition with regard to such schemes,[27] and harmonised, at the minimum level, certain aspects of their functioning, such as the level and the extent of deposit coverage, the procedure for depositors' compensation if a credit institution's deposits have become 'unavailable' and depositors' information requirements.

4. The third period: the period of consolidation of the single financial area (1999-2007)

4.1 Institutional developments

4.1.1 The TEC provisions on micro-prudential banking supervision

(a) The third period starts with the introduction of the euro on 1 January 1999. The ECB became responsible for carrying the basic tasks conferred on it in accordance with Article 105(2) TEC (including the definition and implementation of the single monetary policy),[28] as well as the other tasks conferred on it in accordance with several other Articles of the TEC and with the Statute of the European System of Central Banks and of the ECB[29] (the 'Statute').[30]

23 OJ L 141, 11.6.1993, pp. 1-26.
24 OJ L 141, 11.6.1993, pp. 27-46.
25 On this model, see Benston (1994), Saunders and Walter (1994), pp. 3-9 and 84-126, Rheinholdson and Olsson (2012), Lang and Schroder (2012), and Goodhart (2013).
26 OJ L 135, 31.5.1994, pp. 5-14.
27 Accordingly, deposits taken by an EU credit institution through its branches established in other Member States are covered by the DGS of its home Member State.
28 On this Article see Smits (1997), pp. 193-202.
29 Protocol (No 4) attached to the EU Treaties (OJ C 326, 26.10.2012, pp. 230-250).
30 On these other tasks see Smits (1997), pp. 202-221.

(b) On the other hand, competence for both authorisation and micro-prudential supervision of EU credit institutions laid exclusively with the national competent authorities designated as such by Member States. This was implicit in Article 105(5) TEC (carried over verbatim in Article 3.3 of the Statute) stipulating the following:

"The ESCB must 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."[31]

It is worth noting that during that period no use was made of the enabling clause (known as the 'sleeping beauty clause') of Article 105(6) TEC (repeated in Article 25.2 of the Statute), according to which:

"The Council, acting by means of regulations in accordance with a special legislative procedure, may unanimously, and after consulting the European Parliament and the ECB, confer specific tasks upon the ECB concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions with the exception of insurance undertakings."[32]

Nevertheless, this Article was activated, twice, during the fourth period.[33]

4.1.2 The Lamfalussy Report

(a) The establishment of the EMU triggered the deepening of European financial integration. The adoption of measures to speed up procedures towards a single European capital market, where numerous gaps and important delays in the law-making process had been identified, became a priority after the launch of the euro.[34] In view of the above, the Council, in its session of 17 July 2000, decided to set up a committee made up of prominent personalities of the financial sector, known as the Committee of Wise Men or the "Lamfalussy Committee" (named after its chairman, Baron Alexandre Lamfalussy). On 15 February 2001, the Lamfalussy Committee submitted the "Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets" (the 'Lamfalussy Report').[35]

(i) Chapter I of this Report[36] analysed the reasons necessitating the amendment of the (then applicable) procedure on issuing legal acts of EU capital markets law.

(ii) The main proposals of the Lamfalussy Committee, presented in Chapter II,[37] were the establishment of a special process comprising three (3) main levels for

31 *Ibid.*, pp. 338-340.
32 For a detailed analysis of this Article (currently Article 127(6) TFEU), see Smits (1997), pp. 355-360, Hadjiemmanuil (2006), pp. 824-825, and Lastra and Louis (2013), pp. 82-94.
33 See below in Section B, under 2.2 (c), and in Section C, under 2.1.1.
34 Regarding the impact of the introduction of the euro on European capital markets, see Galati and Tsatsaronis (2003) and Freixas et al. (2004).
35 Both the initial report of 9 November 2000 and the final report are available at: http:// ec.europa.eu/internal_market/securities/ lamfalussy/index_en.htm.
36 Lamfalussy Report (2001), pp. 9-18.
37 *Ibid.*, pp. 19-42.

the issuance by EU institutions and bodies of legislative acts on European capital markets law (the 'Lamfalussy process'),[38] and the setting up of an Inter-Institutional Monitoring Group.

(b) The Lamfalussy Report was immediately, fully and unreservedly adopted both by the Council, at its Stockholm meeting on 23 March 2001, and by the Stockholm European Council on 23-24 March 2001.[39] The European Commission also had a prompt and positive reaction and on 6 June 2001 it issued two Decisions (2001/528/EC and 2001/527/EC) establishing the two committees proposed in the Lamfalussy Report, namely:[40] the "European Securities Committee" (the 'ESC')[41] and the "Committee of European Securities Regulators" (the 'CESR'),[42] which both entered into operation on 7 June 2001.

(c) Most importantly for the purpose of this study, considering that the contribution of the Lamfalussy process to shaping EU capital markets law was positive, the Council deemed it would be advisable to extend its implementation to other branches of European financial law, and notably European banking and insurance law. Accordingly, on 5 November 2003, the European Commission created two (2) new committees in the banking sector: the "European Banking Committee" (the 'EBC'),[43] which entered into operation on 13 April 2005, and the "Committee of European Banking Supervisors" (the 'CEBS'),[44] which became operative on 1 January 2004.[45]

4.2 Regulatory developments: the two benchmark initiatives

4.2.1 The 1999 "Financial Services Action Plan" ('FSAP')

The first benchmark initiative was the so-called 1999 "Financial Services Action Plan" (the 'FSAP'), a Communication of the European Commission entitled "Financial Services: Building a framework for action".[46] The FSAP was based on the existing set of principles pertaining to financial regulation and supervision (decentralised management, mutual recognition, as well as minimum and partial

38 On this process, as currently applied to European banking law, see below in Section B, under 3.
39 See at: europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/mobil/01-memo105.htm, and europa. eu.int/european_council/conclusions/index_en.htm, respectively.
40 Regarding the composition, function and powers of these committees, see Avgerinos (2003), pp. 95-98, and Ferran (2004), pp. 75-84.
41 Commission Decision 2001/528/EC (OJ L 191, 13.7.2001, pp. 45-46).
42 Commission Decision 2001/527/EC (OJ L 191, 13.7.2001, pp. 43-44).
43 Commission Decision 2004/10/EC (OJ L 3, 7.1.2004, pp. 36-37).
44 Commission Decision 2004/5/EC (OJ L 3, 7.1.2004, pp. 28-29).
45 Respectively, there was a provision for the creation of two (2) new committees in the insurance, reinsurance and occupational pensions sectors: the "European Insurance and Occupational Pensions Committee" (Commission Decision 2004/9/EC (OJ L 3, 7.1.2004, pp. 34-35)) and the "Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors" (the 'CEIOPS', Commission Decision 2004/6/EC (OJ L 3, 7.1.2004, pp. 30-31)).
The decisions establishing the CESR, the CEBS and the CEIOPS were repealed and replaced in 2009 by Commission Decisions 2009/77/EC, 2009/78/EC and 2009/79/EC, respectively (OJ L 25, 29.1.2009, pp. 18-32).
46 COM (1999) 232 final.

harmonisation) and laid down all the legislative measures, in the fields of European financial, company and taxation law, which the European Commission deemed necessary for the acceleration of the financial integration process after the introduction of the euro as a single currency. The main pillars of this Program were three (3): the enhancement of EU capital markets' integration, the shaping of open and safe markets for retail transactions and the shaping of an efficient framework on the micro-prudential supervision and regulation of financial firms.

With regard to credit institutions, the European Parliament and the Council adopted three (3) legal acts:

(a) On 4 April 2001, Directive 2001/24/EC "on the reorganisation and winding-up of credit institutions"[47] was adopted, which was pending since 1987. This Directive (the only source of EU banking law still in force) was the first legal act of EU financial law introducing the principle of mutual recognition without providing for minimum harmonisation (of national reorganisation measures and winding-up proceedings).

(b) Applicable to credit institutions were also certain provisions of Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 "on markets in financial instruments (...)"[48] (the 'MiFID I'), which in principle is a major source of European capital markets law.

(c) Most importantly, on the basis of the 2004 Basel Committee's Report "Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, A Revised Framework", known as 'Basel II',[49] the European Parliament and the Council adopted on 14 June 2006 two legal acts, commonly known as 'Capital Requirements Directives I (or 'CRD I'), which repealed the Second Banking Directive (as in force after its codification in 2000 by Directive 2000/12/EC[50]):

- Directive 2006/48/EC "relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions",[51] and
- Directive 2006/49/EC "on the capital adequacy of investment firms and credit institutions".[52]

4.2.2 The 2005 White Paper "Financial Services Policy 2005-2010" ('Post-FSAP')

The second benchmark initiative of this period was the European Commission's 2005 White Paper "Financial Services Policy 2005-2010" (the 'Post-FSAP'). This

47 OJ L 125, 5.5.2001, pp. 15-23.
48 OJ L 145, 30.4.2004, pp. 1-44.
49 Basel Committee on Banking Supervision (2004), June (available at: http://www.bis.org/ publ/bcbs107.htm). On the 'Basel II' framework, see Sigrist (2006), Macht (2007), Gleeson (2010), and Gortsos (2012), pp. 252-253.
50 OJ L 126, 26.5.2000, pp. 1-59.
51 OJ L 177, 30.6.2006, pp. 1-200.
52 OJ L 177, 30.6.2006, pp. 201-255. In 2007, certain Articles of Directive 2006/48/EC, mainly on the evaluation criteria for the prudential assessment of acquisitions and increase of holdings in the financial sector, were amended by Directive 2007/44/EC of the European Parliament and of the Council (the 'Qualifying Holdings Directive', OJ L 247, 21.9.2007, pp. 1-16). See on this Kerjean (2008).

document outlined the Commission's financial services policy for the said period with a view to the further regulation-driven deepening of European financial integration.[53] It was published well before the evaluation of the efficiency of the measures adopted under the FSAP (and despite a widespread consensus on the need for a 'regulatory pause', necessary in order to digest the regulatory storm of the previous years)

The Post-FSAP was based on four (4) pillars: the dynamic integration of the single financial area, the preservation of sound regulatory and supervisory procedures, the taking-up of a limited amount of new legislative initiatives, and the upgrading of the EU role in the shaping of international financial law. Despite its proposals for improvements in a wide range of issues, it continued to rely on the existing set of principles pertaining to financial regulation and supervision and did not contain any amending proposals. In any case, however, the progress towards its implementation was interrupted abruptly in 2007, when the recent (2007-2009) international financial crisis broke out.

5. The (current) fourth period

The current period in the evolution of European financial law contains two phases, linked to the two (2) major crises which erupted since 2007 and definitely affected, *inter alia*, the stability of the European financial system and public confidence therein.

(a) Apart from the regulatory developments which have taken place, the first phase of the current period (2008-2011) was marked by the publication of the *de Larosière* Report. This laid down the foundations for reshaping (and further deepening the institutionalisation) of arrangements at European level, established by the Lamfalussy Report, with regard to the financial system's micro-prudential supervision, and establishing for the first time a European framework for the financial system's macro-prudential oversight. These institutional and regulatory developments are presented below, in Section B.

(b) The second phase (2012-) contains the legal acts adopted as a reaction to the current fiscal crisis in the euro area, which became manifest in 2010. The main by-product of this response, as regards financial law,[54] was the establishment of the European Banking Union. This aspect is discussed in more detail below, in Section C.

53 COM (2005) 629, available at: http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do? uri=com:2005:0629.

54 On the institutional developments related to improving the 'E' of EMU, i.e. the Economic Union, see indicatively the Van Rompuy Report (2012), and Stephanou (2013).

B. Developments in European banking law as a result of the recent (2007-2009) international financial crisis

1. The recent (2007-2009) international financial crisis

Despite the existence of an extensive international financial regulatoy framework, which was established gradually since the 1970s, a major international financial crisis erupted recently (2007-2009). This crisis was triggered by events in the financial system of the United States, spilled over to the world economy seriously affecting the stability of the financial system in several other states around the globe, had a serious negative impact on the real economy worldwide, and negatively affected confidence in the financial system at a large scale.[55] The author uses the term 'recent' to denote that this crisis lasted from 2007 to 2009 and came to an ending. This is without prejudice either to the fact that the financial systems of certain states remain vulnerable as a result of this crisis, or that in certain cases (especially in the 'eurozone periphery') the current malfunctioning of the European banking system is a corollary of the current fiscal crisis in the euro area which occurred, at least to some extent, as a result of the recent international financial crisis.

2. Institutional responses: the establishment of the European System of Financial Supervision (ESFS)

2.1 Introductory remarks

(a) The Treaty of Lisbon,[56] which entered into force during this period (on 1 December 2009), did not modify in substance the provisions of primary law on the role of the ECB with regard to the micro-prudential supervision of credit institutions (Articles 105(5)-(6) TEC).[57] They are contained (subject to only minor modifications to the legislative procedure) in Article 127(5)-(6) TFEU.

Nevertheless, in the wake of the above-mentioned crisis and as a response to it, the prospect of establishing pan-European financial supervisory authorities was put forward at a political level. It is with this context that the Commission set up a high-level group of experts (chaired by France's former central banker Jacques *de Larosière*) with the task of investigating the appropriate means to adjust the framework pertaining to the supervision of EU financial firms. This group, known as the *High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, submitted its Report on 25 Feb-

55 On the causes of this crisis see indicatively Gortsos (2012), pp. 127-129, with extensive further references.
56 OJ C 306, 17.12.2007, pp. 1-271.
57 See above in Section A, under 4.1.1.

ruary 2009 (the '*de Larosière* Report').[58] Apart from analysing the causes of the crisis, the Report recommended improvements to the (then) existing regulatory framework that were deemed necessary in order to strengthen existing rules and fill the regulatory gaps identified due to the crisis, and addressed the readjustment of the supervisory framework in the European financial system.[59]

(b) With regard to the latter aspect, the Report came to the conclusion that it was neither necessary nor feasible, in the near future, to set up supranational supervisory authorities at European level,[60] and in any case, the micro-prudential supervision of financial firms, including credit institutions, *should not be assigned to the ECB*.[61] Nevertheless, it included a proposal on the eventuality of moving, in the long term, towards a system which would rely only on two Authorities, mainly following a 'functional approach' to the institutional architecture of the financial system's micro-prudential supervision (currently in use in the Netherlands and, as of April 2013, in the United Kingdom).[62]

It also proposed the creation of a 'European system of crisis management'. The relevant proposals triggered a series of initiatives concerning the management of financial crises,[63] *and can be viewed as a preliminary step to the resolution regime adopted within the framework of the European Banking Union (the 'EBU').*[64]

2.2 The European System of Financial Supervision (ESFS)

(a) The main by-product of the *de Larosière* Report[65] was the creation of the 'European System of Financial Supervision' (the 'ESFS'), which entered into operation on 1 January 2011 and consists of two elements: the three 'European Supervisory Authorities and the European Systemic Risk Board.[66] It is worth noting that the ESFS applies to all EU Member States and not only to those of the euro area.

(b) The first element comprises the three 'European Supervisory Authorities' (the 'ESAs'), which were established by Regulations of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010:

58 *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, Chaired by Jacques de Larosière, Report*, Brussels, 25 February 2009. This Report is available at: http://ec.europa.eu/commission_ barroso/president/pdf/statement_ 20090225_en.pdf. For an overview, see Ferrarini and Chiodini (2009), Gortsos (2010) and Louis (2010).

59 De Larosière Report (2009), Chapter I, paragraphs 6-37, Chapter II, paragraphs 38-143, and Chapter III, paragraphs 144-218, respectively.

60 *Ibid*., paragraph 184, second and third sentences.

61 *Ibid*., paragraphs 171 and 172, first sentence. It is important to note that the political decision to confer upon the ECB specific banking supervisory tasks was taken just three (3) years later as a response to the fiscal crisis in the euro area (see below in Section C, under 1.1).

62 *Ibid*., Chapter III, Section V. As regards this approach, as well as its alternatives, i.e. the 'sectoral approach' and the 'full integration approach' for supervisory authorities of the financial system, see Lastra (2006), pp. 324-328.

63 *Ibid*., Chapter II, Section VI ("Crisis Management and Resolution"), paragraphs 125-143.

64 See below in Section C, under 2.2.2.

65 *De Larosière* Report (2009), paragraphs 194-214.

66 On the ESFS, see Louis (2010), Tridimas (2011), pp. 801-803, Gortsos (2011), Wymeersch (2012), and Thiele (2014), pp. 494-519.

• the European Banking Authority (the 'EBA') under Regulation (EU) No 1093/2010,[67]

• the European Insurance and Occupational Pensions Authority (the 'EIOPA') under Regulation (EU) No 1094/2010,[68] and

• the European Securities and Markets Authority (the 'ESMA') under Regulation (EU) No 1095/2010.[69]

These three Authorities, which are mainly regulatory authorities with some specifically designated supervisory powers, succeeded and replaced the three Committees ('CEBS', 'CESR' and 'CEIOPS'), which were set up following recommendations in the 2001 Lamfalussy Report.[70] The creation of the ESFS did not, literally speaking, lead to the creation of supranational supervisory authorities of the financial system at EU level. In principle, financial micro-prudential supervision remained national, although financial regulation was for the most part gradually Europeanised.

(c) The second element comprises the European Systemic Risk Board (the 'ESRB'), which was established under Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010.[71] Even though the *de Larosière* Report advised against the ECB's exercising micro-prudential supervision over the European financial system, it pointed out that specific tasks concerning the macro-prudential oversight of the financial system should be conferred on it.[72] Accordingly, in connection to the operation of the ESRB specific tasks have been conferred on the ECB under Council Regulation (EU) No 1096/2010 of 17 November 2010 "conferring specific tasks upon the European Central Bank concerning the functioning of the European Systemic Risk Board".[73]

3. The making of European banking law after the recent (2007-2009) international financial crisis

3.1 The main law-making process

The Lisbon Treaty modified substantially the EU law-making process. Under the TFEU, there are three (3) categories of EU legal acts:[74] 'legislative acts', as defined in Article 289, 'delegated acts', as defined in Article 290, and 'implementing acts', as defined in Article 291.

67 OJ L 331, 15.12.2010, pp. 12-47.
68 OJ L 331, 15.12.2010, pp. 48-83.
69 OJ L 331, 15.12.2010, pp. 84-119.
70 See above in Section A, under 4.1.2.
71 OJ L 331, 15.12.2010, pp. 1-11.
72 *De Larosière* Report (2009), paragraph 172, second sentence, and paragraphs 173-182.
73 OJ L 331, 15.12.2010, pp. 162-164. On both these Regulations, which lay down the EU framework on macro-prudential (financial) oversight, see Ferran and Alexander (2011), as well as Papathanassiou and Zagouras (2012).
74 On the power of the ECB to also adopt legal acts, see just below, under 3.2.

The legal acts which constitute the sources of European banking law (as well as EU capital markets and insurance law) are adopted at three (3) levels (according to the terminology of the 'Lamfalussy process'[75] which is still in use) and at the first two levels in accordance with Articles 289-291 TFEU. The most important element of this process is that it enables the adoption of rules by EU institutions with the active involvement of banking supervisory authorities, through the EBA, which *de facto* have stronger technical expertise and knowledge of the subject-matters. In particular:

(a) At 'Level 1', legislative acts are adopted under Article 289 TFEU in the form of Regulations and Directives (most commonly) by the European Parliament and the Council according to the 'ordinary legislative procedure'.

(b) At 'Level 2', the Commission may be empowered by a 'Level 1' legislative act to adopt delegated and implementing acts, in accordance with Articles 290 and 291 TFEU, respectively.[76] In the field of European banking law, these are adopted on the basis of draft regulatory and implementing technical standards developed by the EBA.

(c) At 'Level 3', the EBA adopts Recommendations and Guidelines. According to Article 16 of its statutory Regulation, such acts may be adopted by the EBA in areas not governed by regulatory or implementing technical standards, their objectives being to establish consistent, efficient and effective supervisory practices within the ESFS, and to ensure the common, uniform and consistent application of EU law. They are addressed at either competent authorities or credit institutions.[77]

3.2 ECB legal acts

In principle, the legal acts of the ECB are mainly sources of European monetary law.[78] These acts are adopted on the basis of Article 132 TFEU and Article 34 of the Statute, and may take the form of binding Regulations and Decisions, as well as non-binding Recommendations and Opinions. According to Articles 12.1 and 14.3 of the Statute, the ECB may also adopt Guidelines and Instructions.[79] Nevertheless,

75 See above in Section A, under 4.1.2 (a).

76 These Articles are analysed in Craig (2010), pp. 57-66 and 253-255. The comitology procedure (laid down in Article 202 TEC, third point) continues to apply only under Article 291 TFEU for the adoption of implementing acts, according to the specific provisions of Regulation (EU) No 182/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 "laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers" (OJ L 55, 28.2.2011, pp. 13-20).

77 Guidelines and Recommendations, forming part of European 'soft' law, do not have a legally binding character. Competent authorities and financial firms must, however, make every effort to comply with their provisions according to the principle 'comply or explain'. On this principle (broadly used in the field of corporate governance codes stemming from self-regulation and in Recommendations of the European Commission) see Bianchi et al. (2010), Andersson (2011), pp. 91-105, and Keay (2012).

78 The author defines European monetary law as the set of primary and secondary EU law provisions which govern the Monetary Union.

79 On ECB legal acts see Smits (1997), pp. 102-106, European Central Bank (1999), and Louis (2009), pp. 200-211.

some ECB legal acts have also been of relevance for European banking law. This applies in particular to ECB Opinions adopted on the basis of Article 127(4) TFEU, to the extent that they refer to legal acts which constituted or constitute sources of European banking law.

As a result of the establishment of the Single Supervisory Mechanism, which is presented in Section C below, legal acts of the ECB pertaining to its (new) banking supervisory tasks have become, since 4 November 2014, a principal source of EU banking law.

4. EU regulatory responses to the recent (2007-2009) international financial crisis

4.1 The impact of public international banking law

4.1.1 General overview

For the most part, regulatory measures adopted as a regulatory response to the recent (2007-2009) international financial crisis were taken over from the international financial reform agenda, mainly the work orchestrated by the Financial Stability Board (the 'FSB') and soft law rules adopted by the Basel Committee. In this respect:

(a) The impact of the work of the FSB was considerable. Its 2011 Report on "Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions"[80] definitely influenced the initiatives for creating an EU legal framework for the resolution of credit institutions and investment firms. This led to the adoption, in 2014, by the European Parliament and the Council of Directive 2014/59/EU "establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (...)". This Directive, an integral element of the EBU, is presented in Section C below (under 2.2.2).

(b) The Basel Committee's initiatives for the review of the international framework on micro- and macro-prudential banking regulation was the basis for the adoption, in 2013, of Regulation (EU) No 575/2013 "on prudential requirements for credit institutions and investment firms (...)", and Directive 2013/36/EU "on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms (...)", both of the European Parliament and of the Council, which extensively amended the pre-existing regulatory framework (Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC).[81] These two legal acts are also an integral element of the EBU and are presented in Section C below (under 2.1.2).

---

80 Available at: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc. htm.

81 See above in Section A, under 4.2.1 (c). In addition, certain Articles of these two Directives were amended by two Directives of the European Parliament and of the Council: Directive 2009/111/EC of 16 September 2009 (the 'CRD II'), (OJ L 302, 17.11.2009, pp. 97-119), and Directive 2010/76/EU of 24 November 2010 (the 'CRD III') (OJ L 329, 14.12.2010, p. 3-35).

(c) Finally, the FSB's initiatives with regard to the regulation of the 'shadow banking system' triggered EU regulatory developments as well, which are presented just below.

4.1.2 Shadow banking

(a) The recent (2007-2009) international financial crisis also highlighted the need for improved transparency and monitoring not only in the traditional banking sector, but also in areas where non-bank credit activities take place, known as 'shadow banking system'.[82] The FSB defines the shadow banking system as the system of credit intermediation that involves entities and activities outside the regular banking system.[83]

In practice, shadow banking entities and activities raise funding with deposit-like characteristics, perform maturity or liquidity transformation, allow credit risk transfer, or use direct or indirect leverage.

(b) On 4 September 2013 the Commission adopted a Communication on "Shadow Banking - Addressing New Sources of Risk in the Financial Sector", setting out its roadmap to address the emergence of risks in the unregulated or less regulated financial system, particularly risks of systemic nature through the shadow banking sector's interconnectedness with the banking system and contagion risk.[84] On the same day, the Commission submitted a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council "on Money Market Funds", one of the actions recommended by the above-mentioned Communication.[85] In addition, on 29 January 2014 the Commission submitted a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council "on reporing and transparency of securities financing transactions".[86]

4.2 The impact of international initiatives on 'structural reform'

(a) Of importance is also the influence of international initiatives, mainly stemming from the United States, with regard to the separation, under conditions, of commercial and investment banking, on the shaping of EU banking law. The issue whether banks should be allowed to provide investment services *directly*, and to

82 See on this indicatively (out of a vast existing literature) Gorton and Metrick (2010), Financial Stability Board (2011), Claessens et al. (2012), Kane (2014) and Schwarcz (2015).

83 Financial Stability Board (2011): "Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation, Recommendations", 27 October, Section 1, available at: http://www. financialstabilityboard.org/2011/10/r_111027a.

84 COM(2013) 614 final. It is this contagion risk element which prompted the author to include the shadow banking rules in the review of European banking law, even though, stricto sensu, they should mainly be included in European capital markets law.

85 COM(2013) 615 final - 2013/0306 (COD).

86 COM(2014) 040 final - 2014/0017 (COD).

what extent, has been and still remains a source of major debate, since in some states (such as the EU member states[87]) these services can be provided by banks unconditionally, according to the 'universal banking model', while in others limitations are put in place.[88]

This issue re-emerged in the wake of the recent (2007-2009) international financial crisis. The United States have already enacted legislation restricting the power of banks to provide investment services, according to the provisions of the 'Volcker Rule', which is implemented by Title VI of the 2010 "Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act".[89] The same applies in the United Kingdom on the basis of the 'Vickers Report',[90] as well as in Belgium, France and Germany.

(b) In the EU, in November 2011, a High-level Expert Group was set up ("High-level Expert Group on structural aspects of the EU banking sector") in order to assess the need for structural reform of the EU banking sector, chaired by Erkki Liikanen, Governor of the Bank of Finland (hence also "Liikanen Group"). In particular, its mandate consisted in determining whether, in addition to ongoing regulatory reforms, structural reforms of EU credit institutions would strengthen financial stability and improve efficiency and consumer protection.[91]

On the basis of the Report submitted by the Liikanen Group,[92] on 29 January 2014, the European Commission adopted a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council "on structural measures improving the resilience of EU credit institutions" to prevent the largest banking groups from engaging in proprietary trading, and give supervisory authorities the power to require those banking groups to separate risky trading activities from their deposit-taking business.[93]

87 Under European banking law, the rule of the ISD (see above in Section A, under 3.2 (d)), according to which Member States were prohibited, since 1996, to impose on EU credit institutions limitations with regard to the provision of investment services, still applies.

88 Pursuant to the provisions of the 1933 "Glass-Steagall Act", US American banks were not allowed either to provide investment services directly or to have subsidiaries that offer investment services (see Möschel (1978) and Lichtenstein (2010), pp. 219-224). This law was partly repealed in 1999 with the "Financial Services Modernisation Act" (widely known as 'Gramm-Leach-Bliley Act', Public Law 106-102, 113 Stat. 1338; see O' Neal (2000) and Yeager, Yeager and Harshman (2004)).

89 Public Law 111-203, 124 Stat. 1376-2223. See Acharya et al. (2011), Whitehead (2011), and Thakor (2012).

90 The Report is available at: http://bankingcommission.independent.gov.uk.

91 For the mandate and list of members, see: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/mandate_en. pdf.

92 High-Level Expert Group on Reforming the Structure of the EU Banking Sector, Final Report (2012), available at: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/ report_en. pdf. On this report, see Krahnen (2013).

93 COM(2014) 40 final - 2014/0017 (COD). On the provisions of the Regulation's proposal, see indicatively Binder (2015c), pp. 23-27. For an overview of all the above-mentioned structural reforms, see Gambacorta and van Rixtel (2013), Vinals et al. (2013) and Binder (2015c), pp. 16-22 and 27-32.

C. Developments in European banking law as a result of the current fiscal crisis in the euro area: the European Banking Union

1. The political agenda

1.1 The decisions of June 2012 and the European Commission's initiatives

(a) The creation of a European Banking Union (EBU) is a very ambitious political initiative, which was tabled at the Euro Area Summit of 29 June 2012, amidst the current fiscal crisis in the euro area, which became manifest in 2010.[94] The main rationale behind this initiative is summarised in the following sentence of the Summit's Statement: *"We affirm that it is imperative to break the vicious circle between banks and sovereigns."*[95] The European Summit which was held concurrently on 28-29 June decided to invite the President of the European Council to develop, in close collaboration with the President of the European Commission, the President of the Eurogroup and the President of the ECB, a specific and time-bound road map for the achievement of a genuine EMU.

This road map should be based on the Report submitted a few days earlier (on 26 June) by the President of the European Council. One of the four (4) elements of this Report was the creation of the EBU.[96]

(b) Against this political background, the Commission issued on 12 September 2012 an Announcement regarding "A Roadmap for a Banking Union",[97] a proposal for a Council Regulation "conferring specific tasks on the ECB concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions",[98] and a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending the EBA Regulation with regard to the interaction with the above Regulation.[99]

1.2 The outline of the reform agenda: the main pillars of the EBU

(a) Under this political agenda, the establishment of the EBU should create a 'Europeanised bank safety net' consisting of:

---

94 For an evaluation of this crisis and the related policy responses, see Eichengreen et al. (2011), pp. 47-64, Athanassiou (2011), Caminal (2012), Stephanou (2013), de Grauwe (2013), Hadjiemmanuil (2015), pp. 6-10, d' Arvisenet (2015), and Zimmermann (2015).

95 Euro Area Summit Statement, 29 June 2012, first paragraph, first sentence, available at: http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/131359.pdf. On the 'vicious circles' (also called 'vicious cycles', diabolic loops' or 'doom loops') between the banking sector and sovereign bond markets, from a historical perspective, see Mitchener (2014), with extensive further references.

96 *Ibid*., Section II.1. The other three (3) elements are the establishment of an integrated budgetary framework ('European Fiscal Union'), an integrated economic policy framework ('European Economic Union'), and a democratic legitimacy and accountability framework ('European Political Union').

97 COM(2012) 510 final.

98 COM(2012) 511 final.

99 COM(2012) 512 final.

• a Single Supervisory Mechanism exclusively for the banking sector (i.e. not for the other two sectors of the financial system, insurance and capital markets) and mainly for credit institutions incorporated in euro area Member States, with regard to their micro-prudential supervision,

• a Single Resolution Mechanism for unviable credit institutions (also mainly incorporated in euro area Member States), and a Single Resolution Fund to cover any resulting funding gaps, provided that a decision is made on the resolution of such credit institutions,

• a single deposit guarantee scheme, and

• a 'single rulebook' ('einheitliches Regelwerk', 'recueil réglementaire unique') containing substantive rules on all the previous aspects, aiming at a 'total harmonisation approach', as part of the single market for financial services, applicable across EU Member States.

The term 'single rulebook' is commonly used (from a 'stricto sensu perspective') to refer to the total harmonisation of rules pertaining to the micro- and macro-prudential regulation and the micro-prudential supervision of credit institutions. The term was first introduced in June 2009, when the European Council called for the establishment of a "European single rulebook applicable to all financial institutions in the Single Market".[100] *From a 'lato sensu perspective', however, the single rulebook should also refer to the total harmonisation of rules pertaining to the resolution of credit institutions and the operation of deposit guarantee schemes. In the author's opinion, the term 'total harmonisation' denotes a combination of full harmonisation, in terms of scope, and maximum harmonisation, in terms of level. In any case, the term 'single rulebook' is not always tantamount to the term 'single set of rules', to the extent that Member States and their competent authorities retain national discretions.*

(b) The most significant institutional and regulatory developments towards establishing the EBU took place in the course of 2013 and 2014. With the exception of the creation of a single deposit guarantee scheme (which has been put on hold), all the other components of the EBU are in place. The Regulations and Directives mentioned below have already entered into force. Some of those are also already in effect, while the provisions of others will be phased in by 1 January 2016.[101]

(c) It is worth reminding in this context that with the creation of the ESRB,[102] the macro-prudential oversight of the European financial system became the first – and single until 2014 – component of the Europeanised 'bank safety net'. In addition, since December 2014, the provision of direct public financial assistance to credit in-

100 European Council Conclusions, 18/19 June 2009, paragraph 20, first sentence, available at: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/ 108622.pdf.

101 For a general overview and assessment of the legal framework on the EBU, see indicatively Moloney (2014), Alexander (2015), Lastra (2015), pp. 355-382, and Binder (2015d).

102 See above in Section B, under 2.2 (c).

stitutions by the European Stability Mechanism (the 'ESM') is also available under the 'Direct Recapitalisation Instrument' (the 'DRI'). This instrument was adopted by a Resolution of its Board of Governors and its terms are governed by an ESM Guideline.[103] Taking into account all the above-mentioned, the two missing elements for the full Europeanisation of the 'bank safety net', which have not yet been addressed are:

• the provision of last resort lending to solvent but illiquid credit institutions directly by the ECB and not by the national central banks-members of the Eurosystem,[104] and

• the Europeanisation of the regime for the winding-up of insolvent credit institutions, given that credit institutions' winding-up proceedings remain national and are governed by Directive 2001/24/EC.[105]

2. The main pillars of the EBU: the institutional and regulatory framework

2.1 Authorisation, micro-prudential supervision and micro- and macro-prudential regulation of credit institutions

2.1.1 The Single Supervisory Mechanism (SSM)

(a) As regards the establishment of a European supervisory authority for the banking sector, the Council adopted Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 "conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the (micro-) prudential supervision of credit institutions"[106] (the 'SSMR'). The Regulation establishes a Single Supervisory Mechanism (the 'SSM') for credit institutions, which became operative on 4 November 2014.[107] Taking into account that the political decision was to make use of the existing EU Treaties, its legal basis is Article 127(6) TFEU.[108] The SSMR is based on four (4) main elements:

• conferring specific (supervisory) tasks on the ECB concerning the micro-prudential supervision of credit institutions (as well as of certain categories of holding companies), principally those seated in euro area Member States,[109] by transferring these tasks from national competent (supervisory) authorities,

103 On this new ESM instrument, see Gortsos (2015a), pp. 31-32, Hadjiemmanuil (2015), pp. 29-34, and in details Vovolinis (2015).

104 See on this Gortsos (2015a), pp. 32-36.

105 On this Directive see above in Section A, under 4.2.1 (a).

106 OJ L 287, 29.10.2013, pp. 63-89.

107 SSMR, Article 33(2), first sub-paragraph. For a detailed analysis of this Regulation see Gortsos (2015a), pp. 47-292, with extensive further references.

108 On this Article see above in Section A, under 4.1.1.

109 Upon its own initiative a Member State with a derogation (including Denmark and the United Kingdom) may request, at its own discretion, to enter into a close cooperation with the ECB in relation to the exercise by the SSM of the micro-prudential supervisory tasks described above with regard to credit institutions established in the given Member State's territory.

• specifying the financial firms, mainly significant credit institutions, with regard to which these specific tasks are conferred on the ECB,

• incorporating the SSM in the ESFS, without, in principle, touching upon the current tasks of the EBA and the other EFSF components, and

• creating 'Chinese walls' within the ECB in order to ensure the effective separation of its monetary policy and other tasks from its supervisory tasks.

(b) The institutional framework pertaining to the SSM is further specified in several legal acts of the ECB, containing provisions on the detailed operational arrangements for the implementation of the tasks conferred upon it by the SSM Regulation. The most important is Regulation (EU) No 468/2014 of the ECB of 16 April 2014 "establishing the framework for cooperation within the SSM between the European Central Bank and national competent authorities and with national designated authorities ('SSM Framework Regulation') (ECB/2014/17)".[110]

On the basis of Article 20(8)-(9) of the SSMR, an Interinstitutional Agreement between the European Parliament and the ECB was signed in October 2013 "on the practical modalities of the exercise of democratic accountability and oversight over the exercise of the tasks conferred on the ECB within the framework of the Single Supervisory Mechanism".[111] Finally, a Memorandum of Understanding was also signed between the Council and the ECB "on the cooperation on procedures related to the Single Supervisory Mechanism (SSM)", which entered into force on 12 December 2013.

2.1.2 The single rulebook

(a) On 26 June 2013, the following two legal acts of the European Parliament and of the Council were published in the *Official Journal*:

• Regulation (EU) No 575/2013 "on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012" ('Capital Requirements Regulation' or 'CRR'),[112] and

• Directive 2013/36/EU "on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms (...)" ('Capital Requirements Directive IV' or 'CRD IV').[113]

These two legal acts, adopted under Articles 114 and 53(1) TFEU, respectively, and in force since 1 January 2014, set the framework governing (mainly) access to the activity of credit institutions (granting and withdrawal of authorisation, as well as the exercise of the right of establishment and the freedom to provide services

110 OJ L 141, 14.5.2014, pp. 1-50.
111 OJ L 320, 30.11.2013, pp. 1-6.
112 OJ L 176, 27.6.2013, pp. 1-337.
113 OJ L 176, 27.6.2013, pp. 338-436. The acronym 'CRD IV' implies that there were three (3) previous 'CRDs' (mentioned above in Sections A, under 4.2.1 (b), and B, under 4.1.1 (b)).

in the single market), the micro-prudential supervision of credit institutions, and the micro- and macro-prudential regulation of credit institutions, which reflects to a large extent the 2010 'Basel III regulatory framework' of the Basel Committee, as in force.[114]

It is also worth noting that they both apply equally to investment firms and are hence also sources of European capital markets law.

(b) The operation of credit institutions is governed also by Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 "on markets in financial instruments (...)"[115] (the 'MiFID II'), repealing the MiFID I[116] with effect from 3 January 2017. This Directive (like MiFID I) is in principle a source of European capital markets law, but its provisions laid down in Article 1(3) also apply to credit institutions when providing one or more investment services and/or performing investment activities.

2.2 Resolution of credit institutions

2.2.1 The Single Resolution Mechanism and the Single Resolution Fund

2.2.1.1 The legal acts

The European Single Resolution Mechanism (the 'SRM') and the European Single Resolution Fund (the 'SRF') are governed by the following legal acts adopted in 2014:

• 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 (...)" (the 'SRMR'),[117] and

• the Intergovernmental Agreement (No 8457/14) by twenty-six (26) EU Member States "on the transfer and mutualisation of contributions to the Single Resolution Fund" (the 'SRF Agreement').[118]

The only Member States which are not Contracting Parties to the SRF Agreement, which is subject to ratification, approval or acceptance by its signatories under their respective constitutional requirements,[119] are Sweden and the United Kingdom.

---

114 These legal acts, along with Directives 2014/49/EU and 2014/59/EU (both of the European Parliament and of the Council, mentioned just below) constitute the link between the EBU and the single market. See on this Lastra (2013) and Binder (2015d), Section III, under 3. On the 'Basel III' framework, see Gortsos (2012), pp. 254-281.

115 OJ L 173, 12.6.2014, pp. 349-496.

116 See above in Section A, under 4.2.1 (b).

117 OJ L 225, 30.7.2014, pp. 1-90.

118 Its text is available at: http://register.consilium.europa. eu/content/out?lang=EN&typ= ENTRY&i=SMPL&DOC_ID= ST%208457%202014%20COR%201.
On both these legal acts see indicatively Gortsos (2015b) with extensive further references.

119 SRF Agreement, Article 11(1).

2.2.1.2 The Single Resolution Mechanism ('SRM')

The SRMR was adopted under Article 114 TFEU and (with some exceptions) is applicable from 1 January 2016.[120] Its adoption was a necessary complement to the SSMR, as it would be a paradox, if credit institutions were directly supervised (by the ECB) at European level, but, in the event of a need for resolution (upon proposal of the ECB), the relevant decision were to be made at national level. Article 1 lays down its objective by stating the following:

(a) It establishes *uniform rules and a uniform procedure* for the resolution of credit institutions (as well as parent institutions, investment firms and financial institutions, if they are subject to consolidated supervision carried out by the ECB in accordance with Article 4(1), point (g) SSMR), established in the euro area Member States and in the Member States which have entered into a 'close cooperation' with the ECB[121] without recourse to taxpayers' money (including public financial assistance by EU facilities) for their recapitalisation.

(b) Those uniform rules and that uniform procedure must be applied by the Single Resolution Board (the 'SRB'), an EU agency established in accordance with Article 42, together with the Council, the Commission and the national resolution authorities within the framework of the SRM established by the Regulation.

2.2.1.3 The Single Resolution Fund ('SRF')

(a) The SRF Agreement is an instrument of public international law and, as such, the rights and obligations laid down therein are subject to the principle of reciprocity. It must be applied and interpreted by the Contracting Parties in conformity with the Treaties and with secondary EU law. The SRF Agreement, which will become applicable for its Contracting Parties (in principle) also from 1 January 2016,[122] complements and supports the SRMR,[123] which established the SRF.[124]

(b) Under this Agreement, the Contracting Parties committed to transferring the contributions raised at national level to the SRF, in accordance with the Bank Recovery and Resolution Directive[125] and the SRMR and to allocating nationally raised contributions to different 'compartments' corresponding to each Contracting Party during a transitional period of eight (8) years, according to the abovementioned legal acts. The use of the compartments will be subject to a 'progressive

120 SRMR, Article 99(2).
121 SSMR, Article 7.
122 *Ibid*., Article 12.
123 SRMR, Article 1, second sub-paragraph, second sentence.
124 *Ibid*., Articles 67-79.
125 See just below, under 3.3.2.

mutualisation', meaning that they will cease to exist at the end of the transitional period with a view to securing the effectiveness of the operations and functioning of the SRF.[126]

(c) The SRF should reach a target level of at least 1% of the amount of 'covered deposits' of all credit institutions authorised in all participating Member States (about 55 billion euros).[127] In principle, it will be financed by credit institutions' *ex-ante* contributions.[128] Under no circumstances may the EU budget or the national budgets be held liable for expenses or losses incurred by the SRF.[129]

2.2.2 The single rulebook

(a) Concurrently, in April 2014 the European Parliament and the Council adopted 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').[130] It is worth pointing out that it is the first time that harmonised rules have been adopted at the EU level in this field, as opposed to other fields for which a regulatory framework has been in place since the late 1980s and mid-1990s, such as the field of authorisation, micro-prudential supervision and micro-prudential regulation of credit institutions and that of deposit guarantee schemes.[131]

It applies, just like the CRR and the CRD IV, to both credit institutions and investment firms and is hence also a source of European capital markets law.

(b) The BRRD, adopted under Article 114 TFEU and (with some exceptions) applicable from 1 January 2015,[132] contains provisions on three (3) main aspects:

• preparatory measures, including recovery and resolution planning (also called 'living wills'[133]) and intra-group financial support agreements (Articles 4-26),

• early intervention measures, including the appointment of a special administrator (Articles 27-30), and

• resolution tools and powers (Articles 31-86).[134]

The 'resolution tools' are the following four (4): the sale of business tool, the bridge institution tool, the asset separation tool, and the bail-in tool.[135]

---

126 SRF Agreement, Article 1(1).
127 *Ibid.*, Article 1(1), point (b), with reference to Article 68 of the SRMR. On the definition of the term 'covered deposits', see Gortsos (2014), pp. 111-116.
128 SRMR, Article 70.
129 *Ibid.*, Article 67(2).
130 OJ L 173, 12.6.2014, pp. 190-348.
131 Macro-prudential regulation under the CRR and the CRD IV is another innovative element.
132 BRRD, Article 130(1), second sub-paragraph.
133 See on this Avgouleas, Goodhart and Schoenmaker (2009), Carmassi and Herring (2013), and Amorello and Huber (2014).
134 For a comprehensive overview of the BRRD see Binder (2015a).
135 BRRD, Article 37(3), and SRMR, Article 22(2).

2.3 Deposit guarantee schemes

(a) The prospect of establishing a European deposit guarantee scheme, as the third main component of the EBU, has only been discussed in terms of principles and 'high-level politics'. Accordingly, up to now no specific regulatory proposals have been tabled by the European Commission on this field, which is currently characterised by inaction. Deposit guarantee schemes remain national, even though the merger of DGSs or the establishment of cross-border DGSs is not ruled out. Nevertheless, the prospective of creating a 'European Deposit Insurance Scheme' (the 'EDIS') is laid down in the recent (22 June 2015) study of the European Commission's President Jean-Claude Juncker, entitled "Completing Europe's Economic and Monetary Union". It is included in the framework of the proposals on the creation of an (EU) 'Financial Union').[136]

(b) On the other hand, Directive 2014/49/EU of the European Parliament and of the Council "on deposit guarantee schemes"[137] was adopted in April 2014 as part of the single rulebook (the 'DGSD') and has repealed Directive 94/19/EC[138] with effect from 3 July 2015.[139] Its legal basis being Article 53(1) TFEU, it lays down rules and procedures on the establishment and functioning of national deposit guarantee schemes.[140] This Directive substantially modifies certain aspects of Directive 94/19/EC and concurrently contains several innovative elements.[141]

Concluding remarks

(a) The evolution of European banking law[142] during the last twenty-five (25) years is impressive. During the first period (1958-1998), credit institutions were allowed to establish branches and provide services without physical presence in other Member States only under the principle of national treatment (and this again only after 1977). Micro-prudential banking supervision was conducted by national competent authorities, cooperation among these authorities was only informal, no EU rules existed on the micro-prudential regulation of credit institutions, and no EU law was in place with regard to the winding-up of credit institutions and the operation of deposit guarantee schemes.[143]

136 This study is available at: http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_en.pdf.
137 OJ L 173, 12.6.2014, pp. 149-178.
138 See above in Section A, under 3.2 (e).
139 DGSD, Article 21.
140 *Ibid.*, Article 1(1).
141 For a detailed analysis of this Directive see Gortsos (2014).
142 As defined in Section A, under 1.
143 See above in Section A, under 2.

(b) Then, during the second period (1989-1998) the principle of mutual recognition was introduced with regard to the authorisation and micro-prudential supervision of credit institutions, as well as to the operation of deposit guarantee schemes, which were also being governed by harmonised (at minimum level) rules. In addition, several aspects of micro-prudential regulation were harmonised (at minimum level), including the rules on credit institutions' capital adequacy under the influence of the work of the Basel Committee, while the universal banking model became the rule.[144]

(c) With the introduction of the euro (starting point of the third period (1999-2007)), the harmonisation of micro-prudential rules was enhanced (again under the influence of the work of the Basel Committee) and the principle of mutual recognition was extended to reorganisation measures and winding-up procedures for credit institutions. Most importantly, however, during that period the cooperation among national competent authorities was institutionalised with the creation of the CEBS, which (along with the CESR and the CEIOPS) also started playing a significant role in the making of European banking law in accordance with the Lamfalussy procedure.[145]

(d) The first phase (2008-2011) of the (current) fourth period is dominated by initiatives taken as a response to the recent (2007-2009) international financial crisis. The establishment of the ESFS, a child of the *de Larosière* Report, led to the enhancement of the role of supervisory cooperation within the EBA (the successor of the CEBS), even though banking supervision remained still a national competence. The EBA's role has also been enhanced with regard to the making of European banking law under the new rule-making process established by the Lisbon Treaty (Articles 290-291 TFEU). In addition, the ESRB, assisted by the ECB, has become responsible for the macro-prudential oversight of the European financial system, a new element of the EU bank safety net.[146]

Initiatives on enhanced regulation were also bold during this phase under the influence of the work of the Basel Committee and the FSB. Some of these initiatives, notably those linked to micro- and (for the first time) macro-prudential regulation and the resolution of credit institutions, have been completed during the second phase, while others, notably those on structural reform (constraining the unlimited resort to the universal banking model) and shadow banking, are still in progress.[147]

(e) Finally the (current) second phase of the fourth period, since 2012, is characterised by the initiatives for the creation of the EBU, consisting of four *main* pil-

144 See above in Section A, under 3.
145 See above in Section A, under 4.
146 See above in Section B, under 2.
147 See above in Section B, under 4.

lars: three pillars *mainly* for the euro area Member States (the SSM - in place since 4 November 2014, the SRM - expected to enter into operation on 1 January 2016, and a single deposit guarantee scheme - still pending), and one for the entire single market (a single rulebook on the micro- and macro-prudential regulation and the resolution of credit institutions, as well as on the operation of the national deposit guarantee schemes - gradually in place with effect from 1 January 2014).[148]

The creation of the EBU has already led to the Europeanisation of the micro-prudential supervision of significant (mainly) credit institutions established in the Member States of the euro area with regard to the specific tasks conferred on the ECB within the SSM. An option already embedded in the Maastricht Treaty in the early 1990s (Article 105(6) TEC) has been activated due to the current fiscal crisis in the euro area. As a result the ECB has become one of the most important actors in European economic policy making, subject, *inter alia*, to monetary and supervisory mandates.

(f) On the basis of the above, there is no doubt that European banking law has evolved substantially, both:

• in terms of assigning banking stability objectives to an EU institution (the ECB),[149] an EU agency (the SRB) and an EU body (the ESRB),[150] as well as

• in terms of creating a single rulebook, gradually migrating from minimum and partial harmonisation to maximum and full-extent harmonisation.

However, given that recent developments have, for the most part, taken place within the limits set out by the TFEU (since, correctly in the author's opinion, there was no political intention for its amendment amidst the ongoing fiscal crisis), the author remarks that, at least, the law-making process pertaining to the single rulebook needs to be revised.[151] The making of European banking law involves five (5) European 'legislators' (European Parliament, ECOFIN Council, Commission, EBA and ECB) and one watchdog (EBC, pursuant to the comitology procedure). In terms of efficiency, this may not be optimal.

148 See above in Section C.

149 It should be reminded that, apart from the specific tasks conferred on the ECB within the context of the SSM, the ECB has also been assigned specific tasks with regard to the macro-prudential oversight of the EU financial system (see above in Section B, under 2.2 (c)).

150 *Ibid*.

151 See above in Section B, under 3.

Secondary sources

Acharya, V., Cooley, T., Richardson, M. and I. Walter (2011): Regulating Wall Street - the Dodd-Frank Act and the New Architecture of Global Finance, Wiley, New York

Alexander, K. (2015): European Banking Union: A Legal and Institutional Analysis of the Single Supervisory Mechanism and the Single Resolution Mechanism, European Law Review, Issue 2, pp. 154-187

Andersson, J. (2011): Evolution of Company Law, Corporate Governance Codes and the Principle of Comply or Explain – A Critical Review, in H. Birkmose, M. Neville and K. E. Sørensen (2011, editors): The European Market in Transition, Kluwer Law International, pp. 91-105

Amorello, L. and S. Huber (2014): Recovery Planning: A New Valuable Corporate Governance Framework for Credit Institutions, Law and Economics Yearly Review, Vol. 3, Part 2, pp. 296-317

Athanassiou, Ph. (2011): Of Past Measures and Future Plans for Europe's Exit from the Sovereign Debt Crisis: What is Legally Possible and What Not', European Law Review, 36(4), pp. 558-575

Avgerinos, Y.V. (2003): Regulating and Supervising Investment Services in the European Union, Palgrave Macmillan

Avgouleas, E., Goodhart, C.A.E. and D. Schoenmaker (2009): Living Wills as a Catalyst for Action, DSF Policy Papers No. 4, Duisenberg School of Finance, Amsterdam

Benston, G. (1994): Universal Banking, Journal of Economic Perspectives, Volume 8, Number 3, Summer 1994, pp. 121-143

Bianchi, M., Ciavarella, An., Novembre, V. and R. Signoretti (2010): Comply or explain? Investor protection through Corporate Governance Codes, ECGI Finance Working Paper No 278/2010, available at: http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_ id=1581350

Binder, J.-H. (2015a): Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren? Krisenbewältigung und Krisenprävention nach der EU-Bankensanierungs- und -abwicklungsrichtlinie, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR), issue 173:1, pp. 83-133

Binder, J.-H. (2015b): Resolution Planning and Structural Bank Reform within the Banking Union, in Castaneda, J., Karamichailidou, G., Mayes, D. and G. Wood (2015, editors): European Banking Union. Prospects and challenges, Routledge (forthcoming), available at: http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=2540038

Binder, J.-H. (2015c): To Ring-Fence or Not, and How? Strategic Questions for Post-Crisis Banking Reform in Europe, available at: http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=2543860

Binder, J.-H. (2015d): The European Banking Union - Rationale and Key Policy Issues, in Binder, J.-H. and Ch. V. Gortsos (2015): Banking Union. A Compendium, C.H. Beck, München - Hart, Oxford - Nomos, Baden-Baden

Caminal, R.O. (2012): The EU Architecture to avert a Sovereign Debt Crisis, in Organisation for Economic Cooperation and Development (2012): OECD Journal: Financial Market Trends, Issue 2, Paris, 23 March, pp. 1-32

Carmassi, J. and R. Herring (2013): Living wills and cross-border resolution of systemically important banks, Journal of Financial Economic Policy, Vol. 5, pp. 361–387

Claessens, S., Pozsar, Z., Ratnovski, L. and M. Singh (2012): Shadow Banking: Economics and Policy, IMF Staff Discussion Note, SDN/12/12, December

Craig, P. (2010): The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform, Oxford University Press, Oxford - New York

D' Arvisenet, Ph. (2015): The Genesis of the Eurozone Sovereign Debt Crisis, in Christodoulakis, G. (2015, editor): Managing Risks in the European Periphery Debt Crisis: Lessons from the Trade-off between Economics, Politics and the Financial Markets, Palgrave Macmillan, London, pp. 3-37

de Grauwe, P. (2013): Design failures in the Eurozone: Can they be fixed?, London School of Economics, "Europe in Question" Discussion Paper Series, February

Demirgüç-Kunt and Huizinga (1999): Market Discipline and Financial Safety Net Design, World Bank Policy Research Working paper No. 2183

Eichengreen, B., Feldmann, R., Liebman, J., von Jürgen, H. and Ch. Wyplosz (2011): Public Debts: Nuts, Bolts and Worries, Geneva Report on the World Economy 13, International Center for Monetary and Banking Studies (ICMB), Geneva, Switzerland

European Central Bank (2008): Financial Integration in Europe, European Central Bank, April

European Central Bank (1999): Legal Instruments of the European Central Bank, Monthly Bulletin, November, pp. 53-59

Ferran, E. (2004): Building an EU Securities Market, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paolo

Ferran, E. and K. Alexander (2011): Can Soft Law Bodies be Effective? Soft Systemic Risk Oversight Bodies and the Special Case of the European Systemic Risk Board, University of Cambridge Faculty of Law Research Papers, No. 36, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676140

Ferrarini, G. and F. Chiodini (2009): Regulating cross-border banks in Europe: a comment on the *de Larosière* report and a modest proposal, Capital Markets Law Journal, Vol. 4, Oxford University Press, pp. 123-140

Financial Stability Board (2011): Shadow Banking: Scoping the Issues, available at: http://www.financialstabilityboard.org/list/fsb_publications/tid_150/index.htm

Freixas, X., Hartmann, P. and C. Mayer (2004): The assessment: European financial integration, Oxford Review of Economic Policy, vol. 20, no.4

Galati, G. and K. Tsatsaronis (2003): The impact of the euro on Europe's financial markets, Financial markets, Institutions and Instruments, vol. 12 (2), New York University Salomon Center

Gambacorta, L. and A. van Rixtel (2013): Structural bank regulation initiatives: approaches and implications, BIS Working Papers No. 412, Monetary and Economic Department, Bank for International Settlements, April

Gleeson, S. (2010): International Regulation of Banking – Basel II: Capital and Risk Requirements, Oxford University Press, Oxford – New York

Goodhart, Ch. (2013): The Optimal Financial Structure, LSE Financial Markets Group Paper Series, Special Paper 220, March 2013, London

Gorton, G. and A. Metrick (2010): Regulating the shadow banking system, Brookings Papers on Economic Activity, Volume 2, Fall, pp. 261-312, available at: http://papers. ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676947

Gortsos, Ch.V. (2015a): The Single Supervisory Mechanism (SSM): Legal aspects of the first pillar of the European Banking Union, Nomiki Bibliothiki - European Public Law Organisation (EPLO), Athens

Gortsos, Ch.V. (2015b): The Single Resolution Mechanism (SRM) and the Single Resolution Fund (SRF). A comprehensive review of the second main pillar of the European Banking Union, ECEFIL, available at: http://www.ecefil.eu//UplFiles/ monographs/Gortsos_SRMSRF.pdf

Gortsos, Ch.V. (2015c): The two main pillars of the European Banking Union: the legal framework in a 'nutshell', in Binder, J.-H. and Ch. V. Gortsos (2015): Banking Union. A Compendium, C.H. Beck, München - Hart, Oxford - Nomos, Baden-Baden

Gortsos, Ch.V. (2014): The new EU Directive (2014/49/EU) on deposit guarantee schemes: an element of the European Banking Union, Nomiki Bibliothiki, Athens

Gortsos, Ch.V. (2012): Fundamentals of Public International Financial Law: International Banking Law within the System of Public International Financial Law, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes - Rechtswissenschaft, Nomos Verlag, Baden-Baden

Gortsos, Ch.V. (2011): The European Banking Authority within the European System of Financial Supervision, ECEFIL Working Paper Series, No. 1, August, available at: http://www.ecefil.eu//UplFiles/wps/wps2011-1.pdf

Gortsos, Ch.V. (2010): The Proposals of the Larosière Group on the Future of Financial Supervision in the European Union, in Giovanoli, M. and D. Devos (2010, editors): International Monetary and Financial Law: The Global Crisis, Oxford University Press, Oxford – New York, Chapter 6, pp. 127-145

Guttentag, J. and R. Herring (1987): Emergency liquidity assistance for international banks, in Portes, R. and A.K. Swoboda (editors): Threats to international financial stability, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 150-186

Guttentag, J. and R. Herring (1986): Innovations and the Financial Safety Net, The Wharton Program in International Banking and Finance, University of Pennsylvania, Philadelphia, mimeo

Hadjiemmanuil, Ch. (2015): Bank Resolution Financing in the Banking Union, LSE Law, Society and Economy Working Papers 6/2015, available at: http://ssrn.com/sol3/ papers.cfm? abstract =2575372

Hadjiemmanuil, Ch. (2006): Financial Services, in Chalmers, D., Hadjiemmanuil, Ch., Monti, G. and A. Tomkins (2006, editors): European Union Law, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paolo, Chapter 18, pp. 781-829

Hausmann, Y. (1995): Die Eigenmittelvorschriften des schweizerischen Bankengesetzes im Vergleich zu den Bestimmungen der Europäischen Union und des Basler Ausschusses für Bankenbestimmungen und -überwachung, Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 31, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich

Kane, Ed. (2014): Shadow Banking: Theft by the Safety Net, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2255065

Keay, An. (2012): Accountability and the corporate governance framework: from Cadbury to the UK Corporate Governance Code, working paper, available at: http://ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=2143171

Kellerhals, A. (2006): Wirtschaftrecht and europäische Integration, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 200, Nomos, Baden-Baden - Schulthess, Zürich

Kerjean, S. (2008): The legal implications of the prudential supervisory assessment of bank mergers and acquisitions under EU law, European Central Bank, Legal Working Paper Series, No 6, 26 June

Krahnen, J.P. (2013): Rescue by Regulation? Key Points of the Liikanen Report, White Paper Series No. 9, Center of Excellence SAFE (Sustainable Architecture for Finance in Europe)

Lambrinoc, S.E. (2009): The legal duty to consult the European Central Bank, European Central Bank, Frankfurt, Legal Working Paper Series, No 9, November

Lang, G. and M. Shroder (2012): Do we need a separate banking system? An assessment, Centre for European Economic Research, Discussion Paper No. 13-011

Lastra, R.M. (2015): International Financial and Monetary Law, second edition, Oxford University Press, United Kingdom

Lastra, R.M. (2013): Banking Union and Single Market: Conflict or Companionship?, Fordham International Law Journal, Volume 36, pp. 1189-1223

Lastra, R.M. (2006): Legal foundations of international monetary stability, Oxford University Press, Oxford-New York

Lastra, R.M. and J.V. Louis (2013): European Economic and Monetary Union: History, Trends, and Prospects, Yearbook of Economic Law, pp. 1-150

Lichtenstein, C. (2010): Lessons for 21st-Century Central Bankers: Differences between Investment and Depositary Banking, in Giovanoli, M. and D. Devos (2010, editors): International Monetary and Financial Law: The Global Crisis, Oxford University Press, Oxford – New York, Chapter 10, pp. 217-233

Louis J.-V. (2010): The implementation of the Larosière report: a progress report, in Giovanoli, M. and D. Devos (2010, editors): International Monetary and Financial Law: The Global Crisis, Oxford University Press, Oxford – New York, Chapter 7, pp. 146-176

Louis, J.-V. (2009): L'Union européenne et sa monnaie, in Commentaire J. Megret, 3e édition, Institut d' Etudes Européennes, Editions de l' Université de Bruxelles, Bruxelles

Macht, C. (2007): Der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht und Basel II – Bankenregulierung auf einem internationalen level paying field, Studien zum Bank- und Börsenrecht, Band 64, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

Mitchener, K.-J. (2014): The Diabolic Loop: Precedents and Legacies, in Allen, F., Carletti, E. and J. Gray (2014, editors): Bearing the losses from bank and sovereign default in the Eurozone, FIC Press, Wharton Financial Institutions Center, Philadelphia, USA available at: http://hdl.handle.net/1814/34437, Chapter 12, pp. 165-180

Moloney, N. (2014): European Banking Union: assessing its risks and resilience, Common Market Law Review, Volume 51, Issue 6, pp. 1609-1670, available at: http://eprints.lse.ac.uk/60572

Möschel, W. (1978): Das Trennsystem in der U.S.-amerikanischen Bankwirtschaft: Eine normative und faktische Analyse, Studien zum Bank- und Börsenrecht, Band 3, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

Norton, J.J. (1995): Devising International Bank Supervisory Standards, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, London - Dordrecht - Boston

O' Neal, M.K. (2000): Summary and Analysis of the Gramm-Leach Bliley Act, Securities Regulation Law Journal, 28

Papathanassiou, Ch. and G. Zagouras (2012): The European Framework for Macro-Prudential Oversight, in Wymeersch, Ed., Hopt, K.J. and G. Ferrarini (2012, editors): Financial Regulation and Supervision - A Post-Crisis Analysis, Oxford University Press, Oxford, Chapter 6, pp. 159-171

Rheinholdson, F. and H. Olsson (2012): The Separation of Commercial and Investment Banking: A Literature Review, University of Gothenburg

Saunders, A. and I. Walter (1994): Universal Banking in the United States, What could we gain? What could we lose ?, Oxford University Press, New York-Oxford

Schwarcz, S.L. (2015): The governance structure of shadow banking: rethinking assumptions about limited liability, The Journal of Financial Perspectives, EY Global Financial Services Institute, March, Volume 3, Issue 1, pp. 65-81

Schwarze, J. (2007): Europäisches Wirtschaftsrecht, Nomos, Baden-Baden

Sigrist, D. (2006): Basel II – kurz erklärt, in Wiegand, W. (2006, Herausgeber): Basel II: die rechtlichen Konsequenzen, Institut für Bankrecht an der Universität Bern, Berner Bankrechtstag, Band 12, Stämpfli Verlag, Bern, pp. 1-11

Smits, R. (1997): The European Central Bank - Institutional Aspects, Kluwer Law International, The Hague

Sousi-Roubi, B. (1995): Droit bancaire européen, Dalloz, Paris

Stephanou, C.A. (2013): Building Firewalls: European Responses to the Sovereign Debt Crisis, in Hieronymi, O. and C.A. Stephanou (2013, editors): International Debt: Economic, Financial, Monetary, Political and Regulatory Aspects, Basingstoke UK: Palgrave Macmillan, London, Chapter 4, pp. 127-158

Thakor, A. (2012): The Economic Consequences of the Volcker Rule, Center for Capital Markets Competitiveness, U.S. Chamber of Commerce, Washington

Thiele, A. (2014): Finanzaufsicht, Jus Publicum 229, Mohr Siebeck, Tübingen

Tridimas, T. (2011): EU Financial Regulation: Federalization, Crisis Management, and Law Reform, in Craig, P. and G. de Búrca (2011, editors): The Evolution of EU Law, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford - New York, pp. 783-804

Van Rompuy, H. (2012): Towards a Genuine Economic and Monetary Union, Report of the President of the European Council in close collaboration with Jose Manuel Barroso, President of the European Commission, Jean-Claude Juncker, President of the Eurogroup, and Mario Draghi, President of the European Central Bank, 5 December, available at: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/ 134069.pdf

Vigneron, P. and A. Smith (1990): The Concept of Reciprocity in Community Legislation: The Example of the Second Banking Directive, Journal of International Banking Law, volume 5, pp. 181-191

Vinals, J., Pazarbasioglu, C., Surti, J., Narain, A., Erbenova, M. and J. Chow (2013): Creating a Safer Financial System: Will the Volcker, Vickers and Liikanen Structural Measures Help?, IMF Staff Discussion Note, SDN/13/4, International Monetary Fund, Washington

Vovolinis, D. (2015): The European Stability Mechanism Direct Recapitalisation Instrument: An element for a complete European Banking Union, ECEFIL Working Paper Series, No. 13, March, available at: http://www.ecefil.eu//UplFiles/wps/wps2015-13.pdf

Whitehead, C. (2011): The Volcker Rule and Evolving Financial Markets, Harvard Business Law Review, issue 1, pp. 39-72

Wymeersch, Ed. (2012): The European Financial Supervisory Authorities or ESAs, in Wymeersch, Ed., Hopt, K.J. and G. Ferrarini (2012, editors): Financial Regulation and Supervision - A Post-Crisis Analysis, Oxford University Press, Oxford, Chapter 9, pp. 232-317

Yeager, T.J., Yeager, F.C. and E.F. Harshman (2004): The Financial Modernisation Act: Evolution or Revolution?, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636261

Zimmermann, H. (2015): The deep roots of the government debt crisis, The Journal of Financial Perspectives, EY Global Financial Services Institute, March, Volume 3, Issue 1, pp. 33-42

Klaus J. Hopt & Markus Roth*, **

Die Treuepflicht des Vorstands der Aktiengesellschaft

Überblick

I. Die Treuepflicht des Vorstands: Grundlagen
1. Der Vorstand als Treuhänder
a) Der Rechtsgrund für die Treuhänderstellung des Vorstands
b) Die Treuepflichten des Aufsichtsrates
2. Der Umgang mit Interessenkonflikten und der Prioritätsgrundsatz
a) Die Priorität des Gesellschaftsinteresses vor dem Eigeninteresse
b) Kollision mit und von Drittinteressen, der Umgang mit Interessenkonflikten
c) Interessenkonflikte zwischen Aktionären und Arbeitnehmern
3. Die Treuepflicht im Konzern
a) Der Grundsatz
b) Doppelmandate im Konzern
4. Die Durchsetzung der Treuepflicht
a) Offenlegung und Kontrolle
b) Einwilligung
c) Sanktionen

II. Ausgewählte Ausprägungen der Treuepflicht des Vorstands
1. Das Wettbewerbsverbot
a) Das Wettbewerbsverbot
b) Die Regelung des Wettbewerbsverbots als Analogiebasis für den Umgang mit Geschäftschancen
2. Das Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen (corporate opportunities doctrine)
a) Der Grundsatz

---

* Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt, emeritierter Direktor des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg, Professor Dr. Markus Roth ist Ordinarius an der Universität Marburg.

** Der Beitrag ist Leonidas Georgakopoulos gewidmet, der ein langjähriger Freund des Hamburger Max Planck Instituts gewesen ist und, nachdem Hopt 1995 als Nachfolger von Herrn Mestmäcker Direktor am Institut geworden ist, auch ein persönlicher älterer Freund von ihm wurde. Der Beitrag entspricht inhaltlich der umfassenden Neukommentierung des §93 AktG von Hopt/Roth im Großkommentar Aktiengesetz 5. Aufl. Berlin ua 2015 unter II 5 und 6, ist aber in einer auf den Kern reduzierten Aufsatzform für ein nichtdeutsches Publikum aus Kollegen- und Studentenschaft aufbereitet. Für viele Einzelheiten und die meisten Nachweise wird auf die Kommentierung verwiesen. Kommentarquellen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf Kommentare zum AktG, jeweils mit Angabe der Auflage.

b) Die Konkretisierung: Geschäfte im Geschäftszweig der Gesellschaft oder an denen die Gesellschaft ein konkretes Interesse hat
c) Unerhebliche Umstände, Sonderfälle, Umgehung
d) Freigabe durch die Gesellschaft
3. Eigengeschäfte mit der Gesellschaft und die eigene Vergütung
a) Der Grundsatz: Drittvergleich (at arm's length) und Offenlegung
b) Besonderheiten beim Anstellungsvertrag
c) Interessenkonflikte beim Managent buy-out
d) Vor-, Mit-, Gegen- und Nachlaufen bei Geschäfts der Gesellschaft
4. Zuwendungen der Gesellschaft und Dritter an die Vorstandsmitglieder und eigennützige Zuwendungen an Dritte
a) Der Grundsatz: Keine Ausnutzung der Organstellung zum eigenen Nutzen
b) Zuwendungen der Gesellschaft an die Vorstandsmitglieder, Kreditgewährung
c) Zuwendungen von Dritten
d) Eigennützige Zuwendungen an Dritte

I. Die Treuepflicht des Vorstands: Grundlagen

1. Der Vorstand als Treuhänder

a) Der Rechtsgrund für die Treuhänderstellung des Vorstands

Das Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft hat nach ganz herrschender Lehre neben der allgemeinen Sorgfaltspflicht eine besondere, organschaftliche Treuepflicht. Diese ist auch in der Rechtsprechung anerkannt.[1] Ihre Verletzung macht nach §93 AktG haftbar, in besonderen Fällen sind sogar traftatbestände wie Untreue nach §266 StGB erfüllt. Die Stellung des Vorstands als treuhänderischer Verwalter fremden Vermögens unterscheidet sich von der Position eines normalen (Austausch-)Vertragspartners grundlegend.[2] Der Bundesgerichtshof spricht zutreffend von der Sorgfalt, „die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhänderischer Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen einzuhalten hat."[3]

1 Für die GmbH BGHZ 49, 30, 31 = AG 1968, 116; vgl. auch BGHZ 13, 188, 192 = NJW 1954, 998; BGHZ 20, 239, 246 = NJW 1956, 906: Vertrauensverhältnis.

2 Vgl *Hopt* ZGR 1993, 534, 540 f. Zur Kategorie der Interessenwahrungsverträge *derselbe* ZGR 2004, 1, 18 ff. Zum Interessenwahrungscharakter der Geschäftsbesorgung Staudinger/*Martinek* 2006, §675 BGB Rdn A 22, 23 ff, Vorbem zu §§662 ff Rdn 23 ff, 28 ff.

3 BGHZ 129, 30, 34 = ZIP 1995, 591, 592 (für die GmbH); BGHSt 50, 331, 335 f = AG 2006, 110, 112: „Treuepflicht ... als Verwalter fremden Vermögens" (Mannesmann); OLG Frankfurt AG 2011, 462, 463; OLG Köln AG 2013, 570, 571.

Rechtsgrund der Treupflicht ist die Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen,[4] genauer die vom Treugeber eröffnete Einwirkungsmacht auf dieses. Ältere Vorstellungen etwa derart, Rechtsgrund sei die Vertrauensposition des Vorstands, sind zu unspezifisch und ubiquitär. Sie können aber unter dem Aspekt der Anvertrauung des Amtes ähnliche Lösungen für die praktischen Einzelfälle zulassen.

In der herkömmlichen Lehre wird der Treuepflicht teilweise eine geringere Bedeutung als der Sorgfaltspflicht eingeräumt, weil sie selbstverständlich sei. Das wird der Treupflicht nicht gerecht.[5] Die Treuepflicht ist die zentrale Pflicht eines Treuhänders, die dieses Rechtsverhältnis in allen seinen Ausprägungen beherrscht und in verschiedenen Vorschriften, zB §§88, 89 und §93 Abs. 1 Satz 3 AktG, besonders geregelt ist. Es gibt dazu auch eine Fülle von Fällen, besonders zum GmbH-Geschäftsführer.

b) Die Treuepflichten des Aufsichtsrates

Auch die Mitglieder des Aufsichtsrates haben eine Treuepflicht, jedoch mit einem anderen Inhalt.[6] Ein wesentlicher Unterschied zu den Vorstandsmitgliedern liegt darin, daß Aufsichtsratsmitglieder in der Gesellschaft nicht hauptamtlich tätig sind. Das hat zur Folge, dass sie wesentlich häufiger in Interessenkonflikte geraten können als Vorstandsmitglieder. Insbesondere gilt das Wettbewerbsverbot des §88 AktG nicht für sie, es macht in dieser Form nur für den typischerweise hauptberuflichen Vorstand Sinn.

2. Der Umgang mit Interessenkonflikten und der Prioritätsgrundsatz

a) Die Priorität des Gesellschaftsinteresse vor dem Eigeninteresse

Für die Treuhandbeziehung, insbesondere die organschaftliche, ist ein Hauptproblem die Bewältigung von Interessenkonflikten. Diese stellen sich in zwei Grundformen: (1) zwischen dem Treuhänder und dem Treugeber, also dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft, und (2) zwischen den Interessen der Gesellschaft und denen von Dritten, deren Interessen das Vorstandsmitglied auch wahrnimmt. In einem Konflikt des Interesses der Gesellschaft mit Interessen des Vorstandsmitglieds selbst oder eines Dritten, dessen Interessenwalter er in bestimmten Fällen ebenfalls ist, hat das Interesse der Gesellschaft eindeutig Vor-

4 Ausführlich im Anschluss an US-amerikanische Vorstellungen *Grundmann*, Der Treuhandvertrag 1997, S 166 ff, 421 ff.
5 Zur *Fleischer* in Spindler/Stilz² 113: Treuepflicht als „eine der beiden großen Abteilungen des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts".
6 Zu Einzelheiten s *Hopt/Roth* GroßKoAktG⁴ §116 Rdn 173 ff.

rang.[7] Dieser Prioritätsgrundsatz ist charakteristisch für den Auftrag, die Treuhand und alle Interessenwahrungsverträge.[8]

b) Kollision mit und von Drittinteressen, der Umgang mit Interessenkonflikten

Der Grundsatz des Vorrangs des Gesellschaftsinteresses hilft nicht weiter, wenn sich Gesellschaftsinteresse und Interessen Dritter gegenüberstehen, sofern das Vorstandsmitglied ausnahmsweise auch Loyalitätspflichten gegenüber dem Dritten hat. In diesem Fall kann es zu sehr komplex liegenden und nur schwer zu lösenden Interessenkonflikten bzw. Abwägungen zwischen den verschiedenen Treuepflichten kommen. Beim hauptamtlichen Vorstand werden solche mehrfache Loyalitäten seltener, aber doch auch vorkommen, bei Aufsichtsratsmitgliedern sind sie vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen und für das zweistufige deutsche System mit der Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat geradezu typisch.[9] Die Problematik der Interessenkonflikte greift über die Treuepflicht hinaus und wird zu Recht ausführlicher beim Aufsichtsrat behandelt.[10] Hier genügt ein Beispiel.

Ist das Vorstandsmitglied einer Gesellschaft Mitglied des Aufsichtsrates einer anderen, kann es zu einem Interessenkonflikt im Hinblick auf Informationen kommen, an denen beide Gesellschaften interessiert sind. Bei der Lösung wird man differenzieren: Erhält das Vorstandsmitglied die Information bei Wahrnehmung ihrer Aufgaben für nur eine der beiden Gesellschaften, so ist sie zur Weitergabe und Nutzung der Information nur innerhalb dieser Gesellschaft verpflichtet. Eine Weitergabe an die andere Gesellschaft ist durch die Schweigepflicht ausgeschlossen (§93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Erhält das Vorstandsmitglied die Information dagegen in einer Weise, die keine Zuordnung zur Tätigkeit in einer der beiden Gesellschaften ermöglicht, muss es die Information grundsätzlich beiden Gesellschaften zugänglich zu machen.

c) Interessenkonflikte zwischen Aktionären und Arbeitnehmern

Die organschaftliche Treuepflicht des Vorstandsmitglieds besteht ausschließlich gegenüber der Gesellschaft, nicht auch gegenüber deren Aktionären und Arbeit-

---

7 Vgl BGH NJW 1980, 1629 (Schaffgotsch) für Aufsichtsratsmitglied; dazu *Ulmer* NJW 1980, 1603; *Lutter* ZHR 145 (1981) 224. Für den Vorstand *Hopt* ZGR 1993, 534, 541; *derselbe* ZGR 2004, 1, 39 ff; *Fleischer* WM 2003, 1045, 1050.

8 *Grundmann* Der Treuhandvertrag 1997, S 192 ff, für den Geschäftsleiter S 421 ff; *Fleischer* in Spindler/Stilz[2] 122. Allgemeiner für Interessenwahrer und Geschäftsbesorger *Hopt* ZRG 2004, 1; Hamburger Habilitationsschrift von *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, 2014, S 463 ff. Zur Priorität des Kundeninteresses und Typologie der Interessenkonflikte im Bankrecht *Hopt* FS Heinsius 1991, 289.

9 Vgl *Hopt* The German Two-Tier Board: Experience, Theories, Reforms, in Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge (eds), Comparative Corporate Governance, Oxford 1998, p. 227. Allgemeiner zum one tier- und two tier-System *Davies/Hopt*, *Nowak/van Solinge* (eds), Corporate Boards in Law and Practice, A Comparative Analysis in Europe, Oxford 2013.

10 *Hopt/Roth* GroßKoAktG 4. Aufl 2006 §100 Rdn 131 ff. Über die Aktiengesellschaft hinaus für alle Treuhänder und Dienstleister *Hopt* ZGR 2004, 1.

nehmern.[11] Aktionäre und Arbeitnehmer sind jedoch nicht ohne weiteres Dritte im Sinne des zuvor aufgestellten Grundsatzes, daß die Interessen Dritter zurückzustehen haben. Für beide Gruppen gilt gleichermaßen, daß ihre Interessen in angemessenem Maße in die Unternehmensentscheidung eingehen dürfen;[12] dies folgt für die Arbeitnehmer auch aus den Mitbestimmungsregeln. Ihnen ist eine besondere Verbundenheit mit der Gesellschaft gemeinsam, die sie von Außenstehenden unterscheidet. Aufgrund dieser besonderen Verbundenheit ist auch – im Rahmen der gesetzlichen Regelungen – eine Begünstigung in weiterem Umfang zulässig, als dies zugunsten Außenstehender möglich wäre. Die Berücksichtigung der Interessen von Arbeitnehmern und Aktionären darf aber nicht zu einem Abhängigkeitsverhältnis führen; dies würde der gegenüber der Gesellschaft bestehenden Loyalitätspflicht zuwiderlaufen.

3. Die Treuepflicht im Konzern

a) Der Grundsatz

Ohne Doppelmandat bleibt es dabei, daß auch im Konzern die Vorstandsmitglieder der Mutter und der Tochter grundsätzlich nur der eigenen Gesellschaft treupflichtig sind, also nicht „das Konzerninteresse", was dann leicht mit dem Interesse der Mutter gleichgesetzt würde, wahren müssen. Allerdings beeinflußt das Bestehen von Konzernverbindungen die Treuepflicht dadurch, daß eine Rücksichtnahme auf konzernangehörige Gesellschaften erforderlich sein kann. Da zur loyalen Gesellschaftsleitung auch die „getreue Konzernleitung" gehört, besteht die Treuepflicht insbesondere mit ihrer Ausprägung als Wettbewerbsverbot (unten II 1) auch zugunsten beherrschter Gesellschaften. Das gilt schon im faktischen Konzern, erst recht aber im Vertragskonzern.

b) Doppelmandate im Konzern

Im Konzern wird die Treuepflicht besonders dann relevant, wenn – mit entsprechenden Einwilligung der Aufsichtsräte beider Gesellschaften (§88 Abs. 1 Satz 2 AktG) – ein Vorstandsdoppelmandat im Konzern übernommen wird, was unstreitig zulässig ist.[13] Daraus folgen typischerweise Interessenkonflikte.[14] So

---

11 Allgemeine Meinung, BGHZ 110, 323, 334 (zum Verein) = ZIP 1990, 1067; *Mülbert* unten GroßKoAktG[4] Vor §§118-147 Rdn 194 f; *Fleischer* in Spindler/Stilz2 118.

12 Begr RegE §76 AktG und Ausschußbericht bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S 97, 98; Hüffer/*Koch*[11] §76 Rdn 30. Zur shareholder value-Diskussion in diesem Zusammenhang *Mülbert* ZGR 1997, 129, 167 ff.

13 BGHZ 180, 105 Rn 14 ff = ZIP 2009, 1162 (AG & Co KG) mAnm *Grigoleit* ZGR 2010, 622; LG Köln AG 1992, 238, 240. Zur Zulässigkeit von Vorstandsdoppelmandaten und den dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten *Hopt/Roth* GroßKoAktG 5. Aufl 2015 §93 Rdn 201 ff.

14 Allgemeiner zu den Interessenkonflikten im Konzern *Altmeppen*, ZHR 171 (2007) 320; *E. Vetter* ZHR 171 (2007) 342.

kann etwa ein für die Tochtergesellschaft günstiges Geschäft den Interessen der Muttergesellschaft zuwiderlaufen (und umgekehrt). Die damit verbundenen Probleme werden vor allem für Aufsichtsratsdoppelmandate und für Bankenvertreter im Aufsichtsrat von Gesellschaften diskutiert[15] und sind noch nicht endgültig geklärt. Keinesfalls kann man das Vorstandsmandat in der Obergesellschaft als bloßes Nebenamt mit einer verminderten Pflichtenbindung gegenüber der Obergesellschaft ansehen, genausowenig wie das Mandat bei der Obergesellschaft als vorrangig behandelt werden kann. Vielmehr hat die Treuepflicht aus derjenigen Organstellung, die das Vorstandsmitglied gerade ausübt, Vorrang, die Interessen der anderen Gesellschaft dürfen dabei nicht berücksichtigt werden.[16] Ein angebliches Ermessen, das Doppelmandat pflichtgemäß so auszuüben, dass die widerstreitenden Interessen zum Ausgleich gebracht werden,[17] ist rechtlich nicht anzukennen. Auf gar keinen Fall dürfen einfach die Interessen der jeweils anderen Gesellschaft in den Vordergrund gestellt werden. So ist der Doppelmandatar gegenüber der abhängigen Gesellschaft unabhängig von seiner Stellung als Organmitglied bei der Obergesellschaft zur Prüfung verpflichtet, ob er eine von der Obergesellschaft vorgesehene Maßnahme umsetzen darf oder nicht. Er hat gegebenenfalls auf den Ausgleich entstehender Nachteile bei der abhängigen Gesellschaft durch die Obergesellschaft zu dringen.

4. Die Durchsetzung der Treuepflicht

a) Offenlegung und Kontrolle

Die Vorstandsmitglieder müssen der Gesellschaft alle Interessenkonflikte offenlegen.[18] Das gilt unabhängig davon, ob das Geschäft oder Verhalten im Ergebnis der Interessenabwägung zulässig ist oder nicht. Transparenz ist für den Treugeber wichtig. Die Vorstandsmitglieder haben der Gesellschaft auch eine angemessene Kontrolle darüber zu ermöglichen, ob sie ihrer Treuepflicht genügen. Sofern für Aufwendungen eine dienstliche Veranlassung nicht eindeutig ist, müssen die Mitglieder des Vorstandes den Sachverhalt einer dahingehenden Überprüfung durch Aufzeichnungen oder die Vorlage von Belegen zugänglich machen.

---

15 *Lutter* ZHR 145 (1981) 224; *Werner* ZHR 145 (1981) 252; *Heermann* WM 1997, 1689 und *Hopt* ZGR 2002, 333, 359 ff (beide im Zusammenhang mit Übernahmeangeboten); ausführlich *Krebs*, Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft 2001.

16 BGH NJW 1980, 1629 (Schaffgotsch) und *Ulmer* NJW 1980, 1603, 1605 (beide für den Aufsichtsrat); *Möllers* in Hommelhoff/Hopt/v Werder, Hdb Corporate Governance² S 423, 434 ff.

17 Nach BGH NJW 1997, 66, 67 ist beiden Pflichtenstellungen gerecht zu werden (zu §266 Abs 1 Alt 2 StGB, Treubruch).

18 KG AG 2005, 737, 738, sogar Kündigung. Auch Deutscher Corporate Governance Kodex Ziffer 4.3.4 Satz 1: „Jedes Vorstandsmitglied soll Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber unverzüglich offenlegen und die anderen Vorstandsmitglieder darüber informieren."

b) Einwilligung

Verhaltensweisen, die interessenkonfliktsträchtig sind oder sonst möglicherweise mit der Treuepflicht nicht vereinbar sind, können unter bestimmten Umständen durch Einwilligung zulässig oder unbedenklich werden; soweit §88 Abs. 1 AktG nicht unmittelbar anwendbar ist wie beim Wettbewerbsverbot, ist er analog anwendbar, so bei Geschäftschancenfällen (unten II 1 b) und bei eigennütziger Ausnutzung der Organstellung. Auch die Einwilligung kann aber nicht von der Einhaltung zwingenden Rechts befreien. Soweit §88 Abs. 1 herangezogen werden kann, ist zu beachten, dass nur die Einwilligung, das heißt die vorherige Zustimmung, legitimiert, nicht auch die erst nachträgliche Genehmigung.[19] Eine solche Genehmigung lässt den Schadensersatzanspruch aus §88 Abs. 2 AktG oder aus §93 Abs. 2 AktG nicht entfallen.

c) Sanktionen

Außer der Schadensersatzpflicht kann eine Verletzung der Treuepflicht verschiedene weitere Rechtsfolgen haben, beispielsweise Ungültigkeit der Stimme oder eines Beschlusses, Vertretungs- und Stimmverbote, die Pflicht zur Amtsniederlegung und die Abberufung des Organmitglieds, unter Umständen auch ein Eintrittsrecht und Gewinnabschöpfung sowie je nachdem öffentlichrechtliche und strafrechtliche Sanktionen[20].

II. Ausgewählte Ausprägungen der Treuepflicht des Vorstands

1. Das Wettbewerbsverbot

a) Das Wettbewerbsverbot

Das Wettbewerbsverbot der Vorstandsmitglieder ist eine in §88 AktG gesetzlich näher normierte Konkretisierung der Treuepflicht. Vorstandsmitglieder dürfen ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung tätig werden. Sie dürfen ohne Einwilligung auch nicht Mitglied des Vorstands oder Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter einer anderen Han-

19 Wegen §93 IV 1, 2 AktG. Allgemeine Meinung, Hüffer/*Koch*[11] §88 Rdn 5; *Kort* GroßKoAktG 5. Aufl 2015 §88 Rdn 55.

20 *Hopt* ZGR 2004, 1, 49 f; *derselbe*, FS Doralt, Wien 2004, S 213, 233 f. Zu den Sanktionen bei Interessenkonflikten Hamburger Habilitationsschrift von *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, 2014, S 579 ff.

delsgesellschaft sein. Das Wettbewerbsverbot setzt nicht voraus, dass der Gesellschaft aus dem Wettbewerb Schaden droht (§88 Abs. 1 AktG); entsteht ein Schaden, kann die Gesellschaft aber Schadensersatz fordern (§88 Abs. 2 AktG). Besondere Probleme wirft das Wettbewerbsverbot im Konzern auf,[21] und zwar nicht nur, wie meist diskutiert, für Gesellschafter, sondern auch für Organmitglieder.

b) Die Regelung des Wettbewerbsverbots als Analogiebasis für den Umgang mit Geschäftschancen

Das Verständnis des Wettbewerbsverbotes als Konkretisierung der Treuepflicht erlaubt es, auf andere aus der Treuepflicht folgende Pflichten Regeln aus §88 AktG entsprechend anzuwenden, etwa bei beabsichtigter Vornahme von der Gesellschaft zuzuordnenden Geschäften. Das Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen, deckt sich für weite Bereiche mit dem in §88 AktG normierten Wettbewerbsverbot für Vorstandsmitglieder. Jedoch ist weder das erstere bloßer Unterfall des Wettbewerbsverbots, noch ist dieses Unterfall der Geschäftschancenlehre. Denn die Ausnutzung einer Geschäftschance muss nicht unbedingt Wettbewerb sein, so wenn die Gesellschaft eine einmalige, ganz außerhalb ihres Geschäftsbereichs liegende Vertragschance hat. Umgekehrt kann ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot auch dann vorliegen, wenn die Gesellschaft das Geschäft objektiv nicht selbst vornehmen kann oder will (unten II 2 c).

Obwohl Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre somit nur ein teilweise übereinstimmendes Anwendungsfeld haben, können also Regeln zum Wettbewerbsverbot, die in §88 AktG normiert sind, analog auch für Fälle der Geschäftschancenlehre herangezogen werden. So kann entsprechend §88 Abs. 1 Satz 1, 2 für Geschäfte in (ausschließlich) diesem Bereich vom Aufsichtsrat eine Einwilligung erteilt werden, allerdings auch insoweit nur durch Beschluss und nicht als Blankoeinwilligung (§88 Abs. 1 Satz 3 AktG entsprechend). Die Hauptversammlung braucht nicht eingeschaltet zu werden. Das Vorstandsmitglied hat dabei alle Umstände offenzulegen, welche die Entscheidung über die Einwilligung beeinflussen können. Ist die Offenlegung danach unvollständig, kann der Aufsichtsrat die Erlaubnis nicht wirksam erteilen, da es sich um ein zwingendes Verbot handelt. Die Zustimmung muß im vorhinein erteilt werden, Genehmigung reicht also nicht aus.

21 Dazu *Geiger* Wettbewerbsverbote im Konzern, 1996; *Röhricht* WpG 1992, 766, 771 ff.

2. Das Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen (corporate opportunies doctrine)

a) Der Grundsatz

Ein elementarer Aspekt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Vorstandsmitglieder besteht in dem aus dem amerikanischen Gesellschaftsrecht rezipierten Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen. Nach diesem Grundsatz dürfen solche Geschäfte, die der Gesellschaft zuzuordnen sind (corporate opportunities), nicht von den Vorstandsmitgliedern für eigene Rechnung getätigt werden.[22] Eine Konkretisierung des Verbots, Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen, ist schwierig und die Abgrenzungskriterien bleiben bis heute kontrovers. Dennoch läßt sich ein zweifelsfreier Kerngehalt der Geschäftschancenlehre festmachen. Dieser Kerngehalt betrifft alle Geschäftschancen, die entweder im Bereich des Tätigkeitsbereiches der Gesellschaft liegen[23] oder an denen die Gesellschaft aus anderen Gründen ein konkretes Interesse hat, wie etwa beim Erwerb eines Betriebsgrundstücks.[24] Nach anderen, auf US-amerikanische Vorbilder zurückgehenden Abgrenzungsversuchen soll es auf die Zuordnung kraft konkreter Geschäftsaussichten und Zuordnung kraft abstrakter Geschäftsfelder ankommen, was von der hier gebrauchten Doppelformel im Ergebnis nicht abweicht. Solche Geschäftschancen darf der Vorstand nicht nur nicht an sich ziehen, sondern müssen vom Vorstand im Rahmen seines geschäftlichen Ermessens auch zugunsten der Gesellschaft wahrgenommen werden.[25] Die Schwierigkeit bei dieser Formel liegt vor allem darin, daß Tätigkeitsbereich oder Interesse nicht objektiv bestimmt sind, sondern von denjenigen Personen festgelegt werden, um deren Treuepflicht es gerade geht.[26] Das Merkmal des Tätigkeitsbereiches muss daher weit gefaßt werden.

b) Die Konkretisierung: Geschäfte im Geschäftszweig der Gesellschaft oder an denen die Gesellschaft ein konkretes Interesse hat

Eine Geschäftschance der Gesellschaft liegt danach ohne weiteres vor, wenn sie im Geschäftszweig der Gesellschaft liegt. Das ist sicher so, wenn der tatsächliche Geschäftszweig, also der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft, berührt wird. Der tatsächliche Tätigkeitsbereich kann über den satzungsmäßigen hinausreichen. Es

22 Heute stRspr und ganz hL. Auch Deutscher Corporate Governance Kodex Ziffer 4.3.3 Satz 2 Halbsatz 2. Rechtsvergleichend zuletzt *Hopt* ECFR 2013, 167, 178 ff.

23 BGH WM 1967, 679 (GmbH); NJW 1989, 2687, 2688 (KG); KG NZG 2001, 129 (GmbH); OLG Celle NZG 2002, 469 (KG).

24 BGH WM 1977, 361, 362 (zur GmbH); BGH NJW 1986, 584, 585 (zur OHG).

25 KG NZG 2001, 129 (GmbH).

26 *Hopt* in Hopt/Teubner, eds, Corporate Governance and Directors' Liabilities, 1985, p. 285, 300.

muss aber auch genügen, wenn die Geschäftschance nur im satzungsmäßigen Tätigkeitsbereich der Gesellschaft liegt, weil dann vorgesehen ist, dass die Gesellschaft auf diesem Tätigkeitsbereich soll tätig werden können und der Vorstand das auch jederzeit so entscheiden kann. Dem Vorstandsmitglied ist es zuzumuten, in solchen Fällen für die Ausnutzung der Geschäftschance die Einwilligung des Aufsichtsrats einzuholen. Aus demselben Grund und weil das Merkmal des Tätigkeitsbereichs weit auszulegen ist, sind auch Geschäfte in angrenzenden Tätigkeitsfeldern sowie Folgegeschäfte erfasst, aber auch eine Beteiligung an Zulieferern und Abnehmern. Bei dem Tätigkeitsbereich muss es sich nicht um die Haupttätigkeit der Gesellschaft handeln. Bei einem diversifizierten Geschäftsmodell genügt es, dass die Geschäftschance in einem von mehreren, auch von der Gesellschaft nur nebenher und untergeordnet verfolgten Tätigkeitsbereichen liegt. In Konzernunternehmen kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob die Geschäftschance von der Gesellschaft selbst oder nur von einer ihrer Tochter- oder Enkelgesellschaften wahrgenommen werden würde.

Eine Geschäftschance liegt auch vor, wenn die Gesellschaft an dem sich anbietenden Geschäft ein konkretes Interesse hat. Das ist auf jeden Fall anzunehmen, wenn der Geschäftsabschluß von der Gesellschaft bereits beschlossen wurde.[27] Es reicht aber auch aus, erst Vertragsverhandlungen begonnen worden sind[28] oder die Gesellschaft Interesse an dem Geschäft geäußert hat[29] oder ihr das Geschäft auch nur angeboten wurde. Auch gesellschaftsinterne Vorgänge können ausreichen, um eine Geschäftschance zu bejahen, etwa hinreichend konkretisierte Planungen in Hinblick auf ein bestimmtes Tätigwerden oder ein interner Auftrag der Gesellschaft an ein Vorstandsmitglied zur Suche nach neuen Tätigkeitsbereichen. Die Geschäftschance ist auch dann der Gesellschaft zuzuordnen, wenn dem Vorstandsmitglied das Geschäft mit Rücksicht auf seine Stellung angeboten wird.[30]

c) Unerhebliche Umstände, Sonderfälle, Umgehung

Unerheblich ist auf jeden Fall, ob die Gesellschaft das Geschäft tatsächlich selbst vorgenommen hätte.[31] Etwa im Fall eines finanziellen Engpasses darf ein Vorstandsmitglied bei einem für die Gesellschaft wichtigen Geschäft dieses nicht einfach selbst vornehmen, sondern muß sich um Auswege bemühen, etwa Kredite aufnehmen oder einen kapitalkräftigen Partner oder stillen Gesellschafter

27 BGH NJW 1989, 2687, 2688 (KG).
28 BGH NJW 1989, 2687, 2688 (KG).
29 BGH WM 1976, 77 (Sachverhalt).
30 BGH WM 1967, 679; BGH WM 1977, 361, 362.
31 BGH NJW 1986, 584, 585 (zur GmbH).

suchen.[32] Aber auch bei Unüberwindlichkeit des Hindernisses, weil der Gesellschaft die nötigen Gelder fehlen, wird man aus der Unmöglichkeit der Wahrnehmung durch die Gesellschaft nicht ohne weiteres eine Berechtigung des Vorstandsmitglieds herleiten können, das Geschäft selbst wahrzunehmen, anders nur wenn objektiv feststeht, dass die Gesellschaft das Geschäft etwa wegen eines Exportverbots nicht tätigen kann[33]. Im Übrigen mag die Gesellschaft durchaus auch an dem Nichtzustandekommen eines Geschäftes ein Interesse haben, etwa weil sie verhindern möchte, daß sich die vom Anbieter vorgegebenen Bedingungen durchsetzen; in einem solchen Fall ist aber eine Einwilligung des Aufsichtsrats zur Eigenvornahme möglich.

Unzweifelhaft privat sind Geschäftschancen, die das Vorstandsmitglied schon vor Übernahme seines Amts in der Gesellschaft hatte,[34] während Geschäftschancen, die sich erst nach Ausscheiden eröffnen, wegen der Nachwirkung der Treuepflicht über die Amtszeit hinaus[35] noch solche der Gesellschaft sein können. Zweifelhaft ist dagegen, ob auch ein dem amtierenden Vorstandsmitglied eindeutig als Privatmann angebotenes Geschäft für die Gesellschaft zu nutzen ist, wenn es in deren Geschäftsbereich fällt. Der Bundesgerichtshof hat dies in seiner Druckmittelzylinder-Entscheidung im Gegensatz zum Berufungsgericht für die GmbH bejaht.[36] Er hebt die Unteilbarkeit der Treuepflicht hervor, die eine Differenzierung zwischen privat und bei der Unternehmensführung erlangter Kenntnis von der Möglichkeit eines vorteilhaften Geschäftes verbiete. Dies soll nach dem Bundesgerichtshof sogar dann gelten, wenn der Betreffende sich entschließt, aus der Unternehmensleitung auszuscheiden und die Geschäftschance erst anschließend zu nutzen.[37] Dem kann in dieser Allgemeinheit aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Denn die Gesellschaft kann nicht davon ausgehen, dass sich das Vorstandsmitglied ihr gewissermaßen mit Haut und Haaren überantwortet hat, soweit reicht weder der Anstellungsvertrag noch die Organstellung, vielmehr verbleibt ihm auch als Treuhänder sein privater Raum.[38] Geschäftschancen, die ihm in der Familie oder durch Freunde oder nur ihm persönlich durch nahe Bekannte angeboten werden, kann die Gesellschaft nicht für sich beanspruchen. Die Beweislast für den rein privaten Charakter trägt allerdings das Vorstandsmitglied, wobei strenge Maßstäbe anzulegen sind.[39] Denn die Behauptung, das Angebot sei rein privat und der Anbieter hätte mit der Gesellschaft nicht abgeschlossen, wäre von der Gesellschaft kaum zu widerlegen.

---

32 BGH NJW 1986, 585, 586 (zur GmbH).
33 *Merkt* ZHR 159 (1995) 423, 443 (Exportverbot); auch *Kübler/Waltermann* ZGR 1991, 162, 171 (GWB).
34 BGH NJW 1998, 1225, 1226 (zur KG): zu einer Zeit, als die Gesellschaft noch gar nicht gegründet war.
35 *Hopt/Roth* GroßKoAktG 5. Aufl 2015 §93 Rdn 273.
36 BGH NJW 1986, 585, 586 (GmbH), gegen Vorinstanz OLG Stuttgart, an dessen Entscheidung der Verfasser mitgewirkt hat.
37 BGH NJW 1986, 585, 586 (zur GmbH).
38 *Hopt/Roth* GroßKoAktG 5. Aufl 2015 §93 Rdn 235 f, 239, 243; *Fleischer* in Spindler/Stilz[2] 148.
39 *Fleischer* in Spindler/Stilz[2] 152; *Fleischer* FS Kilian, 2004, S. 645, 660 f, mit ausführlicher Begründung; kritisch auch *Röhricht* WPg 1992, 766, 774 f.

Erst recht kann dem Bundesgerichtshof nicht gefolgt werden, wenn der Geschäftsleiter, dem die Geschäftschance ausschließlich privat angeboten worden ist, die Gesellschaft verlässt und dann dort einsteigt. Der unselbständige Geschäftsleiter, der nicht besonders kapitalkräftig ist, hat praktisch nur in derartigen Fallsituationen die Chance, sich selbständig zu machen. Das Urteil des Bundesgerichtshofs nimmt ihm diese Chance, hält ihn in der Angestelltenstellung fest und führt damit im Ergebnis zu einer Schmälerung des Wettbewerbs und zur Erschwerung der Neugründung von Unternehmen.

Liegt eine corporate opportunity vor, darf das Vorstandsmitglied sie nicht nur nicht für eigene Rechnung wahrnehmen, es darf auch keine Strohmänner einschalten und die Geschäftschance auch nicht Ehegatten,[40] Familienangehörigen und nahestehenden Personen[41] oder einem Unternehmen überlassen, an dem es in relevantem Maße beteiligt ist.

d) Freigabe durch die Gesellschaft

Die Geschäftschance kann dann wahrgenommen werden, wenn die Gesellschaft sie freigegeben hat. Das ist nur der Fall, wenn der Aufsichtsrat eingewilligt hat (näher oben II 1 b). Dafür genügt es nicht, wenn das Vorstandsmitglied nur nach den Umständen annehmen kann, die Gesellschaft sei selbst nicht interessiert oder wenn die Gesellschaft auf eine entsprechende Mitteilung schweigt oder der Aufsichtsrat anschließend genehmigt.

3. Eigengeschäfte mit der Gesellschaft und die eigene Vergütung

a) Der Grundsatz: Drittvergleich (at arm's length) und Offenlegung

Macht ein Vorstandsmitglied Geschäfte mit der eigenen oder einer konzernangehörigen Gesellschaft, deren Vorstand er angehört, was durchaus im Interesse der Gesellschaft liegen kann und zulässig ist (Doppelmandat, oben I 5 b), so gilt das aus der Treuepflicht folgende Gebot, eigene Interessen hinter den Gesellschaftsinteressen zurückzustellen, in besonderer Weise. Das wird vor allem im Konzern relevant.[42] Dies bedeutet zwar nicht, daß das Organmitglied auf erzielbare Gewinne aus einem Geschäft mit der Gesellschaft verzichten muß, wenn es dieser bei dem Geschäft wie ein Dritter gegenübertritt. Das Vorstandsmitglied hat aber darauf zu achten, daß die Gesellschaft nicht dadurch geschädigt wird, daß ihm

40 OLG Celle NZG 2002, 469, 470 (KG).
41 BGH ZIP 1985, 1482, 1483 (zur OHG).
42 Rechtsvergleichend *Conac/Enriques/Gelter* ECFR 2007, 490.

bei dem Geschäft aufgrund der Organstellung unberechtigterweise Vorteile entstehen.[43] Dieses Letztere ist entscheidend: Das Geschäft ist nicht zu beanstanden, wenn es – nicht unbedingt exakt so, aber im Rahmen des unternehmerischen Ermessens in etwa so – auch unter unabhängigen Dritten getätigt worden wäre (at arm's length, Drittvergleich).[44] Der Deutsche Corporate Governance Kodex resümiert das wie folgt: „Alle Geschäfte zwischen dem Unternehmen einerseits und den Vorstandsmitgliedern sowie ihnen nahe stehenden Personen oder ihnen persönlich nahe stehenden Unternehmungen andererseits haben branchenüblichen Standards zu entsprechen."[45] Unzulässige Eigengeschäfte, weil nicht at arm's length, können vorliegen etwa bei Grundstücksgeschäften mit der Gesellschaft,[46] bei Einräumung von geschäftsunüblichen Liefer- und Zahlungsfristen[47] oder bei Übernahme von Bürgschaften und Eingehen von Patronatserklärungen.

Zu diesem Zwecke muss das Vorstandsmitglied besondere Informationen, die es zu den Vor- und Nachteilen dieses Geschäfts besitzt, der Gesellschaft bzw. dem für diese handelnden anderen organschaftlichen Vertreter offenlegen (schon I 4 a) bzw. bei auch nur formalen Eigengeschäften diese entsprechend berücksichtigen. Diese organschaftlichen Offenlegungs- und Interessewahrungspflichten gehen weiter als unter normalen Vertragspartnern.

b) Besonderheiten beim Anstellungsvertrag

Anders liegt es beim Anstellungsvertrag, insbesondere der Vergütung, und zwar nicht nur beim ersten Abschluß, bei dem die Organstellung und Treuepflicht noch gar nicht entstanden sind, sondern auch bei Änderung oder Verlängerung des Anstellungsvertrages. Der Gesetzgeber hat diesen Interessenkonflikt gesehen, den Aufsichtsrat dem Vorstandsmitglied gegenübergestellt (und nach §116 Satz 3 AktG in Pflicht genommen) und Grundsätze dazu in §87 AktG niedergelegt. Die Vorstandsmitglieder handeln insofern nicht in ihrer Funktion als Treuhänder der Gesellschaft und brauchen deshalb hier ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen grundsätzlich nicht hinter denen der Gesellschaft zurückzustellen.[48] Das Vorstandsmitglied darf vielmehr bei der Vergütung – in den Grenzen des §87 AktG – seinen Marktwert am Markt für Unternehmensleiter und Führungskräfte zur Gel-

43 OLG Frankfurt AG 2011, 462, 463.

44 *Fleischer* WM 2003, 1045, 1052; *Hopt* ZGR 2004, 1, 10 f; *Möllers* in Hommelhoff/Hopt/v Werder,, Handbuch Corporate Governance[2] S 423, 432. Der Begriff kommt aus dem internationalen Steuerrecht, dessen Grundsätze hier aber wegen anderer, fiskalischer Interessen nicht einfach übertragen werden können.

45 Deutscher Corporate Governance Kodex Ziffer 4.3.4 Satz 2.

46 OLG München ZIP 1997, 1965, 1966.

47 OLG Koblenz NJW-RR 2000, 483.

48 *Hopt* ZGR 1993, 534, 541; MüKo/*Spindler*[4] 108. Aus der Rechtsprechung schon RGZ 148, 357, 361; BGH WM 1964, 1320, 1321

tung bringen, sonst würde dessen Funktionieren beeinträchtigt, was in der Regel auch nicht im Interesse der Gesellschaft liegt.

Auch im Hinblick auf den Anstellungsvertrag wird jedoch die grundsätzlich bestehende Freiheit der Vorstandsmitglieder, eigene Interessen zu verfolgen, durch die Treuepflicht eingeschränkt: So sind sie in einem Umfang zur Offenheit und Offenlegung verpflichtet (oben I 4 a),[49] der über das Dritten obliegende Maß hinausgeht. Außerdem dürfen die Vorstandsmitglieder auch im Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag nicht in der Weise Einfluß nehmen, daß ihnen eine Vergütung versprochen wird, die zu ihren Leistungen in einem evidenten Mißverhältnis steht.[50]

c) Interessenkonflikte beim Management buy-out

In ähnlicher Weise wie beim Anstellungsvertrag besteht auch beim Management buy-out eine besondere Interessenlage, in der die Vorstandsmitglieder berechtigt sind, eigene Interessen gegenüber der Gesellschaft zu vertreten. Soweit die Gesellschaft als Vertragspartner involviert ist (zum Beispiel bei Halten eigener Aktien durch die Gesellschaft) oder als solche ein Interesse an der Transaktion hat (zum Beispiel kein looting und keine Reputationsschäden), ist das nicht nur aus einem Wissensvorsprung zu begründen, die auch ein anderer Vertragspartner haben kann, sondern aus dem Wissensvorsprung, den der Vertragsgegner der Gesellschaft gerade als Organmitglied beim Management Buy-out hat. Geht es nur um Verhandlungen und Verträge unter Aktionären, müssen diese in jedem Fall über die Tatsachen informiert werden, die für den Wert des Unternehmens relevant sind. Das Management Buy-Out muss dem oben erwähnten Grundsatz des at arm's length (oben II 3 a) entsprechen und darf die Existenz der Gesellschaft nicht gefährden. Die business judgment rule kommt wegen der Interessenkonflikte nicht zum Tragen,[51] außer wenn solche im Einzelfall nicht gegeben sind.

d) Vor-, Mit-, Gegen- und Nachlaufen bei Geschäften der Gesellschaft

Problematisch können auch Geschäfte des Vorstands sein, mit denen er sich an Geschäfte der Gesellschaft anhängt; bekannt ist das aus dem Vor-, Mit-, Gegen- und Nachlaufen in der Bankenpraxis, was je nachdem die Gesellschaft unmittelbar schädigen oder ein unerlaubtes Ausnutzen von Informationen darstellen kann, die nicht unbedingt Insiderinformationen sein müssen.[52]

---

49 BGHZ 20, 239, 246 = NJW 1956, 906.
50 Vgl BGH NZG 2008 104 (GmbH). Aus strafrechtlicher Sicht auch RG JW 1934, 2151.
51 *Hopt/Roth* GroßKoAktG 5. Aufl 2015 §93 Rdn 734, 90 ff.
52 *Hopt* FS Heinsius 1991, S 289, 293 ff, 307 ff.

4. Zuwendungen der Gesellschaft und Dritter an die Vorstandsmitglieder und eigennützige Zuwendungen an Dritte

a) Der Grundsatz: Keine Ausnutzung der Organstellung zum eigenen Nutzen

Die Vorstandsmitglieder dürfen nicht nur bei ihren Entscheidungen keine persönlichen Interessen verfolgen,[53] sondern sie dürfen auch ihre Organstellung nicht zu gesellschaftsfremden Zwecken benutzen und ihre eigenen Interessen nicht über die der Gesellschaft stellen. Sie dürfen insbesondere nicht ihren Einfluß in der Gesellschaft einsetzen, um persönliche Vorteile zu erzielen.[54] Auch zur Erhaltung ihres Amtes dürfen sie Gesellschaftsmittel nicht einsetzen.[55] Das gilt insbesondere für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer Zielgesellschaft bei Abwehr eines Übernahmeangebotes.[56]

b) Zuwendungen der Gesellschaft an die Vorstandsmitglieder, Kreditgewährung

Zuwendungen von Seiten der Gesellschaft dürfen die Vorstandsmitglieder nur in dem durch den Anstellungsvertrag und entsprechende Vergütungs- und Zusatzvereinbarungen (schon oben II 3 b) und die gesetzlichen Regeln bestimmten Umfang entgegennehmen. Der Spezialfall der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder wird von §§89, 93 Abs. 3 Nr. 8 AktG erfaßt. Die betrieblichen Leistungen und Vergünstigungen, die das Unternehmen den sonstigen Angestellten gewährt, dürfen auch Vorstandmitglieder in Anspruch nehmen. Dies gilt aber nicht, wenn sich aus dem Zweck der Leistung ergibt, daß die soziale Begünstigung der Arbeitnehmer im Vordergrund steht. Belegschaftsaktien sind nur für Arbeitnehmer vorgesehen.

Der Anspruch des Vorstandsmitglieds auf bestimmte Leistungen muß im Anstellungsvertrag aber nicht ausdrücklich festgeschrieben sein; bei betrieblich veranlaßten (Mehr-)Aufwendungen wird man von der konkludenten Vereinbarung eines Ersatzanspruches ausgehen können, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß diese durch die reguläre Vergütung mitabgegolten sein sollen. So hat das Unternehmen Reisekosten, Spesen und Repräsentationskosten des Vorstandmitglieds

---

53 Deutscher Corporate Governance Kodex Ziffer 4.3.3 Satz 2 Halbsatz 1. Auch BGH WM 1989, 1335, 1339 (GmbH).

54 *Fleischer* WM 2003, 1045, 1050; *Hopt* ZGR 2004, 1, 12 f; BGH ZIP 1995, 738, 741 f (zu §43 GmbHG) zum Abschluß von Beraterverträgen mit Dritten; BGH NJW 1997, 2055, 2056: „mißbräuchliche Ausnutzung einer Organstellung zugunsten eigennütziger Zwecke" (GmbH). Rechtsvergleichend *Hopt* in Hopt/Teubner (eds), Corporate Governance and Directors Liabilities, 1985, p. 285.

55 *Hopt* ZGR 1993, 534, 541 f; *derselbe* in Hopt/Teubner (eds), Corporate Governance and Directors Liabilities, 1985, p. 285, 315: prohibition of using corporate funds to perpetuate personal status and control; *derselbe* ZGR 2004, 1, 13; KK/*Mertens/Cahn*[3] 99.

56 *Hopt/Roth* GroßKoAktG 5. Aufl 2015 §93 Rdn 213 ff; auch *Hopt*, Europäisches Übernahmerecht, 2013, S. 69 ff zum Verhinderungsverbot.

zu tragen, soweit sie durch das Amt verursacht und angemessen sind. Macht das Vorstandsmitglied Aufwendungen zu privaten Zwecken oder nutzt es dienstliche Mittel in entsprechender Weise, so wird nur ausnahmsweise eine betriebliche Veranlassung anzuerkennen sein. Das Vorstandsmitglied darf solche Aufwendungen nur dann einfordern bzw. die betreffenden dienstlichen Möglichkeiten privat nutzen, wenn dies mittelbar den Unternehmensinteressen dient und das Vorstandsmitglied von einer Billigung ausgehen durfte. Im Hinblick auf Kosten zur Gewährleistung der Sicherheit des Vorstandsmitglieds gilt, daß das Unternehmen sie tragen muß, wenn die Gefährdung des Vorstandsmitglieds auf der dienstlichen Stellung beruht.

Allgemeiner kann die Abgrenzung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Handeln im Privatbereich erhebliche Schwierigkeiten machen. Insbesondere was die Kostentragung angeht, können im Grenzbereich zwischen Geschäfts- und Privatbereich je nach Einzelfall dienstlich veranlasst sein z.B. die Sicherung der Person, Schutz der Unterlagen zuhause und eventuell des Privathauses und der Ehefrau und Familie, je nachdem auch Teilnahme der Ehefrau an repräsentativen und Geschäftsessen.[57] Der Einsatz von Firmenpersonal und Firmeneigentum für private Zwecke, beispielsweise für Renovierung des eigenen Hauses oder Pflege des privaten Gartens, ist ohne Vereinbarung und Kostenersatz unzulässig.[58] Private Benutzung des Firmenwagens ist ebenfalls grundsätzlich nur nach Vereinbarung erlaubt. Der Urlaub und die Reise hin- und zurück sind Privatsache,[59] außer bei dienstlichem Rückruf, also keine Benutzung des Firmenflugzeugs oder des Firmenwagens[60], außer bei zulässiger Vereinbarung bzw. Übernahme der Kosten. Gutschriften für die Gesellschaft auf dem Privatkonto sind schon wegen mangelnder Nachprüfbarkeit auf jeden Fall unzulässig.[61]

c) Zuwendungen von Dritten

Den Vorstandsmitgliedern ist es nicht gestattet, von Dritten bei Abschluß eines Vertrages Leistungen irgendwelcher Art entgegenzunehmen, die mit dem Abschluß des Geschäftes zusammenhängen.[62] Der Deutsche Corporate Governance Kodex drückt das so aus: „Vorstandsmitglieder ... dürfen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit weder für sich noch für andere Personen von Dritten Zuwendungen oder

57 BGH NJW 2003, 431, 432 (GmbH): zumal wenn auch der Geschäftspartner mit seinem Ehegatten teilnimmt; Vorinstanz KG NZG 2001, 325, 326 f.
58 BGH WM 1976, 77, 77 f.
59 BGH NJW 2003, 431, 432 (GmbH).
60 BGH NJW 2003, 431 f (GmbH).
61 OLG Saarbrücken ZIP 2002, 130, 131 (GmbH); MüKo/*Spindler*[4] 109.
62 BGH WM 1983, 498, 499; BGH ZIP 1989, 1390, 1394; BGH WM 1992, 691, 693 (GmbH); BGH NJW 2001, 2476, 2477 (GmbH); OLG Düsseldorf WM 2000, 1393, 1397 (GmbH); *Hopt* ZGR 1993, 534, 542.

sonstige Vorteile fordern oder annehmen oder Dritten ungerechtfertigte Vorteile gewähren".[63] Darunter fallen Provisionszahlungen[64] ebenso wie Schmiergelder[65] oder Vorzugspreise[66] und vergleichbare Vorteile, unabhängig von ihrer Qualifizierung als das eine oder andere.[67]Auch der Abschluß eines „Beratervertrages" kann eine Treuepflichtverletzung darstellen. Das folgt zum einen daraus, daß der Abschluß dieser Geschäfte zum Tätigkeitsbereich des Vorstandsmitglieds gehört, wie er durch den Anstellungsvertrag festgelegt ist. Zum anderen schädigt ein solches Vorgehen mittelbar die Gesellschaft, denn der Geschäftspartner wird die ihm durch die Zuwendung an die Vorstandsmitglieder entstandenen Kosten in seine Preiskalkulation miteinbeziehen (Anscheinsbeweis).[68] Wenn im Unternehmen Richtlinien für die Mitarbeiter über die Annahme von Geschenken und anderen Vergünstigungen bestehen, ist davon auszugehen, daß sie auch für den Vorstand gelten. Bei Verstößen droht Schadensersatzhaftung und Pflicht zur Herausgabe des Erlangten wie Schmiergelder, „Provisionen", Geschenke und andere Sondervorteile ohne Nachweis eines Schadens (§667 BGB).[69]

d) Eigennützige Zuwendungen an Dritte

Unzulässig ist es auch, wie auch im Deutschen Corporate Governance Kodex festgestellt (oben II 4 c), Dritten – seien es Ehegatten, Familienangehörige, sonst nahestehende Personen oder Unternehmen, an denen das Vorstandsmitglied in relevantem Maße beteiligt ist, – auf Kosten der Gesellschaft zu begünstigen oder eine solche Begünstigung zu veranlassen.[70] Die Grundsätze des §89 Abs. 3, 4 AktG und die Rechtsprechung zu §§113, 114 AktG können für die Frage, wie Zuwendungen an Dritte zu behandeln sind, Anhaltspunkte geben. Dabei ist gleichgültig, wie dies erfolgt; verboten sind insbesondere direkte Zuwendungen, der Verzicht auf Forderungen oder ihre Nichtgeltendmachung, die Veräußerung von Gegenständen unter Wert oder deren Erwerb zu einem überhöhten Preis. Auch die Gewährung eines zinslosen oder geschäftsunüblich zinsgünstigen Darlehens,[71] die Erbringung von Leistungen zum Selbstkostenpreis,[72] die Übernahme von Bürgschaften oder

63 Deutscher Corporate Governance Kodex Ziffer 4.3.2.
64 RGZ 96, 53, 54.
65 BGH WM 1962, 578 (zum VVaG); BGH AG 1967, 327; *Hopt* ZGR 1993, 534, 542.
66 BGH WM 1979, 1328, 1330.
67 OLG Düsseldorf WM 2000, 1393, 1397 (GmbH).
68 BGH WM 1962, 578, 579; OLG Düsseldorf WM 2000, 1393, 1398.
69 So BGH NJW 2001, 2476, 2477.
70 OLG Düsseldorf GmbHR 1995, 227 (Gewährung eines Arbeitnehmerdarlehens an die Ehefrau). Zum Umgehungsschutz bei Interessenkonflikten des Vorstandsmitglieds durch Geschäfte mit Ehegatten, Lebenspartnern oder minderjährigen Kinder oder durch Einschaltung mittelbarer Stellvertreter *Hopt* ZGR 2004, 1, 23 f.
71 OLG Hamm ZIP 1993, 119, 123 (im Fall sogar auch tilgungsfrei); OLG Düsseldorf GmbHR 1995, 227, 228; OLG Hamm NJW-RR 1997, 737, 737 f.
72 BGH NJW-RR 1995, 669, 671 (zur GmbH).

die Abgabe von Patronatserklärungen ohne Gegenleistung oder ähnliche Sonderkonditionen oder Begünstigungen ohne geschäftlichen Hintergrund sind grundsätzlich unzulässig; etwas anderes kann sich aber dann ergeben, wenn durch das an sich ungünstige Geschäft für die Zukunft Vorteile für die Gesellschaft aufgetan werden sollen (etwa die Begründung einer dauerhaften Geschäftsbeziehung)[73] oder sonst im Rahmen des unternehmerischen Ermessens (aber diesbezüglich nur sofern das Vorstandsmitglied ohne Interessenkonflikte und ohne sachfremde Erwägungen gehandelt hat).

73 BGH NJW-RR 1995, 669, 671 (zur GmbH).

Ιωάννης Καράκωστας*

Νομική θεμελίωση της προστασίας του περιβάλλοντος στο ιδιωτικό δίκαιο

Ι. Βασικές αρχές προστασίας

Η προστασία του περιβάλλοντος στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου διαχείρισης και προστασίας των περιβαλλοντικών αγαθών στηρίζεται σε τέσσερις κυρίως βασικές αρχές του Αστικού δικαίου.

Πρώτον: Στην αρχή προστασίας της προσωπικότητας.

Δεύτερον: Στην αρχή προστασίας της κυριότητας, ως έκφρασης της αξίας του ανθρώπου και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας.

Τρίτον: Στην αρχή neminem laedere (ουδένα ζημιούν παρανόμως και υπαιτίως).

Τέταρτον: Στην αρχή της απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος.

Οι παραπάνω τέσσερις αρχές αποτελούν σε μεγάλο βαθμό και το θεμέλιο του νομικού μας πολιτισμού. Φωτίζονται στο σύγχρονο δίκαιο από τη Συνταγματική επιταγή του άρθρου 24 Σ περί προστασίας του περιβάλλοντος που εισήγαγε, μετά τη Συνταγματική μεταρρύθμιση του 2001, το δικαίωμα στο περιβάλλον ως ρητώς κατοχυρωμένο δικαίωμα και την αρχή της αειφορίας ως αρχή αυξημένης τυπικής ισχύος. Η αρχή της αειφορίας αναβαθμίζει το άρθρο 24 (ως προς το περιβάλλον) σε πρωταρχικής σημασίας και αξίας έννομο αγαθό, που υπερτερεί και υπερισχύει όλων των άλλων και από τη φύση του πράγματος προέχει σε περίπτωση σύγκρουσης και υποχωρεί μόνον όταν αντιφάσκει στην αξία του ανθρώπου.

Οι εν λόγω τέσσερις αρχές, όπως εμπλουτίζονται και από τις ενωσιακού δικαίου αρχές και αντίστοιχες ρυθμίσεις, όπως π.χ. η αρχή ότι ο ρυπαίνων πληρώνει, η αρχή της αειφορίας κ.ο.κ., εκφράζουν τη δικαιική, την ηθική, αλλά και την κοινωνική εντολή για συμπαράταξη στη διηνεκή και διαχρονική αποστολή της έννομης τάξης να προστατεύσει τα περιβαλλοντικά αγαθά. Εντολή που απευθύνει, μέσω του Συντάγματος, προς όλες τις συντεταγμένες εξουσίες, αλλά και προς όλους τους πολίτες, μέσω των κανόνων του ιδιωτικού δικαίου.

Η αρχή προστασίας της προσωπικότητας στο πεδίο του δικαίου περιβάλλοντος εκφράζεται μέσω του δικαιώματος χρήσεως, ωφελείας και απολαύσεως των κοινών σε όλους κοινοχρήστων και ιδιοχρήστων αγαθών, δηλαδή των αγαθών του ζωτικού

---

* Ομότιμος Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Πρόεδρος Νομικού Συμβουλίου Τράπεζας της Ελλάδος.

χώρου και των πολιτιστικών αγαθών. Το δικαίωμα χρήσεως αποτελεί έκφραση του δικαιώματος στην προσωπικότητα και προστατεύεται με τις αντίστοιχες αξιώσεις.

Η αρχή προστασίας της κυριότητας αποβλέπει στην προστασία της κυριότητας ως αγαθού εντεταγμένου στην εξυπηρέτηση του κοινωνικού συνόλου και ως εκ τούτου αγαθού προεχόντως εκφράζοντος την αρχή της αειφορίας. Οδηγεί στην ανάπτυξη εννόμου μέσου και βοηθήματος για την καλύτερη εξυπηρέτηση των δικαιούχων κυρίων και τη μακροπρόθεσμη προστασία των οικολογικών συμφερόντων χάριν της μακρόπνοης αειφορικής οικονομικής ανάπτυξης του κοινωνικού συνόλου, που επωφελείται από αυτήν.

Η αρχή του μη ζημιούν (neminem laedere) εκφράζεται στο ιδιωτικό δίκαιο περιβάλλοντος ως αρχή της προφύλαξης, πρόληψης και αειφορίας μέσω των αξιώσεων της προληπτικής αγωγής και αποκατάστασης που αποβλέπει στη διατήρηση και επαναφορά του οικολογικού status quo.

Η αρχή της απαγόρευσης κατάχρησης δικαιώματος αποτελεί την ιδιωτικού δικαίου έκφραση της αειφορίας.

Μέσω της ΑΚ 281 εισάγεται στο πεδίο του αστικού δικαίου περιβάλλοντος η ενωσιακού δικαίου αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης. Η άσκηση του δικαιώματος χρήσεως των περιβαλλοντικών αγαθών οριοθετείται από τον κοινωνικό σκοπό του δικαιώματος – ο οποίος συνίσταται στην κοινοχρησία και στην κοινή ωφέλεια – και από την αρχή της καλής πίστεως, η οποία προσδιορίζεται από τη φύση και τον προορισμό του πράγματος επί του οποίου ασκείται το δικαίωμα. Η κοινοχρησία και η κοινή ωφέλεια, συνδεόμενες με την κατά προορισμό χρήση του πράγματος, αποβλέπουν στην εξυπηρέτηση των κοινωνών του δικαίου στη μακρά του χρόνου προοπτική.

II. Οι νομικές βάσεις προστασίας του περιβάλλοντος στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου

Το ιδιωτικό δίκαιο αποτελεί βασικό εργαλείο προστασίας του περιβάλλοντος, καθώς από αυτό αντλούμε τις περισσότερες διατάξεις, βάσει των οποίων καθίσταται εφικτή η αποτελεσματική προστασία του ζωτικού μας χώρου στις ιδιωτικού δικαίου διαφορές. Στο παραπάνω πλαίσιο, την «πρωτοκαθεδρία» στον τομέα προστασίας του περιβάλλοντος διεκδικούν οι διατάξεις περί προστασίας της προσωπικότητας σε συνδυασμό με τις διατάξεις που αφορούν τη χρήση και διαχείριση των κοινών σε όλους, κοινοχρήστων και ιδιοχρήστων πραγμάτων, που συναπαρτίζουν το ζωτικό χώρο του ανθρώπου.

Βεβαίως, το ιδιωτικό δίκαιο μας παρέχει και άλλες νομοθετικές επιλογές διαχείρισης και προστασίας των περιβαλλοντικών αγαθών, τόσο σε επίπεδο προφύλαξης και πρόληψης, όσο και σε επίπεδο καταστολής και αποκατάστασης των περιβαλλοντικών ζημιών.

Επιγραμματικά μπορούμε να αναφέρουμε και τις ακόλουθες βάσεις προστασίας του περιβάλλοντος, μέσω των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου:

Α) Αδικοπρακτική ευθύνη (ΑΚ 914, 932 σε συνδυασμό με ΑΚ 281, 288 και ανάλογη εφαρμογή της ΑΚ 925).

Β) Γειτονικό δίκαιο (ΑΚ 1003 επ. σε συνδυασμό με ΑΚ 966 επ., ΑΚ 987, 989, 1108).

Γ) Άρθρο 29 Ν 1650/1986.

Δ) Άρθρα 6, 8 Ν 2251/1994.

Ε) Άρθρο 11 παρ. 9 πδ 148/2009.

Στο σημείο αυτό αξίζει να σταθούμε για λίγο στην καινοτόμο ρύθμιση του άρθρου 11 παρ. 9 του πδ 148/2009 που μεταφέρει στην ελληνική έννομη τάξη την Οδηγία 2004/35/ΕΚ και αναφέρεται σε περιβαλλοντική ζημία που επαπειλείται ή προκαλείται από δραστηριότητα σχετιζόμενη με τη διαχείριση διαφόρων κατηγοριών αποβλήτων. Το εν λόγω άρθρο παρέχει τη δυνατότητα στους ιδιώτες, φυσικά ή νομικά πρόσωπα, να ενεργούν αμέσως και με δική τους πρωτοβουλία τα αναγκαία μέτρα πρόληψης ή αποκατάστασης της ζημίας στο περιβάλλον, εφόσον έχουν συνεννοηθεί με την αρμόδια αρχή – ΥΠΕΚΑ ή Περιφέρεια. Τις δαπάνες για τα μέτρα που έλαβε ο ιδιώτης μπορεί να τις αναζητήσει είτε με τις διατάξεις για τη διοίκηση αλλοτρίων ΑΚ 730 επ. ή για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό ΑΚ 904 επ.

III. Οι βασικές αρχές προστασίας του περιβάλλοντος στη νομολογία

Α. Η αρχή προστασίας της προσωπικότητας στη νομολογία

Η αρχή προστασίας της προσωπικότητας αποτελεί βασική αρχή γύρω από την οποία έχει αναπτυχθεί η νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων αναφορικά με την προστασία του ζωτικού χώρου. Μεταξύ των περιβαλλοντικών αγαθών που προστατεύονται διαμέσου των διατάξεων για την προστασία της προσωπικότητας γίνεται δεκτό ότι περιλαμβάνονται τα δάση και το θαλάσσιο οικοσύστημα.

Το θαλάσσιο οικοσύστημα προστατεύεται στη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων ως ενιαίο σύνολο υπό την έννοια του ευρύτερου χώρου που τελεί υπό την επίδραση της θάλασσας. Περαιτέρω διακρίσεις μεταξύ της θάλασσας ως κοινό τοις πάσι και του αιγιαλού, όρμων και λιμένων ως κοινοχρήστων αγαθών, δεν πραγματοποιούνται.

Ενδεικτική του εύρους της αρχής της προστασίας της προσωπικότητας είναι η ΜονΠρΒόλου 2786/2008 που αφορά στην κατασκευή υδάτινης οθόνης διαφημιστικής χρήσεως εντός της θαλάσσιας ζώνης λιμένος Βόλου, χωρίς να έχει πραγματοποιηθεί προηγούμενη μελέτη για τις αρνητικές επιπτώσεις στο περιβάλλον. Το δικαστήριο απαγόρευσε προσωρινώς την κατασκευή πιθανολογώντας προσβολή

του δικαιώματος της προσωπικότητας από τη διακινδύνευση του οικοσυστήματος της ακτής στην περιοχή του Ι.Ν. Αγίου Κωνσταντίνου, στην παραλία Βόλου. Αναφέρει δε η απόφαση χαρακτηριστικά ότι: «στοιχείο της προσωπικότητας, που αποτελεί εκδήλωση του σχετικού δικαιώματος, αποτελεί μεταξύ άλλων και η απόλαυση κοινοχρήστων πραγμάτων. Τα κοινά σε όλους και τα κοινής χρήσης πράγματα αποτελούν όχι απλώς το περιβάλλον, αλλά και τον απαραίτητο για την επιβίωση και υγιή διαβίωση του ανθρώπου ζωτικό χώρο. Κοινόχρηστα δημόσια κτήματα είναι και οι χώροι και όλα εν γένει τα κτήματα, που περιλαμβάνονται στη ζώνη λιμένα, τα οποία ανήκουν στο Δημόσιο κατά κυριότητα, ανεξάρτητα αν η χρήση και εκμετάλλευσή τους ανήκει στον οικείο φορέα διοίκησης και εκμετάλλευσης λιμένα. Τα αγαθά αυτά αποτελούν το πλαίσιο, μέσα στο οποίο αναπτύσσεται η προσωπικότητα και είναι απαραίτητα για την εξασφάλιση ποιότητας ζωής. Η μη ρύπανση, η διατήρηση, προστασία και ακώλυτη χρήση του περιβάλλοντος αποτελούν αγαθά, που εντάσσονται στο δικαίωμα της προσωπικότητας».

Με το ζήτημα της ρύπανσης του Παγασητικού από τις παρόχθιες βιομηχανίες ασχολείται και η υπ' αριθμόν 1097/229/1989 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Βόλου. Εν προκειμένω, το δικαστήριο δέχθηκε ότι η συνεχής ρυπογόνος επίδραση στον Παγασητικό και η παρεμπόδιση της χρήσης του κατά τον προορισμό του συνιστά προσβολή της προσωπικότητας των αιτούντων και παρέχει στο άτομο αγώγιμη αξίωση από το άρθρο 57 του ΑΚ εναντίον εκείνου από τον οποίο προέρχεται η βλαπτική για το περιβάλλον επενέργεια. Σημαντικό στοιχείο της απόφασης είναι ότι το δικαστήριο δεν αναζήτησε θεμελίωση του παρανόμου σε ειδικότερη διάταξη νόμου. Ενόψει των ανωτέρω, απαγορεύθηκε προσωρινώς στις καθ' ου βιομηχανίες να χρησιμοποιούν τις πλέον ρυπογόνους πρώτες ύλες, μέχρι να τεθεί σε λειτουργία σύγχρονο σύστημα βιολογικού καθαρισμού.

Τέλος, όλως προσφάτως, το Πολυμελές Πρωτοδικείο Πειραιά, στην υπ' αριθμόν 464/2014 απόφαση του, που αφορά στην υπόθεση του ναυαγίου «Sea diamond» στην Καλντέρα της Σαντορίνης, έκρινε ότι «παρ' όλο δε που το Σύνταγμα αναγνωρίζει και προστατεύει με διάφορες διατάξεις την αξία και την προσωπικότητα του ανθρώπου αφ' ενός και το δικαίωμα στο περιβάλλον αφ' ετέρου, τα πιο πάνω έννομα αγαθά είναι αλληλένδετα και αλληλοσυμπληρούμενα. Αποτελούν αδιάσπαστη ενότητα, με την έννοια ότι κάθε υποβάθμιση του δευτέρου συνεπάγεται και προσβολή της αξίας του ανθρώπου και της προσωπικότητάς του. Εξ άλλου στις διατάξεις των αρθ. 2 παρ. 1, 5 παρ. 1 και 24 Συντ. αντιστοιχεί η γενική ρήτρα προστασίας της προσωπικότητας του Αστικού Κώδικα. Η ΑΚ 57 καθιερώνει σφαιρική και απόλυτη προστασία της προσωπικότητας στον Αστικό Κώδικα. Το έννομο αγαθό της προσωπικότητας κατέχει ιδιάζουσα θέση μεταξύ των προστατευτέων από το ιδιωτικό δίκαιο αγαθών».

Αναφορικά με την αστικού δικαίου προστασία του δασικού περιβάλλοντος, παρατηρείται ότι οι αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων είναι ελάχιστες στον αριθμό

και αναγνωρίζουν κατά κύριο λόγο το δικαίωμα χρήσης και απόλαυσης των πάρκων και των αλσών, ως ειδικότερη εκδήλωση του δικαιώματος της προσωπικότητας. Παρόλα αυτά, η σχετική νομολογία παρουσιάζεται άκρως ενδιαφέρουσα.

Χαρακτηριστικές είναι οι υπ' αριθμόν 30/1991 και 19/1992 αποφάσεις του Ειρηνοδικείου Τήνου που εκδόθηκαν κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων. Η εν λόγω διαφορά αφορά σε εργασίες τσιμεντόστρωσης και κοπής δέντρων που πραγματοποίησε ο Δήμος Τήνου σε μέρος του αλσυλλίου στη θέση «Παλλάδα» της πόλης της Τήνου. Αποτέλεσμα των εν λόγω εργασιών ήταν η μερική αλλαγή της χρήσης του άλσους και η μετατροπή της έκτασης σε χώρο στάθμευσης και τοποθέτησης δοχείων απορριμμάτων. Ο Σύλλογος Προστασίας Περιβάλλοντος και Αναδασώσεως Νήσου Τήνου με την επωνυμία «Οι φίλοι του πρασίνου» κατέθεσε αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του Ειρηνοδικείου Τήνου. Το δικαστήριο έκανε σχετικώς δεκτό ότι οι ενέργειες του Δήμου Τήνου που παρεμποδίζουν το δικαίωμα χρήσης και απόλαυσης του κοινόχρηστου άλσους προσβάλλουν την προσωπικότητα του αιτούντος σωματείου, ενώ δέχθηκε την έμμεση τριτενέργεια του άρθρου 24 του Συντάγματος μέσω των διατάξεων των ΑΚ 57 και 967.

Ειδικότερα η ΕιρΤήνου 30/1991 καταλήγει στην κρίση ότι αφενός το φυσικό και πολιτιστικό περιβάλλον προστατεύεται από την Πολιτεία, αφετέρου δε ότι παρέχεται στο άτομο δικαίωμα να ζητήσει έννομη προστασία όταν αποστερείται τη χρήση και απόλαυση των πραγμάτων αυτών. Η ΕιρΤήνου 19/1992 υπογραμμίζει με έμφαση ότι το συγκεκριμένο κοινόχρηστο αλσύλλιο αποτελεί έναν από τους λιγοστούς χώρους πρασίνου στην πόλη της Τήνου, η ύπαρξη του οποίου εγγυάται, εκτός των άλλων, την ψυχική και σωματική υγεία των κατοίκων, τυχόν μάλιστα δε εξαφάνισή του οδηγεί με βεβαιότητα σε αλλοίωση και υποβάθμιση του περιβάλλοντος, εντός του οποίου αναπτύσσεται η προσωπικότητα των κατοίκων.

Στην υπ' αριθμόν 207/2010 απόφαση του Αρείου Πάγου η προστασία του δάσους ως κοινόχρηστου πράγματος επιβεβαιώνεται ακόμη και στην περίπτωση που το περιβαλλοντικό αγαθό έχει αποψιλωθεί και εν γένει υποβαθμιστεί. Η προκειμένη περίπτωση αφορούσε σε κατεστραμμένο ήδη από το 1990 δημόσιο πευκοδάσος, πλησίον της αττικής οδού επί του οποίου η αναιρεσίβλητη είχε ανεγείρει οικοδομή. Το ανώτατο δικαστήριο δέχθηκε ότι «η παράνομη προσβολή του δικαιώματος επί της προσωπικότητας μπορεί να συνίσταται είτε σε αυθαίρετο αποκλεισμό της προσβάσεως σε δημόσιο δάσος, είτε σε αλλοίωση της φυσιογνωμίας ή καταστροφή του, με συνέπεια να υποβαθμίζεται (για λόγους αισθητικής, αναψυχής και υγιεινής) η ποιότητα ζωής των ευρισκομένων διαρκώς ή προσκαίρως σε τοπική σχέση με το δημόσιο δάσος» και αναίρεσε την απόφαση του Εφετείου που είχε εσφαλμένως δεχθεί ότι η επίδικη έκταση είχε απολέσει τον δασικό – και συνεπώς κοινόχρηστο – χαρακτήρα της λόγω της αποψιλώσεώς της. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει επίσης το γεγονός ότι ο Άρειος Πάγος για τη θεμελίωση τόσο της προσβολής του αναιρεσείοντος όσο και της τοπικής σχέσης του με το

επίδικο αρκέστηκε απλώς στη ματαίωση της δυνατότητας απολαύσεως των ωφελειών του κοινόχρηστου δημόσιου δάσους λόγω της κατοικίας ή της γειτονικής ιδιοκτησίας του, χωρίς να απαιτείται περαιτέρω και χειροτέρευση της ποιότητας ζωής του αναιρεσείοντος.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η απόφαση 403/2013 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Χαλκίδας που εκδόθηκε κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων και αφορά στην προσωρινή επανασύνδεση και επαναλειτουργία βιολογικού καθαρισμού οικισμού ιατρών σε περιοχή της Εύβοιας που είχε όμως ανοικοδομηθεί σε ακίνητο των καθ' ων. Οι τελευταίοι, με εσκεμμένες φθορές στο αποχετευτικό σύστημα του οικισμού, επέτυχαν τη διακοπή λειτουργίας των εγκαταστάσεων της μονάδας επεξεργασίας και βιολογικού καθαρισμού λυμάτων.

Ενόψει της δημιουργηθείσας κατάστασης, ο συνεταιρισμός και κάποιοι από τους βλαπτόμενους οικιστές ζήτησαν με σχετική αίτηση ασφαλιστικών μέτρων να επιτραπεί η επανασύνδεση με τον σταθμό βιολογικού καθαρισμού και η αποκατάσταση της λειτουργίας του, προσωρινά και μέχρις επιτεύξεως της μεταφοράς του, επικαλούμενοι τους ορισμούς του άρθρου 57 ΑΚ του άρθρου 24 του Συντ. κ.λπ., τον δημιουργούμενο για τους κατοίκους της περιοχής και την υγεία τους κίνδυνο και το κατεπείγον της περιπτώσεως.

Το Δικαστήριο δέχθηκε ότι «στην προκειμένη περίπτωση υφίσταται παράνομη προσβολή του δικαιώματος της προσωπικότητας των φυσικών προσώπων-αιτούντων που είναι μέλη του πρώτου αιτούντος Συνεταιρισμού αλλά και δημότες του Δήμου ... και πολίτες της ευρύτερης περιοχής της Στερεάς Ελλάδας, η οποία – προσβολή – συνίσταται αφενός στη διακινδύνευση των έννομων αγαθών της υγείας των προσώπων αυτών, ως επιμέρους εκδήλωσης-έκφανσης ή πλευράς του ενιαίου δικαιώματος της προσωπικότητας, αφετέρου στην προσβολή του κοινωνικού αγαθού του φυσικού περιβάλλοντος και του δικαιώματος απόλαυσης των περιβαλλοντικών αγαθών και της ωφέλειας του ζωτικού χώρου (υδροφόρος ορίζοντας, έδαφος, θάλασσα), των οποίων είναι χρήστες ως κάτοικοι της περιοχής, αφού τα παραπάνω περιβαλλοντικά στοιχεία διαταράσσονται από τους καθ' ων η αίτηση κατά τέτοιο τρόπο, ώστε αλλοιώνεται ουσιωδώς η κοινή ωφέλεια που πηγάζει από αυτά» και ακολούθως έκανε δεκτή την αίτηση.

Συχνά τη νομολογία απασχολεί το ζήτημα των κοινοχρήστων οδών. Τον Άρειο Πάγο απασχόλησε στην υπ' αριθμόν 1414/2011 απόφασή του το ζήτημα προϋφιστάμενης κοινόχρηστης οδού που εντάχθηκε στη συνέχεια στα όρια αιγιαλού. Το αναθεωρητικό Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι κοινόχρηστη οδός που προϋπήρχε της ένταξής της στα όρια αιγιαλού ή παραλίας, διατηρείται και στη συνέχεια ως κοινόχρηστη οδός με απλή ενδεχομένως μεταβολή του δικαιώματος κυριότητας σε αυτή, που περιέρχεται σε κάθε περίπτωση στο Δημόσιο. Μεταξύ των άλλων, δέχθηκε ότι «παράνομη προσβολή της προσωπικότητας ... δημιουργείται και όταν το άτομο παρακωλύεται στην ελεύθερη χρήση κοινόχρηστης οδού, δηλ. οδού

προορισμένης για χρήση από αόριστο αριθμό ατόμων, που δεν αποκτούν βέβαια άμεση εξουσία στην οδό με την έννοια δικαιώματος νομής ή κατοχής, αλλ' απλή δυνατότητα χρήσης ως έκφραση της προσωπικότητάς τους, οπότε η παρεμπόδιση της κοινοχρησίας αντανακλά ακριβώς ως προσβολή της ίδιας της προσωπικότητάς τους».

Η νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων, με την επίκληση της λεγόμενης αρχής της προφύλαξης, η οποία έλκει την καταγωγή της από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προστατεύει την υγεία του προσώπου, ως ειδικότερη έκφανση του δικαιώματος στην προσωπικότητα σε μια σειρά αποφάσεων ιδίως αναφορικά με την τοποθέτηση κεραιών κινητής τηλεφωνίας. Σταθμό αποτελεί η υπ' αριθμόν 13776/2002 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης επί αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων. Ο αιτών Δήμος Πυλαίας ζήτησε την απαγόρευση λειτουργίας σταθμού βάσης-κεραίας κινητής τηλεφωνίας που είχε εγκατασταθεί στο δώμα της διώροφης οικοδομής, καθώς από την εγκατάσταση και τη λειτουργία του συστήματος ραδιοεπικοινωνίας, που έχει καλυφθεί με χαλυβδοελάσματα για να μην γίνει αντιληπτή από τους περιοίκους, εκπεμπόταν ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία, με αποτέλεσμα να προκαλείται από την έκθεση ανεπανόρθωτη βλάβη στην υγεία των κατοίκων της πυκνοκατοικημένης περιοχής του Δήμου Πυλαίας, στην οποία υπάρχουν πολλές διώροφες κατοικίες σε απόσταση ελάχιστων μέτρων, καθώς και Δημοτικό Σχολείο. Το Δικαστήριο δέχθηκε την αίτηση και απαγόρευσε προσωρινά τη λειτουργία των μηχανημάτων και της επίδικης κεραίας κινητής τηλεφωνίας από την εταιρεία κινητής τηλεφωνίας.

Στο πλαίσιο του άρθρου 57 ΑΚ, δέχθηκε ειδικότερα ότι η επιστημονική αβεβαιότητα σχετικά με την επικινδυνότητα των ηλεκτρομαγνητικών ακτινοβολιών στην υγεία δημιουργεί τεκμήριο υπέρ της υγείας και τους περιβάλλοντος με βάση την αρχή «της προφύλαξης». Σύμφωνα με την αρχή αυτή, έκρινε ότι «και αν ακόμη δεν είναι βέβαιο ότι τα παραπάνω επιβλαβή αποτελέσματα στους ενοίκους τελούν σε αιτιώδη σχέση με την τοποθέτηση της επίδικης κεραίας κινητής τηλεφωνίας, πρέπει να λαμβάνονται μέτρα προφύλαξης για να μην επέλθει το χειρότερο από ενδεχόμενη θεμιτή αμφιβολία ως προς τις συνέπειες αυτών, δεδομένου μάλιστα και του προκληθέντος πανικού και της ανησυχίας στους περιοίκους (της επίδικης κεραίας κινητής τηλεφωνίας) για την υγεία αυτών και των ανήλικων παιδιών τους από τις βλαπτικές συνέπειες των ακτινοβολιών της κεραίας αυτής. Αλλά και το γεγονός ότι δεν έχει ακόμη αποδειχθεί με βεβαιότητα ότι η ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία των κεραιών κινητής τηλεφωνίας προκαλεί σοβαρές βλάβες στην υγεία, επιβάλλεται για την προστασία της υγείας των πολιτών να μην βρίσκονται οι κεραίες αυτές σε μεγάλη γειτνίαση από κατοικίες, και πρέπει να κατασκευάζονται πύργοι τουλάχιστον 500 μέτρα μακριά από κατοικίες και να μη χρησιμοποιούνται κεραίες ευαίσθητες μεγάλης απολαβής».

Β. Η αρχή προστασίας της κυριότητας στη νομολογία

Αναφορικά με την αρχή προστασίας της κυριότητας, ιδιαίτερη σημασία έχουν οι διατάξεις του γειτονικού δικαίου που περιορίζουν ή καλύτερα προσδιορίζουν το περιεχόμενο του δικαιώματος της κυριότητας. Πράγματι, οι διατάξεις του γειτονικού δικαίου αποσκοπούν κυρίως στην προστασία ιδιωτικών συμφερόντων και ιδίως της κυριότητας. Η κοινωνική και τεχνολογική εξέλιξη, πλην όμως, και η συνταγματική προστασία του περιβάλλοντος επιτρέπουν την αξιοποίηση των διατάξεων του γειτονικού δικαίου στην προστασία του ζωτικού χώρου. Ιδίως η αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης που καθιερώνεται στο άρθρο 24 του Συντάγματος οδηγεί στην ανάγκη εναρμονισμένης προς το Σύνταγμα και τις αρχές του ενωσιακού δικαίου ερμηνείας των ΑΚ 1003 επ., ώστε η οικονομική δραστηριότητα να μην αναπτύσσεται ερήμην της προστασίας του περιβάλλοντος.

Νομολογιακή εφαρμογή της παραπάνω θέσης εντοπίζεται στο σκεπτικό της υπ' αριθμόν 956/2002 απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Πατρών. Η διαφορά αφορούσε στην εκπομπή σκόνης αδρανών υλικών και τσιμέντου από εργοστάσιο παραγωγής έτοιμου σκυροδέματος, η οποία επικάθετο στο έδαφος των ακινήτων των αιτούντων, καθώς και στα φύλλα και στους καρπούς των ελαιόδεντρων και του αμπελιού τους. Αποτέλεσμα της εν λόγω επικάθησης σκόνης ήταν μείωση του ρυθμού ανάπτυξης των φυτών και δέντρων και η δημιουργία καχεκτικών φυτών με παραγωγή ποσοτικώς και ποιοτικώς μειωμένη. Το Δικαστήριο που δίκασε σε δεύτερο βαθμό δέχθηκε ότι μόνη η λειτουργία του εργοστασίου παραγωγής σκυροδέματος της καθ' ης δεν αλλάζει τον καθαρώς αγροτικό χαρακτήρα της περιοχής όπου βρίσκονται τα ακίνητα των αιτούντων και συνακόλουθα η εκπομπή σκόνης από το εργοστάσιο δεν μπορεί να γίνει ανεκτή.

Γ. Η αρχή του μη ζημιούν στη νομολογία

Τα δικαστήρια απασχόλησε το ζήτημα της αδικοπρακτικής ευθύνης για περιβαλλοντική ζημία που προκλήθηκε από εκπομπές επιχείρησης η οποία λειτουργούσε με άδεια της αρχής. Ειδικότερα, το Εφετείο Αθηνών, με την υπ' αριθμόν 10668/1984 απόφασή του έκρινε ότι η εκπομπή φθορίου από επιχείρηση επεξεργασίας βωξίτη και παραγωγής αλουμινίου θεμελιώνει αδικοπρακτική ευθύνη για την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη γείτονας και η οποία συνίσταται στη μόλυνση φυτών και δέντρων του και στη θανάτωση μελισσών που κατείχε. Το γεγονός ότι η συγκεκριμένη επιχείρηση λειτουργούσε βάσει ειδικής νομοθεσίας προς τους όρους της οποίας είχε συμμορφωθεί δεν αναιρούσε την αδικοπρακτική ευθύνη του ζημιώσαντος. Το δικαστήριο, έταμε το πραγματικό των κανόνων της ΑΚ 914 και ΑΚ 1003 και δέχθηκε ότι η εφαρμογή του άρθρου 914 ΑΚ δεν παρακωλύεται εν συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 1003 ΑΚ, εάν υφίσταται αμέλεια του κυρίου του βλάπτοντος ανα-

φορικά με τη λήψη πρόσθετων μέτρων, πρόσφορων για την αποτροπή της ζημίας. Σε μια τέτοια περίπτωση, γενεσιουργό αίτιο της ζημίας δεν είναι η εκπομπή των επενεργειών που προέρχονται από το βλάπτον ακίνητο, αλλά η υπαιτιότητα του κυρίου του βλάπτοντος που δεν εγκατέστησε τους αναγκαίους φθοριοσυλλέκτες.

IV. Ακροτελεύτιες παρατηρήσεις

Το συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμα στο περιβάλλον, ιδίως μετά την αναθεώρηση του 2001, και οι διατάξεις του αστικού δικαίου, με έμφαση ασφαλώς στο δικαίωμα χρήσης και απόλαυσης των περιβαλλοντικών αγαθών, ως έκφραση του δικαιώματος στην προσωπικότητα κατά το άρθρο 57 ΑΚ αποτέλεσαν τα στέρεα θεμέλια πάνω στα οποία κτίστηκε η προστασία και θωράκιση του περιβάλλοντος μέσω του ιδιωτικού δικαίου. Χάρη στη σοφή νομολογιακή επεξεργασία και τη διαυγή επιστημονική καθοδήγηση, το σύνολο των ρυθμίσεων κοινού δικαίου και δικαίου υπερνομοθετικής ισχύος για την προστασία του περιβάλλοντος, όπως εμπλουτίζεται από τις αρχές και διατάξεις του ευρωπαϊκού–ενωσιακού δικαίου, αποτέλεσε και αποτελεί μέχρι σήμερα ένα ελάχιστο δικαιικό νομοθετικό κεκτημένο, ανεπίδεκτο οποιασδήποτε νομοθετικής μεταρρύθμισης ή νομολογιακής παρέκκλισης επί τα χείρω. Το περιβάλλον και η προστασία του είναι αγαθό απόλυτο, νομοθετικός στόχος μονοσήμαντος και απαρέγκλιτος. Η διάταξη του άρθρου 24 του Συντάγματος, ως κορωνίδα του περιβαλλοντικού δικαιικού κεκτημένου είναι ανεπίδεκτη οποιωνδήποτε σταθμίσεων με άλλα έννομα αγαθά, πλην της αξίας του ανθρώπου με την οποία και είναι ισότιμη, ως απαραίτητη προϋπόθεση της ίδιας της ύπαρξης του ανθρώπου. Συνεπώς, η όποια μεταρρύθμιση του νομοθετικού πλαισίου, είτε σε επίπεδο κοινού νόμου ή και Συντάγματος, μόνο σε προφανή βελτίωση της προστασίας του περιβάλλοντος είναι επιτρεπτό να οδηγήσει.

Εν κατακλείδι, το περιβάλλον και η προστασία του δεν αποτελούν τίποτα λιγότερο παρά την προφανή απάντηση στο υπαρξιακό μας ερώτημα και κατάφαση στην αρμονία της φύσεως, στην αισθητική και στην ποιότητα ζωής μας· κατάφαση, σε τελευταία ανάλυση, στην ίδια την αξία του ανθρώπου, και υπό την έννοια αυτή διαχρονική φιλοσοφική αναζήτηση και θέση.

Ενδεικτική Βιβλιογραφία

Βοσινάκης Α., σε *ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλο*, άρθρο 925.

Γαζής Α., «*Γενικαί αρχαί του αστικού δικαίου*», 1973.

Γεωργιάδης Απ., «*Εμπράγματο Δίκαιο*», β΄ έκδοση, 2010.

Γεωργιάδης Απ., «*Γενικές αρχές αστικού δικαίου*», 3η έκδοση, 2002.

Γεωργιάδης Απ., «*Ενοχικό Δίκαιο, γενικό μέρος*», 1999.

Γεωργιάδης Απ., σε *ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλο*, άρθρο 281.

Γεωργιάδης Απ., σε *ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλο*, άρθρα 1003-1032 εισαγωγικές παρατηρήσεις.

Γεωργιάδης Απ., σε *ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλο*, άρθρα 1003-1005.

Δακορώνια Ε., «Εκπομπές και περιβαλλοντική ζημία από λειτουργία επιχείρησης με άδεια της αρχής», *Περιβάλλον και Δίκαιο 1997*, σελ. 15 επ.

Καλαβρός Αλ., «*Προστασία των περιβαλλοντικών αγαθών και ευθύνη κατά τον Αστικό Κώδικα*», 2009.

Καλλία – Αντωνίου, «*Η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για την κοινοτική πολιτική βιώσιμης ανάπτυξης και προστασίας περιβάλλοντος*», 1999.

Καρακατσάνης Ι., σε *ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλο*, άρθρο 57.

Καράκωστας Ι., «*Το δίκαιο των αδικοπραξιών – άρθρα 914-938*», 2014.

Καράκωστας Ι., «*Περιβάλλον & Δίκαιο – Δίκαιο διαχείρισης και προστασίας των περιβαλλοντικών αγαθών*», 3η έκδοση, 2011.

Καράκωστας Ι., «*Το δίκαιο της προσωπικότητας*», 2011.

Καράκωστας Ι., «Ιδιωτικό δίκαιο προστασίας του περιβάλλοντος», *Νομικό Βήμα 2010*, σελ. 1921 επ.

Καράκωστας Ι., «*Η κατάχρηση δικαιώματος στις εμπράγματες σχέσεις*», 2009.

Καράκωστας Ι., «*Δίκαιο προστασίας του καταναλωτή (Ν. 2251/1994)*», 2008.

Καράκωστας Ι., «*Ευθύνη του παραγωγού για ελαττωματικά προϊόντα*», 2008.

Καράκωστας Ι., «*Περιβάλλον & Δίκαιο – Δίκαιο διαχείρισης και προστασίας των περιβαλλοντικών αγαθών*», 2η έκδοση, 2006.

Καράκωστας Ι., «Προστασία του θαλασσίου περιβάλλοντος μέσω της ΑΚ 57 (γνωμοδότηση)», *Πειραϊκή Νομολογία 1991*, σελ. 645 επ.

Καράκωστας Ι., «Απειλούμενη συνταγματική παραβίαση του περιβαλλοντικού κεκτημένου - Το άρθρο 24 του Συντάγματος μη αναθεωρητέα διάταξη», *Νομικό Βήμα 2001*, 164.

Καράκωστας Ι., «Αδικοπρακτική ευθύνη για περιβαλλοντική ζημία (άρθρο 29 Ν. 1650/1986)», *Περιβάλλον και Δίκαιο 2000*, σελ. 162 επ.

Καράκωστας Ι., «Επικίνδυνες δραστηριότητες και αστικό δίκαιο του περιβάλλοντος», *Περιβάλλον και Δίκαιο 1997*, σελ. 4 επ.

Καράκωστας Ι., «Η προστασία των περιβαλλοντικών αγαθών μέσα από τη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων», *Ενθύμημα στον Άλκη Αργυριάδη, Ι, 1995*.

Καράκωστας Ι., «*Περιβάλλον και αστικό δίκαιο*», 1986.

Καράκωστας Ι., «Ενέργεια και προστασία του περιβάλλοντος στην ευρωπαϊκή προοπτική», σε *Καράκωστας Ι. – Νίκας Δ., Ενέργεια και περιβάλλον στην προοπτική της Ευρώπης*, Συνέδριο FIDE 1998.

Κοτσίρης Λ., «Αστική ευθύνη για ρύπανση θαλάσσης από πετρελαιοειδή», σε *Αφιέρωμα Α. Λιτζερόπουλου*, τόμος Α΄, σελ. 505 επ.

Λαζαρέτου Θ., «Κριτικές σκέψεις για τη νομική προστασία των παράκτιων ζωνών στην Ελλάδα», *Νόμος και Φύση 2/1995*, σελ. 373 επ.

Μαριά Ε. Α., «*Η νομική προστασία των δασών*», 1998.

Μπαλής Γ., «*Γενικαί αρχαί*», 1961.

Μπαλής Γ., «*Εμπράγματον Δίκαιον*», 1961

Μπόσδας Δ., «Συμβολή εις την έννοιαν της διοικήσεως αλλοτρίων», *Νομικό Βήμα 1970*, σελ. 777 επ.

Παπαγιάννης Γ., «*Η δασική ιδιοκτησία*», 2011.

Παπαδόπουλος Κ., «*Αρνητική αγωγή*», 1984.

Παπανικολάου Π., σε *ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου*, άρθρα 730, 736.

Παπαντωνίου Ν., «*Γενικές αρχές αστικού δικαίου*», 3η έκδοση, 1983.

Παπαντωνίου Ν., «*Η καλή πίστις εις το αστικόν δίκαιον*», 1957.

Παπαχρήστου Α., «Η προστασία της προσωπικότητας και το άρθρο 299 ΑΚ», *Το Σύνταγμα 1981*, σελ. 42 επ.

Πούλου Ε., «Αδυναμία χρήσης ακινήτου ως συνέπεια της υποχρέωσης ανοχής κατά το άρθρο 1003 ΑΚ», *Περιβάλλον και Δίκαιο 2010*, σελ. 625 επ.

Ρώτης Ν., «Ανοίγματα της νομολογίας για την προστασία του περιβάλλοντος», *Δίκαιο και Περιβάλλον 3*, 1984, σελ. 16 επ.

Ρώτης Ν., «Η συνταγματική κατοχύρωση της προστασίας του περιβάλλοντος», *Τιμητικός Τόμος ΣτΕ Ι*, 1979, σελ 121 επ.

Σακελλαρόπουλος Α., «Σκέψεις για το πρόβλημα του περιβάλλοντος από τη νομική σκοπιά», σε *τιμητικό τόμο του ΣτΕ 1929 – 1979 ΙΙ*, 1982.

Σημαντήρας Κ., «*Γενικές αρχές αστικού δικαίου*», 1988.

Σιούτη Γ., «*Η συνταγματική κατοχύρωση της προστασίας του περιβάλλοντος*», 1985.

Σταθόπουλος Μ., «*Γενικό ενοχικό δίκαιο*», 2004.

Σταθόπουλος Μ., σε *ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλο*, άρθρο 299.

Τάχος Α., «*Δίκαιο προστασίας του περιβάλλοντος*», 1998.

Ελένη Καραμανάκου*

Η ευθύνη του αντιπροσώπου του μετόχου κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου

Ι. Παρουσίαση της προβληματικής

Μεγάλη σημασία στην – σύγχρονη ειδικά – πρακτική των ανωνύμων εταιριών παρουσιάζει η δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος ψήφου μέσω αντιπροσώπου, μιας και η αυτοπρόσωπη συμμετοχή των μετόχων (και κυρίως των μικρομετόχων) στη γενική συνέλευση δεν είναι πολλές φορές δυνατή ή και επιθυμητή από τους ίδιους. Ο αντιπρόσωπος όμως, ειδικά σε περιπτώσεις όπου έχει ίδια οικονομικά συμφέροντα ή διατηρεί στενούς δεσμούς με τη διοίκηση της εταιρίας ή άλλους φορείς εξωεταιρικών συμφερόντων, ενδέχεται να μην ακολουθεί τις εντολές του αντιπροσωπευόμενου μετόχου ως προς τον τρόπο της ψηφοφορίας (αν βέβαια του έχουν δοθεί τέτοιες εντολές) και να ψηφίζει κατά τον τρόπο που ο ίδιος επιθυμεί προκαλώντας μάλιστα ζημία στα εταιρικά συμφέροντα.

Σε αυτές τις περιπτώσεις, όπου ο αντιπρόσωπος κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου δεν εξωτερικεύει τη δικαιοπρακτική βούληση του αντιπροσωπευόμενου μετόχου, αλλά ενεργεί αυτοβούλως ζημιώνοντας τα εταιρικά συμφέροντα, κρίνεται δικαιοπολιτικά σκόπιμο να φέρει ο ίδιος προσωπικά τις αποζημιωτικές συνέπειες της ψηφοδοτικής του συμπεριφοράς. Ενώ όμως έναντι του αντιπροσωπευόμενου μετόχου τέτοια ευθύνη δεν προβληματίζει λόγω της εσωτερικής σχέσης, που τους συνδέει, δεν μπορεί το ίδιο απροβλημάτιστα να θεμελιωθεί αντίστοιχη ευθύνη του αντιπροσώπου απέναντι στην εταιρία και τους υπόλοιπους μετόχους, με τους οποίους δεν συνδέεται συμβατικώς. Κρίσιμη είναι επομένως η αναζήτηση της κατάλληλης δογματικής βάσης για τη θεμελίωση προσωπικής ευθύνης του αντιπροσώπου στις περιπτώσεις όπου αυτός, όταν χωρίς να έχει σαφείς οδηγίες από τον αντιπροσωπευόμενο μέτοχο ή όταν ενεργεί κατά παράβαση των οδηγιών αυτών, προκαλεί με την άσκηση του δικαιώματος ψήφου βλάβη στην εταιρία και στα λοιπά – πλην του αντιπροσωπευόμενου μετόχου – μέλη της.

ΙΙ. Η άσκηση του δικαιώματος ψήφου μέσω αντιπροσώπου

Α. Η δυνατότητα μη αυτοπρόσωπης άσκησης του δικαιώματος ψήφου

Η γενική συνέλευση αποτελεί το ανώτατο και σπουδαιότερο όργανο της ανώνυμης εταιρίας (άρθρ. 33 κ.ν. 2190/1920), το οποίο είναι αποκλειστικά αρμόδιο να

* Δ.Ν., Δικηγόρος Τράπεζας της Ελλάδος.

αποφασίζει για τα πιο θεμελιώδη ζητήματα της εταιρικής ζωής (βλ. ιδίως άρθρ. 34 κ.ν. 2190/1920)[1]. Δικαίωμα συμμετοχής στη γενική συνέλευση έχουν (κατ' αρχήν) οι οικονομικοί ιδιοκτήτες της εταιρικής περιουσίας, όσοι δηλ. νομιμοποιούνται ως μέτοχοι της ανώνυμης εταιρίας[2]. Η πρακτική αξία του δικαιώματος συμμετοχής στη γενική συνέλευση συνίσταται στο ότι παρέχει στους δικαιούχους του τη δυνατότητα να παρίστανται στη γενική συνέλευση, να συμμετέχουν στις συζητήσεις, που διεξάγονται κατά τη διάρκεια αυτής, να εκφράζουν την προσωπική τους θέση, η οποία αποτυπώνεται στα πρακτικά, και – το σπουδαιότερο – να συμμετέχουν στη διαδικασία της ψηφοφορίας ασκώντας το δικαίωμα ψήφου[3]. Με το δικαίωμα ψήφου, το οποίο θεωρείται το σημαντικότερο από τα δικαιώματα διοίκησης του μετόχου[4], παρέχεται στο μέτοχο η δυνατότητα να συνδιαμορφώνει τις εταιρικές υποθέσεις, που τον αφορούν[5]. Μέσα από τη συμμετοχή του στη διάπλαση της εταιρικής βούλησης[6] ο μέτοχος διασφαλίζει την εταιρική και οικονομική του θέση μέσα στην ανώνυμη εταιρία[7] και εξυπηρετεί τα δικαιολογημένα συμφέροντά του εντός αυτής[8].

Το δικαίωμα ψήφου αποτελώντας, όπως διαφάνηκε, εργαλείο προάσπισης της επένδυσης των οικονομικών ιδιοκτητών της ανώνυμης εταιρίας είναι αναπόσπαστα συνδεδεμένο με τη μετοχική ιδιότητα (άρθρ. 30 κ.ν. 2190/1920)[9] και υπό αυτήν την ιδιότητα και μόνο μπορεί και ασκείται[10]. Η συμμετοχή ωστόσο των μετόχων στη διαδικασία της

---

1 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, 2012, 251–252, *τον ίδιο*, Τα όρια της εξουσίας της πλειοψηφίας εις το δίκαιον των ανωνύμων εταιριών, 1978, 23επ., *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung und Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters, 1996, 124.

2 Για τη νομιμοποίηση των μετόχων έναντι της εταιρίας, βλ. αναλυτικά *Βερβεσό*, σε ΔικΑΕ 2010, 8β, αρ. 1επ. Για τις διατυπώσεις, που υποχρεούνται να τηρήσουν οι δικαιούμενοι συμμετοχής στη ΓΣ της ανώνυμης εταιρίας – με μετοχές, που δεν είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο, και με μετοχές, που είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο – βλ. *Αντωνόπουλο*, σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, Ερμηνεία ΑΕ 2013, άρθρ. 28, αρ. 1επ. και άρθρ. 28α, αρ. 1επ., *Κουλορίδα*, σε ΔικΑΕ 2010, 28, αρ. 10επ.

3 Βλ. *Αντωνόπουλο*, σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, ό.π., άρθρ. 30α, αρ. 4, *Αυγητίδη*, σε ΔικΑΕ 2010, 30, αρ. 1, *Κορνηλάκη/Σκαλίδη*, Ζητήματα αντιπροσώπευσης μετόχου σε γενική συνέλευση (γνμδ), ΕΤρΑξΧρΔ 2006, 435επ., 437, *Κουλορίδα*, ό.π., αρ. 9. Ωστόσο, οι προνομιούχοι μέτοχοι χωρίς δικαίωμα ψήφου, ενώ έχουν δικαίωμα παράστασης στη ΓΣ και συμμετοχής στη συζήτηση, δεν δικαιούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία της ψηφοφορίας ασκώντας το δικαίωμα ψήφου, βλ. σχετικά *Σωτηρόπουλο*, σε ΔικΑΕ, τ. 1, 2002, 3, αρ. 61 με περαιτέρω παραπομπές.

4 Βλ. *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιον των εταιρειών, τ. 2, 1972, 316, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 368, *Beckerhoff*, ό.π., 124, *Christians*, Der Aktionär und sein Stimmrecht, AG 1990, 47επ., *Staehelin*, Gedanken zur Organisation der Aktiengesellschaft, σε FS Ruck, 249επ., 250, *Winnefeld*, Stimmrecht, Stimmabgabe und Beschluss, ihre Rechtsnatur und Behandlung, DB 1972, 1053επ.

5 Βλ. *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, 33.

6 Βλ. *Müller – Erzbach*, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948, 158, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 434επ., *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtrechtlicher Personenverbände, 1963, 11.

7 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 34, *Friedewald*, Die personalistische Aktiengesellschaft, 1991, 60.

8 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 34, *Zöllner*, ό.π., 14.

9 Βλ. *Flumme*, Allgemeines Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Die juristische Person, 1983, 201, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 604, *Winnefeld*, ό.π., 1053. Το δικαίωμα ψήφου δίδεται στους μετόχους ως «αντάλλαγμα» για την εισφορά, που καταβάλλουν με την είσοδό τους στην ανώνυμη εταιρία, βλ. *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 146.

10 Βλ. ωστόσο και τη δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος ψήφου από τον ενεχυρούχο δανειστή κατ' άρθρ. 30α §1 κ.ν. 2190/1920) ή από τον επικαρπωτή κατ' άρθρ. 30α §2 κ.ν. 2190/1920), οι οποίοι βέβαια έχουν αποκτήσει εμπράγματο δικαίωμα επί μετοχών.

ψηφοφορίας (αλλά και γενικότερα στη γενική συνέλευση)[11] δεν είναι απαραίτητο να είναι αυτοπρόσωπη, αλλά μπορεί να πραγματοποιηθεί και μέσω αντιπροσώπου (βλ. άρθρ. 27§2, 28§3, 28α§1,2,3, 29§1 κ.ν. 2190/1920)[12], μιας και η ψήφος, η οποία – κατά την ορθότερη άποψη – αποτελεί μονομερή δήλωση βούλησης[13] είναι δεκτική αντιπροσώπευσης (βλ. άρθρ. 211 ΑΚ)[14]. Η δυνατότητα μάλιστα της αντιπροσώπευσης των μετόχων κατά την ψηφοδοσία δεν μπορεί να αποκλειστεί από το καταστατικό[15].

Ο μέτοχος μπορεί να συμμετάσχει στην ψηφοφορία όχι μόνον με έναν αλλά και με περισσότερους αντιπροσώπους, οι οποίοι μπορούν να ψηφίσουν σε διαφορετική κατεύθυνση ο καθένας για τις μετοχές, που εκπροσωπεί[16]. Δυνατή είναι επίσης η συμμετοχή στη γενική συνέλευση περισσότερων μετόχων με τον ίδιο αντιπρόσωπο[17]. Για την αντιπροσώπευση του μετόχου απαιτείται η παροχή πληρεξουσιότητας[18], η οποία μπορεί να είναι είτε ειδική και να αφορά μία συγκεκριμένη συνέλευση είτε γενική και να αναφέρεται σε περισσότερες συνελεύσεις[19]. Στο άρθρ. 30β κ.ν. 2190/1920 προβλέπεται ειδικά η δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος ψήφου μέσω πιστωτικών ιδρυμάτων[20], όταν οι μέτοχοι, που καταθέτουν σε αυτά

11 Βλ. *Κοκκίνη*, σε ΔικΑΕ, τ. 4, 2000, 28, αρ. 16.

12 Βλ. *Κορνηλάκη/Σκαλίδη*, ό.π., 435, *Κουλορίδα*, ό.π., αρ. 99επ., *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, τ. 4, 2000, 30β, αρ. 10, *Παναγιώτου*, Το δικαίωμα ψήφου στις κεφαλαιουχικές εταιρίες, 2014, 59, *Παπαπαναγιώτου*, Νομιμοποιήσεις και αντιπροσωπεύσεις μετόχου κατά την άσκησιν εξουσίας ψήφου, 2007, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 368, *Ψυχομάνη*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, 2013, 317επ. Αναλυτικά για την περίπτωση των νομικών προσώπων, βλ. *Τζουγανάτο*, Πληρεξουσιότητα και οργανική εκπροσώπηση των εμπορικών εταιριών, Δ 28, 1052επ. Διαφορετικό είναι το ζήτημα της εκχώρησης του δικαιώματος ψήφου, βλ. *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιον των εταιρειών, τ. 3, 1974, 279, 280, 339.

13 Βλ. ενδεικτικά *Αντωνόπουλο*, Δίκαιο ΑΕ&ΕΠΕ, 2012, 223, *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιον των εταιρειών, τ. 2, ό.π., 317, *τον ίδιο*, Παράσταση και ψήφος μη μετόχου σε ΓΣ, ΔΕΕ 2000, 1059επ., 1060, *Γιοβαννόπουλο*, Ελαττωματικές αποφάσεις γενικής συνέλευσης ΑΕ, Όψεις Ακυρωσίας, τ. 1, 2012, 303, *τον ίδιο,* σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 35α, αρ. 13, *Κορνηλάκη/Σκαλίδη*, ό.π., 437, *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 35. Η άποψη αυτή είναι η κρατούσα και στο γερμανικό δίκαιο, βλ. ενδεικτικά *Hüffer*, σε AktG, §54, αρ. 22, *Kunze*, Positive Stimmpflichten im Kapitalgesellschaftsrecht, 2003, 213, *Müller – Erzbach*, ό.π., 219, *Pallandt/Heinrichs*, σε BGB 2009, §32, αρ. 8, *Winnefeld*, ό.π., 1053, BGHZ 14, 264, 267. Για την αντίθετη άποψη, κατά την οποία η ψήφος του μετόχου αποτελεί δικαιοπραξία, βλ. *ΠΠρΑθ* 3265/1991, ΕΕμπΔ 1991, 444, *Πασσιά*, Το δίκαιον της αε, τ. 2, 1955, 342, *Παμπούκη*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Γενικόν Μέρος, 1979, 288.

14 Για το αντικείμενο της αντιπροσώπευσης, βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2012, 659 – 660, *Δωρή*, σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο ΑΚ, 211, αρ. 2, 5–6, *Μπόσδα*, Η αντιπροσώπευσις εν τη βουλήσει, ΕΕΝ 1951, 577επ., 579, *Πουρνάρα*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 211–212, αρ. 2.

15 Βλ. *ΠΠρΑθ* 3265/1991, ΕΕμπΔ 1991, 444, *Αντωνόπουλο*, σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, ό.π., άρθρ. 28, αρ. 7, *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιον των εταιρειών, τ. 2, ό.π., 288, *Κορνηλάκη/Σκαλίδη*, ό.π., 438, *Περάκη*, Ενοχικαί δεσμεύσεις του δικαιώματος ψήφου του μετόχου, 1976, 188. Βλ. και άρθρ. 28α §1 κ.ν. 2190/1920 για τις ανώνυμες εταιρίες με μετοχές εισηγμένες στο χρηματιστήριο.

16 Βλ. *ΠΠρΑθ* 3265/1991, ΕΕμπΔ 1991, 444, *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιον των εταιρειών, τ. 2, ό.π., 285, 286, *Κοκκίνη*, ό.π., αρ. 17, *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π, αρ. 15, *Πασσιά*, Το δίκαιον της ανωνύμου εταιρίας, τ. 2, 1955, παρ. 440, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 261.

17 Βλ. *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιον των εταιρειών, τ. 2, ό.π., 285, *Müller – Erzbach*, ό.π., 233επ., *Fillmann*, Treuepflichten der Aktionäre, 1991, 110, *Schöne*, Haftung des Aktionärs – Vertreters für pflichtwidrige Stimmrechtsausübung, WM 1992, 209επ. Βλ. και άρθρ. 28α §1 κ.ν. 2190/1920.

18 Με την πληρεξουσιότητα, η οποία είναι διακριτή και ανεξάρτητη από την εσωτερική σχέση αντιπροσώπου και αντιπροσωπευομένου, εγκαθιδρύεται η προς τα έξω – έναντι τρίτων – εξουσία του αντιπροσώπου, βλ. *Δωρή*, ό.π., 216–217, αρ. 2, 29, *Μπόσδα*, ό.π., 579–580, *Τσιριντάνη*, Εντολή – πληρεξουσιότης – εξουσιοδότησις, σε τιμ. τόμ. ΑΠ 1963, 375επ.

19 Βλ. *Κοκκίνη*, ό.π., αρ. 7, *Κουλορίδα*, ό.π., αρ. 101, *Παναγιώτου*, ό.π., 59.

20 Για την τελολογική διαστολή της εν λόγω διάταξης, ώστε στο πεδίο εφαρμογής της να υπαχθεί κάθε εταιρία παροχής επενδυτικών υπηρεσιών και κάθε πιστωτικό ή χρηματοδοτικό ίδρυμα, που παρέχει τις υπηρεσίες της παρακαταθήκης ή την επενδυτική υπηρεσία της διαχείρισης χαρτοφυλακίου, βλ. *Κουλορίδα*, ό.π., 30β, αρ. 5, *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π., αρ. 4.

προς φύλαξη τις μετοχές τους, τα εξουσιοδοτούν ταυτόχρονα να ασκήσουν και το δικαίωμα ψήφου τους[21].

Η δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος ψήφου μέσω αντιπροσώπου έχει ιδιαίτερη πρακτική σημασία για τους μετόχους. Κατ' αρχάς, οι μικρομέτοχοι, οι οποίοι μέσα από τη συμμετοχή τους στην ανώνυμη εταιρία επιδιώκουν επενδυτικούς σκοπούς στοχεύοντας απλώς στην αύξηση της τιμής (κτήσης) των μετοχών τους και τη διανομή υψηλού μερίσματος[22], τις περισσότερες φορές δεν προτίθενται να προβούν οι ίδιοι στην άσκηση του δικαιώματος ψήφου[23] είτε λόγω της γενικότερης αδιαφορίας τους ως προς την ανάληψη ενεργούς εταιρικής δράσης είτε όμως και επειδή δεν διαθέτουν τις απαιτούμενες γνώσεις για τα ζητήματα, που τίθενται προς ψήφιση στη γενική συνέλευση[24]. Για το λόγο αυτό δεν είναι λίγες οι φορές που καταφεύγουν σε πρόσωπα με ειδικές γνώσεις και σχετική εμπειρία, προκειμένου να τους εκπροσωπήσουν στη γενική συνέλευση και να ασκήσουν για δικό τους λογαριασμό το δικαίωμα ψήφου των μετοχών τους[25]. Ακόμα, η αυτοπρόσωπη συμμετοχή των μετόχων στη γενική συνέλευση συνεπάγεται γι' αυτούς κόστος αλλά και χρόνο, που πολλές φορές θέλουν να αποφύγουν[26]. Τέλος, δεν πρέπει να παραβλεφθεί και το γεγονός, πως σε αρκετές περιπτώσεις είναι εκ των πραγμάτων αδύνατο σε ένα μέτοχο, ο οποίος διατηρεί μετοχές σε διαφορετικές εταιρίες, να μπορέσει να παρασταθεί αυτοπροσώπως σε όλες τις συνελεύσεις – οι οποίες μπορεί και να συμπίπτουν χρονικά[27] – ειδικά μάλιστα όταν η γεωγραφική απόσταση μεταξύ των εταιριών, στις οποίες συμμετέχει, είναι μεγάλη[28].

Το ζήτημα της αντιπροσώπευσης των μετόχων κατά τη διαδικασία της ψηφοφορίας δεν ρυθμίζεται αναλυτικά και κατά τρόπο ολοκληρωμένο στο ελληνικό δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας, όπως αντίθετα συμβαίνει σε αλλοδαπές έννομες τάξεις[29], οι

---

21 Βλ. *Κουλορίδα*, ό.π., 30β, αρ. 1, *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π, αρ. 2, 7. Για το ότι η έννοια της εξουσιοδότησης στο άρθρ. 30β κ.ν. 2190/1920 δεν χρησιμοποιείται με την κυριολεκτική της σημασία, αλλά στην πραγματικότητα εννοείται πληρεξουσιότητα, βλ. *Κουλορίδα*, ό.π., 30β, αρ. 9, *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π., αρ. 11, *Περάκη*, Ενοχικαί δεσμεύσεις…, ό.π., 88, υποσ. 9.

22 Βλ. *Μάρκου*, Η ατομική προστασία του μετόχου της μειοψηφίας στην «εισηγμένη» ανώνυμη εταιρία, ΕΕμπΔ 2001, 227επ., 237, υποσ. 32, *Παπαπαναγιώτου*, Το πρόβλημα της συγκρούσεως και του συμβιβασμού συμφερόντων εις τας ανώνυμους εταιρίας, ΕλλΔνη 1961, 1008επ., 1011, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 190, *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης ως κανόνας συμπεριφοράς των οργάνων της αε, 1998, 126, *τον ίδιο*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρα 13&13α, αρ. 369, *Friedewald*, ό.π., 132, *Jürgenmeyer*, Das Unternehmensinteresse, 1984, 61, *Walder*, Unternehmer- und Publikumsaktionäre, 1955, 1, 3.

23 Βλ. *Christians*, ό.π., 47.

24 Βλ. *Henssler*, Verhaltenspflichten bei der Ausübung von Aktienstimmrechten durch Bevollmächtigte, ZHR 157 (1993), 91επ., 94.

25 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 125 (για τις τράπεζες), *Θεοδωροπούλου – Δένδια*, Ο χαλαρός δεσμός του σύγχρονου μετόχου με την «εταιρία» του, ΔΕΕ 2015, 811επ., 816 (για τους "proxy advisors").

26 Βλ. *Adams*, AG 1994, 148επ., 152.

27 Βλ. *Than*, Verhaltenspflichten bei der Ausübung von Aktienstimmrechten durch Bevollmächtigen, ZHR 157 (1993), 125επ., 127. Το πρόβλημα αυτό είναι ιδιαίτερα έντονο στις περιπτώσεις όπου δεν προβλέπεται στο καταστατικό της εταιρίας η δυνατότητα της εξ αποστάσεως συμμετοχής των μετόχων στην ψηφοφορία σύμφωνα με τα άρθρ. 28 §7 και 28α §§7, 8 κ.ν. 2190/1920.

28 Βλ. *Θεοδωροπούλου – Δένδια*, ό.π., 816.

29 Βλ. για παράδειγμα τα άρθρα 134§3 και 135AktG του γερμανικού δικαίου.

δε υπάρχουσες διατάξεις, οι οποίες αφορούν μόνο στην περίπτωση της άμεσης αντιπροσώπευσης[30], περιορίζονται στη ρύθμιση κατά βάση διαδικαστικής φύσεως ζητημάτων (τα οποία ρυθμίζονται αναλυτικότερα για την περίπτωση των εταιριών με μετοχές εισηγμένες στο χρηματιστήριο και ξεχωριστά για την περίπτωση των πιστωτικών ιδρυμάτων) και δεν εκτείνονται σε ζητήματα ουσίας. Τα ζητήματα επομένως της σχέσης μεταξύ αντιπροσώπου και αντιπροσωπευόμενου μετόχου ρυθμίζονται από το κοινό δίκαιο, και συγκεκριμένα από την (συμπληρωματική) εφαρμογή των γενικών διατάξεων περί αντιπροσώπευσης[31], καθώς και από τις ρυθμίσεις, που διέπουν την υποκείμενη σχέση, που τους συνδέει, η οποία συνήθως είναι σύμβαση εντολής ή (στην περίπτωση των τραπεζών) σύμβαση παρακαταθήκης[32].

Β. Το συμφέρον της εταιρίας και των λοιπών μετόχων ως όριο στην ψηφοδοτική συμπεριφορά του αντιπροσώπου

1. Η ανάγκη προστασίας (και) ξένων εταιρικών συμφερόντων

Ο αντιπρόσωπος, ο οποίος αναλαμβάνει την άσκηση του δικαιώματος ψήφου στο όνομα και για λογαριασμό του μετόχου (ή των μετόχων), που αντιπροσωπεύει, θα πρέπει να ασκεί το δικαίωμα αυτό κατευθυνόμενος από τα συμφέροντα του τελευταίου, χωρίς να προτάσσει οποιεσδήποτε δικές του προσωπικές επιδιώξεις[33]. Η υποχρέωση αυτή, η οποία αποκτά ιδιαίτερη αξία στην περίπτωση που ο αντιπροσωπευόμενος μέτοχος – ενδεχομένως λόγω άγνοιας – δεν έχει δώσει στον αντιπρόσωπο συγκεκριμένες οδηγίες για τον τρόπο της ψηφοφορίας, αλλά έχει αφήσει αυτόν στην κρίση του[34], απορρέει από την ίδια την υποκείμενη σχέση, που τον συνδέει μαζί του, και τους ισχυρούς δεσμούς εμπιστοσύνης, που δημιουργούνται εκ του λόγου αυτού μεταξύ τους[35]. Σε περίπτωση που ο αντιπρόσωπος ψηφίσει κατά τρόπο επιβλαβή για τα συμφέροντα του αντιπροσωπευόμενου μετόχου, η εγκυρότητα της δοθείσας ψήφου δεν θίγεται[36], αλλά ανακύπτει ζήτημα συμβατικής ευθύνης του πρώτου απέναντι στον τελευταίο στη βάση των διατάξεων, που διέπουν τη μεταξύ τους εσωτερική σχέση[37].

---

30 Υπό την εφαρμογή των άρθρ. 28, 28α και 30β κ.ν. 2190/1920 δεν είναι δυνατή η άσκηση από τον αντιπρόσωπο του δικαιώματος ψήφου «υπέρ ούτινος ανήκει» (βλ. σχετικά *Κοκκίνη*, ό.π., αρ. 16, *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π, αρ. 12) αντίθετα με τα ισχύοντα στο γερμανικό δίκαιο, βλ. ενδεικτικά *Beckerhoff*, ό.π., 131, *Henssler*, ό.π., 95.

31 Βλ. *Κουλορίδα*, ό.π., 30β, αρ. 2, 6., *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π, αρ. 17επ.

32 Βλ. *Κουλορίδα*, ό.π., 28, αρ. 101, *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π, αρ. 16, *Beckerhoff*, ό.π., 135, *Than*, ό.π., 136.

33 Βλ. *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π, αρ. 16, *Christians*, ό.π., 48, *Müller – Erzbach*, ό.π., 234.

34 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 261, *Beckerhoff*, ό.π., 131.

35 Βλ. *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π, αρ. 10, *Zöllner*, ό.π., 36.

36 Βλ. *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π, αρ. 16. Πρβλ. και άρθρ. 28α §2 κ.ν. 2190/1920.

37 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 135. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να σημειωθεί, πως ειδικά στην περίπτωση των πιστωτικών ιδρυμάτων η υποχρέωσή τους για τη μη καταχρηστική και σε βάρος των συμφερόντων των μετόχων, που αντιπροσωπεύουν, άσκηση του δικαιώματος ψήφου απορρέει και από το γενικότερο καθήκον πρόνοιας, που υπέχουν απέναντι στους πελάτες τους, βλ. *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 261. Οι (αυξημένες παρεπόμενες) υποχρεώσεις προστασίας των πιστωτικών ιδρυμάτων έναντι των πελατών τους θεμελιώνονται είτε στην – κάπως αφηρημένη – θεωρία για τη «γενική

Η άσκηση όμως του δικαιώματος ψήφου – είτε σε αυτήν προβαίνει αυτοπροσώπως ο μέτοχος είτε πραγματοποιείται μέσω του αντιπροσώπου του – δεν εξυπηρετεί μόνο τα συμφέροντα και τη θέση του δικαιούχου του μέσα στην ανώνυμη εταιρία, αλλά επηρεάζει – ανάλογα βέβαια με το ποσοστό της συμμετοχής του εκάστοτε μετόχου και την εσωτερική δομή της εταιρίας[38] – την εταιρική θέση και των υπόλοιπων μελών της ανώνυμης εταιρίας, όπως και τα συμφέροντα του ίδιου του νομικού προσώπου[39]. Η άσκηση του δικαιώματος ψήφου δεν θα πρέπει επομένως να αποσκοπεί αποκλειστικά στην προάσπιση των συμφερόντων του δικαιούχου του, αλλά θα πρέπει να βρίσκει τα όριά της στα λοιπά εταιρικά συμφέροντα, τα οποία συνυπάρχουν και αλληλεπιδρούν με τα δικά του εντός της ένωσης[40]. Για να αποτραπεί η λήψη μέτρων επιβλαβών για την εταιρία και τους λοιπούς μετόχους, κρίνεται αναγκαίος ο έλεγχος του δικαιώματος ψήφου, ώστε η άσκησή του να μην είναι απόλυτα ελεύθερη, αλλά να υπόκειται στους αυτονόητους περιορισμούς, που προϋποθέτει η συμμετοχή σε μια κοινότητα συμφερόντων, όπως η ανώνυμη εταιρία[41].

2. Η υποχρέωση πίστης ως μηχανισμός ελέγχου της άσκησης του δικαιώματος ψήφου

Η άσκηση του δικαιώματος ψήφου, όπως και όλων εν γένει των δικαιωμάτων, περνά από το «φίλτρο» του άρθρ. 281 ΑΚ[42]. Η άσκηση μάλιστα του δικαιώματος ψήφου από την πλευρά της πλειοψηφίας καθ' υπέρβαση των ορίων, που τίθενται (διαζευκτικά) στο άρθρ. 281 ΑΚ, επιδρά κατά ρητή νομοθετική επιταγή (βλ. άρθρ. 35α κ.ν. 2190/1920) στο κύρος των εταιρικών αποφάσεων καθιστώντας αυτές ακυρώσιμες. Το άρθρ. 281 ΑΚ όμως δεν μπορεί να θεωρηθεί ως το κατάλληλο νομο-

---

τραπεζική σύμβαση», σύμφωνα με την οποία επιχειρείται η συναγωγή συμβατικών υποχρεώσεων πίστης της τράπεζας έναντι του πελάτη της μέσω μιας μεταξύ τους σιωπηρά καταρτισθείσας γενικής σύμβασης, το περιεχόμενο της οποίας εξειδικεύουν οι επιμέρους συναλλαγές τους (βλ. *Ν. Ρόκα/Γκόρτσο*, Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου, 2012, 182, *Hopt*, σε *Schimansky/Bunte/Lwowaski*, Bankrechtshandbuch, τ. 1, 1997, 4επ.), είτε στην ίδια τη θέση του πελάτη (μετόχου) της τράπεζας ως καταναλωτή, ο οποίος αποδεχόμενος τους γενικούς τραπεζικούς όρους των συναλλαγών, προστατεύεται έναντι της τράπεζας με βάση τις ισχύουσες ρυθμίσεις για το δίκαιο του καταναλωτή, βλ. *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π., αρ. 26 με περαιτέρω παραπομπές.

38 Βλ. *Baus*, Treuepflichten des Aktionärs im Gemeinschaftsunternehmen, 1990, 95, *Lutter*, Die Treupflicht des Aktionärs, ZHR 153 (1989), 446επ., 453.

39 Βλ. *Αθανασίου*, Μέτοχοι και εταιρική εποπτεία: Η ενεργός ανάμειξη των μετόχων στις εταιρικές αποφάσεις ως μέσο άσκησης εποπτείας στη διοίκηση της α.ε., 2010, 375, *Μαρίνο*, Απαγορεύσεις Ανταγωνισμού – Συγκρούσεις συμφερόντων στις κεφαλαιουχικές εταιρίες, 1997, 359, *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 146–147, 148, *Kunze*, ό.π., 8, *Fillmann*, ό.π., 91, *Zöllner*, ό.π., 1επ.

40 Βλ. *Filbinger*, Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht, 1942, 124, *Fischer*, Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 1954, 77επ., 779, *Kunze*, ό.π., 8, 40, *Müller – Erzbach*, ό.π., 210επ.

41 Πρβλ. *Hennrichs*, Treuepflichten im Aktienrecht, AcP 195 (1995), 221επ., 242, *Henze*, Die Treupflicht im Aktienrecht, BB 1996, 489επ., *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 613, *Timm*, Treuepflichten im Aktienrecht, WM 1991, 481επ., 483, *Wenninger*, Hedge Fonds im Spannungsfeld des Aktien- und Kapitalmarktrechts (shareholder Activism und aktienrechtliche corporate governance), 2009, 51. Αντίθετος *Πασσιάς*, ό.π., 346.

42 Βλ. αντί άλλων *Ν. Ρόκα*, Τα όρια..., 143επ.

θετικό έρεισμα για την παροχή επαρκούς προστασίας από ενδεχόμενη αντι-εταιρική ψηφοδοτική συμπεριφορά. Εκτός από τις πρακτικές δυσχέρειες ως προς την απόδειξη του πραγματικού της εν λόγω διάταξης, που απαιτεί προφανή και αναμφισβήτητη κατάχρηση[43], σημαντικό μειονέκτημα συνιστά και το περιορισμένο πεδίο εφαρμογής της, καθώς μέσω του άρθρ. 281 ΑΚ μπορεί να ελεγχθεί μόνο η καταχρηστικότητα της άσκησης ή της παράλειψης της άσκησης του δικαιώματος ψήφου[44]. Αντίθετα, δεν μπορεί να συναχθεί με βάση την εν λόγω διάταξη η δέσμευση των μετόχων για θετική ψήφο (positive Stimmpflicht), όταν αυτή κρίνεται επιβεβλημένη από τον εταιρικό σκοπό[45].

Ο έλεγχος της ψηφοδοτικής συμπεριφοράς είναι πιο αποτελεσματικός, αν γίνει στη βάση της υποχρέωσης πίστης, η οποία σύμφωνα με την – μάλλον – κρατούσα και ορθότερη στην ελληνική επιστήμη θέση[46] δεσμεύει τους μετόχους τόσο απέναντι στην εταιρία όσο και απέναντι στους λοιπούς μετόχους. Η υποχρέωση αυτή υπό την αρνητική της μορφή απαγορεύει στους μετόχους αφενός να ψηφίσουν υπέρ μιας απόφασης, που είναι αντίθετη με τον εταιρικό σκοπό, και αφετέρου να καταψηφίσουν μια απόφαση, που συντελεί στην πραγμάτωσή του[47], και υπό τη θετική της – και πιο εξαιρετική[48] – μορφή τους υπαγορεύει να συμπράξουν στη λήψη μιας απόφασης, η οποία συντελεί στην προώθηση του εταιρικού σκοπού[49].

---

43 Για την έννοια του «προφανούς» του άρθρ. 281 ΑΚ, βλ. αναλυτικά *Απ. Γεωργιάδη*, σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, ΑΚ 281, αρ. 22, *Παπαστερίου*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2009, αρ. 165–168, *Σημαντήρα*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 1988, αρ. 78–79.

44 Για το ότι καταχρηστική με βάση το άρθρ. 281 ΑΚ μπορεί να είναι όχι μόνο η άσκηση του δικαιώματος αλλά και η παράλειψη της άσκησής του, βλ. ενδεικτικά *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές Αρχές, ό.π. 310, *Μιχαηλίδη – Νουαρό*, Περί της έννοιας των λειτουργικών δικαιωμάτων και της καταχρήσεως αυτών, σε Εράνιον Μαριδάκην, 1972, 1επ., 32, 34, 39.

45 Πρβλ. *Jilg*, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996, 70.

46 Βλ. *Αθανασίου*, Μέτοχοι και εταιρική εποπτεία…, ό.π., 373, *Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Κεφαλαιουχικές Εταιρίες, τ. 2, 2009, 190, *Αντωνόπουλο*, Δίκαιο ΑΕ&ΕΠΕ, ό.π., 221, *Γιοβαννόπουλο*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 35α, αρ. 46επ., *Καραμανάκου*, Η υποχρέωση πίστης των μετόχων, 2013, *Κοτσίρη*, Χαρακτηρισμός του μετόχου ως συνεταίρου εις την ανώνυμον εταιρείαν, (γνμδ.), Αρμ 1980, 949επ., *Ε. Κουράκη*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 11α, αρ. 90επ. και ιδίως 98 – 99, *Μαρίνο*, Απαγορεύσεις ανταγωνισμού…, ό.π., 354επ., *Μάρκου*, Η προστασία της μειοψηφίας επί μεταβιβάσεως πακέτου μετοχών (κατά τον κ.ν. 2190/1920 και το κοινό δίκαιο), σε τιμ. τόμ. Μηνούδη, 376επ. = ΕλλΔνη 2001, 1226επ., *τον ίδιο*, Η υποχρέωση πίστεως του μετόχου στη «δημόσια» ανώνυμη εταιρία, σε 11ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, 2002 = ΕΕμπΔ 2002, 1επ., *Παμπούκη*, Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρίας, τ. 2, 1994, 35, *Περάκη*, σε ΔικΑΕ 2010, Εισ. Μέρος, αρ. 36, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 374επ., *Σωτηρόπουλο*, Η ημερομηνία καταγραφής ως παράδειγμα αποδογματοποίησης του εταιρικού δικαίου, σε τιμ. τόμ. Ν. Ρόκα, 2012, 1008επ., 1022, *Τέλλη*, σε 12ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, 2003, 325επ. = ΕπισκΕΔ 2002, 907επ., *Τριανταφυλλάκη*, σε 12ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, 2003, 281επ. = ΧρΙΔ 2003, 673επ., *τον ίδιο*, Το συμφέρον της επιχείρησης ως κανόνας συμπεριφοράς των οργάνων της ae, 1998, 293επ., *τον ίδιο*, Η εφαρμογή της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των μετόχων στην εξαγορά επιχειρήσεων, ΔΕΕ 2001, 363επ., 366, *Τζουγανάτο*, Ανεπαρκής Κεφαλαιοδότηση κεφαλαιουχικών εταιριών (Μορφές Εμφάνισης και έννομες συνέπειες), 1994, 128.

47 Βλ. *Kunze*, ό.π., 131, *Marsch – Barner*, Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 157 (1993), 172επ., 179, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 616, *Zöllner*, ό.π., 335, 344επ.

48 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 47, *Henze*, ό.π., 493, *Jilg*, ό.π., 88, *Kunze*, ό.π., 131, *Kort*, ό.π., 297, *Nehls*, ό.π., 88.

49 Βλ. *Bungert*, Die Treuepflicht des Minderheitsaktionärs, DB 1995, 1749επ., 1754, *Häsemeyer*, Obstruktion gegen Sanierungen und gesellschaftsrechtliche Treupflichten, ZHR 160 (1996), 109επ., *Hennrichs*, ό.π., 258, *Henze*, ό.π., 493, *Hüffer*, Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher Generalklausel, σε FS Steindorff, 59επ., 62, *Kort*, Zur Treuepflicht des Aktionärs, ZIP 1990, 292επ., 297, *Lutter*, ZHR 153 (1989), ό.π., 467, *τον ίδιο*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180, (1980), 84επ., 109, *Nehls*, ό.π., 5, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 616, *Timm*, ό.π., 483, *Worch*, Treuepflichten von Kapitalgesellschaftern untereinander und gegenüber der Gesellschaft (eine rechtsvergleichende Darstellung des deutschen und amerikanischen Rechts), 1983, 61, BGHZ 98, 279, BGH NJW 1961, 724.

Η θεμελιωτική βάση της υποχρέωσης πίστης ορθότερο είναι να αναζητηθεί στην ίδια τη μετοχική ιδιότητα[50] ως το εγγενές αντίβαρο της απορρέουσας από αυτήν εξουσίας, η οποία επιτρέπει σε κάθε μέτοχο να επεμβαίνει κατά την άσκηση των δικαιωμάτων του στα συμφέροντα της ανώνυμης εταιρίας και των λοιπών μετόχων[51]. Η δυνατότητα δηλ. αλληλεπίδρασης των μετόχων, που συμμετέχουν σε μια κοινότητα σκοπού, υπαγορεύει την ύπαρξη εσωτερικών αντισταθμιστικών μηχανισμών ασφαλείας, ώστε η ασκούμενη μετοχική εξουσία να περιορίζεται από τη δικαιολογημένη προστασία των συναρτούμενων με αυτήν εταιρικών συμφερόντων και έτσι να εξασφαλίζεται η αρμονική τους συνύπαρξη[52].

Η υποχρέωση πίστης δεσμεύει συνεπώς όλους τους μετόχους (μέτοχο πλειοψηφίας[53], μέτοχο μειοψηφίας[54] ακόμα – σε οριακές περιπτώσεις – και το μικρομέτοχο[55]) και δεν εξαρτάται από το ποσοστό επί του εταιρικού κεφαλαίου, που έχει στην κατοχή του ο καθένας από αυτούς, ούτε από τα τυπολογικά χαρακτηριστικά της εκάστοτε ανώνυμης εταιρίας (π.χ. «κλειστού τύπου» ή «δημόσια» ανώνυμη εταιρία)[56], στην οποία συμμετέχει. Το ποσοστό συμμετοχής του κάθε μετόχου[57] και η εσωτερική δομή της εταιρίας[58] αξιολογούνται ωστόσο κατά τον προσδιορισμό της έντασης της υποχρέωσης πίστης και τον καθορισμό των επιμέρους καθηκόντων, που απορρέουν από αυτήν. Ακόμα, το ποσοστό της συμμετοχής του μετόχου στην ανώνυμη εταιρία προσδιορίζει και το μέτρο της ευθύνης του σε περίπτωση παράβασης της υποχρέωσης πίστης, το οποίο καθορίζεται με βάση το άρθρ. 330 ΑΚ[59].

---

50 Βλ. BGH ZIP 1995, ό.π., 823, BGHZ 103, 184επ., 185, *Dreher*, Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 157 (1993), 150επ., 166, *Marsch – Barner*, ό.π., 182, *Lutter*, Das Girmes-Urteil, JZ 1995, 1053επ., 1054επ., *Nehls*, Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht, 1993, 72, 167, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 482, *Wiedemann*, Die Übertragung…, ό.π., 291. Ο έλεγχος της μετοχικής συμπεριφοράς έχει επιχειρηθεί να θεμελιωθεί και σε άλλες δογματικές βάσεις (π.χ. άρθρ. 747 ΑΚ, θεωρία του εν τοις πράγμασι διοικητή – de facto director –, συμμετοχή των μετόχων σε μια «παράλληλη προσωπική εταιρία»), οι οποίες, εκτός του ότι δεν μπορούν να καλύψουν όλες τις περιπτώσεις καταχρηστικών συμπεριφορών από την πλευρά των μετόχων, συναντούν σημαντικές δυσχέρειες κατά τη μεταφορά και προσαρμογή τους στις ιδιαιτερότητες του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας.

51 Βλ. *Fillmann*, ό.π., 19, *Heinnrichs*, ό.π., 236, 238, 240, *Hüffer*, σε AktG, §243, αρ. 21επ., *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, Band I, 1990, 432επ.

52 Βλ. *Baus*, ό.π., 60, 64, *Dreher*, ό.π., 152, 155, *Hesse*, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1938, 22, *Kunze*, ό.π., 37, *Lutter*, ZHR 153 (1989), ό.π., 455, *Nehls*, ό.π., 34, *Timm*, ό.π., 484, *Zöllner*, ό.π., 1, BGHZ 103, 184, 194–195 (*Linotype*).

53 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 49, *Dreher*, ό.π., 156, *Marsch – Barner*, ό.π., 176 επ., *Timm*, ό.π., 483, *Worch*, ό.π., 3επ.

54 Βλ. *Dreher*, ό.π., 157, *Kunze*, ό.π., 169, *Nehls*, ό.π., 89, *Timm*, ό.π., 483.

55 Βλ. *Marsch – Barner*, ό.π., 174, *Werner*, Zur Treuepflicht des Kleinaktionärs, σε FS Sempler, 419επ., 423.

56 Βλ. *Dreher*, ό.π., 156, *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 2008, 390, *Kunze*, ό.π., 120, *Lutter*, Treuepflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998), 164επ., 165, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 593.

57 Βλ. *Fillmann*, ό.π., 14, *Hennrichs*, ό.π., 236, *Jilg*, ό.π., 74, *Kunze*, ό.π., 118, *Marsch – Barner*, ό.π., *Nehls*, ό.π., 67, *Timm*, ό.π., 483, *Ziemons/Jaeger*, Treupflichten bei der Veräußerung einer Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, AG 1996, 358επ., 360.

58 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 73, *Bungert*, ό.π., 1751, *Häsemeyer*, ό.π., 113, *Henze*, ό.π., 492, 494, *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2009, 272, *Immenga*, ό.π., 269, *Lutter*, AcP 180 (1980), ό.π., 105επ., *Nehls*, ό.π., 75, *Raiser/Veil*, ό.π., 111, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 592, *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, ό.π., §8 II 3.

59 Βλ. *Τέλλη*, Υποχρέωση πίστης του μετόχου και ιδιαίτερα του μετόχου της μειοψηφίας, σε 12ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου = ΕπισκΕΔ 2002, 933, *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης…, ό.π., 314 – 315. Για την αντίστοιχη θέση στο γερμανικό δίκαιο, βλ. μεταξύ άλλων *Beckerhoff*, ό.π., 101, *Fillmann*, ό.π., 108 επ., *Jilg*, ό.π., 77, *Lutter*, JZ 1995, ό.π., 1055, *Nehls*, ό.π., 104 – 105.

Η κατά παράβαση της υποχρέωσης πίστης διδόμενη ψήφος είναι παράνομη και κατά συνέπεια άκυρη (άρθρ. 174 ΑΚ)[60]. Ωστόσο, η ακυρότητα των ψήφων δεν επιδρά κατ' αρχήν στην εγκυρότητα της απόφασης της γενικής συνέλευσης, παρά μόνο αν οι ελαττωματικές ψήφοι ήταν απαραίτητες για τη συγκέντρωση της κατά το νόμο ή το καταστατικό απαιτούμενης πλειοψηφίας (άρθρ. 35α §5 περ. β΄ κ.ν. 2190/1920)[61]. Στην περίπτωση αντίθετα που η ενάντια στην εταιρική πίστη ψηφοδοτική συμπεριφορά των μετόχων είναι οργανωμένη και προσχεδιασμένη (δεν πρόκειται δηλ. για ανεξάρτητους μεταξύ τους μετόχους), προκύπτει εξαρχής το ζήτημα της άνευ ετέρου ελαττωματικότητας (ακυρωσίας) της απόφασης ως συνόλου σύμφωνα με τους – διασταλτικά ερμηνευμένους – όρους του άρθρ. 35α §2 περ. β΄ κ.ν. 2190/1920[62]. Αν παρά την ακύρωση της απόφασης εξακολουθεί να υφίσταται ζημία των θιγόμενων εταιρικών συμφερόντων, οι παραβαίνοντες την υποχρέωση πίστης μέτοχοι υποχρεούνται να την αποκαταστήσουν σύμφωνα με τα άρθρ. 914, 919 ΑΚ (πρβλ. και άρθρ. 35α §4 εδ. 2 κ.ν. 2190/1920)[63].

III. Η δικαιοπολιτική επιταγή για θεμελίωση ευθύνης του αντιπροσώπου σε περίπτωση παράβασης της υποχρέωσης πίστης

Α. Η (κατ' αρχήν) μη δέσμευση του αντιπροσώπου από την υποχρέωση πίστης

Η υποχρέωση πίστης δεσμεύει το μέτοχο, όχι μόνο όταν ασκεί ο ίδιος αυτοπροσώπως το δικαίωμα ψήφου στη γενική συνέλευση, αλλά και όταν επιλέγει για το σκοπό αυτό κάποιον τρίτο, ο οποίος ενεργεί στο όνομα και για λογαριασμό του. Η δογματική συναγωγή της υποχρέωσης πίστης από την ίδια τη μετοχική ιδιότητα και η σύνδεσή της με την ασκούμενη μετοχική εξουσία δεν επιτρέπει την (ευθεία) επέκτασή της στο πρόσωπο του αντιπροσώπου, ο οποίος δεν είναι ο φορέας της ψηφοδοτικής εξουσίας[64]. Η αντίθετη παραδοχή θα συνιστούσε άλλωστε κατάφωρη παράβαση της θεμελιώδους αρχής του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας περί του αδιαίρετου της μετοχικής ιδιότητας (Abspaltungsverbot)[65]. Σύμφωνα με

60 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 88, *Hüffer*, AktG, §243 αρ. 5, 21επ., *τον ίδιο*, σε MüKo z. AktG, §243, αρ. 17, *τον ίδιο*, σε Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, §243, αρ. 13επ., *Kunze*, ό.π., 212.

61 Βλ. *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιο των εταιριών, τ. 2, ό.π., 332, *Γιοβαννόπουλο*, Ελαττωματικές αποφάσεις…, ό.π., 307, *τον ίδιο*, σε ΔικΑΕ 2010, άρθρο 35α, 13, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 255, *τον ίδιο*, Τα όρια…, ό.π., 30, Beckerhoff, ό.π., 83, *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftrecht, ό.π., 371, *Zöllner*, ό.π., 373. Αντίθετος ο *Αντωνόπουλος*, Δίκαιο ΑΕ & ΕΠΕ, ό.π., 223.

62 Πρβλ. *Κοτσίρη*, Η πλειοψηφική δύναμη στην ασε υπό τον έλεγχο για καταχρηστικότητα (γνμδ), ΕΕμπΔ 2005, 165επ.

63 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 137.

64 Βλ. *Dreher*, ό.π., 166, *Nehls*, ό.π., 72, 167, *Timm*, ό.π., 488.

65 Βλ. *Schöne*, ό.π., 212, *Timm*, ό.π., 489, BGH ZIP 1995, 819επ., 823 (*Girmes*).

την αρχή αυτή η εταιρική συμμετοχή, η οποία αποτελεί σύνθετο δικαίωμα, από το οποίο πηγάζουν τα επιμέρους δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των μετόχων[66], συνιστά ένα αδιάσπαστο ενιαίο όλο, το οποίο μπορεί μεταβιβαστεί μόνο ως σύνολο (en bloc)[67]. Η υποχρέωση πίστης επομένως αποτελώντας και αυτή, όπως υποστηρίχθηκε παραπάνω, εγγενές στοιχείο της μετοχικής σχέσης δεν μπορεί να αποσπαστεί από αυτήν και να μεταβιβαστεί αυτοτελώς[68].

Το ότι ο μέτοχος – και όχι ο αντιπρόσωπος – εξακολουθεί να βαρύνεται με την υποχρέωση πίστης, ακόμα και αν το δικαίωμα ψήφου του ασκείται μέσω αντιπροσώπου, προκύπτει και από την αμιγώς αστικοδικαιική προσέγγιση του ζητήματος και τους γενικούς κανόνες, που διέπουν τη σχέση αντιπροσώπευσης, που τους συνδέει[69]. Ο αντιπρόσωπος από τη στιγμή, που συνιστά φορέα εξωτερίκευσης της δικαιοπρακτικής βούλησης του αντιπροσωπευομένου, δεν είναι ο ίδιος το υποκείμενο της πράξης, που διενεργεί, αλλά το πρόσωπο, για το οποίο επιχειρεί την πράξη αυτή. Έτσι όλες οι έννομες συνέπειες (θετικές ή αρνητικές) της συμπεριφοράς του επέρχονται ευθέως και αμέσως στο πρόσωπο του αντιπροσωπευομένου (άρθρ. 211 ΑΚ)[70]. Το δικαίωμα ψήφου επομένως, που ασκείται από τον αντιπρόσωπο, καθώς και η απορρέουσα από την παραβατική άσκησή του ευθύνη καταλογίζονται στον αντιπροσωπευόμενο μέτοχο, ο οποίος είναι και ο υπόχρεος για την αποκατάσταση τυχόν βλάβης των εταιρικών συμφερόντων.

Β. Η διαστρέβλωση του προστατευτικού σκοπού της υποχρέωσης πίστης

Η δικαιοπολιτική ορθότητα της παραπάνω διαπίστωσης είναι (προφανώς) αναμφισβήτητη στην περίπτωση, που ο αντιπρόσωπος ψήφισε καθ' υπαγόρευση των ρητών και σαφών ως προς κάθε θέμα της ημερήσιας διάταξης οδηγιών του μετόχου[71], διότι υπό τις συνθήκες αυτές ο αντιπρόσωπος ενήργησε, ως εάν ο μέτοχος να είχε παρασταθεί ο ίδιος στη γενική συνέλευση. Δεν φαίνεται όμως να ισχύει το ίδιο και στην περίπτωση, που ο αντιπρόσωπος – είτε διότι δεν είχε λάβει ρητές οδηγίες

66 Βλ. *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιον των εταιρειών, τ. 3, ό.π., 218, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 360, *τον ίδιο*, Τα όρια…, 16–17, *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης…, 101–102, *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und "sonstiges" Recht, 1996, 98, 290, *Müller – Erzbach*, ό.π., 182, 207.

67 Βλ. ενδεικτικά *Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Προσωπικές & Κεφαλαιουχικές Εταιρίες, 2012, 61, *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιον των εταιρειών, τ. 3, ό.π., 279, 316επ., *Περάκη*, Ενοχικές δεσμεύσεις…, ό.π., 95, *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, ό.π., 367, *Σωτηρόπουλο*, σε τιμ. τόμ. Ν. Ρόκα, ό.π., 1015, *Habersack*, ό.π., 79επ., *Raiser/Veil*, ό.π., 99, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 560επ., *Wiedemann*, Die Übertragung…, ό.π., 39.

68 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 154επ., *Hammen*, Zur Haftung bei der Stimmrechtsvertretung durch Kreditinstitute in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, ZBB 1993, 239επ., 242, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 455, BGH ZIP 1995, ό.π., 823. Αντίθετος ο *Schöne*, ό.π., 212.

69 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 134.

70 Βλ. ενδεικτικά *Δωρή*, σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο ΑΚ, 281, αρ. 22, *Μπόσδα*, ό.π., 579, *Schramm*, σε MüKo z. BGB, §166, αρ. 1, *Staudinger/Schilken*, §164 BGB, αρ. 9.

71 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 135.

από τον αντιπροσωπευόμενο μέτοχο[72] είτε διότι, ενώ τις έλαβε, δεν τις ακολούθησε[73] – ενήργησε αυτοβούλως, και προασπίζοντας τα δικά του προσωπικά συμφέροντα άσκησε το δικαίωμα ψήφου κατά παράβαση της υποχρέωσης πίστης. Σε μια τέτοια περίπτωση δημιουργείται το παράδοξο, η ευθύνη από την παράβαση της υποχρέωσης πίστης να βαρύνει το μέτοχο, παρ' ότι τα περιστατικά καταλογισμού της συγκεντρώνονται στο πρόσωπο του αντιπροσώπου. Η εστίαση επομένως στο συντελούμενο εξωτερικό αποτέλεσμα καταλήγει σε δικαιοπολιτικά ανορθόδοξα συμπεράσματα, καθώς παραβλέπει το γεγονός, πως ο αντιπρόσωπος «σφετεριζόμενος» την εξουσία του αντιπροσωπευόμενου μετόχου επιδιώκει την εξυπηρέτηση των δικών του ιδιοτελών επιδιώξεων σε βάρος των συμφερόντων της εταιρίας και των λοιπών μετόχων.

Εκτός από το παραπάνω – κατά βάση αξιολογικής φύσης – πρόβλημα, η έλλειψη ευθύνης του αντιπροσώπου σε αυτές τις περιπτώσεις διακυβεύει και τον ίδιο τον προστατευτικό μηχανισμό της υποχρέωσης πίστης δημιουργώντας σοβαρούς κινδύνους για τα εταιρικά συμφέροντα. Αυτό, γιατί η εξάρτηση της ποιοτικής διαβάθμισης της υποχρέωσης πίστης κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου από το ποσοστό της συμμετοχής και το είδος της ασκούμενης επιρροής του μετόχου στην ανώνυμη εταιρία[74], θα έχει ως συνέπεια σε αρκετές περιπτώσεις να παραμένουν ατιμώρητες επιζήμιες για εταιρικά συμφέροντα συμπεριφορές του αντιπροσώπου.

Πιο συγκεκριμένα, ο αντιπρόσωπος – ειδικά όταν πρόκειται για τράπεζα – είναι πολύ πιθανό να αντιπροσωπεύει στη γενική συνέλευση περισσότερους του ενός μετόχους, κυρίως μάλιστα μικρομετόχους. Σε αυτές τις περιπτώσεις ο αντιπρόσωπος αποκτά ενισχυμένη σε σχέση με τους μικρομετόχους ψηφοδοτική δύναμη, καθώς μπορεί και ασκεί μεγαλύτερη επιρροή στο τελικό αποτέλεσμα της ψηφοφορίας απ' ό,τι ο καθένας τους ξεχωριστά[75]. Αν όμως οι προϋποθέσεις θεμελίωσης της ευθύνης από την παράβαση της υποχρέωσης πίστης κριθούν μεμονωμένα στο πρόσωπο του εκάστοτε μικρομετόχου, σπανίως θα τεθεί ζήτημα αποζημιωτικής ευθύνης[76], διότι ο μικρομέτοχος λόγω του μικρού ποσοστού συμμετοχής του στην ανώνυμη εταιρία δεν είναι σε θέση να επηρεάσει με την ψηφοδοτική του συμπεριφορά την έκβαση της ψηφοφορίας, με αποτέλεσμα να λείπει η αναγκαία για τη θεμελίωση της ευθύνης

72 Η γενικά διατυπωμένη και χωρίς συγκεκριμένα διαμορφωμένο περιεχόμενο πληρεξουσιότητα θα αποτελεί μάλλον τον κανόνα, καθώς ο μέτοχος τις περισσότερες φορές – ακόμα και αν γνωρίζει σε βάθος τις ειδικότερες θεματικές, που τίθενται προς συζήτηση στη γενική συνέλευση – θα αδυνατεί να παράσχει σαφείς οδηγίες στον αντιπρόσωπο ως προς τον τρόπο της ψηφοδοσίας, καθώς μια τέτοια απόφαση – τις περισσότερες φορές – προϋποθέτει να έχει προηγηθεί η συμμετοχή στη γενική συνέλευση και η σχετική συζήτηση με τους υπόλοιπους μετόχους.

73 Σύμφωνα με το άρθρ. 28α §2 κ.ν. 2190/1920 η μη συμμόρφωση του αντιπροσώπου στις οδηγίες του μετόχου δεν επιδρά στο κύρος των αποφάσεων της γενικής συνέλευσης.

74 Βλ. π.π. υπό ΙΙ Β 2.

75 Βλ. *Christians*, ό.π., 47, *Eckardt*, σε Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG §134, αρ. 37, *Müller – Erzbach*, ό.π., 235, *Schick*, παρατ. σε LG Düsseldorf Urt. v. 04.06.1991, ZIP 1991, 938επ., 940, *Timm*, ό.π., 489, *Zöllner*, ό.π., 36.

76 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 143, 145, *Hammen*, ό.π., 242.

του αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της ψήφου και της επελθούσας ζημίας[77]. Αν επομένως ο αντιπρόσωπος κατορθώσει να συγκεντρώσει μέσω των αντιπροσωπευόμενων δικαιωμάτων ψήφου το απαιτούμενο ποσοστό πλειοψηφίας ή μειοψηφίας, που θα του επιτρέψει να επιτύχει τη λήψη μιας απόφασης επιζήμιας για τα εταιρικά συμφέροντα ή τη μη λήψη μιας απόφασης επωφελούς για αυτά, η υφιστάμενη από τις εν λόγω πράξεις του βλάβη το πιο πιθανό είναι να μην ανορθωθεί, καθώς η συμπεριφορά του θα αξιολογηθεί σαν του εκάστοτε αντιπροσωπευόμενου από αυτόν μικρομετόχου και όχι σαν μετόχου πλειοψηφίας ή μειοψηφίας, όπως θα έπρεπε[78]. Ο δε αντιπρόσωπος που έδρασε κατά τρόπο καταχρηστικό και επιβλαβή για τα εταιρικά συμφέροντα θα μείνει στο απυρόβλητο, αφού δεν υπάρχει ειδική ρύθμιση, που να προβλέπει την προσωπική του ευθύνη.

Ακόμα, ο μικρομέτοχος λόγω της θέσης του στην ανώνυμη εταιρία, η οποία προσδιορίζεται από τη μικρή του συμμετοχή σε αυτή, δεν υφίσταται κατ' αρχήν μεγάλης έκτασης δεσμεύσεις και περιορισμούς από την υποχρέωση πίστης κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου[79]. Έτσι, για παράδειγμα ο μικρομέτοχος κατά κανόνα δεν υπέχει υποχρέωση για θετική ψήφο, όπως αντίθετα συμβαίνει στην περίπτωση του μεγαλομετόχου[80]. Ο αντιπρόσωπος όμως, που αντιπροσωπεύει περισσότερους μικρομετόχους και αποκτά έτσι ισχυρή ψηφοδοτική παρουσία στη συνέλευση, αν αποφασίσει να δράσει συντονισμένα, θα πρέπει να υπόκειται σε αντίστοιχες με την αποκτώμενη θέση του δεσμεύσεις πίστης, οι οποίες προφανώς θα είναι αυξημένες και πιο περιοριστικές σε σχέση με αυτές του κάθε αντιπροσωπευόμενου μικρομετόχου μεμονωμένα. Σε διαφορετική περίπτωση, ο αντιπρόσωπος, ο οποίος συγκεντρώνει ποσοστό επί του μετοχικού κεφαλαίου τέτοιο, που του επιτρέπει για παράδειγμα να παρεμποδίσει τη λήψη μιας επωφελούς για την εταιρία απόφασης, δεν θα φέρει εν τέλει ευθύνη για παράβαση της υποχρέωσης πίστης. Και στην περίπτωση επομένως αυτή καταδεικνύεται η ανάγκη για θεμελίωση προσωπικής ευθύνης του αντιπροσώπου, ώστε τα περιστατικά της στοιχειοθέτησής της να κριθούν στο δικό του πρόσωπο και όχι στο πρόσωπο του μετόχου, που αντιπροσωπεύει.

Γ. Η ανεπάρκεια των γενικών κανόνων περί αντιπροσώπευσης

Προσωπική ευθύνη του αντιπροσώπου απέναντι στους τρίτους σύμφωνα με τους κανόνες του αστικού δικαίου περί αντιπροσώπευσης θεμελιώνεται μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις και υπό τη συνδρομή πολύ συγκεκριμένων προϋποθέσεων. Η ευθύνη του αντιπροσώπου για αποζημίωση προβλέπεται υπό τους όρους του άρθρ.

77 Βλ. *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης…, ό.π., 303, 312, *Bungeroth*, σε Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, vor §53a, αρ. 26, *Lutter*, JZ 1995, ό.π., 1054, *Nehls*, ό.π., 90.

78 Βλ. *Marsch – Barner*, ό.π., 184.

79 Βλ. *Dreher*, 156, *Jilg*, 6, *Marsch – Barner*, ό.π., 174.

80 Βλ. *Bungert*, ό.π., 1751, 1752, *Nehls*, ό.π., 90.

231 ΑΚ ως κυρωτική συνέπεια στην περίπτωση, που αυτός ενήργησε χωρίς εξουσία αντιπροσώπευσης[81]. Στην προκειμένη περίπτωση όμως, ακόμα και αν γινόταν δεκτό, πως ο αντιπρόσωπος δρα χωρίς την απαιτούμενη εξουσία, επειδή έχει μεν την – «εν λευκώ» – πληρεξουσιότητα να ασκήσει το δικαίωμα ψήφου, όχι όμως αντίθετα με τις επιταγές της υποχρέωσης πίστης[82], τα άρθρ. 233–234 ΑΚ δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής[83]. Για να τεθεί ζήτημα ευθύνης του αντιπροσώπου, που δρα χωρίς να διαθέτει την απαιτούμενη εξουσία αντιπροσώπευσης προϋποτίθεται σύμφωνα με το άρθρ. 233 εδ. β΄ ΑΚ η μη έγκριση της μονομερούς δήλωσης βούλησης, στην οποία προέβη, από τον αντιπροσωπευόμενο. Η ψήφος όμως, η οποία αποσκοπεί, εφόσον συμπέσει με όμοιες δηλώσεις βούλησης άλλων ψηφιζόντων, στη λήψη ή τη μη λήψη των εταιρικών αποφάσεων, δεν είναι επιδεκτική εκ των υστέρων εγκρίσεως[84], διότι σε διαφορετική περίπτωση το αποτέλεσμα της ψηφοφορίας θα ήταν σε μετέωρη κατάσταση και θα προκαλείτο έτσι σημαντική ανασφάλεια δικαίου.

Ο σημαντικότερος όμως λόγος, που δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής οι παραπάνω διατάξεις, είναι πως η δράση του αντιπροσώπου εν προκειμένω, δεν συναρτάται με ζητήματα σχετικά με την έκταση της πληρεξουσιότητας, αλλά με το ότι αυτός ενεργώντας κατά τρόπο, που αρμόζει στον κύριο της υπόθεσης, αποκομίζει οφέλη από την άσκηση εξουσίας, που δεν του ανήκει[85]. Σε κάθε περίπτωση η ανεπάρκεια των παραπάνω διατάξεων εντοπίζεται και στο ότι με βάση αυτές δεν μπορεί να επιτευχθεί η διαφοροποίηση ως προς την ένταση και την έκταση της ευθύνης του αντιπροσώπου σε σχέση με αυτή του μικρομετόχου, που αντιπροσωπεύει, σε περιπτώσεις που κάτι τέτοιο κρίνεται δικαιοπολιτικά σκόπιμο και είναι πρακτικά αναγκαίο.

Οι έμφυτες επομένως ιδιομορφίες της υπό εξέταση περίπτωσης και ο σκοπός της αιτούμενης έννομης προστασίας υπαγορεύουν την εξεύρεση ενός νομικού μηχανισμού απόδοσης ευθύνης στον αντιπρόσωπο ειδικού στις ιδιαιτερότητες αυτές. Για το λόγο αυτό ο έλεγχος της ψηφοδοτικής συμπεριφοράς του αντιπροσώπου απέναντι στο νομικό πρόσωπο της εταιρίας και τα λοιπά – πλην του αντιπροσωπευόμενου μετόχου – μέλη της μέσα από τη θεμελίωση προσωπικής ευθύνης του σε περίπτωση πρόκλησης βλάβης τους, θα πρέπει να αναζητηθεί σε νομική βάση άλλη από τους γενικούς κανόνες του αστικού δικαίου περί αντιπροσώπευσης, οι οποίοι ειδικά στην περίπτωση, που ενδιαφέρει, δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής λόγω του διαφορετικού τελολογικού προσανατολισμού τους.

---

81 Για την περιγραφή και την κατηγοριοποίηση των περιπτώσεων έλλειψης εξουσίας αντιπροσώπευσης, βλ. *Πουρνάρα*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 229–231, αρ. 3.

82 Αυτή την αιτιολογία προέβαλε το γερμανικό δικαστήριο, για να θεμελιώσει την προσωπική ευθύνη του αντιπροσώπου των μετόχων στην BGH ZIP 1995, ό.π., 826. Αντίθετη με την προσέγγιση αυτή η γερμανική θεωρία, βλ. χαρακτηριστικά *Beckerhoff*, ό.π., 162, *Lutter*, JZ 1995, 1065, *Staudinger/Schilken*, §179, αρ. 9, *Than*, ό.π., 136.

83 Βλ. και *Μάρκου*, σε ΔικΑΕ, ό.π., αρ. 24.

84 Βλ. *Γιοβαννόπουλο*, Ελαττωματικές αποφάσεις…, ό.π., υποσ. 1096, 304.

85 Πρβλ. *Timm*, ό.π., 488.

IV. Αναζήτηση δογματικής βάσης για τη θεμελίωση της ευθύνης του αντιπροσώπου

Α. Η σύμβαση με προστατευτική τριτενέργεια

Η εσωτερική σχέση, η οποία συνδέει τον αντιπρόσωπο με το μέτοχο – είτε πρόκειται για σύμβαση εντολής είτε για σύμβαση παρακαταθήκης – ενεργεί μόνο μεταξύ αυτών των δύο και δεν μπορεί με βάση αυτήν λόγω της ενοχικής της φύσης, να συναχθούν συμβατικές δεσμεύσεις πίστης του αντιπροσώπου απέναντι στην εταιρία και τους υπόλοιπους μετόχους, η προστασία των οποίων ενδιαφέρει εν προκειμένω[86]. Εξεταστέο είναι, αν μπορεί να καμφθεί η αρχή της σχετικότητας των ενοχών, ώστε να επεκταθεί η νομική ενέργεια της ενοχικής σχέσης του αντιπροσώπου με τον αντιπροσωπευόμενο μέτοχο και στα λοιπά ως άνω πρόσωπα, τα οποία βρίσκονται έξω από το βασικό ενοχικό δεσμό, με το σκεπτικό, πως οι ιδιαίτερες συνθήκες της δημιουργούμενης από τη σύμβαση σχέσης και τα στενά συνδεόμενα με αυτήν λοιπά εταιρικά συμφέροντα, καθιστούν αναγκαία και τη δική τους συμβατική προστασία.

Ευθεία αξίωση αποζημίωσης σύμφωνα με τους γενικούς κανόνες περί ενδοσυμβατικής ευθύνης προσώπων, που δεν συμμετέχουν στο συμβατικό δεσμό, κατά του συμβαλλομένου, που προκάλεσε υπαιτίως τη ζημία τους παραβαίνοντας τη σύμβαση, μπορεί να θεμελιωθεί στη βάση της σύμβασης με προστατευτική τριτενέργεια (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)[87]. Ο θεσμός της σύμβασης με προστατευτική τριτενέργεια προέρχεται από το χώρο του γερμανικού δικαίου και έχει ως ειδικότερο σκοπό την παροχή προστασίας σε εκείνα τα τρίτα πρόσωπα, τα οποία υφίστανται βλάβη από την παράλειψη της οφειλόμενης επιμέλειας κατά την εκτέλεση της μεταξύ των συμβαλλομένων καταρτισθείσας σύμβασης[88].

Για την κατάφαση της σύμβασης με προστατευτική τριτενέργεια αναγκαία είναι η ύπαρξη νομικής σχέσης πρόνοιας ανάμεσα στο δανειστή της σύμβασης και τα πρόσωπα εκτός αυτής (Fürsorgeverhältnis), ώστε να δικαιολογείται και το δικό του συμφέρον να επεκταθεί η συμβατική προστασία ως προς τις (δευτερογενείς) υποχρεώσεις προστασίας, που έχει απέναντί του ο οφειλέτης, και προς αυτούς[89]. Ορισμένες γερ-

86 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 166.

87 Στο σημείο αυτό εντοπίζεται και η βασική διαφορά της σύμβασης με προστατευτική τριτενέργεια από τη σύμβαση υπέρ τρίτου, καθώς στη δεύτερη περίπτωση ο τρίτος έχει αξίωση κατά του οφειλέτη για την καταβολή της κύριας παροχής, βλ. *Larenz*, Schuldrecht, τ. 1, 226, υποσ. 20.

88 Βλ. μεταξύ άλλων *Gottwald*, σε MüKo z. BGB, 2009, §328, αρ. 69 με περαιτέρω παραπομπές στη γερμανική θεωρία και νομολογία, *Larenz*, ό.π., 224επ., *Palandt/Heinrichs*, BGB, 2009, §328, αρ. 2b, BGH NJW 1977, 2208, 2209, BGH NJW 1973, 321, 322, BGHZ 51, 91, 96, BGH NJW 1959, 1676 (για την ελληνική μετάφραση της απόφασης βλ. NoB 1963, 287).

89 Βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, Εισαγ. 410–415, αρ. 19, *Παπαδημητρόπουλο*, Ενοχή με προστατευτική τριτενέργεια – Η νεώτερη εξέλιξη του θεσμού στη Γερμανία και προοπτικές για το ελληνικό δίκαιο, ΧρΙΔ 2005, 305επ., 306, *Larenz*, ό.π., 224 επ., BGHZ 51, 91, 96, BGH NJW 1970, 38, 40.

μανικές δικαστικές αποφάσεις έχουν κάνει δεκτή την ύπαρξη μιας τέτοιας σχέσης προνοίας στην υπό εξέταση περίπτωση, με την αιτιολογία, πως ο αντιπροσωπευόμενος μέτοχος δεσμεύεται απέναντι στην εταιρία και τους λοιπούς μετόχους με την υποχρέωση πίστης, η οποία επιβάλλει σε αυτόν τη λήψη υπόψη και των λοιπών – πλην των δικών του – εταιρικών συμφερόντων κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου[90].

Η δέσμευση όμως του αντιπροσωπευόμενου μετόχου (και δανειστή της κύριας σύμβασης) από την υποχρέωση πίστης δεν είναι αρκετή, προκειμένου να συναχθεί η θέληση των συμβαλλόμενων μερών να βαρύνει η υποχρέωση αυτή και τον αντιπρόσωπο (οφειλέτη) κατά την εκπλήρωση της κύριας συμβατικής παροχής. Πρέπει δηλ. να γίνει δεκτό, πως στην ανάθεση της εντολής του αντιπροσωπευόμενου μετόχου προς τον αντιπρόσωπο για την άσκηση του δικαιώματος ψήφου εμπεριέχεται στην ουσία και η δήλωση βούλησής του να ασκήσει ο αντιπρόσωπός του το εν λόγω δικαίωμα όχι μόνο σύμφωνα με τα δικά του αλλά και με βάση τα λοιπά εταιρικά συμφέροντα. Η ύπαρξη όμως τέτοιας βούλησης του μετόχου και η αποδοχή της από την πλευρά του αντιπροσώπου είναι μάλλον δύσκολο να διαγνωσθούν στα μέρη[91]. Η φύση και ο σκοπός της συμβατικής σχέσης, που συνδέει τον αντιπρόσωπο με τον αντιπροσωπευόμενο μέτοχο (π.χ. εντολή, παρακαταθήκη) και το αντικείμενο της εντολής του πρώτου προς τον δεύτερο (άσκηση του δικαιώματος ψήφου) υπαγορεύουν στον αντιπρόσωπο να ενεργεί με σκοπό την προάσπιση των συμφερόντων και τη διασφάλιση της εταιρικής θέσης του προσώπου, που αντιπροσωπεύει. Δεν μπορούν συνεπώς να υπαχθούν στον προστατευτικό σκοπό μιας τέτοιας σύμβασης αλλότρια συμφέροντα, ειδικά δε αυτά των υπόλοιπων μετόχων, τα οποία είναι αρκετά πιθανό να μην ταυτίζονται με τα συμφέροντα του αντιπροσωπευόμενου μετόχου[92], μιας και ο κάθε μέτοχος στο βαθμό που δεν υπερβαίνει τα όρια, που υπαγορεύει ο εταιρικός σκοπός, είναι ελεύθερος να ασκεί το δικαίωμα ψήφου, όπως υπαγορεύει το προσωπικό του συμφέρον[93]. Τέλος, (και) υπό αυτή τη δογματική προσέγγιση δεν μπορούν να συναχθούν πιο έντονες δεσμεύσεις προστασίας και πιο αυστηροί περιορισμοί στο πρόσωπο του αντιπροσώπου σε σχέση με τον αντιπροσωπευόμενο, όταν κάτι τέτοιο κρίνεται από τις περιστάσεις ως αξιολογικά επιβεβλημένο[94].

Σε κάθε περίπτωση, η παραπάνω – άκρως ενδιαφέρουσα – επιχειρηματολογία έχει στην ελληνική έννομη τάξη καθαρά θεωρητική σημασία λόγω της έντονης διστακτικότητας της νομολογίας να προβεί στην αναγνώριση της ισχύος της σύμβασης,

90 Βλ. χαρακτηριστικά την LG Düsseldorf, ZIP 1992, 932επ., 935επ.
91 Βλ. *Heermann*, Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung und Schadenersatzhaftung, ZIP 1994, 1243επ., 1248.
92 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 165. Πρβλ. *Canaris*, Schutzwirkung zugunsten Dritter bei "Gegenläufkeit" der Interessen, JZ 1995, 441επ., 443, *Palandt/Heinrichs*, BGB, 2009, §328, αρ. 17.
93 Βλ. *Kunze*, ό.π., 125, *Zöllner*, ό.π., 318επ.
94 Βλ. *Hammen*, ό.π., 244.

που αναπτύσσει προστατευτική ενέργεια υπέρ τρίτων προσώπων[95]. Η έννομη προστασία, που παρέχεται σε ανάλογες περιπτώσεις από τους ήδη υφισταμένους νομικούς θεσμούς του ελληνικού ιδιωτικού δικαίου είναι τις περισσότερες φορές επαρκής (βλ. για παράδειγμα το άρθρ. 823 BGB σε αντίθεση με το άρθρ. 914 ΑΚ)[96] και δεν χρειάζεται η προσφυγή σε άλλες νομικές κατασκευές[97], οι οποίες εξυπηρετούν τις ανάγκες αλλοδαπών νομοθετικών καθεστώτων.

Β. Οι διατάξεις για την προσυμβατική ευθύνη

Η δογματική θεμελίωση αυτοτελούς υποχρέωσης στο πρόσωπο του αντιπροσώπου για επίδειξη πίστης και έντιμης συμπεριφοράς απέναντι στην εταιρία ή/και τους λοιπούς – πλην του αντιπροσωπευομένου – μετόχους, με τους οποίους δεν συνδέεται συμβατικώς, θα μπορούσε να επιχειρηθεί μέσω της προσφυγής στις διατάξεις για την ευθύνη από διαπραγματεύσεις («culpa in contrahendo»)[98]. Με τις διατάξεις των άρθρ. 197-198 ΑΚ επεκτείνεται η καλόπιστη εκπλήρωση της παροχής, που υπαγορεύει το άρθρ. 288 ΑΚ, στο προστάδιο της σύναψης της σύμβασης, όπου τα μέρη δεν έχουν αναπτύξει ακόμα νομικούς δεσμούς μεταξύ τους[99].

Στο σύστημα αυτό της εκ του νόμου ευθύνης[100] υπάγονται τα διαπραγματευόμενα την υπό κατάρτιση σύμβαση μέρη με την έναρξη των συναλλακτικών επαφών μεταξύ τους[101]. Υποστηρίζεται[102] ωστόσο η αναλογική εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων και στην περίπτωση του αντιπροσώπου, ο οποίος συμμετέχει στις διαπραγματεύσεις κατά τρόπο αποφασιστικό και αναλαμβάνοντας πρωτοβουλίες αντίστοιχες με αυτές του μελλοντικά συμβαλλόμενου μέρους, που αντιπροσωπεύει. Η ταύτιση της θέσης του αντιπροσώπου με τη θέση του μελλοντικά συμβαλλόμενου μέρους, που αντιπροσωπεύει, και η εκ του λόγου αυτού υπαγωγή του στο ρυθμιστικό βε-

95 Βλ. *Λιάππη*, Η ευθύνη τρίτου από διαπραγματεύσεις, σε τιμ. τόμ. Κουμάντου, 623επ., 630, *Παπαδημητρόπουλο*, ό.π., 305, *Πουλιάδη*, Συρροή κανόνων ειδικού και ενοχικού δικαίου στην αστική ευθύνη του πωλητή, 1997, 28επ., *Σούρλα*, Παραβίαση συμβατικής υποχρέωσης ως αδικοπρακτικής ευθύνης προς τρίτους, ΝοΒ 1983, 444επ., 449επ.

96 Βλ. *Karampatzos*, Vom Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zur deliktischen berufsbezogenen Vertrauenshaftung: Zugleich ein Beitrag zum Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden, 2005. Βλ. όμως και το παράδειγμα των «προστηθέντων», που αναφέρεται από τον *Σούρλα*, ό.π., 451, όπου η διάταξη του άρθρ. 922 ΑΚ δεν παρέχει την ίδια προστασία με την αντίστοιχη ενδοσυμβατική αξίωση του ζημιωθέντα.

97 Βλ. *Πουλιάδη*, Οι υποχρεώσεις προστασίας (των έννομων αγαθών του αντισυμβαλλόμενου) στο δίκαιο της συμβατικής και προσυμβατικής ευθύνης, Αρμ 1983, 741επ., *Σούρλα*, ό.π., 451.

98 Βλ. *Timm*, ό.π., 489, ο οποίος αναφέρεται συγκεκριμένα στην περίπτωση των τραπεζών.

99 Βλ. σχετικά *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές Αρχές, ό.π., 450, *Καμπίτση*, Περί της προσυμβατικής ευθύνης, 1960, 62 – 63, *Καράση*, σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, ΑΚ 197–198, αρ. 1, *Κουμάντο*, Η υποκειμενική καλή πίστις: συμβολή εις τα περί γνώσεως και αγνοίας εν τω αστικώ δικαίω, 1958, αρ. 7, *Larenz*, ό.π., 109, *Nirk*, Culpa in Contrahendo, σε FS Möhring, 393.

100 Βλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, 157, *Larenz*, ό.π., 117–118, *Medicus/Larenz*, Schuldrecht I, 2008, 54.

101 Βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές Αρχές, ό.π., 450, *Καράση*, ό.π., αρ. 2, ό.π., 109, 119.

102 Για τη θέση αυτή βλ. αναλυτικά *Λιάππη*, ό.π., 632επ. με περαιτέρω παραπομπές. Από τη γερμανική βιβλιογραφία, στην οποία υποστηρίζεται ευρέως η θέση αυτή, βλ. ενδεικτικά *Ballerstedt*, Zur Haftung aus culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 150 (1950/1951), 501επ., *Emmerich*, σε MüKo z. BGB, vor §275, αρ. 172επ., *Larenz*, ό.π., 110, *Palandt/Heinrichs*, BGB, §276, αρ. 93επ., *Soergel/Wiedemann*, BGB, vor §275, αρ. 218επ.

ληνεκές των διατάξεων των άρθρ. 197–198 ΑΚ γίνεται δεκτή στις εξής δύο περιπτώσεις: είτε στην περίπτωση που ο αντιπρόσωπος έχει ίδιο οικονομικό συμφέρον από την κατάρτιση της διαπραγματευόμενης σύμβασης (π.χ. συμμετοχή στα κέρδη[103]) είτε όταν λόγω της θέσης και της ενεργούς συμμετοχής του κατά το στάδιο της διαπραγμάτευσης τα λοιπά υποψήφια συμβαλλόμενα μέρη έχουν επιδείξει ευλόγως πίστη στο πρόσωπο και τη συμπεριφορά του για την ορθή εκπλήρωση της σύμβασης, ώστε τελικά προβαίνουν στην κατάρτισή της.

Το προβληματικότερο σημείο στην αναγνώριση της ευθύνης από διαπραγματεύσεις ως νομικής βάσης για την ευθύνη του αντιπροσώπου στην προκειμένη περίπτωση είναι, ότι τα μέλη της ανώνυμης εταιρίας δεν αναπτύσσουν μεταξύ τους συναλλακτικές επαφές προσυμβατικού τύπου, όπως προϋποθέτει η εφαρμογή των άρθρ. 197-198 ΑΚ. Στην ανώνυμη εταιρία λόγω της τυπολογικής της φύσης και των δομικών της χαρακτηριστικών δεν υπάρχουν ιδιαίτερες σχέσεις και επαφές ανάμεσα στα μέλη της, τα οποία μάλιστα μπορεί να μην γνωρίζονται καν μεταξύ τους. Ακόμα όμως και αν προσπελαστεί το εμπόδιο αυτό με την παραδοχή, πως τέτοιες σχέσεις μεταξύ των μελών της ανώνυμης εταιρίας προκύπτουν κατά τη συμμετοχή τους στη συνέλευση, όπου οι μέτοχοι συγκεντρώνονται, συζητούν μεταξύ τους και με την άσκηση του δικαιώματος ψήφου καταλήγουν στο σχηματισμό της εταιρικής απόφασης, η οποία συναπαρτίζεται από τις επιμέρους δηλώσεις βούλησης (τις ψήφους), που έχουν συμπέσει μεταξύ τους, και συνιστά – κατά την κρατούσα γνώμη – πολυμερή δικαιοπραξία (ιδιότυπης φύσης)[104], είναι δύσκολο να ενταχθεί ο αντιπρόσωπος του μετόχου σε μία εκ των παραπάνω αναφερόμενων περιπτώσεων αναλογικής υπαγωγής στο προσυμβατικό καθεστώς ευθύνης.

Κατ' αρχάς, το προσωπικό οικονομικό συμφέρον του αντιπροσώπου από τη λήψη ή μη λήψη μιας εταιρικής απόφασης, όπου αυτό υπάρχει, είναι έμμεσο[105] και διαφέρει ως προς την ποιότητα και την ένταση από το συμφέρον του μετόχου, ο οποίος υφίσταται ευθέως τις συνέπειες από τη λήψη ή μη λήψη μιας εταιρικής απόφασης, ακόμα και αν αυτή δεν συνδέεται άμεσα με τα κατ' ιδίαν μετοχικά συμφέροντα, αλλά αναφέρεται εν γένει στο εταιρικό συμφέρον. Άμεσο οικονομικό όφελος του αντιπροσώπου από την υπό ψήφιση απόφαση, το οποίο θα δικαιολογούσε την εφαρμογή των άρθρ. 197–198 ΑΚ θα μπορούσε να γίνει δεκτό – μάλλον – μόνο σε σπάνιες περιπτώσεις, όπως για παράδειγμα στην περίπτωση, που ο αντιπρόσωπος είναι τράπεζα, που θέλει να συμμετάσχει σε ενδεχόμενη αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας, που αντιπροσωπεύει. Από την άλλη, είναι αδύνατο να συναχθεί ο απαιτούμενος βαθμός εμπιστοσύνης μεταξύ του αντιπροσώπου και των λοιπών

103 Βλ. BGH WM 1992, 699επ., 700.

104 Βλ. ενδεικτικά *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές Αρχές, ό.π., 385, *Γιοβαννόπουλο*, Οι ελαττωματικές αποφάσεις…, ό.π., 120, *Κιντή*, Ακυρότης και ακυρωσία των αποφάσεων της γενικής συνέλευσης της ανωνύμου εταιρίας, 2004, 36επ., 42επ., *Κορνηλάκη/Σκαλίδη*, ό.π., 437, *Παμπούκη*, Δίκαιον Εμπορικών Εταιριών, ό.π., 287επ., *Σωτηρόπουλο*, ΔΕΕ 2007, ό.π., 26.

105 Βλ. *Henssler*, ό.π., 114, BGH ZIP 1995, ό.π., 831.

– πλην του αντιπροσωπευομένου– μετόχων υπό την έννοια, που αναφέρθηκε παραπάνω. Οι τελευταίοι δεν προβαίνουν στην άσκηση του δικαιώματος ψήφου, επειδή έχουν επενδύσει στην έντιμη συμπεριφορά του αντιπροσώπου, αλλά το ασκούν, διότι με τον τρόπο αυτό διασφαλίζουν τα συμφέροντά τους μέσα στην εταιρία[106].

Γ. Προσφυγή στις διατάξεις περί αδικοπραξίας

Από τη στιγμή που δεν καθίσταται δυνατή υπό τις ως άνω εξεταζόμενες νομικές βάσεις – συμβατικής ή προσυμβατικής ευθύνης – η συναγωγή προσωπικής ευθύνης του αντιπροσώπου, για τη βλάβη, που προκάλεσε στα εταιρικά συμφέροντα κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου, θα πρέπει η κατάλληλη δογματική οδός να αναζητηθεί στις διατάξεις της αδικοπρακτικής ευθύνης (άρθρ. 914 και 919 ΑΚ). Στις διατάξεις αυτές, η εφαρμογή των οποίων δεν προϋποθέτει την ύπαρξη συμβατικών δεσμών μεταξύ των μερών, θεμελιώνεται προσωπική αξίωση των ζημιωθέντων κατά εκείνου του προσώπου, που ευθύνεται για την πρόκληση της βλάβης τους.

1. Εξέταση της εφαρμογής του άρθρ. 914 ΑΚ

Για την κατάφαση της εφαρμογής του άρθρ. 914 ΑΚ στην προκειμένη περίπτωση κρίσιμη είναι η στοιχειοθέτηση του παράνομου τρόπου πρόκλησης της επελθούσας ζημίας των εταιρικών συμφερόντων. Για τη θεμελίωση της έννοιας του παρανόμου η διάταξη του άρθρ. 914 ΑΚ προϋποθέτει την παράβαση ενός κανόνα δικαίου στο προστατευτικό πεδίο του οποίου, θα πρέπει να βρίσκεται το προσβαλλόμενο απόλυτο δικαίωμα ή έννομο συμφέρον[107]. Εξεταστέο είναι συνεπώς, αν με την προσβολή των μετοχικών συμφερόντων από τη ζημιογόνα συμπεριφορά του αντιπροσώπου θίγεται προστατευόμενο απόλυτο δικαίωμα ή έννομο συμφέρον κατά την έννοια που απαιτεί η εφαρμογή του άρθρ. 914 ΑΚ.

Στην ελληνική έννομη τάξη όμως δεν υφίσταται κανόνας δικαίου, ο οποίος να προστατεύει κατά απόλυτο τρόπο τη μετοχική σχέση ούτε από την πλευρά της οικονομικής της υπόστασης, που ενδιαφέρει εν προκειμένω, ούτε όμως από την πλευρά της εμπράγματης φύσης της[108]. Υπό το πρίσμα ωστόσο των νεώτερων θεωρητικών προσεγγίσεων, που υποστηρίζουν, πως στο προστατευτικό πεδίο του άρθρ. 17 Σ περιλαμβάνονται εκτός από τα εμπράγματα δικαιώματα και τα ενοχικά[109], έχει υποστη-

---

106 Βλ. *OLG Dusseldorf*, ZIP 1994, 878επ., 881, *Hammen*, ό.π., 246, *Heermann*, ό.π., 1248. Την ίδια θέση υιοθετεί και η BGH ZIP 1995, ό.π., 831, χωρίς ωστόσο να την αιτιολογεί.

107 Βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, τ. Ι, 1999, 596επ., *του ίδιο*, σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, ΑΚ 914, αρ. 6, *Σπυριδάκη*, Το αδίκημα κατά την ΑΚ 914, 1995, 46, *Σταθόπουλο*, ό.π., 797επ.

108 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 313–314.

109 Βλ. *Δαγτόγλου*, Συνταγματική προστασία της μετοχής (γνμδ), ΝοΒ 1979, 1409επ., 1410, *Κασιμάτη*, Η έννοια της ιδιοκτησίας και της ιδιοκτησίας προστασίας (με αφορμή την απόφαση ΑΠ(Ολ) 40/1988), ΕΕμπΔ 1999, 198επ. Για την αντίθετη, παραδοσιακή άποψη στη θεωρία και για ορισμένα από τα σχετικά υποστηριζόμενα επιχειρήματα, βλ. ενδεικτικά

ριχθεί, πως στην έννοια της συνταγματικά προστατευόμενης ιδιοκτησίας του άρθρ. 17 Σ ανήκει και η περιουσιακή αξία της μετοχής[110], η οποία αποτελεί το νομοθετικά αμετάβλητο πυρήνα της μετοχικής σχέσης, που πρέπει να διακρίνεται από το μεταβλητό περιεχόμενο των συμμετοχικής φύσης δικαιωμάτων (π.χ. δικαιώματα διοικήσεως, ελέγχου), που πηγάζουν από αυτήν[111].

Ακόμα όμως και υπό αυτήν την – ορθή – προσέγγιση κατά την οποία το μετοχικό δικαίωμα ανήκει στις νέες μορφές της συνταγματικά προστατευόμενης ιδιοκτησίας, προσβολή του απαραβίαστου πυρήνα του μετοχικού δικαιώματος, δηλαδή της ενσωματωμένης περιουσιακής αξίας στη μετοχή, υφίσταται μόνο σε περιπτώσεις αφαίρεσης του μετοχικού δικαιώματος ή απαγόρευσης διαθέσεώς του ή ακόμα σε περίπτωση ολικής ή και μερικής εκμηδένισης της οικονομικής αξίας της μετοχής μέσω της αφαίρεσης του δικαιώματος συμμετοχής στα εταιρικά κέρδη[112], και όχι όταν επέρχεται (αντανακλαστικά) η μείωση της οικονομικής αξίας των μετοχών[113], όπου η υφιστάμενη βλάβη είναι μόνο περιουσιακής φύσης και δεν επέρχεται απώλεια της μετοχικής ιδιότητας[114]. Συνεπώς, η συνδρομή του στοιχείου του παρανόμου μπορεί να διαπιστωθεί μόνο στις περιπτώσεις που η άσκηση του δικαιώματος ψήφου οδηγεί στη λήψη αποφάσεων, που προκαλούν την άμεση ζημία των θιγόμενων μετόχων, όπως συμβαίνει στην περίπτωση που αποφασιστεί παρανόμως ο αποκλεισμός του δικαιώματος προτίμησης των (παλαιών) μετόχων κατά την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας[115], αλλά όχι όταν με αυτές πλήττεται η εταιρική περιουσία, οπότε

Μποτόπουλο, Η προστασία της μετοχής κατά το άρθρο 17 του Συντάγματος, ΕλλΔνη 1994, 274επ., 276. Αντίθετη με αυτή τη σύγχρονη τάση της θεωρίας εμφανίζεται και η πάγια νομολογία των δικαστηρίων, βλ. *ΑΠ 444/1969*, όπως και την αναλυτική παράθεση της νομολογίας από *Παπασύρου Ν./Νικολόπουλου Κ./Παπαδόπουλου Δ.*, Η συνταγματική προστασία της ιδιοκτησίας, Νομική Επιθεώρηση, Ιανουάριος – Απρίλιος 1993, v. 16–17, 18επ. Βλ. ωστόσο την πιο πρόσφατη νομολογία, στην οποία γίνεται αποδεκτή η διευρυμένη έννοια της συνταγματικά προστατευόμενης ιδιοκτησίας, και χαρακτηριστικά τις *ΑΠ 795/00*, ΝοΒ 2001, 1307, *ΑΠ(Ολ) 14/99*, ΕΕμπΔ 1999, 501, *ΑΠ(Ολ) 40/1998*, ΕΕμπΔ 1999, 28επ.

110 Βλ. για παράδειγμα *Δαγτόγλου*, ό.π., 1410 επ. και ιδιαίτερα 1411–1412, *Μποτόπουλο*, ό.π., 280, *Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του ιδιωτικού Δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών, 2000, 239, *Τριανταφυλλάκη*, Από την προστασία της μειοψηφίας στην προστασία του μετόχου, ΕΕμπΔ 2009, 499επ., 509επ. Η θέση αυτή κρατεί στο γερμανικό δίκαιο, βλ. ενδεικτικά BVerfG AG 2008, 27, BVerfG WM 2007, 1884, BGH BB 2007, 1518, BGH AG 2006, 887, BGH BB 2006, 2761.

111 Βλ. *Μποτόπουλο*, ό.π., 280.

112 Βλ. *Δαγτόγλου*, ό.π., 1412, *Μποτόπουλο*, ό.π., 280. Την ίδια θέση ακολουθεί και η νομολογία, βλ. για παράδειγμα *ΑΠ 31/1990,* ΕΕΝ 1990, 557.

113 Βλ. *Τριανταφυλλάκη*, Ευθύνη μετόχου ασκούντος επιρροή στη διοίκηση ανωνύμου εταιρίας, σε 12ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, 298 = ΧρΙΔ 2003, 679. Η θέση αυτή γίνεται μέχρι σήμερα δεκτή και από το μεγαλύτερο τμήμα της γερμανικής θεωρίας και νομολογίας, βλ. χαρακτηριστικά *Habersack*, ό.π., 143επ., *Hadding*, Ergibt die Vereinsmitgliedschaft „quasi – vertragliche" Ansprüche, „erhöhte Treue- und Förderpflichten" sowie ein „sonstiges Recht" im Sinne des §823 Abs. 1 BGB?, σε FS Kellermann, 91επ., 99, 104, *Hefermehl*, σε Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, §93 AktG, αρ. 94, *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Band II, 1994, 394, *Lutter*, AcP 180 (1980), ό.π., αρ. 130, *Palandt/Sprau*, BGB, 2009, §823, αρ. 21, *Reuter*, Die Mitgliedschaft als sonstiges Recht im Sinne des §823 I BGB, σε FS Lange, 707επ., 710επ., *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, ό.π., 549, 652, *Soergel/Zeuner*, BGB, 1990, §823, αρ. 45, *Staudinger/Hager*, BGB, §823 B, 2006, 141, BGH NJW 1990, 287, BGHZ 110, 323, 327, 334, OLG München, ZIP 1990, 1552, 1553, RGZ 158, 248, 255.

114 Βλ. *Staudinger/Hager*, ό.π.

115 Βλ. *ΑΠ 795/00*, ό.π., *ΑΠ(Ολ) 14/99*, ό.π.

και οι μέτοχοι ζημιώνονται εμμέσως, επειδή επέρχεται ανακλαστικά μείωση στην οικονομική αξία της εταιρικής τους συμμετοχής (έμμεση ή αντανακλαστική ζημία).

Ανεξάρτητα επομένως από τον παραπάνω ενδιαφέροντα προβληματισμό σχετικά με το αν ο ίδιος ο πυρήνας της μετοχικής σχέσης αποτελεί τελικά προστατευόμενο δικαίωμα, κατά την έννοια που απαιτείται για την εφαρμογή του άρθρ. 914 ΑΚ ή όχι, ζήτημα γέννησης αδικοπρακτικής ευθύνης με βάση το εν λόγω άρθρο στο πρόσωπο του αντιπροσώπου, που με τη συμπεριφορά του προσβάλλει όχι την ίδια την υπόσταση της μετοχικής σχέσης, αλλά τα περιουσιακά δικαιώματα, που απορρέουν από αυτήν (έμμεση συμμετοχή μετόχων), δεν μπορεί να τεθεί, διότι στην προκειμένη περίπτωση, όπως κατεδείχθη, δεν συντρέχει ούτως ή άλλως το στοιχείο του παρανόμου του άρθρ. 914 ΑΚ[116].

2. Ευθύνη με βάση το άρθρ. 919 ΑΚ

Η επίκληση της συγκεκριμένης διάταξης ως νομικής βάσης για την επιδίκαση αποζημίωσης στον προσβάλλοντα τα εταιρικά συμφέροντα αντιπρόσωπο είναι προσφορότερη από τη διάταξη του άρθρ. 914 ΑΚ, για το λόγο πως η προβλεπόμενη έννομη συνέπεια της αποζημιωτικής ευθύνης επέρχεται στην προκειμένη περίπτωση χωρίς να κρίνεται αναγκαία η προσφυγή σε άλλο κανόνα δικαίου, αφού το άρθρ. 919 ΑΚ καθιερώνει αυτοτελή λόγο ευθύνης προς αποζημίωση[117].

Τα προβλήματα ωστόσο σχετικά με την εφαρμογή του άρθρ. 919 ΑΚ στην περίπτωση που ο αντιπρόσωπος προσβάλλει με την άσκηση του δικαιώματος ψήφου τα εταιρικά συμφέροντα, έχουν να κάνουν κυρίως με τη δυσκολία απόδειξης των στοιχείων του πραγματικού της διάταξης[118], δηλαδή το δόλο (έστω και ενδεχόμενο)[119] της ψηφοδοτικής συμπεριφοράς του αντιπροσώπου και την αντίθεση της πράξης του στα χρηστά ήθη[120]. Οι δυσκολίες αυτές καθιστούν δυνατή την εφαρμογή της διάταξης μόνο σε εξαιρετικά σπάνιες περιπτώσεις[121].

Εκτός όμως από τις οποιεσδήποτε αποδεικτικές δυσχέρειες, και μόνη η συνδρομή των ως άνω κριτηρίων, που απαιτούνται για την επίκληση της εν λόγω διάταξης, περιορίζει σημαντικά το πεδίο εφαρμογής της[122]. Ειδικότερα, η ευθύνη μόνο του αντιπροσώπου εκείνου, που ενεργεί δολίως, αφήνει ατιμώρητες βλαπτικές και

116 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 140, *Hammen*, ό.π., 241.

117 Βλ. *Τριανταφυλλάκη*, σε 12ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, ό.π., 288 = ΧρΙΔ 2003, ό.π., 675. Πρβλ. *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 279. Σκοπός εξάλλου του άρθρ. 919 ΑΚ είναι η κάλυψη από το πεδίο εφαρμογής του εκείνων των περιπτώσεων, που δεν εμπίπτουν στο άρθρ. 914, βλ. σχετικά *Απ. Γεωργιάδη*, σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, ΑΚ 919, αρ. 1.

118 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 180, *Τριανταφυλλάκη*, σε 12ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, ό.π., 288 = ΧρΙΔ 2003, ό.π., 675, *Weber*, Vormitgliedschaftliche Treubindungen, 1999, 12.

119 Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π., 675.

120 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 142.

121 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 180, *Baus*, ό.π., 85, *Fillmann*, ό.π., 106, *Weber*, ό.π., 12.

122 Πρβλ. *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης…, ό.π., 295, υποσ. 295.

ζημιογόνες για τα εταιρικά συμφέροντα συμπεριφορές, οι οποίες δεν καλύπτονται από τον απαιτούμενο βαθμό υπαιτιότητας[123]. Όταν όμως το δικαίωμα ψήφου του μικρομετόχου ασκείται από τράπεζα, θα πρέπει να θεμελιώνεται ευθύνη και λόγω αμελούς συμπεριφοράς, διότι η πείρα και οι εξειδικευμένες γνώσεις, που διαθέτει ένα πιστωτικό ίδρυμα, απαιτούν από μέρους του αυξημένη προσοχή και σύνεση κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου[124]. Το δε κριτήριο της γενικής ρήτρας των χρηστών ηθών συνεπάγεται την επίκληση του εν λόγω κανόνα αποζημιωτικής ευθύνης, μόνο προκειμένου να καλύψει «ηθικά μεμπτές» συμπεριφορές και δράσεις[125].

Δ. Η αναλογική υπαγωγή στο καθεστώς ευθύνης του μετόχου

Όλα τα παραπάνω προτεινόμενα νομοθετικά εργαλεία του αστικού δικαίου για τη δογματική συναγωγή αυτοτελών δεσμεύσεων προστασίας του αντιπροσώπου απέναντι στην εταιρία ή/και τους λοιπούς – πλην του αντιπροσωπευομένου – μετόχους κρίθηκαν απρόσφορα στην υπό κρίση περίπτωση, διότι παρέχουν προστασία από κινδύνους άλλης κατηγορίας. Κατέστη έτσι αδύνατο να επιτευχθεί η λειτουργική προσαρμογή τους στις ιδιαιτερότητες και τις ιδιοτυπίες του εταιρικού δικαίου και η προσφυγή σε αυτές απέβη αλυσιτελής.

Η ιδιομορφία της εξεταζόμενης περίπτωσης, όπως ήδη συνοπτικά και παραπάνω αναφέρθηκε, έγκειται στο ότι ο αντιπρόσωπος εν προκειμένω όχι μόνο δεν αποτελεί φορέα σχηματισμού της δικαιοπρακτικής βούλησης του αντιπροσωπευόμενου μετόχου αλλά, χωρίς ο τελευταίος να του έχει μεταβιβάσει τη μετοχική του εξουσία, αυτός παρανόμως την καρπώνεται, και την ασκεί κατά τρόπο που εξυπηρετεί αποκλειστικά τα προσωπικά του συμφέροντα και είναι σε βάρος της ανώνυμης εταιρίας και των μετόχων της. Το ζήτημα επομένως που ανακύπτει εν προκειμένω είναι κατά πόσον ένας τέτοιος αντιπρόσωπος, ο οποίος αναλαμβάνει πρωτοβουλία και επεμβαίνει στην έννομη σφαίρα του μετόχου, που αντιπροσωπεύει, επηρεάζοντας ταυτόχρονα τα συναρτούμενα με αυτή λοιπά εταιρικά συμφέροντα, μπορεί να θεωρηθεί ως ένας οποιοσδήποτε τρίτος από πλευράς ευθύνης απέναντι στην εταιρία και τους λοιπούς μετόχους, και αν η δράση αυτή του αντιπροσώπου διαφοροποιείται εν τέλει από αυτήν ενός καταχρηστικώς ψηφίζοντα μετόχου.

Ο αντιπρόσωπος στην προκειμένη περίπτωση ασκώντας το δικαίωμα ψήφου του αντιπροσωπευόμενου μετόχου κατά τρόπο που εξυπηρετεί αποκλειστικά τις δικές του επιδιώξεις «εισέρχεται», χωρίς να έχει από το νόμο ανάλογη αρμοδιότητα, στη

123 Βλ. *Baus*, ό.π., 85, *Hammen*, ό.π., 242.
124 Πρβλ. *Beckerhoff*, ό.π., 135.
125 Βλ. *Ν. Ρόκα*, Τα όρια…, ό.π., 87.

νομική θέση του μετόχου, που αντιπροσωπεύει, και αποκομίζει οφέλη από την άσκηση εξουσίας, που δεν του ανήκει[126]. Ωστόσο, αυτή η καθοριστική επέμβαση στον τρόπο άσκησης του δικαιώματος ψήφου με τον εκ των πραγμάτων εκτοπισμό του πραγματικού δικαιούχου του από τη νόμιμη εξουσία του ισοδυναμεί στην ουσία με ψηφοδοτική δράση ανάλογη με προσώπου, που διαθέτει το δικαίωμα.

Από τη σκιαγράφηση της θέσης και του τρόπου δράσης του αντιπροσώπου, που τον καθιστούν όχι απλό διεκπεραιωτή αλλά κεντρικό πρόσωπο στην ψηφοδοτική διαδικασία καταφαίνεται η λειτουργική σύνδεση, που υπάρχει ανάμεσα σε αυτόν και το μέτοχο[127], και καταδεικνύεται η ανάγκη υπαγωγής του μέσω αναλογικής εφαρμογής ή διασταλτικής ερμηνείας στο ίδιο καθεστώς ευθύνης και υποχρεώσεων, που προβλέπεται για το μέτοχο[128]. Υπό την προσέγγιση αυτή ο αντιπρόσωπος, παρά το ότι τυπικά δεν έχει τη μετοχική ιδιότητα, θα πρέπει να δεσμεύεται στον ίδιο βαθμό και στην ίδια έκταση από την υποχρέωση πίστης, που βαρύνει τα μέλη της ανώνυμης εταιρίας, με αποτέλεσμα να υποχρεούται να σέβεται με τις πράξεις και τη συμπεριφορά του τα εταιρικά συμφέροντα, και ειδικότερα να αποφεύγει να αντλεί προσωπικά οφέλη σε βάρος της ανώνυμης εταιρίας και των μελών της. Ψήγματα της υποχρέωσης αυτής μπορούν να διαγνωσθούν νομοθετικά στο άρθρ. 28α §3 κ.ν. 2190/1920, το οποίο αφορά τις εταιρίες με μετοχές εισηγμένες στο χρηματιστήριο. Στην εν λόγω διάταξη ο νομοθέτης εκφράζει την επιφύλαξή του για το πρόσωπο του αντιπροσώπου υποχρεώνοντάς τον να ανακοινώσει στην εταιρία και τους μετόχους όλα εκείνα να περιστατικά, από τα οποία μπορεί να προκύψει κίνδυνος σύγκρουσης συμφερόντων με τη συμμετοχή του στη διαδικασία της ψηφοφορίας[129].

Το δογματικό υπόβαθρο επομένως για την αναλογική επέκταση στο πρόσωπο του αντιπροσώπου της ευθύνης και των υποχρεώσεων, που βαρύνουν το μέτοχο, πρέπει να αναζητηθεί στον επεμβατικό και καταχρηστικό χαρακτήρα της ίδιας του της συμπεριφοράς, η οποία καθ' υπαγόρευση της αρχής της αντιστοίχισης μεταξύ εξουσίας και ευθύνης κρίνεται επιβεβλημένο να μην παραμείνει ανεξέλεγκτη[130]. Από την ερμηνευτική απόδοση άλλωστε της υποχρέωσης πίστης με βάση τη λειτουργική της σημασία και τη σκοπούμενη μέσω αυτής παρεχόμενη προστασία προκύπτει, πως αυτή δεν στοχεύει στα τυπικά χαρακτηριστικά του προσώπου, που ασκεί το δικαίωμα

126 Πρβλ. *Beckerhoff*, ό.π., 123επ., *Marsch-Barner*, ό.π., 172επ. Σε αυτές τις περιπτώσεις η θέση του αντιπροσώπου μπορεί να παραλληλιστεί με αυτήν του "trustee" (βλ. *Müller – Erzbach*, ό.π., 235, *Timm*, ό.π., 488), αν και ο αντιπρόσωπος δεν είναι κατά κυριολεξία κύριος ή φορέας (legal owner) του εμπιστεύματος (trust), βλ. *Dreher*, ό.π., 150, 165.

127 Πρβλ. *Schmitz*, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, 1980, 115επ.

128 Βλ. *Lutter*, JZ 1995, ό.π., 1056, *τον ίδιο*, EWiR 1991 §135 AktG 1/1991, ό.π. 850, *Timm*, ό.π., 488. Πρβλ. *Πασσιά*, ό.π., παρ. 440, *Zöllner*, ό.π., 37–38.

129 Από τον ίδιο το σκοπό της εν λόγω διάταξης, αλλά και τις σε αυτήν αναφερόμενες ενδεικτικές περιπτώσεις προκλήσεως σύγκρουσης συμφερόντων, καταφαίνεται, πως ο νομοθέτης, όταν αναφέρεται στον κίνδυνο «να εξυπηρετήσει ο αντιπρόσωπος άλλα συμφέροντα πλην των συμφερόντων του μετόχου», δεν αναφέρεται μόνο στα συμφέροντα του αντιπροσωπευόμενου μετόχου, αλλά στα συμφέροντα όλων εν γένει των μετόχων.

130 Βλ. *Hennsler*, ό.π., 115, *Marsch – Barner*, ό.π., 184, *Schick*, ό.π., 939, *Timm*, ό.π., 489.

ψήφου, αλλά στο ίδιο το ασκούμενο δικαίωμα, και συγκεκριμένα στην απορρέουσα από αυτό εξουσία να αλληλεπιδρά το πρόσωπο, που την ασκεί, με τα υπόλοιπα εταιρικά συμφέροντα[131].

Για την τελολογική εκτίμηση της θέσης του αντιπροσώπου ως «εν τοις πράγμασι μετόχου» θα πρέπει κάθε φορά να αξιολογείται ο τρόπος δράσης του, και ιδίως κατά πόσον μέσω της δράσης του αυτής μπορούν να προσδοθούν στο πρόσωπό του χαρακτηριστικά δικαιούχου δικαιώματος. Αν ο αντιπρόσωπος περιορίζεται κατά την άσκηση του δικαιώματος ψήφου στο ρόλο, που του έχει ανατεθεί με βάση τη σχέση αντιπροσώπευσης, που τον συνδέει με τον αντιπροσωπευόμενο μέτοχο, η ευθύνη για ενδεχόμενη βλάβη, που θα προκληθεί από την ψηφοδοτική του συμπεριφορά, θα βαρύνει τον τελευταίο. Αν όμως από την ψηφοδοσία, η οποία αποτελεί προϊόν δικής του πρωτοβουλίας και απόφασης, προσδοκά ο ίδιος προσωπικά οφέλη, θα επωμιστεί αυτός τις οποιεσδήποτε αποζημιωτικές συνέπειες της ψηφοδοτικής συμπεριφοράς του[132]. Στην τελευταία περίπτωση τα περιστατικά στοιχειοθέτησης της υποχρέωσης πίστης θα κριθούν αυτοτελώς στο πρόσωπο του αντιπροσώπου και θα είναι ανεξάρτητα από τα χαρακτηριστικά του μετόχου ή των μετόχων, που αντιπροσωπεύει.

Όταν δε ο αντιπρόσωπος τυγχάνει να είναι και ο ίδιος μέτοχος της εταιρίας θα πρέπει – υπό το πρίσμα της εδώ υιοθετούμενης δογματικής παραδοχής – να διακρίνεται η υποχρέωση πίστης, που ευθέως δεσμεύει αυτόν λόγω της μετοχικής του ιδιότητας, από τα καθήκοντα επιμέλειας και προστασίας, στα οποία αναλογικώς υπάγεται, όταν εκμεταλλεύεται τη θέση αντιπροσώπευσης, που του έχει ανατεθεί[133]. Η διαφοροποίηση αυτή έχει πρακτική σημασία στις περιπτώσεις που ο αντιπρόσωπος μέσω των αντιπροσωπευόμενων από αυτόν δικαιωμάτων ψήφου μπορεί και ασκεί μεγαλύτερη επιρροή στο αποτέλεσμα της ψηφοφορίας απ' ό,τι μέσω της άσκησης του δικαιώματος ψήφου, που ο ίδιος διαθέτει.

V. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Σύμφωνα με τα παραπάνω κρίθηκε αναγκαία η αναζήτηση μιας δογματικής κατασκευής, μέσω της οποίας θα μπορεί να θεμελιωθεί η προσωπική ευθύνη του αντιπροσώπου, ο οποίος χρησιμοποιεί το δικαίωμα ψήφου του αντιπροσωπευόμενου μετόχου ως όχημα για να ικανοποιήσει τις δικές του προσωπικές επιδιώξεις αδιαφορώντας για τυχόν βλάβη, που προκαλεί με τον τρόπο αυτόν στα συμφέροντα της εταιρίας και των λοιπών – πλην του αντιπροσωνοπευομένου – μετόχων. Η διερεύ-

131 Βλ. *Lutter*, JZ 1995, ό.π., 1056, *Zöllner*, ό.π., 38.
132 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 185, *Timm*, ό.π., 489.
133 Βλ. *Beckerhoff*, ό.π., 157.

νηση ωστόσο διαφόρων αστικοδικαιικών θεσμών απόδοσης ευθύνης κατέδειξε την ακαταλληλότητά τους να παράσχουν ικανοποιητική προστασία, καθώς και να καλύψουν όλο το εύρος των δημιουργούμενων αναγκών στην προκειμένη περίπτωση.

Δικαιοπολιτικά συνεπέστερο είναι ο αντιπρόσωπος από τη στιγμή που ασκεί ψηφοδοτική εξουσία, που δεν του ανήκει, και αντλεί οφέλη από αυτήν αναλαμβάνοντας δράση συγκρίσιμη με αυτήν των μετόχων, να υπαχθεί αναλογικά στο ίδιο καθεστώς ευθύνης και υποχρεώσεων με αυτούς. Η διασφάλιση της ίδιας της αποστολής της υποχρέωσης πίστης ως ελεγκτικού μηχανισμού της μετοχικής ισχύος και ως εξισορροπητικού εργαλείου των αντικρουόμενων μετοχικών δυνάμεων, που εκδηλώνονται στο εσωτερικό της ανώνυμης εταιρίας, απαιτεί αυτή να μην εστιάζει στα τυπικά χαρακτηριστικά του προσώπου, που ασκεί τη μετοχική εξουσία, αλλά στον επιβλαβή για τα εταιρικά συμφέροντα τρόπο άσκησής της.

Τα όρια ωστόσο μιας ασφαλούς κρίσης σχετικά με το πότε ο αντιπρόσωπος ενεργεί ως φορέας εξωτερίκευσης της δικαιοπρακτικής βούλησης του μετόχου, που αντιπροσωπεύει, ώστε να εφαρμόζονται επ' αυτού οι γενικοί κανόνες περί αντιπροσώπευσης, και πότε παραβαίνει ο ίδιος τις επιταγές της υποχρέωσης πίστης, με συνέπεια την αναλογική υπαγωγή του στο καθεστώς ευθύνης του μετόχων, είναι αρκετά επισφαλή και χρήζουν περαιτέρω εξειδίκευσης μέσα από την εκτίμηση των ιδιαίτερων περιστατικών, που χαρακτηρίζουν κάθε φορά τη συμπεριφορά και τις ειδικότερες συνθήκες δράσης του αντιπροσώπου.

Φώτιος Δ. Καρατζένης*

Ενημέρωση σε περίπτωση απόκτησης ή διάθεσης σημαντικών συμμετοχών από μητρικές και ελεγχόμενες επιχειρήσεις (άρθρα 9 επόμ. Ν. 3556/2007)**

Ι. Εισαγωγή στην προβληματική

1. Το περιεχόμενο των υποχρεώσεων ενημέρωσης σε περίπτωση απόκτησης ή διάθεσης σημαντικών συμμετοχών σε εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά δεν έχει τύχει μέχρι σήμερα ιδιαίτερης βιβλιογραφικής επεξεργασίας. Ο λόγος πιθανόν να έγκειται στη θεώρηση του ζητήματος ως τεχνικού μάλλον παρά ως ζητήματος αφορώντος την ερμηνεία των σχετικών διατάξεων. Επιπροσθέτως, η καθοδήγηση της αρμόδιας εποπτικής Αρχής θεωρείται ενδεχομένως επαρκής και προφανώς δεσμευτική για την επίλυση των αναφυόμενων ερωτημάτων. Η αντιμετώπιση αυτή δεν είναι όμως ικανοποιητική. Η ερμηνεία και εφαρμογή των προβλέψεων της νομοθεσίας είναι δυνατόν να απολήξει στο αντίθετο του επιδιωκομένου, δηλαδή στη σύγχυση μάλλον παρά την ενημέρωση του επενδυτικού κοινού. Εξ ετέρου δυνατόν να οδηγήσει στην κατάφαση παραβάσεων οι οποίες έχουν σοβαρές έννομες συνέπειες πέραν βεβαίως της επιβολής κυρώσεων, οι οποίες μπορεί να συνίστανται και σε πρόστιμα ύψους μέχρι 1.000.000 ευρώ. Η καθοδήγηση της εποπτικής Αρχής δεν φαίνεται εμπειρικά να είναι υποχρεωτική και, στην περίπτωση ακόμη που δίδεται, νομικά δεσμευτική[1].

---

* Δ.Ν., Δικηγόρος.

** Αλλοδαπές συντμήσεις: AktG – Aktiengesetz vom 6. September 1965 (B. R. Deutschland)· BaFin – Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht· CESR – The Committee of European Securities Regulators· DTR – Disclosure Rules and Transparency Rules, April 2015 (U.K.)· ESMA – The European Securities and Markets Authority· FCA – Financial Conduct Authority - WpHG – Wertpapierhandelsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2015 geändert worden ist (B. R. Deutschland).

1 Πρβλ. Υπόμνημα συνάντησης στελεχών της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς με εκπροσώπους εισηγμένων εταιρειών με θέμα την εφαρμογή του Ν. 3556/2007 «Περί Διαφάνειας», το οποίο αποτελεί παράρτημα στο Ενημερωτικό Δελτίο αρ. 7 της 14.9.2007 της Ένωσης Εισηγμένων Εταιρειών: «Τονίστηκε [...] ότι ρόλος των εποπτικών αρχών δεν είναι να υποκαταστήσουν το νομικό σύμβουλο των εταιρειών [...]. [...] Επίσης αναφέρθηκε ότι οργανώνονται ενημερωτικά σεμινάρια [...] και ότι τα στελέχη της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς ενθαρρύνονται να λαμβάνουν μέρος σε αυτά και να βοηθούν στην ερμηνεία του νόμου και στην καλύτερη εφαρμογή του. Είναι, ωστόσο, προφανές ότι οι γνώμες και οι απόψεις που διατυπώνονται κατά τη διάρκεια των σεμιναρίων αυτών δεν αποτελούν επίσημες θέσεις της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς». Στην πράξη δεν είναι άγνωστες αιτιάσεις για αντικρουόμενες ή αναιρούμενες οδηγίες της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς όσον αφορά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων της νομοθεσίας.

2. Οι υποχρεώσεις ενημέρωσης σε περίπτωση απόκτησης ή διάθεσης σημαντικών συμμετοχών συνιστούν διαρκείς υποχρεώσεις πληροφόρησης εντασσόμενες στο πλαίσιο των προϋποθέσεων διαφάνειας αναφορικά με την πληροφόρηση σχετικά με εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε ρυθμιζόμενη αγορά. Η συμμετρία της πληροφόρησης των επενδυτών επιτυγχάνεται εν προκειμένω με την αμοιβαία πληροφόρηση των επενδυτών για τις μετοχικές τους επιδιώξεις, η οποία κατά τη φύση της είναι παθητική, υπό την έννοια της δυνατότητας λήψης της πληροφόρησης με πρωτοβουλία εκείνου που την επιδιώκει[2].

II. Το ευρωπαϊκό και εθνικό νομοθετικό πλαίσιο

1. Το νομοθετικό πλαίσιο των υποχρεώσεων ενημέρωσης για σημαντικές συμμετοχές, εντεταγμένο στις προϋποθέσεις διαφάνειας σχετικά με εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά, διαμορφώθηκε στο επίπεδο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και εν συνεχεία της Ευρωπαϊκής Ένωσης εξελικτικά κατά την τελευταία τριακονταετία. Το ελληνικό δίκαιο δεν γνώριζε αναλόγου περιεχομένου υποχρεώσεις παρά μόνον την αντανακλαστική δυνατότητα ενημέρωσης συνεπεία άλλων δικαιωμάτων των μετόχων ή υποχρεώσεων της ανώνυμης εταιρείας, όπως η τοιχοκόλληση πίνακα των εχόντων δικαίωμα ψήφου στη γενική συνέλευση κατά το άρθρο 27 παρ. 2 Κ.Ν. 2190/1920 και η χορήγηση αντιγράφων πρακτικών γενικών συνελεύσεων υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 7β παρ. 12 εδ. 2–4 Κ.Ν. 2190/1920[3]. Αντιθέτως το γερμανικό δίκαιο είχε εισαγάγει ήδη το 1965 υποχρεώσεις γνωστοποίησης στις §§20–22 AktG, το πεδίο εφαρμογής των οποίων δεν καταλαμβάνει πλέον κατά την §20 παρ. 8 εκδότες κατά την έννοια της §21 παρ. 2 WpHG (περί της οποίας κατωτέρω)[4]. Ευρύτερη δημοσιότητα καθιέρωνε το αγγλικό δίκαιο, το οποίο προέβλεπε για τη συνηθέστερη στην πράξη περίπτωση έκδοσης ονομαστικών μετοχών την καταχώρηση των ονομάτων των κατόχων σε μητρώο που τηρεί η εταιρεία και ανακοινώνεται στο Companies House ετησίως, με αποτέλεσμα τα ονόματα των μετόχων να είναι δημοσίως γνωστά[5].

---

2 *Μιχαλόπουλος*, Η πληροφόρηση των επενδυτών, εν: Ανώνυμη Εταιρία και Κεφαλαιαγορά, Η προστασία του επενδυτή, 11ο Πανελλήνιο Συνέδριο Συνδέσμου Ελλήνων Εμπορικολόγων (Αθήνα 2002) 251 (256, 260, 271) = ΧρΙΔ 2002, 5 (6, 8, 12).

3 Η προβλεφθείσα ενημέρωση για τη μεταβολή σημαντικών συμμετοχών καθίσταται περιεχόμενο της Ετήσιας Έκθεσης του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 7 στοιχ. γ Ν. 3556/2007, αλλά και κάθε Ενημερωτικού Δελτίου που τυχόν εκδίδει σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΚ) αρ. 809/2004 της Επιτροπής της 29ης Απριλίου 2004 «για την εφαρμογή της οδηγίας 2003/71/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου 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».

4 Βλ. ενδεικτικά *Fiedler*, Mitteilungen über Beteiligungen von Mutter- und Tochterunternehmen (Baden-Baden 2005) 40 επόμ.

5 *Gower and Davies*, Principles of Modern Company Law[9] (London 2012) παράγρ. 26[18], περαιτέρω 21[37] επόμ., 24[22].

Αφετηρία των ευρωπαϊκών νομοθετικών πρωτοβουλιών απετέλεσε η Οδηγία 88/627/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 12ης Δεκεμβρίου 1988 «σχετικά με τις πληροφορίες που πρέπει να δημοσιεύονται κατά την απόκτηση και την εκχώρηση σημαντικής συμμετοχής σε εταιρεία της οποίας οι μετοχές είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο». Η Οδηγία αυτή ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το Π.Δ. 51/1992 «[γ]ια τις πληροφορίες που πρέπει να δημοσιεύονται κατά την απόκτηση και την εκχώρηση σημαντικής συμμετοχής σε εταιρεία της οποίας οι μετοχές είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο Αξιών Αθηνών σε συμμόρφωση προς την οδηγία 88/627/ΕΟΚ». Οι διατάξεις του Π.Δ. 51/1992 απέδιδαν κατά κανόνα αυτολεξεί τις αντίστοιχες διατάξεις της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ.

Εν συνεχεία, εκδόθηκε η Οδηγία 2001/34/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 28ης Μαΐου 2001 «σχετικά με την εισαγωγή κινητών αξιών σε χρηματιστήριο αξιών και τις πληροφορίες επί των αξιών αυτών που πρέπει να δημοσιεύονται». Η Οδηγία αυτή ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το Ν. 3371/2005 «Θέματα Κεφαλαιαγοράς και άλλες διατάξεις», με την εξαίρεση των άρθρων 85–97 που αφορούσαν τη γνωστοποίηση μεταβολής σημαντικών συμμετοχών. Ο λόγος της μη ενσωμάτωσης των ως άνω άρθρων συνίστατο αφενός εις το ότι η Οδηγία αυτή αποτελούσε κωδικοποίηση των ρυθμίσεων, μεταξύ άλλων και της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ[6], και αφετέρου εις το ότι εν τω μεταξύ είχε εκδοθεί η Οδηγία 2004/109/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου 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», δυνάμει του άρθρου 36 παρ. 5 της οποίας (Οδηγίας 2004/109/ΕΚ) διεγράφησαν τα άρθρα 85–97 (της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ)[7].

Η νεώτερη Οδηγία 2004/109/ΕΚ ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το Ν. 3556/2007 «[π]ροϋποθέσεις διαφάνειας για την πληροφόρηση σχετικά με εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανω-

6 Βλέπε το Προοίμιο της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ: «(1) Η οδηγία 79/279/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 5ης Μαρτίου 1979, περί του συντονισμού των όρων εισαγωγής κινητών αξιών σε χρηματιστήριο αξιών, η οδηγία 80/390/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Μαρτίου 1980, περί συντονισμού των όρων καταρτίσεως, ελέγχου και διαδόσεως του ενημερωτικού δελτίου που πρέπει να δημοσιεύεται για την εισαγωγή κινητών αξιών σε χρηματιστήριο αξιών, η οδηγία 82/121/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 15ης Φεβρουαρίου 1982, περί της περιοδικής πληροφόρησης που πρέπει να δημοσιεύουν οι εταιρείες των οποίων οι μετοχές είναι εισηγμένες σε χρηματιστήριο αξιών, και η οδηγία 88/627/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 12ης Δεκεμβρίου 1988, σχετικά με τις πληροφορίες που πρέπει να δημοσιεύονται κατά την απόκτηση και την εκχώρηση σημαντικής συμμετοχής σε εταιρεία, της οποίας οι μετοχές είναι εισηγμένες στο χρηματιστήριο, έχουν τροποποιηθεί επανειλημμένως και κατά ουσιαστικό τρόπο· και επομένως είναι σκόπιμη για λόγους ορθολογισμού και σαφήνειας η κωδικοποίηση των εν λόγω οδηγιών σε ένα ενιαίο κείμενο.»

7 Η Οδηγία 2001/34/ΕΚ δεν προέβλεπε προθεσμία για την ενσωμάτωση στα εσωτερικά δίκαια των κρατών-μελών. Δύο μόλις μήνες μετά από την έκδοση της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ, την 17.7.2001, ξεκίνησε η διαδικασία πρώτης διαβούλευσης για μία νέα οδηγία για τη διαφάνεια, η οποία διήρκεσε μέχρι την 30.9.2001. Η Οδηγία 2001/34/ΕΚ, περιλαμβανομένων των άρθρων 85–97, ενσωματώθηκε πάντως, μεταξύ άλλων, στο Ηνωμένο Βασίλειο και στις χώρες της Βαλτικής.

μένη αγορά και άλλες διατάξεις», δυνάμει του άρθρου 33 παρ. 1 στοιχ. α του οποίου καταργήθηκαν οι διατάξεις του Π.Δ. 51/1992. Οι σημαντικότερες διαφορές του νέου πλαισίου συνίστανται: α) στην εισαγωγή πρόσθετων αριθμητικών ορίων που γεννούν υποχρεώσεις ενημέρωσης, β) την πρόβλεψη πρόσθετων περιπτώσεων απόκτησης, διάθεσης ή κατοχής δικαιωμάτων ψήφου που αθροίζονται κατά τον υπολογισμό των ορίων, γ) την εξομοίωση υπό προϋποθέσεις της απόκτησης ή διάθεσης χρηματοπιστωτικών μέσων με την απόκτηση ή διάθεση μετοχών και δ) τον καθορισμό του περιεχομένου, του χρόνου και των μέσων δημοσίευσης των ενημερώσεων[8].

Τα άρθρα 9-15 της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ τροποποιήθηκαν με τις Οδηγίες του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου 2008/22/ΕΚ της 11ης Μαρτίου 2008 (άρθρο 1 παρ. 4-6) και 2010/78/ΕΕ της 24ης Νοεμβρίου 2010 (άρθρο 7 παρ. 3-5) αναφορικά με τη δυνατότητα θέσπισης μέτρων από την Επιτροπή, οι οποίες δεν απαιτούσαν μεταφορά στο εθνικό δίκαιο των κρατών-μελών.

Οι ίδιες διατάξεις της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ (άρθρα 9-15) τροποποιήθηκαν περαιτέρω σημαντικά από την Οδηγία 2013/50/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 22ας Οκτωβρίου 2010 «για την τροποποίηση της οδηγίας 2004/109/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου 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, της οδηγίας 2003/71/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το ενημερωτικό δελτίο που πρέπει να δημοσιεύεται κατά τη δημόσια προσφορά κινητών αξιών ή την εισαγωγή τους προς διαπραγμάτευση και της οδηγίας 2007/14/ΕΚ της Επιτροπής σχετικά με τον καθορισμό αναλυτικών κανόνων για την εφαρμογή ορισμένων διατάξεων της οδηγίας 2004/109/ΕΚ» (άρθρο 1 παρ. 7-10). Για τη μεταφορά των τροποποιητικών διατάξεων της Οδηγίας 2013/50/ΕΕ στο ελληνικό δίκαιο έχει ήδη καταρτισθεί και τεθεί σε δημόσια διαβούλευση σχέδιο νόμου ημερομηνίας 3.4.2015 (άρθρο 1 παρ. 12-17), το οποίο περιλαμβάνει σημαντική ρύθμιση για τις προϋποθέσεις εξομοίωσης της απόκτησης ή διάθεσης χρηματοπιστωτικών μέσων με την απόκτηση ή διάθεση μετοχών.

2. Η εισαγωγή της νομοθεσίας σε κοινοτικό επίπεδο βασίσθηκε στην εκτίμηση «ότι μια κατάλληλη πολιτική πληροφόρησης των επενδυτών στον τομέα των κινητών αξιών μπορεί να βελτιώσει την προστασία τους, να ενισχύσει την εμπιστοσύνη τους στις αγορές αυτών των αξιών και να εξασφαλίσει κατ΄ αυτόν τον τρόπο την καλή λειτουργία τους»[9]. Η Οδηγία 2004/109/ΕΚ επεσήμανε περαιτέρω ότι «[ο]ι αποτελεσματικές, διαφανείς και ενοποιημένες αγορές κινητών αξιών συμβάλλουν στη δια-

8 *Ι. Ρόκας / Ταρνανίδου / Ματθαίου*, Η Κεφαλαιαγορά, Θεσμικό Πλαίσιο, Κριτικές Παρατηρήσεις (Αθήνα 2010) 263 σημ. 20. Πρβλ. και *Αυλωνίτη*, Πρωτογενείς Αγορές – Αποκάλυψη εταιρικών πληροφοριών, εν: Δικαιοσύνη & Νομοθεσία της Κεφαλαιαγοράς (Αθήνα 2008) 75.

9 Προοίμιο της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ. Πρβλ. εξ αντιδιαστολής άρθρο 11 της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ.

μόρφωση μιας γνήσιας ενιαίας αγοράς στην Κοινότητα ενώ παράλληλα προάγουν την ανάπτυξη και τη δημιουργία θέσεων απασχόλησης μέσω της καλύτερης κατανομής του κεφαλαίου και της μείωσης του κόστους. Η κοινολόγηση ακριβών και περιεκτικών πληροφοριών εγκαίρως σχετικά με τους εκδότες κινητών αξιών εμπεδώνει την εμπιστοσύνη των επενδυτών και τους παρέχει τη δυνατότητα να αξιολογούν έχοντας ενημέρωση τις επιχειρηματικές επιδόσεις και τα περιουσιακά στοιχεία των εν λόγω εκδοτών. Τούτο ενισχύει τόσο την προστασία των επενδυτών όσο και την αποτελεσματικότητα της αγοράς.»[10] Σύμφωνα με σταθερά επαναλαμβανόμενη έκφραση στην ελληνική νομολογία, οι ρυθμίσεις της εθνικής νομοθεσίας σκοπό έχουν την εύρυθμη λειτουργία της Κεφαλαιαγοράς, την προστασία των χρηματιστηριακών συναλλαγών και εντεύθεν του επενδυτικού κοινού[11]. Στην αγγλική έννομη τάξη υπογραμμίζεται η σημασία της ενημέρωσης για σημαντικές συμμετοχές σε δύο κατευθύνσεις: πρώτον, την προστασία της διοίκησης και δευτερευόντως των εταίρων, δεδομένου ότι συνιστά μία έγκαιρη προειδοποίηση για πιθανές δημόσιες προτάσεις· δεύτερον, τη διαφάνεια στην αγορά, δεδομένου ότι η ταυτότητα των σημαντικών εταίρων μπορεί να είναι ένα σημαντικό στοιχείο για την εκτίμηση της αξίας μίας εταιρείας από την αγορά. Η σημασία της ενημέρωσης αυτής για την αποτροπή συναλλαγών με χρήση εμπιστευτικών πληροφοριών κρίνεται μικρή[12].

III. Ερμηνευτικά ζητήματα

1. Η απόκτηση ή διάθεση μετοχών με δικαίωμα ψήφου. – α) Η υποχρέωση ενημέρωσης του άρθρου 9 Ν. 3556/2007[13] βαρύνει μέτοχο (περιλαμβανομένου εκείνου που καθίσταται μέτοχος για πρώτη φορά) ο οποίος φθάνει, υπερβαίνει ή κατέρχεται των ορίων που προσδιορίζονται στο νόμο και αφορούν δικαιώματα ψήφου[14]. Το γενεσιουργό γεγονός της υποχρέωσης ενημέρωσης είναι αρχικά η απόκτηση ή διά-

10 Προοίμιο της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ, στοιχ. 1. Παρεμφερώς Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Προϋποθέσεις διαφάνειας για την πληροφόρηση σχετικά με εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά και άλλες διατάξεις» της 22.3.2007.

11 ΣτΕ 3345/2005, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 3605/2011, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 3831/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· 4566/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΔΕφΑθηνών 759/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 2830/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 3638/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 381/2008, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 618/2008, αδημ.· 620/2008, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 2401/2009, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 1728/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· 1729/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Παρεμφερώς και ΣτΕ 408/2002, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· ΔΕφΑθηνών 3461/2007, αδημ.· 2451/2008, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 2290/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

12 *Gower and Davies΄* (ανωτ. σημ. 5) παράγρ. 26[18]. Παρεμφερώς στο πλαίσιο του γερμανικού δικαίου *Bröcker*, εν: *Claussen*, Bank- und Börsenrecht[5] (München 2014) §6 αρ. 103· γενικότερα *Heusel*, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Beteiligungstransparenzpflichten gem. §§21 ff. WpHG (Berlin 2011) 20 επόμ.· *Stahl*, Information Overload am Kapitalmarkt (Baden-Baden 2013) 311 επόμ.

13 Το άρθρο 9 Ν. 3556/2007 αντιστοιχεί στο άρθρο 9 της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ.

14 Σχετικά με τη ρητή εξάρτηση της υποχρεώσεως από τα δικαιώματα ψήφου και όχι από τις μετοχές ή με άλλα λόγια το ποσοστό μετοχικού κεφαλαίου *Μούζουλας*, Η γνωστοποίηση σημαντικής συμμετοχής σε εταιρεία της οποίας οι μετοχές είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο: ΑρχΝ 1989, 209 (211)· *Σωτηρόπουλος*, Ο Δανεισμός Τίτλων (Αθήνα 2005) 195.

θεση μετοχών με δικαίωμα ψήφου η οποία συνεπάγεται την κατοχή δικαιωμάτων ψήφου[15]. Τούτο προκύπτει από την αδιάστικτη διατύπωση της βασικής ρύθμισης του άρθρου 9 παρ. 1 Ν. 3556/2007, στην οποία πραγματοποιείται τετράκις αναφορά στο εν λόγω γεγονός: «1. *Μέτοχος ο οποίος αποκτά ή διαθέτει μετοχές με δικαίωμα ψήφου* που έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά και του οποίου, *λόγω αυτής της απόκτησης ή διάθεσης, το ποσοστό των δικαιωμάτων ψήφου που κατέχει*, φθάνει, υπερβαίνει ή κατέρχεται των ορίων του 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 1/3, 50% και 2/3 υποχρεούται να ενημερώσει τον εκδότη *σχετικά με το ποσοστό των δικαιωμάτων ψήφου που κατέχει ως αποτέλεσμα αυτής της απόκτησης ή διάθεσης*. [...] Την υποχρέωση της παραγράφου αυτής έχει *και όποιος καθίσταται μέτοχος για πρώτη φορά εφόσον με την απόκτηση αυτή* φθάνει ή υπερβαίνει τα σχετικά όρια. [...]»

Το αυτό ίσχυε κατ΄ αρχήν και υπό το κράτος του Π.Δ. 51/1992. Η διατύπωση του άρθρου 5 παρ. 1[16] ήταν αντίστοιχη αυτής του άρθρου 9 παρ. 1 Ν. 3556/2007 με μόνη διαφορά τη χρήση του όρου «εκχώρηση» αντί του γενικότερου και εξ αυτού επιτυχέστερου όρου «διάθεση» που χρησιμοποιείται πλέον. Η ρύθμιση όμως του άρθρου 5 παρ. 1 συμπληρωνόταν από δύο άλλες διατάξεις οι οποίες δεν επαναλαμβάνονται κατά το μεγαλύτερο μέρος τους στο Ν. 3556/2007. Το άρθρο 3 Π.Δ. 51/1992[17] αφενός όριζε την έννοια της απόκτησης συμμετοχής ως τη *«δι΄ αγοράς και [την] με κάθε άλλο τρόπο απόκτηση συνόλου κινητών αξιών (μετοχών, μετατρέψιμων ομολογιών με δικαίωμα ψήφου, δικαιωμάτων επί τέτοιων τίτλων), ανεξάρτητα από το είδος του τίτλου στο οποίο βασίζεται αυτή η απόκτηση ή από την εφαρμοζόμενη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης της απόκτησης των δικαιωμάτων που αναφέρονται στις περιπτώσεις του άρθρου 7»*. Η παραπομπή στο άρθρο 7 αφορούσε, προφανώς, τις περιπτώσεις εκείνες του άρθρου 7, στις οποίες πράγματι συνέτρεχε απόκτηση, όπως την κατάρτιση συμφωνίας που προβλέπει προσωρινή επ΄ ανταλλάγματι μεταβίβαση δικαιωμάτων ψήφου ή τη σύσταση επικαρπίας[18]. Το άρθρο 4 παρ. 1 Π.Δ. 51/1992[19] αφετέρου προέβλεπε ότι «[σ]τις ρυθμίσεις του παρόντος προεδρικού Διατάγματος υπάγονται τα φυσικά πρόσωπα και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου *που αποκτούν ή εκχωρούν απ΄ ευθείας ή μέσω τρίτου συμμετοχή* που ανταπο-

15 Άλλως ΔΕφΑθηνών 3282/2008, αδημ., η οποία δέχεται ότι «η πιο πάνω υποχρέωση υφίσταται και στις περιπτώσεις, κατά τις οποίες η θυγατρική εταιρία αποκτά ή εκχωρεί συμμετοχή εισηγμένης στο Χρηματιστήριο Αθηνών εταιρίας για λογαριασμό της μητρικής εταιρίας»· 5806/2014, αδημ., η οποία δέχεται ότι είναι «αδιάφορο, εάν η απόκτηση του ελέγχου των δικαιωμάτων ψήφου μιας εταιρίας είναι άμεση ή έμμεση και εάν συντρέχει ή όχι στο πρόσωπο του υπόχρεου η ιδιότητα του μετόχου της εταιρίας στην οποία αυτός αποκτά τον έλεγχο κρίσιμου ποσοστού δικαιωμάτων ψήφου» και η οποία, πάντως, τροποποίησε την απόφαση επιβολής προστίμου συνολικά 6.000 ευρώ και επέβαλε τη διοικητική κύρωση της επίπληξης.

16 Το άρθρο 5 παρ. 1 Π.Δ. 51/1992 αντιστοιχεί στο άρθρο 4 παρ. 1 της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ.

17 Το άρθρο 3 Π.Δ. 51/1992 αντιστοιχεί στο άρθρο 2 της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ. Βλ. και το άρθρο 86 της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ.

18 Βλέπε όμως την κατά τα φαινόμενα ευρύτερη διατύπωση του άρθρου 2 της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ: «συμπεριλαμβανομένης της απόκτησης συμμετοχής στα πλαίσια μιας των περιπτώσεων του άρθρου 7».

19 Το άρθρο 4 παρ. 1 Π.Δ. 51/1992 αντιστοιχεί στο άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ.

κρίνεται στα κριτήρια που ορίζονται στο άρθρο 5». Η έννοια της απόκτησης ή εκχώρησης (διάθεσης) *μέσω τρίτου* δεν μπορούσε να είναι άλλη από την περίπτωση της απόκτησης μέσω εμμέσου αντιπροσώπου, κατά την ορολογία του ελληνικού δικαίου, με άλλα λόγια την περίπτωση που ο ονομαζόμενος μέτοχος (legal owner) δεν συμπίπτει με τον πραγματικό δικαιούχο (beneficial owner) και όχι αδιακρίτως οι περιπτώσεις του άρθρου 7 Π.Δ. 51/1992. Πέραν της γραμματικής ερμηνείας της διάταξης, υπέρ της θέσης αυτής συνηγορούσαν η αρχιτεκτονική του Προεδρικού Διατάγματος, αφού οι περιπτώσεις του άρθρου 7 Π.Δ. 51/1992 σαφώς αντιδιαστέλλονταν προς τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 1 χωρίς να προκύπτει από οπουδήποτε ότι ο ιστορικός νομοθέτης αποσκοπούσε σε άλλη ανάγνωση και εφαρμογή της ρύθμισης,[20] αλλά και οι διευκρινίσεις που είχε παράσχει η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς για την έννοια της απόκτησης ή εκχώρησης των δικαιωμάτων ψήφου[21].

β) Προς την απόκτηση ή διάθεση μετοχών με δικαίωμα ψήφου η νέα διάταξη του άρθρου 9 παρ. 3 εδ. 1 Ν. 3556/2007 εξομοιώνει τη μεταβολή λόγω εταιρικού γεγονότος: «3. Η υποχρέωση της παραγράφου 1 υφίσταται και σε κάθε περίπτωση που το ποσοστό των δικαιωμάτων ψήφου μετόχου φθάνει, υπερβαίνει ή κατέρχεται των ορίων που προβλέπονται στην παράγραφο 1, ως *αποτέλεσμα εταιρικών γεγονότων* τα οποία μεταβάλλουν την κατανομή των δικαιωμάτων ψήφου.» Για την εφαρμογή της, η παράγραφος 3 θα πρέπει να συνδυασθεί με την παράγραφο 5 του ίδιου άρθρου σύμφωνα με την οποίαν «[γ]ια τον υπολογισμό των ορίων που προβλέπονται στο παρόν άρθρο ο εκδότης υποχρεούται να δημοσιοποιήσει το συνολικό αριθμό των δικαιωμάτων ψήφου και το ύψος του κεφαλαίου του στο τέλος κάθε ημερολογιακού μηνός κατά τη διάρκεια του οποίου σημειώθηκε αύξηση ή μείωση αυτού του συνολικού αριθμού»[22]. Προκειμένου να συντρέχει περίπτωση ενημέρωσης είναι αναγκαίο όπως γεγονός, το οποίο έχει λάβει χώρα και έχει επη-

---

20 Αντιθέτως ΣτΕ 1482/2013, αδημ.· ΔΕφΑθηνών 3282/2008, αδημ. Πρβλ. και *Τσιμπανούλη*, Η Κεφαλαιαγορά και το Νομοθετικό της Πλαίσιο, Εναρμόνιση με το Κοινοτικό Δίκαιο και Αναμόρφωση της Κυπριακής Κεφαλαιαγοράς (Λευκωσία 2001) 419 επόμ., ο οποίος αντιλαμβάνεται μεν ως συναλλαγή μέσω τρίτου «αυτή που λαμβάνει χώρα έμμεσα, δηλαδή μέσω προσώπων που ενεργούν στο δικό τους όνομα, αλλά για λογαριασμό του πράγματι δικαιούχου και υποχρέου ([....] through intermediaries)», θεωρεί όμως ότι αυτή εξειδικεύεται από τις περιπτώσεις του άρθρου 7 της Οδηγίας 88/627/ΕΚ (οι οποίες αντιστοιχούν στις περιπτώσεις του άρθρου 7 Π.Δ. 51/1992). Η συναλλαγή όμως που διενεργείται από ελεγχόμενες επιχειρήσεις δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ως συναλλαγή για λογαριασμό της μητρικής.

21 Εγκύκλιος της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αρ. 20 της 18.6.2004 με θέμα «Η διαδικασία υποβολής των γνωστοποιήσεων που επιβάλλει το π.δ. 51/1992 στα υπόχρεα πρόσωπα προς την Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς», στοιχ. 5 δ.
Πρβλ. και άρθρα 7, 11 και 24 Ν. 3461/2006 («Ενσωμάτωση στο Εθνικό Δίκαιο της Οδηγίας 2004/25/ΕΚ σχετικά με τις δημόσιες προτάσεις») κατά το γράμμα των οποίων σαφώς αντιδιαστέλλεται η έννοια της έμμεσης κατοχής ή της κατοχής για λογαριασμό τρίτου από την κατοχή από ελεγχόμενες επιχειρήσεις οι οποίες κατά το άρθρο 2 στοιχ. ε του ίδιου Νόμου θεωρούνται πρόσωπα που ενεργούν συντονισμένα με τον προτείνοντα.

22 Ούτως και Εγκύκλιος της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αρ. 33 της 3.7.2007 με θέμα «Διευκρινίσεις σχετικά με τις υποχρεώσεις διαρκούς πληροφόρησης που προβλέπονται στα άρθρα 9-16 του Ν. 3556/2007 "Προϋποθέσεις διαφάνειας για την πληροφόρηση σχετικά με εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά και άλλες διατάξεις" και στα άρθρα 4-10 της απόφασης 1/434/3.7.2007 του Διοικητικού Συμβουλίου της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς», στοιχ. 1.1.3. Άλλως όμως ΔΕφΑθηνών 1088/2015, αδημ., η οποία επιβεβαιώνει σχετική απόφαση επιβολής προστίμου της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς!

ρεάσει το συνολικό αριθμό των δικαιωμάτων ψήφου ή/και το ύψος του κεφαλαίου, επηρεάζει την κατανομή των δικαιωμάτων ψήφου[23]. Αποβλέποντας στη συνήθη διαρρύθμιση των εταιρικών γεγονότων σε ανώνυμη εταιρεία υποχρέωση ενημέρωσης θα υπάρχει σε περιπτώσεις εισαγωγής συμπληρωματικής σειράς μετοχών λόγω αύξησης μετοχικού κεφαλαίου με καταβολή μετρητών (εκτός από την απίθανη περίπτωση που όλοι οι μέτοχοι θα συμμετείχαν κατά τον ήδη υφιστάμενο λόγο συμμετοχής τους)[24], εισαγωγής μετοχών λόγω μετατροπής ομολογιών ή άσκησης δικαιώματος προαίρεσης αγοράς μετοχών (stock option plan), εισαγωγής μετοχών από πρόγραμμα επανεπένδυσης μερίσματος (dividend reinvestment plan) (με την ίδια ως άνω επιφύλαξη), ακύρωσης μετοχών και συνακόλουθης μείωσης του μετοχικού κεφαλαίου (εκτός αν αφορά όλους τους μετόχους κατά το λόγο της συμμετοχής τους), εισαγωγής μετοχών λόγω μετατροπής μετοχών άλλης κατηγορίας, εισαγωγής νέων μετοχών λόγω αύξησης μετοχικού κεφαλαίου συνεπεία συγχώνευσης με απορρόφηση[25], αναδοχής κλάδου ή εισφοράς περιουσίας (με την ίδια ως άνω επιφύλαξη). Αντίθετα δεν θα υπάρχει σε περιπτώσεις εισαγωγής ομολογιών, εισαγωγής δωρεάν μετοχών λόγω αύξησης μετοχικού κεφαλαίου με κεφαλαιοποίηση αποθεματικών ή μη διανεμηθέντων κερδών, εισαγωγής δωρεάν μετοχών λόγω μεταβολής της ονομαστικής αξίας της μετοχής με διάσπαση ή συνένωση μετοχών (split/reverse split), μεταβολής της ονομαστικής αξίας της μετοχής χωρίς έκδοση νέων μετοχών και επιστροφής κεφαλαίου[26]. Η έννοια του εταιρικού γεγονότος δεν συμπίπτει με την έννοια του εταιρικού γεγονότος σύμφωνα με τον Κανονισμό του Χρηματιστηρίου Αθηνών (εξαγορά μη εισηγμένης εταιρίας από εισηγμένη, μεταβολή ή επέκταση της δραστηριότητας, απόσχιση κλάδου), αλλά στο μέτρο που αναφέρεται σε μετοχικούς τίτλους μάλλον με την έννοια της εταιρικής πράξεως σύμφωνα με τον τελευταίο[27]. Η απόκτηση ή απώλεια ελέγχου δεν δύναται, συνεπώς, να θεωρηθεί ότι συνιστά εταιρικό γεγονός κατά την έννοια του άρθρου 9 παρ. 3 Ν. 3556/2007.

Συνοψίζοντας, η υποχρέωση ενημέρωσης για την απόκτηση ή διάθεση βαρύνει πρόσωπο το οποίο κατέχει ή αποκτά δικαιώματα ψήφου και το οποίο συναλλάσσεται ή του οποίου το ποσοστό ψήφων επηρεάζεται από εταιρικό γεγονός.

---

23 Πρβλ. *Αυγητίδη*, Δίκαιο της Κεφαλαιαγοράς (Αθήνα 2014) αρ. 537· περαιτέρω *Τουντόπουλο*, Δίκαιο Κεφαλαιαγοράς (Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2015) αρ. 16.

24 Πρβλ. ΔεφΑθηνών 1088/2015, αδημ.· 2249/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, υπό το προϊσχύσαν δίκαιο, μη συμμετοχή σε αύξηση μετοχικού κεφαλαίου η οποία θεωρήθηκε εκχώρηση συμμετοχής.

25 ΔεφΑθηνών 3997/2011, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ. Πρβλ. και 2061/2010, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, η οποία πάντως ακύρωσε την απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς για την επιβολή προστίμου γιατί επέβαλε το πρόστιμο μετά την πάροδο ευλόγου χρόνου.

26 Πρβλ. και την ενδεικτική απαρίθμηση της Εγκυκλίου της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αρ. 33 της 3.7.2007, στοιχ. 1.1.3. Σημειώνεται πάντως ότι δεν είναι αντιληπτή περίπτωση μεταβολής επί ακύρωσης ιδίων μετοχών, ως εκεί αναφέρεται.

27 Βλέπε αφενός §4.1.3.12 και αφετέρου §§5.3.1–5.3.11 του Κανονισμού Χρηματιστηρίου Αθηνών, ως ισχύει μετά από την 1η Τροποποίηση σύμφωνα με την από 46/5.2.2015 Απόφαση της Διοικούσας Επιτροπής που εγκρίθηκε με την υπ΄ αριθμ. 705/9.2.2015 Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς.

2. Η κατοχή δικαιωμάτων ψήφου από ελεγχόμενες επιχειρήσεις. Ο συσχετισμός ελέγχοντος προσώπου περιλαμβανομένης της μητρικής επιχείρησης και ελεγχόμενων εταιρειών ενδιαφέρει υπό το πρίσμα της γένεσης ή/και του περιεχομένου της υποχρέωσης ενημέρωσης.

Εις το άρθρο 10 Ν. 3556/2007[28], προβλέπεται κατά τρόπο ευρύτερο από το προϊσχύσαν δίκαιο[29] ότι «[η] υποχρέωση ενημέρωσης σύμφωνα με το άρθρο 9 ισχύει και προκειμένου για κάθε πρόσωπο που δικαιούται να αποκτά, διαθέτει ή ασκεί δικαιώματα ψήφου σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις ή συνδυασμό αυτών: [...] (ε) δικαιώματα ψήφου που κατέχονται ή τα οποία μπορούν να ασκηθούν κατά την έννοια των στοιχείων (α) έως (δ) από επιχείρηση την οποία ελέγχει το προαναφερόμενο πρόσωπο [...]». Η κακή νομοτεχνική διατύπωση της διάταξης αυτής και ιδίως η έννοια της φράσης «ισχύει και» διαφωτίζεται από τη διάταξη του άρθρου 9 παρ. 6: «Για τον υπολογισμό των ορίων της παραγράφου 1 *αθροίζονται τα δικαιώματα ψήφου που αποκτά ή διαθέτει μέτοχος σύμφωνα με το παρόν άρθρο με τα δικαιώματα ψήφου που δικαιούται να αποκτά, διαθέτει ή ασκεί σύμφωνα με το άρθρο 10*, καθώς και με τα δικαιώματα ψήφου που δικαιούται να αποκτά μέσω χρηματοπιστωτικών μέσων σύμφωνα με το άρθρο 11.» Με άλλα λόγια, στα δικαιώματα ψήφου που αποκτά ή διαθέτει το υπόχρεο πρόσωπο που συνηλλάγη προστίθενται και τα δικαιώματα ψήφου των ελεγχόμενων από αυτό εταιρειών[30].

Αντίστοιχη ερμηνεία άρμοζε στην διάταξη του άρθρου 7 Π.Δ. 51/1992[31] η οποία διελάμβανε: «Προκειμένου να κριθεί αν πρόσωπο που αναφέρεται στο άρθρο 4 παρ. 1 του παρόντος υποχρεούται να προβεί στη δήλωση που προβλέπεται στα άρθρα 5 και 6 του παρόντος, *εξομοιώνονται προς τα δικαιώματα ψήφου που κατέχει*: […] τα δικαιώματα ψήφου που κατέχουν επιχειρήσεις ελεγχόμενες από το πρόσωπο

28 Το άρθρο 10 Ν. 3556/2007 αντιστοιχεί στο άρθρο 10 της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ, από το οποίο παρελείφθησαν κατά την ενσωμάτωση τα κόμματα, στοιχείο που θα μπορούσε να οδηγήσει σε παρανοήσεις («δικαιώματα ψήφου που κατέχονται, ή τα οποία μπορούν να ασκηθούν κατά την έννοια των στοιχείων α) έως δ), από επιχείρηση την οποία ελέγχει το προαναφερόμενο πρόσωπο ή οντότητα»). Πρβλ. και άρθρο 10 Πρότασης για «Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την εναρμόνιση των απαιτήσεων διαφάνειας της πληροφόρησης σχετικά με εκδότες των οποίων οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί για διαπραγμάτευση σε ρυθμιζόμενη αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 2001/34/ΕΚ» της 26.3.2003.

29 Βλ. παρ. 5.4.2. της Αιτιολογικής Έκθεσης της Πρότασης Οδηγίας της 26.3.2003.

30 Άλλως ΔεφΑθηνών 5806/2014, αδημ., η οποία δέχεται ότι στην περίπτωση έμμεσης απόκτησης ελέγχου των δικαιωμάτων ψήφου γεννάται υποχρέωση του ελέγχοντος.
Πρβλ. τη διαφορετική διατύπωση του Κανόνα που αντιστοιχεί στο άρθρο 10 στο αγγλικό δίκαιο, FCA, DTR 5.2.1: «A person is an indirect holder of shares for the purpose of the applicable definition of shareholder [...]». Περαιτέρω τον ορισμό της έννοιας του μετόχου στο άρθρο 2 του (κυπριακού) περί των προϋποθέσεων διαφάνειας (Κινητές αξίες προς διαπραγμάτευση σε ρυθμιζόμενη αγορά) Νόμου του 2007 (190 (Ι)/2007).
Εις τα άρθρα 9 και 10 Ν. 3556/2007 παραπέμπει μεταξύ άλλων το άρθρο 28 παρ. 1 Ν. 4261/2014 («Πρόσβαση στη δραστηριότητα των πιστωτικών ιδρυμάτων και προληπτική εποπτεία πιστωτικών ιδρυμάτων και επιχειρήσεων (ενσωμάτωση της Οδηγίας 2013/36/ ΕΕ), κατάργηση του ν. 3601/2007 και άλλες διατάξεις»), χωρίς να δημιουργούνται ανάλογα ερμηνευτικά προβλήματα, αφού η τελευταία διάταξη αποβλέπει σαφώς στο αποτέλεσμα και όχι στο αίτιο, δηλαδή τη συναλλαγή που το προκάλεσε.

31 Το άρθρο 7 Π.Δ. 51/1992 αντιστοιχεί στο άρθρο 7 της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ. Βλ. και το άρθρο 92 της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ.

αυτό, […]». Με καλύτερη γραμματική διατύπωση από την ισχύουσα διάταξη η προϊσχύσασα αυτή διάταξη προέβλεπε ότι σε περίπτωση απόκτησης ή εκχώρησης (διάθεσης) με τα δικαιώματα ψήφου που κατείχε το υπόχρεο πρόσωπο εξομοιώνονταν και τα δικαιώματα ψήφου των ελεγχόμενων από αυτό εταιρειών. Υπενθυμίζεται ότι το Προεδρικό Διάταγμα περιελάμβανε στα άρθρα 3 και 4 διατάξεις, οι οποίες αναφερόμενες στην απόκτηση των δικαιωμάτων στις περιπτώσεις του άρθρου 7 και στην απόκτηση μέσω τρίτου θα μπορούσαν να προκαλέσουν ερμηνευτικά προβλήματα και οι οποίες, πάντως, δεν επανελήφθησαν στο Ν. 3556/2007[32].

Η διάταξη του άρθρου 11α παρ. 1 εδ. 1 του Σχεδίου Νόμου, η οποία όπως προαναφέρθηκε αντιστοιχεί ρυθμιστικά στην καταργηθησομένη διάταξη του άρθρου 9 παρ. 6 Ν. 3556/2007, δεν φαίνεται να επηρεάζει τη δοθείσα ερμηνεία, αφού και πάλιν δεν γίνεται λόγος για το γενεσιουργό γεγονός της υποχρέωσης ενημέρωσης αλλά για το περιεχόμενο της, το οποίο προσδιορίζεται από το άθροισμα ποσοστών διαφόρων περιπτώσεων («1. Οι υποχρεώσεις ενημέρωσης που ορίζονται στα άρθρα 9, 10 και 11 εφαρμόζονται επίσης σε πρόσωπα, όταν ο αριθμός των δικαιωμάτων ψήφου τα οποία *κατέχουν άμεσα ή έμμεσα σύμφωνα με τα άρθρα 9 και 10*, αθροιζόμενος με τον αριθμό των δικαιωμάτων ψήφου που συνδέονται με χρηματοπιστωτικά μέσα τα οποία κατέχουν άμεσα ή έμμεσα σύμφωνα με το άρθρο 11, φθάνει, υπερβαίνει ή κατέρχεται των ορίων που ορίζονται στο άρθρο 9 παράγραφος 1.»)[33] Οι περιπτώσεις του άρθρου 10 είναι προφανές ότι αντιμετωπίζονται ως περιπτώσεις έμμεσης κατοχής αλλά όχι απόκτησης ή διάθεσης μετοχών με δικαίωμα ψήφου.

Παρά τα ανωτέρω η Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007 («Εξειδίκευση υποχρεώσεων περιοδικής και διαρκούς πληροφόρησης του ν. 3556/2007») διαλαμβάνει στο άρθρο 5 παρ. 2 περ. (ε) τα ακόλουθα: «Στην περίπτωση του στοιχείου (ε) του άρθρου 10 του Ν. 3556/ 2007, όταν η ελεγχόμενη επι-

32 Βλ. ανωτ. παρά τις σημ. 17–21. Η §21 Abs. 1 WpHG διατηρεί τη διατύπωση «[w]er durch Erwerb, Veräußerung oder *auf sonstige Weise*», η έννοια όμως αυτής αμφισβητείται· σχετικά *Michel*, εν: *Just/Voß/Ritz/Becker*, Wertpapierhandelsgesetz, Kommentar (München 2015) §21 αρ. 39· *Vasco-Dönges*, Die §§21 ff. WpHG als Schutzgesetze im Sinnes des §823 Abs. 2 BGB (Würzburg 2012) 27· *Heusel* (ανωτ. σημ. 12) 39 επόμ.

33 Το άρθρο 11α του Σχεδίου Νόμου αντιστοιχεί στο άρθρο 13α της Οδηγίας 2013/50/ΕΕ. Η προσθήκη της εν λόγω διάταξης του άρθρου 13α με αντικείμενο την άθροιση των κατοχών μετοχών και των κατοχών χρηματοπιστωτικών μέσων αποσκοπούσε στη μεγαλύτερη εναρμόνιση όσον αφορά την κοινοποίηση μεγάλων συμμετοχών. Σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση «[η] οδηγία για τη διαφάνεια δεν απαιτεί την άθροιση των κατοχών δικαιωμάτων ψήφου και των κατοχών χρηματοπιστωτικών μέσων για τον υπολογισμό των ορίων κοινοποίησης μεγάλων συμμετοχών. Τα κράτη-μέλη έχουν υιοθετήσει διαφορετικές προσεγγίσεις σε αυτόν τον τομέα. Το αποτέλεσμα είναι ο κατακερματισμός της αγοράς και η δημιουργία πρόσθετων κοστών για τους διασυνοριακούς επενδυτές.» Βλ. την Πρόταση, Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την τροποποίηση της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ 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 της Οδηγίας 2007/14/ΕΚ της Επιτροπής της 25.10.2011, σελ. 8 επόμ. Ο κατακερματισμός αυτός φαίνεται ότι οφείλεται σε διαφορετικές ερμηνείες της έννοιας της λέξης «επίσης» στο άρθρο 13 παρ. 1 της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ, το οποίο έχει ως εξής: «Οι προϋποθέσεις κοινοποίησης που ορίζονται στο άρθρο 9 εφαρμόζονται *επίσης* σε φυσικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες που κατέχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοπιστωτικά μέσα […]». Σχετικά Commission Staff Working Document, Report on more stringent national measures concerning Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, SEC(2008) 3033 final, Brussels, 10.12.2008, σελ. 21.

χείρηση έχει ατομικά υποχρέωση ενημέρωσης, αντίστοιχη υποχρέωση έχει και το πρόσωπο που την ελέγχει καθώς και οι ενδιάμεσες ελεγχόμενες από αυτό επιχειρήσεις. Η υποχρέωση του ελέγχοντος προσώπου είναι ανεξάρτητη από την ύπαρξη υποχρέωσης της ελεγχόμενης επιχείρησης.»[34] Αντιπαρερχόμενοι το γεγονός ότι το δεύτερο από τα ως άνω εδάφια είναι γραμματικά και συστηματικά ακατάληπτο, η ρύθμιση αυτή αντίκειται πολλαπλώς στο Ν. 3556/2007 και την Οδηγία 2004/109/ΕΚ. Αρχικά αναιρεί την έννοια της απόκτησης ή διάθεσης δικαιωμάτων ψήφου από τον υπόχρεο ως γενεσιουργό λόγο της υποχρέωσης ενημέρωσης. Ακόμη όμως και εάν ήθελε υποτεθεί ότι η γένεση της υποχρέωσης στο πρόσωπο της μητρικής επιχείρησης είναι σύμφωνη με το Νόμο και την Οδηγία, η πρόβλεψη πολλαπλών υποχρεώσεων ενημέρωσης του ελέγχοντος προσώπου, των ενδιάμεσων και των ελεγχόμενων επιχειρήσεων αντιφάσκει ευθέως με την πρόβλεψη απαλλαγής της ελεγχόμενης επιχείρησης από τη δική της υποχρέωση σε περίπτωση που προβεί στην ενημέρωση η μητρική σύμφωνα με το άρθρο 13 παρ. 1 του Ν. 3556/2007 και τη διάταξη της Οδηγίας την οποία ενσωματώνει: εάν η ενημέρωση από τη μητρική επιχείρηση εθεωρείτο από το νομοθέτη υποχρεωτική, δεν θα προεβλέπετο η δυνατότητα της υπό προϋποθέσεις απαλλαγής. Περαιτέρω, η ρύθμιση της Απόφασης συνιστάμενη στην πρόβλεψη πρόσθετης υποχρέωσης του ελέγχοντος προσώπου σε περίπτωση γενέσεως της υποχρέωσης στο πρόσωπο της ελεγχομένης επιχείρησης (π.χ. υπέρβασης ενός των ορίων από την ιδία) και όχι σε εξομοίωση της συναλλαγής της ελεγχόμενης επιχείρησης με συναλλαγή του ελέγχοντος προσώπου και άθροιση σε περίπτωση συναλλαγής είτε του ενός είτε της άλλης, οδηγεί σε παραδοξότητες οι οποίες θα αναδειχθούν στην περιπτωσιολογία που ακολουθεί και ουδόλως συμβάλλουν στη συνεπή αντιμετώπιση των ζητημάτων[35].

Αλλά και σε επίπεδο νομιμότητας κρινομένη η Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς είναι προβληματική. Η μεν Οδηγία 2004/109/ΕΚ δεν δίδει στο σημείο αυτό διακριτική ευχέρεια κατά την εναρμόνιση των εθνικών δικαίων. Ο δε Ν. 3556/2007 δεν παρέχει εξουσιοδότηση προς την Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς να εξειδικεύσει τη ρύθμιση της υποχρέωσης ενημέρωσης, ακόμη και αν τοιαύτη πρόβλεψη κατ΄ ουσίαν πρόσθετων υποχρεώσεων ήθελε θεωρηθεί εξειδίκευση: ο Νόμος δεν προβλέπει οποιαδήποτε εξουσιοδότηση στα άρθρα 9 και 10 (η εξουσιοδότηση

34 Αντιστοίχως, Εγκύκλιος της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αρ. 33 της 3.7.2007, στοιχ. 1.2.2. (γ). Αμφότερα κείμενα ακολουθούν τη χωρίς νομική δεσμευτικότητα CESR, CESR΄s Final Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Transparency Directive, June 2005, CESR/05-407, αρ. 153 επόμ.

35 Η αγγλική και γερμανική προσέγγιση δέχεται μεν τη γένεση υποχρέωσης στο ελέγχον πρόσωπο, εξετάζει όμως, προφανώς την υποχρέωση του ελέγχοντος προσώπου και της ελεγχόμενης επιχείρησης αυτοτελώς, χωρίς δηλαδή να απαιτεί όπως η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς τη γένεση υποχρέωσης της ελεγχόμενης επιχείρησης. Βλ. FCA, DTR 5.8.4· BaFin, Hinweisschreiben zu den Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten gem. §§21 ff WpHG, 6.2.2007, WA 12-Wp 2001-2007/0004, αρ. 5. Ομοίως και το κυπριακό δίκαιο. Βλ. Άρθρο 6 (1) και (2) (ε) (ii) της Οδηγίας ΟΔ 190-2007-01 του 2012 της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αναφορικά με την κοινοποίηση σημαντικής συμμετοχής σε εκδότη. Άπαντα ακολουθούν την CESR, CESR΄s Final Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Transparency Directive, June 2005, CESR/05-407, αρ. 153 επόμ. Οι προσεγγίσεις αυτές εκκινούν από το διαφορετικό γράμμα των σχετικών νομοθετικών διατάξεων σε σχέση με τις έννοιες της απόκτησης ή/και του μετόχου· βλ. ανωτ. σημ. 30 και 32.

του άρθρου 9 παρ. 7 αναφέρεται μόνον στα θέματα του άρθρου 9 παρ. 3) και εξ ετέρου το προκείμενο δεν καλύπτεται από τις νομοθετικές εξουσιοδοτήσεις που επικαλείται σχετικά η ίδια η Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς (ήτοι τις εξουσιοδοτήσεις του άρθρου 11 παρ. 2, του άρθρου 12 παρ. 4, του άρθρου 13 παρ. 7, του άρθρου 14 παρ. 4). Σημειώνεται ότι η (Ευρωπαϊκή) Επιτροπή έκανε μεν χρήση της εξουσίας της να θεσπίζει εκτελεστικά μέτρα σύμφωνα με το άρθρο 12 παρ. 8 περ. γ της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ («για τον ορισμό των περιπτώσεων στις οποίες ο μέτοχος ή φυσικό πρόσωπο ή νομική οντότητα που αναφέρεται στο άρθρο 10 ή αμφότεροι προβαίνουν στην απαραίτητη κοινοποίηση προς τον εκδότη») εκδίδοντας την Οδηγία 2007/14/ΕΚ, το άρθρο 12 (ιδίως παρ. 1) όμως της τελευταίας δεν προσθέτει (δεν θα καλυπτόταν άλλωστε από την προαναφερθείσα εξουσιοδότηση) νέες υποχρεώσεις, ως αυτές που επιχειρεί να εισάγει η Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς.

Σημειώνεται ότι η ίδια η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς σε πλείστες περιπτώσεις αγνοεί την ως άνω Απόφαση 1/434/3.7.2007 που έχει εκδώσει και επιβάλλει κυρώσεις στο ελέγχον πρόσωπο ανεξαρτήτως του αν η ελεγχόμενη επιχείρηση είχε υποχρέωση προς ενημέρωση, με μόνη δηλαδή τη συνδρομή συναλλαγής της ελεγχόμενης επιχείρησης και τη μεταβολή του ποσοστού του ελέγχοντος προσώπου[36].

Κατ΄ ακολουθίαν η υποχρέωση ενημέρωσης για την απόκτηση ή διάθεση βαρύνει το συναλλαγέν πρόσωπο, το πρόσωπο το οποίο κατέχει πριν ή/και μετά από τη διενέργεια της συναλλαγής δικαιώματα ψήφου και κατά συνέπειαν είχε ή αποκτά την ιδιότητα του μετόχου, είτε αυτό είναι ελέγχον πρόσωπο είτε είναι ελεγχόμενη επιχείρηση[37]. *Σε περίπτωση που υπόχρεο πρόσωπο είναι το ελέγχον πρόσωπο, υποχρεούται να αθροίζει, μεταξύ άλλων, τα δικαιώματα που κατέχουν οι ελεγχόμενες από αυτό επιχειρήσεις, ανεξαρτήτως αν αυτές συνηλλάγησαν ή όχι. Ανάλογα ισχύουν σε περίπτωση επέλευσης εταιρικού γεγονότος*.

Σημειώνεται ότι λόγω της ανωτέρω άθροισης ορθώς το άρθρο 14 παρ. 1 Ν. 3556/2007[38] υπό τον τίτλο «Διαδικασίες για τη δημοσιοποίηση σημαντικών συμμετοχών» προνοεί για το ακόλουθο περιεχόμενο της ενημέρωσης: «Η ενημέρωση βάσει των άρθρων 9 και 10 περιλαμβάνει τις ακόλουθες πληροφορίες: (α) το ποσοστό των δικαιωμάτων ψήφου που κατέχεται ως αποτέλεσμα της απόκτησης ή διάθεσης, (β) την αλυσίδα των ελεγχόμενων επιχειρήσεων μέσω των οποίων κατέχονται στην ουσία τα δικαιώματα ψήφου, εφόσον συντρέχει τέτοια περίπτωση [...].» Η διάταξη του άρθρου 11α παρ. 1 εδ. 2 του Σχεδίου Νόμου προσθέτει κατόπιν του προηγηθέντος εδαφίου της ίδιας

36 Βλ. μεταξύ άλλων ΔΕφΑθηνών 5806/2014, αδημ.· 4111/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 4112/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· 244/2009, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· ΣτΕ 4566/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Οι αποφάσεις αυτές σχολιάζονται κατωτέρω υπό IV.

37 Πρβλ. *Αυγητίδη* (ανωτ. σημ. 23) αρ. 538, ο οποίος παραδέχεται μεν ότι «[κ]ρίσιμη για την ενεργοποίηση της υποχρέωσης είναι [...] η μεταβολή του ποσοστού των δικαιωμάτων ψήφου του μετόχου, η οποία προκαλείται με την απόκτηση ή διάθεση από τον ίδιο μετοχών με δικαίωμα ψήφου», παραπέμπει όμως στη συνέχεια, αρ. 541 σημ. 105, στο άρθρο 5 παρ. 2 στοιχ. ε της Απόφασης της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007.

38 Το άρθρο 14 παρ. 1 Ν. 3556/2007 αντιστοιχεί στο άρθρο 12 παρ. 1 της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ. Πρβλ. όμως άρθρο 11 παρ. 1 της Πρότασης Οδηγίας της 26.3.2003.

διατάξεως: «Η ενημέρωση που απαιτείται σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου περιλαμβάνει διάκριση μεταξύ του αριθμού των δικαιωμάτων ψήφου που ενσωματώνονται σε μετοχές σύμφωνα με τα άρθρα 9 και 10 και των δικαιωμάτων ψήφου που έχουν σχέση με χρηματοπιστωτικά μέσα κατά την έννοια του άρθρου 11.»

Η αλλαγή της διάρθρωσης της συμμετοχής δεν γεννά υποχρέωση νέας ενημέρωσης. Το θέμα αυτό αντιμετωπίζεται, μερικώς, ως προς τα χρηματοπιστωτικά μέσα στο άρθρο 11α παρ. 2 του Σχεδίου Νόμου: «2. Το πρόσωπο που έχει προβεί ήδη σε ενημέρωση για τα δικαιώματα ψήφου που έχουν σχέση με χρηματοπιστωτικά μέσα σύμφωνα με το άρθρο 11 προβαίνει εκ νέου σε ενημέρωση, όταν αποκτήσει τις υποκείμενες μετοχές και, λόγω αυτής της απόκτησης, ο συνολικός αριθμός δικαιωμάτων ψήφου από μετοχές που έχουν εκδοθεί από τον ίδιο εκδότη έχει φθάσει ή έχει υπερβεί τα όρια που θεσπίζονται στο άρθρο 9 παράγραφος 1.»

Η προπεριγραφείσα ρύθμιση προκαλεί πάντως την ακόλουθη αντινομία κατά το ισχύον δίκαιο και μερικώς ακόμη και μετά την περιλαμβανομένη στο Σχέδιο Νόμου τροποποίηση: Εφόσον ενημέρωση έχει λάβει χώρα από το ελέγχον πρόσωπο λόγω απόκτησης ή διάθεσης από το ίδιο, μεταγενέστερη απόκτηση ή διάθεση από ελεγχόμενη επιχείρηση δεν γεννά υποχρέωση του ιδίου, αλλά ενδέχεται να γεννά υποχρέωση της ελεγχόμενης επιχείρησης ανάλογα με το μέγεθος και τη μεταβολή της συμμετοχής της τελευταίας, ένα αποτέλεσμα που με βεβαιότητα δεν προάγει τη διαφάνεια στην αγορά.

3. Η απαλλαγή των ελεγχόμενων επιχειρήσεων από την υποχρέωση ενημέρωσης. - α) Στην υποχρέωση άθροισης των δικαιωμάτων ψήφου των ελεγχόμενων επιχειρήσεων αντιστοιχεί η απαλλαγή της ελεγχόμενης επιχείρησης από την υποχρέωση ενημέρωσης, σε περίπτωση που η ενημέρωση συμπεριληφθεί στην ενημέρωση της μητρικής επιχείρησης ή απώτερης μητρικής σύμφωνα με το άρθρο 13 παρ. 1 Ν. 3556/2007[39]: «Νομικό πρόσωπο απαλλάσσεται από την απαιτούμενη ενημέρωση σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 14, εφόσον: (α) η ενημέρωση πραγματοποιείται από τη μητρική επιχείρηση, ή (β) η μητρική επιχείρηση είναι με τη σειρά της ελεγχόμενη επιχείρηση από άλλη μητρική επιχείρηση η οποία και πραγματοποιεί τη σχετική ενημέρωση.»[40] Ενόψει του ορισμού της μητρικής επι-

39 Το άρθρο 13 παρ. 1 Ν. 3556/2007 αντιστοιχεί στο άρθρο 12 παρ. 3 Οδηγίας 2004/109/ΕΚ. Πρβλ. όμως άρθρο 11 παρ. 3 Πρότασης Οδηγίας της 26.3.2003.
Η παρούσα μελέτη δεν δύναται να υπεισέλθει στις εξαιρέσεις του άρθρου 12 και τις αντίστοιχες απαλλαγές του άρθρου 13 παρ. 2–7 Ν. 3556/2007.

40 Εντύπωση πάντως προκαλεί η διατύπωση του άρθρου 11 παρ. 3 της Πρότασης Οδηγίας της 26.3.2003, η οποία είχε ως εξής: «Όταν μια ελεγχόμενη επιχείρηση πραγματοποιεί την απαιτούμενη κοινοποίηση σύμφωνα με την παράγραφο 1, ο κάτοχος των κινητών αξιών, ή το φυσικό πρόσωπο ή η νομική οντότητα που δύναται να ασκεί δικαιώματα ψήφου για λογαριασμό του, απαλλάσσεται από την υποχρέωση διαβίβασης αυτής της κοινοποίησης.» Η διατύπωση αυτή φαίνεται αντίθετα με το τελικό κείμενο της Οδηγίας να υπελάμβανε το αντίστροφο, δηλαδή την υποχρέωση του ελέγχοντος προσώπου, από την οποία απαλλασσόταν σε περίπτωση ενημέρωσης από την ελεγχόμενη επιχείρηση. Η Αιτιολογική Έκθεση υπό στοιχείο 5.4.3 παρέπεμπε πάντως στην Οδηγία 2001/34/ΕΚ, η οποία έχει ως η προηγηθείσα και η ακολουθήσασα Οδηγίες. Σχετικά με την έννοια της απαλλαγής, σε αντιδιαστολή με την αφαίρεση των δικαιωμάτων από τις ελεγχόμενες επιχειρήσεις βλ. *Σωτηρόπουλο* (ανωτ. σημ. 14) 204.

χείρησης στο άρθρο 3 στοιχείο (ιγ) Ν. 3556/2007 με αναφορά στη διάταξη του άρθρου 42ε παρ. 5 Κ.Ν. 2190/1920, το περιεχόμενο της απαλλαγής κατά το άρθρο 13 παρ. 1 Ν. 3556/2007 αντιστοιχεί πλήρως στο περιεχόμενο της απαλλαγής κατά το άρθρο 6 παρ. 3 του προϊσχύσαντος Π.Δ. 51/1992[41]: «Εάν ο αποκτών ή εκχωρών σημαντική συμμετοχή κατά το άρθρο 5 συμμετέχει σε όμιλο επιχειρήσεων που υποχρεούται να συντάσσει, δυνάμει των άρθρων 90 και επόμενα του ΚΝ 2190/20 όπως ισχύει, ενοποιημένους λογαριασμούς, απαλλάσσεται από την υποχρέωση ενημερώσεως της παρ. 1 του άρθρου 5 και των παραγράφων 1 και 2 του παρόντος άρθρου, εάν η δήλωση αυτή πραγματοποιηθεί από τη μητρική επιχείρηση ή σε περίπτωση που η μητρική επιχείρηση αποτελεί η ίδια θυγατρική από την δική της μητρική επιχείρηση.»

Παρά την κατ΄ ουσίαν επιβολή νέας ίδιας υποχρέωσης στο ελέγχον πρόσωπο διά της προαναφερθείσας Απόφασης 1/434/3.7.2007 η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς διά της Εγκυκλίου της αρ. 33 της ίδιας ημερομηνίας υπό στοιχ. 1.2.2. (γ) δεν καταργεί την απαλλαγή της ελεγχόμενης επιχείρησης: «Προκειμένου ελεγχόμενη επιχείρηση να τύχει της απαλλαγής της διάταξης της παραγράφου 1 του άρθρου 13 του νόμου, πρέπει στη γνωστοποίηση της μητρικής εταιρείας να περιέχονται όλες οι απαιτούμενες πληροφορίες τόσο για τη μητρική όσο και για την ελεγχόμενη επιχείρηση. Ειδικότερα, πρέπει να αναφέρονται οι επωνυμίες των ελεγχόμενων επιχειρήσεων, μέσω των οποίων κατέχονται τα δικαιώματα ψήφου, και ο αριθμός των δικαιωμάτων ψήφου και το ποσοστό αυτών που κατέχεται από κάθε ελεγχόμενη επιχείρηση.» Η ως άνω απαλλαγή δεν θίγεται από το υπό διαβούλευσιν νομοσχέδιο, αλλά επεκτείνεται ρητώς στις περιπτώσεις των δικαιωμάτων ψήφου που συνδέονται με χρηματοπιστωτικά μέσα κατ΄ άρθρον 11 παρ. 4 Ν. 3556/2007, ως θα ισχύει μετά από την τροποποίηση[42].

Συμπεραίνουμε ότι, *σε περίπτωση που η ενημέρωση πραγματοποιείται από τη μητρική ή απώτερη μητρική επιχείρηση γιατί συντρέχει ο γενεσιουργός λόγος της υποχρέωσης (απόκτηση ή διάθεση μετοχών με δικαίωμα ψήφου ή εταιρικό γεγονός), η ελεγχόμενη επιχείρηση απαλλάσσεται από την ιδίαν αυτής υποχρέωση εφόσον συντρέχει και στο πρόσωπό της ο γενεσιουργός λόγος αυτής. Ενόψει της ευρείας γραμματικής διατύπωσης της διάταξης του άρθρου 13 παρ. 1 Ν. 3556/2007, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η μητρική επιχείρηση έχει τη διακριτική ευχέρεια να προβεί στην ενημέρωση ακόμη και σε περίπτωση που ο γενεσιουργός λόγος αυτής δεν συντρέχει στο πρόσωπό της αλλά μόνον στο πρόσωπο ελεγχόμενης από αυτήν επιχείρησης απαλλασσομένης αντίστοιχα της τελευ-*

41 Το άρθρο 6 παρ. 3 Π.Δ. 51/1992 αντιστοιχεί στο άρθρο 6 της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ Βλ. και το άρθρο 93 της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ.

42 Το άρθρο 11 του Σχεδίου Νόμου αντιστοιχεί στο άρθρο 9 της Οδηγίας 2013/50/ΕΕ, το οποίο αντικαθιστά το άρθρο 13 της Οδηγίας 2004/109/ΕΕ.

ταίας[43]. *Ενδεδειγμένη στην περίπτωση αυτή παρίσταται η συνέχιση της ενημέρωσης από τη μητρική επιχείρηση με απαλλαγή της ελεγχόμενης επιχείρησης, αν και τούτο δεν επιβάλλεται από τη νομοθεσία.*

β) Ενδιαφέρον προκαλεί στο σημείο αυτό η αντιμετώπιση της περίπτωσης που ελέγχον πρόσωπο δεν είναι μητρική επιχείρηση αλλά φυσικό πρόσωπο.

Σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 Ν. 3556/2007 υπόχρεος προς γνωστοποίηση είναι ο «Μέτοχος». Ως «Μέτοχος» κατά τον ορισμό του άρθρου 3 στοιχ. (ιβ) «νοείται κάθε πρόσωπο», ενώ ως «Πρόσωπο» κατά τον ορισμό του άρθρου 3 στοιχ. (ιε) «νοείται, αν δεν ορίζεται διαφορετικά, τόσο φυσικό όσο και νομικό πρόσωπο, ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου. Ως "πρόσωπο" νοούνται επίσης οντότητες που υφίστανται σύμφωνα με το ελληνικό ή το δίκαιο άλλου κράτους-μέλους στο βαθμό που έχουν ικανότητα δικαίου σύμφωνα με το ελληνικό ή το δίκαιο του εν λόγω κράτους-μέλους.»[44] Εξ ετέρου, ο ορισμός της ελεγχόμενης επιχείρησης δίδεται στο άρθρο 3 στοιχ. (γ), το ρητό γράμμα του οποίου δεν καταλείπει αμφιβολία ότι ο έλεγχος μπορεί να ασκείται είτε από φυσικό είτε από νομικό πρόσωπο. Στο ίδιο συμπέρασμα οδηγούσε και υπό το προϊσχύσαν δίκαιο ο συνδυασμός των άρθρων 4 παρ. 1 και 8 Π.Δ. 51/1992.

Η διάταξη για την απαλλαγή προβλέπει εντούτοις την απαλλαγή από την υποχρέωση ενημέρωσης της ελεγχόμενης επιχείρησης, μόνον στην περίπτωση που η ενημέρωση συμπεριληφθεί στην ενημέρωση της μητρικής επιχείρησης ή απώτερης μητρικής σύμφωνα με το άρθρο 13 παρ. 1. *Αντιθέτως, παρά την οιονεί εξομοίωση του φυσικού προσώπου με μητρική επιχείρηση, δεν προβλέπεται ρητά η απαλλαγή των ελεγχόμενων επιχειρήσεων σε περίπτωση που η ενημέρωση πραγματοποιηθεί από το φυσικό πρόσωπο που ελέγχει μία επιχείρηση, ένα προφανώς περίεργο αποτέλεσμα*.

Σημειώνεται και άλλη μία παράδοξη υποχρέωση η οποία επιβάλλεται από τη «διευκρινιστικής» φύσεως Εγκύκλιο της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αρ. 33 της 3.7.2007 υπό στοιχ. 1.2.2. (γ): «Φυσικό πρόσωπο που ελέγχει μητρική επιχείρηση έχει αυτοτελή υποχρέωση ενημέρωσης. Εφόσον δεν υπάρχει τέτοιο πρόσωπο, στη γνωστοποίηση που υποβάλλει η μητρική επιχείρηση πρέπει να διευκρινίζεται ότι κανένα πρόσωπο δεν έχει τον έλεγχο αυτής.»

4. Οι έννοιες της μητρικής και των ελεγχόμενων επιχειρήσεων. Ασφαλώς δεν ανήκει στο αντικείμενο της παρούσας μελέτης η εξαντλητική επεξεργασία της έννοιας των

43 Πρβλ. CESR, Summary of responses to Questionnaire on Transposition of the Transparency Directive, September 2008, CESR/08-514b, αρ. 29. Επίσης, την §24 WpHG στη μέχρι την 26.11.2015 ισχύσασα μορφή της («Gehört der Meldepflichtige zu einem Konzern, […], so können die Mitteilungspflichten nach §21 Abs. 1 und 1a durch das Mutteruntermnehmen oder, wenn das Mutterunternehmen selbst ein Tochterunternehmen ist, durch dessen Mutterunternehmen erfüllt werden.»)· σχετικά *Fiedler* (ανωτ. σημ. 4) 91 επόμ.

44 Η τροποποίηση του ορισμού διά του άρθρου 1 παρ. 3 του Σχεδίου Νόμου («"Πρόσωπο" νοείται, αν δεν ορίζεται διαφορετικά, τόσο φυσικό όσο και νομικό πρόσωπο, ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου. Κάθε αναφορά του παρόντος νόμου σε "νομικά πρόσωπα" νοείται ότι περιλαμβάνει καταχωρισμένες ενώσεις επιχειρήσεων χωρίς νομική προσωπικότητα και εμπιστεύματα [trusts].») δεν επηρεάζει την ερευνώμενη εδώ προβληματική.

ελεγχόμενων επιχειρήσεων. Είναι όμως απαραίτητες ορισμένες βασικές παρατηρήσεις που μπορούν να αποβούν χρήσιμες κατά την ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 3556/2007.

Η έννοια της ελεγχόμενης επιχείρησης δόθηκε αρχικά στο άρθρο 8 Π.Δ. 51/1992[45]: «1. Για τους σκοπούς του παρόντος, ως ελεγχόμενη επιχείρηση νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία ένα πρόσωπο: α) έχει την πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου των μετοχών ή εταιρειών ή β) έχει το δικαίωμα διορισμού ή ανάκλησης της πλειοψηφίας των μελών του οργάνου διοίκησης, διεύθυνσης ή εποπτείας και είναι συγχρόνως μέτοχος ή εταίρος της εν λόγω επιχείρησης ή γ) είναι μέτοχος ή εταίρος και ελέγχει μόνος, δυνάμει συμφωνίας που έχει συνάψει με άλλους μετόχους ή εταίρους της επιχείρησης αυτής, την πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου των μετόχων ή εταίρων της. 2. Για την εφαρμογή της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού, στα δικαιώματα ψήφου, διορισμού ή ανάκλησης που έχει η μητρική επιχείρηση προστίθενται τα δικαιώματα κάθε άλλης ελεγχόμενης επιχείρησης, καθώς και τα δικαιώματα κάθε προσώπου που ενεργεί εξ ονόματος του αλλά για λογαριασμό της μητρικής επιχείρησης ή κάθε άλλης ελεγχόμενης επιχείρησης». Η έννοια αυτή ήταν στενότερη της έννοιας της θυγατρικής επιχείρησης κατ΄ άρθρον 42ε παρ. 5 στοιχ. α Κ.Ν. 2190/1920, κυρίως κατά το ότι δεν συμπεριελάμβανε περίπτωση αντίστοιχη της περ. δδ του άρθρου αυτού. Στο άρθρο 3 περ. γ Ν. 3556/2007[46] δίδεται νέος ορισμός της ελεγχόμενης επιχείρησης ο οποίος είναι ευρύτερος[47] και εμφανίζει μεγαλύτερη αντιστοιχία από ό,τι ο ορισμός του Π.Δ. 51/1992 με την διατύπωση του άρθρου 42ε παρ. 5 στοιχ. α, ήδη και με τη διατύπωση του άρθρου 32 παρ. 2 Ν. 4308/2014: «κάθε επιχείρηση: (αα) στην οποία φυσικό ή νομικό πρόσωπο διαθέτει την πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου ή (ββ) στην οποία ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο έχει το δικαίωμα διορισμού ή ανάκλησης της πλειοψηφίας των μελών του διοικητικού, διαχειριστικού ή εποπτικού οργάνου και είναι συγχρόνως μέτοχος ή εταίρος της εν λόγω επιχείρησης, ή (γγ) στην οποία ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο είναι μέτοχος ή εταίρος και μόνος του ελέγχει την πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου των μετόχων ή εταίρων αντίστοιχα, δυνάμει συμφωνίας που έχει συναφθεί με άλλους μετόχους ή εταίρους της εν λόγω επιχείρησης, ή (δδ) στην οποία ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο έχει την εξουσία να ασκεί, ή πράγματι ασκεί, κυριαρχική επιρροή ή έλεγχο. Για τους σκοπούς της ανωτέρω περίπτωσης (ββ), στα δικαιώματα ψήφου, διορισμού και ανάκλησης που διαθέτει ο κάτοχος, περιλαμβάνονται τα δικαιώματα κάθε άλλης επιχείρησης που ελέγχεται από τον μέτοχο, καθώς και τα δικαιώματα κάθε άλλου

45 Το άρθρο 8 Π.Δ. 51/1992 αντιστοιχεί στο άρθρο 8 της Οδηγίας 88/627/ΕΟΚ. Βλ. και το άρθρο 87 της Οδηγίας 2001/34/ΕΚ.

46 Το άρθρο 3 στοιχείο (γ) Ν. 3556/2007 αντιστοιχεί στο άρθρο 1 παρ. 1 στ και παρ. 2 της Οδηγίας 2004/109/ΕΚ.

47 Σχετικά βλ. παρ. 5.2.2.1. της Αιτιολογικής Έκθεσης της Πρότασης Οδηγίας της 26.3.2003.

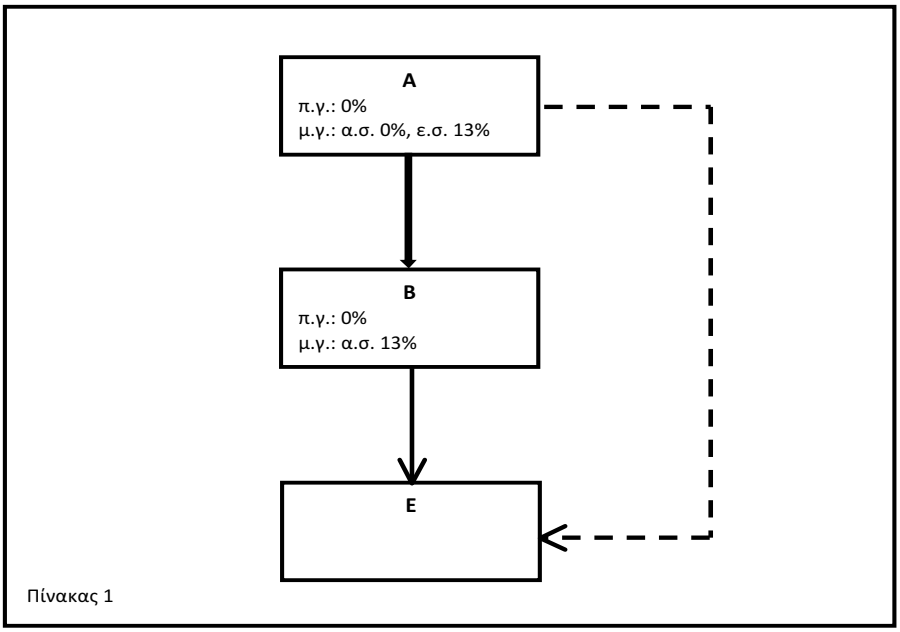
φυσικού προσώπου ή νομικής οντότητας που ενεργεί στο όνομά του αλλά για λογαριασμό του μετόχου ή κάθε άλλης επιχείρησης που ελέγχεται από το μέτοχο». Καινοτομία του Ν. 3556/2007 είναι όμως η εισαγωγή ορισμού της μητρικής επιχείρησης με αναφορά στον Κ.Ν. 2190/1920 στο στοιχείο (ιγ) της ίδιας διατάξεως: «η επιχείρηση όπως ορίζεται στην παράγραφο 5 του άρθρου 42ε του Κ.Ν. 2190/1920.» Η εισαγωγή αυτή δεν ήταν αναγκαία και για το λόγο αυτό δεν περιλαμβάνεται στην Οδηγία 2004/109/ΕΚ. Μητρική επιχείρηση είναι λογικά και συστηματικά η ασκούσα έλεγχο επί της ελεγχομένης κατά την έννοια του ίδιου Νόμου. Ο ορισμός της με αναφορά σε άλλο νόμο πέραν των διαφοροποιήσεων ήδη κατά το γράμμα (π.χ. μη αναφορά της πλειοψηφίας του κεφαλαίου στην περ. αα, διαφορετική ορολογία στην περ. γγ κ.λπ.) δεν αποκλείει διαφοροποιήσεις που θα ανακύψουν στην πράξη κατά την εφαρμογή του. Άλλωστε δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι οι διατάξεις μεταξύ άλλων του άρθρου 42ε παρ. 5 δεν έχουν εφαρμογή στην περίπτωση των εταιρειών που συντάσσουν, είτε υποχρεωτικά είτε προαιρετικά, οικονομικές καταστάσεις με βάση τα υιοθετηθέντα από την Ευρωπαϊκή Ένωση Διεθνή Λογιστικά Πρότυπα σύμφωνα με το άρθρο 139 παρ. 1 εδ. 2 Κ.Ν. 2190/1920. Εξ ετέρου για τις εταιρείες που καταρτίζουν οικονομικές καταστάσεις σύμφωνα με τα Ελληνικά Λογιστικά Πρότυπα εφαρμογής τυγχάνει πλέον το άρθρο 32 παρ. 2 Ν. 4308/2014 σύμφωνα με το άρθρο 38 παρ. 3 αυτού. Η παραπομπή σε μία διάταξη, η οποία μάλιστα στερείται πραγματικού πεδίου εφαρμογής, είναι συστηματικά εσφαλμένη. *Προτιμότερη θα ήταν η χρήση του όρου ελέγχουσα επιχείρηση σε εννοιολογική αντιστοιχία με την ελεγχόμενη επιχείρηση.* Άλλωστε δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι στο πεδίο των συνδεδεμένων επιχειρήσεων χρησιμοποιείται το ζεύγος μητρική–θυγατρική. *Έτι περαιτέρω και για τους σκοπούς της απαλλαγής θα ήταν σκόπιμη η εισαγωγή της έννοιας του ελέγχοντος προσώπου η οποία θα εκάλυπτε και το φυσικό πρόσωπο*.

IV. Περιπτωσιολογία

Ακολουθεί η εξέταση χαρακτηριστικών περιπτώσεων οι οποίες απεικονίζονται σε αντίστοιχους πίνακες[48] υπό το πρίσμα της ερμηνευτικής προσέγγισης της παρούσας μελέτης αλλά και της «διευκρινιστικής» προσέγγισης της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς στην Απόφαση 1/434/3.7.2007, οι οποίες είναι, πάντως, νοητές σε πολλούς ακόμη συνδυασμούς ή παραλλαγές.

48 Στους πίνακες χρησιμοποιούνται τα εξής σύμβολα και συντομογραφίες: π.γ.: προ του γεγονότος της απόκτησης ή διάθεσης – μ.γ.: μετά από το γεγονός της απόκτησης ή διάθεσης – α.σ.: άμεση συμμετοχή – ε.σ.: έμμεση συμμετοχή – ➔: σχέση ελέγχου – →: άμεση συμμετοχή – -→ : έμμεση συμμετοχή – Ε: εκδότης του οποίου οι κινητές αξίες έχουν εισαχθεί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά.

Περίπτωση 1

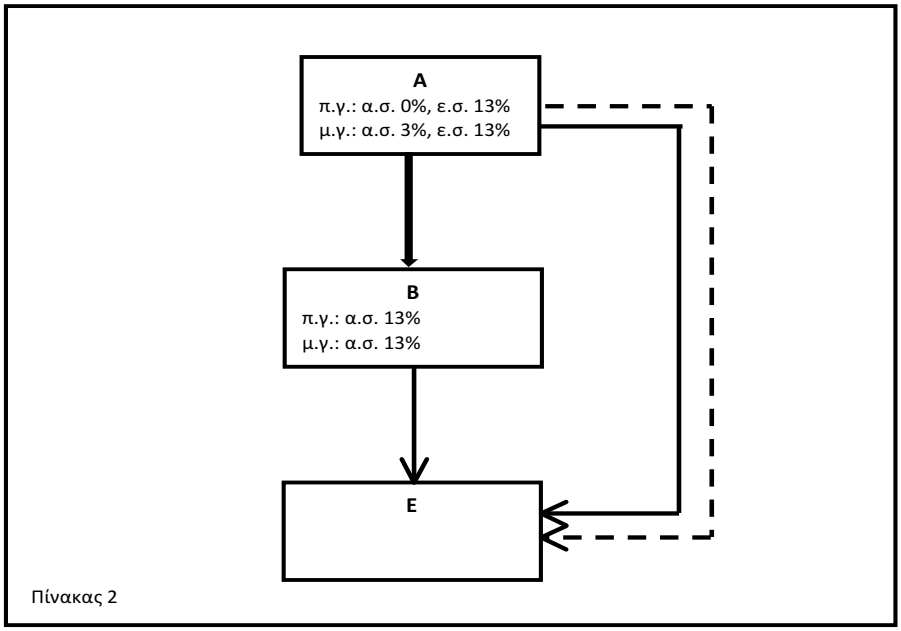


Η Α είναι μητρική επιχείρηση της Β. Αμφότερες οι Α και Β δεν κατέχουν δικαιώματα ψήφου της Ε. Η Β αποκτά συνεπεία αγοράς μετοχών ποσοστό 13% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η Β υποχρεούται να προβεί σε ενημέρωση. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, η Α έχει την διακριτική ευχέρεια να προβεί η ίδια σε ενημέρωση, απαλλασσομένης της Β από τη σχετική υποχρέωση. Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007 υποχρέωση αντίστοιχη προς αυτήν της Β έχει και η Α, απαλλασσομένης της Β από τη σχετική υποχρέωση, εφόσον η γνωστοποίηση της Α περιλαμβάνει όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες τόσο για την Α όσο και για τη Β[49].

Αντίστοιχα ισχύουν στην αντίστροφη περίπτωση της πώλησης των μετοχών από τη Β.

49 Ούτως και ΣτΕ 1482/2013, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· ΔΕφΑθηνών 3282/2008, αδημ.

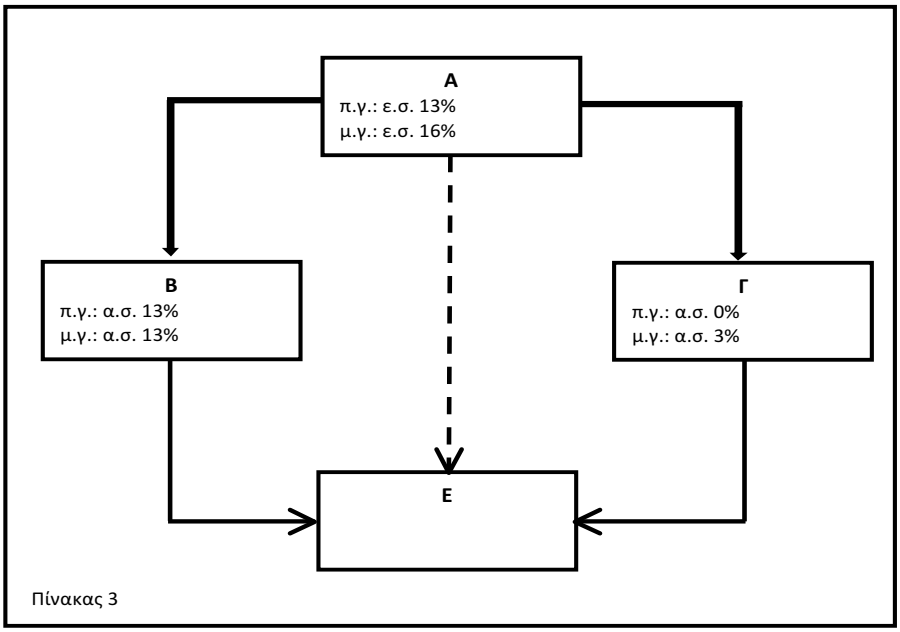
Περίπτωση 2



Η Α είναι μητρική επιχείρηση της Β. Η Β κατέχει ποσοστό 13% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η Α αποκτά συνεπεία αγοράς μετοχών ποσοστό 3% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η Α υποχρεούται να προβεί σε ενημέρωση αθροίζοντας το ποσοστό δικαιωμάτων ψήφου της Β. Η Β δεν υποχρεούται να προβεί σε ενημέρωση. Η εδώ υποστηριζόμενη άποψη και η Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007 δεν καταλήγουν σε διαφορετικά συμπεράσματα.

Στην αντίστροφη περίπτωση της πώλησης των μετοχών από την Α, η Α υποχρεούται να προβεί σε ενημέρωση αθροίζοντας το ποσοστό δικαιωμάτων ψήφου της Β τόσο κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη όσο και κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς. Σε περίπτωση όμως πώλησης των μετοχών από τη Β είτε πριν είτε μετά από την πώληση των μετοχών από την Α κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη υποχρεούται να προβεί σε ενημέρωση η Β, ενώ κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς τόσον η Β όσον και η Α, απαλλασσομένης της Β από τη σχετική υποχρέωση, εφόσον η γνωστοποίηση της Α περιλαμβάνει όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες τόσο για την Α όσο και για τη Β. Η Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αποκλείει τη σύγχυση που θα μπορούσε να προκληθεί εάν η Β προέβαινε σε ενημέρωση, αφού δεν θα ήταν άμεσα εμφανής ο συσχετισμός της αρχικής γνωστοποίησης της Α με τη μεταγενέστερη γνωστοποίηση της Β. Το συμπέρασμα αυτό είναι ικανοποιητικό, αν και προσκρούει, κατά τα προεκτεθέντα, στο νόμο.

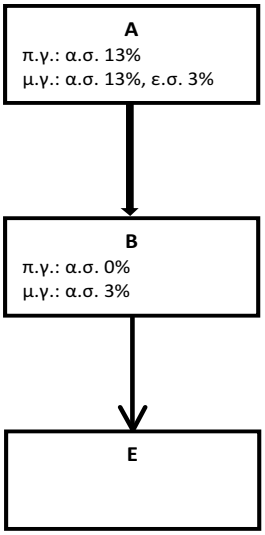
Περίπτωση 3



Η Α είναι μητρική επιχείρηση της Β και της Γ. Η Α δεν κατέχει δικαιώματα ψήφου της Ε. Η Β κατέχει ποσοστό 13% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η Γ αποκτά συνεπεία αγοράς μετοχών ποσοστό 3% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη ουδείς υποχρεούται σε ενημέρωση είτε διότι δεν έχει προβεί σε πράξη απόκτησης (Α και Β) είτε διότι η απόκτηση δεν συνεπάγεται υπέρβαση των ορίων του νόμου και δεν συντρέχει υποχρέωση άθροισης ποσοστού «αδελφών» επιχειρήσεων (Γ). Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007 και πάλιν η Α δεν έχει υποχρέωση ενημέρωσης, διότι η ελεγχόμενη επιχείρηση (Γ) δεν έχει ατομικά υποχρέωση ενημέρωσης, ώστε αντίστοιχη υποχρέωση να έχει και το πρόσωπο που την ελέγχει. Το συμπέρασμα αυτό δεν δύναται να θεωρηθεί ικανοποιητικό.

Αντίστοιχα ισχύουν στην αντίστροφη περίπτωση της πώλησης των μετοχών από τη Β.

Περίπτωση 4



Πίνακας 4

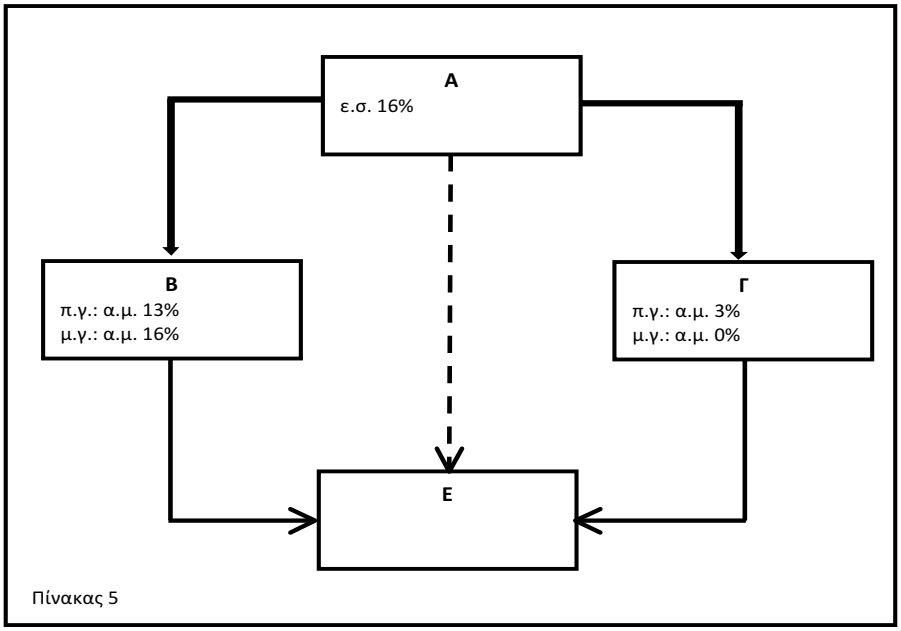
Η Α είναι μητρική επιχείρηση της Β. Η Α κατέχει ποσοστό 13% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η Β αποκτά συνεπεία αγοράς μετοχών ποσοστό 3% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, ουδείς υποχρεούται σε ενημέρωση είτε διότι δεν έχει προβεί σε πράξη απόκτησης (Α) είτε διότι η απόκτηση δεν συνεπάγεται υπέρβαση των ορίων του νόμου και δεν συντρέχει υποχρέωση άθροισης ποσοστού μητρικής επιχειρήσεως (Β). Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007 και πάλιν η Α δεν έχει υποχρέωση ενημέρωσης, διότι η ελεγχόμενη επιχείρηση (Β) δεν έχει ατομικά υποχρέωση ενημέρωσης, ώστε αντίστοιχη υποχρέωση να έχει και το πρόσωπο που την ελέγχει[50]. Το συμπέρασμα αυτό δεν δύναται να θεωρηθεί ικανοποιητικό.

Στην αντίστροφη περίπτωση της πώλησης των μετοχών από την Α, η Α υποχρεούται να προβεί σε ενημέρωση αθροίζοντας το ποσοστό δικαιωμάτων ψήφου της Β τόσο κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη όσο και κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007. Σύγχυση θα μπορούσε να προκληθεί, αφού η απόκτηση ποσοστού δικαιωμάτων ψήφου από τη Β δεν είχε προηγουμένως γνω-

50 Πρβλ. ΣτΕ 3940/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Περαιτέρω την ίδια προβληματική στο πλαίσιο άλλης υποχρέωσης ενημέρωσης στην ΔεφΑθηνών 975/2008, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, όπου το σχετικό επιχείρημα προβλήθηκε στη διοικητική όχι όμως [και] στη δικαστική διαδικασία με αποτέλεσμα να μην κριθεί από το δικαστήριο.

στοποιηθεί. Σε περίπτωση όμως πώλησης των μετοχών από τη Β πριν από την πώληση των μετοχών από την Α, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, ουδείς υποχρεούται σε ενημέρωση είτε διότι δεν έχει προβεί σε πράξη διάθεσης (Α) είτε διότι η διάθεση δεν συνεπάγεται υπέρβαση των ορίων του νόμου και δεν συντρέχει υποχρέωση άθροισης ποσοστού μητρικής επιχειρήσεως (Β). Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007 και πάλιν η Α δεν έχει υποχρέωση ενημέρωσης, διότι η ελεγχόμενη επιχείρηση (Β) δεν έχει ατομικά υποχρέωση ενημέρωσης, ώστε αντίστοιχη υποχρέωση να έχει και το πρόσωπο που την ελέγχει. Το συμπέρασμα αυτό δεν δύναται να θεωρηθεί ικανοποιητικό.

Περίπτωση 5

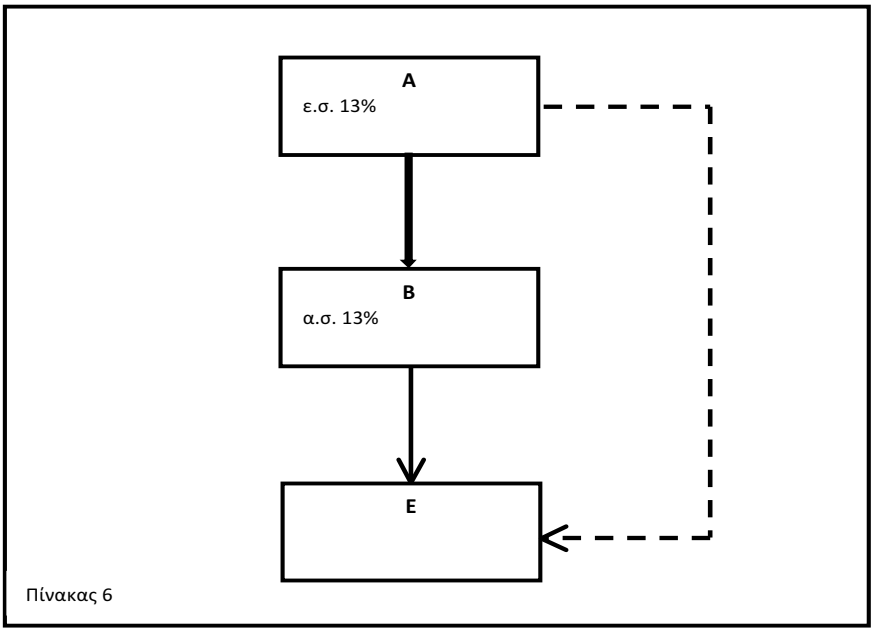


Πίνακας 5

Η Α είναι μητρική επιχείρηση της Β και της Γ. Η Α δεν κατέχει δικαιώματα ψήφου της Ε. Η Β κατέχει ποσοστό 13% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η Γ αποκτά συνεπεία αγοράς μετοχών ποσοστό 3% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η περίπτωση αυτή αντιμετωπίσθηκε ανωτέρω στο παράδειγμα του Πίνακα 3. Η Β εν συνεχεία αποκτά συνεπεία αγοράς μετοχών το ποσοστό της Γ, δηλαδή ποσοστό 3% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η Β υποχρεούται να προβεί σε ενημέρωση. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη η Α δεν έχει καν τη διακριτική ευχέρεια να προβεί η ίδια σε ενημέρωση, αφού δεν μεταβάλλεται το συνολικό ποσοστό το οποίο αθροίζεται στο πρόσωπό της πριν και μετά από τη συναλλαγή. Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς

1/434/3.7.2007 υποχρέωση αντίστοιχη προς αυτήν της Β έχει και η Α, απαλλασσομένης της Β από τη σχετική υποχρέωση, εφόσον η γνωστοποίηση της Α περιλαμβάνει όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες τόσο για την Α όσο και για τη Β. Το συμπέρασμα εις το οποίο οδηγούμεθα κατά το γράμμα του νόμου δεν είναι ικανοποιητικό, αφού δεν επιτρέπει τη συναγωγή της πληροφορίας για το χαρακτήρα της συναλλαγής ως ενδοομιλικής. Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007, συμπτωματικά επιτυγχάνεται η πληροφόρηση για την αναδιάρθρωση της συμμετοχής.

Περίπτωση 6



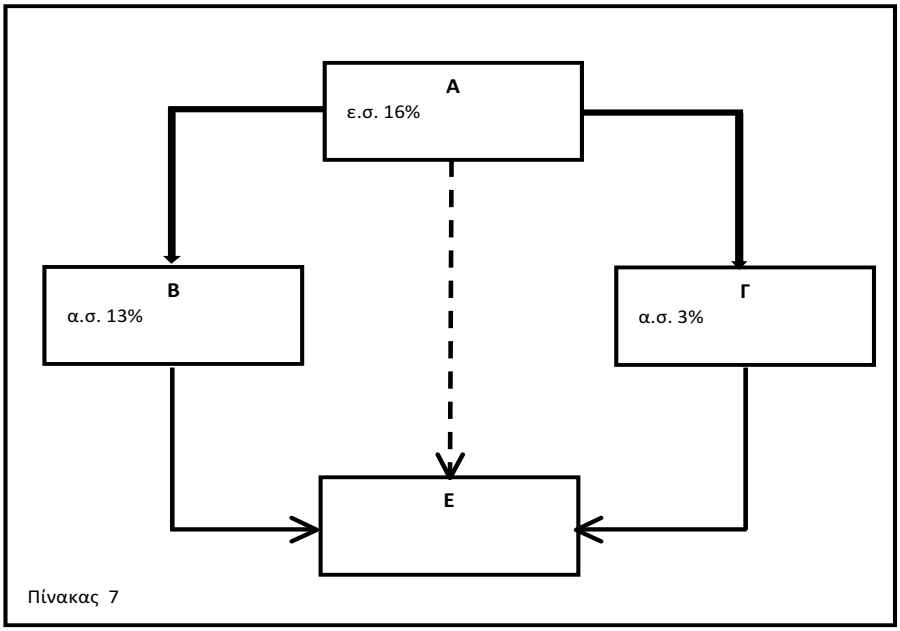
Η Β κατέχει ποσοστό 13% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε και έχει προβεί η ιδία σε ενημέρωση. Η Α αποκτά τον έλεγχο της Β και καθίσταται μητρική της επιχείρηση. Η Α δεν υποχρεούται σε ενημέρωση, διότι δεν έχει προβεί σε πράξη απόκτησης όσον αφορά την Ε[51]. Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007

51 Άλλως ΔΕφΑθηνών 5806/2014, αδημ. Επίσης ESMA, Questions and answers, Transparency Directive (2004/109/EC), 2 April 2012, ESMA/2012/198, σελ. 8 επόμ., αξιολογώντας την απόκτηση ελέγχου ως έμμεση απόκτηση δικαιωμάτων ψήφου. Ο νόμος δεν κάνει όμως λόγο για έμμεση απόκτηση δικαιωμάτων ψήφου, ενώ προβλέπει μόνον την άθροιση της έμμεσης κατοχής, θεωρώντας τοιαύτη την κατοχή από ελεγχόμενες επιχειρήσεις. Για την έννοια της απόκτησης βλ. άλλωστε και Εγκύκλιο της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αρ. 20 της 18.6.2004, στοιχ. 5 δ και θ ii, η οποία παρά ταύτα επιβάλλει πρόστιμα! Ανοικτό παρέμεινε το θέμα από τη ΔΕφΑθηνών 5771/2014, αδημ., η οποία ακύρωσε την απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς για την επιβολή προστίμου διότι η κυρωτική αρμοδιότητα δεν είχε ασκηθεί εντός ευλόγου χρόνου.

και πάλιν η Α δεν έχει υποχρέωση ενημέρωσης, διότι η Β λόγω του γεγονότος της απόκτησης επ΄ αυτής ελέγχου από την Α δεν έχει ατομικά υποχρέωση ενημέρωσης, ώστε αντίστοιχη υποχρέωση να έχει και το πρόσωπο που την ελέγχει. Η ενημέρωση του επενδυτικού κοινού επιτυγχάνεται έμμεσα διά της γνωστοποίησης της απόκτησης συμμετοχής ή/και ελέγχου από την Α στη Β κατά τα άρθρα 9 επόμ. Ν. 3556/2007, εφόσον οι μετοχές της Β είναι εισηγμένες προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά, κατά το άρθρο 10 Ν. 3340/2005 ή/και μέσω των Οικονομικών Καταστάσεων της Α ή/και της Β.

Αντίστοιχα ισχύουν στην αντίστροφη περίπτωση της απώλειας ελέγχου της Β από την Α.

Περίπτωση 7



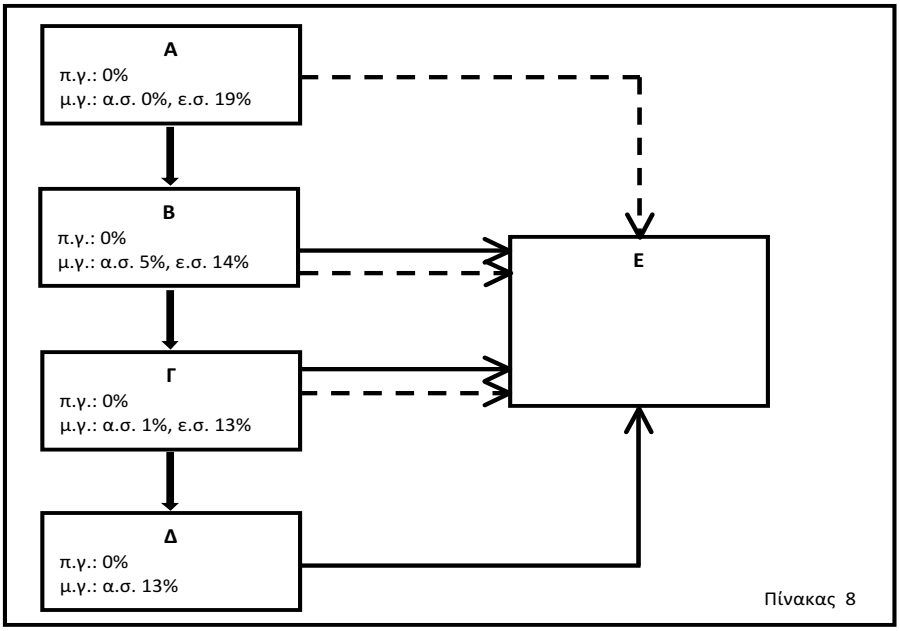
Πίνακας 7

Αντίστοιχα προς την Περίπτωση 6 ισχύουν εν πολλοίς στην απόκτηση από την Α διαδοχικά του ελέγχου των Β και Γ, οι οποίες κατέχουν ποσοστά 13% και 3% αντίστοιχα των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η ιδιαιτερότητα έγκειται εις το γεγονός ότι οι παράγοντες της αγοράς δεν δύνανται να γνωρίζουν το συνολικό ποσοστό των δικαιωμάτων ψήφου της Ε που κατέχουν οι ελεγχόμενες από την Α επιχειρήσεις, διότι το ποσοστό της Γ δεν υπέκειτο σε υποχρέωση γνωστοποίησης.

Αντίστοιχα ισχύουν στην αντίστροφη περίπτωση της απώλειας ελέγχου της Β ή/και της Γ από την Α. Κατά την Απόφαση όμως της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς

1/434/3.7.2007 στην περίπτωση που προηγείτο διάθεση των μετοχών της Β, υποχρέωση ενημέρωσης θα βάρυνε τόσον τη Β όσον και την Α, απαλλασσομένης της Β από τη σχετική υποχρέωση, εφόσον η γνωστοποίηση της Α περιλαμβάνει όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες τόσο για την Α όσο και για τη Β. Η κατάληξη, βάσει της Απόφασης της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς, θα αιφνιδίαζε, αφού η ενημέρωση δεν θα αντιστοιχούσε σε προγενέστερη ενημέρωση κατοχής ποσοστού. Επιπλέον θα ήταν ασυνεπής προς την έλλειψη υποχρέωσης στην περίπτωση που προηγείτο διάθεση των μετοχών της Γ, κατά την οποία η Α δεν έχει υποχρέωση ενημέρωσης, διότι η Γ δεν έχει ατομικά υποχρέωση ενημέρωσης, ώστε αντίστοιχη υποχρέωση να έχει και το πρόσωπο που την ελέγχει. Το συμπέρασμα αυτό δεν δύναται να θεωρηθεί ικανοποιητικό.

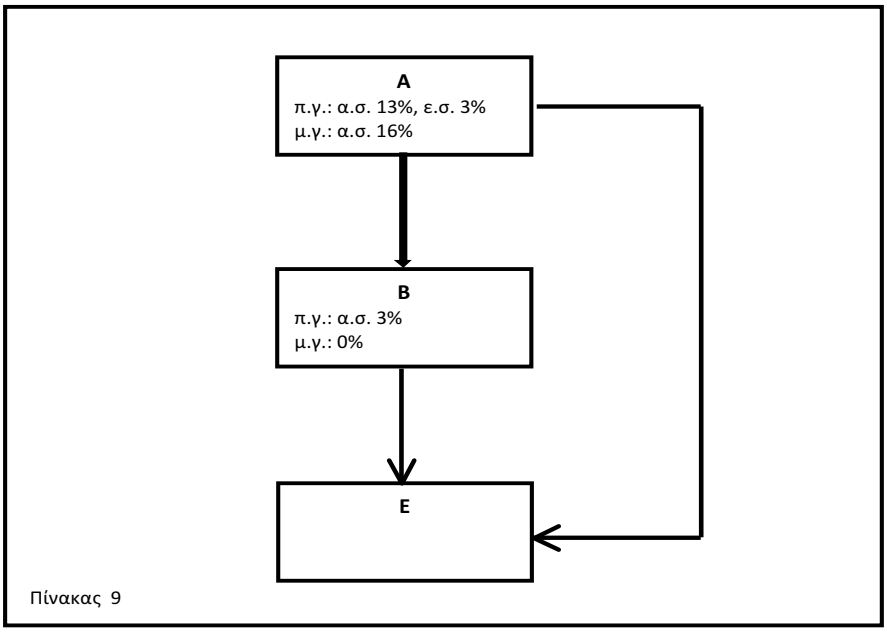
Περίπτωση 8



Η Α είναι μητρική επιχείρηση των Β, Γ και Δ. Η ύπαρξη υποχρέωσης ενημέρωσης και το πρόσωπο που βαρύνεται με αυτή, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, εξαρτάται από τη χρονική αλληλουχία των πράξεων απόκτησης. Η Α δεν υποχρεούται σε ενημέρωση δεδομένου ότι δεν προβαίνει η ίδια σε πράξη απόκτησης, δικαιούμενη βεβαίως να προβεί προαιρετικά απαλλασσομένων στην περίπτωση αυτή των ελεγχόμενων επιχειρήσεων. Εφόσον οι πράξεις απόκτησης από τις Β, Γ και Δ λαμβάνουν χώρα κατά την ίδια ημερομηνία υποχρεούνται σε ενημέρωση η Δ, η Β

και η Γ, η δε ενημέρωση της Β απαλλάσσει τις Γ και Δ. Εφόσον οι αποκτήσεις από τις Β, Γ και Δ λάβουν χώρα σε διαφορετικές συνεδριάσεις και δη διαδοχικά από τις Δ, Γ και Β, σε ενημέρωση θα υποχρεούνται οι Δ και Β. Αν όμως οι πράξεις απόκτησης λάβουν χώρα διαδοχικά από τις Β, Γ και Δ, υπόχρεοι σε ενημέρωση θα είναι αρχικά η Β και στη συνέχεια η Δ και μόνο για τα ποσοστά τα οποία θα έχουν αποκτήσει άμεσα, με αποτέλεσμα η ενημέρωση να είναι ελλιπής. Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007, η ύπαρξη υποχρέωσης ενημέρωσης είναι εν πολλοίς ζήτημα συμπτωματικό, εξαρτώμενο όχι μόνον από τη χρονική αλληλουχία των πράξεων απόκτησης από τις επιμέρους επιχειρήσεις αλλά περαιτέρω από το κατά πόσον ποσοστό που αποκτά κάθε μία από αυτές υπερβαίνει τα όρια του νόμου, ώστε να έχει αντίστοιχη υποχρέωση και το πρόσωπο που την ελέγχει.

Περίπτωση 9



Πίνακας 9

Η Α είναι μητρική επιχείρηση της Β. Η Α κατέχει ποσοστό 13% και η Β ποσοστό 3% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε. Η Α αποκτά το ποσοστό της Β. Οι υποχρεώσεις ενημέρωσης αναλόγως της χρονικής αλληλουχίας των πράξεων απόκτησης εξετάσθηκαν ανωτέρω στα παραδείγματα των Πινάκων 2 και 4. Εφόσον η Α έχει ενημερώσει για ποσοστό, στο οποίο συμπεριλαμβανόταν το ποσοστό της ελεγχόμενης επιχείρησης Β, δεν υποχρεούται σε νεώτερη ενημέρωση συνεπεία της απόκτησης

ποσοστού 3% των δικαιωμάτων ψήφου της Ε από τη Β[52]. Κατά την Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς 1/434/3.7.2007 η ύπαρξη υποχρέωσης της Α εξαρτάται από το αν προηγουμένως έχει προβεί σε ενημέρωση για το συνολικό ποσοστό ή όχι.

Αντίστοιχα ισχύουν στην αντίστροφη περίπτωση της πώλησης των μετοχών από τη Β.

V. Ανακεφαλαίωση και Αποτίμηση

Ανακεφαλαιώνοντας τα κύρια πορίσματα της μελέτης, η υποχρέωση ενημέρωσης για τη μεταβολή του ποσοστού δικαιωμάτων ψήφου βαρύνει σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 και 3 Ν. 3556/2007 το πρόσωπο, το οποίο διενεργεί συναλλαγή και κατέχει πριν ή/και μετά από τη διενέργεια της συναλλαγής δικαιώματα ψήφου, έχει δηλαδή ή αποκτά την ιδιότητα του μετόχου, είτε αυτό αποτελεί ελέγχον πρόσωπο είτε αποτελεί ελεγχόμενη επιχείρηση. Σε περίπτωση που το υπόχρεο αυτό πρόσωπο αποτελεί ελέγχον πρόσωπο, υποχρεούται να αθροίζει σύμφωνα με το άρθρο 10 στοιχ. ε, μεταξύ άλλων, τα δικαιώματα που κατέχουν οι ελεγχόμενες από αυτό επιχειρήσεις, ανεξαρτήτως αν αυτές συνηλλάγησαν ή όχι. Εφόσον η ενημέρωση πραγματοποιείται από ελέγχον πρόσωπο που αποτελεί μητρική ή απώτερη μητρική επιχείρηση, η ελεγχόμενη επιχείρηση απαλλάσσεται σύμφωνα με το άρθρο 13 από την υποχρέωση την οποία υπέχει η ιδία, διότι συνηλλάγη και μεταβλήθηκε το ποσοστό της στα όρια του νόμου. Ενόψει της ευρείας γραμματικής διατύπωσης της διάταξης του αυτού άρθρου 13 παρ. 1, η μητρική επιχείρηση έχει επιπροσθέτως τη διακριτική ευχέρεια να προβεί στην ενημέρωση σε περίπτωση που ο γενεσιουργός λόγος της σχετικής υποχρέωσης δεν συντρέχει στο πρόσωπό της αλλά μόνον στο πρόσωπο ελεγχόμενης από αυτήν επιχείρησης απαλλασσομένης αντίστοιχα της τελευταίας.

Η ενδεικτική περιπτωσιολογία που παρατέθηκε κατέδειξε ότι η νομοθετική ρύθμιση καταλείπει πολλά κενά και δύναται να οδηγήσει σε διόγκωση του αριθμού των πληροφοριών (information overload) και σύγχυση μάλλον παρά στην ενημέρωση του επενδυτικού κοινού. Στην προσπάθεια να καλύψει τα κενά αυτά και να περιορίσει τον κίνδυνο της μη ορθής πληροφόρησης των επενδυτών η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς, λαμβάνοντας ομολογουμένως υπόψιν και διεθνείς κατευθύνσεις οι οποίες όμως στο εκάστοτε εθνικό τουλάχιστον πλαίσιο εμφανίζουν νομοτεχνική συνέπεια, ει-

52 Ούτως, στην απολύτως αντίστοιχη περίπτωση μεταβίβασης προς ελεγχόμενη επιχείρηση μέρους της συμμετοχής της μητρικής ΔΕφΑθηνών 4111/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ και 4112/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ. Οι αποφάσεις αυτές αναιρέθηκαν από τις ΣτΕ 3941/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, και 3940/2011, αδημ., για λόγους σχετικούς με την ειδική αιτιολογία της υπάρξεως ελέγχου, ενώ το νομικό σκεπτικό επιβεβαιώθηκε. Άλλως, προφανώς ΔΕφΑθηνών 244/2009, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, και ΣτΕ 4566/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, οι οποίες πάντως δέχονται ότι το γεγονός ότι η αντισυμβαλλομένη εταιρεία ήταν εταιρεία του ίδιου ομίλου επιχειρήσεων λαμβάνεται υπόψιν κατά την επιμέτρηση του προστίμου. Ως προς το τελευταίο σημείο πρβλ. και ΔΕφΑθηνών 4482/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ 3951/2011, αδημ. 2279/2010, αδημ.

σήγαγε με την Απόφαση 1/434/3.7.2007 πρόσθετες υποχρεώσεις οι οποίες αντιστρατεύονται ευθέως το γράμμα του νόμου και της ευρωπαϊκής Οδηγίας, παραβιάζοντας τους κανόνες ερμηνείας τόσον του εθνικού όσον και του ευρωπαϊκού δικαίου[53]. Δυσχερώς δύναται να αντιληφθεί ο εφαρμοστής του δικαίου πώς είναι δυνατόν να γίνεται λόγος για την τυπικότητα των σχετικών υποχρεώσεων ενημέρωσης, υπό την έννοια ότι είναι ανεξάρτητες από την τυχόν επίτευξη του επιδιωκομένου με αυτές σκοπού με άλλους τρόπους ή από τη μη επέλευση βλάβης ή διακινδύνευσης στα επενδυτικά συμφέροντα του κοινού,[54] και ταυτόχρονα να επιβάλλονται υποχρεώσεις που δεν ευρίσκουν έρεισμα στο νόμο. Άλλωστε, η Απόφαση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς όχι μόνον στερείται νομοθετικής εξουσιοδοτήσεως για τη ρύθμιση του θέματος αλλά, όπως εξετέθη ανωτέρω, και εφαρμοζομένη ακόμη δεν οδηγεί σε συνεπείς και διαφανείς λύσεις. Η ούτως διαμορφωθείσα κατάσταση δίδει λαβή για τη διατύπωση κριτικής κατά του τρόπου με τον οποίον εκδηλώνεται στο πεδίο αυτό η κρατική εποπτεία της Κεφαλαιαγοράς[55].

Η θέσπιση μίας λογικά και τελολογικά συνεπούς ρύθμισης μπορεί να είναι μόνον αποτέλεσμα μίας νέας νομοθετικής πρωτοβουλίας και όχι εμβαλωματικών μέτρων. Αφετηρία της ρύθμισης αυτής θα πρέπει πιθανότατα να αποτελέσει η διάκριση της απόκτησης ή διάθεσης μετοχών με δικαιώματα ψήφου από ελεγχόμενες επιχειρήσεις, η οποία κατά κανόνα (με την εξαίρεση ίσως των «οχημάτων ειδικού σκοπού») νομικά δεν μπορεί να θεωρηθεί συναλλαγή για λογαριασμό του ελέγχοντος προσώπου ούτε απολήγει άνευ ετέρου στην άσκηση των δικαιωμάτων ψήφου σύμφωνα με τις οδηγίες του ελέγχοντος προσώπου, από άλλες περιπτώσεις του άρθρου 10 Ν. 3556/2007, όπως η απόκτηση δικαιωμάτων για λογαριασμό τρίτου ή η σύσταση επικαρπίας, οι οποίες πρέπει να θεωρούνται ή έστω να εξομοιώνονται με απόκτηση από το υπόχρεο πρόσωπο. Εφόσον μόνον μία ελεγχόμενη από ένα ελέγχον πρόσωπο επιχείρηση συναλλάσσεται σε μετοχές ενός εκδότη εισηγμένες σε οργανωμένη

53 Κατά την ερμηνεία του ευρωπαϊκού δικαίου εφαρμόζονται καταρχήν οι παραδεδομένοι κανόνες ερμηνείας του δικαίου, που ξεκινούν από τη γραμματική προσέγγιση και προχωρούν στην ιστορική, στη συστηματική και στην τελολογική ερμηνευτικοί κανόνες οι οποίοι συνδέονται με τις ιδιαιτερότητες του ευρωπαϊκού δικαίου, όπως η αυτόνομη ερμηνεία των εννοιών του, δεν έχουν σχέση εδώ. Βλ. σχετικά *Σαχπεκίδου*, Ευρωπαϊκό Δίκαιο2 (Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2013) §21 αρ. 50 επόμ. Δεδομένου ότι η ερμηνευόμενη εθνική διάταξη συνιστά μεταγραφή ομόλογης διατάξεως της Οδηγίας, η επίκληση της εναρμονισμένης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας παρίσταται θεμιτή. Ούτως *Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών (Αθήνα/Κομοτηνή 2000) αρ. 274 επόμ. *Σαχπεκίδου*, ένθ. ανωτ., §20 αρ. 4 επόμ.

54 ΣτΕ 3345/2005, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ 3346/2005, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ ΔεφΑθηνών 759/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ 3231/2007, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ 620/2008, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ 3854/2008, αδημ. 1728/2010, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ. Η τυπικότητα της παραβάσεως νοείται πολλάκις και υπό την έννοια ότι δεν απαιτείται η διαπίστωση της συνδρομής υπαιτιότητας σχετικά βλ. και ΔεφΑθηνών 1409/2010, αδημ. 1971/2011, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ 4482/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ 6577/2014, αδημ. Πρβλ. τη θέση του *Heusel* (ανωτ. σημ. 12) 48 επόμ., ότι η καταστρατήγηση των υποχρεώσεων ενημέρωσης δεν επισύρει κυρώσεις.

55 Η γενικότερη ανεπάρκεια του πλαισίου κρατικής εποπτείας της Κεφαλαιαγοράς αλλά και η ειδικότερη άσκηση της εξουσίας της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αποτέλεσε παλαιότερα αντικείμενο οξείας κριτικής από τον τιμώμενο διά του παρόντος έργου αείμνηστο καθηγητή *Λ. Γεωργακόπουλο*: Κάνε με σοφό να σε κάνω πλούσιο, εν: Χρηματιστήριο, Επίκαιρες Κριτικές Αναλύσεις (Αθήνα 2002) 82 (83, 85).

αγορά δεν συντρέχει λόγος για την επιβολή υποχρέωσης ενημέρωσης στο ελέγχον πρόσωπο· θα μπορούσε πάντως να προβλεφθεί η δυνατότητα του ελέγχοντος προσώπου κατά τη διακριτική του ευχέρεια να προβαίνει σε ενημέρωση απαλλασσομένης της ελεγχόμενης επιχείρησης[56]. Σε περίπτωση όμως που περισσότερες ελεγχόμενες επιχειρήσεις του ίδιου ελέγχοντος προσώπου κατέχουν ή/και συναλλάσσονται σε μετοχές ενός εκδότη, η υποχρέωση πρέπει να βαρύνει το ελέγχον πρόσωπο. Ανάλογα πρέπει να ισχύουν σε περίπτωση που η μεταβολή της συμμετοχής είναι αποτέλεσμα της απόκτησης ή απώλειας ελέγχου σε ενδιάμεση επιχείρηση. Το γεγονός αυτό θα πρέπει να γεννά υποχρέωση μόνον σε περίπτωση που υφίσταται ήδη συμμετοχή του ελέγχοντος προσώπου ή άλλης ελεγχόμενης επιχείρησης. Ιδιαίτερη σημασία θα πρέπει όμως στην περίπτωση αυτή να δοθεί στο χρόνο γένεσης της υποχρέωσης, δεδομένου ότι, με την εξαίρεση τυπικών περιπτώσεων απόκτησης πλειοψηφικής συμμετοχής κ.ο.κ., η απόκτηση ελέγχου και κατά συνέπειαν η δημοσίευση ενοποιημένων οικονομικών καταστάσεων βεβαιώνεται κατά το χρόνο κατάρτισης των οικονομικών καταστάσεων. Υποχρέωση ενημέρωσης θα μπορούσε να προβλεφθεί και σε περίπτωση αναδιάρθρωσης των επιμέρους ποσοστών που απαρτίζουν το συνολικό ποσοστό που αθροίζεται στο ελέγχον πρόσωπο. Τέλος, αν και ήσσονος σημασίας, ο νομοθετικός ορισμός της μητρικής επιχείρησης στο Ν. 3556/2007 είναι περιττός και οφείλει να καταργηθεί.

56 Υπέρ μίας συνολικής ενημέρωσης σε κάθε περίπτωση από τη μητρική επιχείρηση de lege ferenda *Fiedler* (ανωτ. σημ. 4) 86 επόμ, ιδίως 126.

Έφη Ι. Κινινή*

Οι *break-up-fee* συμφωνίες στις εξαγορές επιχειρήσεων

Ι. Εισαγωγικά

Σε περίπτωση φιλικής συγκέντρωσης επιχειρήσεων, δηλαδή απόκτησης μετοχών (*share deal*) ή σημαντικών περιουσιακών στοιχείων (*asset deal*)[1] με τη σύμφωνη γνώμη του διοικητικού συμβουλίου της εταιρίας στόχου (*friendly takeovers*)[2], ή συγχώνευσης, οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις, στο στάδιο πριν από την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης, επιδιώκουν με συμφωνίες να προστατεύσουν τη σκοπούμενη συναλλαγή (*Deal Protection*). Τέτοιο μηχανισμό προστασίας αποτελεί η συνομολόγηση ενός ποσού (*break-up fee, termination fee, inducement fee*)[3], το οποίο οφείλεται στην περίπτωση που το ένα μέρος υπαναχωρήσει από τη συμφωνία, χωρίς τη σύμφωνη γνώμη του άλλου μέρους, ή εν γένει όταν η συγκέντρωση δεν ολοκληρώνεται[4].

Η οφειλή του συνομολογηθέντος ποσού καθίσταται απαιτητή μόλις συντρέξουν ορισμένα περιστατικά που προσδιορίζονται συμβατικά (*Trigger Events*)[5]. Οι περιστάσεις αυτές δεν προϋποθέτουν οπωσδήποτε υπαιτιότητα του συμβαλλόμενου μέρους[6]. Το *break-up fee* μπορεί για παράδειγμα να καθίσταται απαιτητό όταν η συναλλαγή δεν ολοκληρώνεται εντός ορισμένου χρονικού διαστήματος. Η απαίτηση μπορεί να συνδέεται με περιστατικά που ανάγονται στη σφαίρα επιρροής του υποσχόμενου μέρους (λ.χ. όταν η αποτυχία των διαπραγματεύσεων αποδίδεται στο

---

* Λέκτορας Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος.

1 Για τη σχετική διάκριση βλ. *Περάκη*, Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, 1999, § 68 αριθ.1.

2 Για τη διάκριση των εξαγορών σε φιλικές και εχθρικές βλ. *Περάκη*, Η μορφολογία των εξαγορών σε Εξαγορά Επιχειρήσεων, 10ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικολόγων, 2001, σελ.15 (20).

3 Για τη διαφορετική ορολογία που χρησιμοποιείται βλ. *Fleischer*, Zulässigkeit und Grenzen von Break-Fee-Vereinbarungen im Aktien- und Kapitalmarktrecht, AG 2009, 345 (346).

4 Στον κανόνα 21.2 του βρετανικού City Code on Takeovers and Mergers ως inducement fee ορίζεται "an arrangement which may be entered into between an offeror or a potential offeror and the offeree company pursuant to which a cash sum will be payable by the offeree company if certain specified events occur which have the effect of preventing the offer from proceeding or causing it to fail (e.g., the recommendation by the offeree company board of a higher competing offer". Λόγω της ματαίωσης της συγχώνευσης των AT&T και T-Mobile, η AT&T υποχρεώθηκε το 2011 να καταβάλει ένα reverse break-up fee ύψους 3 δις δολλΗΠΑ σε μετρητά και 1-3 δις δολλΗΠΑ σε ασύρματο φάσμα βλ. http://dealbook.nytimes.com/2011/12/20/att-and-t-mobile-whats-2-billion-among-friends

5 Βλ. *Tannò*, Break-up fee – Vereinbarungen in Unternehmenszusammenschlussverträgen nach schweizerischem, deutschem, britischem und US – amerikanischem Gesellschaftsrecht, 2012, Diss., σελ.38 επ., *Hilgard*, Break-up Fees beim Unternehmenskauf, BB 2008, 286, *Sieger/Hasselbach*, Break Fee – Vereinbarung bei Unternehmenskäufen, BB 2000, 625, *Banerjea*, Der Schutz von Übernahme- und Fusionsplänen, Überlegungen zur Zulässigkeit und Gestaltung sog. Deal – Protection – Abreden, DB 2003, 1489, *Fleischer*, AG 2009, 345.

6 *Hilgard*, BB 2008, 286.

υποσχόμενο μέρος) ή με την τήρηση εκ μέρους του διοικητικού συμβουλίου της υπό εξαγορά εταιρίας (ή των διοικητικών συμβουλίων και των δύο εταιριών στην περίπτωση της συγχώνευσης) ορισμένων υποχρεώσεων συμπεριφοράς. Μπορεί για παράδειγμα να συμφωνηθεί ότι το διοικητικό συμβούλιο θα συστήσει στους μετόχους την αποδοχή της δημόσιας πρότασης ή άλλη συναλλαγή (ρήτρα *Board-recommendation*), δεν θα αναζητήσει ενεργητικά ανταγωνιστικές προτάσεις (ρήτρα *No-shop*) ή θα παραλείψει τις διαπραγματεύσεις με ανταγωνιστές (ρήτρα *No-talk*)[7]. Κοινό στοιχείο όλων των παραπάνω ρητρών είναι το ότι προϋποθέτουν τη σύμπραξη του διοικητικού συμβουλίου και, ως εκ τούτου, απαντώνται μόνο σε φιλικές εξαγορές[8].

Μία άλλη διάκριση των *trigger events* γίνεται σε περιστάσεις που μπορούν να επηρεασθούν από τη διοίκηση της υπό εξαγορά εταιρίας και περιστάσεις που ευρίσκονται εκτός της σφαίρας επιρροής της. Στην πρώτη κατηγορία ανήκουν μέτρα κεφαλαιουχικής φύσεως (λ.χ. αύξηση μετοχικού κεφαλαίου ή απόκτηση ιδίων μετοχών), η παροχή ανακριβών πληροφοριών στο πλαίσιο του σχετικού νομικού, λογιστικού και οικονομικού ελέγχου της υπό εξαγορά εταιρίας (*Due Diligence*)[9] ή η αντισυμβατική αναζήτηση εναλλακτικών (ανταγωνιστικών) υποψήφιων αγοραστών. Ως παραδείγματα από τη δεύτερη κατηγορία των *trigger events* αναφέρονται η μη χορήγηση των απαιτούμενων για την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης διοικητικών εγκρίσεων λ.χ. από τις αρμόδιες αρχές ανταγωνισμού, ή η υποβολή μίας ανταγωνιστικής δημόσιας πρότασης, χωρίς αυτή να αναζητηθεί από την υπό εξαγορά εταιρία[10].

Η συμφωνία μπορεί να είναι γενικευμένη και να παρέχει στο δικαιούχο προστασία ανεξάρτητα από την αιτία αποτυχίας της διαπραγμάτευσης ή να συνδέεται με συγκεκριμένες περιστάσεις. Σε περίπτωση υψηλών εξόδων για τη διενέργεια του *Due Diligence*, δεν αποκλείεται η συμφωνία να προβλέπει ότι ο ενδιαφερόμενος αγοραστής δικαιούται να εισπράξει το *break-up fee,* όταν από τον έλεγχο προκύψει ότι η εξαγορά δεν είναι συμφέρουσα. Σε κάθε περίπτωση τα περιστατικά που γεννούν την απαίτηση για καταβολή του *break-up fee*, συνιστάται να προσδιορίζονται με τρόπο ειδικό και σαφή στη σύμβαση[11].

Στην παρούσα μελέτη μετά την αναφορά στους σκοπούς που επιδιώκονται με την *break-up-fee* συμφωνία (υπό ΙΙ), επιχειρείται η εξέταση της νομικής φύσης αυτής (υπό ΙΙΙ), του άμεσα συνυφασμένου με τη νομική φύση ζητήματος του τύπου (υπό IV) και των ορίων που τίθενται από το εταιρικό δίκαιο (υπό V) και το δίκαιο της κεφαλαιαγοράς (υπό VI).

---

7 Βλ. *Fleischer*, AG 2009, 345/6, *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1490).
8 *Fleischer*, AG 2009, 345 (346).
9 Βλ. σχετικά *Περάκη*, Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, 1999, § 67 αριθ.5.
10 *Fleischer*, AG 2009, 345 (346).
11 *Fleischer*, AG 2009, 345 (346).

II. Ο σκοπός

Οι λόγοι για τους οποίους τα μέρη συνάπτουν *break-up-fee* συμφωνίες ποικίλλουν[12]. Δύο, όμως, είναι κατεξοχήν οι λόγοι συνομολόγησης ενός *break-up fee*: α) η αποζημίωση του αγοραστή για τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκε κατά τη διαπραγμάτευση και με σκοπό την ολοκλήρωση της συναλλαγής (περιουσιακό συμφέρον) και β) η προστασία του επιχειρηματικού συμφέροντος για επιτυχή ολοκλήρωση της συγκέντρωσης. Εδώ εντάσσεται και το συμφέρον του αγοραστή για παροχή αποκλειστικότητας[13]. Ειδικότερα:

Εν πρώτοις η αμοιβή αποβλέπει στην αποκατάσταση των εξόδων του δικαιούχου (πωλητή ή του αγοραστή) σε κεφάλαιο και χρόνο σε περίπτωση αποτυχίας της συγκέντρωσης (*Kostenerstattung, cost protection in the event of deal failure*)[14]. Στην περίπτωση αυτή το συνομολογηθέν ποσό λειτουργεί ως κατ' αποκοπή αποζημίωση. Από τη σκοπιά του πωλητή, όταν ματαιωθεί η συναλλαγή, οι δαπάνες, στις οποίες αυτός υποβλήθηκε, δεν αποκαθίστανται διαμέσου του τιμήματος της πώλησης. Δεν αποκλείεται κατά τον υπολογισμό της αποζημίωσης να ληφθούν υπόψη και οι αναληφθέντες κίνδυνοι. Κατά κανόνα πάντως οι *Deal – Protection* συμφωνίες αποσκοπούν στην προστασία των οικονομικών συμφερόντων του αγοραστή. Ο υποψήφιος αγοραστής είναι εκείνος που επωμίζεται σημαντικά έξοδα στο πλαίσιο διενέργειας του νομικού και οικονομικού ελέγχου της υπό εξαγορά εταιρίας, της αποτίμησης της αξίας αυτής[15], της εξασφάλισης της απαιτούμενης χρηματοδότησης[16] και εν πολλοίς της προετοιμασίας της εξαγοράς. Έμμεσα επωφελείται και η υπό εξαγορά εταιρία από τέτοιες συμφωνίες αφού μόνο με την προϋπόθεση της εξασφάλισης εύλογης αποζημίωσης του υποψήφιου αγοραστή, σε περίπτωση αποτυχίας της εξαγοράς, εκδηλώνεται και ενδιαφέρον για την εξαγορά. Εναλλακτικά, ιδίως όταν η υπό εξαγορά εταιρία στερείται ρευστότητας και αδυνατεί να καταβάλει το *break-up fee*, μπορεί να συμφωνηθεί η παραχώρηση δικαιώματος προαίρεσης σε απόκτηση μετοχών (*stock lock-up*) ή σημαντικών περιουσιακών στοιχείων της υπό εξαγορά εταιρίας (*asset lock-up*)[17].

Η δεύτερη λειτουργία συνίσταται στην προστασία του επιχειρηματικού συμφέροντος σε επιτυχή ολοκλήρωση της συγκέντρωσης (*Erfolgsinteresse*). Στην περίπτωση αυτή η συνομολόγηση του *break-up fee* παρέχει στα μέρη κίνητρο να συμπράξουν στην ολοκλήρωση της εξαγοράς ή της συγχώνευσης[18]. Το *break-up fee* συνομολο-

12 Βλ. *Hilgard*, BB 2008, 286 (287), *Fleischer*, AG 2009, 345 (346).
13 Πρβλ. *Tannò*, ό.π. σελ.40 επ.
14 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625.
15 Βλ. σχετικά *Μικρουλέα*, Ζητήματα αποτίμησης της επιχείρησης, σε Εξαγορά Επιχειρήσεων, 10ο Πανελλήνιο Συνέδριο Ελλήνων Εμπορικολόγων, 2001, σελ. 525 επ.
16 Για τα σχετικά ζητήματα βλ. *Σωτηρόπουλο*, Νομικά ζητήματα της τραπεζικής χρηματοδότησης των εξαγορών επιχειρήσεων, σε Εξαγορά Επιχειρήσεων, 10ο Πανελλήνιο Συνέδριο Ελλήνων Εμπορικολόγων, 2001, σελ. 249 επ.
17 Σχετικά με τις stock lock up και asset lock up συμφωνίες βλ. *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1492).
18 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625.

γείται για να αποτρέψει τα μέρη από μία βεβιασμένη διακοπή των διαπραγματεύσεων ή να ασκήσει οικονομική πίεση προς την κατεύθυνση της ολοκλήρωσης της συγκέντρωσης[19]. Εν προκειμένω το *break-up fee* λειτουργεί ως μέσο προστασίας της συναλλαγής (*deal protection device, Instrument der Transaktionssicherung*)[20], καθιστώντας ακριβή την υπαναχώρηση από τη σύμβαση. Τέτοια λειτουργία επιτελεί η αμοιβή ιδίως όταν οι συμμετέχουσες εταιρίες συνομολογούν το *break-up fee*[21] στη βάση της αμοιβαιότητας με την έννοια ότι δικαιούχος του ποσού μπορεί να είναι οποιαδήποτε από τις δύο (*reciprocal break-up fees*)[22]. Συνιστάται σε περίπτωση συνομολόγησης ενός αμοιβαίου *break-up fee* να αποτυπώνεται με σαφήνεια στη σύμβαση το *trigger event*, ώστε να αποφευχθεί το ίδιο μέρος να επέχει συγχρόνως θέση οφειλέτη και δανειστή[23].

Τέλος, η αμοιβή μπορεί να συμφωνηθεί ως αντάλλαγμα για την «αποκλειστικότητα» που παραχωρεί ο πωλητής στον αγοραστή (*Exklusivität*). Ο πωλητής αναλαμβάνει την υποχρέωση να διαπραγματεύεται για ορισμένο χρονικό διάστημα αποκλειστικά με τον αγοραστή και σε περίπτωση παραβίασης αυτής της υποχρέωσης αποκλειστικότητας υποχρεούται σε καταβολή του *break-up fee*. Με τον τρόπο αυτό ο αγοραστής εξασφαλίζει το πλεονέκτημα να μην μπορεί να απειληθεί από μία καλύτερη ανταγωνιστική προσφορά[24]. Πάντως στην περίπτωση αυτή το οφειλόμενο ποσό χαρακτηρίζεται ως *break-up fee* μόνο όταν καθίσταται απαιτητό λόγω της αποτυχίας των διαπραγματεύσεων και όχι απλά λόγω της παραβίασης της υποχρέωσης αποκλειστικότητας.

III. Η νομική φύση

Από τη λειτουργία που επιτελεί η συνομολόγηση του *break-up fee* και τη συμβατική διαμόρφωση της σχετικής ρήτρας, εξαρτάται και η νομική φύση αυτού. Ειδικότερα:

Α. Κατ' αποκοπή αποζημίωση

Το *break-up fee* μπορεί να συνιστά κατ' αποκοπή αποζημίωση (*Schadensersatzpauschale, liquidated damages*). Το ελληνικό δίκαιο της αποζημίωσης δεν αποκλείει τη δυνατότητα οι συμβαλλόμενοι να συμφωνήσουν ως καταβλητέα αποζημίωση ένα

19 *Hilgard*, BB 2008, 286 (287).
20 *Fleischer*, AG 2009, 345 (346).
21 *Hilgard*, BB 2008, 286 (287).
22 Πρβλ. *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (626).
23 *Hilgard*, BB 2008, 286 (287).
24 *Hilgard*, BB 2008, 286 (287).

ορισμένο ποσό: κατ' αποκοπή αποζημίωση[25]. Η συμφωνία αυτή θα έχει την έννοια του εκ των προτέρων καθορισμού της οφειλόμενης αποζημίωσης για την περίπτωση της συμβατικής παραβίασης. Διαφέρει από την ποινική ρήτρα (ΑΚ 404) που συνομολογείται *in terrorem*, δηλαδή προς εξαναγκασμό του οφειλέτη για την εκτέλεση της σύμβασης[26]. Η ποινική ρήτρα (ΑΚ 404-409) αποτελεί υπόσχεση του οφειλέτη της κύριας παροχής στο δανειστή, ότι θα του καταβάλει ορισμένη παροχή για την περίπτωση που δεν εκπληρώσει ή δεν εκπληρώσει προσηκόντως την κύρια παροχή. Σκοπός της ποινικής ρήτρας είναι ο εξαναγκασμός του οφειλέτη σε εκπλήρωση της κύριας παροχής, ανεξάρτητα από τη ζημία του δανειστή. Η κατ' αποκοπή αποζημίωση αποσυνδέεται από την προληπτική-κυρωτική λειτουργία. Έχει σκοπό αποκαταστατικό, δηλαδή αποζημιωτικό. Σε αντίθεση με την ποινική ρήτρα δεν αποβλέπει στον εξαναγκασμό του οφειλέτη σε εκπλήρωση της παροχής. Στην κατ' αποκοπή αποζημίωση δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις για την ποινική ρήτρα[27]. Με την κατ' αποκοπή αποζημίωση επιδιώκεται η δικονομική διευκόλυνση του δανειστή στην απόδειξη της ζημίας και την έκταση της ζημίας την οποία όμως οπωσδήποτε προϋποθέτει[28]. Για τη μείωση της κατ' αποκοπή αποζημίωσης δεν εφαρμόζεται η ΑΚ 409 αλλά οι γενικές διατάξεις[29].

Ο χαρακτηρισμός του *break-up fee* ως κατ' αποκοπή αποζημίωσης προϋποθέτει ότι το πραγματικό που ενεργοποιεί το *break-up fee* δηλαδή το *trigger event*, γεννά, συγχρόνως, και αποζημιωτική ευθύνη του υπόχρεου σε καταβολή. Τέτοιος νόμιμος λόγος αποζημιωτικής ευθύνης είναι λ.χ. η χωρίς σπουδαίο λόγο διακοπή των διαπραγματεύσεων ή η παραβίαση ορισμένης συμβατικής υποχρέωσης συμπεριφοράς. Αντίθετα, η υποχρέωση καταβολής αποζημίωσης σε περίπτωση αποτυχίας της συναλλαγής, χωρίς να συνδέεται με ορισμένη συμπεριφορά της υπό εξαγορά εταιρίας, που γεννά αποζημιωτική ευθύνη, συνιστά αυτόνομη εγγυοδοτική σύμβαση (*selbständiges Garantieversprechen*)[30].

Β. Αυτοτελής (μη γνήσια) ποινική ρήτρα

Η ποινή χαρακτηρίζεται ως γνήσια ποινική ρήτρα, όταν τα μέρη έχουν αναλάβει την υποχρέωση να εκπληρώσουν την κύρια παροχή[31]. Μη γνήσια ποινική

25 *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, § 23 αριθ.4, *Λιακόπουλος*, Σχέδιο ομοιόμορφων κανόνων της UNCITRAL για την κατ' αποκοπή αποζημίωση και την ποινική ρήτρα, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου Ι, 1985, σελ.23 επ., *του ιδίου*, Η επιστολή προθέσεων (Letter of Intent), Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου ΙΙ, 1997, σελ.26 επ..

26 *Λιακόπουλος*, ό.π., Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου ΙΙ, σελ.26.

27 *Λιακόπουλος*, ό.π., Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου Ι, σελ. 23.

28 *Λιακόπουλος*, ό.π., Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου Ι, σελ.24.

29 ΑΚ 179, 179, 281, 288, *Λιακόπουλος*, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου Ι, σελ.24.

30 Έτσι *Fleischer*, AG 2009, 345 (347). Στην εγγυοδοτική σύμβαση που ρυθμίζεται από τους όρους της σύμβασης κατά το άρθ.361 ΑΚ, σε αντίθεση με την εγγύηση, η ευθύνη του οφειλέτη είναι κύρια (και όχι παρεπόμενη), βλ. ΑΠ 353/2015 ΔΕΕ 2015, 879.

31 *Γεωργιάδης*, Γενικό Ενοχικό, 1999, § 20 αριθ.4.

ρήτρα αποτελεί μία συμφωνία ιδίως όταν δεν επιδιώκει την αποκατάσταση της ζημίας και των πραγματικών εξόδων των μερών, αλλά την επιβολή ιδιωτικής ποινής (κύρωσης) εις βάρος του μέρους που δεν συνέπραξε χωρίς σπουδαίο λόγο στην ολοκλήρωση της συναλλαγής. Η μη γνήσια ποινική ρήτρα, σε αντίθεση με τη ρυθμισμένη στον ΑΚ γνήσια (ΑΚ 404), παρουσιάζει αυτοτέλεια, χωρίς να αποβλέπει στην ενίσχυση της κύριας ενοχής. Η κατάπτωσή της δεν εξαρτάται από πράξη ή παράλειψη η οποία αποτελεί περιεχόμενο άλλης ανειλημμένης συμβατικής υποχρέωσης[32]. Έχει συνομολογηθεί από τα μέρη μία μόνο συμφωνία στο πλαίσιο της οποίας ο υποσχόμενος αναλαμβάνει την υποχρέωση να καταβάλει στον αντισυμβαλλόμενό του χρήματα ή κάποια άλλη παροχή, υπό την αίρεση μιας πράξης ή παράλειψής του. Η τέλεση όμως της ως άνω πράξης ή παράλειψης δεν αποτελεί περιεχόμενο υποχρέωσης ανειλημμένης με άλλη, κύρια, σύμβαση[33]. Η αναλογική εφαρμογή των ΑΚ 405 παρ.1 (περί κατάπτωσης της ποινής λόγω υπαιτιότητας του οφειλέτη της, χωρίς όμως να αποκλείεται αντίθετη συμφωνία των μερών), 408 (σύμφωνα με την οποία η ακυρότητα της κύριας παροχής, εν προκειμένω η ακυρότητα της οφειλόμενης πράξης ή παράλειψης που αποτελεί αντικείμενο της συμφωνίας περί ποινής, συνεπιφέρει την ακυρότητα της ποινικής ρήτρας ακόμη και αν τα μέρη τη γνώριζαν) και 409 (περί μείωσης της δυσανάλογα μεγάλης ποινής στο προσήκον μέτρο), κρίνεται κατά περίπτωση και στο μέτρο που οι διατάξεις αυτές εναρμονίζονται προς τον αυτοτελή χαρακτήρα της μη γνήσιας ποινής[34]. Η μη γνήσια (αυτοτελής) ποινική ρήτρα δεν απαιτείται να περιβληθεί τον τύπο της κύριας σύμβασης, διότι δεν έχει παρεπόμενο σε σχέση με την κύρια σύμβαση χαρακτήρα[35].

Στην περίπτωση της *break-up-fee* συμφωνίας στο πλαίσιο εξαγοράς με δημόσια πρόταση ή συγχώνευση, ο χαρακτηρισμός του *break-up fee* ως γνήσιας ποινικής ρήτρας αποκλείεται[36]. Και τούτο διότι μέχρι την έγκριση του σχεδίου σύμβασης συγχώνευσης από τις γενικές συνελεύσεις των συμμετεχουσών στη συγχώνευση εταιριών (άρθ.72 παρ.1 κ.ν.2190/1920) ή την αποδοχή της δημόσιας πρότασης από τους με-

32 *Γεωργιάδης*, Γενικό Ενοχικό, 1999, § 20 αριθ.5, *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, § 23 αριθ.14, *Σόντης*, σε ΕρμΑΚ άρθρο 404 αριθ.18, *Ταμπάκης*, σε ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, ΙΙ Γενικό Ενοχικό, 1979, άρθρο 404, αριθ.11.

33 *Σόντης*, σε ΕρμΑΚ άρθρο 404 αριθ.18 επ..

34 *Γεωργιάδης*, Γενικό Ενοχικό, 1999, § 20 αριθ.6, *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, § 23 αριθ.14, *Κοντογιάννη*, ΔΕΕ 1999, 627.

35 *Μπαλής*, Ενοχικόν Δίκαιον, Γενικό Μέρος, 3η έκδ., 1969, § 100 αριθ.8, ΑΠ 1433/1998 ΔΕΕ 1999, 507 με σημ. *Κοντογιάννη* ΔΕΕ 1999, 627 με περαιτέρω παραπομπές. Στην εν λόγω απόφαση ο ΑΠ απεφάνθη ότι «*ο όρος στην έγγραφη προκήρυξη του πλειοδοτικού διαγωνισμού για την πώληση του καταστήματος της αναιρεσείουσας (εναγομένης), στον οποίο συμμετέσχε η αναιρεσίβλητη (ενάγουσα) "σε περίπτωση που η αγοραπωλησία δεν πραγματοποιηθεί από παράλειψη ή υπαιτιότητα του καταθέτη της εγγυήσεως, το ποσό αυτό θα καταπέσει υπέρ της…"…δεν ασφαλίζει την εκπλήρωση κυρίας ενοχικής υποχρέωσης… αλλά προδήλως αναφέρεται στην κάλυψη της ζημίας από τη ματαίωση της πωλήσεως με κατάπτωση του ποσού της εγγυήσεως*» και συνεπώς δεν απαιτείται να περιβληθεί το συμβολαιογραφικό τύπο της κυρίας σύμβασης (πώλησης ακινήτου με πλειστηριασμό) κατ' άρθρο 369 ΑΚ.

36 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 626, Hilgard, BB 2008, 288.

τόχους της υπό εξαγορά εταιρίας (άρθ.18 ν.3461/2006), το διοικητικό συμβούλιο της υπό εξαγορά εταιρίας δεν μπορεί έγκυρα να αναλάβει σχετική συμβατική υποχρέωση[37]. Επιβεβαιωτικό είναι το γεγονός ότι οι *break-up-fee* συμφωνίες, στη διεθνή πρακτική, απαντώνται σε επιστολές προθέσεων (*Letter of Intent, Memorandum of Understanding, Term Sheet*[38]) ή σε ενοχικές συμφωνίες που συνομολογούνται στο στάδιο διαπραγμάτευσης της συγχώνευσης, γνωστές ως *Business Combination Agreements*[39]. Οι συμφωνίες αυτές δεν θεμελιώνουν υποχρέωση των μερών σε σύναψη της κύριας σύμβασης[40].

Γ. Επιτίμιο μεταμέλειας;

Εξεταστέο είναι αν η υποχρέωση καταβολής ενός ποσού σε περίπτωση μη ολοκλήρωσης της συγκέντρωσης μπορεί να χαρακτηρισθεί ως επιτίμιο μεταμέλειας, ποινή δηλαδή που οφείλει να καταβάλει η μία εταιρία στην άλλη σε περίπτωση ασκήσεως συμβατικής υπαναχώρησης (ΑΚ 398). Σε μία τέτοια συμφωνία ο οφειλέτης έχει δικαίωμα να «μετανιώσει» για τη σύναψη της συμφωνίας, οπότε όμως θα υποστεί την «κύρωση» της καταβολής της «ποινής»[41]. Το επιτίμιο μεταμέλειας του άρθρου 398 ΑΚ διαφέρει από την ποινική ρήτρα που προβλέπεται στην ΑΚ 404. Η τελευταία συμφωνείται για την περίπτωση που ο οφειλέτης δεν εκπληρώσει προσηκόντως την παροχή. Επί καταπτώσεως της ποινικής ρήτρας ο οφειλέτης έχει υποχρέωση καταβολής στο δανειστή της συμφωνημένης ποινής και εκπληρώσεως της παροχής (άρθρο 407 ΑΚ). Η ποινική ρήτρα περιφρουρεί την εκπλήρωση της σύμβασης και ενισχύει την υποχρέωση προς εκπλήρωση αυτής. Αντίθετα, το επιτίμιο μεταμέλειας διευκολύνει τη διάλυση της σύμβασης, δηλαδή εξασθενίζει αυτή, αφού παρέχει δικαίωμα στο συμβληθέντα να υπαναχωρήσει έναντι επιτιμίου[42]. Δεδομένου ότι ο σκοπός του *break-up fee* συνίσταται στην ενίσχυση της ολοκλήρωσης της συναλλαγής και όχι τη ματαίωση αυτής, ο χαρακτηρισμός αυτού ως επιτίμιου μεταμέλειας πρέπει να αποκλεισθεί.

---

37 Βλ. *Sieger/Hasselbach*, ΒΒ 2000, 626, *Fleischer*, AG 2009, 345 (347).

38 Σχετικά με την επιστολή προθέσεων βλ. ενδεικτικά *Σταθόπουλο*, Επιστολή προθέσεων, μνημόνιο κατανόησης, προσύμφωνο, σε: Μελέτες ΙΙ, 2010, σελ. 233 επ. με περαιτέρω παραπομπές, π.χ. *Απ. Γεωργιάδη/Λιακόπουλο*. Η επιστολή προθέσεων, ΝοΒ 1993, 209 επ.· *Κρητικό*, Το προσύμφωνον, 1980, σελ. 144 επ.· *Λιάππη*, Η διαμόρφωση των συμβάσεων, 2003, σελ. 133 επ.

39 Το Letter of Intent χρησιμοποιείται στις δημόσιες προτάσεις, ενώ οι Business Combination Agreements σε συμφωνίες σχετικές με συγχωνεύσεις. Τεχνικά και στις δύο συμφωνίες τα μέρη εκδηλώνουν την πρόθεσή τους να συνάψουν την οριστική σύμβαση υπό ορισμένες προϋποθέσεις χωρίς όμως να αναλαμβάνουν δέσμευση σε σύναψη της κύριας σύμβασης, βλ. *Ταννὸ*, ό.π. σελ.27.

40 *Hilgard*, ΒΒ 2008, 288.

41 *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, § 23 αριθ.7.

42 ΑΠ 1339/2011, Δνη 2011, 1432 = ΧρΙΔ 2012, 500, *Γαζής*, σε ΕρμΑΚ άρθρ.398 αριθ.2, *Γεωργιάδης*, Γενικό Ενοχικό, 1999, § 20 αριθ.33, *Ταμπάκης*, σε ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου άρθρο 404 αριθ.12.

Δ. Ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις (ΑΚ 197, 198)

Η συμφωνία *break-up fee* πιστοποιεί την πρόθεση των μερών να διαπραγματευθούν και να συμπράξουν προς την κατεύθυνση ολοκλήρωσης της εξαγοράς ή της συγχώνευσης. Δεν αποδεικνύει και δικαιοπρακτική δέσμευσή τους. Από τις ΑΚ 361 και 195 προκύπτει, ως ερμηνευτική αρχή, ότι δεν έχει καταρτιστεί σύμβαση, όταν τα μέρη δεν συμφώνησαν σε όλα τα σημεία της (ακόμη και επουσιώδη), ή όταν η συμφωνία δεν είναι ορισμένη ή οριστική κατά τις ΑΚ 371-373, ή όταν τα μέρη διατυπώνουν τη θέλησή τους για συνέχιση των διαπραγματεύσεων.

Η σύμβαση διαπραγμάτευσης[43] δεν είναι προσύμφωνο διότι δεν υποχρεώνει σε σύναψη της κύριας σύμβασης (ΑΚ 166)[44]. Τέτοιες συμφωνίες διαπραγμάτευσης μπορούν να αποτελέσουν βάση για ευθύνη των μερών κατά τις ΑΚ 197 και 198[45]. Ευθύνη προς αποζημίωση κατά τις ΑΚ 197 και 198 γεννάται μόνο όταν η διακοπή των διαπραγματεύσεων έγινε χωρίς σπουδαίο λόγο και αφού έχει δημιουργηθεί στο άλλο μέρος η πεποίθηση ότι θα συναφθεί η σύμβαση[46]. Μέχρι τη σύναψη της οριστικής σύμβασης τα μέρη παραμένουν ελεύθερα να απόσχουν από αυτήν, ακόμη και αν το άλλο μέρος έχει υποβληθεί σε δαπάνες[47]. Η διακοπή των διαπραγματεύσεων είναι δυνατή οποτεδήποτε. Τα μέρη φέρουν τον κίνδυνο των εξόδων που πραγματοποιούνται με την προσδοκία της σύναψης της σύμβασης. Η ευθύνη από διαπραγματεύσεις συνίσταται στην αποκατάσταση του διαφέροντος εμπιστοσύνης (αρνητικού διαφέροντος) το οποίο μπορεί να μην καλύπτει όλα τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν τα μέρη κατά το στάδιο της διαπραγμάτευσης[48].

Ε. Προσύμφωνο;

Από την κύρια σύμβαση διακρίνεται το προσύμφωνο (ΑΚ 166), δηλαδή η σύμβαση με την οποία τα μέρη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να καταρτίσουν άλλη, οριστική πλέον, σύμβαση που είναι και η οφειλόμενη παροχή. Το προσύμφωνο προϋποθέτει αφενός συμφωνία και αφετέρου περιεχόμενο της συμφωνίας ορισμένο ή τουλάχιστον οριστό, ώστε να είναι δυνατός ο δικαστικός εξαναγκασμός (ΚΠολΔ 949). Η νομική δέσμευση από το προσύμφωνο είναι πλή-

43 *Γεωργακόπουλος*, Η σύγχρονη πρακτική του εμπορικού δικαίου, 1992, σελ.306 επ.

44 *Γεωργακόπουλος*, Η σύγχρονη πρακτική του εμπορικού δικαίου, 1992, σελ.306-307. Ο *Γεωργακόπουλος* εντοπίζει δύο διαφορές μεταξύ της σύμβασης διαπραγμάτευσης και του προσυμφώνου: πρώτον η σύμβαση διαπραγμάτευσης παραβιάζεται με την άρνηση, παραμέληση ή καθυστέρηση των διαπραγματεύσεων όταν αυτές είναι αντίθετες προς το περιεχόμενο της σύμβασης, την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. Δεύτερον, η ζημία στην πρώτη περίπτωση είναι ζημία από τη «ματαία απασχόληση σε διαπραγματεύσεις» και όχι ζημία από τη μη σύναψη της κύριας σύμβασης.

45 *Λιακόπουλος*, Γενικό Εμπορικό Δίκαιο, γ΄ έκδοση, 1998, σελ.35.

46 *Λέκκας*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 2010, 197-198 αριθ.18.

47 BGH NJW 1996, 1885.

48 *Λέκκας*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 2010, 197-198 αριθ.37.

ρης[49]. Σε αντίθεση με την ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις, η οφειλόμενη αποζημίωση από την παραβίαση του προσυμφώνου καλύπτει το θετικό διαφέρον (διαφέρον εκπληρώσεως).

Δοθέντος του ότι οι συμφωνίες *break-up fee*, κατά κανόνα, περιλαμβάνονται σε επιστολές προθέσεων ή συμβάσεις διαπραγμάτευσης, οι οποίες δεν συνιστούν δεσμευτικά προσύμφωνα μεταξύ των μερών[50], η συμφωνία δυσχερώς μπορεί να χαρακτηρισθεί ως προσύμφωνο.

IV. Ο τύπος

Στο γερμανικό δίκαιο έχει νομολογηθεί, ότι η *break-up-fee* συμφωνία σε περίπτωση μη πραγματοποίησης της συγχώνευσης, υπόκειται στο συμβολαιογραφικό τύπο που προβλέπουν οι παρ. 6 και 13 του γερμανικού νόμου περί μετατροπών (UmWG) για τη σύμβαση συγχώνευσης, όταν το *break-up fee* ασκεί πίεση στους μετόχους, ώστε να εγκρίνουν τη συγχώνευση[51]. Επειδή η τήρηση του τύπου στις συγχωνεύσεις επιτελεί λειτουργία προειδοποίησης και προστασίας των συναλλασσομένων, το αν υπόκειται στο συμβολαιογραφικό τύπο και οι παρεπόμενες της συγχώνευσης συμφωνίες κρίνεται με βάση τα ισχύοντα για τις παρεπόμενες συμφωνίες σχετικές με εμπράγματες συμβάσεις ακινήτων που περιβάλλονται, επίσης, το συμβολαιογραφικό τύπο κατά την § 311b γερμΑΚ (πρβλ. ΑΚ 369)[52]. Η παραπάνω προσέγγιση δεν αρμόζει σε συμβάσεις διαπραγμάτευσης σχετικές με δομικές εταιρικές μεταβολές. Η επιβολή συμβολαιογραφικού τύπου στις εμπράγματες συμβάσεις επί ακινήτων αποσκοπεί αφενός μεν στην προστασία των συμβαλλομένων από βιαστικές αποφάσεις και αφετέρου στην ασφάλεια των συναλλαγών σχετικά με τα εμπράγματα δικαιώματα επί των ακινήτων[53]. Οι λόγοι αυτοί ουδόλως συντρέχουν στην περίπτωση της συνομολόγησης ενός *break-up fee*[54]. Υποστηρίζεται ότι εγγύτερα στη φύση των εν λόγω συμφωνιών

49 Βλ. *Βρέλλη*, σε ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, Ι Γενικαί Αρχαί, 1978, άρθρον 166, αριθ.6, *Κρητικό*, Το προσύμφωνον, 1980, *Ποδηματά*, Η καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως, 1989.

50 Βλ. *Γεωργακόπουλο*, Συμβάσεις, Α. Εμπορευματικές, 1989, σελ.22 («*έχει το περιεχόμενο ότι τα μέρη ορισμένης διαπραγμάτευσης βεβαιούν, δηλαδή αποδεικνύουν με το έγγραφο αυτό, την πρόθεσή τους να ενεργήσουν ορισμένη διαπραγμάτευση και να αναλάβουν την ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις αυτές όπως ορίζει ο νόμος*», *Λιακόπουλο*, ΕΕμπΔ 1989, σελ.590 («*πιστοποιεί σημεία των διαπραγματεύσεων και δεν έχει κατ' αρχήν – διότι είναι ζήτημα ερμηνείας – συμβατική ισχύ*»).

51 Βλ. LG Padeborn NZG 2000, 899 και κριτικά *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1497), *Hilgard*, BB 2008, 286 (289). Το LG Paderborn εφάρμοσε σε προσύμφωνο, συναφθέν μεταξύ δύο ε.π.ε. και όλων των εταίρων τους, με το οποίο είχε αναληφθεί συμβατικά η υποχρέωση για λήψη απόφασης συγχώνευσης, την § 344 γερμΑΚ (ΑΚ 408) σε συνδυασμό με την § 125 γερμΑΚ (ΑΚ 158) και έκρινε ότι πρέπει να περιβληθεί το συμβολαιογραφικό τύπο. Και τούτο διότι το *trigger event* (συγχώνευση) υποβάλλεται σε συμβολαιογραφικό τύπο. Τον ίδιο τύπο πρέπει να περιβληθεί η συμφωνία για το *break-up fee* σε περίπτωση μη επέλευσης του *trigger event* (συγχώνευσης)

52 Μόνο μη αυτοτελείς παρεπόμενες συμφωνίες και εφόσον κρίνονται «ουσιώδεις» υπόκεινται στον τύπο της ΑΚ 369, βλ. *Ζερβογιάννη*, σε Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ, 2010, άρθρο 369 αριθ.20.

53 *Ταμπάκης*, σε ΑΚ Γεωργιάδη Σταθόπουλου, άρθρο 369 αριθ.2.

54 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (627).

και το σκοπό που αυτές υπηρετούν, ευρίσκεται η έκταση της υποχρέωσης τήρησης του συμβολαιογραφικού τύπου επί συμβάσεων παρεπόμενων της υποχρέωσης μεταβίβασης εταιρικών μεριδίων ε.π.ε., η οποία υπόκειται σε συμβολαιογραφικό τύπο κατά την § 15 του γερμανικού νόμου περί ε.π.ε. (GmbHG)[55]. Στην περίπτωση αυτή οι συμφωνίες που ασκούν έμμεση (αμιγώς οικονομική) μόνο πίεση για τη μεταβίβαση των εταιρικών μεριδίων δεν αρκούν[56]. Μόνο όταν η συμφωνία *break-up fee* και η μεταγενέστερη συναλλαγή (εξαγορά) συνιστούν κατ' εξαίρεση μία ενιαία συμφωνία, μπορεί να επεκταθεί η υποχρέωση τήρησης τύπου και στη συμφωνία για το *break-up fee*[57]. Όταν συνάπτονται χωριστές συμβάσεις, τεκμαίρεται η νομική αυτοτέλεια. Το τεκμήριο μπορεί να ανατραπεί μόνο όταν από το ίδιο το κείμενο της συμφωνίας προκύπτει στενή σχέση με την κύρια σύμβαση[58]. Υπό άλλη εκδοχή η τήρηση του συμβολαιογραφικού τύπου για τη μεταβίβαση εταιρικών μεριδίων αποσκοπεί στον περιορισμό της εμπορευσιμότητας των συμμετοχών στην ε.π.ε. Επειδή η συμφωνία για την καταβολή ενός *break-up fee* δεν αντίκειται στον ως άνω προστατευτικό σκοπό, δεν χρήζει της περιβολής του αντίστοιχου τύπου[59].

Κατά τη γνώμη μας το αν η συμφωνία *break-up-fee* υπόκειται σε ορισμένο τύπο θα κριθεί με βάση τη νομική φύση αυτής. Εφόσον, σύμφωνα με τα παραπάνω (υπό III) η συμφωνία *break-up fee* αποτελεί κατ' αποκοπή αποζημίωση ή αυτοτελή ποινική ρήτρα, δεν υπόκειται στον τύπο που ισχύει για την κύρια σύμβαση λ.χ. συμβολαιογραφικό στην περίπτωση της σύμβασης συγχώνευσης κατά το άρθρ.74 παρ.1 κ.ν. 2190/1920)[60]. Μόνο όταν η *break-up-fee* συμφωνία συνιστά προσύμφωνο[61] ή γνήσια ποινική ρήτρα για τη μη σύναψη της κύριας τυπικής σύμβασης, περιβάλλεται τον τύπο της κύριας σύμβασης.

---

55 Έτσι *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (627). Έχει νομολογηθεί ότι σε συμβολαιογραφικό τύπο υπόκεινται μόνο εκείνες οι παρεπόμενες συμφωνίες οι οποίες είναι «ουσιώδεις» (*wesentlich*) (BGH NJW 1969, 2049, OLG München NJW 1967, 1326 (1328)), ή «αχώριστες» (*untrennbar*) με τη σύμβαση μεταβίβασης (BGH NJW 1983, 1843) ή «τμήμα μίας ενιαίας σύμβασης» (*Teil einer Gesamtvereinbarung*) (BGH NJW 1986, 2642 (2643)). Σύμφωνα με τη θεωρία παρεπόμενες συμφωνίες σχετικές με τη συμβατική υποχρέωση προς μεταβίβαση εταιρικών μεριδίων μόνο τότε υπόκεινται σε τύπο όταν σύμφωνα με τη βούληση των μερών συνιστούν «συστατικό στοιχείο της συμφωνίας για την υποχρέωση μεταβίβασης» (*Fastrich*, σε Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, 2013, § 15 αριθ. 30). Συμβάσεις που *μόνο έμμεσα ή ως αποτέλεσμα του νόμου θεμελιώνουν υποχρέωση μεταβίβασης*, δεν υπόκεινται σε τύπο (*Fastrich*, σε Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage, 2013, § 15 αριθ. 34).

56 Έτσι *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (627 σημ.13).

57 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (628).

58 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (628).

59 *Hilgard*, BB 2008, 286 (289).

60 Έτσι *Beisel*, σε Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 6. Auflage, 2009, 14. Kapitel, II. Zulässigkeit von Deal – Protection Abreden, αριθ. 10 [*Grundsätzlich bedarf eine Break-up Gebühr weder als pauschalierter Schadensersatz noch als Konventionalstrafe einer bestimmten form*], *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (627) [*Break Fee – Vereinbarungen sind als solche nicht formbedürftig. Insbesondere bedürfen sie in der Regel nicht der Form des von den Parteien angestrebten „Hauptgeschäfts"*], *Hilgard*, BB 2008, 286 (289) [*Grundsätzlich bedarf eine Break-up Fee weder als pauschalierter Schadensersatz noch als Konventionalstrafe einer bestimmten Form*], *Austmann/Frost*, ZHR 169 (2005), 451 [*Nach den vorstehenden Ausführungen zu Verbotsvereinbarungen ist auch die Vereinbarung einer Break Fee kein untrennbarer Bestandteil des Verschmelzungsvertrags und deshalb nicht wegen Urkundenzusammenhangs beurkundungsbedürftig*].

61 Πάντως η ΑΚ 166 δεν εφαρμόζεται σε συμβάσεις οι οποίες δεν γεννούν υποχρέωση προς επιχείρηση τυπικής δικαιοπραξίας αλλά απλώς σχετίζονται προς αυτήν, βλ. *Βρέλλη*, σε ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου άρθρο 166 αριθ.5.

V. Νομιμότητα από άποψη εταιρικού δικαίου

Α. Προστασία του εταιρικού συμφέροντος

Το διοικητικό συμβούλιο υποχρεούται να ασκεί τη διοίκηση της εταιρίας με γνώμονα το εταιρικό συμφέρον[62]. Επίσης, ευθύνεται για κάθε πταίσμα κατά τη διαχείριση, εκτός αν τα μέλη αποδείξουν ότι κατέβαλαν την επιμέλεια «συνετού επιχειρηματία» (άρθ.22α παρ.2 εδ.1 του κ.ν.2190/1920). Ενόψει τούτου, όρια στη συνομολόγηση ενός *break-up fee* από το διοικητικό συμβούλιο της υπό εξαγορά εταιρίας τίθενται από το εταιρικό συμφέρον[63]. Το διοικητικό συμβούλιο νομιμοποιείται, χωρίς να διατρέχει κίνδυνο ευθύνης, να υποσχεθεί την καταβολή ενός ποσού στον υποψήφιο αγοραστή, όταν η εξαγορά συνεπάγεται πλεονεκτήματα για την εταιρία, όπως την εξοικονόμηση κόστους λόγω της δημιουργίας οικονομιών κλίμακας ή συνεργειών, την πρόσβαση σε οικονομικά μέσα ενός επενδυτή, τη διεύρυνση των προϊόντων ή της πελατείας, την είσοδο σε νέες αγορές[64]. Ακόμη όμως και αν η συμφωνία αντίκειται στο εταιρικό συμφέρον ή το διοικητικό συμβούλιο παραβιάζει το μέτρο ευθύνης, ναι μεν υπέχει υποχρέωση αποζημίωσης της εταιρίας, το κύρος όμως της ρήτρας στην εξωτερική σχέση δεν θίγεται[65]. Και τούτο λόγω της απεριόριστης και μη περιορίσιμης εκπροσωπευτικής εξουσίας του διοικητικού συμβουλίου (άρθ.22 παρ.1 εδ.2 κ.ν.2190/1920)[66].

Β. Κανόνες κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ γενικής συνέλευσης και διοικητικού συμβουλίου

Αμφισβητείται αν οι *break-up-fee* συμφωνίες που συνομολογούνται από το διοικητικό συμβούλιο της εταιρίας, εναρμονίζονται προς τους κανόνες σχετικά με την κατανομή των αρμοδιοτήτων μεταξύ γενικής συνέλευσης και διοικητικού συμβουλίου κατά το δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας. Σύμφωνα με τη διδασκαλία για τις «άγραφες αρμοδιότητες» της γενικής συνέλευσης[67] το διοικητικό συμβούλιο είναι υποχρεωμένο να θέσει στην έγκριση της γενικής συνέλευσης εκείνα τα μέτρα, τα οποία επιφέρουν σοβαρή επέμβαση στα δικαιώματα και τα συμφέροντα των μετόχων.

---

62 Για την έννοια του εταιρικού συμφέροντος, βλ. ενδεικτικά *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, 7η ενημερωμένη έκδοση, 2012, σελ.191 επ..

63 Έτσι *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1490 επ.), *Drygala*, WM 2004, 1457 (1460 επ.), *Hopt*, Übernahmen, Geheimhaltung und Interessenkonflikte: Probleme für Vorstände, Ausichtsräte und Banken, ZGR 2002, 333 (361 επ.), *Fleischer*, AG 345 (350).

64 *Fleischer*, AG 345 (350).

65 *Fleischer*, AG 345 (351).

66 Βλ. σχετικά *Ν. Τέλλη*, Περιορισμοί της εξουσίας του διοικητικού συμβουλίου ανώνυμης εταιρείας: αντιτάξιμοι έναντι κακόπιστων τρίτων. Συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 22 § 2 ΚΝ 2190/1920, Τιμητικός Τόμος Ν. Ρόκα, 2012, σελ.1047 επ.

67 Για τις «άγραφες αρμοδιότητες της γενικής συνέλευσης» με βάση τη νομολογία Holzmüller / Gelatine βλ. αναλυτικά *Αθανασίου*, Μέτοχοι και εταιρική εποπτεία, 2010, σελ. 120 επ., *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, 7η έκδ., σελ. 254, 255, 328.

Στη δημόσια πρόταση η μεταβίβαση των μετοχών εναπόκειται στην απόφαση των μετόχων ως ιδιοκτητών αυτών. Για την ισχύ του σχεδίου της σύμβασης συγχώνευσης απαιτείται η έγκρισή του από τις γενικές συνελεύσεις (άρθ.72 παρ.1 κ.ν.2190/20). Από την άλλη πλευρά ο νόμος επιτρέπει στο διοικητικό συμβούλιο να λάβει ορισμένα προπαρασκευαστικά μέτρα και να δραστηριοποιηθεί στο στάδιο πριν από τη λήψη της οριστικής απόφασης από τους μετόχους. Το σχέδιο σύμβασης συγχώνευσης καταρτίζεται από τα διοικητικά συμβούλια των εταιριών που συμμετέχουν στη συγχώνευση (άρθ. 69 παρ.1 κ.ν. 2190/20). Στις δημόσιες προτάσεις το διοικητικό συμβούλιο της υπό εξαγορά εταιρίας υποχρεούται να εκφράσει αιτιολογημένη γνώμη σχετικά με τη δημόσια πρόταση (ανταγωνιστική ή αναθεωρητική) (άρθ. 15 παρ.1 ν.3461/2006). Επομένως, μέτρα του διοικητικού συμβουλίου, που αποτελούν προσωρινές μόνο αποφάσεις και υπό την προϋπόθεση ότι η οριστική απόφαση σχετικά με την αποδοχή της δημόσιας πρότασης ή την έγκριση της συγχώνευσης καταλείπεται στην ελεύθερη απόφαση των μετόχων, δεν αντιμάχονται τους κανόνες κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ διοικητικού συμβουλίου και γενικής συνέλευσης. Το αν η συμφωνία αποτελεί μόνο κίνητρο για τους μετόχους, χωρίς να περιορίζεται η λήψη ελεύθερης απόφασης από τους μετόχους, εξαρτάται από τη βαρύτητα των συνεπειών που επιφέρει το *trigger event* για την εταιρία και ιδίως το ύψος του καταβλητέου *break-up fee*, το είδος του *trigger event,* που καθιστά απαιτητό το *break-up fee,* και τη διάρκεια της συμφωνίας[68]. Αν η συμφωνία έχει διαμορφωθεί με τέτοιο τρόπο, ώστε η απόρριψη της συναλλαγής να παρίσταται πραγματικά ως εναλλακτική δυνατότητα για τους μετόχους, η συμφωνία δεν εγείρει αντιρρήσεις από απόψεως εταιρικού δικαίου. Και εδώ πάντως η παράλειψη του διοικητικού συμβουλίου να θέσει στην έγκριση της γενικής συνέλευσης τη συμφωνία, δεν θίγει το κύρος της ρήτρας στις εξωτερικές σχέσεις λόγω της απεριόριστης και μη περιορίσιμης εξουσίας του διοικητικού συμβουλίου[69].

Ενόψει των παραπάνω, αποφασιστικό αποβαίνει το ύψος του *break-up fee*. Δεν αποκλείεται ο συμβατικός προσδιορισμός του *break-up fee* σε ύψος υψηλότερο από τα καθαρά έξοδα που επωμίσθηκαν τα μέρη[70]. Στην ευρωπαϊκή πρακτική τα *break-up fees* κυμαίνονται μεταξύ 0,5% και 0,9%[71] ή 2%[72] επί του τιμήματος πώλησης που προσφέρεται στην υπό εξαγορά εταιρία, ενώ στις συγχωνεύσεις επιλέγονται μικρότερα ποσοστά[73]. Στην αμερικανική πρακτική απαντώνται σαφώς υψηλότερα ποσοστά (2%-5%)[74]. Σε μία μάλιστα περίπτωση κρίθηκε επιτρεπτό ακόμη και *break-up*

68 *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1491).
69 Βλ. *Fleischer*, AG 2009, 345 (351).
70 *Banerjea*, DB 2003, 1489, 1491, *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625, 626. Contra *Hopt*, ZGR 2002, 333 (362/3).
71 *Austmann/Frost*, Vorwirkungen von Verschmelzungen, ZHR 169 (2005), 451, *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (629). Το 1% αποτελεί και το όριο κατά τον rule 21.2 του βρετανικού City Code. Σύμφωνα με το Panel on Takeovers and Mergers, 2000-2001 Report, London, July 2001 p.14 "The rationale for this limit (and rule 21.2 generally) is to prevent the possible payment of the inducement fee from frustrating a potential competing bid".
72 Έτσι ο *Drygala*, WM 2004, 1421 (1461).
73 *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1491).
74 *Beisel* in Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 6. Auflage, 2009, αριθ. 9.

fee ύψους 6% επί του τιμήματος πώλησης[75]. Ως αξία της συναλλαγής σε σχέση με την οποία εξετάζεται το ύψος του *break-up fee*, λαμβάνεται υπόψη στις δημόσιες προτάσεις εξαγοράς το προσφερόμενο από τον προτείνοντα αντάλλαγμα. Στις συγχωνεύσεις λαμβάνεται υπόψη η αγοραία αξία της ενδιαφερόμενης επιχείρησης, όπως αυτή προσδιορίζεται στη σχέση ανταλλαγής των μετοχών[76]. Πάντως σημασία για το επιτρεπτό των *break-up fee*s δεν είναι το απόλυτο ή ποσοστιαίο ύψος αυτών[77]. Το ίδιο ποσοστό μπορεί για ορισμένες συναλλαγές να αποδειχθεί ιδιαιτέρως υψηλό (*overinclusive*) και για άλλες πολύ χαμηλό (*underinclusive*)[78]. Ζητούμενο είναι το εύλογο ύψος. Αυτό κρίνεται κατά περίπτωση, λαμβανομένων υπόψη όλων των περιστάσεων και ιδίως της αναγκαιότητας του *break-up fee* για την ολοκλήρωση της σκοπούμενης εξαγοράς, της σημασίας αυτού για τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις, του ύψους των εξόδων των συμμετεχουσών επιχειρήσεων, της πιθανότητας αποτυχίας της συναλλαγής και του μεγέθους της απειλούμενης ζημίας σε περίπτωση ματαίωσης της εξαγοράς (απώλεια συνεργειών, ανταγωνιστικό μειονέκτημα)[79]. Όταν το *break-up fee* συνιστά αυτοτελή υπόσχεση ποινής, εφαρμόζεται αναλογικά η ΑΚ 409[80]. Το ύψος της ποινής μπορεί μετά από αίτηση του οφειλέτη να μειωθεί με δικαστική απόφαση στο προσήκον ύψος[81]. Επειδή η ΑΚ 409 είναι κανόνας δημόσιας τάξεως[82], η εφαρμογή της δεν μπορεί να αποκλειστεί συμβατικά.

Γ. Απαγόρευση επιστροφής εισφοράς και παροχή οικονομικής βοήθειας για την απόκτηση μετοχών

Ένα περαιτέρω ζήτημα είναι αν το *break-up fee* συνιστά απαγορευμένη επιστροφή εισφοράς (άρθρ. 44α παρ.1 κ.ν. 2190/1920) ή απαγορευμένη παροχή οικονομικής βοήθειας από την εταιρία σε τρίτους για να αποκτήσουν δικές της μετοχές (άρθρ.16α κ.ν. 2190/1920). Και οι δύο διατάξεις εντάσσονται στο πλέγμα των διατάξεων που αποσκοπούν στη διατήρηση του μετοχικού κεφαλαίου[83].

Προϋπόθεση για την εφαρμογή της απαγόρευσης της επιστροφής εισφοράς είναι ότι το *break-up fee* καταβάλλεται σε μέτοχο και έχει την αιτία αποκλειστικά στη μετοχική του ιδιότητα (*causa societatis*)[84]. Εν προκειμένω το *break-up fee* απο-

75 First Union Corp. vs Sun Trust Banks, 01-CVS-10 075 Supreme Court Mecklenberg County [όπως αναφέρεται από *Beisel* in Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 6. Auflage, 2009, αριθ. 9, *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1491)].

76 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (629).

77 Στη διεθνή πρακτική τα σχετικά ποσοστά αναφέρονται ως "*magic number*", βλ. *Fleischer*, AG 2009, 345 (347).

78 *Fleischer*, AG 345 (351).

79 *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1491), *Fleischer*, AG 345 (351).

80 *Σόντης*, σε ΕρμΑΚ άρθρον 404 αριθ.24.

81 *Geyrhalter/Zirngibl/Strehle*, DStR 2006, 1559 (1560), *Hilgard*, BB 2008, 286 (290).

82 *Ταμπάκης*, σε ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου άρθρο 409 αριθ.2.

83 Βλ. *Βερβεσό*, σε Ανώνυμες Εταιρίες (επιμ.: Αντωνόπουλου/Μούζουλα), Τόμος Ι, 2013, άρθρο 16α αριθ.5.

84 Βλ. *Σωτηρόπουλο*, σε ΔικΑΕ (επιμ.: Περάκη), 2010, 44α, 25, *Βερβεσό*, σε Ανώνυμες Εταιρίες (επιμ.: Αντωνόπουλου/Μούζουλα), Τόμος Ι, 2013, άρθρο 16α αριθ.7.

σκοπεί στην ενίσχυση της ολοκλήρωσης της δημόσιας πρότασης ή της συγχώνευσης. Αδιάφορο για τη σύναψη της συμφωνίας είναι το αν ο ενδιαφερόμενος αγοραστής είναι ήδη μέτοχος ή όχι. Εξ αυτού του λόγου δυσχερώς μπορεί να χαρακτηρισθεί ως απαγορευμένη επιστροφή εισφοράς[85].

Ούτε αποτελεί απαγορευμένη παροχή οικονομικής βοήθειας προς απόκτηση ιδίων μετοχών κατά παράβαση του άρθ.16α κ.ν.2190/1920. Στις εξαγορές με μεταβίβαση της ίδιας της επιχείρησης (*asset deals*) η εφαρμογή της απαγόρευσης του άρθ.16α αποκλείεται εξ ορισμού, αφού δεν υπάρχει απόκτηση μετοχών. Ομοίως δεν τίθεται ζήτημα απαγορευμένης παροχής οικονομικής βοήθειας στη συγχώνευση. Και τούτο διότι ο συμμετέχων στη συγχώνευση, όταν επέχει θέση απορροφούσας εταιρίας, δεν αποκτά μετοχές της απορροφούμενης[86]. Η έγκριση της συγχώνευσης από τις γενικές συνελεύσεις συνεπάγεται τη μεταβίβαση περιουσίας (ενεργητικού και παθητικού) κάθε απορροφούμενης εταιρίας με οιονεί καθολική διαδοχή στην απορροφούσα[87]. Στην εξαγορά με απόκτηση μετοχών (*share deal*) το *break-up fee* δεν παραβιάζει το άρθ.16α του κ.ν.2190/1920[88]. Και τούτο διότι το *break-up fee* καθίσταται απαιτητό όταν αποτύχει η απόκτηση των μετοχών[89]. Οι *break-up fee* συμφωνίες δεν χρηματοδοτούν την κτήση των μετοχών αλλά, αντίθετα, σκοπούν στην αντιστάθμιση των αρνητικών οικονομικών επιπτώσεων από την παράλειψη κτήσης των μετοχών[90]. Μόνο υπό εξαιρετικές συνθήκες, όταν ο ενδιαφερόμενος αποκτήσει μετοχές, στο στάδιο που εκκρεμεί η ολοκλήρωση της συναλλαγής, τις οποίες επιτρέπεται να κρατήσει και μετά την αποτυχία της συναλλαγής, το *break-up fee* μπορεί να ιδωθεί ως απαγορευμένη χρηματοδότηση κατά το άρθ.16α ή μέσο διευκόλυνσης της αναχρηματοδότησης της αγοράς των μετοχών[91].

VI. Νομιμότητα από άποψη δικαίου της κεφαλαιαγοράς

A. Το break-up fee στις δημόσιες προτάσεις

Στις δημόσιες προτάσεις τα *break-up fees* ευνοούν την υποβολή της πρώτης δημόσιας πρότασης. Και τούτο διότι το *break-up fee* προστατεύει τον πρώτο προτεί-

85 Έτσι *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1492), *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (629).

86 *Drygala*, Deal Protection in Verschmelzungs- und Unternehmenskaufverträgen – eine amerikanische Vertragsgestaltung auf dem Weg ins deutsche Recht, WM 2004, 1457 (1461).

87 Βλ. ενδεικτικά *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, 7η έκδ., σελ. 476.

88 Έτσι όσον αφορά την αντίστοιχη διάταξη της § 71a Abs.1 Satz 1 AktG *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (628 επ.), *Hopt*, ZGR 2002, 333 (362), *Fleischer*, AG 2009, 345 (353/4). Αντίθετα *Hilgard*, BB 2008, 286 (293/4).

89 *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (628 επ.), *Hopt*, ZGR 2002, 333 (362), *Fleischer*, AG 2009, 345 (353/4).

90 Έτσι *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1492), *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (629), *Fleischer*, AG 2009, 345 (353). Αντίθετα *Hilgard*, BB 2008, 286 (293/4).

91 *Drygala*, WM 2004, 1457 (1461).

νοντα από τον κίνδυνο της εμφάνισης, μετά τη διακοπή των διαπραγματεύσεων, ενός τρίτου (*Free Rider, Trittbrettfahrer*), ο οποίος θα επωφεληθεί από τις αξίες που δημιουργήθηκαν ενόψει της εξαγοράς, θα χρησιμοποιήσει την πρόταση του προτείνοντος και θα προσφέρει στους μετόχους της υπό εξαγορά εταιρίας ένα υψηλότερο αντάλλαγμα μετακυλίοντας σ' αυτούς τα οφέλη από τις εξοικονομηθείσες δαπάνες λ.χ. τη μη πραγματοποίηση νομικού ελέγχου[92]. Εν προκειμένω η *break-up-fee* συμφωνία αποκαθιστά όχι μόνο τη θετική ζημία του πρώτου προτείνοντος αλλά και το διαφυγόν κέρδος από την αποτυχία της πρότασης. Από την άλλη πλευρά το απαγορευτικό ύψος της *break-up-fee* συμφωνίας με τον πρώτο προτείνοντα μπορεί να αποτρέψει την υποβολή δεύτερης ανταγωνιστικής δημόσιας πρότασης (αποτέλεσμα εκφοβισμού, *Abschreckungseffekt*)[93]. Μπορεί, επίσης, να λειτουργήσει ως ένα είδος «φόρου» για το δεύτερο προτείνοντα και να περιορίσει τον ανταγωνισμό στην αγορά των δημοσίων προτάσεων[94]. Και αυτό διότι ο δεύτερος προτείνων θα πρέπει να συνυπολογίσει ότι η υπό εξαγορά εταιρία, σε περίπτωση που ματαιωθεί η συναλλαγή με τον πρώτο προτείνοντα, υποχρεούται να καταβάλει και το *break-up fee*. Πράγματι στις εξαγορές με δημόσια πρόταση υπόχρεος σε καταβολή του *break-up fee* σε περίπτωση αποτυχίας της δημόσιας πρότασης, καθίσταται, κατά κανόνα, η υπό εξαγορά εταιρία (*target*) και όχι οι πωλητές δηλαδή οι μέτοχοι της υπό εξαγορά εταιρίας. Αντίθετα δηλαδή προς τις περιπτώσεις εξαγορών στις οποίες εμπλέκονται δύο μέρη (πωλητής και αγοραστής), στη δημόσια πρόταση υπόχρεος σε καταβολή του *break-up fee* είναι η υπό εξαγορά εταιρία (*target*) και όχι εκείνος που ματαίωσε την εξαγορά[95]. Όταν η εταιρία-στόχος συνομολογήσει το *break-up fee* για την περίπτωση που γίνει αποδεκτή μία ανταγωνιστική πρόταση, το κόστος εν τέλει επωμίζεται ο ανταγωνιστής προτείνων, όταν αποκτήσει την εταιρία-στόχο.

Σε εξαγορές με δημόσια πρόταση το *break-up fee* καθίσταται απαιτητό όταν συντρέχουν περιστατικά (*trigger events*) τα οποία δεν περιορίζονται στη σφαίρα επιρροής του αγοραστή και του πωλητή (μετόχων της υπό εξαγορά εταιρίας) αλλά εκτείνονται στη σφαίρα της εταιρίας-στόχου (*target*). Ειδικότερα, ως *trigger events* συμφωνούνται τα ακόλουθα περιστατικά: α) το διοικητικό συμβούλιο δεν συστήνει στους μετόχους της υπό εξαγορά εταιρίας την αποδοχή της πρότασης, β) το διοικητικό συμβούλιο αποσύρει τη σύσταση ή την τροποποιεί, γ) διακόπτονται οι διαπραγματεύσεις, δ) οι μέτοχοι αποδέχονται μία άλλη ανταγωνιστική δημόσια πρόταση, ε) διακόπτεται ο νομικός και λογιστικός έλεγχος της υπό εξαγορά εταιρίας.

92 Βλ. *Fleischer*, AG 2009, 345 (349).
93 *Hilgard*, BB 2008, 286 (291).
94 *Fleischer*, AG 2009, 345 (349).
95 *Hilgard*, BB 2008, 286 (291).

Β. Η αρχή της ουδετερότητας του διοικητικού συμβουλίου της υπό εξαγορά εταιρίας

Εκφράζονται αμφιβολίες αν η συνομολόγηση ενός *break-up fee* από το διοικητικό συμβούλιο της εταιρίας στόχου συνάδει προς την υποχρέωση ουδετερότητας που υπέχει το διοικητικό συμβούλιο της υπό εξαγορά εταιρίας (άρθ.5 στοιχ. γ ν.3461/2006, άρθ.14 ν.3461/2006)[96]. Δεν αμφισβητείται ότι το διοικητικό συμβούλιο της υπό εξαγορά εταιρίας υπέχει υποχρέωση ουδετερότητας όταν έχει ήδη υποβληθεί δημόσια πρόταση ή έχει ενημερωθεί κατά το άρθ.10 του ν.3461/2006. Αντίθετα το άρθ.14 του ν.3461/2006 δεν εφαρμόζεται στο στάδιο πριν από τη δημοσιοποίηση της δημόσιας πρότασης[97]. Τα προληπτικά μέτρα άμυνας δεν εμπίπτουν στο άρθ.14 και ελέγχονται κατά τις γενικές διατάξεις[98] ή τις διατάξεις του εταιρικού δικαίου[99].

Μετά τη δημοσιοποίηση της δημόσιας πρότασης, δεν αποκλείεται το *break-up fee* να λειτουργήσει ως απαγορευμένο κατασταλτικό αμυντικό μέτρο[100]. Όταν η *break-up-fee* συμφωνία συνάπτεται από το διοικητικό συμβούλιο της υπό εξαγορά εταιρίας με ένα δεύτερο, εναλλακτικό προτείνοντα (*white knight*), μπορεί να συνιστά ενέργεια που ματαιώνει την επιτυχία της αρχικής δημόσιας πρότασης. Και ναι μεν το διοικητικό συμβούλιο δικαιούται να αναζητά ανταγωνιστικές προτάσεις, όχι όμως και να τις ενισχύει μέσω του *break-up fee*. Η παραβίαση της υποχρέωσης ουδετερότητας προϋποθέτει ότι το *break-up fee* αντικειμενικά παρεμποδίζει ή δυσχεραίνει την εξαγορά της εταιρίας. Δεν αμφισβητείται η νομιμότητα των *break-up fees* που λειτουργούν μόνο ως κατ' αποκοπή αποζημίωση[101]. Μόνο όταν το *break-up fee* συνομολογηθεί σε τέτοιο ύψος, ώστε να μην καταλείπεται άλλη επιλογή στους μετόχους της υπό εξαγορά εταιρίας εκτός από την αποδοχή της δημόσιας πρότασης, παραβιάζεται το άρθ.14 του ν.3461/2006. Και εδώ κρίσιμο εν τέλει είναι αν η *break-up-fee* συμφωνία συνιστά απλά ένα κίνητρο για λήψη απόφασης προς ορισμένη κατεύθυνση από τους μετόχους ή αν, μέσω της ασκούμενης οικονομικής πίεσης, περιορίζεται η δυνατότητα των μετόχων να λάβουν τη σχετική απόφαση[102]. Η στάθμιση λαμβάνει χώρα κατά περίπτωση λαμβανομένων υπόψη του ύψους του *break-up fee*, του είδους των *trigger events* και της διάρκειας της συμφωνίας[103].

---

96 Για τον κανόνα της ουδετερότητας του διοικητικού συμβουλίου της υπό εξαγορά εταιρίας βλ. *Αυγητίδη*, Δίκαιο της Κεφαλαιαγοράς, 2014, σελ. 314, *Τουντόπουλο*, Δίκαιο Κεφαλαιαγοράς, 2015, σελ. 247-249 και τις εκεί περαιτέρω παραπομπές.

97 Βλ. *Τουντόπουλο*, ό.π. σελ.250.

98 Βλ. *Τουντόπουλο*, ό.π. σελ.250-251.

99 *Fleischer*, AG 2009, 345 (354).

100 Μία συμφωνία που αποσκοπεί στην προστασία μίας από δύο ανταγωνιστικές προτάσεις μπορεί να συνιστά "poison pill", βλ. *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (630), *Hilgard*, BB 2008, 286 (291). Για τα "poison pill" στις δημόσιες προτάσεις βλ. *Ανδριανέση*, Η θέση του ΔΣ Ανώνυμης Εταιρίας στις Δημόσιες Προτάσεις Αγοράς Μετοχών, 2008, σελ.38 και 55.

101 *Hilgard*, BB 2008, 286 (292), *Drygala*, WM 2004, 1457 (1465), *Hopt*, ZGR 2002, 333 (362 επ.).

102 *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1491), *Hilgard*, BB 2008, 286 (292).

103 *Hilgard*, BB 2008, 286 (292).

Γ. Υποχρεώσεις δημοσιότητας

Στις εξαγορές με δημόσια πρόταση ο προτείνων υποχρεούται να εξειδικεύσει το *break-up fee* στο πληροφοριακό δελτίο (άρθ.11 ν.3461/2006) και το διοικητικό συμβούλιο της υπό εξαγορά εταιρίας υποχρεούται να αναφερθεί στη συμφωνία *break-up fee* στην αιτιολογημένη γνώμη του σχετικά με τη δημόσια πρόταση (άρθ.15 του ν.3461/2006)[104].

Αμφισβητείται αν η *break-up-fee* συμφωνία πρέπει, επιπλέον, να δημοσιοποιηθεί κατά το άρθ.10 του ν.3340/2005 (έκτακτη ή ad hoc πληροφόρηση)[105], όταν οι μετοχές μίας τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης σε οργανωμένη αγορά. Τούτο εξαρτάται από το αν συνιστά προνομιακή πληροφορία[106] με την έννοια του άρθ.6 του ν.3340/2005 και, ειδικότερα, από το αν μπορεί να επηρεάσει σημαντικά την τιμή των χρηματοπιστωτικών μέσων[107]. Δεδομένου ότι οι εξαγορές επιχειρήσεων αποτελούν σύνθετες διαδικασίες που ολοκληρώνονται σε περισσότερα στάδια, η υπαγωγή της σύναψης της *break-up-fee* συμφωνίας στην έννοια της προνομιακής πληροφορίας θα κριθεί με βάση τα κριτήρια που ισχύουν κατά την αξιολόγηση επιμέρους σταδίων σύνθετων εταιρικών γεγονότων ως «συγκεκριμένης πληροφορίας»[108]. Η δυνατότητα επηρεασμού της τιμής θα αξιολογηθεί ad hoc. Αν για παράδειγμα η *break-up-fee* συμφωνία συναφθεί πριν ακόμη διενεργηθεί ο νομικός και λογιστικός έλεγχος της υπό εξαγορά εταιρίας ή αν δεν ενσωματώνει την απόφαση για ολοκλήρωση της εξαγοράς, δυσχερώς θα συντρέχει η προϋπόθεση επηρεασμού της τιμής.

VII. Συμπεράσματα

1. Με τις *break-up-fee* συμφωνίες επιδιώκεται είτε η αποζημίωση του υποψήφιου αγοραστή είτε η εξασφάλιση της σκοπούμενης συναλλαγής. Στην πρώτη περίπτωση το *break-up fee* αποτελεί κατ' αποκοπή αποζημίωση και στη δεύτερη αυτοτελή (μη

---

104 *Hilgard*, BB 2008, 286 (293), *Hopt*, ZGR 2002, 333 (363).

105 Για τη σχετική αμφισβήτηση βλ. *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1497).

106 Για την έννοια της προνομιακής πληροφορίας, βλ. *Τουντόπουλο*, ό.π. σελ. 319 επ., *Αυγητίδη*, ό.π. σελ. 347 επ. και τις εκεί περαιτέρω παραπομπές.

107 Έτσι *Banerjea*, DB 2003, 1489 (1497). Αντίθετα *Sieger/Hasselbach*, BB 2000, 625 (630) σύμφωνα με τους οποίους στη συμφωνία περιλαμβάνεται η εκδηλωθείσα απόφαση των μερών να ολοκληρώσουν τη φιλική εξαγορά, γεγονός το οποίο έχει ήδη επέλθει και είναι δημοσιευτέο.

108 Σχετικά με την οριοθέτηση της έννοιας της προνομιακής πληροφορίας σε σύνθετα εταιρικά γεγονότα, βλ. *Κινινή*, Η έννοια της εμπιστευτικής πληροφορίας στο δίκαιο της κεφαλαιαγοράς. Σκέψεις με αφορμή την από 28.6.2012 απόφαση υπόθ. C-19/11 Markus Geltl vs. Daimler AG, ΕΕμπΔ 2012, 764, *Ψαρουδάκη*, Σκέψεις για την υποχρέωση δημοσιοποίησης προνομιακών πληροφοριών – με αφορμή των ΔΕφΑθ 1925/2010 και την BGH ZBB 2011, 72 ("Schrempp"), ΕΕμπΔ 2011, 494, *Κουλουριάνο*, Η υποχρέωση δημοσιοποίησης προνομιακών πληροφοριών στο πλαίσιο μελλοντικών επιχειρηματικών γεγονότων, ΧρΙΔ 2013, 249.

γνήσια) ποινική ρήτρα. Σημαντική ένδειξη για το δογματικό χαρακτηρισμό του οφειλόμενου ποσού συνιστά το ύψος αυτού. Όταν αυτό υπερβαίνει τις εύλογα αναμενόμενες δαπάνες του δικαιούχου, συνιστά συμβατική ποινή[109]. Δεν αποτελεί γνήσια ποινική ρήτρα διότι το διοικητικό συμβούλιο δεν μπορεί εγκύρως να αναλάβει υποχρέωση δέσμευσης των μετόχων σχετικά με την έγκριση της συγχώνευσης ή την αποδοχή της δημόσιας πρότασης. Είτε ως κατ' αποκοπή αποζημίωση είτε ως μη γνήσια ποινική ρήτρα η συμφωνία *break-up-fee* δεν περιβάλλεται τον τύπο της κύριας σύμβασης.

2. Από άποψη εταιρικού δικαίου η *break-up-fee* συμφωνία επιτρέπεται μόνο εφόσον δεν θίγεται μέσω της άσκησης οικονομικής πίεσης η ελευθερία των μετόχων να αποφασίσουν. Τούτο κρίνεται κατά περίπτωση και εξαρτάται από το ύψος του *break-up fee*, το είδος των περιστάσεων που το ενεργοποιούν (*trigger events*) και τη διάρκεια της συμφωνίας.

3. Στο δίκαιο της κεφαλαιαγοράς οι συμφωνίες ελέγχονται υπό το πρίσμα της υποχρέωσης ουδετερότητας που υπέχει το διοικητικό συμβούλιο της υπό εξαγορά εταιρίας (άρθ.14 ν.3461/2006), όταν συνάπτονται μετά την υποβολή της δημόσιας πρότασης ή την ενημέρωση του διοικητικού συμβουλίου της υπό εξαγορά εταιρίας. Ακόμη και τότε όμως δυσχερώς λειτουργούν ως αμυντικά μέτρα που ματαιώνουν την επιτυχία μίας ανταγωνιστικής δημόσιας πρότασης, ενόσω το πληρωτέο ποσό διαμορφώνεται σε ύψος εύλογο.

109 *Fleischer*, AG 2009, 345 (347).

Νικόλαος Κ. Κλαμαρής*

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**

1. Εισαγωγικές σκέψεις

1.1. Η διάκριση αφενός μεταξύ ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου και αφετέρου μεταξύ ιδιωτικού και δημοσίου δικαίου ανήκει στα από αιώνες πολυσυζητημένα θέματα της επιστήμης του δικαίου και της νομικής θεωρίας. Στα πολυσυζητημένα θέματα ανήκει βεβαίως και το ερώτημα, ποία είναι τα αποφασιστικά και κρίσιμα κριτήρια επί τη βάσει των οποίων προσδιορίζεται σε ποίο ευρύτερο κλάδο δικαίου κατατάσσονται από πλευράς νομικής φύσεως και δικαιοσυστηματικής θεωρήσεως οι κατ' ιδίαν μερικότεροι κλάδοι δικαίου, καθώς και οι κατ' ιδίαν διατάξεις που θεσπίζουν τους κανόνες δικαίου[1].

---

* Ομότιμος Καθηγητής της Πολιτικής Δικονομίας της Νομικής Σχολής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

** Η μελέτη αυτή αφιερώνεται με ιδιαίτερο ανθρώπινο, ακαδημαϊκό και επιστημονικό σεβασμό στη μνήμη του Καθηγητού **Λεωνίδα Ν. Γεωργακόπουλου**. Ο Καθηγητής Λεωνίδας Ν. Γεωργακόπουλος υπήρξεν πρότυπο Επιστήμονος και Ακαδημαϊκού Δασκάλου. Το επιστημονικό του έργο διακρίνεται για τη σε διεθνές επίπεδο πρωτοτυπία του και συμβολή του. Ο Λεωνίδας Γεωργακόπουλος διακρινόταν εκτός των άλλων και για το θάρρος της ακαδημαϊκής, προσωπικής και επιστημονικής του γνώμης, ενώ χαρακτηριστικό τόσο του δικού του επιστημονικού παραδείγματος κατά συνεκδοχήν και της προσωπικής του επιστημονικής προσπάθειας, καθώς και της ακαδημαϊκής/πανεπιστημιακής του κρίσεως ήταν η «αριστεία» και υπ' αυτήν την έννοια – προφανώς και λόγω της ιδιότητάς του ως διατελέσαντος υποτρόφου του διεθνώς αναγνωρισμένου για τη συμβολή του στην ενίσχυση της επιστημονικής έρευνας Γερμανικού Ιδρύματος Alexander von Humboldt Stiftung – ενσάρκωνε και το χαρακτηριστικό σύνθημα/όραμα του Ιδρύματος Humboldt «Αριστεία παγκομίως» (= «Exzellenz weltweit»). Ο Λεωνίδας Γεωργακόπουλος είχε και ένα άλλο σημαντικό χαρακτηριστικό: την συνέπεια· δηλαδή ακολουθούσε τα ίδια αξιοκρατικά και άλλα κριτήρια προς όλες τις κατευθύνσεις. Ένα από τα βασικά χαρακτηριστικά της συνέπειάς του στη λειτουργία της Νομικής Σχολής ήταν η αντίθεσή του στις μετακλήσεις των Καθηγητών. Θεωρούσε – και κατά τη γνώμη μου ορθώς από πλευράς ακαδημαϊκής τάξεως – ότι όποιος επιθυμεί να εκλεγεί Καθηγητής στην αρχαιότερη Νομική Σχολή της Ελλάδος – δηλαδή στη Νομική Σχολή του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών – θα έπρεπε να υποβάλει υποψηφιότητα, έστω και αν ήταν ήδη Καθηγητής σε άλλη Νομική Σχολή (με την κυριολεκτική του όρου έννοια). Ο Λεωνίδας Γεωργακόπουλος εφάρμοσε με συνέπεια αυτή την αρχή του προς όλες τις κατευθύνσεις (δηλαδή και έναντι προσωπικών του φίλων). Ο Λεωνίδας Γεωργακόπουλος είχε και μία ειδική «αγάπη» για την Πολιτική Δικονομία.

1 Βλ. αντί πολλών άλλων: *Απ. Γεωργιάδη*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου[2], Αθήνα, 1997, σελ. 32 επ.· *Π. Φίλιο*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου[3], Αθήνα 2009, σελ. 72. Η σημαντικότερη πρόσφατη ειδική μελέτη σε διεθνές επίπεδο είναι η μελέτη του καθηγητού της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Freiburg i.Br. (Γερμανία) *Martin Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart, Τιμητικός Τόμος για τα 150 χρόνια του Αρείου Πάγου, Τόμος IV, Αθήνα, 2007, σελ. 101-124.

1.2. Ανεξαρτήτως όμως από το ζήτημα, το οποίο αφορά τα κρίσιμα κριτήρια υπαγωγής των νομικών ρυθμίσεων ή νομικών διατάξεων σε κάποιο ευρύτερο δικαιικό κλάδο, καθώς και το ζήτημα, αν μία διάταξη νόμου, η οποία από πλευράς τυπικής εντάξεώς της είναι εντεταγμένη σε ένα νομοθέτημα ουσιαστικού δικαίου, μπορεί να συνιστά από πλευράς νομικής φύσεως και επιστημολογικής της αξιολογήσεως – ακριβώς λόγω της μορφής της συγκεκριμένης ρυθμίσεως που θεσπίζει – διάταξη δικονομικού δικαίου ή αντιστρόφως αν μία διάταξη νόμου, η οποία από πλευράς τυπικής εντάξεώς της είναι εντεταγμένη σε ένα νομοθέτημα δικονομικού δικαίου, μπορεί να συνιστά από πλευράς νομικής της φύσεως και επιστημολογικής της αξιολογήσεως – ακριβώς λόγω της μορφής της συγκεκριμένης ρυθμίσεως που θεσπίζει – διάταξη ουσιαστικού δικαίου, είναι αναμφισβήτητο και δεδομένο, ότι κάποια μορφώματα ή θεσμοί ή έννοιες ή ρυθμίσεις του ουσιαστικού δικαίου έχουν αυτομάτως μία «διπλή προσωπικότητα» ή «λειτουργία», δηλαδή μία ουσιαστική και μία δικονομική (με τη μορφή λ.χ. ενός νομικού «Ιανού»). Αυτό το φαινόμενο παρατηρείται ακριβώς σε εκείνες τις περιπτώσεις, στις οποίες υποκείμενο του ουσιαστικού δικαίου – κατά κανόνα ένα φυσικό πρόσωπο που φέρει και μια πρόσθετη ιδιότητα ή ένα πρόσθετο αξίωμα – χωρίς να είναι φορέας και του αντιστοίχου ουσιαστικού δικαιώματος, εξοπλίζεται – κατά κάποιον τρόπο αυτοδικαίως ή αυτομάτως – και με δικονομικές εξουσίες ή δικονομικές αρμοδιότητες ή δικονομικές δυνατότητες, οι οποίες κανονικώς θα έπρεπε να συνδέονται με το πρόσωπο του φορέα του αντιστοίχου ουσιαστικού δικαιώματος (και από τον οποίο αφαιρούνται πλήρως ή όχι οι ως άνω δικονομικές εξουσίες και δυνατότητες). Πρόκειται εν προκειμένω μεταξύ άλλων και για την περίπτωση των μη δικαιούχων ή μη υποχρέων διαδίκων, στην οποία εμφανίζεται με πλήρη σαφήνεια και η ξεχωριστή δογματική, θεωρητική και πρακτική σημασία της διαδικαστικής προϋποθέσεως της νομιμοποιήσεως ως εξουσίας διεξαγωγής (της) δίκης[2]. Εν προκειμένω μάλιστα λόγω της συγκεκριμένης εκάστοτε νομικής ρυθμίσεως δημιουργούνται ενίοτε ερωτήματα, στα οποία δίδονται μη συγκλίνουσες μεταξύ τους απαντήσεις, όπως λ.χ. σε κάποιες περιπτώσεις, όπου ερωτάται, αν ορισμένες εξουσίες που προσδίδονται σε κάποιο φυσικό πρόσωπο στο ευρύτερο πλαίσιο διεξαγωγής δικών για τη διαφύλαξη/προστασία δικαιωμάτων/συμφερόντων ενός – ιδίως νομικού – προσώπου, έχουν την έννοια ότι, το συγκεκριμένο φυσικό πρόσωπο λειτουργεί στο πλαίσιο αυτών των εξουσιών και αρμοδιοτήτων του ως όργανο του αντιστοίχου νομικού προσώπου αναπληρώνοντας την εις το νομικό πρόσωπο ελλείπουσα ικανότητα παραστάσεως στο δικαστήριο ή αν αντιθέτως το συ-γκεκριμένο φυσικό πρόσωπο λειτουργεί εν προκειμένω με τη νομική φύση του μη δικαιούχου ή μη υποχρέου διαδίκου.

1.3. Ο «Ειδικός Εκπρόσωπος» προβλέπεται στο πλαίσιο της ρυθμίσεως και λειτουργίας των Ανωνύμων Εταιρειών και στην ελληνική και στη γερμανική νομοθεσία

2 Βλ. τη μονογραφία (διατριβή επί υφηγεσία) του *Λ. Σινανιώτου*, Η νομιμοποίησις των διαδίκων εν τη πολιτική δίκη, Αθήναι, 1965.

περί Ανωνύμων Εταιρειών. Πρόκειται στα βασικά του σημεία για έναν παράλληλο θεσμό με την ίδια ονομασία και στα ελληνικά και στα γερμανικά («Ειδικός Εκπρόσωπος» είναι ο τεχνικός όρος στα ελληνικά και αντιστοίχως «Besonderer Vertreter» στα γερμανικά). Μεταξύ της ελληνικής και της γερμανικής ρυθμίσεως υφίστανται και ομοιότητες και διαφοροποιήσεις. Οι ρυθμίσεις τόσο στο πλαίσιο της ελληνικής νομοθεσίας περί Ανωνύμων Εταιρειών, όσο και στο πλαίσιο της γερμανικής νομοθεσίας περί Ανωνύμων Εταιρειών έχουν και μία ιδιαιτέρως ενδιαφέρουσα δικονομική διάσταση από πλευράς του δόγματος του Αστικού Δικονομικού Δικαίου. Εν όψει ιδίως του ότι ο «Ειδικός Εκπρόσωπος» ρυθμίζεται στο πλαίσιο των αντιστοίχων ρυθμίσεων για την Ανώνυμη Εταιρεία τόσο στην Ελλάδα όσο και στη Γερμανία με την αντίστοιχη δικονομική διάσταση και στις δύο αυτές έννομες τάξεις, ενέχει επιστημονικό/ερευνητικό ενδιαφέρον η από πλευράς συγκριτικού δικονομικού δικαίου δικονομική αλληλοσύγκριση από πλευράς νομικής τους φύσεως και λειτουργίας αυτών των δύο «παραλλήλων» θεσμών – ή κατ' άλλη διατύπωση δύο θεσμών με «παράλληλη» λειτουργία – στις δύο ως άνω έννομες τάξεις.

Τα διάφορα ζητήματα που ανακύπτουν ως προς το ρόλο και τις εξουσίες του «Ειδικού Εκπροσώπου» έχουν αποτελέσει αντικείμενο συζητήσεως αυτοτελώς τόσο στο πεδίο της Ελληνικής Νομικής Επιστήμης (και ιδίως του Ιδιωτικού Δικαίου, δηλαδή Εμπορικού και Αστικού Δικαίου), όσο και στο πεδίο της Γερμανικής Νομικής Επιστήμης στο σύνολό της. Δεν έχει επιχειρηθεί όμως κάποια συγκεκριμένη κατά κυριολεξία δικονομική θεώρηση – και ιδίως η δικαιοσυγκριτική δικονομική θεώρηση – όσον αφορά τη δικονομική αξιολόγηση του «Ειδικού Εκπροσώπου» από πλευράς νομικής του φύσεως και λειτουργίας στο πεδίο της γερμανικής νομοθεσίας περί Ανωνύμων Εταιρειών και στο πεδίο της ελληνικής νομοθεσίας περί Ανωνύμων Εταιρειών. Εν προκειμένω μάλιστα στο πλαίσιο του ως άνω κύκλου προβλημάτων ανακύπτει και το συναφές κρίσιμο ερώτημα, τι σημαίνει ικανότητα παραστάσεως σε δικαστήριο – και τι αναπληρώνει ο (οποιοσδήποτε) εκπρόσωπος ή το όργανο της εταιρείας και γενικότερα του Νομικού Προσώπου – και τι σημαίνει μη δικαιούχος και μη υπόχρεος διάδικος.

1.4. Το ζήτημα ως προς τη νομική φύση και ως προς τις ειδικότερες δικονομικής φύσεως εξουσίες του «Ειδικού Εκπροσώπου» έχει απασχολήσει ιδιαιτέρως εντόνως τη γερμανική νομική επιστήμη. Η επιστημονική συζήτηση, η οποία έχει διεξαχθεί και εξακολουθεί να διεξάγεται στη Γερμανία ως προς αυτόν τον κύκλο προβλημάτων δεν καταδεικνύει μόνο την επιστημονική ένταση ως προς τη δικονομική διάσταση αυτού του προβληματισμού – και τούτο ανεξαρτήτως της απόψεως που ενδείκνυται, για λόγους αληθούς ερμηνείας και ορθής ερμηνευτικής προσεγγίσεως των σχετικών διατάξεων, ως προς την αληθή νομική φύση του «Ειδικού Εκπροσώπου» – αλλά επηρεάζει και την απάντηση στο βασικό γενικότερο ερώτημα, που εντάσσεται στα ζητήματα που συνδέονται με τη Γενική Θεωρία του Δικαίου, δηλαδή κατά πόσον και σε ποιο βαθμό η Νομική Φύση ενός θεσμού ή ενδίκου βοη-

θήματος κ.ο.κ. είναι η καθοριστική, μοναδική και αποκλειστική αφετηρία, με βάση την οποία θα κριθεί περαιτέρω ποία μερικότερα δικαιώματα και ποίες μερικότερες αρμοδιότητες απορρέουν από τον αντίστοιχο νομικό χαρακτηρισμό, ο οποίος θα προσδοθεί στο αντίστοιχο κάθε φορά ένδικο βοήθημα ή στον αντίστοιχο κάθε φορά «μηχανισμό» ή μόρφωμα.

2. Το Ελληνικό ουσιαστικό δίκαιο

2.1. Με τη διάταξη του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 θεσπιζόταν μέχρι το έτος 2007 η ακόλουθη ρύθμιση: *«1. Οι αξιώσεις της εταιρείας κατά των μελών του διοικητικού συμβουλίου εκ της διοικήσεως των εταιρικών υποθέσεων ασκούνται υποχρεωτικά, εάν αποφασίσει τούτο η γενική συνέλευση με απόλυτη πλειοψηφία ή ζητήσουν τούτο από το διοικητικό συμβούλιο μέτοχοι εκπροσωπούντες το ένα τρίτο (1/3) του καταβεβλημένου εταιρικού κεφαλαίου. Η αίτηση της μειοψηφίας λαμβάνεται υπόψη μόνο εάν βεβαιωθεί ότι οι αιτούντες έγιναν μέτοχοι τρεις (3) τουλάχιστον μήνες προ της αιτήσεως. Οι παραπάνω προϋποθέσεις δεν απαιτούνται στην περίπτωση που η ζημία οφείλεται σε δόλο των μελών του διοικητικού συμβουλίου. 2. Η αγωγή δέον να εγερθή εντός εξ μηνών από της ημέρας της γενικής συνελεύσεως ή της υποβολής της αιτήσεως. 3. Προς διεξαγωγήν της δίκης η γενική συνέλευσις δύναται να διορίση ειδικούς εκπροσώπους. Εάν η ενάσκησις της αξιώσεως ζητήται από την μειοψηφίαν ή εν περιπτώσει καθ' ην η υπό της προηγουμένης παραγράφου καθοριζομένη προθεσμία ήθελε παρέλθει άπρακτος, δύναται ο πρόεδρος των πρωτοδικών της περιφερείας εις την οποίαν εδρεύει η εταιρεία, αιτήσει της μειοψηφίας, υποβαλλομένη εντός μηνός από της λήξεως της εν τη προηγουμένη παραγράφω προθεσμίας, κατά την διαδικασίαν του άρθρου 634 της Πολιτικής Δικονομίας, να διορίση ειδικούς εκπροσώπους της εταιρείας προς διεξαγωγήν του δικαστικού αγώνος»*[3,4].

2.2. Με το άρθρο 31 Ν. 3604/2007 το άρθρο 22β Ν. 2190/1920 τροποποιήθηκε ως ακολούθως: *«1. Οι αξιώσεις της εταιρείας κατά των μελών του διοικητικού συμβουλίου που απορρέουν από τη διοίκηση των εταιρικών υποθέσεων ασκούνται υποχρεωτικά, εάν το αποφασίσει η γενική συνέλευση, με απόφαση που λαμβάνεται σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 29 και την παρ. 1 του άρθρου 31, ή το ζητήσουν από το διοικητικό συμβούλιο ή τους εκκαθαριστές μέτοχοι που εκπροσωπούν το ένα δέκατο (1/ 10) του καταβεβλημένου μετοχικού κεφαλαίου. Το καταστατικό μπορεί να μειώσει το ποσοστό αυτό. Η αίτηση της μειοψηφίας λαμβάνεται υπ'όψιν εάν βεβαι-*

3 Η παρ. 1 αντικαταστάθηκε από το άρθρο 10 παρ. 5 ν. 2339/1995.

4 Ως προς το διορισμό των ειδικών εκπροσώπων ισχύει κατά κρατούσα ως φαίνεται άποψη η διαδικασία της Εκούσιας Δικαιοδοσίας (βλ. *Ε. Περάκη (-Σ.Μούζουλα)*, ΔΙΚΑΕ, τόμος 3, 2000, άρθρ. 22β, σελ. 199, όπου και γίνεται παραπομπή στα άρθρα 740 επ. ΚΠολΔ και άρθρο 3 ΕισΝΚΠολΔ.). Βλ. σχετικώς και πιο κάτω στο κείμενο υπό «3» και ιδίως υπό «3.4.».

ωθεί ότι οι αιτούντες έγιναν μέτοχοι τρεις (3) τουλάχιστον μήνες πριν από την αίτηση. Οι προϋποθέσεις του πρώτου εδαφίου δεν απαιτούνται στην περίπτωση που η ζημία οφείλεται σε δόλο των μελών του διοικητικού συμβουλίου. 2. Η αγωγή δέον να εγερθή εντός εξ μηνών από της ημέρας της γενικής συνελεύσεως ή της υποβολής της αιτήσεως. 3. Προς διεξαγωγήν της δίκης η γενική συνέλευσις δύναται να διορίση ειδικούς εκπροσώπους. Εάν η ενάσκησις της αξιώσεως ζητήται από την μειοψηφίαν ή εν περιπτώσει καθ' ήν η υπό της προηγουμένης παραγράφου καθοριζομένη προθεσμία ήθελε παρέλθει άπρακτος, δύναται ο πρόεδρος των πρωτοδικών της περιφερείας εις την οποίαν εδρεύει η εταιρεία, αιτήσει της μειοψηφίας, υποβαλλομένη εντός μηνός από της λήξεως της εν τη προηγουμένη παραγράφω προθεσμίας, κατά την διαδικασίαν του άρθρου 634 της Πολιτικής Δικονομίας, να διορίση ειδικούς εκπροσώπους της εταιρείας προς διεξαγωγήν του δικαστικού αγώνος. Η δαπάνη της δίκης για τον διορισμό των ειδικών εκπροσώπων και για την επιδίωξη των αξιώσεων της εταιρείας βαρύνει την τελευταία. 4. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται και ως προς την ευθύνη των προσώπων που δεν είναι μέλη του διοικητικού συμβουλίου και ασκούν εξουσίες σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 22».

2.3. Όπως καθίσταται προφανές, η διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 προβλέπει δύο νομικώς ισοδύναμους τρόπους διορισμού των Ειδικών Εκπροσώπων. Κατ' εφαρμογήν της διατάξεως του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 3 του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 προς διεξαγωγήν της δίκης κατά των μελών του Δ.Σ. οι Ειδικοί Εκπρόσωποι μπορούν να ορισθούν με απόφαση της Γενικής Συνελεύσεως της Α.Ε. Ο άμεσος αυτός τρόπος διορισμού από τη Γενική Συνέλευση προβλέπεται για την περίπτωση, κατά την οποία η άσκηση της αγωγής κατά των μελών του Δ.Σ. αποφασίσθηκε από την οικεία Γενική Συνέλευση με απόλυτη πλειοψηφία και η σχετική αγωγή αποζημιώσεως εγερθεί εντός της προθεσμίας των έξι μηνών που προβλέπεται από τη διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 22β Ν. 2190/1920. Ταυτόχρονα όμως προβλέπεται και ο έμμεσος τρόπος διορισμού των Ειδικών αυτών Εκπροσώπων από το δικαστήριο. Ο τρόπος αυτός διορισμού των Ειδικών Εκπροσώπων προβλέπεται σύμφωνα με τη διάταξη του δευτέρου εδαφίου της παραγράφου 3 του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 για εκείνη την περίπτωση, κατά την οποία η ενάσκηση της αξιώσεως ζητείται από τη μειοψηφία των μετόχων του καταβεβλημένου εταιρικού κεφαλαίου ή για εκείνη την περίπτωση κατά την οποία η προθεσμία των έξι μηνών, την οποία ορίζει η διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 22β Ν. 2190/1920, (ήθελε) παρέλθει άπρακτη. Εφόσον συντρέχουν αυτές οι προϋποθέσεις τότε – σύμφωνα με το νόμο – «*δύναται ο πρόεδρος των πρωτοδικών της περιφερείας εις την οποίαν εδρεύει η εταιρεία, αιτήσει της μειοψηφίας, υποβαλλομένη εντός μηνός από της λήξεως της εν τη προηγουμένη παραγράφω προθεσμίας, κατά την διαδικασίαν του άρθρου 634 της Πολιτικής Δικονομίας, να διορίση ειδικούς εκπροσώπους της εταιρείας προς διεξαγωγήν του δικαστικού αγώνος*» (άρθρ. 22β § 3 εδ. β΄ Ν. 2190/1920).

3. Δικονομικά ζητήματα με βάση τη νομοθέτηση κατά παραπομπή στον ΕισΝΚΠολΔ

3.1. Δεδομένου ότι η διάταξη του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 έχει τεθεί σε ισχύ υπό το κράτος ισχύος της Πολιτικής Δικονομίας 1834, τόσο η σχετική αρμοδιότητα που είχε «ο πρόεδρος των πρωτοδικών» κατά την Πολιτική Δικονομία 1834, όσο και η διαδικασία «του άρθρου 634 της Πολιτικής Δικονομίας» θα πρέπει να υπαχθούν στις αντίστοιχες – με την έννοια, ότι θα πρέπει να προσαρμοσθούν με τις αντίστοιχες – ρυθμίσεις των μεταβατικών διατάξεων του (νέου) Κώδικος Πολιτικής Δικονομίας 1968[5], δηλαδή, στις σχετικές ρυθμίσεις του Εισαγωγικού Νόμου του Κώδικος Πολιτικής Δικονομίας (ΕισΝΚΠολΔ), στον οποίο περιέχονται οι αντίστοιχες μεταβατικές διατάξεις. Είναι γνωστό, ότι το ίδιο ζήτημα προσαρμογής νομικών διατάξεων/ρυθμίσεων, οι οποίες αμέσως ή εμμέσως ρύθμιζαν «δικονομική ύλη» και ίσχυαν πριν από την 16.9.1968, στις νέες διατάξεις/ρυθμίσεις του νέου ΚΠολΔ, ο οποίος άρχισε να ισχύει από την 16.9.1968, έχει τεθεί και τίθεται για πολλά ζητήματα που ανακύπτουν στο πεδίο του ουσιαστικού ή του δικονομικού δικαίου. Μία ιδιαιτέρως χαρακτηριστική περίπτωση από το χώρο του εμπορικού δικαίου στην ευρύτερη παραδοσιακή του διάσταση και έκταση είναι η ρύθμιση του άρθρου 99 ΚΙΝΔ[6].

3.2. Το θέμα της προσαρμογής των δικονομικών ρυθμίσεων, οι οποίες ίσχυαν είτε ευθέως είτε με τη μορφή της κατά παραπομπή νομοθετήσεως πριν από την έναρξη ισχύος του νέου ΚΠολΔ ρυθμίζει ως γνωστόν με ειδικές συγκεκριμένες διατάξεις ο Εισαγωγικός Νόμος του Κώδικος Πολιτικής Δικονομίας, στον οποίο εντάσσεται και το σύνολο των, δικονομικού διαχρονικού δικαίου, μεταβατικών διατάξεων. Ειδικά το σημαντικό ερμηνευτικό ζήτημα που ανακύπτει με την προσαρμογή και συμβατότητα των ρυθμίσεων που αφορούσαν την «επ' αναφορά διαδικασία γενικά του προέδρου των πρωτοδικών» ή τη «διαδικασία των άρθρων 634 έως 639 της πολιτικής δικονομίας» κ.ο.κ. ρυθμίζεται με πλήρη σαφήνεια και με ρητή διάταξη από το άρθρο 3 ΕισΝΚΠολΔ ως ακολούθως: *«1. Στις περιπτώσεις που ειδικοί νόμοι παραπέμπουν σε διατάξεις οι οποίες καταργούνται με το νόμο αυτό, από την εισαγωγή του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, εφαρμόζονται οι αντίστοιχες διατάξεις του. 2. Στις περιπτώσεις που διατάξεις του Αστικού Κώδικα ή άλλου νόμου παραπέμπουν στην αρμοδιότητα και στην επ' αναφορά διαδικασία γενικά του προέδρου πρωτοδικών ή στη διαδικασία των άρθρων 634 έως 639 της Πολιτικής Δικονομίας ή 564 έως 568 της Κρη-*

5 Βλ. από γενικότερης επόψεως *Κεραμέα-Κονδύλη-Νίκα (-Κουσούλη)*, ΚΠολΔ ΙΙ, 2000, σελ. 2037 επ.

6 Βλ. και *Ν. Κ. Κλαμαρή*, Σκέψεις ως προς τη διαδικασία και τη δικονομική αξιολόγηση/διάσταση του περιορισμού της ευθύνης για ναυτικές απαιτήσεις κατά τη Διεθνή Σύμβαση του Λονδίνου της 19ης Νοεμβρίου 1976 (Ν. 1923/1991) σε συνδυασμό με τα άρθρα 90 επ. ΚΙΝΔ, Γνωμοδότηση, Επιθεώρηση Ναυτιλιακού Δικαίου 40 (2012), σελ. 353-376· *τον ίδιο*, Δικονομικά Ζητήματα του περιορισμού της ευθύνης για ναυτικές απαιτήσεις κατά τη Διεθνή Σύμβαση του Λονδίνου της 19ης Νοεμβρίου 1976 (Ν. 1923/1991) σε συνδυασμό με τα άρθρα 90 επ. ΚΙΝΔ, Επιθεώρηση του Εμπορικού Δικαίου (ΕΕμπΔ) 64 (2013), σελ. 265-290 = Αναμνηστικός Τόμος Αντωνίου Αντάπαση, Αθήνα, 2013. Βλ. επίσης *Ι. Μπούγα*, Η εκδίκαση υποθέσεων που δεν είναι γνήσια ασφαλιστικά μέτρα κατά τη Διαδικασία των Ασφαλιστικών Μέτρων, Αθήνα, 2015.

τικής Πολιτικής Δικονομίας, από την εισαγωγή του ΚΠολΔ είναι αρμόδιο το μονομελές πρωτοδικείο, δικάζοντας κατά τη διαδικασία των άρθρων 686 επ. ΚΠολΔ, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά. 3. Στις περιπτώσεις που διατάξεις νόμων παραπέμπουν στην επ' αναφορά διαδικασία ενώπιον του πρωτοδικείου ή στη διαδικασία των άρθρων 640 έως 645 της Πολιτικής Δικονομίας ή 557 έως 560 της Κρητικής Πολιτικής Δικονομίας, από την εισαγωγή του ΚΠολΔ εφαρμόζεται η διαδικασία των άρθρων 740 επ., εκτός αν ο νόμος αυτός ορίζει διαφορετικά»[7].

3.3. Με βάση την ανωτέρω σαφή διάταξη του άρθρου 3 ΕισΝΚΠολΔ συνάγεται – τουλάχιστον με την πρώτη ματιά – ότι η αίτηση «της μειοψηφίας», η οποία αναφέρεται στο δεύτερο εδάφιο της τρίτης παραγράφου του άρθρου 22β Ν. 2190/1920, θα υποβληθεί και θα εκδικασθεί «κατά τη διαδικασία των άρθρων 686 επ. ΚΠολΔ, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά» – που δεν ορίζεται όμως διαφορετικά στη συγκεκριμένη περίπτωση – ενώ αρμόδιο από πλευράς υλικής αρμοδιότητας είναι «το μονομελές πρωτοδικείο». Πάντως η ρύθμιση του δευτέρου εδαφίου της παραγράφου 3 του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 δεν έχει τεθεί τελείως εκποδών, δεδομένου, ότι το άρθρο 3 §1 ΕισΝ ΚΠολΔ ρυθμίζει μόνο τη **νέα** διαδικασία – δηλαδή «τη διαδικασία των άρθρων 686 επ. ΚΠολΔ» – και τη **νέα** υλική αρμοδιότητα, δηλαδή την αρμοδιότητα του μονομελούς πρωτοδικείου, ενώ **δεν ρυθμίζει την τοπική αρμοδιότητα**. Επομένως από το συνδυασμό της αρχικής ρυθμίσεως της διατάξεως του εδαφίου β΄ της παραγράφου 3 του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 με τη μεταβατική ρύθμιση του άρθρου 3 ΕισΝΚΠολΔ συνάγεται, ότι για την εκδίκαση της περί ης ο λόγος αιτήσεως της μειοψηφίας για τον από το δικαστήριο διορισμό των Ειδικών Εκπροσώπων «της εταιρείας προς διεξαγωγήν του δικαστικού αγώνος» αρμόδιο από πλευράς τοπικής αρμοδιότητας είναι «το μονομελές πρωτοδικείο» (άρθρο 3 ΕισΝΚΠολΔ) εκείνης «της περιφερείας εις την οποίαν εδρεύει η εταιρεία» (άρθρο 22β § 3 εδ. β΄ Ν. 2190/1920).

3.4. Αν και με βάση τη σχετική νομοθεσία – άρθρο 22β § 3 Ν. 2190/1920 σε συνδυασμό και με το άρθρο 3 ΕισΝΚΠολΔ – προκύπτει, λαμβάνοντας υπόψη το γράμμα αυτής, ότι εφαρμόζεται εν προκειμένω η διαδικασία των άρθρων 686 επ. ΚΠολΔ – **δηλαδή η διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων του ΚΠολΔ** – παρά ταύτα και στη νομολογία και στη θεωρία έχει επικρατήσει, όπως ελέχθη προηγουμένως, η άποψη – η οποία συνιστά και την εν προκειμένω κρατούσα άποψη – ότι οι «ειδικοί εκπρόσωποι διορίζονται είτε από τη Γ.Σ. (χωρίς δικαστική παρέμβαση), σε περίπτωση που η ίδια είχε ζητήσει την άσκηση της εταιρικής αγωγής, είτε από το μονομελές πρωτοδικείο της έδρας της εταιρείας ύστερα από αίτηση της μειοψηφίας του 1/10 που ζήτησε τη δίωξη των υπαίτιων συμβούλων»[8] και ειδικότερα κατά «τη διαδικασία της

7 Βλ. και *Κεραμέα-Κονδύλη-Νίκα (-Κουσούλη)*, ΚΠολΔ ΙΙ, 2000, σελ. 2037.

8 *Ν. Κ. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρείες6, Αθήνα, 2008, σελ. 333. Βλ. επίσης: *Α. Τσιριντάνη,* Στοιχεία Εμπορικού Δικαίου, τ. Α΄ 6. έκδοση, Αθήναι 1962, σελ. 159· *Ε. Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, Κεφαλαιουχικές Εταιρίες, τ. Β΄, 3. έκδοση, Αθήνα, 2009, σελ. 121/122· *Λ. Γεωργακόπουλο*, Το Δίκαιον των Εταιρειών, ΙΙΙ, 1974, σελ. 151 επ. Για το ζήτημα της παραιτήσεως μετόχου Α.Ε. από το δικαίωμα ασκήσεως της «εταιρικής αγωγής» του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 βλ. Γνωμοδότηση του Αποστόλου Γεωργιάδου ΧρΙΔ 2006, σελ. 944.

εκούσιας δικαιοδοσίας»[9]. Φρονώ, ότι η άποψη αυτή δεν είναι συμβατή με τη ρύθμιση του άρθρου 3 ΕισΝΚΠολΔ και ότι για το διορισμό των «Ειδικών Εκπροσώπων» του άρθρου 22β § 3 Ν. 2190/1920 πρέπει να εφαρμόζεται η διαδικασία των άρθρων 686 επ. ΚΠολΔ (δηλαδή των ασφαλιστικών μέτρων). Από τα ενδιαφέροντα δικονομικά ζητήματα που έχουν ανακύψει σχετικώς με το διορισμό των ειδικών εκπροσώπων είναι και το ερώτημα, αν εν προκειμένω τυγχάνει ή όχι εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 69 ΑΚ. Κατά τον **Νικόλαο Ρόκα** από «την ερμηνεία της διατάξεως της § 3 αρθρ. 22β συνάγεται, ότι πρώτιστος σκοπός της ήταν να εξασφαλισθεί η έγερση της εταιρικής αγωγής και όχι η άρση συγκρούσεως συμφερόντων (κατά ΑΚ 69)» και ότι «…Κατά τα λοιπά όμως δεν μπορεί να εφαρμοσθεί στην προκειμένη περίπτωση η ΑΚ 69 χωρίς τη συνδρομή των ειδικών προϋποθέσεων του άρθρου 22β»[10], δεδομένου ότι «η διάταξη του άρθρου 22β §3 είναι lex specialis έναντι της ΑΚ 69»[11].

3.5. Το ζήτημα της νομικής φύσεως των «Ειδικών Εκπροσώπων» που ορίζονται σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 δεν φαίνεται να έχει απασχολήσει την ελληνική επιστήμη του εμπορικού δικαίου και γενικότερα την ελληνική νομική επιστήμη. Προφανώς η σαφής ρύθμιση των άρθρων 18 επ. και 22β Ν. 2190/1920, αλλά και των σχετικών διατάξεων του ΚΠολΔ, ως προς την ικανότητα παραστάσεως στο δικαστήριο – *«ικανότης προς το παρίστασθαι επί δικαστηρίου και διεξάγειν την δίκην εν ιδίω ονόματι»*[12] – αποτέλεσε ανασταλτικό παράγοντα για την από πλευράς δικονομικής θεωρήσεως έρευνα του ζητήματος της νομικής φύσεως του «Ειδικού Εκπροσώπου» ή αντιστοίχως των «Ειδικών Εκπροσώπων» που ορίζονται σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 22β Ν. 2190/1920. Το ειδικότερο δικονομικής φύσεως ζήτημα που θα μπορούσε ενδεχομένως να τεθεί σχετικώς με τη νομική φύση του «Ειδικού Εκπροσώπου» ή των «Ειδικών Εκπροσώπων» του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 είναι, αν αυτοί οι «Ειδικοί Εκπρόσωποι» ενεργούν από πλευράς δικονομικής θεωρήσεως ως εκπρόσωποι της Ανώνυμης Εταιρείας – λόγω της γενικώς ελλείπουσας στην Ανώνυμη Εταιρεία ικανότητας παραστάσεως στο δικαστήριο ιδίω ονόματι – σύμφωνα με τους ορισμούς της διατάξεως του άρθρου 64 § 2 ΚΠολΔ, ή ως μη δικαιούχοι ή μη υπόχρεοι διάδικοι (κατ' άρθρον 68 ΚΠολΔ). Όπως γενικώς πλέον γίνεται δεκτόν – και έχει ήδη επισημανθεί από τον **Λάμπρο Σινανιώτη** στην κλασική υφηγητική του διατριβή για τη «Νομιμοποίηση» – είναι διάφορος *«η έννοια της νομιμοποιήσεως από την της ικανότητος προς το παρίστασθαι επί δικαστηρίου»*, δε-

9 *Ν. Κ. Ρόκας*, ό.π., σελ. 333 και εκεί υποσημείωση 165 με παραπομπή και σε σχετική νομολογία [«ΜΠΑ 4421/70, ΜΠΑ 17895/81, ΑΠ 1506/00, ΕΕμπΔ 1971, 42 με παρατ. *Ν. Ρόκα* (σ. 114), 1982, 573, 2001, 76»]· βλ. επίσης *Ε. Περάκη-Σ. Μούζουλα*, ΔικΑΕ, ό.π., άρθρ. 22β, σελ. 199.

10 *Ν. Κ. Ρόκας*, ό.π., σελ. 333 και 334.

11 *Ν. Κ. Ρόκας*, ό.π., σελ. 334 και εκεί υποσημείωση 168 όπου γίνεται αναφορά και στις αποφάσεις «ΜΠΑ 17895/81, 940/83, ΕΕμπΔ 1982, 573, 1984, 266» που υιοθετούν αυτή την άποψη. Βλ. επίσης πιο κάτω υποσημ. 86.

12 Κατά την ορολογία του *Γεωργίου Θ. Ράμμου* υπό το κράτος ισχύος της Πολιτικής Δικονομίας 1834 (βλ. *Γ. Θ. Ράμμου*, Στοιχεία Ελληνικής Πολιτικής Δικονομίας, 5. έκδοσις, τόμος πρώτος, τεύχος πρώτον, Αθήναι, 1961, § 82, σελ. 165).

δομένου ότι η ικανότητα προς το παρίστασθαι επί δικαστηρίου *«σημαίνει την ικανότητα του διεξάγειν δίκας ιδίω ονόματι αυτοπροσώπως ή δι' αντιπροσώπου, αποτελεί δηλ. και αύτη ιδιότητα του διαδίκου, ήτις προσδιορίζεται εκ των προσωπικών ικανοτήτων και σχέσεων αυτού, εν αντιθέσει προς την νομιμοποίησιν, ήτις απορρέει εκ του ισχυρισμού περί υπάρξεως ωρισμένης σχέσεως του συγκεκριμένου διαδίκου προς το επίδικον αντικείμενον»* με συνέπεια *«αν ελλείπη εις τινα η ικανότης προς το παρίσταται επί δικαστηρίου, δεν δύναται ούτος να εναγάγη ή να εναχθή αυτοπροσώπως, ενώ αν ούτος δεν νομιμοποιείται απλώς, καλώς μεν ενάγει ή ενάγεται η αγωγή του όμως θα απορριφθή ελλείψει παθητικής ή ενεργητικής νομιμοποιήσεως»*[13]. Επομένως η μεν *«έλλειψις της ικανότητος προς το παρίστασθαι επί δικαστηρίου θεραπεύεται δια της διεξαγωγής της δίκης δια του νομίμου αντιπροσώπου του μη έχοντος την ως άνω ικανότητα διαδίκου, τούτο όμως δεν συμβαίνει και επί ελλείψεως της νομιμοποιήσεως»*, ενώ βεβαίως εκ παραλλήλου το *«θέμα της νομιμοποιήσεως ανακύπτει και εις τας δια νομίμου αντιπροσώπου διεξαγομένας δίκας κρίνεται όμως ουχί εν σχέσει προς το πρόσωπο του αντιπροσώπου αλλά του αντιπροσωπευομένου»*[14].

Με βάση τις σαφείς ρυθμίσεις του άρθρου 18 § 1, αλλά και των λοιπών σχετικών διατάξεων του Ν. 2190/1920, το Διοικητικό Συμβούλιο «εκπροσωπεί δικαστικά και εξώδικα την Ανώνυμη Εταιρεία»[15]. Δηλαδή το Νομικό Πρόσωπο της Ανώνυμης Εταιρείας, το οποίο στερείται, ως Νομικό Πρόσωπο, της ικανότητας *«προς το παρίστασθαι επί δικαστηρίου και διεξάγειν την δίκην επί ιδίω ονόματι»*, εκπροσωπείται στην αντίστοιχη δίκη από το Διοικητικό Συμβούλιο της αντίστοιχης Ανώνυμης Εταιρείας, το οποίο αναπληρώνει την ελλείπουσα στο Νομικό Πρόσωπο της Ανώνυμης Εταιρείας ικανότητα δικαστικής παραστάσεως και η δίκη διεξάγεται στο όνομα της Ανώνυμης Εταιρείας ως διαδίκου κατ' άρθρον 62 ΚΠολΔ, πλην όμως, όπως ελέχθη, διά του εκπροσωπούντος αυτήν Διοικητικού Συμβουλίου, το οποίο έχει την προς τούτο ικανότητα παραστάσεως στο δικαστήριο, στο όνομα βεβαίως της αντίστοιχης Ανώνυμης Εταιρείας, η οποία είναι διάδικος στην ως άνω δίκη. Κατ' ακολουθίαν των σχετικών ρυθμίσεων του Εμπορικού Νόμου και του ΚΠολΔ γίνονται κατά κρατούσα άποψη από πλευράς δικονομικής θεωρήσεως της νομικής φύσεως και του νομικού χαρακτηρισμού των «Ειδικών Εκπροσώπων» στην ελληνική επιστήμη του Εμπορικού Δικαίου δεκτά τα ακόλουθα[16]: α) Οι Ειδικοί Εκπρόσωποι εκπροσωπούν – και στο πεδίο της διαδικαστικής προϋποθέσεως της ικανότητας παραστάσεως στο δικαστήριο – την εταιρεία στη συγκεκριμένη δίκη εναντίον των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου. β) Στη δίκη αυτή διάδικοι είναι αφενός η ενάγουσα Ανώνυμη Εταιρεία, η οποία στη δίκη αυτή εκπροσωπείται από πλευράς ικανότητας παραστάσεως

13 Έτσι *Λ. Σινανιώτης*, Η Νομιμοποίησις των Διαδίκων εν τη Πολιτική Δίκη, Αθήναι, 1968, σελ. 38.
14 *Λ. Σινανιώτης*, ό.π., σελ. 38/39.
15 *Ν. Ρόκας*, ό.π., σελ. 313, αριθμ. 39.
16 Βλ. *Ν. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, 6. έκδοση, Αθήνα, 2008, § 31, σελ. 333 επ.· *Ε. Περάκης (-Σ. Μούζουλας)*, ΔικΑΕ, ό.π., σελ. 210-213.

στο δικαστήριο κατ' άρθρο 64 § 2 ΚΠολΔ από τους Ειδικούς Εκπροσώπους που ορίσθηκαν σύμφωνα με το άρθρο 22β Ν. 2190/1920, και αφετέρου τα εναγόμενα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου.

Θέμα τυχόν νομικής φύσεως των «Ειδικών Εκπροσώπων», όταν αυτοί ασκούν την εταιρική αγωγή αποζημιώσεως κατά μελών του Διοικητικού Συμβουλίου, ως μη δικαιούχων διαδίκων δεν φαίνεται να έχει απασχολήσει την ελληνική νομική επιστήμη. Μόνο ο **Ν. Ρόκας** ειδικώς και μόνο σχετικά με τη δυνατότητα του μετόχου να ασκήσει την εταιρική αγωγή επισημαίνει σχετικώς, ότι *«σε αρκετά ξένα δίκαια αναγνωρίζεται, με περισσότερες ή λιγότερες προϋποθέσεις, η δυνατότητα του μετόχου να ασκήσει την εταιρική αγωγή ως μη δικαιούχος διάδικος»*[17].

3.6. Με βάση την ελληνική δικονομικής φύσεως (ΚΠολΔ) και ουσιαστικής φύσεως (Ν. 2190/1920) ρύθμιση ο «Ειδικός Εκπρόσωπος» του άρθρου 22β Ν. 2190/1920 δεν είναι – κατά τη γνώμη μου – «μη δικαιούχος διάδικος», αλλά εκπρόσωπος της Α.Ε. στη σχετική δίκη.

4. Η ρύθμιση στη γερμανική νομοθεσία περί Α.Ε.

4.1. Η θέσπιση ενός «Ειδικού Εκπροσώπου» («Besonderer Vertreter») προβλέπεται και στη γερμανική νομοθεσία για τις Ανώνυμες Εταιρείες[18]. Ο ορισμός ενός «Ειδικού Εκπροσώπου»[19] προβλέπεται από τη διάταξη της παραγράφου 147 (υποπαράγραφο 2 αυτής) του Νόμου για τις Ανώνυμες Εταιρείες («Aktiengesetz») για την περίπτωση της προβολής «υποκαταστάτων αξιώσεων», ή άλλως «αποζημιωτικών αξιώσεων» («Ersatzansprüche») της Ανώνυμης Εταιρείας εναντίον των προσώπων που ευθύνονται έναντι αυτής σύμφωνα με τις διατάξεις των παραγράφων 46 έως 48 και 53 του ως άνω γερμανικού νόμου, καθώς και εναντίον των προσώπων που ευθύνονται έναντι της Α.Ε. λόγω προκλήσεως ζημίας εις αυτήν στο πλαίσιο της αναμείξεώς τους στη διαχείριση και στη διοίκηση της Α.Ε., όπως λ.χ. εναντίον των προσώπων, τα οποία ήταν μέλη του Δ.Σ. ή του Εποπτικού Συμβουλίου της Α.Ε. κ.ο.κ.

Σύμφωνα με την ως άνω διάταξη (πρώτο εδάφιο της υποπαραγράφου 2 της παραγράφου 147 του γερμανικού Νόμου για τις Α.Ε.) μπορεί η Γ.Σ. της Α.Ε. – προκειμένου να επιδιωχθούν δικαστικώς οι περί ων ο λόγος «υποκατάστατες αξιώσεις» ή άλλως «αποζημιωτικές αξιώσεις» της Α.Ε. εναντίον των προσώπων που αναφέρθη-

17 *Ν. Ρόκας,* ό.π., σελ. 335.

18 Aktiengesetz (της 6.9.1965, όπως ισχύει από 4.7.2013).

19 Βλ. την ειδική εξαιρετική μελέτη του διασήμου διεθνώς καθηγητού *Harm-Peter Westermann* με τίτλο «Der Besondere Vertreter im Aktienrecht» στο περιοδικό A.G. 2009, σελ. 237-247. Η μελέτη αυτή του *H.-P. Westermann* αντιστοιχεί στην ομιλία του – με τον ίδιο τίτλο – στο επιστημονικό συμπόσιο το οποίο είχε οργανωθεί το έτος 2009 (20.2.2009) στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Tübingen προς τιμήν και με την ευκαιρία των 80ών γενεθλίων του Ομοτίμου Καθηγητού της ως άνω Νομικής Σχολής (και Επιτίμου Διδάκτορος Νομικής της Νομικής Σχολής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών) *Wolfgang Zöllner.*

καν προηγουμένως – να διορίσει «Ειδικούς Εκπροσώπους» («Besondere Vertreter»). Εν προκειμένω πρόκειται για μια δυνατότητα που θεσπίζεται από το νόμο για τη Γ.Σ. να προβεί στην περίπτωση αυτή στο διορισμό «Ειδικού Εκπροσώπου», ή «Ειδικών Εκπροσώπων»· δηλαδή η Γ.Σ. της Α.Ε. έχει με βάση αυτή τη διάταξη απλώς τη δυνατότητα να προβεί κατά την κρίση της στο διορισμό «Ειδικού Εκπροσώπου» και δεν υπέχει νομική υποχρέωση να προβεί στο διορισμό «Ειδικού Εκπροσώπου». Παραλλήλως όμως με αυτή τη δυνατότητα για διορισμό «Ειδικού Εκπροσώπου» με απόφαση – και με απλή πλειοψηφία – της Γ.Σ. της Α.Ε. προβλέπεται και ο υποχρεωτικός διορισμός «Ειδικού Εκπροσώπου» από το δικαστήριο στην περίπτωση που υποβληθεί σχετική αίτηση από μετόχους, οι οποίοι εκπροσωπούν ένα ορισμένο ποσοστό του κατατεθειμένου κεφαλαίου ή οι μετοχές τους αντιστοιχούν σε ένα ορισμένο χρηματικό ποσό και με την προϋπόθεση, ότι το δικαστήριο κρίνει ότι ο διορισμός «Ειδικού Εκπροσώπου» ή «Ειδικών Εκπροσώπων» είναι ή εμφανίζεται ως σκόπιμος για την αποτελεσματική προβολή αυτών των «αποζημιωτικών αξιώσεων»[20,21]. Εφόσον το Δικαστήριο κάνει δεκτή την ως άνω αίτηση των μετόχων, τότε η σχετική δικαστική δαπάνη βαρύνει την εταιρεία. Κατά της αποφάσεως του Δικαστηρίου επιτρέπεται η άσκηση του ενδίκου μέσου της «μέμψεως» ή άλλως «προσφυγής» («Beschwerde»). Το Δικαστήριο στο πλαίσιο της δικαιοδοτικής του αρμοδιότητας για την εξέταση της ως άνω αιτήσεως των μετόχων δεν ερευνά τις πιθανότητες της βασιμότητας – και πιο συγκεκριμένα τις «πιθανότητες επιτυχίας»[22] – των προβαλλομένων αξιώσεων, αλλά την ύπαρξη ενός λόγου για το διορισμό ενός Ειδικού Εκπροσώπου, ο οποίος θα πρέπει να γίνει δεκτός, αν δεν αναμένεται ότι οι νόμιμοι εκπρόσωποι της εταιρείας θα προβούν σε μία ουσιαστική προβολή των σχετικών αξιώσεων[23]. Από πλευράς υλικής και τοπικής αρμοδιότητας αρμόδιο είναι το Ειρηνοδικείο («Amtsgericht») της έδρας της εταιρείας[24].

4.2. Νομικό θεμέλιο της τοπικής και υλικής αρμοδιότητας, καθώς και της ακολουθητέας διαδικασίας είναι ο Νόμος για τις Ανώνυμες Εταιρείες (AktG) και ο Νόμος για την Εκούσια Δικαιοδοσία (FamFG). Ειδικότερα η διάταξη της παραγράφου 14 AktG ορίζει, ότι «Δικαστήριο κατά την έννοια αυτού του νόμου, εφόσον δεν ορίζεται κάτι άλλο, είναι το Δικαστήριο της έδρας της Εταιρείας»[25]. Όπως με έμφαση δι-

20 Κατά τη γραμματική διατύπωση της σχετικής διατάξεως: «…wenn ihm dies für eine gehörige Geltendmachung zweckmäßig erscheint».

21 Βλ. σχετικώς: *Henssler/Strohn,* Gesellschaftsrecht, AktG, Art. 147 (Liebscher), σελ. 1555 επ. (1556/1557)· *W. Hölters,* Aktiengesetz, Kommentar, 2η έκδοση, 2014, άρθρ. 147 (-Hirschmann) περ.αρ. 9 επ., σελ. 1269/1270.

22 «…die Erfolgsaussichten der Ansprüche…», *Henssler/Strohn,* ό.π., AktG, άρθρ. 147 (Liebscher), σελ. 1556.

23 *Henssler/Strohn*, ό.π., AktG, άρθρ. 147 (Liebscher), σελ. 1556: «Dabei prüft das Gericht nicht die Erfolgsaussichten der Ansprüche, sondern das Vorliegen eines Grundes für die Bestellung eines besonderen Vertreters, der dann zu bejahen ist, wenn eine sachgerechte Geltendmachung der Ansprüche durch die gesetzlichen Vertreter nicht zu erwarten ist».

24 *W. Goette-M. Habersack-S. Kalss (-Schröer)*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, B. 3, e Auflage, München, 2013, σελ. 979.

25 «Gericht im Sinne dieses Gesetzes ist, wenn nichts anderes bestimmt ist, das Gericht des Sitzes der Gesellschaft».

ευκρινίζεται, η διάταξη της παραγράφου 14 AktG ρυθμίζει την τοπική αρμοδιότητα μόνο για τις υποθέσεις/διαφορές που υπάγονται στη διαδικασία της Εκούσιας Δικαιοδοσίας και οι οποίες σχετίζονται με το δίκαιο των Ανωνύμων Εταιρειών[26], ενώ στη συγκεκριμένη περίπτωση του διορισμού Ειδικού Εκπροσώπου κατά τη διάταξη της παραγράφου 147 υποπαράγρ. 2 AktG πρόκειται ειδικότερα για υπόθεση Εκούσιας Δικαιοδοσίας που υπάγεται στις λεγόμενες διαδικασίες του «δικαίου των επιχειρήσεων»[27], δεδομένου ότι η παράγραφος 375 αρ. 3 του νέου Νόμου για την Εκούσια Δικαιοδοσία[28] ρητώς υπάγει στην κατά τον ως άνω νόμο κατηγορία των «διαδικασιών του δικαίου των επιχειρήσεων» («Unternehmensrechtliche Verfahren») και τις υποθέσεις που υπάγονται στα δικαστήρια σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 147 υποπαραγρ. 2 AktG[29]. Στο πλαίσιο αυτής της διαδικασίας της Εκούσιας Δικαιοδοσίας το Δικαστήριο, σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 26 τους ως άνω νόμου, οφείλει να ερευνήσει αυτεπαγγέλτως τη συνδρομή των κρίσιμων για την απόφασή του πραγματικών περιστατικών προβαίνοντας και στις απαραίτητες αποδείξεις[30]. Επίσης, σύμφωνα και με το άρθρο 34 του ίδιου νόμου για την Εκούσια Δικαιοδοσία, το Δικαστήριο οφείλει να δώσει τη δυνατότητα ακροάσεως σε όλους τους συμμετέχοντες[31] στην αντίστοιχη δίκη και ιδίως βεβαίως στην ίδια την εταιρεία[32]. Η δικαστική απόφαση έχει τη νομική φύση του «Beschluss»[33] και πρέπει να έχει αιτιολογία, στο βαθμό δε που το Δικαστήριο έκανε δεκτή την υποβληθείσα αίτηση για διορισμό Ειδικού Εκπροσώπου ή Ειδικών Εκπροσώπων, πρέπει στη δικαστική αυτή απόφαση να αναφέρονται ο Ειδικός Εκπρόσωπος που διορίστηκε ή αντιστοίχως οι Ειδικοί Εκπρόσωποι που διορίστηκαν, καθώς και οι πιθανές νομικές παραβάσεις που θα πρέπει να διερευνήσουν και για τις οποίες ζητήθηκε από το Δικαστήριο ο διορισμός τους, προκειμένου να επιδιώξουν την ικανοποίηση των αντιστοίχων αξιώσεων εναντίον εκείνων, οι οποίοι (φέρονται να) παραβίασαν τη σχετική νομοθεσία και προξένησαν ζημία

26 *Henssler/Strohn,* ό.π., AktG, § 14· *Lange/Maier-Reimer,* σελ. 1229 και 1230.

27 *Henssler/Strohn,* ό.π., AktG, § 14· *Lange/Maier-Reimer,* σελ. 1230: «unternehmensrechtliche Verfahren».

28 «Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen» (έναρξη ισχύος: 1.9.2009).

29 *Prütting/Helms/Holzer*, FamFG (Kommentar mit Fam GKG), 3η έκδοση, 2014, § 375, περ.αρ. 1, σελ. 2728 και περ.αρ. 7, σελ. 2731· όπως ρητώς επισημαίνεται από τους ως άνω συγγραφείς η έννοια και ο όρος «των διαδικασιών του δικαίου των επιχειρήσεων» («unternehmensrechtliche Verfahren») εισήχθη για πρώτη φορά με το νέο Νόμο για την Εκούσια Δικαιοδοσία.

30 *Goette-Habersach-Kalss (-Schröer)*, ό.π., § 147, περ.αρ. 71, σελ. 979· *Prütting-Helms (-Prütting)*, ό.π., § 26, σελ. 235-251.

31 Στο πεδίο της διαδικασίας της Εκούσιας Δικαιοδοσίας στη Γερμανία γίνεται λόγος όσον αφορά τα πρόσωπα που είναι υποκείμενα της δίκης και τα οποία θα καταλαμβάνονται από τις έννομες συνέπειες της εκδοθησομένης ή εκδοθείσας δικαστικής αποφάσεως για «συμμετέχοντες» («Beteiligten») και όχι για «διαδίκους» («Parteien»).

32 *Goette-Habersach-Kalss (-Schröer)*, ό.π., § 147, περ.αρ. 71, σελ. 979· *Prütting-Helms (-Abramenko)*, ό.π., § 34, σελ. 303-319.

33 Η κατά τη γερμανική δικονομική νομοθεσία δικαστική απόφαση που φέρει την ονομασία «Beschluss» αντιστοιχεί από πλευράς ελληνικής δικονομικής νομοθεσίας και ελληνικής επιστήμης αστικού δικονομικού δικαίου άλλοτε με την ελληνική «οριστική απόφαση» και άλλοτε με την ελληνική «μη οριστική απόφαση»: βλ. *N. K. Klamaris,* Der Widerruf gerichtlicher Entscheidungen im griechischen Zivilprozess, ZfRV (Zeitchrift für Rechtsvergleichung, Wien), 2005, σελ. 215-229 (219/220)· *N. K. Κλαμαρή,* Ο Κανών της άπαξ μόνον ασκήσεως των ενδίκων μέσων, 1981, σελ. 283/284.

στη εταιρεία[34]. Όπως ελέχθη και προηγουμένως, σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 147, υποπαράγρ. 2, εδάφιο 4 του γερμανικού νόμου για τις ανώνυμες εταιρείες (AktG), η απόφαση του Δικαστηρίου υπόκειται σε προσβολή με το ένδικο μέσο της «μέμψεως» – ή άλλως «προσφυγής» – («Beschwerde» κατά τη γερμανική ορολογία) σύμφωνα με τις διατάξεις των παραγράφων 58 υποπαράγρ. 1, 63 υποπαράγρ. 1 και 64 του γερμανικού νόμου για την Εκούσια Δικαιοδοσία (FamFG)[35]. Υπό προϋποθέσεις είναι παραδεκτή και η άσκηση του ενδίκου μέσου της «μέμψεως για νομικό ζήτημα» – άλλως «προσφυγής για νομικό ζήτημα» – («Rechtsbeschwerde» κατά τη γερμανική ορολογία)[36].

4.3. Εκτός από την περίπτωση του κατά την παράγραφο 147 AktG ορισμού/ διορισμού Ειδικού Εκπροσώπου για τη δικαστική επιδίωξη των αξιώσεων της εταιρείας εναντίον των έναντι αυτής ευθυνόμενων προσώπων – μελών του Διοικητικού Συμβουλίου και του Εποπτικού Συμβουλίου της Εταιρείας κ.ο.κ. – με τη διάταξη της παραγράφου 148 AktG προβλέπεται επιπροσθέτως, μετά την υποβολή αντιστοίχου αιτήσεως εκ μέρους των προς τούτο ενδιαφερομένων μετόχων, η παροχή ειδικής άδειας προς τους αιτούντες μετόχους εκ μέρους του αρμοδίου για την εκδίκαση της αντίστοιχης αιτήσεως δικαστηρίου, προκειμένου οι ως άνω περί ων ο λόγος μέτοχοι να επιδιώξουν «ιδίω ονόματι» («im eigenen Namen») τις κατά τη διάταξη της παραγράφου 147 (υποπαράγρ. 1 εδάφιο 1) AktG «αποζημιωτικές αξιώσεις» («Ersatzansprüche») της εταιρείας[37,38].

5. Δικονομικές/Διαδικαστικές διαφοροποιήσεις μεταξύ της ρυθμίσεως του διορισμού «Ειδικού Εκπροσώπου» σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 147 του AktG και της ρυθμίσεως για την παροχή άδειας από το Δικαστήριο σε μετόχους για την ιδίω ονόματι άσκηση των αγωγών για τις «αποζημιωτικές αξιώσεις» σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 148 AktG

5.1. Εκτός από την περίπτωση του διορισμού ενός «Ειδικού Εκπροσώπου» για την άσκηση των σχετικών αγωγών αποζημιώσεως σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 147 AktG προβλέπεται και η περίπτωση της παροχής από το δικαστήριο ει-

34 *Goette-Habersach-Kalss (-Schröer)*, ό.π., § 147, περ.αρ. 71, σελ. 978/980.

35 *Goette-Habersach-Kalss (-Schröer)*, ό.π., § 147, περ.αρ. 71, σελ. 980· *Prütting-Helms (-Abramenko)*, ό.π., § 58, σελ. 490 επ., § 63, σελ. 545 επ., § 64, σελ. 553 επ.

36 *Goette-Habersach-Kalss (-Schröer)*, ό.π., § 147, περ.αρ. 71, σελ. 980. Βλ. επίσης *Prütting-Helms (-Abramenko)*, ό.π., § 70, σελ. 643.

37 § 148, υποπαράγρ. 1, εδ. 1: «Aktionäre, deren Anteile im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen den einhundersten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 Euro erreichen, können die Zulassung beantragen, im eigenen Namen die in § 147 Abs. 2 S. 1 bezeichneten Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen».

38 Βλ. *Henssler/Strohn (-Liebscher),* ό.π., § 148, σελ. 1557 επ.

δικής άδειας σε μια ορισμένη κατηγορία μετόχων για να ασκήσουν αυτοί οι ίδιοι επί ιδίω ονόματι τις λεγόμενες «αποζημιωτικές αξιώσεις» της παραγράφου 147 (υποπαράγρ. 1, εδάφιο 1) AktG. Εν προκειμένω οι περί ων ο λόγος μέτοχοι, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση πρέπει να συγκεντρώνουν ένα ποσοστό του μετοχικού κεφαλαίου, δεν έχουν ούτως ή άλλως το δικαίωμα να ασκήσουν αυτές τις αγωγές, αλλά μόνον εάν τους χορηγήσει ειδική προς τούτο άδεια το δικαστήριο σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους της παραγράφου 148 AktG.

5.2. Η διαδικασία για την παροχή άδειας για άσκηση αγωγής αποζημιώσεως («Klagezulassungsverfahren») συνιστά στην πραγματικότητα μία διαδικασία, η οποία προτάσσεται της – ως προς αυτήν «μεταγενέστερης» – διαδικασίας που αρχίζει κατά κυριολεξία με την άσκηση της αντίστοιχης αγωγής[39]. Πρόκειται για μια «διαδικασία ιδιόμορφου είδους»[40], η οποία υπάγεται στην Αμφισβητούμενη Τακτική Διαδικασία και όχι στη ρύθμιση της Εκούσιας Δικαιοδοσίας[41].

5.3. Η αγωγή αποζημιώσεως, η οποία ασκείται από τους μετόχους με βάση τη διάταξη της παραγράφου 148 AktG ενέχει το στοιχείο της επικουρικότητας, και μάλιστα υπό διπλή έννοια. Αφενός είναι επικουρική έναντι της όμοιας αγωγής που μπορεί να ασκήσει η ίδια η εταιρεία[42], και τούτο επειδή οι αιτούντες μέτοχοι θα πρέπει να αποδείξουν, ότι ζήτησαν από την εταιρεία να ασκήσει η ίδια την περί ης ο λόγος αγωγή θέτοντάς της και μία ανάλογη προθεσμία που όμως παρήλθεν άπρακτη[43] και αφετέρου είναι «επικουρική» έναντι της αντίστοιχης αγωγής, η οποία έχει ασκηθεί ή ασκείται από το αντίστοιχο αρμόδιο όργανο ή κατ' εφαρμογήν της παραγράφου 147 (υποπαράγραφος 1) AktG με την έννοια, ότι στην περίπτωση αυτή – δηλαδή της ασκήσεως αυτής της τελευταίας αγωγής – ελλείπει το αντίστοιχο έννομο συμφέρον («Rechtsschutzbedürfnis») από τους μετόχους ως προς την από αυτούς τους ίδιους υποβολή αιτήσεως, για να τους χορηγηθεί η ειδική άδεια προς άσκηση και από αυτούς τους ίδιους της οικείας αγωγής[44].

5.4. Διάδικοι της δίκης, η οποία διεξάγεται με βάση την αίτηση των μετόχων κατ' εφαρμογήν της παραγράφου 148 AktG για να τους χορηγηθεί από το δικαστήριο η ειδική άδεια για να ασκήσουν την περί ης ο λόγος αγωγή, είναι οι αιτούντες μέτοχοι και τα καθ' ων η αίτηση μέλη του Οργάνου, κατά των οποίων θα προβληθούν οι αξιώσεις προς αποκατάσταση της ζημίας. Εν προκειμένω στην πραγματικότητα οι ως άνω αιτούντες μέτοχοι υποβάλλουν το αίτημα να τους χορηγηθεί από το δικαστήριο ειδική άδεια, για να ασκήσουν ως νομιμοποιούμενοι διάδικοι – δηλαδή με την έννοια των «μη δικαιούχων ή μη υποχρέων διαδίκων» – και επί ιδίω ονόματι αγωγή εναντίον των μελών του Οργάνου της Εταιρείας για αξίωση της Εταιρείας εναντίον τους,

39 W. *Goette/M. Habersack/S.Kalss(-Schöer)*, MükoAktG³, § 148, περ. αρ. 1, σελ. 993 (München, 2013).
40 «Verfahren eigener Art» [*W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (-Schöer)*, MükoAktG³, ό.π., περ. αρ. 47, σελ. 1005].
41 *W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (-Schöer)*, ό.π., σελ. 1005.
42 *W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (-Schöer)*, MükoAktG, ό.π., σελ. 998 περ. αρ. 23.
43 *W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (-Schöer)*, ό.π., σελ. 998.
44 *W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (-Schöer)*, ό.π., σελ. 1006, περ. αρ. 55.

με την οποία θα ζητείται η καταβολή της επιδικαζομένης αποζημιώσεως απ' ευθείας στην Εταιρεία[45].

5.5. Αντικείμενο της δίκης στο πλαίσιο της διαδικασίας της εκδικάσεως της αιτήσεως για τη χορήγηση άδειας για άσκηση της αγωγής αποζημιώσεως είναι κατ' ακρίβειαν το αίτημα των αιτούντων μετόχων να τους χορηγηθεί από το δικαστήριο η εξουσία διεξαγωγής της δίκης – δηλαδή η νομιμοποίηση – να επιδιώξουν δικαστικώς μία αξίωση αποζημιώσεως της Εταιρείας εναντίον κάποιου μέλους ή κάποιων μελών ενός Οργάνου της Εταιρείας[46].

6. Η απόφαση του Εφετείου Μονάχου της 7.10.2008

Ιδιαιτέρως ενδιαφέρουσα και σημαντική για το ζήτημα της νομικής φύσεως και των δικονομικών δικαιωμάτων και δυνατοτήτων που έχει ο «Ειδικός Εκπρόσωπος», ο οποίος έχει διορισθεί με βάση τη διάταξη της παραγράφου 147, υποπαράγραφος 2 του γερμανικού νόμου για τις Α.Ε. (AktG), είναι η απόφαση (εν προκειμένω «Beschluss») του Εφετείου Μονάχου της 7.10.2008[47]. Εν προκειμένω ο με απόφαση της Γ.Σ. της εναγόμενης εταιρείας διορισθείς συγκεκριμένος «Ειδικός Εκπρόσωπος» προκειμένου να προβεί σε δικαστική επιδίωξη «αποζημιωτικών αξιώσεων» κατά μελών του Δ.Σ. και του Ε.Σ. άσκησε πρόσθετη παρέμβαση στη δίκη επί της αγωγής που άσκησε η μεγαλομέτοχος Α.Ε. με αίτημα να αναγνωρισθεί ως άκυρη η ως άνω απόφαση της Γ.Σ της εναγόμενης εταιρείας. Ο συγκεκριμένος «Ειδικός Εκπρόσωπος» θεμελίωνε το παραδεκτό της από αυτόν ασκηθείσας πρόσθετης παρεμβάσεως στην παράγραφο 66 της Γερμανικής Ποινικής Δικονομίας, η οποία απαιτεί τη συνδρομή εννόμου συμφέροντος ως προς τη νίκη ενός των κυρίων διαδίκων της δίκης[48]. Στην ως άνω απόφαση του Εφετείου Μονάχου με έμφαση επισημαίνεται, ότι ο συγκεκριμένος «Ειδικός Εκπρόσωπος» διευκρίνιζε στο δικόγραφο της πρόσθετης παρεμβάσεώς του ρητώς τα ακόλουθα: *Πρώτον* ότι δεν ασκεί την πρόσθετη παρέμβαση ως φυσικό πρόσωπο· *δεύτερον* ότι δεν ασκεί πρόσθετη παρέμβαση για λογαριασμό της από αυτόν εκπροσωπούμενης εταιρείας· *τρίτον* ότι ασκεί την πρόσθετη παρέμβαση με την ιδιότητα του «Ειδικού Εκπροσώπου» ως «Οργά-

45 *W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (-Schöer)*, ό.π., σελ. 1006, περ. αρ. 53: «Die Antragsteller beantragen, dass sie als Prozessstandschafter einen bestimmten Anspruch der Gesellschaft gegen Organmitglieder im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft geltend machen dürfen».

46 *W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (-Schöer),* ό.π., σελ. 993: «Streitgegenstand des Klagezulassungsverfahrens ist demnach das Begehren der Antrag stellenden Aktionäre, dass ihnen die Prozessführungsbefugnis zugesprochen wird, einen Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen ein Organmitglied im Wege der Haftungsklage geltend machen zu dürfen».

47 ZIP (Zeitschrifr fur Wirtschaftsrecht) 29 (2008), σελ. 2173-2175.

48 § 66: «1. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten. 2. Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels, erfolgen».

νου της Εταιρείας»[49]. Το Εφετείο Μονάχου, επικυρώνοντας την προσβληθείσα από τον ως άνω «Ειδικό Εκπρόσωπο» απόφαση του Πρωτοδικείου Μονάχου, θεώρησε, ότι η περί ης ο λόγος πρόσθετη παρέμβαση ήταν απαράδεκτη, διότι ασκήθηκε άνευ εννόμου συμφέροντος. Το Εφετείο Μονάχου έθεσε ως αφετηρία της αποφάσεώς του τα ακόλουθα[50]: *Πρώτον* ότι το παραδεκτό της συγκεκριμένης πρόσθετης παρεμβάσεως προϋποθέτει ότι ένας «Ειδικός Εκπρόσωπος» έχει σύμφωνα με την παράγραφο 50 της ΓερμΠολΔ την ικανότητα να είναι διάδικος· *δεύτερον*, ότι η εκ μέρους ενός «Ειδικού Εκπροσώπου» άσκηση προσθέτου παρεμβάσεως προϋποθέτει από πλευράς παραδεκτού αυτής ένα ίδιο έννομο συμφέρον του συγκεκριμένου «Ειδικού Εκπροσώπου», με την έννοια δηλαδή ότι η αντίστοιχη απόφαση επί της ένδικης διαφοράς, στο πλαίσιο της οποίας ασκήθηκε η πρόσθετη παρέμβαση, θα πρέπει να επιδρά αμέσως ή εμμέσως, και δη είτε ευνοϊκώς είτε δυσμενώς, στις έννομες σχέσεις του «Ειδικού Εκπροσώπου»[51]. Η απόφαση του Εφετείου Μονάχου αναφέρεται μεν στον ισχυρισμό του συγκεκριμένου διαδίκου/«Ειδικού Εκπροσώπου» – προκειμένου ο τελευταίος να θεμελιώσει την ικανότητά του ως διαδίκου στη συγκεκριμένη υπόθεση – ότι ο «Ειδικός Εκπρόσωπος είναι όργανο της Εταιρείας»[52], πλην όμως με ιδιαιτέρως εμφαντικό τρόπο «υποβαθμίζει» τη σχετική επιχειρηματολογία του συγκεκριμένου διαδίκου/«Ειδικού Εκπροσώπου» τονίζοντας, ότι πρόκειται για μία «εννοιοκρατική επιχειρηματολογία ελάχιστα καρποφόρα»[53]. Κατά την ως άνω απόφαση ο χαρακτηρισμός του «Ειδικού Εκπροσώπου» ως Οργάνου της Εταιρείας ή όχι δεν είναι κρίσιμος – «δεν λέει κάτι» – για το θέμα της ικανότητάς του ως διαδίκου ούτε για το εύρος των αρμοδιοτήτων του[54]. Κατά την απόφαση του Εφετείου Μονάχου από τη διάταξη της παραγράφου 147 (υποπαράγραφος 2) του Γερμανικού Νόμου για τις Α.Ε. (AktG) δεν συνάγεται, ότι στον «Ειδικό Εκπρόσωπο» προσδίδεται η ικανότητα διαδίκου[55]. Άλλωστε, όπως επισημαίνεται στην ως άνω απόφαση, κατά κανόνα «ακόμα και Όργανα μιας Α.Ε. δεν έχουν την ικανότητα διαδίκου»[56]. Το Εφετείο Μονάχου θεώρησε επίσης, ότι δεν χωρεί εν προκειμένω ανάλογη εφαρμογή – «analoge Anwendung» – της διατάξεως της παραγράφου 245 αριθμ. 4 AktG αφενός επειδή η διάταξη αυτή έχει «εξαιρετικό χαρακτήρα» («Ausnahmecharakter») και αφετέρου επειδή δεν υπάρχει «συγκρίσιμη κατάσταση συμφερόντων» («vergleichbare Interessenlage»), τονί-

49 OLG München (7.10.2008), ZIP 29 (2008), σελ. 2174: «…als Organ der Gesellschaft…».
50 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2174.
51 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2174.
52 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2174.
53 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2174: «…Diese vorwiegend begrifftsjuristische Argumentation ist wenig fruchtbar...».
54 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2174: «...Ob man den besonderen Vertreter als Organ bezeichnet oder nicht, besagt weder etwas über seine Parteifähigkeit noch über den Umfang seiner Kompetenzen».
55 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2174.
56 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2174: «...Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass selbst Organe einer AG nicht parteifähig sind».

ζοντας όμως εν τέλει, ότι ακόμα και αν ήθελε θεωρηθεί, ότι είναι νοητή και η «ανάλογη εφαρμογή» της διατάξεως της παραγράφου 245 αριθμ. 4 AktG στην περίπτωση του «Ειδικού Εκπροσώπου» και πάλιν τότε η περιοριστική αναφορά/απαρίθμηση στην παράγραφο 147 (υποπαράγρ. 2, εδάφιο 1) των σχετικών αρμοδιοτήτων του «Ειδικού Εκπροσώπου» - δηλαδή μόνο η επιδίωξη των «αποζημιωτικών αξιώσεων» της εταιρείας - δεν του προσδίδει και την εξουσία να ασκήσει πρόσθετη παρέμβαση υπέρ του διαδίκου που προσέβαλε απόφαση της Γ.Σ.[57]. Το Εφετείο Μονάχου θεώρησε τελικώς, ότι δεν ήταν νόμιμη η πρόσθετη παρέμβαση του συγκεκριμένου «Ειδικού Εκπροσώπου»[58].

7. Η Νομική Φύση των «Ειδικών Εκπροσώπων» στη γερμανική θεωρία και Νομολογία

Επανειλημμένως έχει ανακύψει ιδίως στη θεωρία, αλλά και στη Νομολογία – όπως διαπιστώνεται και από αποφάσεις του BGH και προσφάτως από την ως άνω απόφαση του Εφετείου Μονάχου – το ζήτημα της ακριβούς/αληθούς νομικής φύσεως του «Ειδικού Εκπροσώπου» με βάση τη διάταξη της παραγράφου 147 (υποπαράγραφος 2) του νόμου για τις ανώνυμες εταιρείες (Aktiengesetz). Η κρατούσα στη Γερμανία άποψη υποστηρίζει, ότι ο Ειδικός Εκπρόσωπος έχει τη νομική φύση του Οργάνου της Ανώνυμης Εταιρείας[59]. Την άποψη αυτή την είχε ήδη υιοθετήσει πριν από 102 χρόνια – και δη από το έτος 1913 – το Ανώτατο Γερμανικό Δικαστήριο της Πολιτικής και Ποινικής Δικαιοσύνης της Γερμανίας – το διάσημο Reichsgericht – με την απόφασή του της 4.11.1913[60]. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, ο Ειδικός Εκπρόσωπος είναι Όργανο της Εταιρείας και – όσον αφορά τη σχέση του με τα άλλα Όργανα της Εταιρείας, δηλαδή το Διοικητικό Συμβούλιο και το Εποπτικό Συμβούλιο – σχετικώς με την προβολή των «αποζημιωτικών αξιώσεων» συγκεντρώνει/απορροφά τα αντίστοιχα δικαιώματα των άλλων Οργάνων της Εταιρείας και αντιστοίχως τους περιορίζει, ή άλλως τους αφαιρεί, τις σχετικές αρμοδιότητες ως προς την άσκηση των αντιστοίχων αυτών δικαιωμάτων. Την άποψη αυτή του Reichsgericht – που εν τω μεταξύ είναι η πλήρως κρατούσα στη Γερμανική Νομολογία και στη Θεωρία – υιοθέτησε μεταγενεστέρως κατά τα τέλη του 20ού αιώνα και το Bundesgerichtshof (όπως ονομάζεται το Ακυρωτικό Δικαστήριο της Πολιτικής και της Ποινικής Δικαιοσύνης στη Γερμανία μετά το Β΄ Παγκόσμιο Πό-

57 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2174/2175.

58 OLG München (7.10.2008), ό.π., σελ. 2173-2175.

59 Βλ. αντί πολλών άλλων: *H.-P. Westermann* [Der Besondere Vertreter im Aktienrecht, AG, 2009, σελ. 237-247 (246/247)], ο οποίος πάντως – με αφορμή και την από 7.10.2008 απόφαση του Εφετείου Μονάχου – διατυπώνει και κάποιες επιφυλάξεις για το αν πρόκειται για «γνήσιο» Όργανο και για το αν η θεώρηση του Ειδικού Εκπροσώπου ως Οργάνου πρέπει να είναι το αποκλειστικό νομικό θεμέλιο, προκειμένου να μπορεί να διαπιστωθεί ποία ειδικότερα δικαιώματα, και έναντι ποίων, έχει ο Ειδικός Εκπρόσωπος. Βλ. επίσης *Th. Verhoeven*, Der besondere Vertreter nach § 147 AktG: Erwacht ein schlafender Riese? ZIP 29 (2008), σελ. 245-255 (246).

60 RGZ 83, σελ. 248, 251, 252.

λεμο)[61,62]. Πάντως με την ιδιαιτέρως χαρακτηριστική στη γερμανική νομική θεωρία «λεπτεπίλεπτη» και ακριβολόγο προσέγγιση των νομικών εννοιών και των νομικών όρων σε γνωστή κατ' άρθρον ερμηνεία των νομικών διατάξεων/ρυθμίσεων που υπάγονται στο λεγόμενο «Εταιρικό Δίκαιο» ή άλλως «Δίκαιο των Εταιρειών» επιλέγεται – πρόκειται για τη «σύντομη» κατ' άρθρον ερμηνεία των **Henssler/Strohn** – με πολύ προσεκτικό από πλευράς διατυπώσεως τρόπο η επισήμανση, ότι: «Ο Ειδικός Εκπρόσωπος είναι στο πλαίσιο της προβολής των αποζημιωτικών αξιώσεων νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας ….εάν μπορεί να θεωρηθεί επίσης ως Όργανο της Εταιρείας είναι αμφισβητούμενο»[63]. Αμφισβήτηση σε κάποιο βαθμό στην κρατούσα άποψη περί της θεωρήσεως του Ειδικού Εκπροσώπου ως Οργάνου της Εταιρείας, της οποίας η πλέον πρόσφατη νομολογιακή υιοθέτηση ανευρίσκεται στην απόφαση του Γερμανικού Ακυρωτικού από 27.9.2011[64], μπορεί ίσως σε κάποιο βαθμό να θεωρηθεί, ότι συνιστά και η άποψη που διατυπώνεται στο έργο των **Spindler/Stilz,** οι οποίοι, χωρίς μεν να αποκρούουν τη θεώρηση του Ειδικού Εκπροσώπου ως Οργάνου της Εταιρείας[65], με ιδιαίτερη έμφαση τονίζουν ταυτοχρόνως, ότι δεν μπορεί από αυτή την, κατά τη γνώμη τους, εννοιοκρατική κατασκευή να συναχθούν αναγκαίως και συμπεράσματα ως προς τα ειδικότερα δικονομικά δικαιώματα αυτού του Ειδικού Εκπροσώπου. Στο πλαίσιο της σχετικής επιστημονικής συζητήσεως και αντιπαραθέσεως έχουν διατυπωθεί αρκετές, ενίοτε διφορούμενης σημασίας, απόψεις με κάπως πιο εξειδικευμένη κατεύθυνση. Έτσι λ.χ. σε ειδική περί του Ειδικού Εκπροσώπου μονογραφία χαρακτηρίζονται οι Ειδικοί Εκπρόσωποι ως «εταιρικοί Ειδικοί Επίτροποι Ανώνυμης Εταιρείας» («aktienrechtliche Sonderfunktionäre»)[66], οι οποίοι «κατά τη διάρκεια του ορισμού τους ενεργούν ως υποκείμενοι στις υποδείξεις, έκτακτοι εκπρόσωποι της Γενικής Συνελεύσεως παραλλήλως με τα τακτικά Όργανα Διοικήσεως, όπου σχετικώς με το πεδίο των καθηκόντων τους περιορίζουν το Διοικητικό Συμβούλιο και/ή το Εποπτικό Συμβούλιο και εμφανίζονται ως νόμιμοι εκπρόσωποι της Ανώνυμης Εταιρείας»[67]. Το ίδιο ισχύει κατά την ως άνω άποψη και για τους Ειδικούς Εκπροσώπους που διορίζει το Δικαστήριο, με τη διαφορά όμως, ότι οι τελευταίοι είναι

61 BGH (18.12.1980, II ZR 140/79), AG 1981, σελ. 223 = ZIP 1981, σελ. 178 επ. NJW 1981, σελ. 1097 (1098), BGH (27.9.2011), ZIP 2011, σελ. 2195.

62 Από πλευράς γερμανικής Θεωρίας την κρατούσα αυτή άποψη υιοθετούν και οι: *W. Hölters (-Hirschenann)*, Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflage, München, 2014, § 147 περ.αρ. 10, σελ. 1269· *W. Goette/M. Habersack/S. Kalss (-Schröer)*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Band 3, § 147, π. αρ. 47, σελ. 973· *Hüffer,* Aktiengesetz, 10. Auflage, 2012, περ.αρ. 7.

63 *M. Henssler/L. Strohn (-Liebscher),* Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, München, 2014, § 147, π.αρ. 10 σελ. 1557: «Der besondere Vertreter ist iRd Geltendmachung von Ersatzansprüchen gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft….; ob er auch als Gesellschaftsorgan anzusehen ist, ist str.» (η σύντμηση «str. » σημαίνει «streitig»).

64 BGH (27.9.2011), ZIP 2011, σελ. 2195.

65 *Spindler/Stilz/Mock,* Aktiengesetz, 3. Auflage, 2015, περ.αρ. 91.

66 *Th. Böbel*, Die Rechtsstellung der besonderen Vertreter gem. § 147 AktG, 1999, Frankfurt a.M., σελ. 72.

67 *Th. Böbel*, ό.π., σελ. 72: «Für die Dauer ihrer Bestellung treten sie als weisungsgebundene, ausserordentliche Repräsentaten der Hauptversammlung neben der ordentlichen Verwaltungsorgane, wobei sie bezüglich ihres Aufgabenbereiches Vorstand und/oder Aufsichtsrat verdrängen und als gesetzliche Vertreter der Aktiengesellschaft fungieren».

– όπως επισημαίνεται – ανεξάρτητοι από υποδείξεις της Γ.Σ.[68]. Πάντως και στο πλαίσιο αυτής της ειδικότερης προσεγγίσεως χαρακτηρίζεται ο Ειδικός Εκπρόσωπος ως «Όργανο της Ανώνυμης Εταιρείας»[69] και ειδικότερα ως «έκτακτο Όργανο με περιορισμένες αρμοδιότητες/εξουσίες εκπροσωπήσεως, εναλλακτικώς και εμμέσως προβλεπόμενο και δραστηριοποιούμενο, της ιδίας βαθμίδας κατ' αρχήν με το Διοικητικό Συμβούλιο και το Εποπτικό Συμβούλιο, υποκείμενο στις υποδείξεις της Γενικής Συνελεύσεως και ειδικότερα όργανο της Ανώνυμης Εταιρείας εξαρτώμενο από τις υποδείξεις της οικείας Γενικής Συνελεύσεως»[70].

8. Η άποψη του A. Teichmann

Σε αντίθεση με την άποψη αυτή, η οποία, όπως ελέχθη, χαρακτηρίζει τον Ειδικό Εκπρόσωπο («Besonderer Vertreter») της παραγράφου 147 (υποπαράγραφος 2) του γερμανικού Νόμου περί Ανωνύμων Εταιρειών ως Όργανο της Ανώνυμης Εταιρείας, υποστηρίχθηκε και η δικονομικώς «χρωματισμένη» άποψη, ότι ο κατά την ως άνω νομική διάταξη Ειδικός Εκπρόσωπος έχει τη νομική φύση του μη Δικαιούχου ή μη Υποχρέου Διαδίκου. Την άποψη αυτή στην πλέον πρόσφατη εποχή την έχει υποστηρίξει και θεμελιώσει ο **Arndt Teichmann** στην αυτοτελή μελέτη του με τον τίτλο «Δομικές Σκέψεις ως προς τις Διαφορές μεταξύ Οργάνων της Ανώνυμης Εταιρείας»[71]. Ο **A. Teichmann** τονίζει, ότι η «κατάλληλη και η στη βιβλιογραφία υιοθετούμενη Κατασκευή είναι αυτή του μη Δικαιούχου ή μη Υποχρέου Διαδίκου»[72]. Κατά τον **A. Teichmann** εμφαίνεται ως «δογματικώς ορθότερον» («dogmatisch korrekter»)[73] να διαφοροποιείται ο νομικός χαρακτηρισμός του Εποπτικού Συμβουλίου από το νομικό χαρακτηρισμό του Ειδικού Εκπροσώπου, δεδομένου ότι και τα κατά νόμον καθήκοντα και οι κατά νόμον υποχρεώσεις του Ειδικού Εκπροσώπου διαφοροποιούνται από τα κατά νόμον καθήκοντα και τις κατά νόμον υποχρεώσεις του Εποπτικού Συμβουλίου. Άλλωστε αυτός ο Ειδικός Εκπρόσωπος δεν εκπροσωπεί – κατά τον ίδιο ως άνω συγγραφέα – μόνο τα συμφέροντα της Εταιρείας – όπως αντιθέτως λ.χ. το Εποπτικό Συμβούλιο, όταν στρέφεται κατά του Διοικητικού Συμβουλίου – αλλ' επίσης το

68 *Th. Böbel*, ο.π., σελ. 150/151 και154.

69 *Th. Böbel,* ό.π., σελ. 133: « Organ der Aktiengesetllschaft».

70 *Th. Böbel,* ό.π., σελ. 134: «Versucht man… eine nähere Klassifizierung des Gesellschaftsorgans „besondere Vertreter", sind diese zu beschreiben als ausserordentliches, beschränkt vertretungsbefugtes, verfassungsmittelbares, fakultatives, Vorstand und Aufsichtsrat prinzipiell gleichgeordnetes, der Hauptversammlung gegenüber untergeordnetes und von ihr weisungsabhängiges Organ der juristischen Person „Aktiengesellschaft"».

71 *Arndt Teichmann,* Strukturüberlegungen zum Streit zwischen Organen in der Aktiengesellschaft, στον Τιμητικό Τόμο (Festschrift für) Otto Mühl zum 70. Geburtstag 10. Oktober 1981, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1981, σελ. 663-686 (679/680).

72 *A. Teichmann*, ό.π., σελ. 679: «Die geeignete und in der Literatur auch vertretene Konstruktion ist die der Prozeßstandschaft».

73 *A. Teichmann*, ό.π., σελ. 679.

συμφέρον της Γενικής Συνελεύσεως, αν και υπό προϋποθέσεις δεν αποκλείεται να έχει μόνο την εμπιστοσύνη της Μειοψηφίας[74] της Γ.Σ., ενώ πέραν τούτου και ο διορισμός του Ειδικού Εκπροσώπου από το δικαστήριο σύμφωνα με τη διάταξη της παραγράφου 147 (υποπαράγραφος 4 εδάφιο 2 του γερμ. νόμου για τις Α.Ε.) προσιδιάζει περισσότερο στην εικόνα ενός «Ειδικού Διαχειριστού/Διοικητού» με τη μορφή ενός μη δικαιούχου ή μη υποχρέου διαδίκου και λιγότερο στην εικόνα ενός «εξ ανάγκης Διοικητικού Συμβουλίου» κατά τη διάταξη της παραγράφου 29 γερμ. ΑΚ[75]. Βεβαίως «παραδέχεται» ο **A. Teichmann**, ότι το γράμμα της διατάξεως της παραγράφου 147 (υποπαράγραφος 2) AktG είναι αντίθετο με το χαρακτηρισμό του Ειδικού Εκπροσώπου ως μη δικαιούχου ή μη υποχρέου διαδίκου, πλην όμως επισημαίνεται από τον ίδιο ως άνω συγγραφέα, ότι αυτό το αντίθετο (προς την άποψη του ιδίου) γράμμα του νόμου «δεν συνιστά κάποιο αποφασιστικό εμπόδιο»[76]. Ο **A. Teichmann** αιτιολογεί την άποψή του περί του αλυσιτελούς και μη αποφασιστικού κριτηρίου με βάση το γράμμα του νόμου με την παρατήρηση, ότι ο (γερμανός) νομοθέτης δεν προσήγγισε με την αρμόζουσα διεισδυτικότητα το δικονομικό προβληματισμό, και ότι αυτή η έλλειψη διαπιστώνεται και στις (γερμανικές) κατ' άρθρον ερμηνείες του Νόμου περί Ανωνύμων Εταιρειών (Aktiengesetz) και ταυτοχρόνως με – κάποια υπερεκχειλίζουσα στην πραγματικότητα, αν και μη απεριφράστως και ρητώς διατυπούμενη – κριτική διάθεση (στην οποία πάντως δεν αποκλείεται να υποκρύπτεται και κάποια ειρωνική διάθεση) τονίζει, ότι δεν μπορούσε να αναμένεται ούτε να απαιτείται από το νομοθέτη να διακρίνει επαρκώς και σαφώς μεταξύ των δικονομικών θεσμών[77]. Με βάση αυτές τις σκέψεις και με αυτή την επιχειρηματολογία καταλήγει ο **A. Teichmann** στο συμπέρασμα, ότι *«κατ' αποτέλεσμα λοιπόν ασκούν οι ''Ειδικοί Εκπρόσωποι'' το αξίωμά τους όπως ο μεμονωμένος μέτοχος κατά την § 309 υποπαράγραφο 4 AktG ή οι δανειστές κατά τις παραγράφους 93 υποπαράγραφο 5, 309 υποπαράγραφο 4 AktG ως μη δικαιούχοι ή μη υπόχρεοι διάδικοι»*[78].

9. Η άποψη του Harm-Peter Westermann

Ιδιαιτέρως σημαντικές και από πλευράς γενικής θεωρίας δικαίου και μεθοδολογίας δικαίου είναι οι σχετικές, για το ζήτημα που ερευνάται εν προκειμένω, αναλύ-

74 *A. Teichmann*, ό.π., σελ. 680.
75 *A. Teichmann*, ό.π., σελ. 680.
76 *A. Teichmann*, ό.π., σελ. 69: «...Darin liegt jedoch kein entscheidendes Hindernis».
77 Η ιδιαιτέρως κριτική παρατήρηση του *A. Teichmann* (ό.π., σελ. 680) για το γερμανό νομοθέτη του AktG έχει ως ακολούθως: «Die prozessuale Problematik war bei Erlass des Aktiengesetzes nicht in genügender Schärfe in das Blickfeld eingetreten, sie ist auch bis jetzt in den Kommentaren kaum erörtert. Es konnte deshalb vom Gesetzgeber auch nicht verlangt werden, hinreichend deutlich zwischen den prozessualen Instituten zu trennen oder sie auch nur genügend zu kennzeichen».
78 *A. Teichmann*, ό.π., σελ. 680.

σεις και παρατηρήσεις του διασήμου Αστικολόγου και Εμπορικολόγου Καθηγητού της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου του Tübingen – και Επιτίμου Διδάκτορος Νομικής της Νομικής Σχολής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών – **Harm-Peter Westermann** στην άνω αναφερθείσα σχετική μελέτη του για τον «Ειδικό Εκπρόσωπο»[79]. Ο **H.-P. Westermann** με σαφήνεια εκφράζει τις επιφυλάξεις του για την πειστικότητα της συναγωγής συμπερασμάτων όσον αφορά τα δικονομικά δικαιώματα ή τις δικονομικές δυνατότητες – και όχι μόνο – του «Ειδικού Εκπροσώπου», με βάση την ιδιότητά του ως Οργάνου (της Εταιρείας), που κατά την κρατούσα άποψη, όπως ελέχθη, έχει ο «Ειδικός Εκπρόσωπος» και την οποία πάντως κατά βάση δεν φαίνεται να απορρίπτει ο **H.-P. Westermann**[80]. Μάλιστα για να καταδείξει και γενικότερα ο **H.-P. Westermann** τις επιφυλάξεις του, χρησιμοποιεί ενσυνειδήτως και για τα αναμφισβητήτως Όργανα της Εταιρείας – δηλαδή το Διοικητικό Συμβούλιο και το Εποπτικό Συμβούλιο – το μη τεχνικό όρο[81], όπως ο ίδιος τονίζει, «Gremien» - δηλαδή «ομάδες» ή «επιτροπές» - δεδομένου ότι και η «ικανότητα διαδίκου» («Parteifähigkeit»), ακόμη και του Δ.Σ. και του Ε.Σ., υπόκειται σε διαφορετική θεώρηση[82]. Με αφετηρία αυτή τη μεθοδολογική κατεύθυνση, τονίζει ο **H.-P. Westermann**, ότι στο πλαίσιο αυτού του κύκλου προβλημάτων θα πρέπει να αποφευχθεί οποιαδήποτε απάντηση με βάση την εννοιοκρατική μέθοδο («Begriffsjurisprudenz»), διότι ο νόμος δεν ρυθμίζει με πληρότητα τα καθήκοντα και τα δικαιώματα του «Ειδικού Εκπροσώπου»[83]. Την αποστασιοποίηση από την εννοιοκρατική μέθοδο είχε άλλωστε υιοθετήσει και η σχετική απόφαση του Εφετείου Μονάχου (7.10.2008), κατά την οποία η απάντηση στα σχετικά ζητήματα που ανακύπτουν θα έπρεπε να δοθεί με βάση τις λειτουργίες που αναθέτει στον «Ειδικό Εκπρόσωπο» ο νόμος (καθώς και με τις λειτουργίες που αναγκαίως συνέχονται με αυτές που αναθέτει ευθέως στον «Ειδικό Εκπρόσωπο» ο νόμος)[84]. Και μάλιστα ο **H.-P. Westermann** με ιδιαίτερη σαφήνεια επισημαίνει, ότι έχει «μια ορισμένη Συμπάθεια» για – και ως προς – αυτήν την «επιφυλακτική άποψη» – επιφυλακτική έναντι της φύσεως του «Ειδικού Εκπροσώπου» ως Οργάνου – του Εφετείου Μονάχου, η οποία ναι μεν δεν υιοθετεί την άποψη της μειοψηφίας στη Θεωρία, η οποία χαρακτηρίζει/ αντιμετωπίζει τον «Ειδικό Εκπρόσωπο» ως ένα είδος μη δικαιούχου ή μη υποχρέου διαδίκου, πλην όμως επιχειρεί μία οριοθέτηση με τις λειτουργίες των «γνησίων» Οργάνων της Εταιρείας, καταλήγοντας έτσι με βάση μία τελολογική θε-

79 *H.- P. Westermann*, Der Besondere Vertreter im Aktienrecht, AG, 2009, σελ. 237-247.
80 *H.-P. Westermann,* ό.π., σελ. 245.
81 *H.-P. Westermann*, ό.π., σελ. 245: «…untechnisch gesprochen…».
82 *H.-P. Westermann*, ό.π., σελ. 245: «...da die Parteifähigkeit... schon für Vorstand und Aufsichtsrat sehr differenziert gesehen wird».
83 *H.-P. Westermann,* ό.π., σελ. 245: «In diesem Zusammenhang muß man sich vor Begriffsjurisprudenz hüten, da das Gesetz die Aufgaben und Rechte des Besonderen Vertreters nur sehr umrisshaft geregelt hat».
84 OLG München (7.10.2008), AG, 2009, σελ. 120 στις σχετικές σκέψεις της αποφάσεως αυτής του Εφετείου Μονάχου αναφέρεται – και βασικώς τις υιοθετεί – και ο *H.- P. Westermann* (ό.π., σελ. 247).

ώρηση και στάθμιση συμφερόντων σε επαρκείς συγκεκριμένες συνέπειες όσον αφορά τη θέση και τον κύκλο καθηκόντων του «Ειδικού Εκπροσώπου»[85] και τις ειδικότερες δικονομικές εξουσίες και αρμοδιότητες αυτού.

10. Διαφορετική η προσέγγιση της Νομικής Φύσεως του «Ειδικού Εκπροσώπου» της Α.Ε. στην Ελλάδα και στη Γερμανία

Οι σχετικές συζητήσεις στο πλαίσιο της Γερμανικής Νομικής Επιστήμης ως προς τη Νομική Φύση και τις δικονομικές εξουσίες του «Ειδικού Εκπροσώπου» της Α.Ε. συμβάλλουν ασφαλώς στην ορθή δογματική κατανόηση του ρόλου του «Ειδικού Εκπροσώπου» και πέραν της Γερμανικής Έννομης Τάξεως (και βεβαίως είναι χρήσιμες και για την επιστημονική συζήτηση στην Ελλάδα). Με βάση όμως την ελληνική ρύθμιση του Ν. 2190/1920 συνάγεται, ότι ο περί ου ο λόγος «Ειδικός Εκπρόσωπος» είναι εκπρόσωπος της Α.Ε. στη σχετική δίκη και δεν έχει το ρόλο του μη δικαιούχου ή μη υποχρέου διαδίκου.[86]

85 *H.-P. Westermann*, ό.π., σελ. 247: «…Ich habe daher eine gewisse Sympathie für die zurückhaltende Ansicht des OLG München, die zwar nicht auf die einzige im bisherigen Schrifttum vertretene Mindermeinnung zurückgreift, den Sondervertreter als eine Art Prozessstandschafter anzusehen, das sich aber, wie gezeigt, um eine Abgrenzung zu den Funktionen der „echten" Organe bemüht und hieraus genügend konkrete Folgerungen für die Stellung und die Aufgabenerfüllung des Besonderen Vertreters entnehmen kann».

86 Από πλευράς ελληνικής βιβλιογραφίας για τον «Ειδικό Εκπρόσωπο» βλ. επίσης τις ακόλουθες μελέτες: *Φ. Δωρή*, Η σχέση των άρθρων 69 ΑΚ, 22β παρ. 3 Ν. 2190/1920 και 786 παρ. 3 ΚΠολΔ, ως ρυθμίσεων για την αποτροπή του κινδύνου εξυπηρέτησης συμφερόντων αντίθετων προς τα συμφέροντα του εκπροσωπούμενου νομικού προσώπου, ΧρΙΔ 2002, 865επ., *Θ. Σκούρα*, Διορισμός και αντικατάσταση ειδικού εκπροσώπου στην ανώνυμη εταιρεία, ΕΕμπΔ 1983, 553επ. και *Γ. Σωτηρόπουλου*, Σύγκρουση συμφερόντων μεταξύ των μελών του Δ.Σ. και του νομικού προσώπου της ανώνυμης εταιρείας, ΔΕΕ 1997, 1145επ.

Λάμπρος Ε. Κοτσίρης*

Απαιτήσεις από χρηματοδοτική μίσθωση και η μεταχείρισή τους στις πλειοψηφίες επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης

Ι. Εισαγωγικά

1. Η συναλλαγή «πώλησης και επαναμίσθωσης» είναι, κατά κανόνα διασφαλιστική μιας απαίτησης του αγοραστή-εκμισθωτή (βλ. *Γ. Μάτσο*, εις Δικ ΑΕ 2010, 141 αριθμ.13). Ο επαγγελματίας ευρισκόμενος σε ανάγκη οικονομικής ρευστότητας πωλεί στον εκμισθωτή το αντικείμενο το οποίο στη συνέχεια θα μισθώσει. Στην περίπτωση αυτή της αντίστροφης χρηματοδοτικής μίσθωσης οι ιδιότητες του προμηθευτή και του μισθωτή συναντώνται στο ίδιο πρόσωπο. Και στις δύο μορφές του θεσμού της χρηματοδοτικής μίσθωσης, της απλής (leasing) και της αντίστροφης (sale and lease back), η χρηματοδότηση διασφαλίζεται εμπραγμάτως. Στην πρώτη ο χρηματοδότης-εκμισθωτής διατηρεί την κυριότητα του πράγματος που αφορά την επένδυση, ενώ στη δεύτερη η ασφάλεια του χρηματοδότη μορφοποιείται με τη μεταβίβαση σ' αυτόν της κυριότητας του πράγματος (Π.Πρ. Ροδοπ. ΔΕΕ 2001/396. Βλ. γενικά *Α. Γεωργιάδη*, Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας 5η έκδ. 2008, *Π. Μάζη*, Η χρηματοδοτική μίσθωση-Leasing 3η έκδ. 2010). Στην αντίστροφη χρηματοδοτική μίσθωση πρόκειται για χρηματοδότηση a posteriori, αφού ο μισθωτής έχει ήδη προβεί στην επένδυση, την οποία πλέον ρευστοποιεί (*M. Giovanoli*, Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique (Libr. Techn), 1980 § 19). Η μορφή αυτή χρηματοδοτικής μίσθωσης προβλέπεται στο άρθρ. 1 § 2 εδ. α' ν. 1665/1986, εφαρμοζόμενη και σε ακίνητα (μετά την τροποποίηση του άρθρου 1 §2 με το ν. 2682/1999). Σύμφωνα με το Διεθνές Λογιστικό Πρότυπο ΔΛΠ 17 «Μισθώσεις» (Καν. (ΕΚ), 1725/2003) γίνεται διαφοροποίηση των ορισμών: της «μίσθωσης» ως «της συμφωνίας βάσει της οποίας ο εκμισθωτής μεταβιβάζει στο μισθωτή το δικαίωμα "χρήσης" ενός περιουσιακού στοιχείου για μια συμφωνημένη χρονική περίοδο με αντάλλαγμα μια πληρωμή ή μια σειρά πληρωμών», από τη «χρηματοδοτική μίσθωση» που είναι μίσθωση που μεταβιβάζει ουσιαστικά όλους τους κινδύνους και τα οφέλη που συνεπάγεται η ιδιοκτησία ενός περιουσιακού στοιχείου, ο επί της οποίας τίτλος μπορεί τελικά είτε να μεταβιβαστεί είτε όχι (ΔΛΠ 17, 3). Ενώ στη μίσθωση το κρίσιμο για την εφαρμογή των ΔΛΠ είναι η παραχώρηση της

* Ομότιμος Καθηγητής Νομικής Σχολής Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, Αντεπιστέλλον Μέλος της Ακαδημίας Αθηνών.

χρήσης, στη χρηματοδοτική μίσθωση είναι η μεταβίβαση των κινδύνων και των ωφελημάτων του πράγματος. Διατάξεις σχετικά με τις χρηματοδοτικές μισθώσεις περιλαμβάνονται και στο άρθρο 141 κν. 2190/20 περί ΑΕ, οι διατάξεις όμως του οποίου έχουν μεν καθαρά φορολογικό χαρακτήρα, παρέχουν όμως στις εταιρίες που δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα τη δυνατότητα φορολογικής διαμόρφωσης των χρηματοδοτικών μισθώσεων όχι με βάση την ισχύουσα φορολογική νομοθεσία, η οποία είναι προσανατολισμένη στην διαμόρφωση της χρηματοδοτικής μίσθωσης κατά το αστικό δίκαιο (αστικοδικαιικός κύριος-εκμισθωτής/μισθωτής) αλλά με βάση τις διατάξεις των ΔΛΠ, όπου η λογιστική καταχώριση του αντικειμένου της χρηματοδοτικής μίσθωσης ως ιδιόκτητου αντικειμένου γίνεται καταρχήν στα βιβλία του «*οικονομικού κύριου*» δηλαδή του μισθωτή της σχέσης χρηματοδοτικής μίσθωσης (βλ. *Μάτσο*, ό.π. 141 αρ. 1 και ΔΛΠ 17 παρ. 20 επ.).

2. Ως προς τη νομική φύση της χρηματοδοτικής μίσθωσης, κατά την κρατούσα στη θεωρία (*Α. Γεωργιάδης*, ό.π. σ. 72, υπό 115 επ., *Σπ. Ψυχομάνης*, Τραπεζικό Δίκαιο, Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, Ι, 2008, 345, *Β. Τσούμας*, Η σύμβαση (απλής) χρηματοδοτικής μίσθωσης, ΕφΑθ 2009, 365 επ.) και στη νομολογία άποψη (ΑΠ 664/2011 ΕΕμπΔ 825/2011, ΕφΑθ 486/2010, ΔΕΕ 2010, 579, ΕφΑθ 021/2010, ΔΕΕ 2011, 86, ΑΠ 731/2007 Αρμ. 2008, 418), η σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης αποτελεί μεικτή σύμβαση με στοιχεία μίσθωσης, εντολής εκχώρησης και συμφώνου προαίρεσης. Κατά την κρατούσα στο γερμανικό δίκαιο θεωρία πρόκειται για «μη τυποποιημένη σύμβαση μίσθωσης» (BGH, NJW 90, 1113, Palandt, BGB 65 εκδ. 2006, Einf v. §535, 38)˙ «μίσθωσης» λόγω παραχώρησης της χρήσης του πράγματος από τον εκμισθωτή στο μισθωτή· «εντολής» διότι ο ενδιαφερόμενος προτείνει στην εταιρία leasing τη σύναψη σύμβασης leasing και η τελευταία του αναθέτει να επιλέξει το πράγμα και να διεξάγει διαπραγματεύσεις με τον προμηθευτή· «εκχώρησης» διότι ο εκμισθωτής εκχωρεί στο μισθωτή τις απαιτήσεις που έχει ο πρώτος κατά του προμηθευτή ώστε να αντισταθμίζεται η επίρριψη όλων των κινδύνων και βαρών του πράγματος στο μισθωτή· και «συμφώνου προαίρεσης» λόγω του δικαιώματος του μισθωτή κατά τη λήξη της διάρκειας της μίσθωσης, να ανανεώσει τη μίσθωση ή να αγοράσει το πράγμα.

Ειδικά ως προς τη νομική φύση της αντίστροφης χρηματοδοτικής μίσθωσης υποστηρίζεται ότι αποτελεί επιτρεπτή, λόγω νομοθετικής καθιέρωσης (μετά την τροποποίηση του άρθρ. 1 §2 ν. 1665/1985, άλλως θα ήταν άκυρη από το συνδυασμό των άρθρων 1033 και 1239 ΑΚ), καταπιστευτική μεταβίβαση κυριότητας με σκοπό την εξασφάλιση απαίτησης (βλ. *Μάζη*, ό.π. σ. 43, υπό 57 επ. 50 επ., υπό 67 επ., *Χ. Μαστροκώστα*, Η χρήση της κυριότητας ως εμπράγματης ασφάλειας. Η σύμβαση του lease-back. Αναβίωση της fiducia cum creaditore του ρωμαϊκού δικαίου Αρμ. Επιστ. Επετ. 1987, 139 επ., 144). Η σύμβαση αυτή φαίνεται να προσλαμβάνει μορφή δανείου συνδυαζόμενου με εξασφαλιστική μεταβίβαση κυριότητας, ενώ το μισθωτικό στοιχείο αποδίδει τη σχέση δυνάμει της οποίας ο μισθωτής παραμένει στην κατοχή

του πράγματος. Ωστόσο, λόγω απομάκρυνσης από το σχηματισμό αυτό του «προμηθευτή» και μεταβολής της σχέσης από τριγωνικής σε σχέση διμερή, τόσο το στοιχείο της εντολής όσο και το στοιχείο της εκχώρησης εκπίπτουν. Η σχέση διαμορφώνεται σε δύο αυτοτελείς πράξεις: «πώληση» του πράγματος από το μισθωτή στον εκμισθωτή και στη συνέχεια «μίσθωση» του ίδιου πράγματος από τον εκμισθωτή-αγοραστή στον μισθωτή-πωλητή, που γεφυρώνονται με τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης leasing κατά το ν. 1665/85. Ο μισθωτής παραμένει κάτοχος του πράγματος μόνο δυνάμει «μίσθωσης» και κατά τη λήξη η επαναμεταβίβαση στο μισθωτή επέρχεται μόνον εάν ασκήσει το διαπλαστικό δικαίωμα της option αγοράς και όχι με πλήρωση σχετικής διαλυτικής αίρεσης όπως συνέβαινε στη fiducia.

3. Όμως η αντιμετώπιση της αντίστροφης ή απλής χρηματοδοτικής μίσθωσης κατά το σχηματισμό πλειοψηφιών σε περίπτωση επικύρωσης συμφωνίας εξυγίανσης του οικονομικού κυρίου μισθωτή δημιουργεί ζητήματα ερμηνευτικά ιδίως ως προς το εάν η «απάντηση» του χρηματοδότη εντάσσεται στην απαιτούμενη από το νόμο πλειοψηφία (60% του συνόλου) και κυρίως ως προς το χαρακτηρισμό της απάντησης αυτής ως διατηρούσας «ακέραιη τη νομική κατάσταση» που είχε.

Οι διατάξεις του νόμου προκαλούν σύγχυση, καθόσον από τη μια πλευρά λαμβάνονται υπόψη και «οι απαιτήσεις που τελούν υπό αίρεση» κατά το χρόνο ανοίγματος της διαδικασίας εξυγίανσης (άρθρο 105§2 Πτ.Κ.), ενώ από την άλλη στην αμέσως επόμενη παράγραφο τίθεται ως προϋπόθεση οι «απαιτήσεις αυτές να υπάρχουν στα βιβλία του οφειλέτη ή να έχουν αναγνωριστεί ή πιθανολογηθεί με δικαστική απόφαση» (άρθρο 105 §3 Πτ.Κ.). Ως γνωστόν, οι απαιτήσεις από leasing ή sale and lease back δεν αποτυπώνονται (ως σύνολο) στα βιβλία της επιχείρησης.

ΙΙ. Η απαίτηση χρηματοδοτικής μίσθωσης ως «σύνολο» ή «σε δόσεις»

1. Καταρχάς απαιτείται να διευκρινισθεί το μη ενιαίο σύστημα της διαδικασίας εξυγίανσης σε σχέση με την *απαιτούμενη πλειοψηφία* των πιστωτών για την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης. Οι διατάξεις του νέου θεσμού διακρίνονται σε διαδικασίες «με» ή «χωρίς» συνέλευση πιστωτών (άρθρ. 106-106α Πτ.Κ) και σε διαδικασία «άμεσης επικύρωσης» (άρθρ. 106β Πτ.Κ).

α. Εφαρμόζοντας την πρώτη, η πλειοψηφία των πιστωτών που εκπροσωπούν ποσοστό 60% των απαιτήσεων των πιστωτών, στο οποίο περιλαμβάνεται ποσοστό 40% των εμπραγμάτως ασφαλισμένων απαιτήσεων, συνδέεται με την απαρτία των πιστωτών (άρθρ. 106 §4 Πτ.Κ.) Η ελάχιστη απαρτία είναι ποσοστό 50% του συνόλου των απαιτήσεων των πιστωτών. Συνεπώς, επί διαδικασίας με συνέλευση πιστωτών, για την αποδοχή του σχεδίου θα επαρκούσε τελικά πλειοψηφία μεταξύ ενός «μέγιστου» 60% των απαιτήσεων του συνόλου εάν όλοι οι πιστωτές που θα τις αντιπροσώπευαν παρίσταντο και ενός «ελάχιστου» 30% του συνόλου των απαιτήσεων.

β. Εφαρμόζοντας τη διαδικασία επικύρωσης για αποδοχή της συμφωνίας «χωρίς συνέλευση» των πιστωτών («το δικαστήριο δύναται να αποφασίσει» άρθρ. 105 § 1 Πτ.Κ.), η συμφωνία πρέπει να υπογραφεί από πλειοψηφία πιστωτών που εκπροσωπούν ποσοστό 60% του συνόλου των απαιτήσεων στο οποίο περιλαμβάνεται το 40% των εμπραγμάτως ασφαλισμένων απαιτήσεων (άρθρ. 106α §1 περίπτ. δεύτερη), όπως τα ποσοστά υπολογίζονται με βάση τις υφιστάμενες κατά την ημέρα ανοίγματος της διαδικασίας απαιτήσεις (άρθρ. 106α §2).

γ. Τέλος, εάν συντρέχει περίπτωση «άμεσης επικύρωσης συμφωνίας» χωρίς προηγούμενο άνοιγμα διαδικασίας εξυγίανσης (άρθρ. 106β Πτ.Κ.), τότε απαιτείται πάλι το ποσοστό 60% του συνόλου των απαιτήσεων στο οποίο να περιλαμβάνεται το 40% των εμπραγμάτως ασφαλισμένων απαιτήσεων. Στην περίπτωση όμως αυτή ο υπολογισμός των ποσοστών (των συμβαλλομένων πιστωτών) γίνεται με βάση «κατάσταση πιστωτών» που επισυνάπτεται στη συμφωνία μέγιστου προγενέστερου χρόνου τριών μηνών πριν την υποβολή της συμφωνίας στο δικαστήριο.

Συνεπώς, ενώ τα ποσοστά 60%-40%, όπως έχουν καθιερωθεί στο σχέδιο αναδιοργάνωσης (άρθρ. 121 §1 Πτ.Κ.), παραμένουν ως βάση πλειοψηφίας στις διάφορες μορφές διαδικασίας εξυγίανσης, ο πραγματικός υπολογισμός τους παραλλάσσεται ανάλογα με την ακολουθούμενη διαδικασία (σε σχέση με την «απαρτία», σε σχέση με την «ημέρα ανοίγματος της διαδικασίας» ή σε σχέση με την «κατάσταση-πίνακα πιστωτών»).

2. Εφόσον πρόκειται για διαδικασία επικύρωσης συμφωνίας και το πτωχευτικό δικαστήριο αποφασίσει τη σύγκληση συνέλευσης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 105 §1 Πτ.Κ., για τη συμμετοχή των πιστωτών στη συνέλευση, πρέπει αφενός οι απαιτήσεις τους να περιλαμβάνονται στον πίνακα πιστωτών που επισυνάπτεται στην έκθεση του εμπειρογνώμονα (άρθρ. 100 §3 Πτ.Κ.), η οποία θα συνοδεύει την αίτηση προς το δικαστήριο, αφετέρου οι πιστωτές να προκύπτουν εναλλακτικά ή από τα «*βιβλία*» του οφειλέτη ή να έχουν αναγνωρισθεί ή πιθανολογηθεί με απόφαση δικαστηρίου οποιουδήποτε βαθμού δικαιοδοσίας, ακόμη και με τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων (άρθρ. 105 §3 εδ. πρώτο Πτ.Κ.). Το «κάπως πολύπλοκο αυτό κριτήριο» σημαίνει ότι, κατά την κατάρτιση του πίνακα πιστωτών, ο εμπειρογνώμονας έχει ήδη ελέγξει αν οι απαιτήσεις προκύπτουν ως άνω. Επομένως στη φάση ελέγχου της νομιμοποίησης των πιστωτών *θα αρκεί* να διαπιστώνεται ότι *ο πιστωτής περιλαμβάνεται στον πίνακα* (*Ε. Περάκη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, 2011, σ. 75).

Στον Πτωχ. Κώδικα, σύμφωνα με τον οποίο σκοπός της πτώχευσης είναι πρωτίστως η συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών (άρθρ. 1 Πτ.Κ.), προκειμένου να διαπιστωθεί η αληθής εικόνα των απαιτήσεών τους γίνεται αναφορά άλλοτε σε «εμπορικά βιβλία και στοιχεία του οφειλέτη που αφορούν την επιχείρησή του» ως ανήκοντα στην πτωχευτική περιουσία (άρθρ. 16 §3 Πτ. Κ.), άλλοτε σε «εμπορικά βιβλία και λοιπά στοιχεία» του οφειλέτη αντιδιαστέλλοντας μεταξύ εμπορικών βιβλίων και ισολογισμού (άρθρ. 76 Πτ.Κ.) άλλοτε σε αντιπαραβολή «εγγράφων των πιστω-

τών» προς τα «βιβλία και λοιπά έγγραφα» του οφειλέτη (άρθρ. 93 §3) και άλλοτε σε «βιβλία» του οφειλέτη (άρθρ. 105 §3 Πτ.Κ.).

3. Γενικά, τη λογιστική οργάνωση ενός εμπόρου συγκροτούν δύο στοιχεία: Το πρώτο είναι η διαρκής καταγραφή σε βιβλία των πράξεων της εμπορίας και η συγκέντρωση και φύλαξη των σχετικών εγγράφων και το δεύτερο είναι η περιοδική σύνταξη ορισμένων λογιστικών πινάκων: ισολογισμού και λογαριασμού «αποτελέσματα χρήσης». Με το πρώτο στοιχείο ο έμπορος διατηρεί τη μνήμη των γεγονότων της εμπορίας του. Και με το δεύτερο παίρνει μια εικόνα της κατάστασης που βρίσκεται η επιχείρησή του και των αποτελεσμάτων της λειτουργίας της (*Κ. Παμπούκης/Π. Παπαδρόσου-Αρχανιωτάκη*, Εμπορικό Δίκαιο. Εισαγωγή: θεμελιώδεις έννοιες, 2001 σ. 285).

Ο Εμπορικός Νόμος (άρθρ. 8 §1) αναφέρεται σε υποχρεωτικά βιβλία όπως το ημερολόγιο, το βιβλίο απογραφών και αντιγραφής επιστολών, (ο έμπορος οφείλει να τηρεί) και σε προαιρετικά (εκτός των άλλων) βιβλίων, τα οποία είναι μεν εν χρήσει εις το εμπόριο αλλ' όχι απαραιτήτως αναγκαία) ενώ υποχρεωτικά επιβάλλονται και από άλλους νόμους παρομοίως κατά το γερμανικό δίκαιο όπου τα βιβλία του εμπορίου διαχωρίζονται σε «βασικά», «κύρια» και «επιβοηθητικά» (βλ. *Koller/Roth/Morck* HGB, 4η έκδ. 2003, §238, 8) Εμπορικά βιβλία εννοούμε όχι μόνο αυτά που προβλέπονται από τον Εμπορικό Νόμο, αλλά όλα τα βιβλία που προβλέπεται, υποχρεωτικά ή προαιρετικά, να τηρούν οι εμπορικές επιχειρήσεις τα οποία ονομάζονται και λογιστικά βιβλία (*Ι. Ρόκας*, Εμπορικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1996 ν. 101, άρθρ. 184). Με έναν ευρύτερο ορισμό ως εμπορικά βιβλία εννοεί κάποιος καταρχήν, τα με τρόπο συμπαγή σελιδοποιημένα κατάστιχα, που χρησιμοποιεί ένας έμπορος για την καταγραφή στοιχείων και πράξεων που έχουν άμεση ή έμμεση σχέση με την εμπορία του (*Σ. Ψυχομάνης*, Εμπορικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος 2004, σ. 290). Οι εγγραφές στα βιβλία *δεν είναι συστατικές* οποιουδήποτε δικαιώματος τρίτου ή του εμπόρου του ίδιου. Η παράλειψη διενέργειάς τους, στο μέτρο που βλάπτει τρίτους ή καθιστά δυσχερή την άσκηση δικαιώματος ή δυνατοτήτων τους, μπορεί να αναπληρωθεί με άλλους τρόπους (βλ. *Ε. Περάκη*, Γενικό Μέρος Εμπ.Δ. 1999, §54, 4 σ. 327). Γι' αυτό αν ο έμπορος αθετήσει την υποχρέωσή του να τηρεί εμπορικά βιβλία δεν αντιμετωπίζει κυρώσεις, εκτός της περίπτωσης χρεοκοπίας κατά το άρθρ. 171 §1 Πτ.Κ. (βλ. *Κ. Παμπούκη-Π. Παπαδρόσου-Αρχανιωτάκη*, ό.π. σ. 288).

Συνεπώς, υπό την έννοια «βιβλία» του οφειλέτη, κατά το άρθρο 105 §3 Πτωχ.Κ. καλύπτεται οποιοδήποτε έγγραφο στοιχείο ή λογαριασμός που τηρεί ο οφειλέτης στο οποίο αναφέρεται ενδεικτικά – όχι κατά τρόπο συστατικό – η πιθανολογούμενη ύπαρξη απαίτησης. Τον ενδεικτικό χαρακτήρα επιβεβαιώνουν εξάλλου και οι εναλλακτικοί τρόποι που αναφέρονται στο άρθρο 105 §3 Πτ. Κ. για πιθανολόγηση των απαιτήσεων.

4. Ως προς το ποσό με το οποίο η εταιρία χρηματοδοτικής μίσθωσης-εκμισθωτής θα συμμετάσχει στη συνέλευση πιστωτών και δη εάν θα συμμετάσχει μόνο με τα

τυχόν καθυστερούμενα μισθώματα-δόσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης ή με το σύνολο των για τη συμφωνηθείσα διάρκεια της χρηματοδοτικής μίσθωσης «μισθωμάτων», παρατηρητέα είναι τα ακόλουθα:

Στην υποθετική περίπτωση ότι ο «μισθωτής» πτώχευε, θα ετίθετο το ερώτημα τι είδους απαιτήσεις θα συνιστούσαν τα μισθώματα-δόσεις που κατά την κήρυξη της πτώχευσης, ως ληξιπρόθεσμα, οφείλονταν και τι είδους απαιτήσεις θα αποτελούσαν τα μέχρι τη λήξη της χρηματοδοτικής μίσθωσης συνομολογηθέντα μη ληξιπρόθεσμα – υπό προθεσμία – μισθώματα/δόσεις. Στο ερώτημα αυτό είναι ενδιαφέρον ότι στο γερμανικό δίκαιο δόθηκαν τρεις διαφορετικές απαντήσεις χρήσιμες για την απάντηση στο ερώτημά μας. Κατά το Γερμανικό Ακυρωτικό, οι δόσεις της χρηματοδοτικής μίσθωσης (Leasingraten) δεν είναι μόνον το αντάλλαγμα για την παραχώρηση της χρήσης για περιορισμένο χρονικό διάστημα αλλά συγχρόνως και για την από τον εκμισθωτή παραχωρηθείσα χρηματοδότηση (BGH απόφαση της 28.3.1990, ZIP 1990, σ. 646, 649, ομοίως BGH απόφαση της 11.1.1995, ZIP 1995, σ. 383, 386) και ότι ο εκμισθωτής, μετά την παραχώρηση, υποχρεούται πλέον μόνον να μην παρεμποδίζει τη χρήση από το μισθωτή και, σε περίπτωση παρεμποδίσεως από τρίτους, να τον υποστηρίζει (BGH απόφαση της 30.9.1987, ZIP 1987 σ. 1390), παροχή όμως δευτερεύουσα μη συγκρίσιμη με τη βασική της παραχώρησης της χρήσης. Συνεπώς, κατά το Γερμανικό Ακυρωτικό, οι Leasing δόσεις καθίστανται ληξιπρόθεσμες και μετά την κήρυξη της πτώχευσης αποτελούν όλες «πτωχευτικές απαιτήσεις». Αντίθετη εκ διαμέτρου άποψη (*Obermüller*, Insolvenz R., Bank-praxis, 1997, 7, 17 αναφ. υπό *Uhlenbruck/Sinz*, Insolvenzordnung Kommentar 12 εκδ. 2003 §108 αρ. 85) με το ίδιο μεν σκεπτικό του Γερμανικού Ακυρωτικού, δέχεται, λόγω αδυναμίας μερισμού των Leasing δόσεων, ότι στο σύνολό τους και μετά την κήρυξη της πτώχευσης –συνεπώς και εκείνες που είχαν καταστεί ληξιπρόθεσμες – πριν την κήρυξη της πτώχευσης αποτελούν «ομαδικές απαιτήσεις». Τέλος, η κρατούσα στη θεωρία άποψη διακρίνει τις δόσεις σε «πτωχευτικές» απαιτήσεις εφόσον είχαν καταστεί ληξιπρόθεσμες πριν την κήρυξη της πτώχευσης και σε «ομαδικές» για τις καθιστάμενες ληξιπρόθεσμες μετά την κήρυξη της πτώχευσης (βλ. *Uhlenbruck/Sinz*, ό.π. §108, 86).

Οι ως άνω απόψεις – ανεξάρτητα από τα πλεονεκτήματα/μειονεκτήματά τους – αποδίδουν την απόλυτη σύνδεση των μισθωμάτων-leasing δόσεων *στο σύνολό τους* με την παραχωρηθείσα χρήση, σύνδεση που επιβάλλει ο «συμβατικός δεσμός μεταξύ παραχώρησης της χρήσης και του συνόλου των δόσεων αυτών» (βλ. *Kübler/Prutting-Tintelnot*, Kommentar zur Insolvenzordnung, 2006 §108, 18).

Την «ολότητα αυτή των μισθωμάτων» λόγω σύνδεσής τους με την παραχώρηση της χρήσης μέχρι τη λήξη της συμβατικής διάρκειας της χρηματοδοτικής μίσθωσης αποδίδει άλλωστε και η αναγνώριση, κατά την πάγια νομολογία των δικαστηρίων μας, της εγκυρότητας και μη καταχρηστικότητας του συμβατικού όρου ότι σε περίπτωση καθυστέρησης καταβολής μισθωμάτων ο εκμισθωτής μπορεί σωρευτικά να

αξιώσει όλα τα μελλοντικά μη δεδουλευμένα μισθώματα και να παραλάβει το μίσθιο, του όρου αυτού έχοντος όμως φύση ποινικής ρήτρας, δυνάμενης να μειωθεί στο προσήκον μέτρο (βλ. ενδεικτικά Εφ.Θεσσαλ. 2389/2006, Αρμ. 2007, 32, Εφ. Αθ. 5636/2003, Δ/νη 2004, 265, Μ.Πρ. Λαρ. 137/2011 ΝοΒ 2012, 1188, Εφ.Πειρ. 797/2008, ΔΕΕ 2009, 608, Εφ.Θεσσαλ. 2225/2007, Αρμ. 2008, 1657, Μ.Πρωτ. Αθ. 2393/2007 ΔΕΕ 2008, 613).

5. Συνεπώς, το για την παραχώρηση της χρήσης του αντικειμένου, με βάση τη χρηματοδοτική σύμβαση, *αντάλλαγμα είναι συνολικό*. Οι συμφωνούμενες leasing-δόσεις δεν ανταποκρίνονται σε αντίστοιχη χρονικά επιμεριζόμενη χρήση, αλλά, με βάση τη σύμβαση συνιστούν απλά τμηματικές καταβολές της *συνολικής αντιπαροχής*, προσδιορισμένες κατά ποσό και χρόνο, η μη εμπρόθεσμη εκπλήρωση των οποίων επιφέρει συνέπειες υπερημερίας και δυνατότητα καταγγελίας έκτακτης εκ μέρους του εκμισθωτή εταιρίας leasing. Εξάλλου, η υπαγωγή ακόμα και η αίτηση υπαγωγής σε οποιαδήποτε συλλογική διαδικασία εκτέλεσης συμβαλλομένου γενικά αποτελεί κατά το συνήθη και διεθνώς καθιερωμένο όρο, «γεγονός υπερημερίας» (event of default). Συνεπώς θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι για το σχηματισμό της πλειοψηφίας κατά το άρθρο 106 Πτ.Κ. συμπεριλαμβάνονται η οφειλή από σύμβαση απλής ή αντίστροφης χρηματοδοτικής μίσθωσης που συντίθεται από ληξιπρόθεσμα και μη καταβληθέντα, καθώς και τα μη ληξιπρόθεσμα μισθώματα-δόσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης, ως απαιτήσεις που εμπίπτουν στο άρθρο 105 §2 Πτωχευτικού Κώδικα και εμφανίζονται σε οποιαδήποτε βιβλία ή στοιχεία που τηρεί ο οφειλέτης και σε κάθε περίπτωση αρκεί να περιλαμβάνονται στον κατά το άρθρο 100 §3 Πτ. Κ. πίνακα πιστωτών.

III. Η έννοια της «ακέραιης νομικής κατάστασης των απαιτήσεων»

1. Οι διατάξεις του άρθρου 106α Πτωχ.Κ. παραπέμπουν σε ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 116 §3 Πτ.Κ. για τον υπολογισμό των ποσοστών απαιτήσεων σε περίπτωση που δεν έχει λάβει χώρα συνέλευση των πιστωτών. Η διάταξη του άρθρου 116 §3 Πτ.Κ. αποκλείει από την ψηφοφορία απαιτήσεις *που δεν θίγονται* από το σχέδιο. Τέτοιες θεωρούνται οι απαιτήσεις «όταν, κατά το σχέδιο διατηρούν ακέραιη τη νομική κατάσταση που είχαν κατά την ημέρα κήρυξης της πτώχευσης και πριν επέλθουν τα αποτελέσματα αυτής». Δεδομένου ότι η διάταξη του άρθρου 116 §3 είναι ενσωματωμένη στις ρυθμίσεις περί «σχεδίου αναδιοργάνωσης» (άρθρο 107 επ.), κατ' ανάλογη εφαρμογή αυτής το κρίσιμο χρονικό σημείο της εκτίμησης ως προς τη «διατήρηση ακέραιης της νομικής κατάστασης των απαιτήσεων» πρέπει να θεωρηθεί «το άνοιγμα της διαδικασίας» κατά το άρθρο 101 Πτ.Κ. ή (κατά *Περάκη*, ό.π. σ.77 «που είχαν πριν ανοίξει η διαδικασία»). Ο νομοθέτης με τις περί αμάχητων τεκμηρίων διατάξεις του άρθρου 116 §§1 και 2 (βλ. *Λ. Κοτσίρη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, 8η έκδ.

2011, άρθρ. 454, 106 σ. 633) για θετική ή αρνητική ψήφο, θέλησε να διευκολύνει τη λήψη αποφάσεων, ενώ με τη διάταξη του άρθρου 116 §3 Πτ.Κ., ο νομοθέτης θέλησε να αποκλείσει την εφαρμογή του τεκμηρίου, ότι δηλαδή ψηφίζουν θετικά ως απέχοντες, οι πιστωτές των οποίων «δεν θίγεται η νομική κατάσταση» των απαιτήσεών τους με το σχέδιο (βλ. *Λ. Κοτσίρη*, Πτωχευτικό Δίκαιο, εκδ. 8η, 2011 αρ. 454, 106 σ. 633). Πρόκειται για γενικής φύσεως αφαίρεση του δικαιώματος ψήφου αυτών των πτωχευτικών πιστωτών.

2. Ερωτάται ποια η έννοια «της κατά το σχέδιο διατήρησης ακέραιας της νομικής κατάστασης» των απαιτήσεων.

Η «νομική ακεραιότητα» αντιπαρατίθεται στην «οικονομική» ακεραιότητα των απαιτήσεων. Στην υποθετική περίπτωση: ο πιστωτής καταγγέλλει σύμβαση για μη εμπρόθεσμη πληρωμή δύο συνεχόμενων δόσεων π.χ. 10.000 ευρώ καθεμιάς από τις εναπομένουσες 10 ισόποσες και ισόχρονες δόσεις με λήξη το 2014 (απαιτώντας και τις μη ληξιπρόθεσμες), και το σχέδιο, στη συνέχεια, αποδέχεται ακριβώς και επαναφέρει την ίδια προ της καταγγελίας ρύθμιση. Θα συνέτρεχε το πραγματικό να «θίγεται η νομική κατάσταση του πιστωτή»; Το δίκαιο δεν αντιμετωπίζει το ζήτημα.

Το θέμα αν «το οικονομικώς ισοδύναμο» συνιστά βλάβη, δηλαδή αν θίγει τον πιστωτή («impairment»), αντιμετωπίζεται στο δίκαιο των ΗΠΑ με ρητή διάταξη 11 U.S.C. §1124. Η διάταξη αυτή προβλέπει τρεις περιπτώσεις όπου το «σχέδιο» *δεν θίγει* την απαίτηση ή το συμφέρον. *Πρώτη*, όταν το σχέδιο προτείνει τη μη μεταβολή των νομίμων ή συμβατικών δικαιωμάτων επί των οποίων ο πιστωτής στηρίζει την απαίτηση ή το συμφέρον του. *Δεύτερη*, όταν το σχέδιο επιτρέπει επανόρθωση της απαίτησης ή του συμφέροντος αφήνοντάς τα έτσι άθικτα. «Επανόρθωση» με την έννοια θεραπείας της παράβασης π.χ. επαναφορά των δόσεων στις ίδιες λήξεις. *Τρίτη*, όταν, κατά το σχέδιο, καταβάλλεται στον πιστωτή το ποσό της απαίτησής του πλήρως με μετρητά ή με άλλα αποδεκτά περιουσιακά στοιχεία και όχι με ομόλογα του οφειλέτη ή τυχόν θυγατρικής του εταιρίας. (βλ. US. Bankruptcy Code, by Asa Herzog and Lawrence King, 1986, σ. 580 επ.).

Στο δίκαιό μας, όπως και στο γερμανικό (βλ. προβληματισμό στην §237 Insolvenzordnung, *Uhlenbruck/Luer*, ο.π. 237, II, *Kübler/Prutting*, Insol. §237, 14 επ.) δεν προβλέπεται αντίστοιχη ρύθμιση. Πρόβλεψη στο σχέδιο εξυγίανσης για οικονομικώς ισοδύναμη κατάσταση της απαίτησης με εκείνη την κατάσταση της απαίτησης που υπήρχε κατά το άνοιγμα της διαδικασίας θα μπορούσε ενδεχομένως να θεωρηθεί ότι δεν θίγει την προϋπάρχουσα «νομική κατάσταση» της απαίτησης, μέσω τελολογικής συστολής, δηλαδή συσταλτικής ερμηνείας της διάταξης του άρθρ. 116 §3 εδ. δεύτερο Πτ.Κ. (by *Kübler/Prutting-Otte*, ό.π. §237, 15). Όμως θα μπορούσε να αντιταχθεί ότι όπου ο νομοθέτης θέλησε κάτι παρόμοιο ρητά αναφέρθηκε π.χ το άρθρ. 120 §3 περ. β' Πτ.Κ. για μη λήψη από πιστωτή, με βάση το σχέδιο, οικονομικής αξίας υπερβαίνουσας ολόκληρο το ποσό της απαίτησής του, ή άρθρ. 124 περ. δ' Πτωχ. Κ. για το τι θα ελάμβαναν οι διαφωνούντες πιστωτές μέσω της διαδικασίας εκκαθάρισης.

3. Καταρχάς «κατάσταση» της απαίτησης με την έννοια του άρθρ. 116 §3 εδ. δεύτερο Πτ.Κ. είναι η «συμβατική κατάσταση» της απαίτησης ως είχε πριν το άνοιγμα της διαδικασίας και όχι η «δημιουργούμενη» π.χ. συνεπεία καταγγελίας πιστωτή ή υπερημερίας του οφειλέτη ενόψει ή λόγω ανοίγματος της διαδικασίας ή κίνησης συλλογικής διαδικασίας εκτέλεσης ή ως αποτέλεσμα αυτής.

Δεύτερον, «ακέραιη» μη θιγόμενη είναι η νομική κατάσταση όταν δεν επέρχεται νομική αρνητική αλλοίωση της απαίτησης με την έννοια της «σμίκρυνσής» της.

Τρίτον, το περιεχόμενο της νομικής «σμίκρυνσης» των απαιτήσεων δίνεται από τον ίδιο τον Πτωχευτικό Κώδικα (άρθρ. 109 §1, γ) σε σχέση με τη συστηματική του διαμορφωτικού-διαπλαστικού μέρους του σχεδίου αναδιοργάνωσης ιδίως με βάση την κατηγοριοποίηση των πιστωτών (ανέγγυων, ενέγγυων, προνομιούχων). Περιεχόμενο του σχεδίου που διαμορφώνει τη «νομική κατάσταση», τη «νομική θέση» που έχει κάθε πιστωτής, ανάλογα με την κατηγορία στην οποία ανήκει, είναι ιδίως «*η άφεση, μείωση, ή καταβολή σε δόσεις* των απαιτήσεων, παραίτηση ή περιορισμός εμπράγματης ασφάλειας ή προνομίου, καθώς και της θέσης του οφειλέτη κατά την εκπλήρωση του σχεδίου και τη συνέχιση ευθύνης του ή την πλήρη ή μερική απαλλαγή του» (άρθρ. 109 §1 περ. γ' Πτ.Κ.).

Κατά συνέπεια η κατά το σχέδιο εξυγίανσης προτεινόμενη ή συμφωνούμενη καταβολή απαιτήσεων από απλή ή αντίστροφη χρηματοδοτική μίσθωση σε δόσεις διαφορετικές, ιδίως κατά ποσό ή χρόνο καταβολής τους, από εκείνη τη νομική κατάσταση που είχαν πριν το άνοιγμα της διαδικασίας εξυγίανσης, συνιστά αρνητική μεταβολή της νομικής κατάστασης των απαιτήσεων αυτών και συνεπώς οι δικαιούχοι πιστωτές ψηφίζουν κατά τη λήψη απόφασης για συμφωνία εξυγίανσης των άρθρων 99 επ. Πτ. Κώδικα, ως ισχύουν.

Δημήτριος Ν. Λαδάς*

Στεγαστικά δάνεια σε ελβετικό φράγκο· μια πρακτική προσέγγιση

1. Περίγραμμα του προβλήματος

Βαθμηδόν από το 2006 οι τράπεζες, ακολουθώντας η μία την άλλη, δηλαδή λειτουργώντας σύμφωνα με τον αρχέτυπο κανόνα της αγοράς, που υπαγορεύει τη συσχέτιση προσφοράς και ζήτησης, και κατά την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων[1], προσέφεραν στους πελάτες τους στεγαστικά δάνεια με ρήτρα ελβετικού φράγκου[2]. Χαρακτηριστικό των δανείων εκείνων ήταν ότι είχαν χαμηλό επιτόκιο σε σχέση με αντίστοιχα δάνεια στο νόμισμα του ευρώ, γεγονός αυτό καθεαυτό ικανό να δημιουργήσει προτίμηση σε αρκετούς δανειολήπτες προς τα δάνεια αυτά. Σημειωτέον, το 2006 το παρεμβατικό επιτόκιο της ΕΚΤ για το ευρώ ήταν από 15/6/2006 έως 8/8/2006: 2,75%, από 9/8/2006 έως 10/10/2006: 3,00%, από 11/10/2006 έως 7/12/2006: 3,25%, από 7/12/2006 έως 8/3/2016: 3,5%, ενώ το επιτόκιο του ελβετικού φράγκου ήταν χαμηλότερο[3]. Το κίνητρο, λοιπόν, με αντικειμενικά κριτήρια ήταν ικανό, ώστε] να οδηγήσει αρκετούς δανειολήπτες να εκφράσουν την προτίμησή τους προς δάνεια σε ελβετικό φράγκο[4].

Σε γενικές γραμμές, κοινές σε όλες τις τράπεζες, ακολουθείτο η διαδικασία των στεγαστικών δανείων, δηλαδή η τράπεζα χρηματοδοτούσε είτε την αγορά είτε την επισκευή ή την ανέγερση ακινήτου. Το νόμισμα, όμως, της σύμβασης δεν ήταν το ισχύον στη χώρα μας, κοινό της ευρωζώνης, νόμισμα του ευρώ, αλλά το ελβετικό φράγκο. Κατά τη συμβατική πρόβλεψη, η καταβολή κάθε μηνιαίας τοκοχρεολυτικής δόσης θα υπολογιζόταν σε ευρώ με την ισοτιμία των δύο νομισμάτων κατά την ημέρα καταβολής. Η συμβατική αυτή πρόβλεψη είναι εύλογη και συμβατή με τη διάταξη του άρθρου 291 ΑΚ[5].

---

* Λέκτορας Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών.

1 ΜονΠρωτ Αθηνών 437/2013, ΧρηΔικ 2013, 148 επ.

2 Δεν προσφέρθηκαν άλλου τύπου δάνεια, όπως λ.χ. καταναλωτικά.

3 Βλ. ιστοσελίδα Κεντρικής Τράπεζας Ελβετίας, όπου το 2006 το Libor 12 μηνών ήταν 1,427 (https://data.snb. ch/de/topics /ziredev#! /cube /zimoma ?fromDate =2006-01&to Date=2006- 12& dimSel =D0(SARON, 1TGT,EG3M,1M, 3M0,6M,12M,3M1, 3M2,3M3,3M4). Μάλιστα κατά την ΑΠ 370/2012 (NOMOS) δάνεια σε ξένο νόμισμα ακολουθούν υποχρεωτικά το επιτόκιο του νομίσματος αυτού.

4 Αυτό ακριβώς δέχεται και η ΜονΠρωτ Αθηνών 10930/2013, ΔΕΕ 2013, 1050.

5 Κατά την ΕφΠειραιώς 1524/1990, ΤΝΠ Ισοκράτης, η ημέρα κατάσχεσης προς την οποία εξομοιώνεται η αναγγελία που στηρίζεται ή όχι σε εκτελεστό τίτλο, αποτελεί ημέρα εξόφλησης - πληρωμής, κατά την έννοια ότι σύμφωνα με την τρέχουσα τιμή της δραχμής την ημέρα αυτή εξοφλείται σε δραχμές χρηματική οφειλή σε αλλοδαπό νόμισμα. Βλ. και ΕφΠειραιώς 27/1985 για πιστωθέν τίμημα σε γιεν εξοφλητέο σε δολάρια ΗΠΑ με την ισοτιμία της ημέρας εξοφλήσεως εκάστης δόσης.

Η διάταξη αποδίδει τη διάταξη/την αντίστοιχη του άρθρου 6, §1, ν. 5422/1932, αποδίδοντας διαχρονικό δίκαιο. Όμως τα δάνεια αυτά έχουν καταστεί αιτία ερίδων, διαμάχης και αμφισβητήσεων, που παράγουν και προκαλούν ανασφάλεια δικαίου.

Ενδεικτικά, την 2/4/2007, η ισοτιμία μεταξύ των δύο νομισμάτων ήταν 1,60. Από τότε, όμως, συντελέστηκε μια σταδιακή μεταβολή της ισοτιμίας με τη μορφή της διολίσθησης του ευρώ έναντι του ελβετικού φράγκου[6]. Συγκεκριμένα, την 2/4/2008 η ισοτιμία ήταν 1,55, την 2/4/2009 ήταν 1,496, την 6/4/2010 ήταν 1,410, την 4/4/2011 ήταν 1,294, την 2/4/2011 ήταν 1,186, την 29/3/2014 ήταν 1,201, την 31/3/2014 ήταν 1,200 και την 30/9/2014 ήταν 1,184. Την 15/1/2015 η ισοτιμία ήταν στο 1,20 και την επόμενη ημέρα με απόφαση της Κεντρικής Τράπεζας της Ελβετίας ανατιμήθηκε το ελβετικό φράγκο έναντι του ευρώ και η ισοτιμία ανήλθε σε 1,02[7]. Έκτοτε η ισοτιμία κυμαίνεται στο όριο αυτό, ενώ χαρακτηριστικά στις 3/8/2015 η ισοτιμία ήταν 1,06.

Η κατάσταση αυτή προκάλεσε διάφορα προβλήματα. Κατά των τραπεζών εγείρονται αγωγές, αφού πλέον έχει μεταβληθεί η συναλλαγματική ισοτιμία και προβάλλονται διάφοροι ισχυρισμοί, προκειμένου να πλήξουν το κύρος της συμφωνίας της δανειακής σύμβασης, όμως εκ των υστέρων και αφού αυτή έχει λειτουργήσει και μάλιστα επί μακρόν. Συνήθως με τις αγωγές αυτές οι δανειολήπτες δεν αρνούνται ότι συνήψαν σύμβαση στεγαστικού δανείου[8]. Αρνούνται, όμως, ότι συμβλήθηκαν και έλαβαν δάνειο σε (αυτούσιο) ελβετικό φράγκο και ως εκ τούτου επιδιώκουν να αποδεσμευθούν και μάλιστα ζητούν να ισχύσει αναδρομικά ότι το δάνειο της σύμβασης είναι σε ευρώ, υπολογιζόμενο μάλιστα με την ισοτιμία που ίσχυε κατά το χρόνο εκταμίευσης του δανείου. Βεβαίως, επιμελώς αποφεύγουν οι δανειολήπτες να αναφερθούν στους λοιπούς όρους της σύμβασης και ιδίως στο επιτόκιο εκτοκισμού του δανείου. Μάλιστα υποβάλλουν αίτημα να ισχύσει αναδρομικά σύμβαση σε ευρώ, αλλά με επιτόκιο σε ελβετικό φράγκο και όχι σε ευρώ[9]!

Ισχυρίζονται επίσης, εναλλακτικά, ότι δεν έλαβαν ποτέ δάνειο σε αυτούσιο νόμισμα ελβετικού φράγκου και ως εκ τούτου η σύμβαση είναι άκυρη, ότι δεν κατάλαβαν τι σημαίνει η προσφερθείσα από την τράπεζα προστασία δόσης, ότι δεν ενημερώθηκαν ορθά και διεξοδικά από πιστοποιημένους υπαλλήλους για επενδυ-

6 Βλ. διακύμανση στην ιστοσελίδα της εφημερίδας Ναυτεμπορική: http:// www.naftemporiki. gr/finance/quote/ eurchf/ euro-elbetiko-fragko. *Χρ. Χασάπης*, Δάνεια σε ξένο νόμισμα: Μια προσέγγιση με αφορμή την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των ελληνικών δικαστηρίων, ΧρηΔικ 2014, 413· *Ρ. Γιοβαννόπουλο*, Προστασία δανειολήπτη στα δάνεια σε αλλοδαπό νόμισμα, ΕπισκΕΔ 2014, 647 επ., 649 επ. για λοιπές ευρωπαϊκές χώρες όπου εμφανίστηκε το πρόβλημα.

7 Η διολίσθηση σε βάθος χρόνου είναι γεγονός που αξιοποιούν τα δικαστήρια ουσίας για την αποδοχή του συναλλαγματικού κινδύνου, αλλά και για την έλλειψη κατεπείγουσας περίπτωσης που δικαιολογεί την ανάγκη ρύθμισης, έτσι ΜονΠρωτ Αθηνών 6521/2015, αδημ.

8 Ενδεικτικά βλ. ΠΠρωτ Θεσ/κης 14236/2015, αδημ.

9 Αυτή είναι και η υπ΄ αρ. πρωτ. 22325/17.9.2015 πρόταση του Συνηγόρου του Καταναλωτή προς τις τράπεζες, χωρίς όμως τεκμηρίωση και μάλιστα με ιδιαίτερη αντιφατικότητα, διότι αν και εντοπίζει τον πυρήνα του ζητήματος στην ενημέρωση κατά το προσυμβατικό στάδιο, εντούτοις προβαίνει σε μια γενική πρόταση, η οποία όμως είναι αποκομμένη από την in concreto διαπίστωση της διεξαγωγής προσυμβατικής ενημέρωσης.

τικό προϊόν στο οποίο επένδυσαν, ότι εξαπατήθηκαν από τους υπαλλήλους της τράπεζας, ότι υπέπεσαν σε πλάνη, ότι η δανειακή σύμβαση περιέχει καταχρηστικούς ΓΟΣ, ότι η σύμβαση είναι καταπλεονεκτική και ανήθικη (αντίθεση στα άρθρα 178, 179 ΑΚ), ότι η σύμβαση είναι εικονική (αντίθεση στο άρθρο 138 ΑΚ), διότι δεν τους κατεβλήθησαν ποτέ αυτούσια ελβετικά φράγκα, ότι παραβιάζεται το άρθρο 8, ν. 2251/1994, ότι η σύμβαση είναι άκυρη λόγω αντίθεσης στη διάταξη του άρθρου 388 ΑΚ[10](!) . Μάλιστα αρκετοί δανειολήπτες ζητούν χρηματική ικανοποίηση για την ηθική βλάβη, που υπέστησαν. Βεβαίως η ζημία του δανειολήπτη πιστοποιείται σε περίπτωση λήξης της σύμβασης με καταγγελία. Σε ενεργείς συμβάσεις δεν έχει πράγματι επέλθει, διότι η ισοτιμία μπορεί να αλλάξει πάλι[11]!

Οι παραπάνω νομικές βάσεις, ιδίως όταν σωρεύονται σε ένα δικόγραφο, έστω και επικουρικά, πραγματικά προκαλούν ισχυρό κίνητρο για τον εφαρμοστή του δικαίου να ερευνήσει την παθογένεια αυτών των δανείων καταλήγοντας σε αξιολογικές κρίσεις όχι μόνον για τα κίνητρα των τραπεζών, αλλά και για τα κίνητρα των δανειοληπτών! Εύλογα αναρωτιέται κανείς, αν, χορηγώντας στεγαστικά δάνεια σε ελβετικό φράγκο, παραβίασαν πράγματι οι δανείστριες τράπεζες κατάφωρα το νόμο. Από την άλλη, δεν είναι επιλήψιμο καταρχήν, να επιδιώκει ο δανειολήπτης να προστατεύσει τα συμφέροντά του, ιδίως τα οικονομικά. Η επιδίωξη αυτή αποτελεί στοιχειώδη εκδήλωση του συνταγματικά προστατευόμενου δικαιώματος της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, που όμως δεν είναι απόλυτο, ολοκληρωτικό δικαίωμα, αφού κατά τη συνταγματική κατοχύρωσή του (άρθρο 5 §1 Σ) υφίσταται μία κοινωνικοποίηση, πέραν του εγωιστικού χαρακτήρα της προσωπικότητας και περιορίζεται από τους νόμους, τα δικαιώματα των άλλων και τα χρηστά ήθη[12]. Το ζήτημα είναι, λοιπόν, εάν μια δανειακή σύμβαση σε ξένο νόμισμα έχει τόσο πολλές προβληματικές πτυχές, που εν κατακλείδι χαρακτηρίζουν και το τραπεζικό σύστημα ως τέτοιο.

Εάν, όμως, δεν συμβαίνει αυτό, δηλαδή εάν οι νομικοί ισχυρισμοί είναι αβάσιμοι[13], κυρίως από πλευράς ουσίας, αξίζει να αξιολογηθεί η απαξία της σώρευσης τόσων νομικών αιτημάτων, ιδίως υπό τη σκοπιά της ευθύτητας και της εντιμότητας που υπαγορεύει η καλή πίστη στις συναλλαγές διαθλώμενη μέσα από τη γενική ρήτρα των χρηστών ηθών, αφού το καθήκον αληθείας του διαδίκου δεν ανάγεται στην υπαγωγή, αλλά στην προβολή πραγματικών περιστατικών, κατά το αντικειμενικό πραγματικό της διάταξης του άρθρου 116 ΚΠολΔ. Η ανάγκη προστασίας του οικονομικού συστήματος της χώρας αποτελεί αποστολή επιβεβλημένη κατά τη γενική

10 Βλ. όμως αντίθετα και με εμπεριστατωμένη αιτιολογία ΜονΠρωτ Αθηνών 5880/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜονΠρωτ Θεσ/κης 1023/2015, αδημ. ΠΠ Πατρών 651/2015 αδημ. Συγκρ. ΠΠρωτ Αθηνών 376/2016 (αδημ.).

11 Συγκρ. *Χρ. Χασάπη*, ό.π., 424.

12 *Κ. Χρυσόγονος*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2006, 175 επ.

13 Για ζητήματα παραδεκτού σε δίκες ασφαλιστικών μέτρων βλ. *Δ. Λαδά* (συνδρομή *Ευ. Μουνταλάς*), Η νομολογιακή αντιμετώπιση δανείων σε ελβετικό φράγκο, ΧρηΔικ. 2015, σ. 169 επ. βλ. επίσης *Ευ. Μουνταλά*, σχόλιο στην ΜονΠρωτ Λαμίας 134/2015, Η προσωρινή προστασία του καταναλωτή σε περίπτωση δανείων σε ελβετικό φράγκο, ΧρηΔικ 2015, σ. 278 επ.

αρχή των χρηστών ηθών[14]. Όπως μάλιστα γίνεται δεκτό[15], ειδική έκφανση της καλόπιστης διεξαγωγής της δίκης αποτελεί και η τήρηση του καθήκοντος αληθείας, που συνιστά γνήσια υποχρέωση και όχι απλά δικονομικό βάρος των διαδίκων, των νόμιμων αντιπροσώπων και των πληρεξουσίων τους. Στο περιεχόμενο του καθήκοντος αληθείας υπάγεται και η απαγόρευση προβολής αντιφατικών ισχυρισμών, όταν ο διάδικος που τους προτείνει έχει επίγνωση της αναλήθειας του ενός από αυτούς. Αντιφατικοί είναι οι ισχυρισμοί και δη οι ενστάσεις, όταν οι ιστορικές βάσεις τους αποκλείεται να συνυπάρχουν λογικά, όταν δηλαδή αντιφάσκουν μεταξύ τους, η αντιφατικότητα δε αυτή έχει συνέπεια ότι κρίνεται απαράδεκτος ο κατά σειράν προβολής μεταγενέστερος ισχυρισμός. Σε κάθε περίπτωση δεν παραβιάζεται το καθήκον αληθείας και ως εκ τούτου δεν είναι απαράδεκτη η ένσταση, όταν η αντίφαση δεν υπάρχει προς άλλα επικαλούμενα γεγονότα, αλλά μόνον ως προς το νομικό χαρακτηρισμό αυτών των άλλων γεγονότων.

Η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι η επιδίωξη της παρούσας μελέτης.

2. Η μεταβολή της ισοτιμίας των νομισμάτων

Η προαναφερθείσα μεταβολή της ισοτιμίας ευρώ και ελβετικού φράγκου ή ακόμη καλύτερα η ανατίμηση του ελβετικού φράγκου έναντι του ευρώ έχει ουσιώδεις επιπτώσεις στην εξέλιξη της διαρκούς έννομης σχέσης, όπως είναι το τοκοχρεολυτικό στεγαστικό δάνειο. Δεν επηρεάζει μόνον την καταβαλλομένη δόση των στεγαστικών δανείων που προαναφέρθηκαν, αλλά αντανακλάται και στο άληκτο μέρος του στεγαστικού δανείου, το οποίο λόγω της υποτίμησης του ευρώ αντιστοιχεί σε μεγαλύτερο ποσόν, από εκείνο που πράγματι θα ήταν εάν το δάνειο ήταν εξ υπαρχής σε ευρώ. Αυτό δεν χρειάζεται ιδιαίτερες γνώσεις, δεξιότητες και ικανότητες για να καταστεί αντιληπτό· αποτελεί κοινή συνέπεια, ευχερώς διαπιστώσιμη με έναν απλό υπολογισμό[16]. Αποτελεί επίσης στοιχειώδη γνώση κοινής πείρας, λογικής και απλών μαθηματικών, ενός απλού πολλαπλασιασμού επιπέδου έκτης δημοτικού! Δεν πρόκειται για επενδυτικό προϊόν, που χρειάζεται σύνθετους υπολογισμούς[17], όπως είναι τα δομημένα ομόλογα.

Να σημειωθεί μάλιστα ότι σε απλές επενδύσεις δεν απαιτείται να διαθέτει ο πελάτης τράπεζας εξιδιασμένες γνώσεις[18]. Με βάση αυτόν τον άξονα, δεν εκρίθη από το

14 Συγκρ. *Π. Παπανικολάου*, Δικαιοπραξίες αντίθετες προς τα χρηστά ήθη, 2012, πλαγιάρ. 98 επ.

15 ΑΠ 439/2013, ΤΝΠ Ισοκράτης· ΑΠ 1629/2013, ΤΝΠ Ισοκράτης.

16 Συγκρ. ΠΠ Πατρών 651/2015, αδημ.

17 ΜονΠρωτ Πειραιώς 12249/2015, αδημ.

18 Συγκρ. ΜονΠρωτ Σύρου 149/2015, αδημ., όπου επρόκειτο για υψηλόβαθμο στέλεχος εταιρίας κινητής τηλεφωνίας, για λογιστή και για συνταξιούχο του εμπορικού ναυτικού, ΜονΠρωτ Αθηνών 4439/2013, αδημ., για απόστρατο πλοίαρχο του πολεμικού ναυτικού, ΜονΠρωτ Αθηνών 8693, αδημ., για καθηγήτρια μαθηματικών και για δικηγόρο, οι ΜονΠρωτ Ρόδου 466/2015 αδημ., ΜονΠρωτ 1753/2015 για αξιωματικό πολεμικού ναυτικού και οπτικό η ΜονΠρωτ Πειραιώς 12249/2015 αδημ.

ανώτατο γερμανικό Ακυρωτικό άξια ιδιαίτερης προστασίας αλλά ούτε μειωμένης δικαιοπρακτικής ικανότητας η ιδιοκτήτρια ενός ινστιτούτου αισθητικής, η οποία είχε επενδύσει διαθέσιμες αποταμιεύσεις της σε ομόλογα της Lehmann Brothers, η οποία εν τω μεταξύ πτώχευσε[19]. Πολύ περισσότερο δεν κρίνονται άξιοι προστασίας εξοικειωμένοι με τους επενδυτικούς κινδύνους επενδυτές[20]. Ο επενδυτής φέρει τον κίνδυνο της διακινδύνευσης της απόφασής του να επενδύσει, εάν η επένδυση έχει αρνητική απόδοση[21]. Αυτό μάλιστα δέχθηκε και το ΔικΕΕ στην πρόσφατη απόφασή του για το «κούρεμα» των ελληνικών ομολόγων[22]. Ο κανόνας που διατυπώνεται είναι ότι ο καθένας πρέπει να υπολογίζει με το ενδεχόμενο αρνητικής έκβασης των πραγμάτων!

Όμως, σε κάθε περίπτωση τα στεγαστικά δάνεια σε ελβετικό φράγκο δεν είναι επενδυτικό προϊόν[23]. Αντίθετα αποτελούν επενδυτικό προϊόν όταν ο αποταμιευτής επενδύει διαθέσιμα κεφάλαιά του σε ελβετικό φράγκο.

Στον ορθό νομικό χαρακτηρισμό προβαίνει το δικαστήριο εξετάζοντας τη φύση και το σκοπό της σύμβασης, δεδομένα ικανά και κατάλληλα για την ερμηνεία της σύμβασης και τον τελικό χαρακτηρισμό της σύμφωνα με τα παραγγέλματα των διατάξεων των άρθρων 173 και 200 ΑΚ[24]. Ο δανειολήπτης σε δανειακή σύμβαση ξένου νομίσματος και δη ελβετικού φράγκου δανείζεται για να χρησιμοποιήσει τα χρήματα προκειμένου να αποκτήσει αγαθό. Τα χρήματα κατευθύνονται από την τράπεζα στον πελάτη. Ο πελάτης στεγαστικού δανείου δεν επενδύει χρήματα σε κάποιο επενδυτικό προϊόν αποταμιευτικού χαρακτήρα, κατά την εύστοχη παρατήρηση του Γενικού Εισαγγελέα του ΔικΕΕ[25]. Στην περίπτωση της επένδυσης τα χρήματα κατευθύνονται από τον πελάτη στην τράπεζα[26], ακολουθώντας αντίθετη κατεύθυνση από εκείνην του στεγαστικού δανείου.

Όμως, όπως προαναφέρθηκε, λόγω του πλήθους των χορηγηθέντων δανείων, από την αλλαγή της συναλλαγματικής ισοτιμίας, έχει ανακύψει ένα äφλέγον ζήτημα, διότι, οικονομικά, πλήττεται ένας σημαντικός αριθμός δανειοληπτών[27]. Στην πραγματική διάσταση, η τράπεζα δανείζεται σε συνάλλαγμα, εν προκειμένω ελβετικά φράγκα, τα οποία στη συνέχεια δανείζει στο δανειολήπτη. Το επιτόκιο εκάστης δανειακής σύμβασης είναι εκείνο του ελβετικού φράγκου. Η μεταβολή της ισοτιμίας με-

---

19 Κατά την BGH, U. v. 22.9.2011 - XI ZR 182/10, NJW 2012, 66.

20 ΠΠρωτ Αθηνών 2773/2013, ΧρηΔικ 2013, 351.

21 BGH U. v. 21.3.2006 XI ZR 63-05, WM 2009, 1647.

22 ΔΕΕ, 4ο Τμήμα, απόφ. 7/10/2015, υπόθ. T79/13.

23 *Ρ. Γιοβαννόπουλος*, ό.π., 655 επ.· ΜονΠρωτ Αθηνών 1753/2015, αδημ.· ΜονΠρωτ Θεσ/κης 10780/2015, αδημ.· ΜονΠρωτ Καβάλας 56/2015, αδημ.

24 ΑΠ 1936/2014, ΑΠ 1941/2014, ΑΠ 707/2013 (NOMOS).

25 Βλ. προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Niilo Jääskinen της 17ης Σεπτεμβρίου 2015, Υπόθεση C-312/14 Banif Plus Bank Zrt. κατά Márton Lantos και Mártonné Lantos. Ήδη εκδόθηκε η απόφαση της 3/12/2015 C-312/2014 του ΔΕΕ. Βλ. σε εμάς ΜονΠρωτ Αθηνών 617/2015, αδημ., ΠΠρωτ Ροδόπης 23/2015 αδημ.

26 Συγκρ. *Λ. Γεωργακόπουλο*, Χρηματιστηριακό και Τραπεζικό Δίκαιο, 1999, 93 επ.· *Χ. Λιβαδά*, σε: Ν. Ρόκα/Χρ. Γκόρτσο, Στοιχεία τραπεζικού Δικαίου, 2012, 299 επ.

27 Βλ. *Ρ. Γιοβαννόπουλο*, 649. Στις Χώρες της ευρωζώνης μόνο στην Αυστρία εμφανίστηκε το πρόβλημα, ενώ εντοπίζεται έντονα σε χώρες εκτός ευρώ, όπως η Ουγγαρία.

ταξύ ευρώ και ελβετικού φράγκου επηρεάζει το ύψος της οφειλής και το ποσό της εκάστοτε καταβλητέας τοκοχρεολυτικής δόσης που παρέχει ο δανειολήπτης σε ευρώ, με την ισοτιμία κατά την ημέρα καταβολής.

Αν, στο πλαίσιο δανειακής σύμβασης, τον κίνδυνο της μεταβολής έφερε η τράπεζα τότε, πρακτικά, θα ήταν περιττή η ρήτρα συναλλάγματος, δεν θα υπήρχε καν λόγος να συμβληθεί η τράπεζα σε ξένο νόμισμα[28]. Όμως, όχι μόνο κατά τη συμφωνία αλλά και κατά τη φύση της σύμβασης, τον κίνδυνο της μεταβολής της συναλλαγματικής ισοτιμίας αναλαμβάνει με σχετική συμβατική ρύθμιση ο δανειολήπτης, όπως εξάλλου κατευθύνει η διάταξη του άρθρου 291 ΑΚ για την καταβολή οφειλής σε ξένο νόμισμα[29]. Δηλαδή ο χρόνος της καταβολής είναι ο κρίσιμος και σε αυτόν προσανατολίζονται τα μέρη που συναλλάσσονται σε ξένο νόμισμα. Τον κίνδυνο, όμως, μεταβολής της ισοτιμίας μεταξύ ευρώ και ελβετικού φράγκου αναλαμβάνει ο οφειλέτης, διότι αφενός μεν προσδοκά όφελος από το χαμηλό επιτόκιο, αλλά και από αντίστροφη άποψη, σε περίπτωση υποτίμησης του νομίσματος του ελβετικού φράγκου έναντι του ευρώ αναμένει κέρδος, διότι το ευρώ, ισχύον νόμισμα στη χώρα μας, θα έχει ανατιμηθεί[30]. Η ανάληψη κινδύνων δεν απαγορεύεται από την έννομη τάξη μας[31]. Μάλιστα επί αρκετά έτη οι δανειολήπτες ελβετικού φράγκου ήταν ευνοημένοι[32].

Η επίδραση από τέτοιες μεταβολές στην έννομη σχέση είναι αποδεκτή και φυσιολογική, όπως αντιστοίχως είναι αποδεκτή η μεταβολή της τοκοχρεολυτικής δόσης σε περίπτωση που στη σύμβαση ισχύει κυμαινόμενο επιτόκιο.

3. Νομιμότητα της συνομολόγησης δανείων σε ξένο νόμισμα

Στις αγωγές των δανειοληπτών εγείρεται, θέμα νομιμότητας των δανείων σε ξένο νόμισμα[33]. Όμως τα δάνεια αυτά δεν είναι καταρχήν απαγορευμένα, είναι απόρροια της ελευθερίας των συμβάσεων, αρχή συνταγματικά κατοχυρωμένη (άρθρο 5§1 Σ) και αστικοδικαιικά επιβεβαιωμένη (άρθρο 361 ΑΚ)[34]. Το κανονιστικό πλαίσιο είναι σαφές[35]. Με το Π.Δ. 96/1993 προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία και υλοποιήθηκε η κοινοτική ελευθερία ως προς την κίνηση κεφαλαίων. Με την ΠΔΤΕ 2325/1994 ήρθησαν οι μέχρι τότε υφιστάμενοι συναλλαγματικοί περιορισμοί και

28 Ad hoc *Γ. Καλλιμόπουλος*, Το δίκαιο του χρήματος, 1993, 226.
29 ΜονΠρωτ Αθηνών 5149/2015, αδημ.· ΠΠρωτ Λαμίας 53/2015, αδημ.· *Γ. Ιατράκης*, Η εκπλήρωση της χρηματικής παροχής σε ξένο νόμισμα, ΧρΙΔ 2011, 566 επ., 574 επ., 576.
30 *Γ. Καλλιμόπουλος*, ό.π.
31 Ολ ΑΠ 350/1985, ΝοΒ 1985, 1187· *Α. Καραμπατζός*, Απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση, 2006, αρ. 529.
32 ΠΠρωτ Πατρών 651/2015, αδημ.
33 Βλ. εμπεριστατωμένη ανάπτυξη *Ρ. Γιοβαννόπουλου*, ό.π., 652 επ., 653 επ.
34 ΜονΠρωτ Αθηνών 437/2013, ΧρηΔικ 2013, 148 επ.
35 *Π. Δασμάνογλου*, Ο ρόλος των κανονιστικών διατάξεων κατά τον έλεγχο της καταχρηστικότητας τραπεζικού όρου συναλλαγών – Σκέψεις με αφορμή την ΑΠ 652/2010, ΧρηΔικ 2010, 147 επ.

επετράπη η χρηματοδότηση σε συνάλλαγμα φυσικών και νομικών προσώπων κατοίκων εσωτερικού από πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν στην Ελλάδα για την κάλυψη των πάσης φύσεως αναγκών τους, στο εσωτερικό ή στο εξωτερικό[36].

Στη χώρα μας πλέον νόμισμα είναι το ευρώ (άρθρο 1, §1, εδ. α, ν. 2842/2000). Με την εισαγωγή του νομίσματος του ευρώ καταργήθηκαν οι νομισματικοί περιορισμοί (άρθρο 5, ν. 2842/2000)[37].

Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 4, ν. 2842/2000 για την εισαγωγή του ευρώ, ρυθμίζεται η αγορά συναλλάγματος ως εξής: τα πιστωτικά ιδρύματα διενεργούν ελεύθερα για ίδιο λογαριασμό και με δικό τους κίνδυνο πάσης φύσεως πράξεις σε συνάλλαγμα και ξένα τραπεζικά γραμμάτια, σύμφωνα με τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις και για τις συναλλαγές με τους πελάτες τους, εκδίδουν ημερήσια δελτία τιμών αγοράς και πώλησης συναλλάγματος και ξένων τραπεζικών γραμματίων, τα οποία και δημοσιεύουν. Τα ποσοτικά όρια και η απόκλιση μεταξύ των τιμών αγοράς και πώλησης συναλλάγματος και ξένων τραπεζικών γραμματίων, που περιλαμβάνονται στα δελτία αυτά, καθορίζονται ελεύθερα, ενώ η Τράπεζα της Ελλάδος δημοσιεύει δελτία τιμών αναφοράς του ευρώ προς τα ξένα νομίσματα με βάση τα αντίστοιχα δελτία της ΕΚΤ. Η Τράπεζα της Ελλάδος δύναται να εκδίδει ημερήσιο δελτίο τιμών αγοράς και πώλησης συναλλάγματος και ξένων τραπεζικών γραμματίων για τις ανάγκες των καταστημάτων της. Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 1, §2, ν. 2842/2000 το ευρώ ως μέσο εξόφλησης υποχρεώσεων λαμβάνεται πάντα στην ονομαστική του αξία. Έτσι καθιερώνεται η νομιναλιστική αρχή[38], η οποία ισχύει ακόμη και εάν μεταβλήθηκε η πραγματική αξία του νομίσματος[39]. Η αρχή μπορεί να καμφθεί σε ακραίες περιπτώσεις οικονομικής καταστροφής της χώρας[40], κυρίως με αξιοποίηση των διατάξεων των άρθρων 288 και 388 ΑΚ.

Ο νόμος, λοιπόν, επιτρέπει στις τράπεζες, στο πλαίσιο ανάπτυξης της επιχειρηματικής τους ελευθερίας και σε καθεστώς οικονομίας της αγοράς, πυλώνας του οποίου είναι ο ελεύθερος ανταγωνισμός[41], να καθορίζουν ελεύθερα την απόκλιση από τη συναλλαγματική ισοτιμία που ορίζουν η ΤτΕ και η ΕΚΤ[42]. Και τούτο διότι δεν θα ήταν συμ-

36 ΠΠρωτ Αθηνών 2259/2002, ΝοΒ 2003, σ. 256. Για τη νομιμότητα των δανείων σε ξένο νόμισμα ΜονΠρωτ Αθηνών 437/2013, ΧρηΔικ 2013, 148 επ. και ΜονΠρωτ Αθηνών 5149/2015, αδημ.

37 Για το προγενέστερο καθεστώς των περιορισμών βλ. *Γ. Καλλιμόπουλο*, Το δίκαιο του χρήματος, 1993, 224 επ. και επίσης *Π. Κοντογεωργακόπουλο* σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρο 291 αρ. 7. Υπό το πλέγμα των διατάξεων των άρθρων 11 ν. 5422/1932, 12 α.ν. 1704/1939, 4 α. ν. 362/1945 και 2 α. ν. 944/1946 απαγορευόταν η συνομολόγηση χρηματικών οφειλών σε ξένο νόμισμα στην Ελλάδα με εξαίρεση τις διεθνείς συναλλαγές.

38 *Γ. Καλλιμόπουλος*, ό.π., 92 επ. Περιπτώσεις κάμψης της νομιναλιστικής αρχής βλ. σε *Α. Καραμπατζό*, ό.π., αρ. 446 επ. Φυσικά δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις κάμψης της αρχής αυτής στην εξεταζόμενη περίπτωση. Βλ. επίσης την εμπεριστατωμένη μελέτη του *Γ. Ιατράκη*, Η νομιναλιστική αρχή σε περίοδο οικονομικής κρίσης, ΧρΙΔ 2010, 328 επ.

39 *Μ. Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, 624.

40 Συγκρ. *Π. Κοντογεωργακόπουλο*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρο 291 αρ. 8. *Α. Ταμπάκη*, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρο 291 αρ. 7.

41 *Δ. Τζουγανάτος* σε ΔικΕλΑντ, 2013, §1, πλαγιαρ. 1 επ. *Γ. Τριανταφυλλάκης*, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 11 επ., 12 επ.

42 Στην πράξη η απόκλιση είναι ασήμαντη, αναγόμενη συνήθως σε εκατοστά της μονάδος.

βατός με το σύστημα της οικονομίας της αγοράς ο διοικητικός καθορισμός της ισοτιμίας. Υπακούοντας στους κανόνες της οικονομίας της αγοράς που επηρεάζονται από το νόμο της προσφοράς και της ζήτησης, οι τράπεζες δεν διαμορφώνουν την ισοτιμία μεταξύ των νομισμάτων, καθορίζοντας οι ίδιες αυθαίρετα τιμές που δεν ισχύουν στην αγορά[43]. Συνεπώς δεν ευσταθεί ο, συχνά στις αγωγές προβαλλόμενος ισχυρισμός, ότι οι τράπεζες χρησιμοποιούν αδιαφανή κριτήρια για τον καθορισμό της ισοτιμίας, διότι ο νόμος 2842/2000 επιτρέπει την ελεύθερη διαμόρφωση της συναλλαγματικής ισοτιμίας[44]. Σαφώς, υπέρμετρες αποκλίσεις από τη βασική τιμή, ιδίως αναφορικά με διαρκείς έννομες σχέσεις, θα πληρούσαν ενδεχομένως το πραγματικό της καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής τους ελευθερίας, που όμως απαγορεύεται θεσμικά από τη διάταξη του άρθρου 2, ν. 2251/1994. Σε μια τέτοια περίπτωση θα ήταν άκυρη τυχόν υπερβολική απόκλιση από την τιμή βάσης. Σε καμία όμως περίπτωση τυχόν μερική ακυρότητα δεν μπορεί να στιγματίσει το σύνολο[45].

4. Η αρχή της διαφάνειας

α) Κανονιστικές πτυχές

Η αρχή της διαφάνειας αποτελεί κομβικό σημείο για τη συμβατότητα ενός ΓΟΣ μιας σύμβασης που εντάσσεται στο προστατευτικό πεδίο της διάταξης του άρθρου 2, ν. 2251/1994 είτε στο στάδιο ένταξης του όρου στη σύμβαση είτε στο στάδιο ελέγχου του περιεχομένου είτε ως ερμηνευτική αρχή. Η συγκεκριμένη διάταξη επιτελεί σημαντική, διορθωτική, αποκαταστατική της ιδιωτικής αυτονομίας λειτουργία[46]. Το αρχικό στάδιο ελέγχου ενός ΓΟΣ είναι η καταρχήν ένταξή του (ή μη) στη σύμβαση. Εξετάζεται δηλαδή εάν ο όρος έχει ενταχθεί στη σύμβαση, κυρίως εάν παρασχέθηκε στον αποδέκτη του η δυνατότητα να λάβει γνώση του περιεχομένου του πριν από τη σύναψη της σύμβασης[47], χωρίς όμως να χρειάζεται πράγματι να λάβει γνώση του περιεχομένου του όρου.

---

43 Συγκρ. *Γ. Καλλιμόπουλο*, ό.π., 115 επ., 116.

44 Είναι αξιοσημείωτο ότι όλες οι αγωγές χρησιμοποιούν την ίδια ακριβώς διατύπωση του ΔικΕΕ, το οποίο όμως έκρινε καταχρηστικό όρο ουγγρικής τράπεζας να καθορίζει η ίδια τη συναλλαγματική ισοτιμία λόγω αδιαφάνειας του όρου και συγκεκριμένα του μηχανισμού διαμόρφωσης της ισοτιμίας. Η Ουγγαρία ανήκει στην Ευρωπαϊκή Ένωση, αλλά είναι εκτός ευρωζώνης και δεν γίνεται στην απόφαση ουδεμία μνεία για τη δυνατότητα των τραπεζών να καθορίζουν οι ίδιες την ισοτιμία, όπως ισχύει εδώ.

45 Συγκρ. *Χρ. Χασάπη*, Το ζήτημα της μερικής ακυρότητας των καταχρηστικών 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 Jahani κατά BV, ΧρΙΔ 2014, 328 επ. Επίσης ΠΠρωτ Θεσ/κης 14236/2015, αδημ.

46 Για το χαρακτηρισμό των ΓΟΣ ως φαινόμενο δομικής συμβατικής ανισότητας βλ. *Π. Παπανικολάου*, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση, 1991, 227 επ., 323 επ.· *Γ. Δέλλιο*, Προστασία των καταναλωτών και σύστημα του ιδιωτικού δικαίου, τόμ. ΙΙ, 2001, σ. 176 επ.· *Δ. Λαδά*, Ζητήματα νομοθετικής ρύθμισης των γενικών όρων συναλλαγών, ΕλλΔνη 1998, 755 επ.

47 Εμπεριστατωμένα βλ. *Δ. Λαδά*, Η εφαρμογή του ν. 2251/1994 στις σχέσεις εργασίας, 2007, 78 επ.

Μετά την κατάφαση της ένταξης του όρου στη σύμβαση, ακολουθεί κατά τη γενική ρήτρα δικαστικού ελέγχου συμβατικών όρων (άρθρο 2, §6, ν. 2251/1994)[48], ο έλεγχος του περιεχομένου των όρων της σύμβασης, ο οποίος διενεργείται με τα αξιολογικά κριτήρια διάπλασής του, που προσδιορίζονται και οριοθετούνται από τα εύλογα και δικαιολογημένα συμφέροντα των αντισυμβαλλομένων, λαμβανομένων υπόψη των περιστάσεων και της φύσης της σύμβασης στο σύνολό της, προκειμένου να μπορεί να εξαχθεί πόρισμα, εάν ο υπό έλεγχον όρος εμφανίζει πρόδηλη μονομέρεια, δημιουργώντας συμβατικό πλεονέκτημα στην τράπεζα, που τον εισήγαγε στη σύμβαση. Σε μια τέτοια περίπτωση θα επιβεβαιώνεται η δομική συμβατική ανισότητα η οποία επιφέρει ανισορροπία στη σύμβαση, διότι δημιουργείται μια αποδοκιμαζόμενη από την έννομη τάξη παθογένεια, η οποία εντέλει αποκαθίσταται με τη διάγνωση της ακυρότητας του συμβατικού όρου. Αντίθετα, το οικονομικό πλεονέκτημα ή μη που επιφυλάσσει ο όρος για τον καταναλωτή δεν αποτελεί κριτήριο για την εγκυρότητά του. Στο σημείο αυτό πρέπει να τονιστεί ότι είναι εναργής και ρηξικέλευθη η απόφαση του Ανώτατου Ακυρωτικού, η οποία δέχθηκε ότι αρχικά καθοριζόμενο επιτόκιο 15,90% είναι σαφές και δεν προσβάλλει την αρχή της διαφάνειας[49]. Ο αποδέκτης της σύμβασης, δηλαδή το κατά τεκμήριο αδύναμο μέρος, δεν μπορεί να αναγορεύεται σε αποκλειστικό προνομιακό δικαιούχο οικονομικών πλεονεκτημάτων. Αυτό θα συμβαίνει, όμως, εάν η αρχή της διαφάνειας λειτουργεί… αδιαφανώς[50], δηλ. εάν αξιολογούνται οι ΓΟΣ με γνώμονα το οικονομικό πλεονέκτημα ή μειονέκτημα για τον καταναλωτή και μάλιστα εκ των υστέρων, όταν έχουν μεταβληθεί οι συνθήκες[51].

Στο στάδιο αυτό λαμβάνει χώρα στάθμιση των αντιτιθέμενων συμφερόντων των μερών και οι συμβατικοί όροι ερμηνεύονται υπό το γενικό ερμηνευτικό κανόνα ότι αμφισήμαντοι συμβατικοί όροι εν αμφιβολία ερμηνεύονται υπέρ του καταναλωτή[52]. Η αρχή αυτή επιβεβαιώνεται και από την κανονιστική διάταξη του άρθρου 2, §5, εδ. β΄, ν. 2251/1994 που εφαρμόζεται σε προδιατυπωμένες ή σε περιέχουσες ΓΟΣ συμβάσεις[53].

Η αρχή της διαφάνειας ως κριτήριο για την ένταξη του ΓΟΣ στη σύμβαση θεσμοθετήθηκε αρχικά με τη διάταξη της §3 AGBG[54] και μετέπειτα συμπεριελήφθη στη διάταξη του άρθρου 5 της Οδηγίας 93/13/ΕΚ, μήτρας του εγχώριου δικαίου με το οποίο ελέγχονται οι καταναλωτικές συμβάσεις. Κατά την κανονιστική της εκδοχή, η

48 *Δ. Λαδάς*, ό.π., 100 επ.

49 ΑΠ 2037/2014, ΕΕμπΔ 2015, σ. 120 επ., με παρατ. *Χρ. Χασάπη*, 131 επ.

50 Βλ. κριτική προσέγγιση του *Π. Παπανικολάου*, Η χρηματική ικανοποίηση επί συλλογικής αγωγής ως μέσον καταπολεμήσεως των καταχρηστικών ΓΟΣ - Μια ποινή χωρίς συνταγματικές εγγυήσεις, ΧρΙΔ 2007, 289 επ.

51 Συγκρ. Εφ Θράκης 261/2009, ΧρηΔικ 2009, 439 επ., 442.

52 In dubio contra stipulatorem, *Γ. Μεντής*, Γενικοί όροι συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις, 2000, 53, 55 επ.· *Γ. Δέλλιος*, ό.π., §309.

53 *Π. Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, 384 επ.· *Δ. Λαδάς*, ό.π., 91 επ.

54 Γερμανικός νόμος γενικών όρων συναλλαγών από το έτος 1977.

οποία αποτυπώνεται στη διάταξη του άρθρου 2, §3, ν. 2251/1994, η αρχή της διαφάνειας επιτάσσει την ξεκάθαρη, διαφανή διαμόρφωση και κατάλληλη διατύπωση των συμβατικών όρων, ώστε να είναι ευανάγνωστοι, ορισμένοι και ξεκάθαροι[55]. Η αρχή της διαφάνειας σκοπεί στην προστασία του αποδέκτη της σύμβασης από μη εμφανείς βλάβες και δεν προσδίδει ευνοϊκότερο περιεχόμενο στη σύμβαση[56]. Ρήτρες δυσδιάκριτες είναι αιφνιδιαστικές και δεν καθίστανται μέρος της σύμβασης[57]. Σημασία για την αξιολόγηση της διαφάνειας έχει και η τοποθέτηση της αιφνιδιαστικής ρήτρας μέσα στο κείμενο της σύμβασης[58], αλλά και η επικεφαλίδα που τίθεται πάνω από τη ρήτρα, ιδίως όταν αυτή είναι εσφαλμένη ή δυσνόητη[59]. Η αρχή της διαφάνειας έχει ως αποδέκτη την τράπεζα, η οποία έχει το βάρος να διαμορφώσει τους συμβατικούς όρους με τρόπο ξεκάθαρο και σαφή[60].

Κατά τη νομολογιακή διάπλασή του, το δίκαιο των ΓΟΣ διευρύνει την αρχή της διαφάνειας, καθιστώντας αυτήν δίαυλο ελέγχου του περιεχομένου του όρου[61]. Έτσι, ο ΓΟΣ πρέπει να είναι διατυπωμένος κατά τρόπο σαφή και κατανοητό, ώστε ο καταναλωτής να είναι σε θέση να διαγνώσει εκ των προτέρων κρίσιμα στοιχεία ή μεγέθη της σύμβασης, όπως η διάρκειά της και τα μεγέθη που περικλείονται στη βασική σχέση παροχής και αντιπαροχής. Η σχέση αυτή παροχής και αντιπαροχής καταρχήν δεν λαμβάνεται υπόψη για την εκτίμηση του καταχρηστικού χαρακτήρα κάποιου ΓΟΣ[62], εντούτοις, σύμφωνα με το άρθρο 4, §2 της οδηγίας 93/13/ΕΚ, ελέγχεται εάν ο σχετικός όρος είναι διατυπωμένος κατά τρόπο σαφή και κατανοητό, εάν δηλαδή έχει παραβιασθεί η αρχή της διαφάνειας[63]. Η αρχή της διαφάνειας παραβιάζεται όταν ο συμβατικός όρος οδηγεί ουσιαστικά στη διάψευση των τυπικών και δικαιολογημένων προσδοκιών του καταναλωτή-πελάτη αναφορικά με την εξέλιξη της συναλλακτικής του σχέσης με την τράπεζα[64]. Επιφυλάξεις είναι εύλογες στο μέτρο που δεν είναι αντικειμενικά προβλέψιμες οι προεκτάσεις του όρου και όχι όταν έχουν δυσμενή

55 *P. Ulmer* σε: P. Ulmer /H.-E. Brandner/H.-D. Hensen, AGB-Gesetz, εισ. αρ. 37· ΠΠρΑθ 1119/2002· ΕφΑθ 5253/2003.· ΕφΘεσ 312/2010, ΧρηΔικ 2010, 250.

56 BGH, U. v. 9.5.2001 – IV ZR 138/99, NJW 2001, 2014 επ., 2016 με περαιτέρω υποδείξεις. Επίσης βλ. *Γ. Μεντή*, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων (με αφορμή την υπ΄ αριθμ. 1219/2001 απόφαση του Αρείου Πάγου, δημοσιευμένη στα ΧρΙΔ 2001, σ. 516), ΧρΙΔ 2001, 558 επ., 561 επ. με περιπτωσιολογία.

57 BAG U. v. 29.11.1995 – AZR 447/94, σε EzA Nr. 4 zu §4 611 BGB Inhaltskontrolle.

58 *M. Fenski*, Ausschlussklauseln in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, ArbuR 1989, 168.

59 BAG U. v. 26.11.1995 5 AZR 447-94, NZA 1996, σ. 702 επ.· BAG U v. 29.11.1995 –5 AZR 447/94, EzA Nr. 4 zu §4 611 BGB Inhaltskontrolle, NZA 1996, σ. 702 επ.

60 *Palandt/Heinrichs*, BGB, §307 αρ. 17.

61 *Γ. Μεντής*, Γενικοί όροι συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις, 2000, 65 επ. με εκτενή υπομνηματισμό· *Γ. Δέλλιος*, Γενικοί Όροι Συναλλαγών, 2013, πλαγιάρ. 267 και 269 επ. Βλ. όμως και τις συστηματικής φύσεως επιφυλάξεις του *Π. Παπανικολάου*, Σκέψεις πάνω στο νέο νόμο (ν. 3587/2007) για την προστασία των καταναλωτών, ΕλλΔνη 2008, 660.

62 Βλ. εμπεριστατωμένα *Στ. Σπυρόπουλο*, Ο δικαστικός έλεγχος περί καταχρηστικότητας της σχέσης παροχής – αντιπαροχής βάσει της γενικής ρήτρας του άρθρου 2, παρ. 6, ν. 2251/1994, ΔΕΕ 2007, σ. 1174 επ.

63 ΑΠ 430/2005, ΑΠ 561/2014, (Ισοκράτης).

64 ΑΠ 1219/2001, ΔΕΕ 2001, 1128. Με την απόφαση αυτή κρίθηκε άκυρος, ως καταχρηστικός, συμβατικός όρος που αφορούσε το κυμαινόμενο επιτόκιο, το οποίο η τράπεζα θα επανακαθόριζε στη συνέχεια μονομερώς μετά τον αρχικό ορισμό του. Κατά την απόφαση, η καταχρηστικότητα έγκειται στη δυνατότητα της προμηθεύτριας τράπεζας να προσδιορίζει

οικονομικό αντίκτυπο[65]. Η σχετική ρύθμιση εξηγείται από την ανάγκη προστασίας των δικαιολογημένων προσδοκιών του πελάτη στις λεγόμενες απροσδόκητες ή αιφνιδιαστικές ρήτρες, δηλαδή στις ρήτρες εκείνες που μεταβάλλουν την εικόνα που δικαιολογημένα έχει δημιουργηθεί στον πελάτη αναφορικά με το ύψος του τιμήματος ή την έκταση της κύριας παροχής, δηλαδή στοιχεία που είναι συνήθως και τα μόνα που πράγματι εξετάζει ο πελάτης κατά τη σύναψη της σύμβασης[66]. Οι συμβατικές ρήτρες, όμως, δεν μπορούν να είναι απεικόνιση μαντικής ικανότητας, ώστε να αποτελούν απεικόνιση του μέλλοντος, προβλέποντας και αποτυπώνοντας μελλοντικές εξελίξεις. Τέτοιες υπερβολές δικαιολογούν τον εύστοχο χαρακτηρισμό της αρχής της διαφάνειας ως αδιαφανούς αρχής[67]. Αδιαφάνεια, κατά τη νομολογία, εμφανίζει ΓΟΣ τραπεζικής σύμβασης, σύμφωνα με τον οποίο η τράπεζα «*μπορεί κατά την κρίση της να επιβάλλει οποτεδήποτε έξοδα κίνησης σε κάθε λογαριασμό για την περίπτωση που δεν παρουσιάζει υπόλοιπα ανώτερα από το κατώτατο όριο που θα καθορίζει κάθε φορά η τράπεζα για το αντίστοιχο είδος λογαριασμού*»[68]. Το συγκεκριμένο πόρισμα και η προσνομή αδιαφάνειας στον παραπάνω όρο είναι συστηματικά συνεπείς, διότι δημιουργούνται εξουσίες κυριαρχικής επέμβασης της τράπεζας, η οποία επιφυλάσσει για τον εαυτό της το δικαίωμα μονομερούς διαμόρφωσης της παροχής ή παρεπόμενων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, χωρίς όμως να υπάρχει αντικειμενικός λόγος που να προβλέπεται κατά την κατάστρωση της έννομης σχέσης στο στάδιο της συμβατικής πρόβλεψης. Η διαφάνεια, λοιπόν, υπηρετεί καταρχήν τον αυτοπεριορισμό των μερών.

Αντίθετα, εκτός της ρυθμιστικής εμβέλειας των μερών κείται η επέλευση του συναλλαγματικού κινδύνου, τον οποίο μάλιστα αναλαμβάνει με τη σύμβαση ο δανειολήπτης[69]. Οι συναλλαγματικές ισοτιμίες είναι αποτέλεσμα εξωγενών παραγόντων και της λειτουργίας της αγοράς και δεν σχετίζονται καθόλου με τη συμβατική ρύθμιση. Επομένως, γι' αυτόν ακριβώς το λόγο, δεν έχει το στίγμα της αδιαφάνειας συμβατική ανάληψη του συναλλαγματικού κινδύνου, ακριβώς διότι ανάγεται στο αβέβαιο μέλλον. Η δέσμευση των συμβαλλομένων και στο άγνωστο, αόρατο μέλλον δεν είναι ούτε ξένη, αλλά ούτε και απαγορευμένη στις συναλλαγές. Συχνά, τα μέρη συνηθίζουν να θέτουν αιρέσεις στις συμφωνίες τους (άρθρα 204 επ. ΑΚ). Υποστηρίζεται όμως ότι ένας δανειολήπτης στεγαστικού δανείου δεν μπορεί να κατα-

---

οποτεδήποτε συμβατικό τόκο, χωρίς να είναι εκ των προτέρων γνωστά στον καταναλωτή–πελάτη κριτήρια ειδικά και εύλογα. Συνεπώς, ο κρινόμενος από την απόφαση όρος δεν ήταν εκείνος του αρχικού προσδιορισμού του επιτοκίου στη μορφή αυτή του δανείου, αλλά επόμενος όρος που επιτρέπει στην τράπεζα να προσδιορίζει η ίδια στη συνέχεια οποιοδήποτε άλλο επιτόκιο. Βλ. και *Αιμ. Ευθυμίου*, Η αρχή της διαφάνειας στο δίκαιο των ΓΟΣ, 2013, σ. 176 επ. Συγκρ. επίσης ΑΠ 296/2001, ΔΕΕ 2001, 1112.

65 Για το στοιχείο του αιφνιδιασμού του καταναλωτή ως ενδεδειγμένο κριτήριο ελέγχου καταχρηστικών ρητρών τόκου βλ. *Κλ. Ρούσσο*, Τόκος χορηγήσεων και ρήτρες τόκου σε τραπεζικούς ΓΟΣ, ΧρΙΔ 2004, 884 επ., 891 επ.

66 ΑΠ 1219/2001, ό.π.

67 *Π. Παπανικολάου*, ό.π., ΕλλΔνη 2008, 660.

68 ΑΠ 652/2010, ΤΝΠ Ισοκράτης.

69 ΠΠρωτ Θεσ/κης 14236/2015, αδημ.

νοήσει το σύνθετο χαρακτήρα των δανείων σε συνάλλαγμα[70]. Η θέση αυτή δεν εξηγεί σε τι συνίσταται το σύνθετο. Τέτοιοι αφορισμοί εντέλει πλήττουν την ιδιωτική αυτονομία, αφού καταλαμβάνουν όλες τις συμφωνίες σε συνάλλαγμα, οι οποίες θα έπρεπε να είναι απαγορευμένες.

Με βάση τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι όρος σύμβασης με τον οποίον ο καταναλωτής αναλαμβάνει το συναλλαγματικό κίνδυνο δεν είναι αδιαφανής, αντίθετα είναι συμβατός με τη φύση της σύμβασης, που συνομολογείται σε ελβετικό φράγκο[71]. Στο πόρισμα αυτό ακριβώς κατέληξε και το Πρωτοδικείο του Μονάχου απορρίπτοντας την αγωγή της πόλεως του Bad Bramstedt εναντίον τράπεζας, όταν επήλθε ο συναλλαγματικός κίνδυνος διά της μετατροπής του δανείου από ελβετικό φράγκο σε ευρώ με την τρέχουσα ισοτιμία[72].

β) Η αρχή της διαφάνειας προσδιοριστική του κυμαινομένου επιτοκίου

Η διαφάνεια δοκιμάζεται στις δανειακές συμβάσεις κυμαινομένου επιτοκίου. Σε αντίθεση με εκείνες σταθερού επιτοκίου, οι δανειακές συμβάσεις κυμαινομένου επιτοκίου είναι επιβεβλημένες στις συναλλαγές, διότι προσφέρουν τη δυνατότητα προσαρμογής στις χρηματοοικονομικές συνθήκες, δηλαδή αντανακλούν και απεικονίζουν σε μια δανειακή σύμβαση το κόστος του χρήματος, όπως αυτό διαμορφώνεται με το πέρασμα του χρόνου[73].

Έχει υποστηριχθεί η άποψη ότι η αναπροσαρμογή του επιτοκίου δικαιολογείται αναμφίβολα όταν μεταβάλλονται οι συνθήκες στην αγορά του χρήματος[74]. Ειδικότερα στις δανειακές συμβάσεις, όπως έχει διαπλαστεί νομολογιακά[75], η αρχή της διαφάνειας επιτάσσει το κυμαινόμενο επιτόκιο να συντίθεται από δύο σκέλη· ένα μεταβλητό που είναι ο δείκτης αναφοράς, ήτοι ένα ευρέως προσβάσιμο επιτόκιο[76], και ένα σταθερό, που έχει επικρατήσει να καλείται «περιθώριο». Το περιθώριο αυτό συμφωνείται σε ατομικό επίπεδο με κάθε πελάτη. Η επιτοκιακή διακύμανση καθορίζεται από τη διακύμανση του επιτοκιακού δείκτη που αποτελεί το ένα σκέλος του κυμαινομένου επιτοκίου. Άρα, σε κάθε σύμβαση κυμαινόμενου επιτοκίου προκρίνεται η ατομική διαπραγμάτευση και συνεπώς δεν υπάρχει έδαφος για την

70 *Δ. Σπυράκος*, Δάνεια σε ελβετικό φράγκο και αποκατάσταση της οφειλής σε ευρώ, στην ιστοσελίδα Capital.gr 17.7.2014. Ομοίως *ο ίδιος*, Δάνεια σε συνάλλαγμα και προστασία του οφειλέτη, ΔΕΕ 2015, 825 επ.

71 ΠΠρωτ Καβάλας 1/2016, αδημ.

72 http://www.derneuekaemmerer.de/nachrichten/finanzmanagement/chf-kredit-gericht-weist-klage-von-bad-bramstedt-ab-24471.

73 *W. Ohletz*, Bonitätsorientierte Zinsänderungsklauseln nach Basel II, 2006, 88, 125.

74 Έτσι και *Δ. Σπυράκος*, Κριτήρια αναπροσαρμογής του επιτοκίου στις συμβάσεις δανείου με κυμαινόμενο επιτόκιο, ΔΕΕ 2002, 1109 επ.· *Γ. Μούργελας*, Τραπεζικά επιτόκια. Από τον διοικητικό καθορισμό στον δικαστηριακό;, ΔΕΕΤ 2003, 63 επ.

75 ΑΠ 1219/2001, ό.π.

76 Η αναγωγή πρέπει να γίνεται σε επιτόκιο σχετικό με τη χρηματαγορά και όχι σε άσχετους δείκτες, βλ. *Ελ. Βόγκλη*, Κυμαινόμενο επιτόκιο, 2005, 14.

εφαρμογή του άρθρου 2, ν. 2251/1994, το οποίο προϋποθέτει συμβατικούς όρους που δεν έχουν τύχει διαπραγμάτευσης.

Η προεκτεθείσα νομολογιακή αρχή έχει μάλιστα προσλάβει κανονιστική υπόσταση με την ΠΔΤΕ 2501/2002. Συγκεκριμένα, η ειδική διάταξη της παραγράφου 2 εδ. α (iv) του κεφαλαίου Β΄ της ΠΔ/ΤΕ 2501/2002 περί κυμαινόμενου επιτοκίου ορίζει ότι η συμβατικώς προβλεπόμενη μονομερής αναπροσαρμογή του επιτοκίου είναι σύμφωνη με την αρχή της διαφάνειας και αποβλέπει στην πλήρη εξασφάλισή της και στην αποτελεσματική ενημέρωση των συναλλασσομένων σχετικά με τον τρόπο με τον οποίο μεταβάλλεται το αρχικά καθορισμένο επιτόκιο της δανειακής σύμβασης, όταν με τον συμβατικό όρο η μεταβολή του κυμαινόμενου επιτοκίου συνδέεται αποκλειστικά με δείκτες γενικού και ευρέως προσβάσιμου επιτοκιακού χαρακτήρα.

Κρίσιμο λοιπόν δεδομένο για τη μεταβλητότητα των στοιχείων εκείνων που προσδιορίζουν την παροχή του δανειολήπτη είναι η θέση των παραγόντων που επηρεάζουν την παροχή εκτός της ρυθμιστικής εξουσίας των μερών στη σύμβαση και ιδίως η αποσύνδεση της μεταβλητότητας του επιτοκίου από την εξουσία της τράπεζας σε σχέση με το δανειολήπτη της.

Η έλλειψη διοικητικού καθορισμού των τραπεζικών επιτοκίων είναι παράγοντας που υποδηλώνει ότι ο μηχανισμός των επιτοκίων συναρτάται με τους κανόνες της ελεύθερης αγοράς και προσδιορίζεται από τις συνθήκες που επικρατούν στην αγορά χρήματος, ιδίως μάλιστα σε συνάρτηση με τα διάφορα επιτόκια της διατραπεζικής αγοράς και τον πληθωρισμό[77] .

Η ΠΔ/ΤΕ 2501/2002 ως επιτοκιακούς δείκτες αναφοράς για τη σύνδεση των κυμαινομένων επιτοκίων αναφέρει ενδεικτικά το παρεμβατικό επιτόκιο της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, το Euribor[78], δηλαδή/ως την απόδοση ομολόγων βραχυπρόθεσμων τίτλων. Ο δείκτης αναπροσαρμογής πρέπει να αναφέρεται ρητά στη σύμβαση. Οι παραπάνω δείκτες είναι κρίσιμοι για το σύστημα χρηματοδότησης των τραπεζών. Δεν είναι ευθέως συμβατή με την αρχή της διαφάνειας η μνεία στη σύμβαση οποιουδήποτε επιτοκιακού δείκτη ως δείκτη αναφοράς, διότι αυτός πρέπει να είναι ευρέως διαδεδομένος και να συναρτάται με τις χρηματοδοτικές ανάγκες της τράπεζας[79].

Η μεταβολή του κυμαινομένου επιτοκίου της δανειακής σύμβασης λοιπόν δεν είναι προβλέψιμη, καθώς ανάγεται στη μεταβλητότητα του επιτοκιακού δείκτη αναφοράς. Παρά την αδυναμία προβλέψεως ενδεχόμενης μελλοντικής μεταβολής του επιτοκιακού δείκτη, δεν προσβάλλεται η αρχή της διαφάνειας, διότι πρόκειται για

77 *Γ. Καλλιμόπουλος*, ό.π., 115, 116· *Ιάκ. Βενιέρης*, Πρόωρη εξόφληση δανείου (Δεύτερη έκδοση μετά την ΑΠ 430/2005), 65 επ., 73 επ., 75 επ.· *Γ. Μούργελας*, ό.π.

78 *Δ. Σπυράκος*, Κριτήρια αναπροσαρμογής του επιτοκίου στις συμβάσεις δανείου με κυμαινόμενο επιτόκιο, ΔΕΕ 2002, 1109 επ.

79 Συγκρ. *Ελ. Βόγκλη*, ό.π., 14, 36 επ, 37.

ένα εξωγενές γεγονός, το οποίο ευρίσκεται εκτός της ρυθμιστικής εμβέλειας των μερών και ιδίως της τράπεζας, η οποία έχει κυριαρχικό ρόλο στη διαμόρφωση των συμβατικών όρων. Κάθε υλοποίηση αύξησης ή μείωσης του επιτοκίου από την τράπεζα θα πρέπει να είναι σύμφωνη με τις συνθήκες της αγοράς και με τις χρηματορροές της τράπεζας, ενδεχόμενη δε αλλαγή του κυμαινομένου επιτοκίου ελέγχεται με βάση τη διάταξη του άρθρου 371 ΑΚ, όπως ήδη έχει κρίνει το γερμανικό Ανώτατο Ακυρωτικό[80]. Είναι δικαιολογημένο το δικαίωμα του χρήστη γενικών όρων συναλλαγών να διατηρήσει μια εύλογη ισορροπία στη σύμβαση σύμφωνα με τις συνθήκες[81], έτσι ώστε ενδεχόμενη ασάφεια του όρου να μη συνιστά βλαπτική κατάσταση για τον αποδέκτη ΓΟΣ, διότι αυτός μπορεί να λύσει τη σύμβαση με καταγγελία. Δεν μπορεί να απαιτεί κανείς να διαθέτουν οι ΓΟΣ μαντικές ικανότητες και να προβλέπουν το μέλλον!

Αφουγκραζόμενο τη λογική της αγοράς, το Ανώτατο Ακυρωτικό δέχεται ότι η διαμόρφωση των επιτοκίων από τις τράπεζες εξαρτάται βέβαια σε μεγάλο βαθμό από το κόστος της συγκεκριμένης χορήγησης (κόστος κεφαλαίων, λειτουργικό κόστος κ.λπ.) και τον κίνδυνο που η τράπεζα αναλαμβάνει (κυρίως τον πιστωτικό, τόσο σε επίπεδο προϊόντος γενικά, όσο και ατομικά έναντι του συγκεκριμένου πελάτη, όπου αυτό είναι εφικτό). Όμως, πέραν αυτών, τα επιτόκια εξαρτώνται σε σημαντικό βαθμό και από άλλους επιχειρηματικούς παράγοντες, όπως είναι οι συνθήκες του ανταγωνισμού στη συγκεκριμένη αγορά και η πολιτική της κάθε τράπεζας για την προώθηση ή μη κάποιου προϊόντος και τη διατήρηση ή αύξηση της θέσης της ή ακόμη και τη μείωση στη συγκεκριμένη αγορά του κάθε προϊόντος ή/και κατηγορίας προϊόντος[82].

Σύμφωνα με τη φύση του πράγματος και αξιοποιώντας το κανονιστικό εργαλείο της απόφασης 178/2004 της Επιτροπής Τραπεζικών και Πιστωτικών Θεμάτων της Τράπεζας της Ελλάδος[83], το Ανώτατο Ακυρωτικό[84] ασκεί διορθωτική παρέμβαση και διαμορφώνει την αρχή της διαφάνειας σε σχέση με την προκαθορισμένη δυνατότητα μονομερούς μεταβολής της τιμής του αρχικού επιτοκίου της δανειακής σύμβασης. Το εν λόγω επιτόκιο ορίστηκε κυμαινόμενο σε περίπτωση μεταβολής του βασικού παρεμβατικού επιτοκίου για Πράξεις Κύριας Αναχρηματοδότησης της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας ανάγεται δε σε οικονομικό μέγεθος που δικαιολογεί τη συμβατική ρύθμιση, με ανώτατο πολλαπλάσιο αυτής το 200% της διαφοράς μεταξύ του προηγούμενου και του νέου παρεμβατικού επιτοκίου.

80 BGH, Urt. v. 6.3.1986 – III ZR 195/84, NJW 1986, 1803 επ.
81 Έτσι BGH, NJW 1990, 115.
82 *Γ. Μούργελας*, ό.π.
83 Συγκρ. *Ι. Λιναρίτη*, Κριτήρια αξιολόγησης γενικών όρων συναλλαγών μακροπρόθεσμων πιστώσεων (με ιδιαίτερη αναφορά στις ρήτρες επιτοκίου), ΧρΙΔ 2010, 382 επ., 389 επ.
84 ΑΠ 652/2010, ΤΝΠ Ισοκράτης.

γ) Η διαφάνεια του όρου περί της ανάληψης του συναλλαγματικού κινδύνου

Το κυμαινόμενο επιτόκιο μιας δανειακής σύμβασης συμφωνείται ατομικά, στο μέτρο που το περιθώριο είναι εξατομικευμένο ανά πελάτη. Η μεταβλητότητα του κυμαινομένου επιτοκίου συναρτάται με τη διακύμανση του δείκτη αναφοράς. Αυτή όμως δεν είναι ευχερώς προβλέψιμη. Αν μπορούσε να προβλέψει κάποιος τέτοιες μεταβολές, τότε θα αποκόμιζε τεράστια οφέλη. Άρα μεταβολές και διακυμάνσεις των διαφόρων δεικτών επιτοκίου είναι φυσιολογικές και αναμενόμενες συνθήκες, στις οποίες υποβάλλονται συνήθως τα μέρη[85]. Αν δεν επιθυμούν κάτι τέτοιο, τότε συνάπτουν δανειακές συμβάσεις με σταθερό επιτόκιο[86]. Περαιτέρω, κατά την ΑΠ 15/2007, δεν παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, όταν το περιεχόμενο του όρου αυτού είναι διατυπωμένο με τόση σαφήνεια, ώστε ο απρόσεκτος μεν ως προς την ενημέρωσή του, αλλά διαθέτοντας τη μέση αντίληψη κατά το σχηματισμό της δικαιοπρακτικής του βούλησης και απόφασης, καταναλωτής, να γνωρίζει από τη χρονική στιγμή της κατάρτισης της σύμβασης στην πραγματική τους έκταση, τα δικαιώματά του και τις συμβατικές δεσμεύσεις που αναλαμβάνει, ιδιαίτερα όσον αφορά τη σχέση της συμφωνούμενης παροχής και αντιπαροχής και το ύψος της επιβάρυνσής του. Η νομολογία αυτή καθίσταται παγία με την ΑΠ 2037/2014[87].

Με βάση τα ανωτέρω, λοιπόν, ο συμβατικός όρος με τον οποίον ο δανειολήπτης αναλαμβάνει τον συναλλαγματικό κίνδυνο είναι καταρχήν σαφής[88] και πληροί την αρχή της διαφάνειας[89]. Βεβαίως, εάν αλλάξει η συναλλαγματική ισοτιμία, όπως έχει συμβεί εν προκειμένω, η σύμβαση καθίσταται επαχθής για το δανειολήπτη ελβετικού φράγκου. Όμως, το επαχθές δεν σχετίζεται με τη διαφάνεια του όρου, αλλά με συνθήκες εκτός σύμβασης[90]. Η διαφάνεια είναι δεδομένη. Το τίμημα της αντιπαροχής της δανειακής σύμβασης δεν είναι αόριστο, διότι ανάγεται σε ένα συγκεκριμένο νόμισμα και μεταβαλλόμενης της ισοτιμίας είναι οριστή και η μεταβολή, αφού ανάγεται στο νομισματικό δείκτη[91]. Εξάλλου ο συναλλαγματικός κίνδυνος δεν έχει επέλθει, ιδίως σε δάνεια ενεργά, αφού ουδείς δύναται να προβλέψει όποια μεταβολή της συναλλαγματικής ισοτιμίας[92]. Μάλιστα η μεταβολή βρίσκεται εκτός της

85 ΠΠρωτ Ροδόπης 23/2015 αδημ.

86 Για τη διάκριση κυμαινομένου και σταθερού επιτοκίου βλ. εμπεριστατωμένα *Ιάκ. Βενιέρη*, ό.π., 65 επ.

87 Σε ΕΕμπΔ 2015, 120 επ., με παρατηρήσεις *Χρ. Χασάπη*, 131 επ.

88 Τη βάση αυτή δεν μπορεί να παραβλέψει ούτε η ΠΠρωτ Ξάνθης 23/2014, ΕΕμπΔ 2014, 715 = ΧρΙΔ 2014, 606 επ. το πόρισμα της οποίας ελέγχεται ως προς τη δογματική αρτιότητά του. Εμπεριστατωμένη κριτική παρουσίαση της απόφασης *Χρ. Χασάπης*, ό.π., ΧρηΔικ 2014, 425 επ.

89 Κατά πάγια νομολογία απηχούσα αξίωμα του προγενέστερου δικαίου, οι σαφείς δηλώσεις δεν επιδέχονται ερμηνεία βλ. ΑΠ 1299/2008 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1503/2005, ΝοΒ 2007, 397.

90 Ορθά αξιολογεί στο σημείο αυτό η ΜονΠρωτ Θεσ/κης 1023/2015, αδημ., τη σχέση της διαφάνειας του όρου και την επίδραση εξωγενών συνθηκών. Βλ. και ΠΠρωτ Πατρών 651/2015, αδημ.

91 Συγκρ. ΠΠ Καβάλας 56/2015, αδημ.

92 *Χρ. Χασάπης*, ό.π., ΧρηΔικ 2014, 413, 424. Η παρατήρηση αυτή έχει σημασία για την διαμόρφωση της παροχής κατά την αρχή της καλής πίστης, όπως καταλήγει η παρούσα μελέτη.

εμβέλειας των μερών της δανειακής σύμβασης, σαφώς επομένως πρόκειται για εξωγενή παράγοντα[93]. Οι εμπορικές τράπεζες δεν καθορίζουν τη βάση της συναλλαγματικής ισοτιμίας.

Όσον αφορά την προβλεψιμότητα ενδεχόμενης μεταβολής της συναλλαγματικής ισοτιμίας, αυτή δεν συνδέεται με την αρχή της διαφάνειας, όπως προαναφέρθηκε[94]. Ένας όρος δεν είναι αδιαφανής, εάν κατά το χρόνο της συμφωνίας δεν μπορεί να προβλεφθεί οποιαδήποτε ενδεχόμενη, μελλοντική μεταβολή και το τυχόν εύρος. Η αδιαφάνεια αφορά τον όρο σε ενεστώτα χρόνο και όχι σε μελλοντική προβολή του[95].

5. Η προσυμβατική ενημέρωση

Το προσυμβατικό στάδιο είναι το στάδιο εκείνο κατά το οποίο, διαπραγματευόμενα τα μέρη που έρχονται σε συναλλακτική επαφή τείνουν να συμφωνήσουν και να συνάψουν δανειακή σύμβαση[96]. Είναι το στάδιο των διαπραγματεύσεων, το κανονιστικό πλαίσιο του οποίου ευρίσκεται στις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ, που αντανακλούν την αρχή της καλής πίστης στο χρονικό πεδίο εκείνο, κατά το οποίο τα μέρη ανταλλάσσουν πληροφορίες. Οι πληροφορίες αυτές είναι αναγκαίες, ώστε να διαμορφώσουν τη δικαιοπρακτική τους βούληση και να αποφασίσουν εάν θα συμβληθούν ή όχι και μάλιστα με ποιους όρους. Τα μέρη δεν είναι υποχρεωμένα να συμβληθούν.

Στο στάδιο αυτό, η τράπεζα εκτιμά τη φερεγγυότητα του δανειολήπτη, τις προσφερόμενες εξασφαλίσεις και την ικανότητα αποπληρωμής και μάλιστα σε βάθος χρόνου, αντλώντας από τον πελάτη της τις αναγκαίες πληροφορίες, αρκετές από τις οποίες αποτελούν προσωπικά δεδομένα. Κατά τον έλεγχο της φερεγγυότητας και της ικανότητας αποπληρωμής, εξυπηρετούνται καταρχήν συμφέροντα του δανειολήπτη[97], αλλά και της δανείστριας τράπεζας. Και τούτο διότι μη εξυπηρετούμενα δάνεια, ακόμη και εάν είναι εμπραγμάτως εξασφαλισμένα, έχουν αρνητικές συνέπειες για την ίδια την τράπεζα αλλά, επιπλέον, έχουν επιπτώσεις και στην εθνική οικονομία[98]. Κατά την κοινή πείρα και λογική, η μειωμένη φερεγγυότητα του υποψήφιου δανειολήπτη αυξάνει τα έξοδα ελέγχου της τράπεζας[99]. Η αποπληρωμή του δανείου αποτελεί την κύρια υποχρέωση του δανειολήπτη, την οποία εξοφλεί σε (συνήθως) μηνιαίες τοκοχρεολυτικές δόσεις.

---

93 Ορθή ακριβώς στο σημείο αυτό η ΠΠρωτ Θεσ/κης 14236/2015, αδημ.

94 Αντίθετα όμως η υπ΄ αριθμ. 161/2015 απόφαση ΠΠρωτ Ιωαννίνων συνδέει δογματικά εσφαλμένα τη διαφάνεια με το οικονομικό πλεονέκτημα της σύμβασης για τους δανειολήπτες.

95 Συγκρ. ΠΠ Κορίνθου 135/2015, αδημ.

96 *Ι. Καράκωστας*, Αστικός Κώδικας, άρθρα 197–198, αρ. 834 επ., *Γ. Λέκκας*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 197-198, αρ. 11 επ.

97 *Δ. Λαδάς*, Το ζήτημα των εξόδων των στεγαστικών δανείων, ΧρηΔικ 2012, 354, 358

98 *Δ. Λαδάς*, ό.π., 358.

99 *Ελ. Βόγκλης*, ό.π., 11.

Η διαδικασία ελέγχου, στην οποία υποβάλλεται ο υποψήφιος δανειολήπτης που επιθυμεί να δανειοδοτηθεί και ιδίως όταν λαμβάνει στεγαστικό δάνειο, δεν είναι ένα τυπικό, αλλά ένα κρίσιμο προσυμβατικό στάδιο, το οποίο από τη φύση του προσφέρεται για σχηματισμό δικαιοπρακτικής βούλησης σχετικά με τις κύριες παροχές, αμφοτέρων των συναλλασσομένων, τράπεζας και δανειολήπτη. Μάλιστα, εύστοχα παρατηρείται ότι το στάδιο αυτό καθιερώθηκε αρχικά με τον ήδη καταργηθέντα ν. 3601/2007[100] και πλέον αποτελεί πεδίο κανονιστικής ρύθμισης της Οδηγίας 2014/17/ΕΕ[101]. Βεβαίως, οι ημεδαπές τράπεζες διενεργούσαν έλεγχο σύμφωνα με το πνεύμα της άνω οδηγίας κατά την περίοδο που χορηγήθηκαν τα δάνεια σε ελβετικό φράγκο. Σε κάθε περίπτωση κατά τον έλεγχο υλοποιείται η υποχρέωση που επιβάλλεται από την αρχή της καλής πίστης στο στάδιο των διαπραγματεύσεων να λάβει η τράπεζα υπόψη της και να προστατεύσει τα εύλογα και δικαιολογημένα συμφέροντα του δανειολήπτη[102]. Η υποχρέωση αυτή απορρέει και από τη διάταξη του άρθρου 8 ν. 2251/1994.

Πάλι κατά την κοινή πείρα και λογική και όχι με φορμαλιστική διάθεση, από τη στιγμή της επιθυμίας του δανειολήπτη να δανειοδοτηθεί, από την ενδεχόμενη έρευνα αγοράς[103], την υποβολή αιτήματος, τη διαδικασία ελέγχου, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, την παροχή εμπράγματης εξασφάλισης και εντέλει την εκταμίευση του δανείου μεσολαβεί ικανός χρόνος. Στο παρελθόν κατά μέσο όρο το χρονικό αυτό διάστημα ανερχόταν σε δύο περίπου μήνες. Μάλιστα ετίθετο σχετικός όρος στις συμβολαιογραφικές πράξεις αγοράς του ακινήτου περί πιστώσεως του τιμήματος και αποπληρωμής του, δυνάμει στεγαστικού δανείου που θα χορηγούσε συγκεκριμένη τράπεζα ή άλλο πιστωτικό ίδρυμα. Τα στεγαστικά δάνεια δεν ήταν, κατά κανόνα, βιαστικές και επιπόλαιες συμβάσεις. Ο χρόνος που διαρκούσε το προσυμβατικό στάδιο, δηλαδή από τη συναλλακτική προσέγγιση μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, ήταν ικανός ώστε να εμπεδώσει, σε κάθε περίπτωση, ο δανειολήπτης ότι θα κάνει χρήση του δανείσματος με την ισοτιμία του ελβετικού φράγκου κατά την ημέρα της εκταμίευσης, ενώ κάθε δόση θα αποτιμάται με την ισοτιμία κατά την ημέρα της καταβολής και όχι με την ισοτιμία της ημέρας της εκταμίευσης[104]. Και τούτο ακριβώς, διότι φέρει αυτός τον συναλλαγματικό κίνδυνο, δηλ. την υποχρέωση να καταβάλει μεγαλύτερη δόση, εάν υποτιμηθεί το ευρώ έναντι του νομίσματος της σύμβασης που είναι το ελβετικό φράγκο. Ισχύουν λοιπόν οι ισοτιμίες κατά το χρόνο της κατα-

100 Καταργήθηκε με το ν. 4261/2014.

101 *Χρ. Χασάπης*, Η Οδηγία 2014/17/ΕΕ σχετικά με τις συμβάσεις πίστωσης σε καταναλωτές για ακίνητα, που προορίζονται για κατοικία: Μια συνοπτική παρουσίαση, ΔΕΕ 2015, 334 επ.· *ο ίδιος*, Σκέψεις για την εναρμόνιση του ελληνικού δικαίου προς την Οδηγία 2014/17/ΕΕ σχετικά με τις συμβάσεις πίστωσης σε καταναλωτές για ακίνητα που προορίζονται για κατοικία, ΕφΑΔ 2015, 714 επ.

102 Συγκρ. *Ι. Καράκωστα*, Αστικός Κώδικας, άρθρα 197-198 αρ. 840.

103 Ad hoc για δάνειο σε ελβετικό φράγκο βλ. ΜονΠρωτ Αθηνών 5466/2015, αδημ.

104 Ακριβώς η εμπειρία αυτή προσλαμβάνει κανονιστικό περιεχόμενο με την Οδηγία 2014/17/ΕΕ. Βλ. *Χρ. Χασάπη*, ό.π., ΔΕΕ, 345 επ.

βολής και τούτο ακριβώς κατά την καθοδηγητικού δικαίου διάταξη του άρθρου 291 ΑΚ[105]. Η διάταξη ισχύει όταν η οφειλή είναι πληρωτέα στην Ελλάδα, αλλιώς θα ίσχυαν οι κανόνες του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου[106].

Αν και το δάνειο, κατά την αρχέτυπη ρύθμιση της διάταξης του άρθρου 806 ΑΚ, είναι ετεροβαρής σύμβαση, εντούτοις, κατά την ελευθερία των συμβάσεων μπορεί να λάβει διάφορες μορφές[107]. Το στεγαστικό δάνειο, από πλευράς αντιπαροχής του δανειολήπτη, διαμορφώνεται, κυρίως, ως τοκοχρεολυτικό δάνειο[108], συνιστάμενο στην απόδοσή του με τοκοχρεολυτικές δόσεις, λειτουργώντας σε βάθος χρόνου ως διαρκής έννομη σχέση, το πλαίσιο και τους όρους της οποίας έχει προετοιμάσει η δανείστρια τράπεζα και στην οποία ουσιαστικά υπεισέρχεται ο δανειολήπτης.

Ο δανειολήπτης στεγαστικού δανείου σε αντίθεση με το δανειολήπτη καταναλωτικού δανείου δεν μπορεί να ενταχθεί στο πρότυπο του μέσου, απρόσεκτου ως προς το σχηματισμό της δικαιοπρακτικής βούλησής του καταναλωτή, που αποτελεί και τον τυπικά άξιο προστασίας, δηλαδή τον προστατευτέο, όπως είθισται να χαρακτηρίζεται, καταναλωτή[109]. Αυτό ισχύει ιδίως στις κατά κυριολεξία καταναλωτικές συμβάσεις, χαρακτηριστικό γνώρισμα των οποίων είναι ότι η δανειοδότηση ή κτήση αγαθών και υπηρεσιών εξυπηρετεί καταναλωτικούς σκοπούς. Γι' αυτό και δικαιοπολιτικά τίθενται αυξημένες υποχρεώσεις ελέγχου της πιστοληπτικής ικανότητας στις καταναλωτικές συμβάσεις.

Το κανονιστικό πλαίσιο της καταναλωτικής πίστης συμπληρώνει η ΚΥΑ 669/2010 (ΦΕΚ 917/2010), η οποία ενσωματώνει στο εσωτερικό δίκαιο την Οδηγία 2008/48/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23ης Απριλίου 2008. Με αυτήν ρυθμίζεται ειδικά η προσυμβατική ενημέρωση και τίθενται δεσμευτικοί κανόνες[110]. Με την ΚΥΑ Ζ1–699/2010 έγινε προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία 2008/48 για τις συμβάσεις καταναλωτικής πίστης[111]. Η άνω ΚΥΑ δεν εφαρμόζεται σε πιστωτικές συμβάσεις που ασφαλίζονται με εμπράγματη ασφάλεια (κεφ. Ι, άρθρο 1, 1§2 ζ). Οι υποχρεώσεις της τράπεζας να προβεί σε ενημέρωση του

105 Συγκρ. ΑΠ 1693/2002, ΧρΙΔ 2003, 121 για την εξόφληση στο εγχώριο νόμισμα (δραχμές) εγκύρως συνομολογηθεισών οφειλών σε ξένο νόμισμα. Βλ. επίσης ΑΠ 713/2002, ΧρΙΔ 2002, 603.

106 *Π. Κοντογεωργακόπουλος*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρο 291 αρ. 11· *Α. Ταμπάκης*, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρο 291 αρ. 9.

107 *Δ. Αυγητίδης*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, εισαγ. παρατ. στα άρθρα 806-809 αρ. 4 επ. 7 επ.

108 *Ι. Ρόκας*, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρο 806 πλαγιάρ. 1 επ., 13· *Χ. Χρυσάνθης*, Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου Δημόσιο & Ιδιωτικό Τραπεζικό Δίκαιο, β΄ έκδ., 2001, 228.

109 Συγκρ. ΠΠρωτ Αθηνών 2773/2013, ΧρηΔικ 2013, 351 επ. Ο επαγγελματίας επενδυτής που ασχολείται συστηματικώς με συναλλαγές υψηλής αξίας δεν εμπίπτει στο προστατευτικό πεδίο του ν. 2251/1994, ακόμη και εάν εμφανίζει τυπικές ενδείξεις υπαγωγής, διότι σε μια τέτοια περίπτωση υπερακοντίζεται ο προστατευτικός σκοπός του νόμου.

110 *Χρ. Λιβαδά*, Το νέο ευρωπαϊκό ρυθμιστικό πλαίσιο για την καταναλωτική πίστη. Η Οδηγία 2008/48/ΕΚ για τις συμβάσεις καταναλωτικής πίστης και την κατάργηση της Οδηγίας 87/102/ΕΟΚ, 19 επ.

111 *Α. Πελλένη-Παπαγεωργίου*, Η νέα Οδηγία 2008/48/ΕΚ για τις καταναλωτικές συμβάσεις, ΝοΒ 2010, 275· *Πούλου*, Οι εκ του νόμου υποχρεώσεις πληροφόρησης ως μέσο προστασίας του καταναλωτή. Με αφορμή την Οδηγία 2008/48/ΕΚ για τις συμβάσεις καταναλωτικής πίστης, ΕλλΔνη 2014, 1328.

καταναλωτή στο προσυμβατικό στάδιο της σύμβασης καταναλωτικής πίστης θεμελιώνονται σε ένα σύνολο διατάξεων (άρθρ. 4 επ. · βλ. και άρθρ. 8), που ανάγονται στην αρχή του υπεύθυνου δανεισμού[112].

Ωστόσο, στην πράξη η άνω ΚΥΑ δεν εφαρμόζεται στα δάνεια σε ξένο νόμισμα, καθώς το άρθρο 2§2 στοιχ. α΄ και β΄ εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής της τις συμβάσεις πίστωσης, που εξασφαλίζονται με εμπράγματη ασφάλεια επί ακινήτου, και τις συμβάσεις πίστωσης, σκοπός των οποίων είναι η απόκτηση ή διατήρηση εμπράγματων δικαιωμάτων επί εγγείου ιδιοκτησίας ή επί υπάρχοντος ή υπό κατασκευή κτηρίου. Τα δάνεια σε ξένο νόμισμα έχουν χαρακτηριστικά στεγαστικής πίστης, είναι μακράς διάρκειας, ασφαλίζονται με εμπράγματο δικαίωμα και ακριβώς αυτή η μακρά διάρκειά τους συνδέεται και με τον κίνδυνο δυσμενούς μεταβολής της συναλλαγματικής ισοτιμίας.

Κατά τις εξελιγμένες αντιλήψεις που αφίστανται του φιλελεύθερου μοντέλου του αστικού δικαίου και τείνουν στην κοινωνικοποίησή του[113], ειδική προστασία χρειάζεται ο καταναλωτής όταν σχηματίζει επιπόλαια τη βούλησή του να αποκτήσει αγαθά της καθημερινότητας. Εκεί είναι απρόσεκτος. Η κοινή πείρα και λογική βοηθά πάντα στην κατανόηση της δικαιοπρακτικής συμπεριφοράς. Όσο ακριβότερη είναι η αξία μιας συναλλαγής τόσο μεγαλύτερη προσοχή επιδεικνύει ή οφείλει να επιδεικνύει ο συναλλασσόμενος.

Στις πιστωτικές συμβάσεις η προσυμβατική ενημέρωση της τράπεζας είναι κανονιστικά συγκεκριμενοποιημένη[114]. Αντίθετα, η τράπεζα κατά το προσυμβατικό στάδιο φέρει αυξημένη υποχρέωση προστασίας των εύλογων και δικαιολογημένων συμφερόντων του επενδυτή[115]. Η τράπεζα, ιδίως όταν υποδεικνύει επενδυτικές δυνατότητες, υπηρεσίες και δραστηριότητες, κατά την έννοια του άρθρου 4, ν. 3606/2007, δεδομένης της πρόσβασής της στην ενημέρωση και, εφόσον συνδέεται αιτιωδώς οποιαδήποτε παράλειψη ακριβούς ενημέρωσης κατά το προσυμβατικό στάδιο με την επέλευση ζημίας, καθίσταται υπόχρεη προς αποζημίωση[116]. Η αξίωση αυτή, κατά την κρατούσα άποψη, είναι ιδιαίτερη πηγάζουσα ευθέως εκ του νόμου και δη από το συνδυασμό των διατάξεων 197, 198 ΑΚ[117].

---

112 *Ευ. Περάκης*, Η αρχή του «υπεύθυνου δανεισμού» και η πρόσφατη κοινοτική Οδηγία για την καταναλωτική πίστη, ΧρηΔικ 2009, 357· *Χρ. 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, 203 επ.· *Απ. Τασίκας*, Η υποχρέωση του πιστωτικού φορέα για αξιολόγηση της πιστοληπτικής ικανότητας του καταναλωτή στην παροχή της καταναλωτικής πίστης, ΝοΒ 2011, 2284 επ.

113 Εμπεριστατωμένα βλ. τον προβληματισμό σε *Μ. Σταθόπουλο*, Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 10 επ.

114 *Γ. Γεωργιάδης*, Οι υποχρεώσεις της τράπεζας για ενημέρωση, διαφώτιση και παροχή συμβουλών στον πελάτη, ΧρΙΔ 2008, 865 επ., 872 επ. Συγκρ. ΜονΠρωτ Αθηνών 9086/2013, αδημ., που συνδέει την υποχρέωση ενημέρωσης με τη διακινδύνευση του δανείου.

115 Θεωρητική θεμελίωση *Γ. Τριανταφυλλάκης*, Η ευθύνη των ΕΠΕΥ έναντι των επενδυτών για παράλειψη πληροφόρησης ή παροχή εσφαλμένων συμβουλών, ΧρΙΔ 2001, 17 επ.

116 *Α. Γκούσκου/R. Pole*, Η έκταση της υποχρέωσης τράπεζας προς παροχή επενδυτικών συμβουλών (Η υπό κρίση περίπτωση: ομολογιακό δάνειο εξωτερικού σε γερμανικά μάρκα, BGH απόφ. 6/7/1993- XI ZR 12/93), ΕΕμπΔ 1995, 137 επ.

117 *Γ. Λέκκας*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρα 197-198 αρ. 1.

Όπως γίνεται δεκτό[118], κατά το προσυμβατικό στάδιο δεν θεμελιώνεται υποχρέωση διαφώτισης σε σχέση με πληροφορίες που μπορεί να αντλήσει ο πελάτης τράπεζας, ενώ δεν μπορεί να απαιτηθεί γενικά το ένα μέρος να φροντίζει για τα συμφέροντα του άλλου μέρους. Παρατηρείται, μάλιστα, στο παράγωγο κοινοτικό δίκαιο, η τάση εξειδίκευσης της υποχρέωσης πληροφόρησης[119]. Γι' αυτό ακριβώς η ΠΔΤΕ 2501/2002, εξειδικεύοντας τις υποχρεώσεις της τράπεζας κατά το στάδιο της προσυμβατικής ενημέρωσης, καθιερώνει συγκεκριμένη ενημέρωση των δανειοληπτών ελβετικού φράγκου της περιόδου εκείνης. Η διάταξη μάλιστα είναι ειδική και ίσχυε κατά τη χρονική περίοδο που εδόθησαν τα επίμαχα δάνεια. Ως ειδική διάταξη, εξειδικεύει τις γενικές υποχρεώσεις ενημέρωσης που απορρέουν από τη γενική υποχρέωση καλόπιστης συμπεριφοράς του άρθρου 197 ΑΚ στο προσυμβατικό στάδιο[120]. Η προσυμβατική ενημέρωση στις περιπτώσεις αυτές αποκρυσταλλώνεται και εξειδικεύεται συνιστάμενη στην επισήμανση του συναλλακτικού κινδύνου εκ μέρους της τράπεζας προς τον υποψήφιο δανειολήπτη. Αυτό είναι εύλογο προκειμένου να επισημαίνεται στο δανειολήπτη το ενδεχόμενο έλευσης του συναλλαγματικού κινδύνου[121]. Μάλιστα, υψηλό μορφωτικό επίπεδο του δανειολήπτη συνηγορεί υπέρ της κατανόησης της ενημέρωσης[122].

Σύμφωνα με τις διατάξεις αυτές, που όπως προεκτέθηκε έχουν κανονιστική ισχύ, ο δανειολήπτης πρέπει να ενημερώνεται ειδικώς: *(x) σχετικά με τον κίνδυνο από ενδεχόμενη διακύμανση της συναλλαγματικής ισοτιμίας στην περίπτωση δανείων σε συνάλλαγμα ή με ρήτρα συναλλάγματος και (xi) (για) τη δυνατότητα και το κόστος χρησιμοποίησης τεχνικών κάλυψης του κινδύνου από την ενδεχόμενη διακύμανση της συναλλαγματικής ισοτιμίας στην περίπτωση δανείων σε συνάλλαγμα ή με ρήτρα συναλλάγματος*. Το στάδιο των διαπραγματεύσεων λήγει με την κατάρτιση της σύμβασης[123]. Μπορεί επίσης με πειστικότητα να υποστηριχθεί ότι η προσυμβατική ενημέρωση καθιστά τη σύμβαση απόρροια ατομικής διαπραγμάτευσης με αυτόθρον συνέπεια τη μη εφαρμογή του άρθρου 2, ν. 2251/1994 στις σχετικές συμβάσεις[124].

Συνεπώς, την περίοδο εκείνη, δεν υπήρχε υποχρέωση διάθεσης κάποιας μορφής προστασίας, αρκούσε η σχετική ενημέρωση[125]. Πιστωτικά ιδρύματα είχαν προβλέψει

118 *Γ. Λέκκας*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρα 197-198 αρ. 20· *Απ. Τασίκας*, Η υποχρέωση των τραπεζών για συνδρομή και παροχή επαρκών εξηγήσεων στον αντισυμβαλλόμενο στην καταναλωτική πίστη, Τ.Τ. Ν. Ρόκα, 2013, 1028 επ., 1036 επ.

119 *Αν. Βαλτούδης*, Ζητήματα από τις υποχρεώσεις πληροφόρησης και τη σύναψη της σύμβασης στο ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων, ΧρΙΔ 2004, 202 επ., 203 επ., 204 επ.

120 Πρβλ. *Ζ. Τσολακίδη*, Η προσυμβατική ευθύνη στο σύστημα του Αστικού Κώδικα, ΕφΑΔ 2009, 264 επ., 268.

121 ΜονΠρωτ Αθηνών 1753/2015, αδημ.· ΜονΠρωτ Αθηνών 617/2015, αδημ.

122 Έτσι ΜονΠρωτ Αθηνών 1753/2015, αδημ. Ειδικά για την περίπτωση δικηγόρου δανειολήπτη βλ. ΜονΠρωτ Ρόδου 36466/2015, αδημ.

123 *Ι. Καράκωστας*, Αστικός Κώδικας, άρθρα 197–198, νομολογιακές υποδείξεις αρ. 1695.

124 Συγκρ. ΜονΠρωτ Θεσ/κης 19257/2014, αδημ.

125 ΜονΠρωτ Θεσ/κης 1023/2015, αδημ.

εγκυκλίως την υποχρέωση αυτή, εναρμονιζόμενα με την ΠΔΤΕ 2501/2002[126]. Είναι γεγονός ότι τυχόν παρεχόμενη από την τράπεζα «προστασία δόσης», δηλ. η μη μεταβολή της πληρωτέας δόσης για χρονικό διάστημα από 1 έως 5 έτη και με επιβάρυνση του επιτοκίου, καλύπτει την κατά τα άνω υποχρέωση ενημέρωσης, χωρίς να χρειάζεται να διαθέτει η τράπεζα και κάποιο άλλο προϊόν αντιστάθμισης του συναλλαγματικού κινδύνου αναφορικά με το κεφάλαιο[127]. Η επιλογή μάλιστα ενός προγράμματος προστασίας δόσης αποτελεί ένδειξη προσυμβατικής ενημέρωσης[128]. Μάλιστα, στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της τότε η ΤτΕ με την υπ΄ αριθμ. πρωτ. 484/19.3.2007 επιστολή της Διεύθυνσης Εποπτείας Πιστωτικού Συστήματος θεώρησε επαρκές στοιχείο κατά την προσυμβατική ενημέρωση να εκτίθεται στον υποψήφιο δανειολήπτη ένα παράδειγμα μεταβολής της συναλλαγματικής ισοτιμίας διά του υπολογισμού της δόσης αποπληρωμής του δανείου κατά κεφάλαιο και τόκους με βάση τη μέγιστη τιμή αρνητικής διακύμανσης του ελβετικού φράγκου την τελευταία τριετία[129]. Δεν προβλέφθηκαν μεγαλύτερες υποχρεώσεις προσυμβατικής ενημέρωσης, ακριβώς διότι το παράδειγμα αυτό ήταν ικανό για να εδραιώσει ο δανειολήπτης τη βούλησή του να δανειοδοτηθεί σε ξένο νόμισμα αναλαμβάνοντας να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του κατά τη μεταβολή της συναλλαγματικής ισοτιμίας[130].

Όπως προαναφέρθηκε, η προσυμβατική ενημέρωση που υποδεικνύεται από την Τράπεζα της Ελλάδος αφορά γεγονότα και αποτελεί ειδική εκδήλωση και εξειδίκευση της προσυμβατικής ενημέρωσης που προβλέπουν τα άρθρα 197-198 ΑΚ[131]. Η υποχρεωτικότητα, όμως, αυτή δεν δημιουργεί αυτοτελή ενοχή. Προϋπόθεση για τη θεμελίωση ευθύνης κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων αποτελεί και η υπαιτιότητα[132]. Συνεπώς ιδιαίτερη βαρύτητα αναπτύσσει η συμπεριφορά του δανειολήπτη, η οποία του καταλογίζεται με τη μορφή συντρέχοντος πταίσματος[133]. Γι΄ αυτό ακριβώς, η τυχόν παράλειψη ενημέρωσης κατά το προσυμβατικό στάδιο, ιδίως όταν οφείλεται σε άρνηση του δανειολήπτη να δεχθεί τις όποιες πληροφορίες επιτάσσει η Τράπεζα της Ελλάδος, δεν γεννά ευθύνη του πιστωτικού ιδρύματος. Αρκετοί δανειολήπτες πραγματοποιούν έρευνα αγοράς και σχηματίζουν ελεύθερα τη δικαιο-

126 ΜονΠρωτ Αθηνών 617/2015, αδημ.

127 Έτσι ορθά οι ΜονΠρωτ Αθηνών 10930/2013, ΧρηΔικ 2013, 1050· ΜονΠρωτ Αθηνών 4439/2013, αδημ.

128 ΜονΠρωτ Αθηνών 10256/2013, αδημ. ΜονΠρωτΑθηνών 10026/2015, αδημ.

129 ΜονΠρωτ Αθηνών 4439/2013, ΧρηΔικ 2014, 146· ΜονΠρωτ Αθηνών 8693/2013, ΧρηΔικ 2014, 144. Βλ. και ΠΠρωτ Κορίνθου 135/2015, αδημ.

130 Για τους κινδύνους από την υπερπληροφόρηση του καταναλωτή (information overload) βλ. ενδεικτικά *J. Haucap*, Werbung und Marktorganisation, 1998, σ. 56 επ.· *S. Kind*, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information, 1998, σ. 466 επ. Στο μέτρο αυτό είναι εσφαλμένη η ΜονΠρωτ Αθηνών 4902/2015, αδημ., διότι απαιτεί μεγαλύτερη ενημέρωση, χωρίς όμως να την εξειδικεύει!

131 *Χ. Γκόρτσος*, Δίκαιο προστασίας του καταναλωτή χρηματοοικονομικών υπηρεσιών: Περιεχόμενο και ιδιαιτερότητες, ΧρηΔικ 2007, 161 επ., 165 επ.· *P. Derleder/K.-O. Knops/H. G. Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2009, σ. 117.

132 *Γ. Λέκκας*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρα 197-198, αρ. 27 επ.· *Ζ. Τσολακίδης*, ό.π., 271 επ.

133 *Γ. Λέκκας*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρα 197-198, αρ. 29.

πρακτική τους βούληση[134]. Και τούτο ακριβώς διότι το υποκείμενο του δικαίου δικαιοπρακτεί σχηματίζοντας ελεύθερα τη βούλησή του, η οποία εν προκειμένω μπορεί να έχει διαμορφωθεί απόλυτα από το δανειολήπτη ήδη πριν από την προσέγγιση προς συναλλακτική επαφή με την τράπεζα και την έναρξη του σταδίου των διαπραγματεύσεων. Γι΄ αυτό ακριβώς γίνεται δεκτό ότι στοιχεία σχηματισμού του δικαιοπρακτικού θεμελίου στο προσυμβατικό στάδιο δεν χρειάζεται να αποκαλύπτονται ούτε βέβαια υπάρχει και υποχρέωση ενημέρωσης επί ζητημάτων για τα οποία μπορεί ευχερώς να ενημερωθεί ο αντισυμβαλλόμενος[135]. Η άρνηση ενημέρωσης, έστω και με εγωιστική διάθεση βεβαιότητας επιλογής, αποτελεί ένα factum που γεννά ένα συντρέχον πταίσμα, το οποίο πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, όταν μεταγενέστερα στο πλαίσιο δικαστικού ελέγχου εξετάζεται η συμπεριφορά των μερών, ιδίως ενόψει της απαιτούμενης υπαιτιότητάς τους. Μάλιστα στο προσυμβατικό στάδιο τέτοιων συμβάσεων δεν προβλέπεται έγγραφος τύπος.

Αν παραβιάσει η τράπεζα την υποχρέωση ενημέρωσης αυτό είναι ζήτημα κρινόμενο in concreto[136], αναγόμενο στην απόκλιση της συμπεριφοράς των υπαλλήλων της τράπεζας από τις επιταγές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, όπως αυτά εξειδικεύονται από την ΠΔΤΕ 2501/2002 της Τράπεζας της Ελλάδος, αλλά και στην έρευνα της υπαιτιότητας[137]. Η κύρωση είναι η ευθύνη προς αποζημίωση που καταλαμβάνει το αρνητικό διαφέρον[138], το οποίο αποκαθιστά τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη σε περίπτωση υπαίτιας παραβίασης της υποχρέωσης διαφώτισης ή αλήθειας[139]. Σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι μπορεί ο δικαστής να αναπροσαρμόσει τους όρους της καταρτισθείσας σύμβασης.

Η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις κατά το προσυμβατικό στάδιο υπόκειται στην πενταετή παραγραφή του άρθρου 937 ΑΚ[140]. Εφόσον, μάλιστα, το ζήτημα επικεντρώνεται στην πλημμελή ενημέρωση του δανειολήπτη για το συναλλαγματικό κίνδυνο, θα πρέπει η έναρξη της παραγραφής να αρχίζει με την κατάρτιση της σύμβασης, διότι από τη στιγμή εκείνη με ασφάλεια είναι ορατές οι μεταβολές της συναλλαγματικής ισοτιμίας.

Προκειμένου όμως να αποφευχθεί να επανεμφανισθεί στο μέλλον το πρόβλημα, αξιοποιώντας τη διεθνή εμπειρία, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 457/23.04.2013 Εγκύκλιο της Διεύθυνσης Εποπτείας Πιστωτικού Συστήματος, με την οποία υιοθετήθηκε η Σύσταση του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου Συστημικού Κινδύνου της 21ης Σεπτεμβρίου 2011 σχετικά με το δανεισμό σε ξένο νόμισμα (2011/C 342/01), η Τράπεζα της

134 ΜονΠρωτ Αθηνών 10026/2015, αδημ.
135 *Ι. Καράκωστας*, Αστικός Κώδικας, άρθρα 197-198, αρ. 839.
136 Συγκρ. ΠΠρωτ Βέροιας 44/2015, αδημ.
137 Συγκρ. *Ζ. Τσολακίδη*, ό.π., σ. 274.
138 ΟλΑΠ 37/2005, ΕλλΔνη 2005, 1040· ΑΠ 1346/2000, ΔΕΕ 2001, 735.
139 *Αν. Βαλτούδης*, Ζητήματα περιεχομένου και έκτασης της αποζημίωσης στην προσυμβατική ευθύνη, ΧρΙΔ 2005, 688 επ.
140 *Γ. Λέκκας*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρα 197-198 αρ. 43· *Βαθρακοκοίλης*, ΕΡΝΟΜΑΚ, άρθρο 198 αρ. 8.

Ελλάδος, μεταξύ άλλων, καλεί τα εποπτευόμενα από αυτήν ιδρύματα που χορηγούν δάνεια σε συνάλλαγμα να εφαρμόζουν σειρά μέτρων για την αντιστάθμιση του συναλλαγματικού κινδύνου, ενώ παράλληλα επισημαίνει στα πιστωτικά ιδρύματα την υποχρέωση εφαρμογής της ΠΔΤΕ 2501/2002 αναφορικά με την παροχή πληρέστερης ενημέρωσης προς τους συναλλασσομένους αναφορικά με τους κινδύνους που ενέχουν τα δάνεια σε ξένο νόμισμα.

Όπως εύστοχα παρατηρείται[141], δάνεια σε ξένα νόμισμα δεν απαγορεύονται· κάτι τέτοιο θα συνιστούσε αδικαιολόγητη περιστολή της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας που, συνταγματικά εκπορευόμενη, αποτελεί θεμελιώδη αρχή του κοινοτικού δικαίου. Ωστόσο διατυπώνονται αυξημένες προσυμβατικές υποχρεώσεις ενημέρωσης των τραπεζών σε σχέση με την ενημέρωση που προβλέπει η ΠΔΤΕ 2501/2002. Μάλιστα η Οδηγία 2014/17/ΕΕ[142], η οποία δεν έχει ενσωματωθεί ακόμη στο ελληνικό δίκαιο, επιτρέπει τη σύναψη τέτοιων πιστώσεων, αλλά προβλέπει αυξημένες υποχρεώσεις ενημέρωσης[143]. Σε κάθε περίπτωση οι προβλέψεις της Οδηγίας με ενσωμάτωση στο ελληνικό δίκαιο θα ισχύσουν από 21/3/2016 και δεν θα έχουν αναδρομική ισχύ.

6. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Από τα προεκτεθέντα καταδείχθηκε ότι οι συμβάσεις στεγαστικών δανείων σε ελβετικό φράγκο δεν είναι παράνομες συμβάσεις, πολύ περισσότερο δεν είναι ανήθικες ή εικονικές και φυσικά δεν αποτελούν επένδυση εκ μέρους του δανειολήπτη. Το πρόβλημα συνίσταται στη διάψευση των προσδοκιών των δανειοληπτών ελβετικού φράγκου για την ισοτιμία[144]. Όπως παρατηρείται[145], σε κάθε περίπτωση η ανατροπή της σύμβασης θα σημάνει έναν αδικαιολόγητο πλουτισμό του δανειολήπτη, γιατί εκείνος έχει επωφεληθεί μιας περιόδου χαμηλού επιτοκίου. Προς το παρόν το ευρώ είναι υποτιμημένο και συνεπεία αυτού υφίστανται οικονομική ζημία, η οποία είναι όμως απόρροια της ίδιας της σύμβασης, διότι ανέλαβαν το συναλλαγματικό κίνδυνο με όρο σαφή και διαφανή. Εάν γίνει μετατροπή του νομίσματος του δανείου με την τρέχουσα ισοτιμία μεταξύ ευρώ και ελβετικού φράγκου, τότε επέρχεται ο συναλλαγματικός κίνδυνος. Τόσα χρόνια κατέβαλαν τοκοχρεολυτικές δόσεις, οι οποίες είχαν διακύμανση λόγω της αλλαγής της συναλλαγματικής ισοτιμίας. Μετά από τόσα χρόνια, λοιπόν, και ενώ έχουν λειτουργήσει οι δανειακές συμβάσεις, μάλλον αντίθετη

141 *Ρ. Γιοβαννόπουλος*, ό.π., 651.

142 Του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 4ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις συμβάσεις πίστωσης για ακίνητα που προορίζονται για κατοικία και την τροποποίηση των Οδηγιών 2008/48/ΕΚ και 2013/36/ΕΕ και του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1093/2010. *Χρ. Χασάπης*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 334 επ.

143 *Χρ. Χασάπης*, ό.π., ΔΕΕ 2015, 335 επ.· *ο ίδιος*, ό.π., ΕφΑΔ 2015, 714 επ.

144 *Χρ. Χασάπης*, ό.π., ΧρηΔικ 2014, 432 επ. 433.

145 ΠΠ Πατρών 651/2015 αδημ. ΜονΠρωτ Καστοριάς 52/2015, αδημ.

προς τα χρηστά ήθη θα μπορούσε να χαρακτηριστεί μια αγωγή με την οποία επιδιώκεται η ανατροπή της δανειακής σύμβασης προς όφελος των δανειοληπτών ελβετικού φράγκου. Εάν όμως οι συμβάσεις παραμείνουν ενεργές και αλλάξει η ισοτιμία, τότε το άληκτο κεφάλαιο θα επανέλθει σε ικανοποιητικά επίπεδα. Επομένως, μια εύλογη λύση κατά τη διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ[146] και ανάλογα με τα χαρακτηριστικά κάθε περίπτωσης θα ήταν η επιμήκυνση του χρόνου αποπληρωμής του δανείου, διότι έτσι μειώνεται η τρέχουσα δόση και υφίσταται/παραμένει ζωντανή η ελπίδα να ανακάμψει το ευρώ έναντι του νομίσματος της σύμβασης με ευνοϊκά αποτελέσματα.

146 Αξιολογική προσέγγιση της διάταξης του άρθρου 288 ΑΚ για τη διαμόρφωση της παροχής στο μέλλον βλ. ΠΠ Καρδίτσας 37/2015, αδημ.

Γεώργιος Κ. Λέκκας*

Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί χρηματοπιστωτικών μέσων και επί πιστωτικών απαιτήσεων και καλή πίστη

Εισαγωγή
I. Τα χαρακτηριστικά και οι αρχές που διέπουν το ενέχυρο επί τίτλων και επί απαιτήσεων
1. Η εξουσία (δύναμη) δίωξης
2. Η εξουσία (δύναμη) παρακολούθησης
3. Ο κανόνας της προτίμησης
4. Η αρχή του κλειστού αριθμού
5. Η αρχή της δημοσιότητας και τυπικότητας
6. Η αρχή της ειδικότητας
7. Η αρχή του παρεπομένου
II. Πεδίο εφαρμογής και αντικείμενο των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας
III. Η κάμψη αρχών και κανόνων της εμπράγματης ασφάλειας στις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας
1. Ο τύπος της συμφωνίας
2. Το περιεχόμενο της συμφωνίας
(α) Το περιεχόμενο των συμφωνιών παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας
(β) Το περιεχόμενο των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλου
IV. Η διαμόρφωση της σχέσεως μεταξύ ασφαλειοδότη και ασφαλειολήπτη σύμφωνα με τις επιταγές της καλής πίστης
Συμπεράσματα

Εισαγωγή

Τα δικαιώματα εμπράγματης ασφάλειας παρέχουν στον δικαιούχο εξουσία σε πράγμα, δικαίωμα ή απαίτηση. Τα δικαιώματα εμπράγματης ασφάλειας αποτελούν περιορισμένα εμπράγματα δικαιώματα, καθόσον παρέχουν στον δικαιούχο περιο-

* Επίκουρος Καθηγητής Αστικού Δικαίου της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών.

ρισμένες εξουσίες επί του αντικειμένου της εμπράγματης ασφάλειας. Ειδικότερα τα δικαιώματα εμπράγματης ασφάλειας αποτελούν δικαιώματα αξίας, δηλαδή προνομιακής ικανοποιήσεως της ασφαλιζόμενης απαίτησης από την αξία του αντικειμένου της εμπράγματης ασφάλειας[1]. Από τη σκοπιά του αντικειμένου της εμπράγματης ασφάλειας, τα δικαιώματα εμπράγματης ασφάλειας διακρίνονται σε δικαιώματα επί ακινήτων, σε δικαιώματα επί κινητών και σε δικαιώματα επί δικαιωμάτων και επί απαιτήσεων[2].

Η εμπράγματη ασφάλεια επί τίτλων και επί δικαιωμάτων ή επί απαιτήσεων, που ρυθμίζεται στον Αστικό Κώδικα, είναι το ενέχυρο σε ανώνυμους τίτλους (ΑΚ 1244-1245), το ενέχυρο τίτλου σε διαταγή (ΑΚ 1251), το ενέχυρο σε δικαίωμα (ΑΚ 1247) και το ενέχυρο σε απαίτηση (1248 επ.).

Ο νομοθέτης του Αστικού Κώδικα, ρυθμίζοντας τις προαναφερόμενες μορφές ασφάλειας στο πλαίσιο ενός νομοθετήματος προορισμένου για αστικές έννομες σχέσεις, προέβη σε σταθμίσεις εννόμων συμφερόντων, που συγκρούονται κατά τη σύσταση και τη ρευστοποίηση της εμπράγματης ασφάλειας, κυρίως του δανειστή και του οφειλέτη, έδωσε δε μάλλον το προβάδισμα κατά τη στάθμιση αυτή – εύλογα – στην αρχή της προστασίας του ενοχικού ή/και εμπράγματου οφειλέτη της ασφαλιζόμενης απαιτήσεως. Η στάθμιση αυτή αποτυπώνεται σε ορισμένα χαρακτηριστικά και αρχές που διέπουν τη ρυθμιζόμενη από τον Αστικό Κώδικα εμπράγματη ασφάλεια επί κινητών, επί τίτλων ή επί απαιτήσεων.

I. Τα χαρακτηριστικά και οι αρχές που διέπουν το ενέχυρο επί τίτλων και επί απαιτήσεων

1. Η εξουσία (δύναμη) δίωξης

Τη δύναμη αυτή αναπτύσσει το ενέχυρο επί κινητού και επί ανώνυμων τίτλων. Ο Αστικός Κώδικας συνδέει τη σύσταση του ενεχύρου επί κινητού (ΑΚ 1211-1213) και επί ανώνυμων τίτλων (ΑΚ 1244) για λόγους δημοσιότητας με την παράδοση του κινητού ή του ανώνυμου τίτλου αντίστοιχα. Η εξουσία δίωξης είναι το δικαίωμα του ενεχυρούχου δανειστή να επιδιώξει την απόδοση του πράγματος ή του ανώνυμου τίτλου και τη διατήρηση της εξουσίας του αδιατάρακτης από οποιονδήποτε τρίτο προσβάλλει το δικαίωμά του (ΑΚ 1236)[3].

Στην τρέχουσα συναλλακτική πρακτική είναι δυσχερές, συνεπάγεται δε μεγάλο κόστος για τον ενεχυρούχο δανειστή, να αποκτά τη φυσική εξουσία των κινητών, επί

1 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 2.
2 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 83 αρ. 12-13.
3 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 4· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 18 αρ. 4.

των οποίων συστήνει ενέχυρο. Για τον οφειλέτη επίσης η σύσταση του ενεχύρου με παράδοση του κινητού είναι επιζήμια, διότι χάνει τη φυσική εξουσία του πράγματος, επί του οποίου συστήνεται το ενέχυρο και τη δυνατότητα αξιοποίησής του. Όσον αφορά στους ανώνυμους τίτλους, στην πλειονότητα των συναλλακτικά σημαντικών περιπτώσεων (τίτλοι με εξασφαλιστική αξία με βάση οικονομικά κριτήρια) πρόκειται για μετοχές ή ομολογίες που τηρούνται υπό μορφή ηλεκτρονικών εγγραφών σε λογαριασμούς πιστωτικών ιδρυμάτων, συστημάτων εκκαθάρισης (λ.χ. ΕΧΑΕ) ή στην Τράπεζα της Ελλάδος. Στην πρώτη περίπτωση (κινητά) η φυσική εξουσία – προϋπόθεση της εξουσίας δίωξης – δεν είναι συναλλακτικά επιθυμητή, ενώ στη δεύτερη περίπτωση (ανώνυμοι τίτλοι) δεν είναι καθ' εαυτή νοητή.

2. Η εξουσία (δύναμη) παρακολούθησης

Η εξουσία αυτή συνεπάγεται ότι το δικαίωμα ενεχύρου βαρύνει το κινητό, που αποτελεί αντικείμενο του ενεχύρου, σε οποιονδήποτε περιέλθει αυτό μεταγενέστερα. Ο νέος κύριος αποκτά το κινητό βεβαρυμμένο με το ενέχυρο και συνεπώς υπόκειται στην εμπράγματη αγωγή του ενεχυρούχου δανειστή[4].

Συνέπεια της εξουσίας παρακολούθησης είναι ότι ο οφειλέτης στερείται τη δυνατότητα οικονομικής αξιοποίησης του πράγματος λ.χ. μέσω μεταπώλησης, η οποία – στο βαθμό που δεν θίγονται τα έννομα συμφέροντά του – είναι μάλλον επιθυμητή από τον πιστοδότη, καθόσον έτσι διατηρείται η επιχειρηματική δραστηριότητα του οφειλέτη και μέσω αυτής η δυνατότητα αποπληρωμής του χρέους.

3. Ο κανόνας της προτίμησης

Σύμφωνα με τον κανόνα αυτόν ο ασφαλειολήπτης ικανοποιείται προνομιακά, όταν συντρέχει με εγχειρόγραφους δανειστές, από το προϊόν της ρευστοποίησης του αντικειμένου της εμπράγματης ασφάλειας κατά τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης[5], ενώ θεσπίζεται απαγόρευση της *lex commissoria* (ΑΚ 1239) («*Είναι άκυρη η συμφωνία που γίνεται προτού καταστεί απαιτητό το ασφαλιζόμενο χρέος, σύμφωνα με την οποία αν ο δανειστής δεν ικανοποιηθεί εμπρόθεσμα, η κυριότητα του πράγματος περιέρχεται ή πρέπει να μεταβιβαστεί σε αυτόν. Το ίδιο ισχύει και για τη συμφωνία, με την οποία ο δανειστής απαλλάσσεται εξολοκλήρου ή κατά ένα μέρος από τις διατυπώσεις για την εκποίηση του πράγματος*»)[6].

Ωστόσο η επίσπευση της διαδικασίας αναγκαστικής εκτέλεσης μπορεί να μην είναι επιθυμητή από τα μέρη είτε λόγω κόστους είτε λόγω του ότι είναι συνήθως χρονο-

4 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 5· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 18 αρ. 5.
5 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 6· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 18 αρ. 6.
6 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 10.

βόρα είτε διότι μέσω αυτής ενδέχεται κατά περίπτωση να μην επιτυγχάνεται το υψηλότερο δυνατό τίμημα.

4. Η αρχή του κλειστού αριθμού

Η αρχή του κλειστού αριθμού στην εμπράγματη ασφάλεια έχει την έννοια ότι (α) η ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να δημιουργήσει άλλα εμπράγματα δικαιώματα από αυτά που προβλέπει ο νόμος και ότι (β) το περιεχόμενο των δικαιωμάτων εμπράγματης ασφάλειας δεν μπορεί να διαμορφωθεί με βάση την ιδιωτική βούληση, αλλά προβλέπεται στον νόμο[7].

Στις συναλλαγές ωστόσο είναι συχνά επιθυμητή η διαμόρφωση των εξουσιών του ασφαλειολήπτη ή του ασφαλειοδότη με μεταξύ τους συμφωνία, η οποία προσαρμόζει την εμπράγματη ασφάλεια στη μεταξύ τους πιστωτική σχέση, καθιστώντας αυτήν αποτελεσματικότερη για τα μέρη.

5. Η αρχή της δημοσιότητας και τυπικότητας

Η αρχή της δημοσιότητας στο ενέχυρο επί κινητών και ανώνυμων τίτλων πραγματώνεται μέσω της παράδοσης του αντικειμένου του ενεχύρου (κινητού πράγματος ή ανώνυμου τίτλου) στον ενεχυρούχο δανειστή ή σε τρίτο ενεχυροφύλακα (ΑΚ 1211, ΑΚ 1212). Η παράδοση δεν μπορεί να γίνει με αντιφώνηση της νομής (ΑΚ 1213), δηλαδή συμφωνία μεταξύ δανειστή και ενεχυραστή να παραμείνει ο τελευταίος στην κατοχή του πράγματος βάσει ορισμένης έννομης σχέσης (λ.χ. χρησιδανείου, μισθώσεως)[8].

Στο ενέχυρο απαιτήσεως η δημοσιότητα επιτυγχάνεται με τη γνωστοποίηση της ενεχυράσεως στον οφειλέτη της ενεχυραζόμενης απαίτησης (ΑΚ 1248)[9].

Η δημοσιότητα του ενεχύρου εξασφαλίζεται επίσης και μέσω της τήρησης νόμιμου συστατικού τύπου. Ο προβλεπόμενος στον Αστικό Κώδικα τύπος του ενεχύρου είναι είτε το συμβολαιογραφικό έγγραφο είτε το ιδιωτικό έγγραφο βέβαιης χρονολογίας (ΑΚ 1211)[10].

Οι επιφυλάξεις σε σχέση με τις δυσμενείς συνέπειες που συνεπάγεται η παράδοση του κινητού, στο οποίο συστάθηκε ενέχυρο, εκτέθηκαν ήδη. Στην πράξη επίσης δεν είναι συχνά επιθυμητή η γνωστοποίηση της σύστασης ενεχύρου στον οφειλέτη της ενεχυραζόμενης απαίτησης, καθόσον συνεπάγεται τη γνώση από αυτόν των πιστωτικών δοσοληψιών του ενεχυραστή, η οποία συχνά δεν είναι εμπορικά επωφελής.

---

7 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 10-11· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 18 αρ. 10-11.
8 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 14· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 18 αρ. 14.
9 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 16· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 30 αρ. 17.
10 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 89 αρ. 54· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 26 αρ. 55.

Επίσης η τήρηση του συμβολαιογραφικού τύπου ή του τύπου του ιδιωτικού εγγράφου βέβαιης χρονολογίας συνεπάγεται αυξημένο κόστος σύστασης του ενεχύρου.

6. Η αρχή της ειδικότητας

Η αρχή της ειδικότητας αφορά είτε στο αντικείμενο της εμπράγματης ασφάλειας είτε στην ασφαλιζόμενη απαίτηση.

(α) Η αρχή της ειδικότητας του αντικειμένου του ενεχύρου σημαίνει ότι το ενέχυρο μπορεί να υπάρξει επί κινητού πράγματος, ατομικά ορισμένου (λ.χ. συγκεκριμένο γεωργικό μηχάνημα, συγκεκριμένο όχημα), το οποίο μάλιστα πρέπει να περιγράφεται στο έγγραφο σύστασης του ενεχύρου ή σε κατάλογο που προσαρτάται στο έγγραφο αυτό (ΑΚ 1211)[11]. Εξασφαλιστική αξία όμως – και μάλιστα συχνά μεγαλύτερη – έχουν κινητά πράγματα κατά γένος ορισμένα, τα οποία αποτελούν το αντικείμενο της επιχειρηματικής δραστηριότητας του ενεχυραστή (λ.χ. απαιτήσεις του ασφαλειοδότη – πιστωτικού ιδρύματος – από πιστωτικές συμβάσεις) και μπορούν να αξιοποιηθούν ως εμπράγματη ασφάλεια για τη χρηματοδότηση της επιχειρηματικής του δραστηριότητας.

(β) Η αρχή της ειδικότητας της ασφαλιζόμενης απαίτησης σημαίνει ότι η ασφαλιζόμενη με το ενέχυρο απαίτηση πρέπει να προσδιορίζεται με σαφήνεια[12]. Στο ενέχυρο δεν απαιτείται ο ειδικότερος προσδιορισμός της απαίτησης: στην ΑΚ 1211 εδ. β' προβλέπεται η εξασφάλιση της απαίτησης σε όλη της την έκταση, απαιτείται όμως τουλάχιστον για την εξειδίκευση της απαίτησης ο προσδιορισμός του ενεχυρούχου δανειστή. Όπως όμως τονίστηκε ήδη ο προσδιορισμός του ενεχυρούχου δανειστή μπορεί να μην είναι δυνατός στην περίπτωση που η εμπράγματη ασφάλεια εξασφαλίζει απαιτήσεις από τίτλους, οι οποίοι προορίζονται για κυκλοφορία (λ.χ. ανώνυμες ομολογίες εισηγμένες σε χρηματιστήριο). Στην περίπτωση αυτή η συναλλακτική πρακτική επιδιώκει την εξασφάλιση των *εκάστοτε κομιστών ομολογιών* της ίδιας έκδοσης ως ομάδας, πράγμα που διευκολύνει την κυκλοφορία της ασφαλιζόμενης απαίτησης.

7. Η αρχή του παρεπομένου

Η αρχή του παρεπομένου σημαίνει ότι τα δικαιώματα εμπράγματης ασφάλειας προϋποθέτουν την ασφαλιζόμενη απαίτηση, χωρίς την οποία δεν είναι νοητή η ύπαρξή τους, λ.χ. μεταβιβάζονται με αυτήν σε περίπτωση εκχώρησης της ασφαλιζόμενης απαίτησης (ΑΚ 455), αποσβήνονται αν αποσβεστεί η ασφαλιζόμενη απαίτηση (ΑΚ 1243 αρ. 1)[13].

---

11 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 16· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 18 αρ. 16.
12 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 17· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 18 αρ. 17.
13 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 84 αρ. 20-21· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 18 αρ. 20-21.

Όμως στην πράξη είναι συχνά επιθυμητό η εμπράγματη ασφάλεια να παρέχεται υπέρ ενός έμπιστου τρίτου προσώπου – όχι του δανειστή της ασφαλιζόμενης απαίτησης – το οποίο έμπιστο τρίτο πρόσωπο διοικεί την ασφάλεια προς όφελος των δανειστών της ασφαλιζόμενης απαίτησης. Δεν πρόκειται εδώ για τον ενεχυροφύλακα της ΑΚ 1212, στον οποίον παραδίδεται με κοινή συμφωνία δανειστή και ενεχυραστή με σκοπό τη φύλαξη του κινητού στο οποίο έχει συσταθεί ενέχυρο[14], αλλά έμπιστου προσώπου στο οποίο παραδίδεται το κινητό και παρέχεται η δυνατότητα ασκήσεως της εμπράγματης αγωγής για την ικανοποίηση των δανειστών της ασφαλιζόμενης με το ενέχυρο απαιτήσεως.

Στις συναλλαγές της κατ' επάγγελμα χορήγησης δανείων και πιστώσεων διαπιστώθηκε ήδη πριν από την εισαγωγή του Αστικού Κώδικα η ανάγκη υιοθέτησης αποκλίσεων από αρχές και κανόνες που διέπουν την εμπράγματη ασφάλεια κυρίως επί κινητών (στα οποία συμπεριλαμβάνονται και οι ανώνυμοι τίτλοι) και επί απαιτήσεων. Ήδη από την περίοδο του Μεσοπολέμου θεσπίστηκαν ρυθμίσεις που διευκόλυναν τη λήψη ενεχύρου επί κινητών και επί απαιτήσεων. Πρόκειται για τις ρυθμίσεις του ν.δ. 17.7./13.8.1923, οι περισσότερες από τις οποίες διατηρήθηκαν σε ισχύ και μετά την εισαγωγή του Αστικού Κώδικα (ΕισΝΑΚ 41)[15]. Η περαιτέρω νομοθετική διαμόρφωση της εμπράγματης ασφάλειας κατά τρόπο ευέλικτο και σύμφωνα προς τις ανάγκες των συναλλαγών συντελέστηκε με πιο πρόσφατα νομοθετήματα κατά τη δεκαετία του 2000 (ν. 2844/2000[16], άρ. 12 ν. 3156/2003[17], ν. 3301/2004).

ΙΙ. Πεδίο εφαρμογής και αντικείμενο των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας

Με τον ν. 3301/2004 (ΦΕΚ 263) ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη η Οδηγία 2002/47/ΕΚ[18], η οποία τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με την Οδηγία 2009/44/ΕΚ που ενσωματώθηκε επίσης στην ελληνική έννομη τάξη με τον ν. 4021/2011 (ΦΕΚ 218), ο οποίος τροποποίησε τον ν. 3301/2004. Η ρύθμιση με ευρωπαϊκές Οδηγίες των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας καταδεικνύει το ενδιαφέρον του ενωσιακού νομοθέτη να ενοποιήσει το δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας επί χρηματοπιστωτικών μέσων και επί απαιτήσεων και ταυτόχρονα τη δυναμική του δικαίου της εμπράγματης ασφάλειας που προσαρμόζεται στις εκάστοτε νέες μορφές πιστωτικών σχέσεων.

---

14 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 89 αρ. 58· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 26 αρ. 59.

15 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 89 αρ. 41-42· *ο ίδιος*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 26 αρ. 42-43.

16 Βλ. εγγύτερα *Απ. Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ², § 89 αρ. 105 επ.· *τον ίδιο*, Η εξασφάλιση των πιστώσεων², § 26 αρ. 106 επ.

17 Βλ. εγγύτερα *Λέκκα*, Εμπράγματη εξασφάλιση του ομολογιακού δανείου και τιτλοποίηση απαιτήσεων (2005), *passim*.

18 *Μήτσου*, Το νέο κοινοτικό θεσμικό πλαίσιο για τις συμφωνίες περί παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας στις χρηματοοικονομικές συναλλαγές, ΔΕΕ 2003, 611· *Περγάμαλης*, Οδηγία 2002/47/ΕΚ για τις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, ΔΕΕ 2004, 33.

Με τον ν. 3301/2004, όπως ισχύει μετά τον ν. 4021/2011, προβλέπονται σημαντικές καινοτομίες στο δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας επί τίτλων και επί απαιτήσεων. Ο όρος «εμπράγματη ασφάλεια», ήδη ευρύτερος του καθιερωμένου στον Αστικό Κώδικα όρου «ενέχυρο», εγκαταλείπεται και αντικαθίσταται από τον ακόμα πιο ευρύ όρο «χρηματοοικονομική ασφάλεια», ο οποίος περιλαμβάνει εκτός από την «εμπράγματη» χρηματοοικονομική ασφάλεια, τις ενοχικές συμφωνίες που τριτενεργούν υπό προϋποθέσεις (συμβατικός «εκκαθαριστικός» συμψηφισμός[19]), αλλά και εξασφαλιστικές, «*οριστικές*», μεταβιβάσεις του αντικειμένου της ασφάλειας[20], όχι μόνο τις μεταβιβάσεις με καταπιστευτικό όρο.

Ως προς το πεδίο εφαρμογής του ν. 3301/2004 προβλέπεται ότι ο ασφαλειολήπτης και ο ασφαλειοδότης πρέπει να είναι δημόσια αρχή, κεντρική τράπεζα, πιστωτικό ίδρυμα, επιχείρηση παροχής επενδυτικών υπηρεσιών, χρηματοδοτικό ίδρυμα, ασφαλιστική επιχείρηση, εταιρεία διαχείρισης, εταιρεία χρηματοδοτικής μίσθωσης, κεντρικός αντισυμβαλλόμενος, διακανονιστής, συμψηφιστικό γραφείο συστημάτων εκκαθάρισης και κάθε νομικό πρόσωπο υπό τον όρο ότι ο αντισυμβαλλόμενος είναι κάποιο από τα προαναφερόμενα πρόσωπα[21]. Η μορφή αυτή ασφάλειας έχει χρησιμοποιηθεί στην πράξη για την εξασφάλιση πιστώσεων από τράπεζες, αλλά και προς τράπεζες στο πλαίσιο διατραπεζικού δανεισμού και δανεισμού από το Ευρωπαϊκό Σύστημα Κεντρικών Τραπεζών.

Αντικείμενο της χρηματοοικονομικής ασφάλειας μπορεί να είναι *μετρητά*, *χρηματοπιστωτικά μέσα και πιστωτικές απαιτήσεις*[22].

Ειδικότερα τα μετρητά ως αντικείμενο των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας δεν είναι τα αυτούσια μετρητά (δηλαδή κέρματα και τραπεζογραμμάτια), αλλά τα χρήματα που έχουν πιστωθεί σε λογαριασμό, ανεξαρτήτως νομίσματος, και παρεμφερείς αξιώσεις επιστροφής χρημάτων, όπως λ.χ. οι καταθέσεις χρηματαγοράς[23], πρόκειται δηλαδή για απαιτήσεις καταβολής λογιστικού χρήματος.

Χρηματοπιστωτικά μέσα, που μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, είναι οι μετοχές και οι ομολογίες, άλλα είδη χρεωστικών τίτλων, καθώς και άλλοι ισοδύναμοι τίτλοι, οι οποίοι παρέχουν δικαίωμα απόκτησης μετοχών, ομολογιών ή άλλου είδους κινητών αξιών, εφόσον αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης στην κεφαλαιαγορά ή είναι συνήθως διαπραγματεύσιμοι. Εξαιρούνται τα μέσα πληρωμής, τα μερίδια συλλογικών επενδύσεων (λ.χ. μερίδια αμοιβαίων κεφαλαίων) και τα μέσα χρηματαγοράς[24]. Με πρόσφατη τροποποίηση του ν. 3301/2004 στα χρηματοπιστωτικά μέσα που δύνα-

19 Άρθρο 2 § 1 (ιδ) ν. 3301/2004, όπως αυτό ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 43 § 1 ν. 4021/2011.
20 Άρθρο 2 § 1 (β) ν. 3301/2004.
21 Άρθρο 1 § 2 ν. 3301/2004, όπως αυτό ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 43 § 1 ν. 4021/2011.
22 Άρθρο 1 § 3 ν. 3301/2004, όπως αυτό ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 43 § 1 ν. 4021/2011.
23 Άρθρο 2 § 1 (δ) ν. 3301/2004.
24 Άρθρο 2 § 1 (ε) ν. 3301/2004.

νται να αποτελέσουν αντικείμενο συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας συμπεριελήφθησαν οι υπό αίρεση μετατρέψιμες ομολογίες που εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα σύμφωνα με την ΠΥΣ 36/2015 (ΦΕΚ 135)[25].

Τέλος αντικείμενο των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας μπορούν να αποτελέσουν και πιστωτικές απαιτήσεις, οι οποίες είναι χρηματικές απαιτήσεις πιστωτικών ιδρυμάτων από τη χορήγηση πιστώσεων και οι εν γένει χρηματικές απαιτήσεις του ασφαλειοδότη[26].

Στη συνέχεια εξετάζονται αφενός (υπό III) η κάμψη αρχών και κανόνων που διέπουν το ενέχυρο επί τίτλων και επί απαιτήσεων στις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας και αφετέρου (υπό IV) η διαμόρφωση της συμβατικής ενοχικής σχέσεως μεταξύ ασφαλειοδότη και ασφαλειολήπτη ως συνέπεια της κάμψης αρχών και κανόνων.

III. Η κάμψη αρχών και κανόνων της εμπράγματης ασφάλειας στις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας

Σημαντικές αποκλίσεις από τις αρχές και τους κανόνες του Αστικού Κώδικα για το ενέχυρο επί τίτλων και επί απαιτήσεων διαπιστώνονται στις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Οι αποκλίσεις αφορούν είτε (1) στον τύπο της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας είτε (2) στο περιεχόμενο της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας.

1. Ο τύπος της συμφωνίας

Σημαντική απόκλιση από την αρχή της τυπικότητας των εμπραγμάτων δικαιοπραξιών εν γένει και ειδικότερα του ενεχύρου αποτελεί η καθιέρωση με το άρθρο 3 § 1 του ν. 3301/2004, κατόπιν της τροποποίησης αυτού με το άρθρο 43 § 1 του ν. 4021/2011, του ατύπου των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Ο νόμος προβλέπει ότι οι συμφωνίες αυτές πρέπει να «*πιστοποιούνται*» εγγράφως, όμως ο όρος «*εγγράφως*» περιλαμβάνει και την καταχώριση με ηλεκτρονικό μέσο ή σε οποιοδήποτε σταθερό υπόθεμα (άρθρο 2 § 3 ν. 3301/2004), ενώ δεν απαιτείται η τήρηση οποιουδήποτε περαιτέρω τύπου για το κύρος και την απόδειξη της συμφωνίας. Ιδίως δεν εφαρμόζονται τα άρθρα 1211, 1213 και 1247 του Αστικού Κώδικα, το άρθρο 49 § 1 του ν. 2396/1996 και τα άρθρα 36 § 2 και 39 § 2 του νομοθετικού διατάγματος της 17.7/13.8.1923[27].

25 Άρθρο 8 ν. 4346/2015.
26 Άρθρο 2 § 1 (ιε) ν. 3301/2004, όπως αυτό ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 43 § 1 ν. 4021/2011.
27 Βλ. και *Απ. Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 86.

Εντούτοις στο άρθρο 3 § 2(δ) του ν. 3301/2004, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 § 1 του ν. 4021/2011, προβλέπεται ότι τις προϋποθέσεις για την παροχή ασφάλειας επί τίτλων σε λογιστική μορφή θέτουν οι κανόνες που διέπουν το οικείο μητρώο ή σύστημα τήρησης λογαριασμών τίτλων σε λογιστική μορφή. Η προαναφερόμενη διάταξη θεσπίζει μορφή «*απρόβλητου*» έναντι του μητρώου, του συστήματος τήρησης λογαριασμών τίτλων σε λογιστική μορφή και των τρίτων της συμφωνίας περί παροχής της χρηματοοικονομικής ασφάλειας[28], όχι δε νόμιμο, συστατικό ή αποδεικτικό, τύπο της δικαιοπραξίας. Συνεπώς μη τήρηση των κανόνων που διέπουν το οικείο μητρώο ή το σύστημα τήρησης λογαριασμών τίτλων σε λογιστική μορφή για την παροχή της ασφάλειας δεν θίγει το κύρος αυτής μεταξύ των μερών ούτε δημιουργεί αδυναμία απόδειξης αυτής[29].

2. Το περιεχόμενο της συμφωνίας

Εκτός από τις προαναφερόμενες αποκλίσεις από την αρχή της τυπικότητας, σημαντικές αποκλίσεις από αρχές και κανόνες που διέπουν το ενέχυρο επί τίτλων ή επί απαιτήσεων θεσπίζονται επίσης και ως προς το περιεχόμενο και τις εξουσίες, που παρέχουν στον ασφαλειολήπτη οι συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, σε σχέση με το περιεχόμενο και τις εξουσίες, που παρέχει στον ενεχυρούχο δανειστή το ενέχυρο.

Το περιεχόμενο και οι εξουσίες αυτές διαφέρουν (α) στις συμφωνίες παροχής *εμπράγματης* χρηματοοικονομικής ασφάλειας και (β) στις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας *με μεταβίβαση τίτλου*.

(α) Το περιεχόμενο των συμφωνιών παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας

«*Συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας*» είναι η συμφωνία, βάσει της οποίας ο ασφαλειοδότης παρέχει στον ασφαλειολήπτη ενέχυρο ή άλλο αντίστοιχο περιορισμένο εμπράγματο δικαίωμα (λ.χ. κυμαινόμενη ασφάλεια του ν. 2844/2000) επί της παρεχόμενης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με σκοπό την εξασφάλιση ή την κάλυψη της εκτέλεσης των σχετικών χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων, *ενώ η κυριότητα ή το δικαίωμα επί της παρεχόμενης χρηματο-*

---

28 Για το «*απρόβλητο*» της δικαιοπραξίας λόγω μη τήρησης του τύπου βλ. εγγύτερα *Λέκκα*, Το «απρόβλητο» (inopposabilité) λόγω μη τήρησης του νόμιμου τύπου – Συμβολή στην ερμηνεία της ΑΚ 159 § 1, ΧρΙΔ 2010, 414=ΤιμΤ Καλλιμόπουλου (2010), σελ. 351· *Σταθόπουλο*, Μορφές ανισχύρου δικαιοπραξιών. Διαφοροποίηση βάσει εννοιών ή βάσει εννόμων συνεπειών; ΧρΙΔ 2013, 321=ΤιμΤ Δωρή ΙΙ (2015), σελ. 1545, 1550· *Σταμπέλου*, Ακυρότητα δικαιοπραξίας λόγω έλλειψης τύπου (2015), σελ. 99.

29 Πρβλ. όμως *Απ. Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 86· *Μάζη*, Ανατροπές στο δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας – ουσιαστικό και δικονομικό – με τον ν. 3301/2004 «Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας», ΧρΙΔ 2013, 406, 409.

οικονομικής ασφάλειας παραμένει στον ασφαλειοδότη κατά τη σύσταση του εμπράγματου δικαιώματος[30].

Στις συμφωνίες εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας ο ν. 3301/2004 θεσπίζει σημαντικές αποκλίσεις από τις ρυθμίσεις του Αστικού Κώδικα για το ενέχυρο σε σχέση με τις εξουσίες του ασφαλειολήπτη. Οι αποκλίσεις αυτές αφορούν στη ρευστοποίηση της χρηματοοικονομικής ασφάλειας για την ικανοποίηση του ασφαλειολήπτη. Ειδικότερα, ο ασφαλειολήπτης δικαιούται να επιδιώξει με τους ακόλουθους τρόπους την ικανοποίηση της απαίτησής του:

α) Εφόσον αντικείμενο της ασφάλειας είναι *χρηματοπιστωτικά μέσα* (*μετοχές*, *ομολογίες κ.λπ.*), η ικανοποίηση της απαίτησης του ασφαλειολήπτη γίνεται με εκούσια πώληση και μεταβίβαση αυτών σε τρίτους ή με μεταβίβασή τους στον ίδιο τον ασφαλειολήπτη και συμψηφισμό του τιμήματος[31]. Σε περίπτωση μεταβίβασης των τίτλων στον ασφαλειολήπτη, η ασφαλιζόμενη απαίτηση εξοφλείται κατά το ποσό, στο οποίο ανέρχεται η αξία των τίτλων[32]. Τούτο διασφαλίζει τη διαφάνεια των όρων εξόφλησης της ασφαλιζόμενης απαίτησης, καθόσον το τίμημα απόκτησης των τίτλων από τον ασφαλειολήπτη δεν διαμορφώνεται με όρους της αγοράς.

β) Εφόσον αντικείμενο της ασφάλειας είναι *πιστωτικές απαιτήσεις*, η ικανοποίηση της απαίτησης του ασφαλειολήπτη γίνεται με πώληση και εκχώρηση των απαιτήσεων σε τρίτους ή στον ίδιο τον ασφαλειολήπτη και συμψηφισμό του τιμήματος. Αντιστοίχως προς την προαναφερθείσα περίπτωση και για την ταυτότητα του νομικού λόγου, σε περίπτωση εκχώρησης των απαιτήσεων στον ασφαλειολήπτη, η ασφαλιζόμενη απαίτηση εξοφλείται κατά το ποσό, στο οποίο ανέρχεται η αξία των εκχωρούμενων απαιτήσεων[33].

Για να είναι δυνατή η απόκτηση του αντικειμένου της χρηματοοικονομικής ασφάλειας, είτε πρόκειται για τίτλους είτε πρόκειται για απαιτήσεις, από τον ασφαλειολήπτη και για να διασφαλιστεί η διαφάνεια των όρων εξόφλησης της ασφαλιζόμενης απαίτησης στην περίπτωση αυτήν πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι κατωτέρω αναφερόμενες προϋποθέσεις[34]:

α) Η απόκτηση του αντικειμένου της χρηματοοικονομικής ασφάλειας πρέπει να έχει συμφωνηθεί από τους συμβαλλόμενους. Η συμφωνία αυτή, που εντάσσεται στο περιεχόμενο της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, αποτελεί σημαντική απόκλιση από την απαγόρευση αναγκαστικού δικαίου που θέτει η ΑΚ 1239 (*lex commissoria*)[35].

---

30 Άρθρο 2 § 1 (γ) ν. 3301/2004· βλ. και *Απ. Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 84.

31 Άρθρο 4 § 1 ν. 3301/2004· βλ. και *Απ. Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 88· *Αγγελάκη*, Αναγκαστική εκτέλεση συμφωνιών χρηματοπιστωτικής ασφάλειας – Μια θεωρητική και πρακτική προσέγγιση, Δελτίο Ελληνικής Ένωσης Τραπεζών 2007, 95, 96.

32 Άρθρο 4 § 1 (α) ν. 3301/2004.

33 Άρθρο 4 § 1 (γ) ν. 3301/2004.

34 Άρθρο 4 § 2 ν. 3301/2004· βλ. και *Αγγελάκη*, Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας (άρθρα 1-10 του Ν. 3301/2004) – Συνοπτική παρουσίαση του θεσμικού πλαισίου, Δελτίο Ελληνικής Ένωσης Τραπεζών 2005, 49, 55.

35 *Απ. Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 88.

β) Περαιτέρω οι συμβαλλόμενοι πρέπει να έχουν συμφωνήσει επίσης τον τρόπο αποτίμησης της αξίας των τίτλων ή των απαιτήσεων που αποτελούν αντικείμενο της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Η συμφωνία αυτή καθιστά οριστή την αξία των τίτλων ή των απαιτήσεων βάσει των ειδικότερων χαρακτηριστικών τους, των συνθηκών της αγοράς και λοιπών παραγόντων, που θα συμφωνηθούν ειδικώς από τα μέρη, ώστε να είναι δυνατός ο εκ των υστέρων προσδιορισμός της αξίας του αντικειμένου της παρασχεθείσας ασφάλειας, η οποία συμψηφίζεται με την ασφαλιζόμενη απαίτηση σε περίπτωση απόκτησης από τον ασφαλειολήπτη του αντικειμένου της χρηματοοικονομικής ασφάλειας.

Σύμφωνα με το άρθρο 4 § 3 ν. 3301/2004, κατά παρέκκλιση από τα άρθρα 1237, 1239 και 1254 του Αστικού Κώδικα, τα άρθρα 40, 41, 42 και 44 του νομοθετικού διατάγματος της 17.7./13.8.1923, και από κάθε άλλη διάταξη νόμου και με την επιφύλαξη των όρων της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, για τη ρευστοποίηση της χρηματοοικονομικής ασφάλειας κατά τις προηγούμενες παραγράφους δεν απαιτείται[36]:

α) να κοινοποιείται εκ των προτέρων η πρόθεση ρευστοποίησης,

β) οι όροι της ρευστοποίησης να έχουν εγκριθεί από δικαστήριο, δημόσιο λειτουργό ή άλλο πρόσωπο,

γ) η ρευστοποίηση να διεξαχθεί με δημόσιο πλειστηριασμό ή οποιονδήποτε άλλο νομοθετικά καθορισμένο τρόπο,

δ) να έχει παρέλθει οποιαδήποτε συμπληρωματική χρονική περίοδος.

Όταν η ασφάλεια έχει συσταθεί επί τίτλων σε λογιστική μορφή που τηρούνται από τρίτο πρόσωπο, αυτό προβαίνει στις απαραίτητες εγγραφές για τη μεταβίβαση των τίτλων στον αγοραστή ή για την κτήση τους από τον ασφαλειολήπτη με μόνη την έγγραφη δήλωση του ασφαλειολήπτη, χωρίς να απαιτείται οποιαδήποτε άλλη διαδικασία ή προϋπόθεση (άρθρο 4 § 4 του ν. 3301/2004)[37]. Πρέπει πάντως να τονιστεί ότι, σύμφωνα με το άρθρο 9 του ν. 3301/2004, οι ενέργειες που απαιτούνται για τη ρευστοποίηση της ασφάλειας επί τίτλων σε λογιστική μορφή διέπονται από το δίκαιο της χώρας, στην οποία τηρείται το μητρώο ή ο λογαριασμός όπου γίνονται οι εγγραφές, μέσων των οποίων παρέχεται στον ασφαλειολήπτη η ασφάλεια επί τίτλων σε λογιστική μορφή (άρθρο 2 § 1 (η) ν. 3301/2004)[38].

---

36 Βλ. και *Μάζη*, Ανατροπές στο δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας – ουσιαστικό και δικονομικό – με τον ν. 3301/2004 «Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας», ΧρΙΔ 2013, 406, 409.

37 Βλ. και άρθρο 48Α στον «Κανονισμό Λειτουργίας του Συστήματος Άυλων Τίτλων» που διέπει την καταχώριση εμπράγματων χρηματοοικονομικών ασφαλειών επί αξιών εισηγμένων προς διαπραγμάτευση στο Χρηματιστήριο Αθηνών και τη διαδικασία ρευστοποίησης του αντικειμένου της ασφάλειας με απευθείας εκποίηση μέσω του χρηματιστηρίου (ΦΕΚ Β΄ αρ. 1726/27.11.2006)· συναφής και η Εγκύκλιος Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς αρ. 28/15.2.2006.

38 Βλ. και *Απ. Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 88 υποσ. 101· *Βέλλα*, Η κατά Ν. 3301/2004 χρηματοοικονομική εμπράγματη ασφάλεια, ΧρΙΔ 2009, 373, 380-381· *Μήτσου*, Το νέο κοινοτικό θεσμικό πλαίσιο για τις συμφωνίες περί παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας στις χρηματοοικονομικές συναλλαγές, ΔΕΕ 2003, 611, 615· *Περγάμαλη*, Οδηγία 2002/47/ΕΚ για τις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, ΔΕΕ 2004, 33, 45.

Περιεχόμενο συμφωνίας εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας μπορεί, σύμφωνα με τον ν. 3301/2004 (άρθρο 5) να αποτελέσει επίσης το *δικαίωμα χρήσης* του αντικειμένου της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας από τον ασφαλειολήπτη. Ειδικότερα προβλέπεται ότι το δικαίωμα του ασφαλειολήπτη να *χρησιμοποιεί* και να *διαθέτει* τα περιουσιακά στοιχεία, που αποτελούν αντικείμενο της ασφάλειας, παρέχεται από τον ασφαλειοδότη *στο πλαίσιο της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής εμπράγματης ασφάλειας*. Η χρήση της ασφάλειας μπορεί να συνίσταται λ.χ. στην περαιτέρω παροχή ασφάλειας από τον ασφαλειολήπτη (πρβλ. μετενεχύραση ΑΚ 1224) ή στη μεταβίβαση του αντικειμένου της ασφάλειας. Στην περίπτωση που ο ασφαλειολήπτης ασκεί δικαίωμα χρήσης της ασφάλειας, *έχει υποχρέωση να αντικαταστήσει* την αρχική χρηματοοικονομική ασφάλεια με ισοδύναμη ασφάλεια[39] ή, εφόσον τούτο έχει συμφωνηθεί από τα μέρη, να συμψηφίσει την αξία της ισοδύναμης ασφάλειας με τις ασφαλιζόμενες απαιτήσεις ή να τη χρησιμοποιήσει για την απαλλαγή του ασφαλειοδότη[40]. Το δικαίωμα χρήσης δεν μπορεί να συμφωνηθεί όταν η χρηματοοικονομική ασφάλεια έχει ως αντικείμενο πιστωτικές απαιτήσεις[41].

(β) Το περιεχόμενο των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας *με μεταβίβαση τίτλου*

Άλλη μορφή χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί χρηματοπιστωτικών μέσων ή επί πιστωτικών απαιτήσεων *αποτελεί η «χρηματοοικονομική ασφάλεια με μεταβίβαση τίτλου»*, η οποία καταρτίζεται με συμφωνία, βάσει της οποίας ο ασφαλειοδότης μεταβιβάζει την πλήρη κυριότητα ή το πλήρες δικαίωμα επί της παρεχόμενης χρηματοοικονομικής ασφάλειας (λ.χ. κυριότητα κινητών αξιών, δικαίωμα επί της απαιτήσεως) με σκοπό την εξασφάλιση των ασφαλιζόμενων απαιτήσεων[42]. Η συμφωνία παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλου αφορά κατ' αρχήν οριστικές μεταβιβάσεις του αντικειμένου της ασφάλειας από τον ασφαλειοδότη στον ασφαλειολήπτη. Δεν αποκλείονται πάντως και οι συμφωνίες που προβλέπουν το δικαίωμα επαναγοράς του αντικειμένου της χρηματοοικονομικής ασφάλειας από τον ασφαλειοδότη σε περίπτωση εξόφλησης των ασφαλιζόμενων απαιτήσεων. Οι συμφωνίες *επαναγοράς* του αντικειμένου της ασφάλειας μπορούν να λάβουν τις εξής μορφές: είτε τη μορφή της καταπιστευτικής μεταβίβασης του αντικειμένου της ασφάλειας από τον ασφαλειοδότη στον ασφαλειολήπτη[43], δηλαδή της μεταβίβασης με τη

39 Ο ορισμός της ισοδύναμης ασφάλειας παρέχεται στο άρθρο 2 § 1 (θ) ν. 3301/2004.
40 Άρθρο 5 § 2 ν. 3301/2004.
41 Άρθρο 5 § 6 ν. 3301/2004, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 § 2 ν. 4021/2011.
42 Άρθρο 2 § 1 (β) ν. 3301/2004.
43 Βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ², § 90 αρ. 84 υποσ. 96· βλ. και *Ρούσση*, Η τριχοτόμηση του δικαίου της καταπιστευτικής μεταβίβασης κινητών και απαιτήσεων και η ανάγκη τελολογικής και συστηματικής εναρμόνισης των Ν 2844/200 και 3301/2004 εντός του πλαισίου των αναγκαστικού δικαίου διατάξεων περί εμπράγματης ασφάλειας, ΧρΙΔ. Ν. 2009, 359, 366.

διαλυτική αίρεση της εξόφλησης των ασφαλιζόμενων απαιτήσεων, είτε τη μορφή της μεταβίβασης του αντικειμένου της ασφάλειας από τον ασφαλειοδότη στον ασφαλειολήπτη με το δικαίωμα προαίρεσης (*option*) του πρώτου να αποκτήσει το αντικείμενο της χρηματοοικονομικής ασφάλειας, το οποίο τελεί υπό την προϋπόθεση της προηγούμενης εξόφλησης των ασφαλιζόμενων απαιτήσεων.

Δίνοντας το προβάδισμα στην ιδιωτική αυτονομία, ο ν. 3301/2004 ορίζει ότι οι συμφωνίες χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλου παράγουν αποτελέσματα σύμφωνα με τους όρους τους[44]. Οι όροι αυτοί μπορούν να προβλέπουν κατά τα προαναφερόμενα την καταπιστευτική μεταβίβαση του αντικειμένου της ασφάλειας ή το δικαίωμα προαίρεσης του ασφαλειοδότη για την ανάκτηση του αντικειμένου της ασφάλειας. Ωστόσο το σύνηθες περιεχόμενο της συμφωνίας περιλαμβάνει (α) τον συμψηφισμό της προσυμφωνημένης ή της τρέχουσας αγοραίας αξίας του αντικειμένου της ασφάλειας έναντι της ασφαλιζόμενης απαίτησης σε περίπτωση μη εκπλήρωσης της ασφαλιζόμενης απαίτησης από τον ασφαλειοδότη και (β) την υποχρέωση του ασφαλειολήπτη σε περίπτωση εξόφλησης της ασφαλιζόμενης απαίτησης να αποδώσει στον ασφαλειοδότη ίδιας ποσότητας και κατηγορίας χρηματοπιστωτικά μέσα ή απαιτήσεις με εκείνα που αποτέλεσαν αντικείμενο της ασφάλειας και μεταβιβάστηκαν στον ασφαλειολήπτη. Η προαναφερόμενη υποχρέωση του ασφαλειολήπτη συμφωνείται διότι συνήθως στην πράξη οι συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας συστήνονται σε αντικείμενα κατά γένος ορισμένα[45]. Τούτο ισχύει λ.χ. στις συνηθέστερες στην πράξη συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, οι οποίες αφορούν σε τίτλους που τηρούνται σε λογιστική μορφή ή απαιτήσεις από παροχή πιστώσεων (άρθρο 2 § 1 (ζ), (ιε) ν. 3301/2004)[46].

Στις περιπτώσεις εξόφλησης της ασφαλιζόμενης απαίτησης και γέννησης για τον λόγο αυτόν υποχρέωσης του ασφαλειολήπτη να αποδώσει στον ασφαλειοδότη ίδιας ποσότητας και κατηγορίας χρηματοπιστωτικά μέσα ή απαιτήσεις με εκείνα που αποτέλεσαν αντικείμενο της ασφάλειας και μεταβιβάστηκαν από τον ασφαλειοδότη στον ασφαλειολήπτη, ο ασφαλειολήπτης καθίσταται οφειλέτης του ασφαλειοδότη. Η συμβατική ενοχή δημιουργείται μεταξύ των προσώπων αυτών από τη συμφωνία περί παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση της πλήρους κυριότητας ή του πλήρους δικαιώματος επί του αντικειμένου της παρεχόμενης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, η δε οφειλόμενη από τον ασφαλειολήπτη παροχή είναι ορισμένη κατά γένος ή καταχρηστικό γένος (ΑΚ 289-290)[47].

---

44 Άρθρο 6 § 1 ν. 3301/2004.

45 Για τις ενοχές γένους εγγύτερα *Απ. Γεωργιάδης*, ΓενΕνΔ², § 6 αρ. 2· *Σταθόπουλος*, ΓενΕνΔ,§ 10 αρ. 30.

46 Πρβλ. και την εννοιολογική διαφοροποίηση των ενοχών *καταχρηστικού γένους*, που όμως δεν διαφοροποιούνται ως προς τις έννομες συνέπειες από τις ενοχές γένους, *Απ. Γεωργιάδη*, ΓενΕνΔ², § 6 αρ. 3-4· *Σταθόπουλος*, ΓενΕνΔ,§ 10 αρ. 36-37.

47 Για την εκπλήρωση των ενοχών γένους βλ. εγγύτερα *Απ. Γεωργιάδη*, ΓενΕνΔ², § 6 αρ. 16 επ.· *Σταθόπουλος*, ΓενΕνΔ, § 10 αρ. 39 επ.

IV. Η διαμόρφωση της σχέσεως μεταξύ ασφαλειοδότη και ασφαλειολήπτη σύμφωνα με τις επιταγές της καλής πίστης

Όπως προκύπτει από την προηγηθείσα ανάλυση, με τον ν. 3301/2004 κάμπτονται οι περισσότερες από τις αρχές και τους κανόνες που διέπουν το ρυθμιζόμενο στον Αστικό Κώδικα ενέχυρο επί τίτλων και επί απαιτήσεων. Ειδικότερα καταργείται ο *τύπος* αλλά και η *δημοσιότητα* της ασφάλειας. Η κατάργηση της δημοσιότητας συντελείται κυρίως στις περιπτώσεις που η ασφάλεια συστήνεται με μεταβίβαση της κυριότητας ή του δικαιώματος, και μάλιστα χωρίς καταπιστευτικό όρο, οπότε ο ασφαλειολήπτης έχει ενοχική υποχρέωση να αποδώσει στον ασφαλειοδότη ίδιας ποσότητας και κατηγορίας χρηματοπιστωτικά μέσα ή απαιτήσεις με εκείνα που αποτέλεσαν αντικείμενο της ασφάλειας και μεταβιβάστηκαν στον ασφαλειολήπτη. Αντίστοιχη ενοχική υποχρέωση προς παροχή ορισμένη κατά γένος ή καταχρηστικό γένος δημιουργείται σε περίπτωση που με τη συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας επιτραπεί η χρήση του αντικειμένου της ασφάλειας (της κινητής αξίας) από τον ασφαλειολήπτη.

Άλλη σημαντική απόκλιση από τις ρυθμίσεις του Αστικού Κώδικα αποτελεί το επιτρεπτό των συμφωνιών για τη μεταβίβαση του αντικειμένου της ασφάλειας στον ασφαλειολήπτη, σε περίπτωση που αυτός δεν ικανοποιηθεί εμπρόθεσμα, και των συμφωνιών για την εξ ολοκλήρου απαλλαγή του ασφαλειολήπτη από τις διατυπώσεις για την εκποίηση του αντικειμένου της ασφάλειας (πρβλ. ΑΚ 1239) και το επιτρεπτό της εκούσιας πώλησης του αντικειμένου της ασφάλειας για την ικανοποίηση του ασφαλειολήπτη από το τίμημα.

Με τις προαναφερόμενες ρυθμίσεις του ν. 3301/2004 αναδεικνύονται *οι ενοχικές πτυχές των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας*, οι οποίες αφορούν σε υποχρεώσεις των μερών από τη μεταξύ τους συμφωνία. Στις ενοχικές αυτές υποχρεώσεις περιλαμβάνονται η υποχρέωση απόδοσης του αντικειμένου της ασφάλειας, η υποχρέωση αποτίμησης της αξίας της ασφάλειας, η υποχρέωση άρσης της πλεονάζουσας ασφάλειας υπέρ του ασφαλειοδότη και η υποχρέωση να λαμβάνονται υπόψη τα έννομα συμφέροντα του ασφαλειοδότη κατά την εκούσια εκποίηση του αντικειμένου της ασφάλειας.

Με το άρθρο 7α του ν. 3301/2004, το οποίο προστέθηκε με την παράγραφο 3 άρθρου 43 του ν. 4021/2011 (ΦΕΚ Α΄ 218), προβλέφθηκε ότι οι προαναφερόμενες ενοχικές υποχρεώσεις, δηλαδή όσες απορρέουν από το άρθρο 4 (ρευστοποίηση συμφωνιών εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας), το άρθρο 5 (δικαίωμα χρήσης της ασφάλειας της μορφής της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας) και το άρθρο 6 (συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλου) και αφορούν στη ρευστοποίηση και αποτίμηση της χρηματοοικονομικής ασφάλειας και τον υπολογισμό των ασφαλιζόμενων απαιτήσεων, πραγματοποιούνται με *εμπορικά εύλογο τρόπο*.

Ο όρος *εμπορικά εύλογος τρόπος* μάλλον αποδίδει τον αγγλικό όρο *commercially reasonable*. Ως εμπορικά εύλογος τρόπος νοείται στον Αστικό Κώδικα, με τον οποίο οι ρυθμίσεις του ν. 3301/2004 τελούν σε σχέση αξιολογικής και λειτουργικής ενότητας, συναποτελώντας *εσωτερικό σύστημα*[48], *η οικεία συναλλακτική συνήθεια*. Το κανονιστικό νόημα της διάταξης συνεπώς είναι ότι «*οι ενοχικές υποχρεώσεις από συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας εκπληρώνονται σύμφωνα με τα συναλλακτικά ήθη*», δηλαδή σύμφωνα με «τον καθιερωμένο στις συναλλαγές τρόπο»[49].

Η προαναφερόμενη διάταξη είναι μάλλον ελλιπής[50], καθόσον τα συναλλακτικά ήθη είναι αξιολογικά συνδεδεμένα με την αρχή της καλής πίστης, σε περίπτωση δε συγκρούσεως μεταξύ των συναλλακτικών ηθών και της καλής πίστης, η τελευταία κατισχύει[51]. Το συμπέρασμα αυτό ενισχύεται από την αξιολογική ενότητα που υπάρχει μεταξύ των συναλλακτικών ηθών και της καλής πίστης στο σύνολο των κανόνων του Αστικού Κώδικα με αναφορά στα συναλλακτικά ήθη, ιδίως δε στις ΑΚ 142, ΑΚ 197, ΑΚ 200, ΑΚ 288, ΑΚ 388, στις οποίες τα συναλλακτικά ήθη συνδέονται άρρηκτα με την αρχή της καλής πίστης[52].

Εντούτοις η διάταξη αυτή αναπτύσσει *καθοδηγητική λειτουργία*, καθόσον καταδεικνύει – έστω και μέσω της ερμηνευτικής συμπλήρωσής της σύμφωνα με όσα προηγήθηκαν – την ανάγκη εφαρμογής της αρχής της καλής πίστης στις εξασφαλιστικές συμβατικές σχέσεις υπό τη μορφή συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας του ν. 3301/2004.

Ως καλή πίστη εννοούμε την ευθύτητα και την εντιμότητα που απαιτούνται στις συναλλαγές[53]. Προφανώς εν προκειμένω γίνεται λόγος για την *αντικειμενική καλή πίστη*[54]. Δικαιοθετικό έρεισμα για την εφαρμογή της καλής πίστης υπό την προαναφερόμενη έννοια στις ενοχικές σχέσεις μεταξύ του ασφαλειοδότη και του ασφαλειολήπτη στις ανωτέρω εξασφαλιστικές συμβατικές σχέσεις, όπου παρατηρείται η

48 *Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών (2000), αρ. 209· *Δωρής*, Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο/τ. Α΄ (1991), σ. 168 επ.· *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1995), σ. 302.

49 *Σταθόπουλος*, στον ΑΚ Γεωργιάδη–Σταθόπουλου, άρθρο 288, αρ. 6· βλ. και *τον ίδιο*, ΓενΕνΔ, § 5 αρ. 16· *Απ. Γεωργιάδη*, ΓενΕνΔ², § 14 αρ. 6.

50 Δεν απαιτείται πάντως εν προκειμένω για τον λόγο που εξηγείται ειδικότερα στη συνέχεια η θεμελίωση της ύπαρξης κενού και η κάλυψη αυτού με αναλογία. Για τη διαπίστωση και την πλήρωση των κενών βλ. εγγύτερα, *Δωρή*, Σκέψεις για τη διαπίστωση και πλήρωση των κενών στο δίκαιο (με αφορμή τις ΟλΑΠ 20/2000 και ΑΠ 899/2001), ΧρΙΔ 2003, 577· *τον ίδιο*, Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο, τ. Α΄ (1991), σ. 182-183· *Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, αρ. 325 επ.· *Σούρλα*, Justi atque injusti scientia – Μια εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου (1995), § 21· *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1991), σ. 370-381· *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991), σ. 472-475.

51 *Σταθόπουλος*, ΓενΕνΔ § 5 αρ. 18· *Απ. Γεωργιάδης*, ΓενΕνΔ² § 14 αρ. 7.

52 Βλ. και σύγκριση με ρυθμίσεις BGB που τονίζουν την αξιολογική υπεροχή της καλής πίστης έναντι των συναλλακτικών ηθών, *Σταθόπουλο*, ΓενΕνΔ § 5 αρ. 18 υποσ. 28.

53 *Σταθόπουλος*, ΓενΕνΔ, § 5, αρ. 12· *Απ. Γεωργιάδης*, ΓενΕνΔ², § 14 αρ. 2, όπου και περαιτέρω παραπομπές.

54 Για τη διάκριση μεταξύ αντικειμενικής και υποκειμενικής καλής πίστης, βλ. εγγύτερα *Σταθόπουλο*, ΓενΕνΔ, § 5, αρ. 14· επίσης *Παπαντωνίου*, Η καλή πίστις εις το Αστικόν Δίκαιον (1957), passim.· ειδικότερα για την υποκειμενική καλή πίστη, Κουμάντο, Η υποκειμενική καλή πίστις: συμβολή εις τα περί γνώσεως και αγνοίας εν τω αστικώ δικαίω (1958), *passim*.

ύπαρξη ενοχικού δεσμού μεταξύ των συμβαλλομένων μερών, αποτελεί η ΑΚ 288[55]. Λόγω του καθολικού και αναγκαστικού χαρακτήρα της[56], η ΑΚ 288 δεν μπορεί να τεθεί εκποδών από τη διάταξη του άρθρου 7α του ν. 3301/2004, το κανονιστικό πεδίο της οποίας συμπληρώνει η ΑΚ 288.

Η καλή πίστη παρέχει τα κριτήρια για την αξιολογική στάθμιση και την εξισορρόπηση των εκατέρωθεν αντίθετων εννόμων συμφερόντων, αναπτύσσει δε *συμπληρωτική και διορθωτική λειτουργία*[57]. Πιο συγκεκριμένα η καλή πίστη εν προκειμένω *διαμορφώνει το ειδικότερο περιεχόμενο των υποχρεώσεων* των συμβαλλομένων μερών (λ.χ. της υποχρέωσης τήρησης *διαφάνειας* κατά την εκούσια πώληση του αντικειμένου της χρηματοοικονομικής ασφάλειας, ώστε να διασφαλιστεί η επίτευξη του υψηλότερου δυνατού τιμήματος). Επίσης η καλή πίστη *αποτελεί την πηγή παρεπόμενων υποχρεώσεων* (λ.χ. υποχρέωση του ασφαλειολήπτη να μην περιέρχεται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά τη χρήση του αντικειμένου της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας ή να τηρεί εχεμύθεια ως προς τους οφειλέτες των απαιτήσεων που αποτελούν αντικείμενο των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας). Πέρα από αυτό η καλή πίστη *επιτάσσει την παρέκκλιση από το περιεχόμενο της ενοχής* (λ.χ. υποχρέωση του ασφαλειολήπτη να μη ρευστοποιήσει τη χρηματοοικονομική ασφάλεια υπό συνθήκες μη ομαλής λειτουργίας των αγορών). Τέλος δεν αποκλείεται, κατά την εξισορρόπηση των εκατέρωθεν εννόμων συμφερόντων σύμφωνα με τις επιταγές της καλής πίστης, και η αναμόρφωση του περιεχομένου της ενοχικής σχέσης. Η αναμόρφωση κατά περιεχόμενο της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας μπορεί να αφορά στις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, ιδίως στην αναπροσαρμογή της συμφωνίας αποτίμησης του αντικειμένου της χρηματοοικονομικής ασφάλειας, ώστε η μέθοδος και τα κριτήρια αποτίμησης να ανταποκρίνονται σε νεότερα οικονομικά δεδομένα, ή στην αναπροσαρμογή της συμφωνίας για συμπλήρωση της ασφάλειας ή για άρση της πλεονάζουσας ασφάλειας[58] με βάση επίσης τα εκάστοτε οικονομικά δεδομένα, την οικονομική κατάσταση και την εν γένει φερεγγυότητα του ασφαλειοδότη, τη διακύμανση του βαθμού επισφάλειας των ασφαλιζόμενων απαιτήσεων και άλλες παραμέτρους που αναδεικνύονται ως κρίσιμες ανάλογα με τις εκάστοτε περιστάσεις.

Τα μέρη στις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας αναλαμβάνουν αμοιβαία δέσμευση να εκπληρώνουν τις υποχρεώσεις τους κατά τις επιταγές της αρχής της καλής πίστης, ενώ η μη συμμόρφωση προς τις επιταγές της καλής πίστης στις προαναφερόμενες εξασφαλιστικές συμβατικές σχέσεις συνεπάγεται (εφό-

55 Για το εύρος εφαρμογής της ΑΚ 288 βλ. εγγύτερα *Σταθόπουλο*, ΓενΕνΔ, § 5, αρ. 4· *Απ. Γεωργιάδη*, ΓενΕνΔ², § 14 αρ. 8.

56 *Σταθόπουλος*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 288 αρ. 28, 32· *Απ. Γεωργιάδης*, ΓενΕνΔ², § 14 αρ. 16.

57 Για τη συμπληρωτική και διορθωτική λειτουργία της καλής πίστης βλ. εγγύτερα *Σταθόπουλο*, ΓενΕνΔ, § 5, αρ. 25 επ.· βλ. επίσης *Απ. Γεωργιάδη*, ΓενΕνΔ², § 14 αρ. 23 επ.

58 Άρθρο 2 § 2 ν. 3301/2004.

σον πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις) ευθύνη προς αποζημίωση λόγω παράβασης προϋφιστάμενης ενοχής[59].

Συμπεράσματα

Από την ανάλυση που προηγήθηκε συνάγεται ότι η εμπράγματη ασφάλεια επί κινητών και επί απαιτήσεων έχει ιδιαιτέρως εξελιχθεί με νεότερα νομοθετήματα που καλούνται να ανταποκριθούν στις ανάγκες των συναλλαγών και ειδικότερα στην εξασφάλιση των χορηγούμενων πιστώσεων στο πλαίσιο άσκησης επιχειρηματικής δραστηριότητας, η οποία περιλαμβάνει ιδίως την κατ' επάγγελμα παροχή πιστώσεων και δανείων από πιστωτικά ιδρύματα.

Από την ανάλυση των ρυθμίσεων του ν. 3301/2004 διαπιστώνεται η προϊούσα μεταβολή της έννομης θέσης του ασφαλειολήπτη και του ασφαλειοδότη. Παρατηρείται ειδικότερα ότι αποδίδεται ιδιαίτερη βαρύτητα από τον νομοθέτη στην ιδιωτική αυτονομία ως παράγοντα διάπλασης δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, που απορρέουν από την εμπράγματη ασφάλεια.

Η ενίσχυση της ιδιωτικής αυτονομίας μεταβάλει την έννομη θέση του ασφαλειοδότη και του ασφαλειολήπτη και της μεταξύ τους σχέσης, στην οποία προσδίδει τα χαρακτηριστικά συμβατικής ενοχής. Η συμπληρωτική και διορθωτική λειτουργία της καλής πίστης αναπτύσσεται ιδιαίτερα σε σχέση με την εξισορρόπηση των αντίθετων εννόμων συμφερόντων, ιδίως σε περίπτωση ρευστοποίησης, αποτίμησης, χρήσης της χρηματοοικονομικής ασφάλειας, συμπλήρωσης της ασφάλειας ή άρσης της πλεονάζουσας ασφάλειας, οι δε πηγάζουσες από την ενοχική αυτή σχέση εκατέρωθεν υποχρεώσεις πρέπει να εκπληρώνονται, όπως επιτάσσει η αρχή της καλής πίστης.

59 Βλ. εγγύτερα για τις συνέπειες της μη συμμόρφωσης προς την καλή πίστη, *Σταθόπουλο*, ΓενΕνΔ, § 5, αρ. 38-41.

Αθανασία Χ. Λελεντζή*

Η διαφάνεια των τραπεζικών συναλλαγών: σύστημα προστασίας και αρμοδιότητες

Α. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Η επιταγή της αρχής της διαφάνειας στις συναλλαγές δεν βρίσκει αποτύπωση μόνον στα κανονιστικά κείμενα ενωσιακής προέλευσης και σε αυτά του εθνικού δικαίου που ενσωματώνουν τις σχετικές διατάξεις, αλλά αποτελεί και στόχο της εποπτείας της Τράπεζας της Ελλάδος (εφεξής: ΤτΕ) επί πιστωτικών και χρηματοδοτικών ιδρυμάτων σύμφωνα με τα άρθρα 2 και 55Α του Καταστατικού της.

Δεν προκαλεί εντύπωση η έμφαση που δίνεται τόσο από την επιστήμη όσο και από τη νομική πράξη στη σημασία και στη λειτουργία της αρχής της διαφάνειας στις συναλλαγές και δη τις τραπεζικές, καθώς η σαφής και εύληπτη αποτύπωση των συχνά περίπλοκων συμβατικών ρητρών, η κατανόηση των οποίων προϋποθέτει ειδικές τεχνικές γνώσεις, συμβάλλει ουσιαστικά στην ενίσχυση της προστασίας του αντισυμβαλλομένου του πιστωτικού ιδρύματος. Βέβαια, η εν λόγω αρχή δεν αναφέρεται μόνο στη μορφή και στη διατύπωση των επιμέρους ρητρών ούτε η λειτουργία της περιορίζεται κατά το στάδιο της προσυμβατικής ενημέρωσης, αλλά είναι άμεσα συνδεδεμένη με την ερμηνεία των συμβατικών όρων και αφορά και το περιεχόμενο της σύμβασης συνολικά[1].

Η συμμόρφωση του πιστωτικού ιδρύματος με τη θεσμοθετημένη επιταγή της διαφάνειας ως προς τη διατύπωση και το περιεχόμενο των συμβατικών όρων στο πλαίσιο της παρεχόμενης στον αντισυμβαλλόμενο αυτού προσυμβατικής ενημέρωσης, παράλληλα με τον έλεγχο του περιεχομένου τους, ο οποίος διενεργείται από τα δικαστήρια, συντελεί στη διαμόρφωση του επιπέδου της παρεχόμενης προστασίας προς τον αντισυμβαλλόμενο του πιστωτικού ιδρύματος[2] είτε πρόκειται για καταναλω-

---

* Δ.Ν., LL.M. (München), LL.M. (Cambridge), Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος.

1 Βλ. *Wolf* σε: Wolf/Horn/Lindacher, AGB- Gesetz, 4. Auflage, 1999, Art. 5 RiLi και *Heinrichs*, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen σε: Lebendiges Recht - Von den Summern bis zur Gegenwart, Festschrift für R. Trinkner zum 65. Geburtstag, 1999, σελ. 172 με περαιτέρω παραπομπές.

2 Για το σκοπό της «*επιταγής της διαφάνειας*» και τις μορφές που μπορεί να λάβει μια «*αδιαφανώς*» συντεταγμένη ρήτρα, *Lemmer*, Die EG- Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Umsetzung in Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten, 1998, σελ. 51-53. Για τη σχέση της αρχής της διαφάνειας και της ενημέρωσης του καταναλωτή στο πλαίσιο της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ για τις καταχρηστικές ρήτρες στις συμβάσεις με καταναλωτές, βλ. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, σελ. 564-569.

τή[3] είτε όχι. Στόχος της υποχρέωσης συμμόρφωσης των πιστωτικών ιδρυμάτων με την επιταγή της διαφάνειας[4], όπως αυτή έχει διαμορφωθεί στο εποπτικό θεσμικό πλαίσιο κατά τα κατωτέρω ειδικώς αναφερόμενα, είναι οι αντισυμβαλλόμενοι αυτών ήδη πριν από τη ανάληψη συμβατικής δέσμευσης να είναι σε θέση να συγκρίνουν μεταξύ κατανοητών σε αυτούς και σαφώς διατυπωμένων όρων και να επιλέξουν εκείνους που εξυπηρετούν περισσότερο τα συμφέροντά τους και διασφαλίζουν αποτελεσματικότερα την έννομη θέση τους[5]. Κατά τη διάρκεια και λειτουργία της σύμβασης πρέπει να γνωρίζουν επακριβώς την έννομη θέση τους σε αυτήν, έχοντας ουσιαστικά επίγνωση του περιεχομένου και του εύρους των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που συνεπάγεται η συμβατική δέσμευση για αμφότερα τα συμβαλλόμενα μέρη.

Εντούτοις, λαμβάνοντας υπόψη ότι στα κανονιστικά κείμενα δεν διευκρινίζεται ούτε ορίζεται επαρκώς από το νομοθέτη το περιεχόμενο του όρου «*σαφείς και κατανοητές*» συμβατικές ρήτρες, νομίζω ότι είναι προφανές πως θα πρέπει να αντιληφθούμε με κάποια σχετικότητα την απλότητα και τον κατανοητό τρόπο σύνταξης των ρητρών[6], καθώς εν τοις πράγμασι είναι δύσκολο ένας συμβατικός όρος να μπορεί να κατανοηθεί από τον αντισυμβαλλόμενο του πιστωτικού ιδρύματος με απόλυτη ευκολία, χωρίς καμία προσπάθεια και άνευ αμφιβολίας περί του περιεχομένου του. Επίσης είναι σχεδόν αδιανόητο να διατυπωθεί συμβατικό κείμενο στο πεδίο του τραπεζικού δικαίου στο οποίο θα απαλείφονταν παντελώς τεχνικοί όροι, οικονομικές και νομικές έννοιες.

Καταρχάς ο χρήστης των προδιατυπωμένων όρων συναλλαγών πρέπει να παρουσιάζει τους όρους της σύμβασης στον καταναλωτή/αντισυμβαλλόμενο με ακρί-

---

3 Αντί άλλων, για το ζήτημα αυτό βλ. την ανάλυση του *Δωρή*, Ο χαρακτηρισμός αντισυμβαλλομένων τραπεζών ως καταναλωτών ως προϋπόθεση για την προστασία τους από καταχρηστικούς γενικούς όρους συναλλαγών, ΝοΒ 2004, 729 (ιδίως σελ. 744) αλλά και του *Δέλλιου*, Προστασία των Καταναλωτών και Σύστημα του Ιδιωτικού Δικαίου, Ι, Ο καταναλωτής ως υποκείμενο έννομης προστασίας, 2005, σελ. 387 επ. καθώς και τις παρατηρήσεις του *Κοτσίρη*, Η έννοια του καταναλωτή (γνωμ.), ΔΕΕ 2005, 1128. Για τον ορισμό της έννοιας του καταναλωτή στις λοιπές διατάξεις του Ν. 2251/1994 βλ. τις παρατηρήσεις του *Δέλλιου*, Προστασία των Καταναλωτών και Σύστημα του Ιδιωτικού Δικαίου, Ι, Ο καταναλωτής ως υποκείμενο έννομης προστασίας, 2005, σελ. 20-25.

4 Βλ. και ΟλΑΠ 15/2007, ΕλλΔνη 2007, 985 (987) στην οποία η αρχή της διαφάνειας αναφέρεται ως «*γενική καθοδηγητική αρχή*». Κατά την άποψη του *Δασμάνογλου*, Παρατηρήσεις στην ΑΠ 15/2007, ΧρηΔικ 2007, 440 (441) «*η σχολιαζόμενη απόφαση, για πρώτη φορά ίσως εμφανώς στην ελληνική νομολογία, δέχεται ότι οι αντισυμβαλλόμενοι καταναλωτές των πιστωτικών ιδρυμάτων, αναλαμβάνουν ισότιμο με τα πιστωτικά ιδρύματα ρόλο ευθύνης στη διατήρηση της απαιτούμενης από το νόμο 2251/1994 συμβατικής ισορροπίας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων*». Η τελευταία άποψη δεν με βρίσκει σύμφωνη.

5 Ο *Fahr*, Inhaltskontrolle, Transparenzgebot und § 8 AGBG: zur Abgrenzung kontrollfreier Preis- und Leistungsbestimmungen, 1999, σελ. 78-79 υποστηρίζει ότι σε κάθε περίπτωση ο καταναλωτής δεν θα διάβαζε το περιεχόμενο των ρητρών λόγω του κόστους (“*Transaktionskosten*”) που θα είχε για αυτόν η ενασχόληση με την κατανόηση του περιεχομένου του. Βλ. και όσα αναφέρονται σχετικά με το ζήτημα της πληροφόρησης σε «*Τροποποιημένη Πρόταση Οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τις συμβάσεις πίστωσης που συνάπτονται με καταναλωτές και για την τροποποίηση της Οδηγίας 93/13/ΕΚ του Συμβουλίου*» COM (2005) 483 τελικό/2, υπό 5.4, 5.5, αιτιολογικές σκέψεις 18, 22 και άρθρα 5, 6.

6 Πρβλ. την πολύ αναλυτική ρύθμιση για τις απαιτήσεις διαφάνειας που περιελάμβανε το άρθρο 31 (παρ. 1-4) της Πρότασης Οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τα δικαιώματα των καταναλωτών, COM (2008) 614 τελικό. Οι παρ. 1 και 2 αυτού είχαν το εξής περιεχόμενο: «*1. Οι συμβατικές ρήτρες διατυπώνονται σε απλή, κατανοητή γλώσσα και είναι ευανάγνωστες. 2. Οι συμβατικές ρήτρες καθίστανται διαθέσιμες στον καταναλωτή κατά τρόπο που να δίνει πραγματική ευκαιρία να εξοικειωθεί με αυτές πριν από τη σύναψη της σύμβασης, λαμβάνοντας δεόντως υπόψη το χρησιμοποιούμενο μέσο επικοινωνίας*».

βεια, σαφήνεια, ευκρινώς και με ευανάγνωστο τρόπο, χωρίς να τον παραπλανά, χωρίς να δημιουργεί ενδεχόμενο αιφνιδιασμού ή να του δημιουργεί σύγχυση ή παρανόηση σχετικά με το περιεχόμενο και τους όρους του συμβατικού δεσμού[7]. Ενδεικτικά, θα πρέπει ο καταναλωτής[8] ή γενικότερα ο αντισυμβαλλόμενος του πιστωτικού ιδρύματος να μπορεί να αντιλαμβάνεται ποια είναι ακριβώς τα δικαιώματα του ιδίου και του πιστωτικού ιδρύματος[9], ιδιαίτερα δε του τελευταίου – αν μάλιστα προβλέπεται ότι αυτό έχει τη δυνατότητα να ασκήσει επιλεκτικά περισσότερα δικαιώματα σε συγκεκριμένη περίπτωση – και υπό ποιες προϋποθέσεις θα ασκηθούν αυτά. Επιπλέον, ο αντισυμβαλλόμενος του πιστωτικού ιδρύματος πρέπει ακόμη να είναι σε θέση να συγκεκριμενοποιήσει ποιες οι έννομες συνέπειες που προβλέπονται από την παραβίαση των συμβατικών όρων[10], ποια η έκταση της οικονομικής επιβάρυνσης που αναλαμβάνει με τη σύμβαση, ποιες είναι ακριβώς και με ποιους όρους θα εκπληρωθούν οι εκατέρωθεν συμβατικές παροχές, ποια η μορφή και η έκταση της έννομης προστασίας του και επιπλέον ποια δυνατότητα έχει αυτός να αποδεσμευθεί από τη σύμβαση και υπό ποιες συνθήκες[11].

Η συμμόρφωση με την επιταγή της διαφάνειας κρίνεται με γνώμονα τον μέσο αντισυμβαλλόμενο του συγκεκριμένου είδους συμβάσεων και τον ορίζοντα αντίληψης που αυτός διαθέτει για το περιεχόμενο των συναλλαγών[12]. Είναι μάλλον ευνόητο ότι όσο περισσότερο πληροφορημένος είναι γενικά ο αντισυμβαλλόμενος του πιστωτικού ιδρύματος, έχει δηλαδή λάβει συνολική, ακριβή και κατανοητή πληροφόρηση ήδη πριν από την κατάρτιση της σύμβασης για τα στοιχεία αυτής που είναι κρίσιμα για τη διαμόρφωση της δικαιοπρακτικής του βούλησης[13], τόσο ευκολότερα μπορεί να κατανοήσει τις ρήτρες της σύμβασης που συνάπτει και να συλλάβει το

7 Η *Karpopoulou*, Das Recht der missbraüchlichen Klauseln in der Europäischen Union: Das griechische Verbraucherschutzgesetz als Beitrag zum Europäischen Privatrecht, 1997, σελ. 143-144, επισημαίνει ορθά ότι ούτε απόλυτη σαφήνεια ούτε απόλυτη ασάφεια μπορεί να υπάρξει στη διατύπωση των όρων.

8 Για την έννοια του καταναλωτή εντός και εκτός του ρυθμιστικού πεδίου του Ν. 2251/1994, βλ. προσφάτως *Περάκη/Λιβαδά*, σε: Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, Ελληνικό – Ενωσιακό, Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2251/1994 και άλλων σχετικών νομοθετημάτων, επιμέλεια: Ελ. Αλεξανδρίδου, 2015, 2η έκδοση, άρθρο 1, αρ. 18-57.

9 Γενικά για το ζήτημα αυτό, βλ. *Γ. Γεωργιάδη*, Οι υποχρεώσεις της τράπεζας για ενημέρωση, διαφώτιση και παροχή συμβουλών στον πελάτη, ΧρΙΔ 2008, 865 επ.

10 Έτσι *Χασάπης*, Παρατηρήσεις στην Απόφαση της 23ης Απριλίου 2015, Υπόθεση C–96/14, Jean Claude Van Hove κατά CNP Assurances SA, ΕΕμπΔ 2015, 573 επ. (577).

11 Αναλυτικά για το περιεχόμενο της αρχής της διαφάνειας στο γερμανικό δίκαιο βλ. *Brandner*, Transparenz als Maßstab der Inhaltskontrolle? Eine Problemskizze σε: Festschrift für H. Locher, Hrsg. P. Löffemann/H. Korbion, 1990, σελ. 317-324.

12 Πρβλ. όσα αναφέρει ο *Hommelhoff*, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, 1996, σελ. 12 επ. και ιδίως 14 επ. για την εικόνα του καταναλωτή, όπως αυτή έχει διαμορφωθεί από τη γερμανική νομολογία εν γένει και αυτή του BGH ειδικότερα.

13 Η παροχή των αναγκαίων πληροφοριών στον καταναλωτή αναγνωρίζεται ως υποχρέωση του αντισυμβαλλομένου του από τον κοινοτικό νομοθέτη και στην Οδηγία για την καταναλωτική πίστη 2008/48/ΕΚ (άρθρα 4-6, 10-12 αυτής). Βλ. σχετ. *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, Η νέα οδηγία 2008/48/ΕΚ για τις καταναλωτικές συμβάσεις, ΝοΒ 2010, 275 (280-282), *Τασίκα*, Η υποχρέωση του πιστωτικού φορέα για προσυμβατική πληροφόρηση του καταναλωτή στην Οδηγία 2008/48/ΕΚ για τις συμβάσεις καταναλωτικής πίστης και η ένταξή της στο σύστημα κανόνων ιδιωτικού δικαίου για την κατάρτιση της σύμβασης, ΕλλΔνη 2009, 347 επ. και τον *ίδιο*, Η υποχρέωση των τραπεζών για συνδρομή και παροχή επαρκών εξηγήσεων στον αντισυμβαλλόμενο στην καταναλωτική πίστη, ΔΕΕ 2011, 1018 επ. (ιδίως σελ. 1021 επ. και 1022-1024 όπου διακρίνει μεταξύ εξατομικευμένης παροχής εξηγήσεων και παροχής συμβουλών στον καταναλωτή).

νόημα περίπλοκα διατυπωμένων όρων και τελικά τόσο περισσότερο κατορθώνει να προστατεύσει τα συμφέροντά του δια της δυνατότητάς του να γνωρίζει, να κατανοεί και να σταθμίζει[14].

Αντίθετα, όσο πιο μακριά από τις προσδοκίες του μέσου καταναλωτή βρίσκεται η διατύπωση των όρων καθώς και από την εικόνα που αυτός – με βάση τις γνώσεις και την εμπειρία του – έχει προσχηματίσει για το περιεχόμενο ορισμένης σύμβασης τόσο επιτακτικότερη καθίσταται η ανάγκη ο προμηθευτής να συμμορφωθεί με την επιταγή της διαφάνειας[15].

Β. Πτυχές της αρχής της διαφάνειας

1. Θεσμική κατοχύρωση της αρχής της διαφάνειας

Νομοθετικό έρεισμα της επιταγής της διαφάνειας, που αποσκοπεί στην ενίσχυση ειδικώς της προστασίας του καταναλωτή σε επίπεδο ενωσιακής νομοθεσίας, αποτελεί το άρθρο 169 ΣΛΕΕ (πρώην άρθρο 153 (1) της Συνθήκης του Άμστερνταμ) για το δικαίωμα του καταναλωτή στην πληροφόρηση[16], ενώ ουσιαστικό ρόλο στην εδραίωση της αρχής στο πεδίο των συναλλαγών έχει διαδραματίσει η Οδηγία 93/13/ΕΟΚ για τις καταχρηστικές ρήτρες στις συμβάσεις με καταναλωτές[17] αλλά και η Οδηγία

---

14 Σχετικά με την ανάπτυξη της «*θεωρίας της πληροφορίας*» (“*modern information theory*”) και το ρόλο που παίζει σήμερα στη διαμόρφωση της αγοράς αλλά και στην έκβαση της διαπραγμάτευσης ορισμένης σύμβασης, *Hadfield/Howse/Trebilcock*, Information – Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy, Journal of Consumer Policy 21 (1998), 131 (ιδίως 141 επ.). Σχετικά με την αξία της απόκτησης και της κατοχής πληροφοριών από τον καταναλωτή ως μέσο που ενισχύει τη δυνατότητα της αυτοπροστασίας του, βλ. *Markwardt*, Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge, 1999, σελ. 159.

15 Ορθά επισημαίνει η K*reienbaum*, Transparenz und AGB- Gesetz: eine Untersuchung des Inhalts und der Schranken des Transparenzgebotes, Berlin 1998, σελ. 67 ότι όσο υψηλότερες είναι οι απαιτήσεις έναντι του καταναλωτή να κατανοεί αυτός τους συμβατικούς όρους τόσο περισσότερο έχει τη δυνατότητα ο προμηθευτής να διατυπώνει τους όρους με περίπλοκο, αδιαφανή και δυσνόητο τρόπο και το αντίστροφο.

16 Άρθρο 169 (1) της ισχύουσας Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σύμφωνα με το οποίο: «*1. Προκειμένου να προωθήσει τα συμφέροντα των καταναλωτών και να διασφαλίσει υψηλό επίπεδο προστασίας του καταναλωτή, η Ένωση συμβάλλει στην προστασία της υγείας, της ασφάλειας και των οικονομικών συμφερόντων των καταναλωτών, καθώς και στην προώθηση του δικαιώματός τους για ενημέρωση, εκπαίδευση και οργάνωσή τους για την υπεράσπιση των συμφερόντων τους. 2. Η Ένωση συμβάλλει στην επίτευξη των στόχων που αναφέρονται στην παράγραφο 1 με: α) μέτρα θεσπιζόμενα κατ' εφαρμογή του άρθρου 114 στα πλαίσια της υλοποίησης της εσωτερικής αγοράς, β) μέτρα που στηρίζουν, συμπληρώνουν και παρακολουθούν την πολιτική των κρατών μελών (…)*».

17 Βλ. και παρουσίαση της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ (στόχοι θέσπισης, περιεχόμενο και νομολογία του ΔΕΚ) από τον *Nassall* σε: Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze - Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen, Hrsg. Gebauer/Wiedmann, 1. Auflage 2005, σελ. 149-156, καθώς και *Baier*, Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln, Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich, 2004, σελ. 1-47. Σύντομες αλλά κατατοπιστικές και οι παρατηρήσεις της *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 1997, σελ. 126-141. Βλ. παρουσίαση και κριτική στις ρυθμίσεις της παραπάνω Οδηγίας από τους *Χριστιανό*, Κοινοτικό Δίκαιο Προστασίας του Καταναλωτή, 1997, σελ. 87-95 και *Tenreiro/Karsten*, Unfair Terms in consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive, σε: Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1. Auflage (Hrsg.) Schulte-Nölke/Schulze, Baden-Baden 1999, σελ. 223 επ.

2008/48 για την καταναλωτική πίστη[18]. Οι προαναφερόμενες Οδηγίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 2251/1994 (άρθρο 2 αυτού) και με την Απόφαση Ζ1–699/23.6.2010 (ΦΕΚ Β΄ 917) [«*Προσαρμογή της Ελληνικής νομοθεσίας προς την οδηγία 2008/48/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23ης Απριλίου 2008 για τις συμβάσεις καταναλωτικής πίστης και την κατάργηση της οδηγίας 87/102/ΕΟΚ του Συμβουλίου που δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα των ΕΚ, αριθμ. L 133 της 22.5.2008*»] αντιστοίχως.

Χωρίς να επιδιώκω να υποβαθμίσω την αξία της θεσμοθέτησης της αρχής της διαφάνειας σε περισσότερα νομοθετικά κείμενα[19], προκαταρκτικά σημειώνω ότι – κατά την άποψή μου – πρόκειται απλώς ή (έστω) περισσότερο για μια απόπειρα του νομοθέτη, ενωσιακού αλλά και εθνικού[20], που στοχεύει στην τυπική εξισορρόπηση της συμβατικής ανισοδυναμίας των μερών[21], παρά στη λήψη ενός αποτελεσματικού προστατευτικού μέτρου των συμφερόντων του καταναλωτή που μπορεί να αποτρέψει από το να καταστούν περιεχόμενο μιας καταναλωτικής σύμβασης ακόμη και καταχρηστικές ρήτρες[22].

Κατά τη γνώμη μου, η αναγνώριση του παραπάνω δικαιώματος ενημέρωσης του καταναλωτή συσχετίζεται άμεσα με τη δημιουργία του «*προτύπου του πληροφορημένου*» καταναλωτή[23] ο οποίος – κατά την προσέγγιση αυτήν – είναι σε θέση, έχοντας στη διάθεσή του όλες τις κρίσιμες για τη διαμόρφωση της δικαιοπρακτικής του βούλησης πληροφορίες, να συνδιαμορφώσει το περιεχόμενο της σύμβασης κατά τρόπο που να εξυπηρετεί καλύτερα τα συμφέροντά του[24]. Είναι, πάντως, αμφίβολο,

---

18 Βλ. σχετ. *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, Η νέα οδηγία 2008/48/ΕΚ για τις καταναλωτικές συμβάσεις, ΝοΒ 2010, 275 επ., *Περάκη*, Το δικαίωμα πρόωρης αποπληρωμής έντοκου δανείου, Τιμητικός Τόμος Μιχ. Π. Σταθόπουλου ΙΙ, 2010, σελ. 2155-2177 (2173-2175), *Τασίκα*, Η ενσωμάτωση στο εσωτερικό δίκαιο προστασίας του καταναλωτή του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2008/48/ΕΚ για την καταναλωτική πίστη υπό το πρίσμα του εναρμονιστικού της προτύπου, ΧρηΔικ 2009, 52 επ., *Λιβαδά*, Το νέο ευρωπαϊκό ρυθμιστικό πλαίσιο για την καταναλωτική πίστη, 2008, passim και *Θεοχαροπούλου Γ.*, Η νέα οδηγία της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την καταναλωτική πίστη, ΔΕΕ 2008, 386 επ.

19 Βλ. σχετικά *Δέλλιο/Βαλτούδη*, Συμβάσεις δανείων σε ελβετικό φράγκο – Κύρος γενικών όρων συναλλαγών και συναφή ζητήματα, ΕπισκΕΔ 2015, 89 επ. (ιδίως σελ. 99-102 όπου και περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία) και *Ευθυμίου*, Η αρχή της διαφάνειας στο δίκαιο των Γ.Ο.Σ., 2013, σελ. 13-15.

20 Βλ. *Δέλλιο*, σε: Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, Ελληνικό – Ενωσιακό, Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2251/1994 και άλλων σχετικών νομοθετημάτων, επιμέλεια: Ελ. Αλεξανδρίδου, 2η έκδοση, άρθρο 2, αρ. 30-32.

21 Πρβλ. *Fahr*, Inhaltskontrolle, Transparenzgebot und § 8 AGBG: zur Abgrenzung kontrollfreier Preis- und Leistungsbestimmungen, 1999, σελ. 73-83.

22 Στο πλαίσιο των σκέψεων αυτών, ενδιαφέρον παρουσιάζει ο επιστημονικός διάλογος που διεξάγεται στη γερμανική κατά κύριο λόγο επιστήμη σχετικά με το '*Informationsmodell*' και το '*Sozialmodell*'. Βλ. κριτικά και αναλυτικά *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftlicher Bezüge, 1998, σελ. 29 επ. Για τη λειτουργία του '*Informationsmodell*' βλ. *Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte, AcP 2004, 309 (362-363). Βλ. επίσης *Ευθυμίου*, Η αρχή της διαφάνειας στο δίκαιο των Γ.Ο.Σ., 2013, σελ. 15.

23 Σημαντικό ρόλο θεωρεί ο *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, σελ. 573, ότι διαδραματίζουν η πληροφόρηση και η διαφάνεια και στο ευρωπαϊκό δίκαιο των συμβάσεων. Όμως ο ανωτέρω συγγραφέας δεν περιλαμβάνει τη διαφάνεια στις αρχές του ευρωπαϊκού δικαίου των συμβάσεων, επειδή – κατά την άποψή του – δεν αποτελεί αυτοσκοπό αλλά απλώς μέσον που διασφαλίζει τον αυτοκαθορισμό του συμβαλλομένου και την άσκηση της συμβατικής του ελευθερίας (σελ. 575).

24 Βλ. *Dauner- Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, passim. Συνοπτική αλλά πάντως δικαιολογημένη κριτική στην άποψη της σ. από το *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, σελ. 97-98. Κατ' αρχήν αποδοχή των βασικών παραδοχών στις οποίες στηρίζεται η άποψη της Dauner- Lieb από τον *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftlicher Bezüge, 1998, σελ. 25 επ.

ακόμη και στην περίπτωση που ο αντισυμβαλλόμενος του καταναλωτή ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του για την παροχή πληροφοριών ή για τη σαφή και κατανοητή διατύπωση των συμβατικών ρητρών, αν και τότε ο καταναλωτής είναι πραγματικά σε θέση να επηρεάσει το περιεχόμενο της σύμβασης[25].

Έχω την άποψη ότι η ενδεχόμενη υψηλή ποιότητα της διατύπωσης των συμβατικών ρητρών δεν σημαίνει και δεν συνεπάγεται κατ' ανάγκη ουσιαστική βελτίωση του περιεχομένου τους προς την κατεύθυνση της άρσης της συμβατικής ανισορροπίας[26]. Και τούτο διότι, ακόμη και όταν ο καταναλωτής έχει τη δυνατότητα να κατανοήσει αρχικά το περιεχόμενο των όρων της σύμβασης και στη συνέχεια να σταθμίσει επαρκέστερα κατά πόσον οι συγκεκριμένοι όροι εξυπηρετούν τα συμφέροντά του ή όχι, είναι μάλλον θεωρητική η δυνατότητά του να επιλέξει εάν θα προχωρήσει ή όχι στην κατάρτιση της σύμβασης.

Με την υιοθέτηση της αρχής της διαφάνειας καταρχήν δεν τίθενται όρια στην άσκηση της συμβατικής ελευθερίας του χρήστη των συμβατικών ρητρών, όπως συμβαίνει με τον δικαστικό έλεγχο του περιεχομένου τους στις περιπτώσεις που αυτή αποβαίνει κατάφωρα εναντίον των συμφερόντων και των δικαιωμάτων του αντισυμβαλλομένου του πιστωτικού ιδρύματος[27]. Συνεπώς στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται ότι η επιταγή της διαφάνειας διατηρεί τη σημασία της ανεξάρτητα από και παράλληλα με τον έλεγχο του περιεχομένου των συμβατικών όρων, αφού μια αδιαφανώς διατυπωμένη ρήτρα δεν είναι κατ΄ ανάγκη και καταχρηστική και δεν επιβαρύνει σε κάθε περίπτωση τα δικαιώματα του καταναλωτή[28].

Η κρίση για την καταχρηστικότητα μιας συμβατικής ρήτρας, που οδηγεί στην ακυρότητα αυτής, μπορεί να προκύψει από τον έλεγχο του περιεχομένου της και όχι μόνον από τον έλεγχο της διατύπωσής της. Εξάλλου δεν αποκλείεται μια κριθείσα ως καταχρηστική ρήτρα να είναι απολύτως σαφώς και κατανοητά διατυπωμένη. Βέβαια, συχνά ο αδιαφανής όρος βαρύνεται με την υποψία της καταχρηστικότητας και ελέγχεται με βάση το άρθρο 2 του Ν. 2251/1994. Στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού ενδέχεται να κριθεί άκυρος και μη δεσμευτικός για τον καταναλωτή (κατά την έννοια του ως άνω νόμου) επειδή, παρά την απαίτηση της καλής πίστης, δημιουργεί ανισορρο-

25 Για τη σημασία της κατοχής πληροφοριών στην κατάρτιση της σύμβασης, με παράθεση και συγκριτικών παρατηρήσεων πρβλ. *Henrich*, Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel σε: Festschrift für Dieter Medicus (zum 70. Geburtstag), 1999, σελ. 199 (201 επ.) και *Gozzo*, Das Transparenzprinzip und mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, europäischen und brazilianischen Rechts, 1996, σελ. 36-38.

26 Βλ. την πολύ ενδιαφέρουσα ανάλυση του *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftlicher Bezüge, 1998, σελ. 303 επ. για το «*αποζημιωτικού χαρακτήρα Δίκαιο Προστασίας του Καταναλωτή*» (*"kompensatorisches Verbraucherschutzrecht"*).

27 Πρβλ. όσα αναφέρει και η *Burckhardt*, Das AGB- Gesetz unter dem Einfluss der EG- Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, 2000, σελ. 46-47.

28 Ωστόσο έχει υποστηριχθεί στη γερμανική θεωρία και στο πλαίσιο της ερμηνείας του άρθρου 5 παρ. 1 της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ ότι η παραβίαση της αρχής της διαφάνειας έχει ως έννομη συνέπεια την καταχρηστικότητα του όρου σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1 της Οδηγίας. Βλ. *Matt*, Das Transparenzgebot in der deutschen AGB- Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG, 1997, σελ. 96 με περαιτέρω παραπομπές.

πία ανάμεσα στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών που απορρέουν από τη σύμβαση και η αδιαφανής διατύπωσή του υποκρύπτει επιβάρυνση της έννομης θέσης του καταναλωτή, ο οποίος λόγω της ασαφούς διατύπωσης των όρων αδυνατεί να αντιληφθεί το περιεχόμενό τους[29].

2. Η κατοχύρωση της αρχής της διαφάνειας στο πλαίσιο του εποπτικού ρόλου της ΤτΕ και η οριοθέτησή της έναντι της αρμοδιότητας του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού

Μετά τις ανωτέρω προκαταρκτικές παρατηρήσεις, λαμβάνοντας αυτονοήτως υπόψη ότι η ευρύτερη προβληματική της διαφάνειας των όρων των τραπεζικών συναλλαγών υπερβαίνει τα όρια της παρούσας εργασίας, θα ασχοληθώ επιλεκτικά με ορισμένες μόνον πτυχές του ζητήματος, έχουσες άμεση σχέση με τον εποπτικό ρόλο της Τράπεζας της Ελλάδος, όπως αυτός διαμορφώνεται στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο.

Ειδικότερα θα πραγματευθώ το περιεχόμενο της αρχής της διαφάνειας, όπως αυτό καθορίζεται στο έχον ισχύ νόμου Καταστατικό της Τράπεζας της Ελλάδος, στον ισχύοντα τραπεζικό νόμο 4261/2014, στις κανονιστικές Πράξεις της ΤτΕ και προσφάτως στον Κανονισμό (ΕΕ) 1024/2013 του Συμβουλίου της 15ης Οκτωβρίου «*για την ανάθεση ειδικών καθηκόντων στην Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα σχετικά με τις πολιτικές που αφορούν την προληπτική εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων*». Επιπλέον θα αναφερθώ σε δύο πρόσφατες, ενδιαφέρουσες Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας στις οποίες κρίθηκε και επιβεβαιώθηκε η νομιμότητα επιβολής κύρωσης από την Τράπεζα της Ελλάδος για τις παραβάσεις των περί διαφάνειας κανονιστικών πράξεων από εποπτευόμενα πιστωτικά ιδρύματα. Στη συνέχεια θα διερευνήσω τα όρια της αρμοδιότητας της Τράπεζας της Ελλάδος εν αναφορά προς τη σχετική αρμοδιότητα του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού για τις καταχρηστικές ρήτρες στις συμβάσεις με καταναλωτές, όπως αυτή προβλέπεται στο Ν. 2251/1994, και θα επιχειρήσω να χαράξω με ευκρίνεια την οριοθετική γραμμή στην άσκηση της αρμοδιότητας των δύο Αρχών.

Στο πλαίσιο της κατά την κείμενη νομοθεσία αρμοδιότητας της Τράπεζας της Ελλάδος, δύο είναι οι βασικοί άξονες του προβληματισμού: α) η ακριβής έκταση της αρμοδιότητας της ΤτΕ, ιδίως στο μέτρο που η αδιαφάνεια των όρων συνδέεται με την καταχρηστικότητα αυτών και β) η οριοθέτηση της αρμοδιότητας της εποπτικής αρχής αφενός σε σχέση με την προβλεπόμενη στο άρθρο 13α του Ν. 2251/1994 περί προστασίας του Καταναλωτή αρμοδιότητα του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης για την επιβολή κυρώσεων για παραβάσεις του προαναφερόμενου νόμου και αφετέρου

29 Πρβλ. ως προς το θέμα αυτό (αλλά με σημείο αναφοράς τη γερμανική έννομη τάξη) τον προβληματισμό του von *Hoyningen-Huene*, Unwirksamkeit von AGB bei bloßer Intransparenz? σε: Lebendiges Recht - von den Summern bis zur Gegenwart, Festschrift für R. Trinker zum 65. Geburtstag, 1995, σελ. 179 επ. (ιδίως 181-182).

σε σχέση με την κατά το άρθρο 10 παρ. 21 του Ν. 2251/1994 κατ' επανάληψη ασκηθείσα κανονιστική αρμοδιότητα του Υπουργού να καθορίζει τους όρους και τις προϋποθέσεις προσαρμογής της συναλλακτικής συμπεριφοράς των προμηθευτών στο δεδικασμένο αμετάκλητων δικαστικών αποφάσεων επί αγωγών καταναλωτή ή ενώσεων καταναλωτών.

3. Ειδικότερα η περί διαφάνειας αρμοδιότητα της Τράπεζας της Ελλάδος

Σύμφωνα με την τέταρτη παράγραφο του άρθρου 55Α του Καταστατικού της, η ασκούμενη από την Τράπεζα της Ελλάδος εποπτεία «*αποβλέπει στη διαφάνεια των διαδικασιών και των όρων των συναλλαγών των υποκειμένων σε αυτή*».

Στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς της αυτής και σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 5 του προϊσχύσαντος Ν. 2076/1992 (ήδη καταργηθέντος δυνάμει του Ν. 3601/2007, ο οποίος στη συνέχεια καταργήθηκε από το Ν. 4261/2014), η ΤτΕ εξέδωσε την ΠΔ/ΤΕ 2501/2002 «*Ενημέρωση των συναλλασσομένων με τα πιστωτικά ιδρύματα για τους όρους που διέπουν τις συναλλαγές τους*» (ΦΕΚ Α΄ 277)[30]. Η ανωτέρω Πράξη, της οποίας το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής καλύπτει όλους τους συναλλασσομένους με πιστωτικά ιδρύματα και όχι μόνον τους καταναλωτές (κατά την εκάστοτε υιοθετούμενη από τις διατάξεις του Ν. 2251/1994 έννοια του όρου), εξειδικεύει την επιταγή της διαφάνειας και καθορίζει τους όρους ενημέρωσης των συναλλασσομένων με αυτά, στις περιπτώσεις συναλλαγών που δεν υπάρχει ατομική διαπραγμάτευση των συμβατικών όρων[31]. Το περιεχόμενό της διευκρινίστηκε περαιτέρω με το υπ' Α.Π. 199/17.3.2003 έγγραφο της ΤτΕ προς τα πιστωτικά ιδρύματα και συμπληρώθηκε με τις Αποφάσεις της Επιτροπής Τραπεζικών και Πιστωτικών Θεμάτων της Τράπεζας της Ελλάδος 178/3/19.7.2004 (ΦΕΚ Α΄ 152), 234/11.12.2006 (ΦΕΚ Β' 1872) και 243/16.05.2007 (ΦΕΚ Β΄ 1114).

Υπό την ισχύ του καταργηθέντος Ν. 3601/2007 η περί διαφάνειας αρμοδιότητα της Τράπεζας της Ελλάδος προβλεπόταν κατά βάση στο άρθρο 25 παρ. 6 αυτού, ενώ ίδιου περιεχομένου και με την αυτή γραμματική διατύπωση είναι η ρύθμιση που περιλαμβάνεται στον ισχύοντα Ν. 4261/2014. Ειδικότερα στο άρθρο 4 παρ. 11 αυτού ορίζεται ρητά: «*Η Τράπεζα της Ελλάδος μπορεί να θεσπίζει κανόνες σχετικά με τις πληροφορίες και τα στοιχεία που τα πιστωτικά ιδρύματα και τα λοιπά εποπτευόμενα από αυτήν πρόσωπα οφείλουν να παρέχουν στους συναλλασσόμενους με αυτά ως προς τους όρους των συναλλαγών τους, για τη διασφάλιση της διαφάνειας και της σαφήνειας*».

30 Βλ. *Βόγκλη*, Κυμαινόμενο Επιτόκιο, 2005, σελ. 35-38.

31 Με βρίσκει σύμφωνη η άποψη που διατυπώθηκε στην Απόφαση ΣτΕ 2857/2015, Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, σκέψη 8 ότι «*(…) στις δανειακές συμβάσεις των Τραπεζών (...), οι συναλλασσόμενοι προσχωρούν στις εν λόγω συμβάσεις, με διατυπωμένους εκ των προτέρων γενικούς όρους συναλλαγών, και συνεπώς, δεν χωρεί εξατομικευμένη διαπραγμάτευση (…)*» στο μέτρο που αυτή αντανακλά τη διαμορφωμένη συναλλακτική πραγματικότητα των τραπεζικών συμβάσεων.

Επιπλέον στο πλαίσιο της ανωτέρω αρμοδιότητάς της, η ΤτΕ που έχει κανονιστική αλλά και κυρωτική αρμοδιότητα για τις διαφημίσεις των τραπεζικών προϊόντων μπορεί, σύμφωνα με το άρθρο 39 παρ. 3 του ισχύοντος Ν. 4261/2014 (άρθρο 16 παρ. 3 του προϊσχύσαντος Ν. 3601/2007), να απαιτεί την προσαρμογή του περιεχομένου των διαφημίσεων τραπεζικών προϊόντων και υπηρεσιών των πιστωτικών ιδρυμάτων, χωρίς πάντως να έχει την αρμοδιότητα για την εκ των προτέρων έγκρισή τους.

Επίσης, με την ΠΔ/ΤΕ 2501/2002 (ιδ. Κεφ. Α΄ – έκτη αρχή και Κεφ. Γ΄ παρ. 5), η ΤτΕ έχει θεσπίσει, μεταξύ άλλων, κανόνες για τη διαφημιστική προβολή χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών και προϊόντων των τραπεζών, σύμφωνα με τους οποίους οι διαφημίσεις θα πρέπει να διαμορφώνονται με τρόπο σαφή και κατανοητό και να ανταποκρίνονται στα βασικά στοιχεία της ενημέρωσης των συναλλασσομένων. Η ανωτέρω Πράξη όσον αφορά τις διατάξεις της που ρυθμίζουν τις διαφημιστικές καταχωρίσεις των πιστωτικών ιδρυμάτων διευκρινίστηκε περαιτέρω από τις Αποφάσεις της Επιτροπής Τραπεζικών και Πιστωτικών Θεμάτων της Τράπεζας της Ελλάδος (στο εξής: ΕΤΠΘ) 259/1/2.5.2008 (ΦΕΚ Β΄ 971) και 263/2/21.7.2008 (ΦΕΚ Β΄1579).

Τέλος, για λόγους πληρότητας της παρουσίασης επισημαίνεται ότι και μετά την ανάθεση ειδικών καθηκόντων στην Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα σχετικά με την προληπτική εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων κατά τα προβλεπόμενα στον σχετικό Κανονισμό (ΕΕ) 1024/2013 του Συμβουλίου και ειδικότερα σύμφωνα με το άρθρο 1 εδάφιο 5, σε συνδυασμό με την 28η αιτιολογική σκέψη αυτού, παραμένει στην Τράπεζα της Ελλάδος η αρμοδιότητα για την εποπτεία της τήρησης των κανόνων της διαφάνειας, που περιλαμβάνονται στις προαναφερόμενες κανονιστικές πράξεις, ακόμη και όσον αφορά τα πιστωτικά ιδρύματα που για λόγους προληπτικής εποπτείας έχουν υπαχθεί στην αρμοδιότητα της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας και όχι μόνον αυτά που εξακολουθούν να βρίσκονται υπό την άμεση εποπτεία της Τράπεζας της Ελλάδος.

4. Το περιεχόμενο του ασκούμενου από την ΤτΕ ελέγχου της διαφάνειας των όρων των συναλλαγών των εποπτευόμενων ιδρυμάτων

Η ΤτΕ, για την εκπλήρωση του εποπτικού της ρόλου, εξετάζει – κατόπιν καταγγελιών συναλλασσομένων αλλά και αυτεπαγγέλτως – εάν τα βασικά στοιχεία της σύμβασης που περιλαμβάνονται στην προσυμβατική ενημέρωση των συναλλασσομένων[32], η περιοδική ενημέρωση προς αυτούς αλλά και οι όροι συναλλαγών των τραπεζικών συμβάσεων (και όχι μόνον των καταναλωτικών) είναι διατυπωμένα κατά τρόπο συγκεκριμένο, σαφή και κατανοητό, που επιτρέπει στον αντισυμβαλλόμενο του πιστωτικού ιδρύματος να αντιληφθεί επακριβώς τη λειτουρ-

32 Βλ. και ΣτΕ (Δ΄ τμήμα) 474/2013, Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, σκέψη 9.

γία των προσφερόμενων προϊόντων και να κατανοήσει πλήρως τους όρους υπό τους οποίους αυτά παρέχονται καθώς και την έκταση των αναλαμβανόμενων από τον ίδιον συμβατικών υποχρεώσεων[33]. Επιπλέον, η ΤτΕ εξετάζει εάν η παρεχόμενη προσυμβατική ενημέρωση παρέχει στον αντισυμβαλλόμενο του πιστωτικού ιδρύματος τη δυνατότητα να επιλέξει, στο πλαίσιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, το προϊόν ή την τραπεζική υπηρεσία που εξυπηρετεί καλύτερα τις ανάγκες του και ανταποκρίνεται στις οικονομικές του δυνατότητες[34].

Ενδεικτικά αναφέρεται ότι η ΤτΕ προβαίνει σε συστάσεις προς τα πιστωτικά ιδρύματα αφενός σχετικά με την υποχρέωση συμπλήρωσης του διατιθέμενου προς τους συναλλασσομένους ενημερωτικού υλικού με τα βασικά στοιχεία της δομής του προσφερόμενου προϊόντος, τα οποία διαπιστώνει ότι παραλείπονται από αυτό, και αφετέρου σχετικά με την αλλαγή του τρόπου παρουσίασης ορισμένων πληροφοριών (π.χ. εκτύπωση όρων με ευανάγνωστους χαρακτήρες σε εμφανές μέρος του εγγράφου της σύμβασης).

Ζητούμενο αποτελεί η προσυμβατική ενημέρωση, η περιοδική ενημέρωση προς τους συναλλασσομένους, η διαφήμιση και η μέσω αυτών παρεχόμενη πληροφόρηση να είναι σύμφωνες προς τους κανόνες της διαφάνειας και να μην περιορίζονται η ορθή ενημέρωση των συναλλασσομένων και η δυνατότητα σύγκρισης μεταξύ ομοειδών ανταγωνιστικών τραπεζικών προϊόντων. Όταν τα πιστωτικά ιδρύματα δεν συμμορφώνονται προς τις συστάσεις αυτές, η ΤτΕ είναι αρμόδια για την επιβολή σε αυτά των κατωτέρω αναφερόμενων, προβλεπόμενων από την κείμενη νομοθεσία κυρώσεων.

5. Πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για την εφαρμογή της ΠΔ/ΤΕ 2501/2002

Στη συνέχεια θα αναφερθούν δύο πρόσφατες Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας με τις οποίες κρίθηκε ο τρόπος εφαρμογής των διατάξεων της ΠΔ/ΤΕ 2501/2002 από την Τράπεζα της Ελλάδος η οποία ως εποπτική αρχή είχε επιβάλει κυρώσεις επί σχετικών παραβάσεων πιστωτικών ιδρυμάτων.

i) Στην πρώτη εξ αυτών (ΣτΕ, Τμήμα Δ΄ 3423/2014) κρίθηκε από το Δικαστήριο[35], μεταξύ άλλων, η Απόφαση της αρμόδιας προς τούτο ΕΤΠΘ να επιβάλει σε πιστωτικό ίδρυμα τη διοικητική κύρωση της άτοκης κατάθεσης ποσού στην ΤτΕ επί ένα εξάμηνο.

Σύμφωνα με την αιτιολογία της προσβληθείσας Απόφασης της ΤτΕ, η προσυμβατική ενημέρωση που παρείχε το πιστωτικό ίδρυμα σε φυσικά πρόσωπα, τα οποία

33 Βλ. σχετικά και *Χασάπη*, Δάνεια σε ξένο νόμισμα: Μια προσέγγιση με αφορμή την πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ελληνικών δικαστηρίων, ΧρηΔικ 2014, 413 επ. (419-420).

34 Βλ. και *Σπυράκο*, Δάνεια σε συνάλλαγμα και προστασία του οφειλέτη, ΔΕΕ 2015, 825 επ. (826-827 και 835-836).

35 Βλ. Δημοσίευση σε ΤΝΠ ΝΟΜΟS.

είχαν αγοράσει σύνθετα καταθετικά προϊόντα (εν προκειμένω ομολογίες), και συγκεκριμένα η παράλειψη του πιστωτικού ιδρύματος να επισημάνει ειδικώς τον κίνδυνο σημαντικής απώλειας κεφαλαίου σε περίπτωση ρευστοποίησης των τίτλων πριν από τη λήξη τους συνιστά παράβαση των διατάξεων της ΠΔ/ΤΕ 2501/2002, που επιβάλλουν την τήρηση σε όλες τις συναλλαγές των πιστωτικών ιδρυμάτων της υποχρέωσης προσήκουσας, σαφούς και πλήρους ενημέρωσης των συναλλασσομένων, και ιδίως αυτών του Κεφαλαίου Α΄ (Γενικές Αρχές) και της παρ. 1 του Κεφαλαίου Β΄ αυτής σε ό, τι αφορά τα σύνθετα προϊόντα.

Επιπλέον, σύμφωνα με την αιτιολογία της Απόφασης της ΕΤΠΘ, με την οποία απερρίφθη η αίτηση θεραπείας που υπέβαλε το πιστωτικό ίδρυμα κατά της ανωτέρω κυρωτικής πράξης, η περιλαμβανόμενη σε διάφορα έντυπα του πιστωτικού ιδρύματος γενική αναφορά ότι οι τιμές αγοράς και πώλησης των ομολόγων στην δευτερογενή αγορά ενδέχεται να είναι χαμηλότερες από την ονομαστική αξία των ομολογιών δεν ανταποκρίνεται στις ειδικότερες απαιτήσεις ενημέρωσης για τα συγκεκριμένα προϊόντα, σύμφωνα με την ΠΔΤΕ 2501/2002. Κατά την ως άνω Απόφαση της ΤτΕ, οι εν λόγω απαιτήσεις είναι ανεξάρτητες του ύψους της συγκεκριμένης συναλλαγής και δεν υποκαθίστανται από άλλη ενημέρωση που τυχόν παρέχεται στους συναλλασσομένους βάσει διατάξεων της νομοθεσίας οι οποίες ισχύουν παράλληλα και ανεξάρτητα από την ως άνω Πράξη[36].

Το Δικαστήριο απέρριψε τη σχετική αίτηση ακυρώσεως του πιστωτικού ιδρύματος δεχόμενο, μεταξύ άλλων, ότι με τις διατάξεις της προαναφερόμενης κανονιστικής πράξης «*(..) θεσπίζεται σειρά υποχρεώσεων ενημερώσεως των πιστωτικών ιδρυμάτων προς προστασία των συναλλασσομένων με αυτά πελατών, οι οποίοι πελάτες στερούμενοι των ειδικών γνώσεων, ευρίσκονται σε μειονεκτική θέση έναντι των ιδρυμάτων αυτών. Η υποχρέωση αυτή καθίσταται εντονότερη όταν οι συναλλασσόμενοι αυτοί επιλέγουν να επενδύσουν σημαντικά ποσά σε προϊόντα σύνθετα –όπως είναι οι ομολογίες– οπότε είναι απαραίτητο να ενημερώνονται κατά τρόπο λεπτομερειακό τόσο για τους όρους που διέπουν τα προϊόντα αυτά, όσο και για τους κινδύνους που συνδέονται με αυτά, όπως η απώλεια επενδεδυμένου κεφαλαίου σε περίπτωση προώρου ρευστοποιήσεως. Οι ανωτέρω υποχρεώσεις δεν αναιρούνται από τις εν συνεχεία παρατιθέμενες διατάξεις του Ν. 3401/2005 και της Οδηγίας 2003/71, οι οποίες αποσκοπούν στην συμμόρφωση των πιστωτικών ιδρυμάτων προς τους κοινοτικούς κανόνες που διέπουν την έκδοση, μεταξύ άλλων, χρεωστικών τίτλων σε χώρα μέλος της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (..)*[37]».

Στη συνέχεια το Δικαστήριο εξέτασε την αιτιολογία της προσβληθείσας Απόφασης της ΤτΕ και την έκρινε νόμιμη και επαρκή «*(..) [κ]αι τούτο διότι, εφ' όσον στην συγκεκριμένη περίπτωση επρόκειτο περί απλών συναλλασσομένων με την αιτούσα, οι οποίοι*

36 Βλ. σχετικά ό.π., σκέψη 7.
37 Βλ. ό.π., σκέψη 6.

προέβησαν στην αγορά ομολογιών σημαντικού ύψους υφίστατο αυξημένη υποχρέωση ενημερώσεώς τους, κατά την κατάρτιση της συμβάσεως αγοράς, ιδίως ως προς τους κινδύνους σε περίπτωση προώρου εξοφλήσεως –ήτοι προ του χρόνου λήξεως των ομολογιών– μη επαρκούσης της απλής αναφοράς στο σχετικό πληροφοριακό έντυπο ότι οι τιμές αγοράς και πωλήσεως των ομολογιών στην δευτερογενή αγορά ενδέχεται να είναι χαμηλότερες από την ονομαστική τους αξία, αφού η αναφορά αυτή δεν καλύπτει την περίπτωση αυτή της προώρου εξοφλήσεως»[38].

ii) Εξίσου ενδιαφέρουσα είναι και η πρόσφατη Απόφαση 2857/2015 του ίδιου Δικαστηρίου (Δ΄ Τμήμα)[39] με την οποία κρίθηκε η νομιμότητα της κύρωσης της άτοκης κατάθεσης ποσού για ένα εξάμηνο στην ΤτΕ, που επεβλήθη από την ΕΤΠΘ σε πιστωτικό ίδρυμα για παράβαση των διατάξεων της ΠΔ/ΤΕ 2501/2002, όπως τροποποιήθηκε με την Απόφαση της ΕΤΠΘ 178/2004 περί ελεύθερου καθορισμού του επιτοκίου χορηγήσεων («*Διευκρινίσεις των ΠΔ/ΤΕ…, καθώς και της ΠΔ/ΤΕ 2501/2002, που αφορούν τη διαμόρφωση των επιτοκίων και την ενημέρωση των συναλλασσομένων εκ μέρους των πιστωτικών ιδρυμάτων*»).

Με την τελευταία κανονιστική Απόφαση θεσπίσθηκε ρητώς η υποχρέωση στάθμισης των περισσότερων δεικτών με χαρακτήρα επιτοκίου επί της συνολικής μεταβολής του επιτοκίου και επετράπη σε κάθε πιστωτικό ίδρυμα, το οποίο οφείλει – πάντως – να ενημερώνει τον δανειολήπτη σχετικά με τον τρόπο μεταβολής του αρχικού επιτοκίου της δανειακής σύμβασης, να προβαίνει σε ελεύθερο προσδιορισμό του επιτοκίου χορηγήσεων[40].

Ο λόγος επιβολής της κύρωσης από την ΤτΕ ήταν η μη προσαρμογή όρου δανειακών συμβάσεων περί μεταβολής του κυμαινόμενου επιτοκίου στα οριζόμενα από τις προαναφερόμενες κανονιστικές πράξεις, ακόμη και μετά την παρέλευση μεγάλου χρονικού διαστήματος από τη θέσπιση της σχετικής Απόφασης ΕΤΠΘ 178/2004.

Το Συμβούλιο της Επικρατείας, επικυρώνοντας ως προς το σημείο αυτό τη νομιμότητα της κυρωτικής Απόφασης της Τράπεζας της Ελλάδος, δέχθηκε τα εξής: «*(…) βάσει των γενικών αρχών που είχαν θεσπισθεί ήδη με την απόφαση 2501/02 του Διοικητή της ΤτΕ, οι τράπεζες πρέπει να παρέχουν κατάλληλη και σαφή ενημέρωση στους αντισυμβαλλομένους τους για τις παρεχόμενες υπηρεσίες και τα προϊόντα τους. Ενόψει των αρχών αυτών, που ισχύουν και για τις χορηγήσεις, το επιτόκιο αναφοράς, προς τη μεταβολή του οποίου συνδέεται και η μεταβολή του κυμαινόμενου επιτοκίου των δανειακών συμβάσεων, πρέπει να καθορίζεται με σαφήνεια. Επομένως, ήταν αντίθετη προς την ως άνω κανονιστική απόφαση 2501/02 η πρόβλεψη, στη δανειακή σύμβαση, αόριστων και γενικόλογων κριτηρίων ως παραγόντων που επηρεάζουν τη μεταβολή του επιτοκίου και που ο μέσος συναλλασσόμενος δεν μπορεί να αντιληφθεί και να υπολο-*

38 Βλ. ό.π., σκέψη 8.
39 ΤΝΠ ΝΟΜΟS = ΝοΒ 2015, 1801 επ. Βλ. σχετικά και σχόλιο της *Τσιροβασίλη*, ΝοΒ 2015, 1811-1820.
40 Βλ. σχετικά και *Χασάπη*, Παρατηρήσεις σε ΑΠ 2037/2014, ΕΕμπΔ 2015, 131 επ. (133-134).

γίσει. Ως εκ τούτου, όπως ορθώς κρίθηκε από την ΤτΕ, είναι μη νόμιμη η πρόβλεψη, στις δανειακές συμβάσεις της αιτούσας Τράπεζας, μη αριθμητικά μετρήσιμων παραγόντων μεταβολής του επιτοκίου, όπως του ειδικού/γενικού πιστωτικού και λειτουργικού κινδύνου, του κόστους των επισφαλειών και των απαιτήσεων κεφαλαιακής επάρκειας και των συνθηκών της αγοράς και του ανταγωνισμού. Πέραν αυτού, η υποχρέωση στάθμισης των περισσοτέρων δεικτών με χαρακτήρα επιτοκίου, επί της συνολικής μεταβολής του επιτοκίου, θεσπίσθηκε ρητώς με την απόφαση ΕΤΠΘ 178/2004 επομένως, παρίσταται ομοίως νόμιμη η διαπίστωση του πορίσματος ελέγχου ότι, αν και η αιτούσα εξαρτούσε τη μεταβολή του επιτοκίου δανειακών συμβάσεων με κυμαινόμενο επιτόκιο από δύο δείκτες με χαρακτήρα επιτοκίου [τη διακύμανση των παρεμβατικών επιτοκίων της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας και του Euribor για χορηγήσεις μηνός], δεν προσάρμοσε τον όρο αυτό προς τις απαιτήσεις της απόφασης 178/2004, ως προς τη στάθμιση των δύο αυτών παραγόντων, παρά το ότι, μάλιστα, ο έλεγχος διενεργήθηκε στα καταστήματα της αιτούσας 1 έτος και 5 μήνες μετά την ισχύ της κανονιστικής αυτής απόφασης. Εξάλλου, με την ως άνω πράξη 178/2004 της ΤτΕ, δεν θεσπίζεται διοικητικός καθορισμός των τραπεζικών επιτοκίων, δεδομένου ότι κάθε τράπεζα μπορεί ελευθέρως να συνδέσει τη μεταβολή του επιτοκίου προς όποιο, γενικό και ευρέως προσβάσιμο, δείκτη με χαρακτήρα επιτοκίου κρίνει συμφέροντα [όπως, ενδεικτικώς, προς τα παρεμβατικά επιτόκια της ΕΚΤ, το euribor, την απόδοση ομολόγων, βραχυπρόθεσμων τίτλων], ταυτοχρόνως, όμως, η τράπεζα οφείλει να ενημερώνει το δανειολήπτη σχετικώς με τον τρόπο μεταβολής του αρχικού επιτοκίου της δανειακής σύμβασης, προκειμένου αυτός να γνωρίζει τη σύνδεση του επιτοκίου με συγκεκριμένους δείκτες με χαρακτήρα επιτοκίου και να μπορεί να ελέγξει την ορθότητα της μεταβολής του επιτοκίου, βάσει της διακύμανσης των δεικτών αυτών και του ειδικότερου τρόπου προσαρμογής του επιτοκίου που έχει συμφωνηθεί στη δανειακή σύμβαση, κατά τα οριζόμενα στις περ. i.-ii. της παρ. 2β) της πράξης 178/2004 της ΕΤΠΘ»[41].

Οι παραπάνω ενδεικτικώς αναφερόμενες Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, με τις οποίες επικυρώθηκε η νομιμότητα επιβληθεισών κυρώσεων με βάση την ΠΔ/ΤΕ 2501/2002, αποτελούν παραδείγματα δηλωτικά του εύρους της εφαρμογής της ανωτέρω Πράξης σε περισσότερες, εντελώς διαφορετικές περιπτώσεις, αφού οι διατάξεις της εν λόγω Πράξης χρησιμοποιήθηκαν ως νόμιμες βάσεις επιβολής κύρωσης αφενός για ελλιπή ενημέρωση που παρασχέθηκε στο πλαίσιο αγοράς σύνθετων καταθετικών προϊόντων και αφετέρου για τον έλεγχο μεταβολής του κυμαινόμενου επιτοκίου των δανειακών συμβάσεων που συνήπτε πιστωτικό ίδρυμα με τους συναλλασσομένους με αυτό. Συνακόλουθα, οι προαναφερόμενες δικαστικές Αποφάσεις επιβεβαιώνουν σαφώς υπό το πρίσμα του εποπτικού τραπεζικού δικαίου

41 Βλ. ό.π., σκέψη 7.

τη σημασία της αρχής της διαφάνειας στις περίπλοκες από τη φύση τους τραπεζικές συναλλαγές.

6. Η αντιμετώπιση της καταχρηστικότητας των όρων των συναλλαγών από την Τράπεζα της Ελλάδος

Με βάση τις κατά τις κείμενες διατάξεις αρμοδιότητες της ΤτΕ ευχερώς διαπιστώνεται ότι δεν ευρίσκει έρεισμα σε αυτές ο έλεγχος του περιεχομένου των ΓΟΣ από την άποψη της εξ άλλου λόγου – πλην αυτού της αδιαφάνειας των ΓΟΣ – καταχρηστικότητας κατά την έννοια του άρθρου 2 παρ. 6 και 7 του Ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή[42].

Συγκεκριμένα, η ΤτΕ δεν ελέγχει εάν η εφαρμογή ενσωματωμένου στη σύμβαση γενικού όρου συναλλαγών έχει ως αποτέλεσμα τη σημαντική διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή. Αντίθετα, τον κατά το άρθρο 2 παρ. 6 του Ν. 2251/1994 έλεγχο του περιεχομένου των συμβατικών όρων, που αποτελεί εξειδίκευση από το νομοθέτη της αρχής της συναλλακτικής καλής πίστης προς την κατεύθυνση της απαγόρευσης της καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τα δικαστήριά μας[43], διενεργούν τα πολιτικά δικαστήρια, κατόπιν άσκησης ατομικής ή συλλογικής αγωγής[44], αφού προβούν σε έλεγχο ένταξης του γενικού όρου συναλλαγών στη σύμβαση (άρθρο 2 παρ. 1 του Ν. 2251/1994)[45] και σε ερμηνεία αυτού (άρθρο 2 παρ. 4, 5)[46]. Στο πλαίσιο του εν λόγω ελέγχου τα δικαστήρια λαμβάνουν υπόψη και τη φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, το σκοπό της, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες τις υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία αυτή εξαρτάται (άρθρο 2 παρ. 6 δεύτερο εδάφιο).

---

42 Βλ. προσφάτως *Δέλλιο* σε: Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, Ελληνικό – Ενωσιακό, Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν. 2251/1994 και άλλων σχετικών νομοθετημάτων, επιμέλεια: Ελ. Αλεξανδρίδου, 2015, 2η έκδοση, άρθρο 2, αρ. 52-98.

43 Βλ. ενδεικτικά ΟλΑΠ 15/2007, ΕλλΔνη 2007, 985 (986), ΑΠ 296/2001, ΔΕΕ 2001, 1112, ΑΠ 1219/2001, ΔΕΕ 2001, 1128 (1130), ΠολΠρΑθ 3229/1996, ΔΕΕ 1997, 75.

44 Βλ. σχετ. *Μεντή*, Γενικοί Όροι Συναλλαγών σε εμπορικές και καταναλωτικές συμβάσεις – Ερμηνεία του άρθρου 2 §§ 1-10 ν. 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 2741/1999, 2000, σελ. 181 επ. Για τις διαφορές στη λειτουργία μεταξύ ατομικής και συλλογικής αγωγής, βλ. αντί άλλων *Δέλλιο*, Η διαφορά των δικαιοδοτικών κριτηρίων μεταξύ ατομικής και συλλογικής αγωγής για τον έλεγχο των γενικών όρων στις καταναλωτικές συναλλαγές, ΕπισκΕΔ 2002, 352-369, με εκτενή βιβλιογραφική ενημέρωση και τον *ίδιο*, Τομές της σύγχρονης αρεοπαγιτικής νομολογίας στα ζητήματα του συλλογικού ελέγχου των γενικών όρων καταναλωτικών συμβάσεων (Σκέψεις με αφορμή την ΑΠ 1219/2001), ΕλλΔνη 2001, 1495 επ. (ιδιαίτερα σελ. 1496-1507).

45 Βλ. *Αυγουστιανάκη* σε: Σταθόπουλο/Χιωτέλλη/Αυγουστιανάκη, Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο Ι, 1995, σελ. 91-92 και *Μεντή*, Γενικοί Όροι Συναλλαγών σε εμπορικές και καταναλωτικές συμβάσεις – Ερμηνεία του άρθρου 2 §§ 1-10 ν. 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 2741/1999, 2000, σελ. 39 επ.

46 Βλ. *Μεντή*, Γενικοί Όροι Συναλλαγών σε εμπορικές και καταναλωτικές συμβάσεις – Ερμηνεία του άρθρου 2 §§ 1-10 ν. 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 2741/1999, 2000, σελ. 56 επ., *Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, σελ. 384-387.

7. Επιβολή κυρώσεων από την ΤτΕ στα εποπτευόμενα πιστωτικά ιδρύματα για παράβαση των περί διαφάνειας κανόνων

Σύμφωνα με το άρθρο 55Α του Καταστατικού της, η ΤτΕ έχει αρμοδιότητα για την επιβολή διοικητικών κυρώσεων κατά πάντων των υποκειμένων σε εποπτεία προσώπων για παραβάσεις των σχετικών με τις αρμοδιότητές της διατάξεων.

Η παράβαση τόσο των κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 4 παρ. 11 του Ν. 4261/2014 εκδιδόμενων κανονιστικών αποφάσεων (περιλαμβανομένων και των διατηρουμένων σε ισχύ προγενέστερων αποφάσεων, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 166 παρ. 1 του ως άνω νόμου) όσο και των διατάξεων του άρθρου 39 παρ. 3 του ίδιου νόμου (υπό τη μορφή της άρνησης τροποποίησης του περιεχομένου διαφήμισης κατά τις υποδείξεις της ΤτΕ) επισύρει την εκ μέρους της ΤτΕ επιβολή διοικητικών κυρώσεων. Οι τελευταίες επιβάλλονται κατ' εφαρμογή του άρθρου 55Α του Καταστατικού της και των άρθρων 57-59 του Ν. 4261/2014, λαμβανομένων υπόψη για την επιμέτρηση των στοιχείων που αναφέρονται στο άρθρο 62 παρ. 1 αυτού (π.χ. είδος και βαρύτητα παράβασης, επίπτωση παράβασης στην εύρυθμη λειτουργία του πιστωτικού συστήματος).

Ειδικότερα, κατ' εφαρμογή του άρθρου 55Α του Καταστατικού της, η ΤτΕ, με πράξη της Εκτελεστικής Επιτροπής της ή των εξουσιοδοτημένων από αυτήν οργάνων (εν προκειμένω της Επιτροπής Πιστωτικών και Ασφαλιστικών Θεμάτων), επιβάλλει – ακόμη και σωρευτικά – τις κατά την κρίση της προσήκουσες διοικητικές κυρώσεις από τις προβλεπόμενες από την ισχύουσα νομοθεσία για τα πιστωτικά ιδρύματα καθώς και τις κυρώσεις της άτοκης κατάθεσης στην ΤτΕ και του προστίμου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου, υπό τους ειδικότερους όρους του προαναφερόμενου άρθρου[47].

8. Η αρμοδιότητα του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού για τη διαφάνεια των όρων των συναλλαγών

α. Η επιβολή κυρώσεων σύμφωνα με το Ν. 2251/1994

Με βάση το ισχύον θεσμικό πλαίσιο, ο Υπουργός Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού έχει ευρεία αρμοδιότητα επιβολής κυρώσεων για παραβάσεις του Ν. 2251/1994 (π.χ. για καταχρηστικούς όρους σε συμβάσεις με καταναλωτές, αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, διαφήμιση), υπό τους όρους του άρθρου 13α του Ν.2251/1994, όπως αυτός τροποποιήθηκε με το Ν. 3587/2007. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 13α παρ. 2 του ως άνω νόμου «*με την επιφύλαξη των διατάξεων*

47 Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ (Δ' Τμήμα) 1862/2014, σκέψεις 6 και 7 και ΣτΕ (Δ΄ Τμήμα) 3423/2014, σκέψη 5.

του Ποινικού Κώδικα, του Αγορανομικού Κώδικα και διατάξεων άλλων ειδικών νομοθετημάτων, σε βάρος των προμηθευτών που παραβαίνουν τις διατάξεις του παρόντος νόμου επιβάλλεται, με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, πρόστιμο από χίλια πεντακόσια (1.500) έως ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ. Σε περίπτωση που εκδοθούν σε βάρος του ίδιου προμηθευτή περισσότερες από τρεις (3) αποφάσεις επιβολής προστίμου, το ανώτατο όριο προστίμου διπλασιάζεται και ο Υπουργός Ανάπτυξης μπορεί να διατάξει την προσωρινή διακοπή της λειτουργίας της επιχείρησης ή τμήματός της για χρονικό διάστημα από τρεις (3) μήνες έως ένα (1) έτος». Επίσης, με βάση την παρ. 5 του ίδιου άρθρου, «*Ο Υπουργός Ανάπτυξης, σε περίπτωση παράβασης των διατάξεων του παρόντος, μπορεί, λαμβάνοντας υπόψη τη φύση και τη βαρύτητα της παράβασης, καθώς και τις συνέπειές της στο ευρύτερο καταναλωτικό κοινό, να δημοσιοποιεί, διά του τύπου ή με άλλο πρόσφορο τρόπο, τις κυρώσεις που επιβάλλονται κατά τις προηγούμενες παραγράφους 2 και 3, καθώς και τα περιοριστικά μέτρα που λαμβάνονται κατά τις κείμενες διατάξεις από αρμόδιες διοικητικές αρχές ή τους προμηθευτές σχετικά με τη διάθεση καταναλωτικών προϊόντων στην εσωτερική αγορά*».

Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 13α παρ. 6 του Ν. 2251/1994, όπως ισχύει, «*αν οι παραβάσεις των διατάξεων του παρόντος διαπράττονται από πιστωτικά ιδρύματα ή επιχειρήσεις και οργανισμούς του χρηματοπιστωτικού τομέα της οικονομίας, που εποπτεύονται από την Τράπεζα της Ελλάδος, οι κυρώσεις που προβλέπονται στον νόμο επιβάλλονται μετά από γνώμη της Τράπεζας της Ελλάδος, η οποία παρέχεται μετά από σχετική αίτηση του Γενικού Γραμματέα Καταναλωτή εντός προθεσμίας δύο (2) μηνών από την υποβολή της αίτησης*». Τέλος, στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 6 του ίδιου άρθρου προβλέπεται ότι τα θέματα εφαρμογής της παραγράφου αυτής θα ρυθμιστούν λεπτομερώς με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης, η οποία όμως δεν έχει εκδοθεί ακόμη.

Από τη θέση σε ισχύ (10.7.2007) του νέου άρθρου 13α του Ν. 2251/1994 η ΤτΕ ως αρμόδια για την εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στα άρθρα 2 και 55Α του έχοντος ισχύ νόμου Καταστατικού της, όταν ζητείται η «γνώμη» της σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 13α από τον Γενικό Γραμματέα Καταναλωτή πριν από την επιβολή κυρώσεων, τη διατυπώνει αρμοδίως.

Ειδικώς όσον αφορά την έκφραση «γνώμης» της ΤτΕ για την καταχρηστικότητα των όρων των τραπεζικών συναλλαγών για άλλον λόγο πλην της διαφάνειας, νομίζω ότι μπορούν να διατυπωθούν σοβαρές επιφυλάξεις. Και τούτο διότι, όπως προαναφέρθηκε, η ΤτΕ δεν έχει την αρμοδιότητα να προβεί γενικά σε έλεγχο του περιεχομένου των συμβατικών όρων για λόγο που συνδέεται με την ανισορροπία μεταξύ δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αποδέκτη υπηρεσιών ή του αποκτώντος αγαθά και του παρέχοντος υπηρεσίες ή αγαθά. Συναφώς σημειώνεται ότι η ΤτΕ λόγω της φύσης του ρόλου της δεν έχει αρμοδιότητα να ελέγξει γενικώς τυχόν καταχρηστική άσκηση της συμβατικής ελευθερίας των συμβαλλομένων. Ως εκ τούτου τυχόν διατύπωση γνώμης από την Τράπεζα της Ελλάδος προς τον Υπουργό επί της καταχρη-

στικότητας όρων τραπεζικών συμβάσεων, πέραν της έλλειψης σχετικής εμπειρίας και ειδικής «τεχνογνωσίας», θα υπερέβαινε ενδεχομένως, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, τα αυστηρά όρια του εποπτικού ρόλου της ΤτΕ, όπως αυτός διαμορφώνεται με βάση τους κανόνες δημοσίου δικαίου, ενωσιακής και εθνικής προέλευσης.

β. Η άσκηση της κατά το άρθρο 10 παρ. 21 του Ν. 2251/1994 αρμοδιότητας του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και οι κανονιστικές διατάξεις της ΤτΕ

Με το άρθρο 13 του Ν. 3587/2007 αντικαταστάθηκε το προϊσχύσαν άρθρο 10 του Ν. 2251/1994. Στην παρ. 21 του ισχύοντος άρθρου 10 προβλέπεται ότι «*Ο Υπουργός Ανάπτυξης μπορεί με απόφασή του, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, να καθορίζει τους όρους και τις προϋποθέσεις προσαρμογής της συναλλακτικής συμπεριφοράς των προμηθευτών στο δεδικασμένο αμετάκλητων δικαστικών αποφάσεων επί αγωγών καταναλωτή ή ενώσεων καταναλωτών, εφόσον οι συνέπειες του δεδικασμένου έχουν ευρύτερο δημόσιο ενδιαφέρον για την εύρυθμη λειτουργία της αγοράς και την προστασία των καταναλωτών*». Δυνάμει αυτής της νομοθετικής εξουσιοδοτήσεως, ο Υπουργός Ανάπτυξης εξέδωσε αρχικά την Απόφαση Ζ1–798/2008 (ΦΕΚ Β' 1353/11-7-2008) «*Απαγόρευση αναγραφής Γενικών Όρων Συναλλαγών που έχουν κριθεί καταχρηστικοί με αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις*»[48].

Ειδικότερα, με την ΥΑ Ζ1–798/2008 απαγορεύθηκε η χρήση στις καταναλωτικές τραπεζικές συμβάσεις ορισμένων από τους Γενικούς Όρους Συναλλαγών που έχουν κριθεί καταχρηστικοί με αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις, οι οποίες εκδόθηκαν επί συλλογικών αγωγών Ενώσεων Καταναλωτών[49]. Με την απαγόρευση εφεξής της αναγραφής αυτών των ΓΟΣ στις καταναλωτικές τραπεζικές συμβάσεις, ουσιαστικά διευρύνεται ο κατάλογος των όρων που θεωρούνται σε κάθε περίπτωση καταχρηστικοί σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 7 του Ν. 2251/1994, όπως ισχύει. Συναφώς σημειώνεται πάντως ότι, σύμφωνα με την Υπουργική Απόφαση, η απαγόρευση αναγραφής των καταχρηστικών όρων αναφέρεται ειδικώς σε συμβάσεις στεγαστικών δανείων κυμαινόμενου επιτοκίου, συμβάσεις χορήγησης πιστωτικών καρτών και τέλος συμβάσεις λογαριασμού καταθέσεως και όχι σε κάθε μορφή καταναλωτικής σύμβασης, όπως ο γενικός κατάλογος των per se καταχρηστικών όρων του άρθρου 2 παρ. 7 του Ν. 2251/1994.

---

48 Η εν λόγω Απόφαση είχε προσβληθεί με αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Το δικαστήριο με την ΣτΕ 1210/2010 (Ολομ.), Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ = ΧρΙΔ 2010, 545 έκρινε νόμιμη την απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης σχετικά με την απαγόρευση αναγραφής σε καταναλωτικές συμβάσεις μεταξύ τραπεζών και αντισυμβαλλομένων τους καταναλωτών ΓΟΣ που είχαν κριθεί με αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις επί αγωγών ενώσεων καταναλωτών.

49 Για την έκδοση της Απόφασης αυτής ο Υπουργός έλαβε υπόψη τις ΑΠ 1219/2001, ΑΠ 430/2005, ΕφΑθ 5253/2003, ΕφΑθ 6291/2000, ΠολΠρΑθ 1119/2002 και ΠολΠρΑθ 1208/1998 (οι οποίες έχουν καταστεί αμετάκλητες) καθώς και την ΠολΠρΑθ 961/2007 (στο μέτρο που έχει καταστεί αμετάκλητη).

Στη συνέχεια ο ανωτέρω Υπουργός εξέδωσε τις Αποφάσεις Ζ1–21/2011 [«*Τροποποίηση – Συμπλήρωση της υπ' αριθμ. Ζ1–798/25-6-2008 (ΦΕΚ Β΄ 1353) απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης για την απαγόρευση αναγραφής Γενικών Όρων Συναλλαγών που έχουν κριθεί καταχρηστικοί με αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις*», (ΦΕΚ Β΄ 21)] και Ζ1–74/2011 [«*Τροποποίηση – Συμπλήρωση της υπ΄ αριθμ. Ζ1–798/25-6-2008 (ΦΕΚ Β΄ 1353) απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης για την απαγόρευση αναγραφής Γενικών Όρων Συναλλαγών που έχουν κριθεί καταχρηστικοί με αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις, όπως αυτή τροποποιήθηκε και ισχύει με την Ζ1– 21/17-01-2011 (ΦΕΚ Β΄ 21) Απόφαση του Υφυπουργού Εργασίας και Κοινωνικής Ασφάλισης*» (ΦΕΚ Β΄ 292)].

γ. Οι συνέπειες των Υπουργικών Αποφάσεων για την προστασία της διαφάνειας των συναλλαγών

Λαμβάνοντας υπόψη: i) την έκδοση των προαναφερόμενων Υπουργικών Αποφάσεων, που απαγορεύουν τη χρήση των περιλαμβανόμενων σε αυτές όρων και υπό «*(..) τροποποιημένες διατυπώσεις ή συναφείς χαρακτηρισμούς που δεν αναιρούν ωστόσο το στίγμα της καταχρηστικότητας*» (Ζ1–798/2008), ii) το εύρος των ρητρών που αυτές περιλαμβάνουν – εν αναφορά προς διαφορετικά είδη καταναλωτικών συμβάσεων – και την ποικιλομορφία ως προς το περιεχόμενο των όρων, αφού στις ανωτέρω αποφάσεις περιλαμβάνονται όροι σε συμβάσεις πιστωτικών καρτών, λογαριασμού καταθέσεως, στεγαστικών δανείων κυμαινόμενου επιτοκίου, καθώς και iii) το γεγονός ότι ο Υπουργός μπορεί να εκδίδει αντίστοιχου περιεχομένου κανονιστικές πράξεις, εφόσον συντρέχουν οι αναφερόμενες στην παρ. 21 του άρθρου 10 Ν. 2251/1994 προϋποθέσεις (και κατ΄ αποτέλεσμα να διευρύνει με τον τρόπο αυτόν την περιπτωσιολογία των καταχρηστικών ρητρών, όπως αυτές έχουν καταγραφεί τόσο με την παρ. 7 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994, με τις προαναφερόμενες Υπουργικές Αποφάσεις αλλά και με τις αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις), οδηγούμαστε στη διατύπωση των ακόλουθων σκέψεων:

Με την έκδοση των ανωτέρω κανονιστικών πράξεων διευκολύνεται ουσιωδώς ο εφαρμοστής του δικαίου στο έργο του, αφού κατά τη συγκεκριμενοποίηση της γενικής ρήτρας της καλής πίστης ο τελευταίος μπορεί να ανατρέξει όχι μόνον στη νομοθετική εξειδίκευσή της με τα παραδείγματα της παρ. 7 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994, αλλά – πέραν αυτών – και στην περαιτέρω εξειδίκευση που υιοθέτησε η κατά νομοθετική εξουσιοδότηση κανονιστικώς δρώσα Διοίκηση, η οποία εμπλουτίζει (με δυνατότητα συνεχούς ανανέωσης, όταν πληρούνται οι τεθείσες από το νόμο αναγκαίες προϋποθέσεις) με νέα παραδείγματα τον κατάλογο των per se καταχρηστικών ρητρών[50].

50 Βλ. Ζ2–19435/2011 Επιτροπή (Γενική Γραμματεία Καταναλωτή), Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟS όπου επιβολή χρηματικού προστίμου για παράβαση του άρθρου 2 παρ. 6 και 7 εδ. ε και ια του Ν. 2251/1994 καθώς και Ζ2–19029/2011 Επιτροπή (Γενική Γραμματεία Καταναλωτή), Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟS.

Εγγύτερη επισκόπηση των ρητρών που περιλαμβάνονται στις έως σήμερα εκδοθείσες αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις αλλά και στις ανωτέρω Υπουργικές Αποφάσεις οδηγεί στη διαπίστωση ότι και στις περιπτώσεις αυτές αναγνωρίζεται ως βασική αιτία καταχρηστικότητας η αδιαφάνεια των όρων[51]. Τούτο είναι βέβαια απολύτως δικαιολογημένο καθώς η αδιαφάνεια των όρων αποτελεί ίσως τη συχνότερα διαπιστούμενη από τα δικαστήρια, αλλά και πολύ σημαντική, κατά τη γνώμη μου, αιτία καταχρηστικότητας[52]. Με τον τρόπο αυτόν είναι εύλογο να υποστηριχθεί ότι η έκδοση των εν λόγω αποφάσεων δεν διασαλεύει την αξιολογική συνέπεια του συστήματος ελέγχου περιεχομένου των συμβατικών ρητρών ούτε θέτει εν αμφιβόλω την εσωτερική συστηματική συνοχή του αναφορικά με την προσέγγιση της έννοιας της καταχρηστικότητας μέσω της πολλαπλώς διατυπωμένης, με παραλλάσσουσες – έστω – λεκτικές αποτυπώσεις, απαγόρευσης των αδιαφανών όρων.

Για παράδειγμα, όπως εύστοχα αναφέρει ο *Δέλλιος*[53], το εδ. ε της παρ. 7 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994 («[Σε κάθε περίπτωση, καταχρηστικοί είναι ιδίως οι όροι που] *επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο, ο οποίος να αναφέρεται στη σύμβαση*») θα μπορούσε, σε συνδυασμό με την παρ. 6 του ίδιου άρθρου[54], να αποτελέσει τη νομική βάση δικαστικού ελέγχου περιεχομένου «*ιδίως ως προς τη διαφάνειά τους*» ρητρών που απαντώνται παγίως στις έντυπες τραπεζικές συμβάσεις για παροχή πιστώσεων με κυμαινόμενο επιτόκιο[55]. Οι ρήτρες αυτές επιτρέπουν τη μονομερή μεταβολή του βασικού επιτοκίου «*ανάλογα με τις μεταβολές των συνθηκών της αγοράς και του κόστους χρήματος*».

Επιπλέον με βάση την περ. ε (αλλά και ια[56]) της παρ. 7 κρίθηκαν καταχρηστικοί όροι μονομερούς μεταβολής/αναπροσαρμογής του επιτοκίου σε πιστωτικές συμβά-

---

51 Για παραδείγματα από τη νομολογία κριθέντων ως καταχρηστικών όρων λόγω της αδιαφάνειας αυτών βλ. *Παπαρσενίου*, Το ζήτημα των καταχρηστικών γενικών όρων των συναλλαγών, σε: Τιμητικό Τόμο Μ.Π. Σταθόπουλου ΙΙ, 2010, σελ. 2097 επ. (ιδίως σελ. 2116-2122). Ενδεικτικά βλ. τις: ΑΠ 15/2007, ΕλλΔνη 2007, 985, ΑΠ 1495/2006, ΔΕΕ 2006, 1307 (1309), ΑΠ 430/2005, ΕλλΔνη 2005, 793 (800-801), ΑΠ 1030/2001, ΧρΙΔ 2001, 611 (612), ΕφΑθ 5253/2003, ΧρΙΔ 2004, 134, ΠΠρΑθ 1119/2002, ΔΕΕ 2003, 422 (423), ΜΠρΑθ 4593/2005, ΔΕΕ 2006, 517, ΕιρΑθ 1896/2007, Δημοσίευση ΤΝΠ ΔΣΑ.

52 Αντίθετος ο *Παπανικολάου*, Σκέψεις πάνω στο νέο νόμο (ν. 3587/2007) για την προστασία των καταναλωτών, Ελληνική Δικαιοσύνη 2008, 660 (670), ο οποίος θεωρεί ότι η «*νεοπαγής*» αρχή της διαφάνειας «*αποτελεί το αδιαφανέστερο, εντεύθεν δε και το πιο ρευστό εν προκειμένω κριτήριο*» κατά τον δικαστικό έλεγχο περιεχομένου τραπεζικών ΓΟΣ.

53 *Δέλλιος*, Εκκρεμείς πιστωτικές συμβάσεις σε περιόδους οικονομικής κρίσης, ΧρΙΔ 2012, 246 επ. (249-250) όπου δέχεται με βάση τις ΑΚ 178, 179, 281, 288, 371-372 και τη διενέργεια δικαστικού ελέγχου – πλην όμως «*ηπιότερα*» – ρητρών με το περιεχόμενο αυτό, οι οποίες περιλαμβάνονται σε αμφιμερώς επαγγελματικές συμβάσεις.

54 «*Γενικοί όροι συναλλαγών που έχουν ως αποτέλεσμα την σημαντική διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή απαγορεύονται και είναι άκυροι. Ο καταχρηστικός χαρακτήρας γενικού όρου ενσωματωμένου σε σύμβαση κρίνεται αφού ληφθούν υπόψη η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, ο σκοπός της, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία αυτή εξαρτάται*».

55 Βλ. για παράδειγμα *Βενιέρη*, Η προσαρμογή των επιτοκίων και ο δικαστικός της έλεγχος στις τραπεζικές καταναλωτικές συμβάσεις, ΔΕΕ 2009, 26 (31-33) και *Θεοχαροπούλου*, Ακυρότητα όρου αναπροσαρμογής κυμαινόμενου επιτοκίου σε στεγαστικά δάνεια – Σύσταση – Πόρισμα υπ΄ αριθμ. 99/20.01.2009, ΕφΑΔ 2010, 66-74.

56 «*[Σε κάθε περίπτωση, καταχρηστικοί είναι ιδίως οι όροι που] χωρίς σπουδαίο λόγο αφήνουν το τίμημα αόριστο και δεν επιτρέπουν τον προσδιορισμό του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή*».

σεις[57]. Για παράδειγμα, με την ΕφΑθ 3499/2008[58] κρίθηκε καταχρηστικός ως αντίθετος στην περ. ε της παρ. 7 συμβατικός όρος που προέβλεπε ότι η τράπεζα ανακοινώνει και διατηρεί το δικαίωμα να τροποποιεί τα επιτόκια καταθέσεων ανάλογα με το υπόλοιπο του λογαριασμού. Πρόκειται, κατά την εύστοχη κρίση του δικαστηρίου, για αόριστα διατυπωμένο όρο που επιφυλάσσει δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης της σύμβασης από τον προμηθευτή σχετικά με το ύψος των επιτοκίων χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο. Αντίθετα έκρινε η ΑΠ 652/2010[59], η οποία – με αναφορά σε κανονιστικές πράξεις της Τράπεζας της Ελλάδος (Αποφάσεις ΕΤΠΘ 178/2004 και 234/2006)[60] – έκρινε τον ίδιο όρο έγκυρο και διέγνωσε εσφαλμένη εφαρμογή της παρ. 7 περ. ε.

Επίσης με νόμιμη βάση την περ. ε της παρ. 7 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994, σε συνδυασμό με την περ. ια αυτής, κατά το συνήθως συμβαίνον στη νομολογία να γίνεται επίκληση αμφοτέρων των ανωτέρω περιπτώσεων σωρευτικά[61], κρίθηκαν καταχρηστικοί ως αόριστοι και ασαφείς όροι που επέβαλαν έξοδα κίνησης και τήρησης καταθετικού λογαριασμού[62].

Νομοθετική βούληση αποτυπωμένη στην περ. ε της παρ. 7 του άρθρου 2 ήταν η αναγνώριση της ανάγκης για «συμβατική ασφάλεια», η διασφάλιση της δυνατότητας για τον ασθενέστερο συμβαλλόμενο να εκτιμήσει τη σχετική συμβατική πρόβλεψη και να αποφασίσει κατά πόσον αυτή θα επηρεάσει την απόφασή του για τη σύναψη και λειτουργία της σύμβασης και τέλος η αποτροπή δυσμενών συνήθως και αιφνίδιων για αυτόν αλλαγών της συμβατικής δέσμευσης. Και τούτο διότι διά των ρητρών της μονομερούς μεταβολής εκ μέρους του προμηθευτή (ειδικά στις περιπτώσεις που αυτή αφορά ή επιδρά σε ουσιώδες στοιχείο της σύμβασης, όπως είναι για παράδειγμα η παροχή του προμηθευτή[63]) ή της λύσης της σύμβα-

57 Βλ. αναλυτικά *Ρούσσο*, Τόκοι χορηγήσεων και ρήτρες τόκου σε τραπεζικούς ΓΟΣ, ΧρΙΔ 2004, 884 (892-894). Επίσης με την απόφαση ΕφΑθ 3499/2008 (αλλά και την ΑΠ 652/2010, Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, που εκδόθηκε μετά την αίτηση αναιρέσεως κατά της εφετειακής) κρίθηκε έγκυρος όρος που επέτρεπε στην τράπεζα να υπολογίζει τους τόκους καταθέσεως από την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την κατάθεση μέχρι την προηγούμενη από την ανάληψη.

58 Βλ. Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

59 Βλ. Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

60 Βλ. *Δασμάνογλου*, Ο ρόλος των κανονιστικών διατάξεων κατά τον έλεγχο της καταχρηστικότητας τραπεζικού όρου συναλλαγών. Σκέψεις με αφορμή την ΑΠ 652/2010, ΧρηΔικ 2010, 147. Ορθή, κατά τη γνώμη μου, είναι όμως η άποψη του *Δέλλιου*, Γενικοί Όροι Συναλλαγών – Ατομική και συλλογική προστασία των καταναλωτών από την έλλειψη ουσιαστικής διαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης, 2η έκδοση, 2013, αρ. 664 και 212-214.

61 Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1219/2001, ΑΠ 1401/1999, ΔΕΕ 2000, 192 [με σημείωμα *Περσίδη*, ΔΕΕ 2000, 197-200], ΕφΑθ 5253/2003, ΠΠρΑθ 1119/2002, ΠΠρΑθ 3229/1996, ΕιρΑθ 3441/2007, Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ = ΧρΙΔ 2008, 136, ΕιρΑθ 1896/2007, ΤΝΠ ΔΣΑ.

62 *Βενιέρη*, Έξοδα κίνησης και τήρησης τραπεζικού λογαριασμού καταθέσεως – Η επιβάρυνση του καταναλωτή και ο έλεγχος του σχετικού όρου κατά το Ν. 2251/1994, ΕΕμπΔ 2004, 717 (ιδίως 722-727 και 730-737). Βλ. παραδείγματος χάριν ΕφΑθ 3499/2008, Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1219/2001, Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕιρΑθ 2589/2003, Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

63 Ο *Μεντής*, Γενικοί Όροι Συναλλαγών σε εμπορικές και καταναλωτικές συμβάσεις – Ερμηνεία του άρθρου 2 §§ 1-10 ν. 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 2741/1999, 2000, σελ. 113, θεωρεί ότι το εδ. ε΄ έχει αυτοτελή σημασία κυρίως ως προς το δικαίωμα μονομερούς καθορισμού της ίδιας της παροχής του προμηθευτή.

σης[64] ενδέχεται να επηρεαστούν σε σημαντικό βαθμό τα δικαιώματα του καταναλωτή. Στόχος της διάταξης ήταν να αποφευχθεί η αοριστία και παράλληλα να διασφαλιστεί εκ των προτέρων με κατανοητό, σαφή και ορισμένο για τον καταναλωτή τρόπο η συγκεκριμενοποίηση των λόγων που θα οδηγήσουν σε μεταβολή της αρχικής συμβατικής ισορροπίας ή, πολύ περισσότερο, θα τον αποστερήσουν από το αγαθό ή την υπηρεσία που προμηθεύεται[65].

Για παράδειγμα, σύμφωνα με την ΑΠ 1219/2001[66], που ήταν η πρώτη απόφαση στην οποία ο Άρειος Πάγος έκρινε στο πλαίσιο συλλογικής αγωγής το περιεχόμενο περισσότερων ρητρών που περιλαμβάνονται σε συμβάσεις χορήγησης πιστωτικών καρτών[67], θεωρήθηκε καταχρηστικός ως αντίθετος στην περ. ια της παρ. 7 του άρθρου 2 του Ν. 2251 όρος σε σύμβαση πιστωτικής κάρτας που προέβλεπε ότι αναπροσαρμογή του συμβατικού επιτοκίου εναπόκειται στην κρίση του πιστωτικού ιδρύματος[68], επειδή – κατά το Ακυρωτικό – με τον όρο αυτόν δεν καθορίζονται ειδικά και εύλογα κριτήρια για τον προσδιορισμό εκ μέρους του πιστωτικού ιδρύματος του συμβατικού επιτοκίου[69]. Μάλιστα στην ίδια απόφαση το ανωτέρω Δικαστήριο, αναφερόμενο στη ratio της απα-

64 Πρβλ. την ΕφΠειρ 109/2005, ΠειρΝομ 2005, 221 = Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟS στην οποία ορθά και με πειστική αιτιολογία κρίθηκε ότι ο όρος σύμφωνα με τον οποίον η τράπεζα έχει δικαίωμα να καταγγείλει τη δανειακή σύμβαση αν οφειλέτης καταστεί αφερέγγυος λόγω επιβολής κατασχέσεως στην περιουσία του (δηλαδή επιφυλάσσει στην τράπεζα δικαίωμα μονομερούς λύσης της σύμβασης «*λόγω συνδρομής του λόγου αυτού [της κατασχέσεως] που είναι αναντίρρητα σπουδαίος*»), δεν είναι καταχρηστικός και δεν είναι αντίθετος στην περ. ε της παρ. 7. Επίσης κρίθηκε ότι με αυτόν δεν επέρχεται διατάραξη ισορροπίας μεταξύ δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μερών ούτε απόκλιση από ουσιώδεις αξιολογήσεις του ενδοτικού δικαίου.
Βλ. επίσης ΠολΠρΑθ 2411/1997, ΕΕμπΔ 1998, 592 = ΕπισκΕΔ 1998, 251 επ., η οποία έκρινε καταχρηστικό ως αντίθετο στις περ. ε και ια της παρ. 7 του άρθρου 2 όρο που επιφύλασσε στον προμηθευτή/ασφαλιστική εταιρεία το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης της σύμβασης και συγκεκριμένα του καταβαλλόμενου ασφαλίστρου χωρίς ειδικό και σπουδαίο λόγο και άφηνε το ασφάλιστρο αόριστο, χωρίς να επιτρέπει τον προσδιορισμό του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για τον καταναλωτή.
Επί όρων ασφαλιστικής συμβάσεως των οποίων το περιεχόμενο ελέγχθηκε στην ΠολΠρΑθ 3229/1996, βλ. Γνωμοδότηση *Μεντή* επί της υπ' αριθμ. 3229/1996 απόφασης του ΠολΠρΑθ, Αρμενόπουλος 1999, 154 επ.

65 Ορθά επισημαίνει ο *Ρούσσος*, Τόκοι χορηγήσεων και ρήτρες τόκου σε τραπεζικούς ΓΟΣ, ΧρΙΔ 2004, 884 (892) ότι η αοριστία του τιμήματος με την έννοια της περ. ια είναι ασυμβίβαστη με την έννοια της αναπροσαρμογής και προσθέτει: «*Η αναπροσαρμογή αποτελεί αναγκαίο στοιχείο σχεδόν κάθε διαρκούς συμβάσεως, της οποίας το τίμημα είναι απολύτως και εξαρχής ορισμένο και η μόνη αβεβαιότητα αφορά τη μελλοντική διαμόρφωσή του, αν και εφόσον προκύψει ανάγκη μεταβολής του*».

66 ΑΠ 1219/2001, ΕλλΔνη 42, 1603. Η απόφαση αυτή σχολιάστηκε – απολύτως δικαιολογημένα – πάρα πολύ από τη θεωρία. Ενδεικτικά: *Δέλλιος*, Τομές της σύγχρονης αρεοπαγιτικής νομολογίας στα ζητήματα του συλλογικού ελέγχου των γενικών όρων καταναλωτικών συμβάσεων (Σκέψεις με αφορμή την ΑΠ 1219/2001), ΕλλΔνη 2001, 1495, *ο ίδιος*, Ρήτρες πλασματικής γνώσης και πλασματικής αναγνώρισης του ύψους της οφειλής στις καταναλωτικές συμβάσεις, ΚριτΕ 2002, 31 επ., *ο ίδιος*, Η διαφορά των δικαιοδοτικών κριτηρίων μεταξύ ατομικής και συλλογικής αγωγής για τον έλεγχο των γενικών όρων στις καταναλωτικές συμβάσεις, ΕπισκΕΔ 2002, 352 επ., *Μεντής*, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ΧρΙΔ 2001, 558 επ., *Λελεντζή*, Ο έλεγχος του περιεχομένου των γενικών όρων συναλλαγών (άρθρο 2 §§6 και 7 Ν. 2251/1994) κατά την πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου, ΝοΒ 2002, 274 επ.

67 Παράθεση περισσότερων περιπτώσεων καταχρηστικών συμβατικών ρητρών σε τραπεζικές συμβάσεις από την *Ευθυμίου*, Η αρχή της διαφάνειας στο δίκαιο των Γ.Ο.Σ., 2013, σελ. 135-174.

68 Βλ. *Βόγκλη*, Κυμαινόμενο Επιτόκιο, 2005, σελ. 15-18 όπου, πέραν της κριτικής προσέγγισης της ΑΠ 1219/2001, και εκτενείς αναφορές στη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων.

69 Πρβλ. *Ρούσσο*, Τόκος χορηγήσεων και ρήτρες τόκου σε τραπεζικούς ΓΟΣ, ΧρΙΔ 2004, 884 (ιδίως 890 επ.), ο οποίος δεν θεωρεί ορθή τη σχετική κρίση του ΑΠ περί καταχρηστικότητας του όρου, αλλά θέτει ζήτημα αιφνιδιασμού του καταναλωτή και ενσωμάτωσης του όρου στη σύμβαση.

γόρευσης της περ. ια έκρινε ότι «*Η ρύθμιση του άρθρου 2 παρ. 7 περ. ια εξηγείται από την ανάγκη της προστασίας των δικαιολογημένων προσδοκιών του πελάτη στις λεγόμενες απροσδόκητες ρήτρες, δηλαδή στις ρήτρες εκείνες που μεταβάλλουν την εικόνα που δικαιολογημένα έχει δημιουργηθεί στον πελάτη αναφορικά με το ύψος του τιμήματος ή την έκταση της κύριας παροχής, δηλαδή στοιχεία που είναι συνήθως και τα μόνα που πράγματι εξετάζει ο πελάτης κατά τη σύναψη της σύμβασης*»[70].

Η κρίση του Αρείου Πάγου στην Απόφαση αυτή (1219/2001) αποτέλεσε και το έναυσμα να κριθεί με βάση τη διάταξη της παρ. 7 περ. ια από το ΕφΑθ 3499/2008[71] επίσης καταχρηστική ρήτρα σύμβασης χορήγησης πιστωτικής κάρτας σύμφωνα με την οποία προβλεπόταν η δυνατότητα της τράπεζας «*να μεταβάλλει το συμβατικό επιτόκιο σε χρονικά διαστήματα όχι μικρότερα του μήνα, οποτεδήποτε μεταβάλλεται το Βασικό Παρεμβατικό Επιτόκιο για Πράξεις Κυρίας Αναχρηματοδότησης της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας και μέχρι του 200% του ποσού της διαφοράς μεταξύ του προηγουμένου και του νέου ως άνω παρεμβατικού επιτοκίου*»[72]. Εν προκειμένω το δικαστήριο έκρινε ότι στον συμβατικό όρο δεν ορίζονται οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες το επιτόκιο θα μεταβληθεί έως και το ποσοστό του 200% σε σχέση με το επιτόκιο αναφοράς ούτε προσδιορίζονται οι λόγοι που καθιστούν αναγκαία ή δικαιολογούν τη μεταβολή του ύψους του επιτοκίου. Άξιο ιδιαίτερης μνείας είναι εν προκειμένω ότι η προβλεπόμενη στο συμβατικό όρο μεταβολή του επιτοκίου ήταν σύμφωνη με τα οριζόμενα στην Απόφαση της ΕΤΠΘ 178/2004, αλλά το δικαστήριο θεώρησε (λανθασμένα και χωρίς ουσιαστική αιτιολογία κατά τη γνώμη μου) ότι η προαναφερόμενη Απόφαση δεν ασκεί επίδραση επί του ελέγχου περιεχομένου που διενεργείται με βάση το Ν. 2251/1994[73].

Εντούτοις, στη συνέχεια η κρίση αυτή ανατράπηκε με την ΑΠ 652/2010. Ειδικότερα κρίθηκε αφενός ότι τα κριτήρια μεταβολής του επιτοκίου είναι επαρκώς ορισμένα και ως εκ τούτου δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής της περ. ια της παρ. 7

70 Πρβλ. *Ρούσσο*, Η πιστωτική κάρτα – Νομοθετικές Εξελίξεις (Ν. 3862/2010 & ΑΠ 652/2010), ΕφΑΔ 2011, 800 επ. (805) ο οποίος αμφισβητεί εάν συντρέχουν οι όροι εφαρμογής της διατάξεως αυτής. Η εν λόγω διάταξη προϋποθέτει ρήτρα που χωρίς (σπουδαίο) λόγο αφήνει αόριστο το τίμημα της παροχής του προμηθευτή. Θεωρεί ότι, αντ' αυτής, θα μπορούσε να επιτευχθεί αποτελεσματική καταπολέμηση τέτοιων πρακτικών μόνον αν θεωρηθεί «*ότι ο ΓΟΣ, κατ΄ εφαρμογή του οποίου το συμβατικό επιτόκιο ορίζεται άνω του ποσοστού του τόκου υπερημερίας, αποτελεί αιφνιδιασμό για τον καταναλωτή με την έννοια του άρθρου 2 παρ. 1 Ν. 2251/1994 και, άρα, δεν τον δεσμεύει*».

71 Για σχολιασμό της εφετειακής αλλά και της ΑΠ 652/2010, που εκδόθηκε επί αιτήσεως αναιρέσεως της αποφάσεως του Εφετείου ως προς το σημείο αυτό, βλ. *Ρούσσο*, Η πιστωτική κάρτα – Νομοθετικές Εξελίξεις (Ν. 3862/2010 & ΑΠ 652/2010), ΕφΑΔ 2011, 800 επ. (805-806). Βλ. επίσης *Χασάπη*, Παρατηρήσεις σε ΑΠ 2037/2014, ΕΕμπΔ 2015, 131 (134-136).

72 Βλ. σχετική Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Με την ίδια απόφαση κρίθηκε καταχρηστικός και αντίθετος στην παρ. 7 περ. ια (όπως άλλωστε και με την πρωτόδικη απόφαση ΠολΠρΑθ 961/1007, ΧρηΔικ 2008, 112=Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, πλην όμως με διαφορετική αιτιολογία) όρος που προέβλεπε ότι η τοκοφορία απαίτησης της τράπεζας έναντι κατόχου πιστωτικής κάρτας για συναλλαγές, που ο τελευταίος πραγματοποίησε με αυτήν, αρχίζει από την ημερομηνία εγγραφής της συναλλαγής στα βιβλία της Τράπεζας. Ορθά το δικαστήριο έκρινε ότι η σχετική αναφορά είναι αόριστη και ασαφής για τον πελάτη της τράπεζας. Επί του ζητήματος πρβλ. τις παρατηρήσεις του *Καραγιάννη*, ΧρηΔικ 2008, 123-126.

73 Κριτική από *Λιναρίτη*, Κριτήρια αξιολόγησης γενικών όρων συναλλαγών μακροπρόθεσμων πιστώσεων (με ιδιαίτερη αναφορά στις ρήτρες επιτοκίου), ΧρΙΔ 2010, 382 (390-391).

και αφετέρου ότι με την μεταβολή αυτή δεν διαταρασσόταν ουσιωδώς η συμβατική ισορροπία. Συγκεκριμένα η ΑΠ 652/2010 (με εκτενή αναφορά στην Απόφαση ΕΤΠΘ 178/2004 της Τράπεζας της Ελλάδος[74]) έκρινε ότι το πολλαπλάσιο αυτό (200%) δεν αποτελεί σημαντική απόκλιση και ουσιαστική διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας, με την έννοια της αποκλίσεως από τις καθοδηγητικού και μόνο χαρακτήρα διατάξεις του ενδοτικού δικαίου, στο πλαίσιο των οποίων και εμπίπτει, δοθέντος ότι το διπλάσιο της μεταβολής κατ' ανώτατο όριο δικαιολογημένα μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο συμβατικής ρυθμίσεως. Παράλληλα, ο ΑΠ έκρινε ότι τα αναφερόμενα κριτήρια μεταβολής του κυμαινόμενου συμβατικού επιτοκίου[75] είναι εύλογα και δικαιολογούν τη συμβατική ρύθμιση, ενώ δεν είναι δυνατός ο περαιτέρω ειδικός προσδιορισμός τους.

δ. Αξιολογική στάθμιση

Από την παραπάνω ανάπτυξη προκύπτει ότι στο πεδίο των τραπεζικών συμβάσεων, μετά τη δημοσίευση των προαναφερόμενων Υπουργικών Αποφάσεων αλλά και των αμετάκλητων δικαστικών αποφάσεων, ανακύπτουν ζητήματα ισχύος και εφαρμογής των κανονιστικών διατάξεων της ΤτΕ, στο μέτρο φυσικά που οι διατάξεις των Υπουργικών Αποφάσεων και της εποπτικής αρχής ρυθμίζουν τα ίδια ζητήματα και που η εφαρμογή τους αφορά συμβάσεις με καταναλωτές, υπό την έννοια του άρθρου 1 παρ. 4α του Ν. 2251/1994[76].

Αναφορικά με τη σχέση μεταξύ των κανονιστικών διατάξεων της ΤτΕ και των Υπουργικών Αποφάσεων, μπορεί καταρχάς να υποστηριχθεί, για παράδειγμα, ότι οι διατάξεις της εκδοθείσας μεταγενεστέρως – δυνάμει ρητής νομοθετικής εξουσιοδότησης – Υπουργικής Απόφασης καταργούν τους προαναφερόμενους κανόνες που έχουν θεσπιστεί από την ΤτΕ, υπό την προϋπόθεση ότι πρόκειται για αντίθετες ρυθμίσεις του ίδιου ακριβώς ζητήματος. Βέβαια, η σχετική κρίση θα πρέπει κάθε φορά να διαμορφώνεται ad hoc και κατόπιν ενδελεχούς αξιολόγησης των πραγματικών περιστατικών και ερμηνείας των σχετικών διατάξεων, με προσεκτική εφαρμογή των κανόνων της τελευταίας (για παράδειγμα, ότι τυχόν ειδική ρύθμιση υπερισχύει της γενικής). Επίσης, στο μέτρο που οι διατάξεις της νεότερης διοικητικής πράξης (Υπουργικής Απόφασης)

---

74 Βλ. σχετικά και επιστολή της 23.5.2002 του Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος προς τον Πρόεδρο της Ένωσης Ελληνικών Τραπεζών καθώς και Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου της Τράπεζας της Ελλάδος Ν.Ζ. 853/2002, ΔΕΕ 2002, 1151.

75 Θεμελιωδώς για τις ρήτρες αναπροσαρμογής του επιτοκίου *Βόγκλης*, Κυμαινόμενο Επιτόκιο, 2005, σελ. 5-7.

76 Σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη, «*καταναλωτής*» είναι «*κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα για τα οποία προορίζονται τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που προσφέρονται στην αγορά και τα οποία κάνουν χρήση των προϊόντων ή των υπηρεσιών αυτών, εφόσον αποτελούν τον τελικό αποδέκτη τους. Καταναλωτής είναι και: αα) κάθε αποδέκτης διαφημιστικού μηνύματος, ββ) κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που εγγυάται υπέρ καταναλωτή, εφόσον δεν ενεργεί στο πλαίσιο της επαγγελματικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητάς του*». Για την έννοια του εγγυητή ως καταναλωτή, ενδιαφέρουσα η πρόσφατη ΟλΑΠ 13/2015, Δημοσίευση ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

συμπληρώνουν το περιεχόμενο των ρυθμίσεων της προγενέστερης, οι ρυθμίσεις των κανονιστικών πράξεων περί της διαφάνειας καταρχήν ισχύουν παράλληλα και αλληλοσυμπληρώνονται, υπό την επιφύλαξη τυχόν διαφορετικής κρίσης που διατυπώνεται αιτιολογημένα σε συγκεκριμένη περίπτωση.

Εντούτοις με τη διατύπωση των παραπάνω ενδεικτικά αναφερόμενων γενικών κανόνων δεν αντιμετωπίζονται όλα τα ζητήματα που ανακύπτουν. Κατά συνέπεια, με την εξαίρεση των διατάξεων που καθορίζουν αποκλειστικά τα ζητήματα της προσυμβατικής ενημέρωσης των συμβαλλομένων, που φαίνεται να αποτελεί αντικείμενο ρύθμισης αποκλειστικώς των σχετικών κανονιστικών διατάξεων της ΤτΕ, είναι – κατά τη γνώμη μου – ενδεχομένως σκόπιμο η ΤτΕ να επανεξετάσει το ρυθμιστικό πεδίο και το εύρος εφαρμογής διατάξεών της που καθορίζουν, για παράδειγμα, την είσπραξη εξόδων και προμηθειών από τα πιστωτικά ιδρύματα (π.χ. απαγόρευση είσπραξης εξόδων σε περίπτωση πραγματοποίησης μέχρι πέντε (5) συναλλαγών στο ταμείο των καταστημάτων, όπως προβλέπεται στην Απόφαση ΕΤΠΘ 243/2007, ενώ η Υπουργική Απόφαση Ζ1–21/2011 απαγορεύει την είσπραξη τέτοιας φύσης εξόδων επί αναλήψεων μετρητών από κατάστημα, χωρίς να θέτει περιορισμό ως προς τον αριθμό των συναλλαγών). Στο πλαίσιο αυτό θα πρέπει να εξεταστούν με ιδιαίτερη προσοχή οι κανονιστικές διατάξεις της ΤτΕ και των Υπουργικών Αποφάσεων, προκειμένου να εντοπιστούν αυτές που τυχόν έχουν αντίθετο περιεχόμενο και να κριθεί προσηκόντως και με νομική ασφάλεια η διατήρησή τους ή όχι σε ισχύ.

9. Το ζήτημα της συντρέχουσας αρμοδιότητας της ΤτΕ και του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού για την επιβολή κυρώσεων εξαιτίας παραβάσεων των κανόνων διαφάνειας και σκέψεις για την αντιμετώπισή του

Υπό το πρίσμα των προαναφερομένων, παρατηρούμε ότι, μετά και την κατά τα ανωτέρω έκδοση των Αποφάσεων του Υπουργού, τίθεται εναργέστερα το δυσχερές ζήτημα της οριοθέτησης της αρμοδιότητας της ΤτΕ έναντι αυτής του ως άνω Υπουργού για την επιβολή διοικητικών κυρώσεων σε πιστωτικά ιδρύματα, όσον αφορά την παράβαση των διατάξεων σχετικά με τη διαφάνεια των όρων των συναλλαγών των πιστωτικών ιδρυμάτων.

Το ζήτημα αυτό συναρτάται αναγκαίως και προς το περιεχόμενο της «γνώμης» την οποία κατά το άρθρο 13α παρ. 6 του Ν. 2251/1994 διατυπώνει η ΤτΕ πριν από την επιβολή κυρώσεων σε πιστωτικά ιδρύματα από τον αρμόδιο Υπουργό για παραβίαση των διατάξεων του ανωτέρω νόμου. Συγκεκριμένα, στις περιπτώσεις εφαρμογής της παρ. 6 του άρθρου 13α η ΤτΕ φαίνεται να ασκεί γνωμοδοτική αρμοδιότητα – οριοθετούμενη από το περιεχόμενο της κατά το Καταστατικό της εποπτικής αρμοδιότητας – επί ζητημάτων διαφάνειας, για τα οποία όμως έχει και η ίδια αρμοδιότητα επιβολής κυρώσεων σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία.

Συναφώς προς τα προεκτεθέντα, είναι αναγκαίο να οριοθετηθούν σαφώς οι αρμοδιότητες του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και της ΤτΕ έτσι ώστε: α) να αποφεύγεται η επιβολή διπλού διοικητικού προστίμου (δηλαδή από την ΤτΕ και από τον Υπουργό), με διαφορετικό νομικό έρεισμα κάθε φορά, για την παραβίαση από πιστωτικά ιδρύματα των κανόνων διαφάνειας αλλά και β) να διασφαλισθεί το κύρος των εκδιδόμενων από την ΤτΕ ατομικών διοικητικών πράξεων επιβολής κυρώσεων στα πιστωτικά ιδρύματα κατά την άσκηση της σχετικής αρμοδιότητας της Τράπεζας της Ελλάδος.

Στην προβληματική αυτή εντάσσεται αναμφίβολα και το ζήτημα της αρμοδιότητας επιβολής κυρώσεων από την ΤτΕ για θέματα καταχρηστικότητας των γενικών όρων των συναλλαγών σε τραπεζικές συμβάσεις, αν λάβουμε υπόψη ότι συχνά, όπως επιβεβαιώνεται από την ανωτέρω, ενδεικτικά αναφερόμενη, πρόσφατη νομολογία των δικαστηρίων για τον έλεγχο του περιεχομένου των συμβατικών όρων σε καταναλωτικές συμβάσεις (άρθρο 2 παρ. 6 και 7 του Ν. 2251/1994), η δικαστική κρίση συνδέει την καταχρηστικότητα των όρων με την αδιαφάνεια του περιεχομένου τους.

α. Η καταχρηστικότητα των όρων

Με βάση το ισχύον θεσμικό πλαίσιο αλλά και τη διαμορφωμένη έως σήμερα πρακτική των αρμόδιων διοικητικών υπηρεσιών της ΤτΕ, φαίνεται δικαιολογημένη και έχουσα επαρκές νομικό έρεισμα η θέση της ΤτΕ να επιβάλλει κυρώσεις για θέματα διαφάνειας και να απέχει από την εξέταση της καταχρηστικότητας των όρων για άλλους λόγους πλην της αδιαφάνειας[77]. Κατ' επέκταση, συνεπής προς την ανωτέρω θέση είναι, κατά τη γνώμη μου, η υποστήριξη της θέσης ότι η ΤτΕ, με βάση τη στενή ερμηνεία[78] της παρ. 6 του άρθρου 13α του Ν. 2251/1994, δεν γνωμοδοτεί στον Υπουργό για τα λοιπά ζητήματα καταχρηστικότητας των συμβατικών όρων, όπως αυτά ανακύπτουν όσον αφορά τις καταναλωτικές συμβάσεις στο άρθρο 2 παρ. 6 και 7 του Ν. 2251/1994, επειδή αυτά εκφεύγουν των αρμοδιοτήτων της.

Επίσης κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 57 παρ. 1 του Ν. 4261/2014, η ΤτΕ δεν δικαιούται να επιβάλλει κυρώσεις για παράβαση των Υπουργικών Αποφάσεων ούτε για παράβαση των διατάξεων του Ν. 2251/1994, για την εφαρμογή των διατάξεων του οποίου την αρμοδιότητα έχει ο Υπουργός. Και τούτο διότι σύμφωνα με την παρ. 1 του ανωτέρω άρθρου, η ΤτΕ επιβάλλει τις αναφερόμενες στο άρθρο 55Α του Καταστατικού και στα άρθρα 57-59 του Ν. 4261/2014 διοικητικές κυρώσεις και μέτρα, σε

77 Πρβλ. *Micklitz/Reich*, Von der Klausel- zur Marktkontrolle, EuZW 2013, 457 (460) οι οποίοι, εξ αφορμής της πρόσφατης νομολογίας του ΔΕΕ, διαπιστώνουν ότι « *(..) η επιταγή της διαφάνειας και η απαγόρευση της καταχρηστικότητας είναι οι δύο πλευρές του ίδιου νομίσματος*».

78 Για τις προϋποθέσεις της συσταλτικής ερμηνείας και τη διάκριση αυτής από τη στενή ερμηνεία, βλ. αντί άλλων *Δωρή*, Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο, Εγχειρίδιο, Α΄ τεύχος, 1991, σελ. 170 επ.

περίπτωση παράβασης από εποπτευόμενα από αυτήν πρόσωπα των διατάξεων του Ν. 4261/2014 και των κατ' εξουσιοδότηση εκδιδόμενων Αποφάσεών της. Στο πλαίσιο αυτό λαμβάνει όλα τα κατά την κρίση της απαραίτητα μέτρα προκειμένου να διασφαλίζεται η εφαρμογή τους.

β. Συντρέχουσα κυρωτική αρμοδιότητα για παράβαση των κανόνων διαφάνειας

Λιγότερο ευχερής είναι όμως η αντιμετώπιση του ζητήματος της επιβολής κυρώσεων στα πιστωτικά ιδρύματα για παράβαση κανόνων διαφάνειας εξαιτίας της συντρέχουσας σχετικής αρμοδιότητας τόσο του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης όσο και της ΤτΕ. Αφετηρία του συλλογισμού μας είναι ότι δεν πρέπει να επιβάλλονται για την ίδια παράβαση των κανόνων διαφάνειας δύο διοικητικές κυρώσεις (μια από την ΤτΕ και μια από τον Υπουργό Οικονομίας και Ανάπτυξης) καθώς τούτο καταρχήν προσκρούει στην απαγόρευση επιβολής διπλής κύρωσης (ne bis in idem).

Για την επίλυση του προαναφερθέντος προβλήματος όσον αφορά την αρμοδιότητα επιβολής κυρώσεων φαίνονται υποστηρίξιμες δύο εναλλακτικές επιλογές, με βάση αντίστοιχες ερμηνευτικές εκδοχές των προαναφερθεισών διατάξεων. Βέβαια, είναι αυτονόητο ότι η τυχόν επιλογή καθεμίας από αυτές εκ των πραγμάτων επηρεάζει συνολικότερα την αντιμετώπιση και των ζητημάτων που αναφέρθηκαν παραπάνω και κατ' επέκταση και το θέμα της άσκησης της κανονιστικής αρμοδιότητας των δύο Αρχών (της ΤτΕ και του Υπουργού). Ειδικότερα:

i) Θα μπορούσε να υιοθετηθεί η συσταλτική ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 13α του Ν. 2251/1994, το οποίο εισήχθη στο νόμο για την προστασία του καταναλωτή με το Ν. 3587/2007, και να γίνει δεκτό ότι, ειδικώς ως προς τα ζητήματα της διαφάνειας των όρων των τραπεζικών συναλλαγών, δεν έχει αρμοδιότητα ο Υπουργός Οικονομίας και Ανάπτυξης. Το εν λόγω ερμηνευτικό συμπέρασμα έχει νομικό έρεισμα στη διάταξη της παρ. 11 του άρθρου 4 του Ν. 4261/2014, η οποία είναι και μεταγενέστερη σε σχέση με τη διάταξη του άρθρου 13α του Ν. 2251/1994, σε συνδυασμό και με το άρθρο 55Α του Καταστατικού της ΤτΕ. Από τις παραπάνω διατάξεις προκύπτει με την αναγκαία νομική ασφάλεια ότι η ΤτΕ είχε αλλά και διατηρεί τόσο την επί του θέματος αυτού κανονιστική αρμοδιότητα όσο και την αρμοδιότητα επιβολής κυρώσεων.

Η αποδοχή της άποψης αυτής έχει τις εξής συνέπειες: α) η παρ. 6 του άρθρου 13α καθίσταται ανεφάρμοστη, όσον αφορά τη γνωμοδοτική αρμοδιότητα της ΤτΕ σε ζητήματα διαφάνειας των όρων των τραπεζικών συμβάσεων, αφού στα ζητήματα αυτά η ΤτΕ θα έχει αποφασιστική αρμοδιότητα ως προς το ζήτημα της επιβολής κυρώσεων και άρα δεν μπορεί να έχει παράλληλα και γνωμοδοτική και β) η ΤτΕ θα ασκεί την κανονιστική της αρμοδιότητα σε ζητήματα διαφάνειας των όρων των συναλλαγών των πιστωτικών ιδρυμάτων και θα εξακολουθήσει να εκδίδει τις σχετικές πράξεις.

Τούτων δοθέντων και προκειμένου να αποφευχθούν τυχόν αντιφατικές ή αλληλοσυγκρουόμενες ρυθμίσεις εντός της έννομης τάξης, δημιουργούνται επιφυλάξεις σχετικά με την έκταση της δυνατότητας του Υπουργού να ασκεί την κανονιστική αρμοδιότητα του άρθρου 10 παρ. 21 του Ν. 2251/1994 όσον αφορά τα ζητήματα της διαφάνειας των τραπεζικών όρων. Το πρόβλημα αυτό ανακύπτει επειδή ενδεχόμενη άσκηση της κανονιστικής αρμοδιότητας του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης στα ανωτέρω ζητήματα θα μπορούσε να οδηγήσει σε σύγκρουση με ρυθμίσεις των κανονιστικών πράξεων της ΤτΕ για τα ζητήματα αυτά.

Στην περίπτωση που τελικώς υιοθετηθεί η ανωτέρω, υποστηριζόμενη στην παρούσα εργασία θέση, η ΤτΕ θα επιβάλλει τις σχετικές κυρώσεις για την παραβίαση των κανόνων της διαφάνειας, ενώ ο Υπουργός Οικονομίας και Ανάπτυξης θα μπορεί, με βάση το άρθρο 13α του Ν. 2251/1994, να επιβάλλει κυρώσεις σε πιστωτικά ιδρύματα για οποιαδήποτε άλλη παραβίαση των διατάξεων του ανωτέρω νόμου, εκτός από την αδιαφάνεια των όρων των συναλλαγών τους.

ii) Πέραν της προκριθείσας παραπάνω ερμηνευτικής εκδοχής, με βάση κυρίως τη στενή γραμματική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 4 παρ. 11 του Ν. 4261/2014 θα μπορούσε ενδεχομένως να υποστηριχθεί και η άποψη ότι η αρμοδιότητα της ΤτΕ για τη διαφάνεια περιορίζεται στην εξέταση της προσυμβατικής αλλά και της περιοδικής ενημέρωσης προς τους συναλλασσομένους και δεν εκτείνεται σε έλεγχο της διαφάνειας των γενικών όρων των συναλλαγών, που περιέχονται στις συμβάσεις τους. Η αποδοχή αυτής της ερμηνευτικής προσέγγισης της διάταξης θα είχε τις ακόλουθες συνέπειες:

αα) Θα περιόριζε σε σημαντικό βαθμό την προβλεπόμενη στο Καταστατικό της αλλά και στον τραπεζικό νόμο αρμοδιότητα της ΤτΕ για τη διαφάνεια των όρων των συναλλαγών και θα ερχόταν σε αντίθεση με την έως σήμερα υιοθετούμενη διοικητική πρακτική της ΤτΕ, αφού η εποπτική αρχή, προκειμένου να ασκήσει την περί διαφάνειας αρμοδιότητά της, εξετάζει τόσο το περιεχόμενο της προσυμβατικής ενημέρωσης όσο και το περιεχόμενο των όρων των συναλλαγών. Συναφώς σημειώνεται μάλιστα ότι, παρά το γεγονός ότι η ΤτΕ έχει επιβάλει πολυάριθμες έως σήμερα κυρώσεις για παραβάσεις που αφορούν τη διαφάνεια των συμβατικών όρων, η άσκηση της αρμοδιότητας αυτής ουδέποτε αμφισβητήθηκε από τα εποπτευόμενα πιστωτικά ιδρύματα.

ββ) Για τα ίδια βασικά στοιχεία της σύμβασης θα επιβάλλονται ενδεχομένως δύο φορές διοικητικές κυρώσεις: αφενός από την ΤτΕ λόγω αδιαφάνειας των στοιχείων της (προσυμβατικής και περιοδικής) ενημέρωσης και αφετέρου από τον Υπουργό λόγω αδιαφάνειας των όρων οι οποίοι παραβιάζουν τις διατάξεις του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994.

Υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων, η τυχόν «διχοτόμηση» της αρμοδιότητας για την επιβολή κυρώσεων λόγω αδιαφάνειας για τους ίδιους όρους της αυτής σύμβασης, με κριτήριο το αν είναι διατυπωμένοι στο φυλλάδιο της προσυμβατικής ενη-

μέρωσης ή στο κείμενο της σύμβασης, δεν μου φαίνεται επιβεβλημένη από λόγους ουσιαστικής δικαιοσύνης, από τη συστηματική – τελολογική ερμηνεία των διατάξεων ή από τη φύση του πράγματος. Για τους λόγους αυτούς θα μπορούσε να θεωρηθεί τεχνητή και ανεπαρκώς αιτιολογημένη.

γγ) Η ΤτΕ θα μπορεί να ασκεί κανονιστική αρμοδιότητα με βάση την εξουσιοδοτική διάταξη του άρθρου 4 παρ. 11 του Ν. 4261/2014 μόνον όσον αφορά την προσυμβατική και περιοδική ενημέρωση των συναλλασσομένων.

Αντιθέτως, ο Υπουργός Οικονομίας και Ανάπτυξης θα ασκεί την βάσει του άρθρου 10 παρ. 21 του Ν. 2251/1994 κανονιστική αρμοδιότητά του και όσον αφορά αδιαφανείς όρους των συναλλαγών, χωρίς να εμφανίζεται καταρχήν ο κίνδυνος να συγκρούονται οι εκάστοτε αποφάσεις του με ίδιου περιεχομένου κανονιστικές ρυθμίσεις της ΤτΕ.

Σε συνέχεια των προηγούμενων σκέψεων, με βάση το άρθρο 13α του Ν. 2251/1994, ο Υπουργός Οικονομίας και Ανάπτυξης θα επιβάλλει κυρώσεις για οποιαδήποτε παραβίαση των διατάξεων του ανωτέρω νόμου και συνεπώς και σε πιστωτικά ιδρύματα για την αδιαφάνεια των όρων των συναλλαγών τους. Επίσης στο πλαίσιο της εφαρμογής του άρθρου 13α παρ. 6 του Ν. 2251/1994, η ΤτΕ, έχουσα κανονιστική και κυρωτική αρμοδιότητα μόνον περί της διαφάνειας της προσυμβατικής και περιοδικής ενημέρωσης, κατόπιν σχετικού αιτήματος του Γενικού Γραμματέα Καταναλωτή και πριν από την επιβολή κυρώσεων σε πιστωτικά ιδρύματα, θα γνωμοδοτεί περί της διαφάνειας του περιεχομένου των όρων τραπεζικών συναλλαγών υπό την ανωτέρω έννοια.

Όλα τα ανωτέρω ζητήματα που συναρτώνται με την υιοθέτηση καθεμίας από τις προαναφερθείσες απόψεις, οι οποίες μπορούν – πάντως – αμφότερες να υποστηριχθούν με καταρχήν εύλογη επιχειρηματολογία, θα μπορούσαν ενδεχομένως να αποτελέσουν αντικείμενο ρύθμισης ενός Μνημονίου Συνεργασίας μεταξύ της Τράπεζας της Ελλάδος και του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. Το εν λόγω Μνημόνιο λόγω της γραπτής αποτύπωσης της διάκρισης των αρμοδιοτήτων των δύο Αρχών θα συνέβαλε, φρονώ, αποφασιστικά στη σαφήνεια και αποτελεσματικά στην ασφάλεια του δικαίου.

Γ. Καταληκτικές σκέψεις

Η προηγηθείσα ανάπτυξη, η οποία ήταν εκ των πραγμάτων σύντομη, αναμφίβολα δεν ήταν δυνατόν να πραγματευθεί όλες τις επιμέρους πτυχές του ενδιαφέροντος όσο και δυσχερούς ζητήματος της προστασίας της διαφάνειας των τραπεζικών συναλλαγών υπό το πρίσμα της εποπτικής αρμοδιότητας της Τράπεζας της Ελλάδος.

Σε αδρές γραμμές η μελέτη είχε ως στόχο να συνδέσει λειτουργικά το ανωτέρω θέμα με την ευρύτερη προβληματική της αρχής της διαφάνειας στο πλαίσιο της προ-

στασίας των συναλλασσομένων, να προσεγγίσει με συστηματική συνέπεια το περιεχόμενό της εν αναφορά προς τις κείμενες κανονιστικές πράξεις της Τράπεζας της Ελλάδος, να παρουσιάσει με συντομία παραδείγματα ερμηνείας της από το Συμβούλιο της Επικρατείας στο πλαίσιο του διενεργούμενου ελέγχου νομιμότητας των σχετικών κυρωτικών αποφάσεων της Τράπεζας της Ελλάδος και τέλος να οριοθετήσει τελολογικά την περί διαφάνειας αρμοδιότητα της τελευταίας εν αναφορά προς την αντίστοιχη αρμοδιότητα του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού σύμφωνα με το άρθρο 13α παρ. 6 του Ν. 2251/1994.

Εντούτοις, χωρίς να επιδιώκω να υποβαθμίσω την αξία της ενημέρωσης του συναλλασσομένου και την ανάγκη πληροφόρησης και κατανόησης από αυτόν του περιεχομένου των όρων της σύμβασης, όπως διαμορφώνονται και με βάση τους κανόνες του εποπτικού τραπεζικού δικαίου, οι οποίοι εξάλλου δεν εξυπηρετούν μόνον τον σκοπό της προστασίας των συναλλασσομένων, έχω τη γνώμη ότι ουσιαστικότερη συμβολή στην προστασία των συναλλασσομένων με τα πιστωτικά ιδρύματα έχει αναμφίβολα ο εν στενή εννοία διενεργούμενος δικαστικός έλεγχος του περιεχομένου των συμβατικών όρων και η άμεση σύνδεση της αδιαφάνειας με την καταχρηστικότητα του περιεχομένου (κατά την έννοια του άρθρου 2 παρ. 6 και 7 του Ν. 2251/1994) και την εξ αυτού του λόγου ακυρότητα των συμβατικών ρητρών.

Χριστίνα Κ. Λιβαδά*

Η επίδραση των νόμων 3723/2008 και 3864/2010 στην εταιρική διακυβέρνηση των ελληνικών πιστωτικών ιδρυμάτων τα οποία έλαβαν κρατική ενίσχυση

1. Το πλαίσιο αναφοράς

Σε συνέχεια της διεθνούς χρηματοπιστωτικής κρίσης των ετών 2007-2009[1] και στο πλαίσιο της τρέχουσας δημοσιονομικής κρίσης[2] δόθηκαν, όπως είναι γνωστό, σε ελληνικά πιστωτικά ιδρύματα (εφεξής π.ι.) κρατικές ενισχύσεις για την ενίσχυση αρχικά της ρευστότητας και στη συνέχεια της κεφαλαιακής τους επάρκειας. Ειδικότερα, με το ν. 3723/2008 «Ενίσχυση της ρευστότητας της οικονομίας για την αντιμετώπιση των επιπτώσεων της διεθνούς χρηματοπιστωτικής κρίσης και άλλες διατάξεις»[3] παρασχέθηκαν – υπό τις προϋποθέσεις και για το χρονικό διάστημα που ορίστηκαν – κατά περίπτωση:

(i) η δυνατότητα στα π.ι. για αύξηση κεφαλαίου με την έκδοση, κατά παρέκκλιση των καταστατικών τους διατάξεων, προνομιούχων μετοχών οι οποίες θα αναλαμβάνονταν από το Ελληνικό Δημόσιο (άρθρο 1),

(ii) εγγύηση του Ελληνικού Δημοσίου για δάνεια που θα συνάπτονταν με τα π.ι. σχετικά (άρθρο 2), και

(iii) πρόσθετη ενίσχυση μέσω της έκδοσης από τον Ο.Δ.ΔΗ.Χ. τίτλων του Ελληνικού Δημοσίου, οι οποίοι επρόκειτο να χρησιμοποιηθούν για δανεισμό προς τα π.ι. (άρθρο 3)[4].

---

* Λέκτορας Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος.

1 Για τη διεθνή χρηματοπιστωτική κρίση, βλ., ενδεικτικά, *Γκόρτσο* (2011), *Εισαγωγή στο Διεθνές Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο*, σελ. 137-141, *Mülbert* (2009), Corporate Governance of Banks, *EBOR 10*, σελ. 433, *Kirchner* (2010), Institutional Deficits in the International Financial Market Crisis. Combined Effects of Deficits in Corporate Governance and in Financial Reporting, in Grundmann, Haar, Merkt et al., eds., *Festschrift für Klaus Hopt zum 70. Geburstag am 24 August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung*, σελ. 2098-2100, *De Larosière Report* (2009), σελ. 8-15, *Ρόκα* (2009), Η παγκόσμια οικονομική κρίση και μέτρα αντιμετώπισής της, *NoB*, σελ. 241 επ., *Borio* (2008), *The Financial Turmoil of 2007-?: A Preliminary Assessment and Some Policy Considerations*, BIS WP No 251, BIS, March, σελ. 1-13.

2 Για τη δημοσιονομική κρίση, βλ., ενδεικτικά, *Aizenman* (2012), US Banking over two centuries: Lessons for the Eurozone crisis, in Beck, editor, *Banking Union for Europe. Risks and Challenges*, CEPR, *Stephanou* (2013), Building Firewalls: European Responses to the Sovereign Debt Crisis, in Hieronymi and Stephanou, editors, *International Debt: Economic, Financial, Monetary, Political and Regulatory Aspects*, Chapter 4, σελ. 127-158, *Gortsos* (2013), The Impact of the Current Euro Zone Fiscal Crisis on the Greek Banking Sector and the Measures Adopted to Preserve its Stability, in Hieronymi and Stephanou, editors, *International Debt: Economic, Financial, Monetary, Political and Regulatory Aspects*, Chapter 6, σελ. 164 επ., *Hadjiemmanuil* (2015), *Bank Resolution Financing in the Banking Union*, LSE Law, Society and Economy WP 6/2015 (http://ssrn.com/ abstract=2575372), σελ. 6-10.

3 ΦΕΚ Α΄ 250/9.12.2008.

4 Βλ. επίσης *Triantafyllakis* (2010), Moving towards the creation of an exceptional law of financial crisis? The Greek banking sector experience, in Grundmann, Haar, Merkt et al., eds.: *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24 August 2010*, σελ. 2952 επ.

Περαιτέρω, με βάση το πρώτο Μνημόνιο το οποίο υπεγράφη μεταξύ της Ελληνικής Κυβέρνησης, της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας και του Διεθνούς Νομισματικού Ταμείου και κυρώθηκε με το ν. 3845/2010[5], αποφασίστηκε η ίδρυση ενός ανεξάρτητου «Ταμείου Χρηματοπιστωτικής Σταθερότητας», το οποίο θα είχε ως σκοπό τη διαφύλαξη της φερεγγυότητας του χρηματοπιστωτικού συστήματος και την παροχή κεφαλαιακής ενίσχυσης στα πιστωτικά ιδρύματα εφόσον κρινόταν απαραίτητο[6]. Ακολούθως, θεσπίστηκε ο ν. 3864/2010 με τον οποίο ιδρύθηκε το Ταμείο Χρηματοπιστωτικής Σταθερότητας (εφεξής ΤΧΣ)[7].

Δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 2 του εν λόγω νόμου, σκοπός του ΤΧΣ, το οποίο αποτελεί νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, είναι «η συνεισφορά στη διατήρηση της σταθερότητας του ελληνικού τραπεζικού συστήματος, προς χάριν του δημοσίου συμφέροντος». Κατά την παρ. 2 του ίδιου άρθρου, στο πλαίσιο του σκοπού του το Ταμείο, μεταξύ άλλων[8]:

• παρέχει κεφαλαιακή ενίσχυση στα π.ι. σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου αυτού και σε συμμόρφωση με τους κανόνες της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις κρατικές ενισχύσεις,

• παρακολουθεί και αξιολογεί, για τα π.ι. που έχουν λάβει κεφαλαιακή ενίσχυση από το ΤΧΣ, το βαθμό συμμόρφωσης με τα σχέδια αναδιάρθρωσής τους, και

• ασκεί τα δικαιώματα του μετόχου που απορρέουν από τη συμμετοχή του στα π.ι., όπως αυτά ορίζονται στο ν. 3864/2010 και σε συμφωνίες-πλαίσιο που συνάπτει με τα εν λόγω π.ι. για τη ρύθμιση των σχέσεών του με αυτά.

Επισημαίνεται επίσης ότι και στα δύο νομοθετήματα προβλέπεται ρητά η συμπληρωματική εφαρμογή του κ.ν. 2190/1920[9].

Το ειδικό ρυθμιστικό πλαίσιο, στο οποίο εντάσσονται οι ως άνω κρατικές ενισχύσεις σε ευρωπαϊκό επίπεδο αποτελείται από επτά ανακοινώσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (εφεξής Επιτροπή), οι οποίες εκδόθηκαν από την έναρξη της χρηματοπιστωτικής κρίσης μέχρι και το 2013[10] βάσει του άρθρου 107 παρ. 3, στοι-

5 ΦΕΚ Α΄ 65/06.05.2010.

6 Βλ. ν. 3845/2010, ιδίως Παράρτημα ΙΙΙ: Ελλάδα – Μνημόνιο Οικονομικής και Χρηματοπιστωτικής Πολιτικής, παρ. 17-18. Βλ. επίσης *Αυγητίδη, Καραγκουνίδη*, Η συμμετοχή στην ανακεφαλαιοποίηση των πιστωτικών ιδρυμάτων (ν. 3864/2010) υπό το πρίσμα του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου (γνωμ.), *ΧρηΔικ 2/2013*, σελ. 197.

7 ΦΕΚ Α΄ 119/21.7.2010.

8 Για τις λειτουργίες του ΤΧΣ, βλ. *Ρόκα, Γκόρτσο* (2012), *Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου. Δημόσιο & Ιδιωτικό Τραπεζικό Δίκαιο*, σελ. 60, *Psaroudakis* (2014), The Hellenic Financial Stability Fund: The State's Agent in a Banking System Under Restructuring, *RISF 2*, sel. 58-60.

9 Ν. 3723/2008, άρθρο 1 παρ. 5 και ν. 3864/2010, άρθρο 1, τελευταίο εδάφιο.

10 Βλ. *Ευρωπαϊκή Επιτροπή* (2013), Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την εφαρμογή, μετά την 1η Αυγούστου 2013, των κανόνων περί κρατικών ενισχύσεων στα μέτρα στήριξης των τραπεζών στο πλαίσιο της χρηματοπιστωτικής κρίσης («Τραπεζική ανακοίνωση»), ΕΕ C 216/30.7.2013, σελ. 1 επ. Στην υποσημείωση 1 της Ανακοίνωσης αυτής αναφέρονται και οι άλλες έξι Ανακοινώσεις της Επιτροπής, η πρώτη εκ των οποίων εκδόθηκε το 2008. Βλ. αναλυτικά *Μαρίνο* (2015), Κρατικές ενισχύσεις στην οικονομική κρίση και προστασία του ανταγωνισμού – Η πρακτική της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στη διάσωση/εξυγίανση τραπεζικών ιδρυμάτων, *ΧρηΔικ 1*, σελ. 16 επ. και ιδίως 26, *Triantafyllakis* (2010), όπ.π., σελ. 2949-2950, *European Commission* (2011): The effects of temporary State aid rules adopted in the context of the financial and economic crisis, Commission Staff Working Paper, σελ. 25-32.

χείο β) της ΣΛΕΕ, με το οποίο επιτρέπεται η κατ' εξαίρεση χορήγηση ενισχύσεων με σκοπό την άρση σοβαρής διαταραχής της οικονομίας κράτους μέλους.

Με τις Ανακοινώσεις της Επιτροπής προσδιορίζονται οι όροι πρόσβασης σε κρατικές ενισχύσεις και οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται προκειμένου οι τελευταίες να είναι συμβατές με τη ΣΛΕΕ. Πρώτιστος σκοπός του καθιερούμενου πλαισίου είναι, σύμφωνα με την Επιτροπή, η διασφάλιση της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας με την ελαχιστοποίηση παράλληλα των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων και κρατών-μελών στην ενιαία αγορά[11]. Μολονότι οι Ανακοινώσεις αποτελούν ήπιο δίκαιο, ορθά επισημαίνεται ότι «η εν τοις πράγμασι επιρροή τους και de facto δεσμευτικότητα υπήρξε και είναι ακόμα λόγω της αποκλειστικής αρμοδιότητάς της [Επιτροπής] επί κανόνων κρατικών ενισχύσεων υψηλή»[12].

Κοινό τόπο όλων των ανωτέρω ρυθμίσεων αποτελεί ο προσωρινός τους χρονικά χαρακτήρας, καθώς λόγω της κατ' εξαίρεση θέσπισής τους, διαρκούν για συγκεκριμένο εκ των προτέρων προσδιορισμένο χρονικό διάστημα, το οποίο μπορεί να παρατείνεται μεν, αλλά υπό προϋποθέσεις και αυστηρά μόνο για όσο διαρκούν οι εξαιρετικές περιστάσεις που δικαιολογούν τη λήψη των έκτακτων μέτρων[13]. Ο προσωρινός χαρακτήρας των κρατικών ενισχύσεων αναφέρεται στις Ανακοινώσεις της Επιτροπής[14], τα μέτρα ενίσχυσης του ν. 3723/2008 είχαν εξαρχής συγκεκριμένη χρονική διάρκεια και το ίδιο ίσχυσε για όλες τις παρατάσεις που δόθηκαν. Επίσης, η διάρκεια του ΤΧΣ έχει οριστεί μέχρι το έτος 2020 με δυνατότητα παράτασης με Απόφαση του Υπουργού Οικονομικών, εφόσον κριθεί αναγκαίο για την εκπλήρωση των σκοπών του[15].

Ο αναμφισβήτητα εξαιρετικός χαρακτήρας των εν λόγω διατάξεων[16] σε καμία περίπτωση δεν συνεπάγεται πάντως, όπως ορθά επισημαίνεται, το ανέλεγκτο της συμβατότητάς τους με το Σύνταγμα και το ευρωπαϊκό δίκαιο και υπό την έννοια αυτή, κρίνεται αναγκαία η εξέταση των διατάξεων του ν. 3723/2008 και του ν. 3864/2010 μέσα από αυτό το πρίσμα[17].

---

11 Βλ. *Ευρωπαϊκή Επιτροπή* (2013), όπ.π., παρ. 2 και παρ. 7 επ. Βλ. επίσης *Μαρίνο* (2015), όπ.π., σελ. 17.

12 Βλ. *Μαρίνο* (2015), όπ.π., σελ. 17, 25, *Παπαδοπούλου* (2012), *Το ήπιο δίκαιο στην έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, ιδίως σελ. 87-95, 133-136.

13 Βλ. *Μαρίνο* (2015), όπ.π, σελ. 16, *Βερβεσό* (2015), Κρατική συμμετοχή σε επιχειρήσεις και ενωσιακό δίκαιο, *ΧρηΔικ 1*, σελ. 46.

14 Βλ., ενδεικτικά, *Ευρωπαϊκή Επιτροπή* (2009), Ανακοίνωση της Επιτροπής – Η ανακεφαλαιοποίηση των χρηματοπιστωτικών οργανισμών στο πλαίσιο της τρέχουσας χρηματοπιστωτικής κρίσης: περιορισμός των ενισχύσεων στο ελάχιστο απαραίτητο και διασφαλίσεις έναντι αδικαιολόγητων στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, ΕΕ C 10/15.1.2009, σελ. 2 επ., παρ. 11, *Ευρωπαϊκή Επιτροπή* (2011), Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την εφαρμογή, μετά την 1η Ιανουαρίου 2012, των κανόνων περί κρατικών ενισχύσεων στα μέτρα στήριξης των τραπεζών εντός του πλαισίου της χρηματοπιστωτικής κρίσης, ΕΕ C 356/6.12.2011, σελ. 7 επ., παρ. 11.

15 Ν. 3864/2010, άρθρο 2 παρ. 6.

16 Βλ. *Triantafyllakis* (2010), όπ.π., σελ. 2948.

17 Βλ. ιδίως *Βερβεσό* (2015), όπ.π., σελ. 46-47, *Περάκη* (2008), *Αντικοινοτικές διατάξεις στο σχέδιο νόμου για την «ενίσχυση της ρευστότητας της οικονομίας για την αντιμετώπιση των επιπτώσεων της διεθνούς οικονομικής κρίσης* (http://www.syneemp.gr?pgtp=1&aid=1226327118), *Triantafyllakis* (2010), όπ.π., σελ. 2950, *Wymeersch* (2010), Shareholder(s) matter(s), in Grundmann, Haar, Merkt et al., eds., *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24 August 2010*, σελ. 1589.

Αντικείμενο του παρόντος άρθρου αποτελεί η εξέταση της επίδρασης των δύο αυτών νομοθετημάτων στην εταιρική διακυβέρνηση των ελληνικών π.ι., τα οποία έλαβαν κρατική ενίσχυση και, συγκεκριμένα στο διοικητικό συμβούλιό τους (εφεξής δ.σ.). Προς το σκοπό αυτό:

• παρουσιάζονται οι διατάξεις του ν. 3723/2008 και του ν. 3864/2010 για τη συμμετοχή στο δ.σ. εκπροσώπων του Ελληνικού Δημοσίου και του ΤΧΣ (υπό 2)[18],

• εξετάζεται το ειδικότερο περιεχόμενο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων των εν λόγω εκπροσώπων (υπό 3), και

• τέλος, εξετάζονται οι πρόσφατες διατάξεις για την αξιολόγηση των μελών του δ.σ. από το ΤΧΣ (υπό 4).

2. Η συμμετοχή στο δ.σ. των πιστωτικών ιδρυμάτων που έλαβαν κρατική ενίσχυση εκπροσώπων του Ελληνικού Δημοσίου και του ΤΧΣ

2.1 Ο εκπρόσωπος του Ελληνικού Δημοσίου (ν. 3723/2008)

Οι προνομιούχες μετοχές του άρθρου 1 και οι εγγυήσεις του Ελληνικού Δημοσίου του άρθρου 2 του ν. 3723/2008 παρέχουν στο Ελληνικό Δημόσιο το δικαίωμα συμμετοχής του στο δ.σ. του π.ι. το οποίο έλαβε τις εν λόγω ενισχύσεις, μέσω εκπροσώπου του[19]. Στον εκπρόσωπο, ο οποίος «δύναται να ορίζεται ως πρόσθετο μέλος του διοικητικού συμβουλίου» παρέχεται[20] για όσο χρονικό διάστημα διαρκούν οι κρατικές ενισχύσεις δικαίωμα αρνησικυρίας στη λήψη αποφάσεων του δ.σ. με στρατηγικό χαρακτήρα ή αποφάσεων με τις οποίες μεταβάλλεται ουσιωδώς η νομική ή χρηματοοικονομική κατάσταση του π.ι. και για την έγκρισή τους απαιτείται απόφαση της γενικής συνέλευσης των μετόχων, ή απόφασης για τη διανομή μερισμάτων και την πολιτική παροχών προς τα μέλη του δ.σ., καθώς και τους γενικούς διευθυντές και

18 Διαφορετικό είναι το ζήτημα του διορισμού στα σημαντικά π.ι. «εντολοδόχου παρακολούθησης» (monitoring trustee) με βάση την παρεχόμενη σχετικά δυνατότητα από την Ανακοίνωση της Επιτροπής του 2013. Ο εντολοδόχος παρακολούθησης παρακολουθεί τη συμμόρφωση του ωφελούμενου π.ι. με τις προϋποθέσεις και τις απαιτήσεις που πρέπει να πληρούνται για την έγκριση της κρατικής ενίσχυσης (βλ. *Ευρωπαϊκή Επιτροπή* (2013), όπ.π., παρ. 88). Βλ. επίσης *European Commission* (2011): The effects of temporary State aid rules adopted in the context of the financial and economic crisis, Commission Staff Working Paper, σελ. 32. Η δυνατότητα αυτή χρησιμοποιήθηκε στην Ελλάδα περί τα μέσα Ιανουαρίου του 2013 και μέχρι τη λήξη της περιόδου αναδιάρθρωσης σε όλα τα σημαντικά ελληνικά π.ι., τα οποία ανακεφαλαιοποιήθηκαν (βλ. Greece: Memorandum of Economic and Financial Policies (MEFP) of the Second Adjustment Programme for Greece between the Greek Government, the European Union, the International Monetary Fund (IMF) and the European Central Bank (ECB) in the context of the First Review under the Extended Fund Facility for Greece, 21 December 2012, σελ. 12, 15 και 101-102). Βλ. επίσης *Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004*, OJ C 267/22.10.2008, σελ. 1 επ., παρ. 117-120, *Μαρίνο* (2015), όπ.π., σελ. 25. Ο *monitoring trustee* δεν συμμετέχει ως μέλος στο δ.σ., παρακολουθεί όμως τις συνεδριάσεις ορισμένων επιτροπών του με το καθεστώς του παρατηρητή και συμμετέχει στις επιτροπές πιστοδοτήσεων και αναδιαρθρώσεων.

19 Ν. 3723/2008, άρθρο 1 παρ. 3 και άρθρο 2 παρ. 2, αντίστοιχα.

20 Ν. 3723/2008, άρθρο 1 παρ. 3.

τους αναπληρωτές τους, με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών, ή εφόσον κρίνει ότι η απόφαση αυτή δύναται να θέσει σε κίνδυνο τα συμφέροντα των καταθετών ή να επηρεάσει ουσιωδώς τη φερεγγυότητα και την εύρυθμη λειτουργία του πιστωτικού ιδρύματος[21].

Η διατύπωση της συγκεκριμένης διάταξης είναι ασαφής τόσο ως προς το εύρος των κατηγοριών αποφάσεων που καταλαμβάνει όσο και σε σχέση με την αναφορά σε απόφαση του Υπουργού Οικονομικών η οποία δεν είναι ξεκάθαρο τι αφορά. Με βάση την αρχική διατύπωση της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3723/2008, το δικαίωμα αρνησικυρίας του εκπροσώπου του Ελληνικού Δημοσίου ήταν πιο περιορισμένο. Συγκεκριμένα, αφορούσε αποφάσεις σχετικά με τη διανομή κερδών και την πολιτική παροχών προς τα μέλη του δ.σ., τους γενικούς διευθυντές και τους αναπληρωτές τους υπό την προϋπόθεση της σημαντικότητας των επιπτώσεών τους στα συμφέροντα των καταθετών και τη φερεγγυότητα και την εύρυθμη λειτουργία του πιστωτικού ιδρύματος.

Με την τροποποίηση της εν λόγω διάταξης το 2011[22] φαίνεται ότι το δικαίωμα αρνησικυρίας καταλαμβάνει δύο κατηγορίες αποφάσεων του δ.σ. και συγκεκριμένα εκτός από αυτές για την πολιτική παροχών κατά τα προαναφερθέντα, και εκείνες που έχουν στρατηγικό χαρακτήρα ή με τις οποίες μεταβάλλεται ουσιωδώς η νομική ή χρηματοοικονομική κατάσταση του π.ι. και για την έγκρισή τους απαιτείται απόφαση της συνέλευσης των μετόχων.

Περαιτέρω, δεν προσδιορίζονται ειδικότερα τα κριτήρια βάσει των οποίων αποφασίζεται πότε μια απόφαση του δ.σ. δύναται να θέσει σε κίνδυνο τα συμφέροντα των καταθετών ή να επηρεάσει ουσιωδώς τη φερεγγυότητα και την εύρυθμη λειτουργία του π.ι. με αποτέλεσμα να αφήνεται σημαντική διακριτική ευχέρεια στον εκπρόσωπο[23]. Η άσκηση του δικαιώματος προϋποθέτει σε κάθε περίπτωση ότι ο εκπρόσωπος διαθέτει τις γνώσεις, την εμπειρία και τις δεξιότητες εκείνες που του επιτρέπουν να προβαίνει σε τέτοιες αξιολογήσεις και η κρίση του δεν θα πρέπει να είναι υποκειμενική, αλλά είναι ορθό να μπορεί να τεκμηριώνεται με χρηματοοικονομικά ή και εποπτικά κριτήρια σύμφωνα με τα διεθνώς ισχύοντα.

Ακολούθως, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 1, ο εκπρόσωπος του Ελληνικού Δημοσίου έχει δικαίωμα ελεύθερης πρόσβασης στα βιβλία και στοιχεία, στις εκθέσεις αναδιάρθρωσης και βιωσιμότητας, στα σχέδια για μεσοπρόθεσμες ανάγκες χρηματοδότησης του π.ι., καθώς επίσης και σε στοιχεία που αφορούν το επίπεδο παροχής χορηγήσεων στην πραγματική οικονομία[24].

Συνοψίζοντας, ο εκπρόσωπος του Ελληνικού Δημοσίου ως μέλος του δ.σ. του ωφελούμενου π.ι. έχει μεν τα ίδια δικαιώματα και τις ίδιες υποχρεώσεις με τα λοιπά

21 Επίσης, με βάση την παρ. 3 του άρθρου 1, ο εκπρόσωπος έχει δικαίωμα αρνησικυρίας κατά τη συζήτηση και λήψη απόφασης στη γενική συνέλευση αναφορικά με τα ως άνω θέματα.

22 Ν. 3965/2011, άρθρο 19 παρ. 3, ΦΕΚ Α 113/18.5.2011.

23 Βλ. και *Nestor, Khalilulina* (2012), Governance issues in Greek bank recapitalizations, *ΧρηΔικ 3*, σελ. 343.

24 Βλ. αναλυτικά κατωτέρω, υπό 3.2.

μέλη του δ.σ., βάσει της εταιρικής νομοθεσίας[25], αλλά έχει επίσης και ορισμένα επιπλέον ειδικά δικαιώματα υπό τις προϋποθέσεις που ορίζονται σχετικά[26].

Κατ' ακριβολογία, πρόκειται για την παροχή ορισμένων πρόσθετων δικαιωμάτων σε σχέση με αυτά που έχουν τα λοιπά μέλη του δ.σ. και όχι για ειδικά δικαιώματα με την έννοια ότι διαθέτει αποκλειστικά και μόνο αυτά. Τούτο είναι επίσης συνεπές με τη ρητή πρόβλεψη για τη συμπληρωματική εφαρμογή του κ.ν. 2190/1920, η οποία, σε διαφορετική περίπτωση, θα στερείτο νοήματος. Περαιτέρω, λόγω ακριβώς του ειδικού χαρακτήρα τους τα δικαιώματα αυτά θα πρέπει να ασκούνται σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας και κατά τρόπο συσταλτικό.

Το γεγονός ότι τα ειδικά δικαιώματα, τα οποία διαθέτει το Ελληνικό Δημόσιο υπαγορεύθηκαν από το δημόσιο συμφέρον και την επιτακτική ανάγκη διασφάλισης της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας δεν σημαίνει πάντως ότι ο εκπρόσωπός του λειτουργεί αυτοτελώς εντός του δ.σ. με γνώμονα το συμφέρον του Δημοσίου. Αντίστοιχα, η διασφάλιση της σταθερότητας δεν προβλέπεται *per se* ως υποχρέωση του δ.σ. του π.ι. Δεν μπορεί συνεπώς να θεωρηθεί ερμηνευτικά ότι αποτελεί καθήκον του ίδιου του οργάνου ή μελών του[27]. Αντίθετα, η διασφάλιση της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας αποτελεί καθήκον των αρμοδίων, κατά περίπτωση, εποπτικών αρχών, οι οποίες έχουν υιοθετήσει συγκεκριμένους κανόνες προς το σκοπό αυτό και σε περίπτωση παραβίασής τους επιβάλλουν τις προβλεπόμενες σχετικά κυρώσεις[28].

Συνεπώς, σε ό,τι αφορά το καθήκον πίστης, ο εκπρόσωπος του Ελληνικού Δημοσίου δεσμεύεται να προωθεί το εταιρικό συμφέρον, να επιδιώκει τον εταιρικό σκοπό και να παραλείπει κάθε πράξη που θα μπορούσε να βλάψει τα συμφέροντα της εταιρείας ιδίως προτάσσοντας τα προσωπικά του συμφέροντα ή συμφέροντα τρίτων προσώπων έναντι του εταιρικού συμφέροντος[29]. Τούτο σημαίνει περαιτέρω ότι δεν μπορεί να δέχεται εντολές ή να προβαίνει σε πράξεις που έρχονται σε αντίθεση με τον εταιρικό σκοπό και το εταιρικό συμφέρον. Ακόμη δε και σε σχέση με το δικαίωμα αρνησικυρίας το οποίο διαθέτει, κατά τα προαναφερθέντα, δεν νομιμοποιείται να λάβει απόφαση που είναι αντίθετη στη βούληση της πλειοψηφίας, αλλά μόνο

25 Έχει δηλαδή, μεταξύ άλλων, δικαίωμα πληροφόρησης και ενημέρωσης, συμμετοχής στη λήψη αποφάσεων και, ταυτόχρονα, δεσμεύεται από το καθήκον πίστης, το καθήκον επιμέλειας και τα επιμέρους καθήκοντα που απορρέουν εντεύθεν.

26 Βλ. ωστόσο *Nestor, Khalilulina* (2012), όπ.π., σελ. 344, σύμφωνα με τους οποίους: "The fact that most Greek banks chose to make this representative a full board member by asking their AGMs to elect them is, in my view, of dubious legality and was not part of legal requirements". Βλ. όμως επίσης *Wymeersch* (2010), σελ. 1591, σύμφωνα με τον οποίο στους εκπροσώπους του κράτους στο πλαίσιο διάσωσης π.ι. εφαρμόζονται οι ισχύοντες κανόνες εταιρικής διακυβέρνησης του ευρωπαϊκού δικαίου.

27 Βλ. *Mülbert, Citlau* (2011), The Uncertain Role of Banks' Corporate Governance in Systemic Risk Regulation, *ECGI Law Working Paper No 179/2011*, (http://ssrn.com/abstract_id=1885866), σελ. 33-34, *Μικρουλέα* (2013), *Όρια δράσης και ευθύνη των εταιρικών διοικητών*, σελ. 383 και *την ίδια* (2014), Οι διατάξεις του νέου ρυθμιστικού πλαισίου για την εταιρική διακυβέρνηση των πιστωτικών ιδρυμάτων (Ν 4261/2014 – CRD IV), *ΧρηΔικ*, σελ. 33-34, *Λιβαδά* (2016), Το ΔΣ της Ανώνυμης Εταιρείας και οι Κανόνες Εταιρικής Διακυβέρνησης. Η επίδραση του θετικού δικαίου, σελ. 164.

28 Βλ. *Λιβαδά* (2016), σελ. 164. Βλ. επίσης ενδεικτικά, Καταστατικό Τράπεζας της Ελλάδος, έκδοση Ι΄, 2013, άρθρο 55Α.

29 Βλ. *Wymeersch* (2010), όπ.π., σελ. 1591-1592.

να παρεμποδίσει τη λήψη απόφασης, εφόσον θεωρεί ότι η απόφαση αυτή εντάσσεται στις περιπτώσεις στις οποίες ο νόμος του παρέχει το δικαίωμα αυτό.

2.2 Ο εκπρόσωπος του ΤΧΣ (ν. 3864/2010)

Παρεμφερείς, αλλά σαφώς πιο διεξοδικές ρυθμίσεις και με αρκετές διαφοροποιήσεις, είναι οι διατάξεις που διέπουν τη συμμετοχή του ΤΧΣ με την ιδιότητά του ως μετόχου στο δ.σ. των π.ι., στα οποία έχει χορηγήσει κεφαλαιακή ενίσχυση. Το εν λόγω πλαίσιο καθορίζεται ιδίως από το ν. 3864/2010 και τη σύμβαση συνεργασίας μεταξύ των ελληνικών πιστωτικών ιδρυμάτων και του ΤΧΣ[30].

Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι το ΤΧΣ εκπροσωπείται με ένα μέλος του στο δ.σ. π.ι. το οποίο λαμβάνει κεφαλαιακή ενίσχυση κατά τα προβλεπόμενα στο ν. 3864/2010[31]. Το ειδικό αυτό δικαίωμα, όπως επίσης και τα λοιπά ειδικά δικαιώματα τα οποία ορίζεται ότι διαθέτει το ΤΧΣ σύμφωνα με το άρθρο 10 του ν. 3864/2010, παρέχουν στο ΤΧΣ οι κοινές μετοχές και οι υπό αίρεση μετατρέψιμες ομολογίες οι οποίες εκδίδονται στο πλαίσιο της συμμετοχής του στην αύξηση μετοχικού κεφαλαίου του π.ι.-αποδέκτη της κεφαλαιακής ενίσχυσης κατά το άρθρο 7 του ν. 3864/2010[32].

Ο εκπρόσωπος του ΤΧΣ συμμετέχει, όπως και στην περίπτωση του εκπροσώπου του Ελληνικού Δημοσίου βάσει του ν. 3723/2008, ως μέλος στο δ.σ. του π.ι. με τα ακόλουθα δικαιώματα σύμφωνα με το ν. 3864/2010[33]:

(α) Το δικαίωμα να ζητεί τη σύγκληση των οργάνων του π.ι., δηλαδή της γενικής συνέλευσης των μετόχων ή του δ.σ.[34].

(β) Το δικαίωμα αρνησικυρίας στη λήψη οποιασδήποτε απόφασης του δ.σ. του π.ι., η οποία:

(i) είναι σχετική με τη διανομή μερισμάτων και την πολιτική παροχών και πρόσθετων απολαβών (bonus) προς τα μέλη του δ.σ., όσους έχουν τη θέση και εκτελούν καθήκοντα γενικού διευθυντή, καθώς και για τους αναπληρωτές τους, ή

(ii) δύναται να θέσει σε κίνδυνο τα συμφέροντα των καταθετών ή να επηρεάσει σοβαρά τη ρευστότητα ή τη φερεγγυότητα ή την εν γένει συνετή και εύρυθμη λει-

30 Πρόκειται για τη «συμφωνία-πλαίσιο», η σύναψη της οποίας προβλέπεται στο άρθρο 6 παρ. 4 του ν. 3864/2010. Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 του ίδιου νόμου, στο πλαίσιο του σκοπού του το Ταμείο «ζ) Συνάπτει συμφωνίες – πλαίσιο ή τροποποιεί συμφωνίες – πλαίσιο, σύμφωνα με την παράγραφο 4 του άρθρου 6, για τη ρύθμιση των σχέσεων του με όλα τα πιστωτικά ιδρύματα τα οποία λαμβάνουν ή έχουν λάβει χρηματοδοτική διευκόλυνση από το Ευρωπαϊκό Ταμείο Χρηματοπιστωτικής Σταθερότητας (ΕΤΧΣ) και τον Ευρωπαϊκό Μηχανισμό Σταθερότητας (ΕΜΣ) προκειμένου να εξασφαλισθεί η εφαρμογή των σκοπών και των δικαιωμάτων του, συμπεριλαμβανομένων των ειδικών δικαιωμάτων του άρθρου 10, για όσο χρόνο το Ταμείο κατέχει μετοχές ή άλλα κεφαλαιακά μέσα ή παρακολουθεί το σχέδιο αναδιάρθρωσης των ανωτέρω πιστωτικών ιδρυμάτων». Βλ. *Relationship Framework Agreement [εφεξής RFA] between the HFSF and [Bank]*, 2015 (http://www.hfsf.gr/el/agreements.htm). Βλ. επίσης *Αυγητίδη, Καραγκουνίδη* (2012), όπ.π., σελ. 197-199.

31 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 2.

32 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 1.

33 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 2, 4.

34 Βλ. επίσης, ειδικότερα, *RFA*, 2015, άρθρο 3.3f)i-iii).

τουργία του π.ι. (όπως η επιχειρηματική στρατηγική, η διαχείριση στοιχείων ενεργητικού – παθητικού κλπ.)[35], ή

(iii) αφορά εταιρικές πράξεις της παρ. 3 του άρθρου 7α του ν. 3864/2010 και δύναται να επηρεάσει σημαντικά τη συμμετοχή του ΤΧΣ στο μετοχικό κεφάλαιο του π.ι.[36].

(γ) Το δικαίωμα να ζητεί την αναβολή επί τρεις εργάσιμες ημέρες της συνεδρίασης του δ.σ. του π.ι., προκειμένου να λάβει οδηγίες από την Εκτελεστική Επιτροπή του ΤΧΣ. Το δικαίωμα αυτό μπορεί να ασκηθεί έως το πέρας της συνεδρίασης του δ.σ. του π.ι.

(δ) Το δικαίωμα να εγκρίνει τον Οικονομικό Διευθυντή του π.ι.

Σε σχέση με τον τρόπο άσκησης των δικαιωμάτων του προβλέπεται ρητά ότι ο εκπρόσωπος του ΤΧΣ αφενός μεν, οφείλει να λαμβάνει υπόψη την επιχειρησιακή αυτονομία του π.ι. στο δ.σ. του οποίου συμμετέχει[37] και αφετέρου, δεσμεύεται από τις υποχρεώσεις αποφυγής σύγκρουσης συμφερόντων και πίστης, οι οποίες ισχύουν κατά το άρθρο 16Β για τα μέλη του Γενικού Συμβουλίου, της Εκτελεστικής Επιτροπής και το προσωπικό του ΤΧΣ[38].

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 16Β του ν. 3864/2010, ο εκπρόσωπος του ΤΧΣ στα δ.σ. π.ι. που λαμβάνουν κεφαλαιακή ενίσχυση έχει υποχρέωση πίστης στο ΤΧΣ υπό την έννοια ότι, μεταξύ άλλων:

• οφείλει να προκρίνει τα συμφέροντα του ΤΧΣ έναντι των ιδίων αυτού συμφερόντων,

• υποχρεούται να αποφεύγει κάθε περίπτωση κατά την οποία μπορεί να προκύψει σύγκρουση συμφερόντων[39] που μπορεί να επηρεάσει ή φαίνεται ότι επηρεάζει την αμερόληπτη και αντικειμενική εκτέλεση των καθηκόντων του, και

• οφείλει να γνωστοποιεί στο Γενικό Συμβούλιο τυχόν σημαντικά οικονομικά συμφέροντα τα οποία έχει το ίδιο ή τα πρόσωπα που ορίζονται σχετικά στο ίδιο άρθρο.

Κατά μία άποψη, η καθιερούμενη αυτή υποχρέωση έρχεται σε αντίθεση με το καθήκον πίστης που απορρέει από την εταιρική νομοθεσία[40]. Από την άλλη πλευρά, το καθήκον πίστης, όπως αποτυπώνεται στη συγκεκριμένη διάταξη, δεν συνδέεται με την εταιρεία, αλλά με το καθήκον του εκπροσώπου έναντι του ΤΧΣ κατά την εκπλήρωση των αρμοδιοτήτων του. Δηλαδή, ο εκπρόσωπός του οφείλει να εκπληρώνει τα καθήκοντά του προτάσσοντας τα συμφέροντα του ΤΧΣ έναντι των προσωπικών του συμφερόντων, εξακολουθεί όμως να δεσμεύεται από το καθήκον πίστης έναντι του π.ι. ως μέλος του δ.σ. του. Σε περίπτωση συνεπώς που λάβει εντολές οι οποίες έρχονται σε αντίθεση με τον εταιρικό σκοπό, θα πρέπει να υπερισχύσει το καθήκον πί-

35 Για την αοριστία του περιεχομένου της εν λόγω διάταξης, βλ. ανωτέρω, υπό 2.1.
36 Βλ. επίσης *RFA*, 2015, άρθρο 3.3c).
37 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 2, τελευταίο εδάφιο.
38 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 2.
39 Για την έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων για τους σκοπούς της διάταξης αυτής, βλ. ν. 3864/2010, άρθρο 16Β παρ. 2.
40 Βλ. *Nestor, Khalilulina* (2012), όπ.π., σελ. 344.

στης που έχει έναντι του π.ι.. Άλλωστε, στην περίπτωση αυτή, δεν θα πρόκειται για παραβίαση του καθήκοντος πίστης έναντι του ΤΧΣ, διότι δεν θα προτάξει τα προσωπικά του συμφέροντα, αλλά εκείνα του π.ι..

Τα πράγματα περιπλέκονται ωστόσο, αν η διάταξη αυτή ερμηνευθεί συνδυαστικά με εκείνη του άρθρου 10 παρ. 2 γ) του ν. 3864/2010, κατά την οποία, ο εκπρόσωπος του ΤΧΣ έχει το δικαίωμα να ζητά την αναβολή επί τρεις (3) εργάσιμες ημέρες της συνεδρίασης του δ.σ. του π.ι., προκειμένου να λάβει οδηγίες από την Εκτελεστική Επιτροπή του ΤΧΣ. Εν προκειμένω, πράγματι, το καθήκον πίστης του εκπροσώπου του ΤΧΣ φαίνεται να υπερισχύει του καθήκοντος πίστης που έχει ο ίδιος έναντι της εταιρείας, εφόσον υπάρχει σύγκρουση μεταξύ τους. Όπως έχει προαναφερθεί άλλωστε, βάσει του άρθρου 1 του ν. 3864/2010, οι διατάξεις του κ.ν. 2190/1920 εφαρμόζονται συμπληρωματικά με αυτόν, εφόσον δεν έρχονται σε αντίθεση με τις διατάξεις και τους στόχους του ν. 3864/2010.

Από την άλλη πλευρά, στο τέλος της ίδιας ως άνω διάταξης ορίζεται ότι «Κατά την άσκηση των δικαιωμάτων του, ο εκπρόσωπος του Ταμείου στο Διοικητικό Συμβούλιο, λαμβάνει υπόψη του την επιχειρηματική αυτονομία του πιστωτικού ιδρύματος». Η διάταξη αυτή δεν είναι σαφής, υπό την έννοια ότι θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι παραπέμπει στο καθήκον προστασίας των απορρήτων της επιχείρησης, χωρίς ωστόσο αυτό να προκύπτει ξεκάθαρα. Θα μπορούσε όμως επίσης, και μάλιστα πειστικότερα, να υποστηριχθεί ότι συνδέεται με την έννοια του εταιρικού συμφέροντος στο βαθμό που η επιχειρηματική αυτονομία αποσκοπεί, μεταξύ άλλων, στη διασφάλιση του εταιρικού συμφέροντος. Αν γίνει δεκτή η δεύτερη εκδοχή, ο εκπρόσωπος του ΤΧΣ στο δ.σ. του π.ι. θα πρέπει, κάθε φορά που τίθεται θέμα αντίθεσης του συμφέροντος της εταιρείας με εκείνο του ΤΧΣ, να σταθμίζει κατά πόσο το συμφέρον του ΤΧΣ υπηρετεί το υπέρτερο δημόσιο συμφέρον και μόνο τότε να προτάσσει αυτό έναντι του εταιρικού συμφέροντος[41].

Τέλος, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 10 του ν. 3864/2010, το ΤΧΣ έχει για τους σκοπούς του νόμου αυτού ελεύθερη πρόσβαση στα βιβλία και στοιχεία του π.ι. με στελέχη ή συμβούλους της επιλογής του. Κατά τη διατύπωση της εν λόγω διάταξης πριν από την πρόσφατη τροποποίησή της με το ν. 4340/2015, δικαίωμα ελεύθερης πρόσβασης προβλεπόταν μόνο για τον εκπρόσωπο του ΤΧΣ στο δ.σ. του π.ι. Συνεπώς, το προσωπικό πεδίο εφαρμογής της διάταξης διευρύνθηκε υπό την έννοια ότι προβλέπεται ρητά η δυνατότητα πρόσβασης και μέσω άλλων ενδεχομένως προσώπων επιλογής του ΤΧΣ. Επίσης, παρά το γεγονός ότι δεν ορίζεται ρητά, από το

41 Σε κάθε περίπτωση, έμφαση δίνεται στην αυτονομία του ίδιου του ΤΧΣ και στη λειτουργία του κατά τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας. Βλ. ν. 3864/2010, άρθρα 1 και 16Α παρ. 1, *Psaroudakis* (2014), όπ.π., σελ. 61, ο οποίος επισημαίνει αναφερόμενος στα όργανα του ΤΧΣ ότι "These decision-making bodies are independent from the State (with the exception of the Minister's Representative in the General Council), which may issue no directions to them, as can be derived from the reference to the HFSF's "administrative autonomy" as set out in art. 1 of the HFSF Law;", όπως επίσης και ότι το ΤΧΣ: "carries out this purpose solely by private law means and does not exercise public authority; thus, its decisions are not administrative acts and are not challengeable as such".

συνδυασμό των σχετικών διατάξεων και ιδίως των άρθρων 5 παρ. 3, 11 και 16Β, συνάγεται η υποχρέωση εχεμύθειας στο πλαίσιο των ως άνω διατάξεων.

Στο δίκαιο της ανώνυμης εταιρείας, το δικαίωμα ατομικής πληροφόρησης του μετόχου εισήχθη, όπως είναι γνωστό, στον κ.ν. 2190/1920 με το ν. 3604/2007[42] και αφορά το δικαίωμα του αιτούντος μετόχου να λάβει από το δ.σ. συγκεκριμένες πληροφορίες για τις υποθέσεις της εταιρείας, στο μέτρο που αυτές είναι χρήσιμες για την πραγματική εκτίμηση των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης της γενικής συνέλευσης, υπό τις προϋποθέσεις που τάσσει η διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 39 του κ.ν. 2190/1920[43]. Το δικαίωμα πρόσβασης του ΤΧΣ[44] αν και ευρύτερο από το ατομικό δικαίωμα ενημέρωσης του μετόχου του κ.ν. 2190/1920, εκτιμούμε ότι θα πρέπει να εφαρμόζεται εστιάζοντας στις ανάγκες ενημέρωσης του ΤΧΣ ως μετόχου, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη την ιδιαίτερα αόριστη διατύπωση της προαναφερθείσας διάταξης περί πρόσβασης του ΤΧΣ στα βιβλία και στοιχεία του π.ι., τη συμμετοχή του εκπροσώπου του ΤΧΣ στο δ.σ. και την ενημέρωσή του, συνεπώς, σε επίπεδο δ.σ., και τη συμπληρωματική εφαρμογή του κ.ν. 2190/1920.

3. Ειδικά θέματα

3.1. Το δικαίωμα αρνησικυρίας και η συμβατότητα των δικαιωμάτων του Ελληνικού Δημοσίου με το ευρωπαϊκό δίκαιο

Το δικαίωμα αρνησικυρίας, το οποίο διαθέτουν οι εκπρόσωποι του Ελληνικού Δημοσίου και του ΤΧΣ, συνίσταται στη δυνατότητα των κατόχων του να παρεμποδίζουν τη λήψη έγκυρης απόφασης από το δ.σ., εφόσον διαφωνούν με αυτήν. Με άλλα λόγια, προϋπόθεση για τη λήψη έγκυρης απόφασης του δ.σ. του ωφελούμενου π.ι. αποτελεί η αποδοχή της από τους εκπροσώπους του Ελληνικού Δημοσίου και του ΤΧΣ, κατά περίπτωση[45].

Παρά το γεγονός ότι το δικαίωμα αρνησικυρίας συνιστά διάσπαση στην αρχή της συλλογικής δράσης του δ.σ., είναι συμβατό με το ελληνικό δίκαιο περί ανωνύμων εταιρειών, στο βαθμό που, όπως είναι γνωστό, στην αρχή αυτή γίνονται δεκτές και προβλέπονται στον ίδιο τον κ.ν. 2190/1920 μια σειρά από εξαιρέσεις, όπως, ενδει-

42 Κ.Ν. 2190/1920, άρθρο 39 παρ. 4.

43 Βλ. αναλυτικά *Μαρίνο* (2009), Το ατομικό δικαίωμα πληροφόρησης του μετόχου, εις *Ζητήματα από το νέο δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας* (επιμ. Μ.Θ. Μαρίνος), σελ. 267-315, *Αθανασίου* (2010), *Μέτοχοι και εταιρική εποπτεία*, σελ. 329-340, *Δρακόπουλο* (2010), άρθρο 39, εις *Το δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρίας* (επιμ. Ε. Περάκης), σελ. 1515-1528, *Παναγιωτοπούλου* (2013), άρθρο 39, *εις Ανώνυμες Εταιρίες* (επιστ. διεύθ. Β. Γ. Αντωνόπουλος, Σπ. Μούζουλας), Τόμος ΙΙ, σελ. 1050-1056.

44 Για το δικαίωμα πρόσβασης του εκπροσώπου του ΤΧΣ στο δ.σ., βλ. κατωτέρω, υπό 3.2.

45 Βλ. *Nowak* (2013), Corporate Boards in the Netherlands, in Davies, Hopt, Nowak, Van Solinge, editors, *Corporate Boards in Law and Practice. A Comparative Analysis in Europe*, σελ. 464.

κτικά, η δυνατότητα ανάθεσης καθηκόντων σε ένα ή περισσότερα μέλη του δ.σ. (άρθρο 22 παρ. 3) ή η αρχή της πλειοψηφίας (άρθρο 21 παρ. 2). Ακολούθως, αποτελεί παρέκκλιση από την αρχή της ισότητας των μελών του δ.σ., στην οποία γίνονται όμως επίσης δεκτές εξαιρέσεις, όπως η δυνατότητα πρόβλεψης στο καταστατικό ότι σε περίπτωση ισοψηφίας υπερισχύει η ψήφος του προέδρου (άρθρο 21 παρ. 2).

Σε σχέση με το περιεχόμενο του δικαιώματος, όπως θεσπίζεται στο ν. 3723/2007 (άρθρο 1 παρ. 3) και στο ν. 3864/2010 (άρθρο 10 παρ. 2β), οι κατηγορίες των αποφάσεων του δ.σ. επί των οποίων νομιμοποιούνται να το ασκήσουν οι εκπρόσωποι του Ελληνικού Δημοσίου και του ΤΧΣ ομοιάζουν, αλλά δεν ταυτίζονται, παρέχεται δε μέσω αυτών, όπως προαναφέρθηκε, σημαντική διακριτική ευχέρεια στους εκπροσώπους σε ό,τι αφορά την αξιολόγηση της συνδρομής των κριτηρίων, κατά περίπτωση.

Υποστηρίζεται επίσης ότι για τις περιπτώσεις, στις οποίες χορηγείται το δικαίωμα αρνησικυρίας, το δ.σ. του π.ι. δεν θα μπορεί να θεωρηθεί υπεύθυνο έναντι του Ελληνικού Δημοσίου ή του ΤΧΣ για τη στρατηγική που ακολούθησε ή την απόφαση που έλαβε[46]. Πράγματι, στο βαθμό κατά τον οποίο, για την απόφαση η οποία ελήφθη, ο εκπρόσωπος είχε δικαίωμα να ασκήσει *veto* και δεν το έπραξε, με την επιφύλαξη της κατάχρησης δικαιώματος, δεν θα μπορεί να τεθεί ζήτημα ευθύνης του δ.σ. έναντι του Ελληνικού Δημοσίου ή του ΤΧΣ, αντίστοιχα, για παραβίαση λόγου χάριν στην περίπτωση αυτή του προγράμματος αναδιάρθρωσης του ωφελούμενου π.ι.

Σε σχέση με το ευρωπαϊκό δίκαιο, ορθά επισημαίνεται ότι «...αιωρείται το ερώτημα μήπως τα ειδικά δικαιώματα του Δημοσίου αντίκεινται στο δικαίωμα ελεύθερης εγκατάστασης, κάτι που δημιουργεί πολλές δυσκολίες για τα σχετικά ζητήματα»[47]. Αναντίρρητα, ο διορισμός εκπροσώπου του Δημοσίου στο δ.σ. ανώνυμης εταιρείας συνιστά ειδικό δικαίωμα υπέρ του Δημοσίου κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης[48]. Το τελευταίο δε είναι ιδιαίτερα αυστηρό ως προς την αναγνώριση της συμβατότητας των εν λόγω ειδικών μέτρων με την ελευθερία κίνησης κεφαλαίων και εγκατάστασης[49].

---

46 Βλ. *Nestor, Khalilulina* (2012), όπ.π., σελ. 344-345.

47 Βλ. *Περάκη* (2008), όπ.π., παρ. 5.

48 Για τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) σε ό,τι αφορά τα ειδικά δικαιώματα, βλ. την ηλεκτρονική διεύθυνση: http://ec.europa.eu/internal_market/capital/framework/court/index_en.htm. Βλ., ενδεικτικά, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Απόφαση του Δικαστηρίου της 23.5.2000 – Υπόθεση C-58/99, Συλλογή I-3818, Επιτροπή κατά Βελγίου, Απόφαση του Δικαστηρίου της 4.6.2002 – Υπόθεση C-503/99, Συλλογή I-4812, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Απόφαση του Δικαστηρίου της 4.6.2002 – Υπόθεση C-483/99, Συλλογή I-4785, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας, Απόφαση του Δικαστηρίου της 11.11.2010 – Υπόθεση C-543/08, Συλλογή I-11245. Για την προβληματική των ειδικών δικαιωμάτων, βλ., ενδεικτικά, *Grundmann, Möslein*, Golden Shares. State Control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects, 2003 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=410580), σελ. 3 επ., *Κινινή*, Νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις εταιρίες, εις *Ανώνυμες Εταιρίες* (Β. Γ. Αντωνόπουλος, Σπ. Μούζουλας, Επιστημ. Διεύθ.), 2013, σελ. 185 επ.

49 Βλ. *Soltysiński* (2010), Golden Shares: Recent Developments in E.C.J. Jurisprudence and Member States Legislation, in Grundmann, Haar, Merkt et al., eds., *Festschrift für Hopt*, σελ. 2575 για μια συνολική επισκόπηση της πρόσφατης νομολογίας του ΔΕΕ σχετικά και, ιδίως, σελ. 2583 και 2585, *Grundmann Möslein* (2003), όπ.π., σελ. 18 επ., *Κινινή* (2013), όπ.π., σελ. 186 επ., *Papadopoulos*, Greek legislation on strategic investments; the next 'golden share' case before the European Court of Justice?, 2009 (http://ssrn.com/ abstract=1541635), σελ. 3-9.

Ωστόσο, εν προκειμένω υποστηρίζεται[50] ότι θα μπορούσε να γίνει δεκτός ο περιορισμός αυτός, ο οποίος επιτάσσεται για λόγους δημοσίου συμφέροντος και φαίνεται να πληροί τα κριτήρια της αρχής της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας, όπως αυτά προσδιορίστηκαν στην Απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την υπόθεση Επιτροπή κατά Βελγίου του 2002[51]. Στην εν λόγω υπόθεση, το Βελγικό Δημόσιο είχε θεσπίσει υπέρ αυτού, με Βασιλικό Διάταγμα του 1994, ειδική μετοχή της δημόσιας εταιρείας μεταφοράς μέσω αγωγών (Société nationale de transport par canalisations), ένα από τα ειδικά δικαιώματα της οποίας ήταν το δικαίωμα του εποπτεύοντος Υπουργού να διορίζει δύο εκπροσώπους της ομοσπονδιακής κυβερνήσεως στο δ.σ. της εταιρείας. Οι εκπρόσωποι αυτοί μπορούσαν να προτείνουν στον Υπουργό την ακύρωση οποιασδήποτε αποφάσεως του δ.σ., που κατά την εκτίμησή τους ερχόταν σε αντίθεση προς τις κατευθυντήριες γραμμές της ενεργειακής πολιτικής της χώρας, συμπεριλαμβανομένων των κυβερνητικών στόχων περί εφοδιασμού της χώρας με ενέργεια[52].

Το Δικαστήριο έκρινε ότι πρώτον ο ασφαλής εφοδιασμός της χώρας με ενέργεια συνιστά επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και δεύτερον, ότι τα ειδικά δικαιώματα που προβλέφθηκαν πληρούν τα κριτήρια της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας. Οι λόγοι, τους οποίους κυρίως επικαλέστηκε για την κρίση του αυτή το Δικαστήριο, ήταν ότι αφενός μεν, οι εταιρείες τις οποίες αφορούν τα μέτρα κατέχουν στρατηγική θέση στον εφοδιασμό της χώρας με ενέργεια και, συνεπώς, καθίσταται αναγκαία η εκ μέρους των δημοσίων αρχών άσκηση ορισμένου ελέγχου επί των εν λόγω στοιχείων ενεργητικού και ότι αφετέρου, η εξουσία του Υπουργού δεν είναι γενική, αλλά αφορά αποκλειστικά πολύ συγκεκριμένα σημεία και είναι εξαιρετικά περιορισμένη χρονικά. Επομένως, δεν μπορεί να προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι δεν καθιερώθηκαν ακριβή, αντικειμενικά και σταθερά κριτήρια[53].

Επιπλέον, τα μέτρα αυτά για τα ελληνικά π.ι. εγκρίθηκαν από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στο πλαίσιο του δικαίου των κρατικών ενισχύσεων, γεγονός το οποίο αποτελεί μια ένδειξη για τη συμβατότητά τους με τη ΣΛΕΕ[54].

Στο σημείο αυτό αξίζει πάντως να επισημανθεί ότι η δυνατότητα διορισμού εκπροσώπου του Δημοσίου στα δ.σ. ωφελούμενων π.ι. δεν χρησιμοποιήθηκε σε αντίστοιχες περιπτώσεις κρατικής παρέμβασης για την ενίσχυση των τραπεζών σε συνέχεια της χρηματοπιστωτικής κρίσης (2007-2009) στη Γαλλία και τη Γερμανία, ενώ αντίθετα, χρησιμοποιήθηκε στην Ολλανδία και στις ΗΠΑ, υπό προϋποθέσεις[55].

---

50 Βλ. *Καραγκουνίδη*, Το οικονομικό δίκαιο της χρηματοπιστωτικής κρίσης – Μία εισαγωγική θεώρηση, *ΕφημΔΔ 2008*, σελ. 10-11.

51 Βλ. Επιτροπή κατά Βελγίου, Απόφαση του Δικαστηρίου της 4.6.2002 – Υπόθεση C-503/99, Συλλογή I-4812. Βλ. επίσης *Grundmann, Möslein* (2003), όπ.π., σελ. 31-32.

52 Βλ. ΔΕΕ Απόφαση της 4.6.2002 – Υπόθεση C-503/99, Συλλογή I-4812.

53 Βλ. ΔΕΕ Απόφαση της 4.6.2002 – Υπόθεση C-503/99, Συλλογή I-4812, παρ. 27-28.

54 Βλ. *Καραγκουνίδη* (2008), όπ.π. σελ. 10-11.

55 Βλ. σχετικά *Nestor, Khalilulina* (2012), όπ.π., σελ. 343-344 και, ειδικά για την Ολλανδία, *Nowak* (2013), όπ.π., σελ. 464.

3.2 Οι εκπρόσωποι του Ελληνικού Δημοσίου και του ΤΧΣ ως μη εκτελεστικά μέλη του δ.σ.

Στο ερώτημα για το κατά πόσο οι εκπρόσωποι του Ελληνικού Δημοσίου και του ΤΧΣ είναι εκτελεστικά ή μη εκτελεστικά μέλη του δ.σ., εφόσον το π.ι. στο οποίο δόθηκε η ενίσχυση είναι εισηγμένη εταιρεία, εκτιμούμε ότι η απάντηση που θα πρέπει να δοθεί είναι ότι πρόκειται για μη εκτελεστικά μέλη[56].

Ο εξαιρετικός χαρακτήρας των διατάξεων περί κρατικών ενισχύσεων σε συνδυασμό με τη χρονικά περιορισμένη ισχύ τους λόγω του ότι πρώτιστος σκοπός τους είναι η διασφάλιση της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας και η κατάργησή τους αμέσως μετά την ομαλοποίηση των συνθηκών[57], δεν συνάδουν με την τοποθέτηση εκτελεστικών μελών στο δ.σ., τα οποία ασκούν διοίκηση. Εφόσον ζητούμενο είναι η αποδέσμευση το συντομότερο δυνατό τόσο του Δημοσίου όσο και του ΤΧΣ από την ενίσχυση την οποία παρέχουν, η τοποθέτηση εκπροσώπου τους στο δ.σ. του αποδέκτη της ενίσχυσης συνδέεται με τη διαφύλαξη των συμφερόντων τους ως μετόχων και όχι με την εμπλοκή τους στην ίδια τη διοίκηση του π.ι. Επισημαίνεται επίσης στο σημείο αυτό ότι τόσο το δικαίωμα αρνησικυρίας όσο και το δικαίωμα ελεύθερης πρόσβασης στα βιβλία του π.ι. συνδέονται περισσότερο με την άσκηση εποπτείας και λιγότερο με την άσκηση εκτελεστικών καθηκόντων.

Η εσωτερική ευθύνη των μελών του δ.σ. ρυθμίζεται από το άρθρο 22α του κ.ν. 2190/1920, σύμφωνα με την παρ. 1 του οποίου, κάθε μέλος του δ.σ. ευθύνεται έναντι της εταιρείας για κάθε πταίσμα του κατά την εταιρική διοίκηση. Επίσης, σε περίπτωση υπαίτιας συλλογικής δράσης των μελών του δ.σ. καθιερώνεται σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, ευθύνη εις ολόκληρον κατά το άρθρο 926 παρ. 1 ΑΚ[58]. Συνεπώς, κατ' αρχήν τα μη εκτελεστικά μέλη φέρουν τον ίδιο κίνδυνο ευθύνης με τα εκτελεστικά μέλη στο πλαίσιο της συλλογικής τους δράσης εντός του ενιαίου οργάνου[59].

Ωστόσο, με βάση το προβλεπόμενο μέτρο επιμέλειας της παρ. 2 του άρθρου 22α κ.ν. 2190/1920, για τα μη εκτελεστικά μέλη θα πρέπει να γίνει δεκτή η ποιοτική

---

56 Το ίδιο ίσχυσε και στην Ολλανδία, όπου το Ολλανδικό Δημόσιο διόρισε δύο μέλη στο *εποπτικό συμβούλιο* των πιστωτικών ιδρυμάτων στα οποία παρείχε πιστωτικές διευκολύνσεις. Βλ. *Nowak* (2013), όπ.π., σελ. 464. Διαφορετικό είναι το θέμα του κατά πόσο οι δύο εκπρόσωποι μπορούν να χαρακτηριστούν ανεξάρτητα μη εκτελεστικά μέλη, καθώς θα πρέπει να πληρούν τις προϋποθέσεις της παρ. 1 του άρθρου 4 του ν. 3016/2002.

57 Βλ. *Μαρίνο* (2015), όπ.π., σελ. 16.

58 Βλ. *Αθανασίου* (2003), Εισαγωγή μη εκτελεστικών μελών στο Δ.Σ. εισηγμένων εταιριών: υποχρεώσεις και ευθύνη, *ΕΕμπΔ*, σελ. 332, *Σωτηρόπουλο* (2003), Η ευθύνη των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου για επιχειρηματικές επιλογές, *ΔΕΕ 7*, σελ. 783, *Καραγκουνίδη* (2013), Παράρτημα Άρθρων 22α και 23, εις *Ανώνυμες Εταιρίες* (επιστ. διευθ. Β.Γ. Αντωνόπουλος, Σπ. Μούζουλας), Τόμος ΙΙ, σελ. 250, *Τουντόπουλο* (2005), Εταιρική διακυβέρνηση. Ν. 3016/2002, εις *ΔικΑΕ* (επιμ. Ε. Περάκης), τόμος δέκατος, σελ. 78, *Μάρκου* (2015), *Το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΕ*, σελ. 292, *Αντωνόπουλο* (2012), *Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών*, σελ. 705, *Λιβαδά* (2016), όπ.π., σελ. 205.

59 Βλ. *Geens* (2013), Corporate Boards in Belgium, in Davies, Hopt, Nowak, Van Solinge, editors, *Corporate Boards in Law and Practice. A Comparative Analysis in Europe* σελ. 157, *Nowak* (2013), όπ.π., σελ. 496.

διαφοροποίηση ή, κατά περίπτωση, διαβάθμιση της ευθύνης τους με σημείο αναφοράς τα καθήκοντα του μη εκτελεστικού μέλους, όπως αυτά εξειδικεύονται στο πλαίσιο της υποχρέωσης επιμελούς διοίκησης με σαφή προσανατολισμό στην άσκηση εποπτείας[60]. Η προσέγγιση αυτή της διαφοροποίησης της απαιτούμενης επιμέλειας και συνακόλουθα της ευθύνης δικαιολογείται όχι μόνον λόγω των διαφοροποιημένων καθηκόντων τους[61], αλλά και λόγω της διαφοράς πληροφόρησης που ενδέχεται να έχουν τα μη εκτελεστικά μέλη σε σχέση με τα εκτελεστικά, κάτι το οποίο θα κρίνεται κατά περίπτωση.

Γίνεται άλλωστε δεκτό[62] ότι σε περίπτωση ανάθεσης εξουσιών διαχείρισης και εκπροσώπησης σε άλλα μέλη του δ.σ. ή τρίτους, τα λοιπά μέλη του δ.σ. οφείλουν αφενός μεν, να ενημερώνονται σχετικά με την πορεία των υποθέσεων και αφετέρου, να τα εποπτεύουν, αν δε παραβιάζουν τις εν λόγω υποχρεώσεις τους έχουν ευθύνη, εφόσον υπάρξει ζημία της εταιρείας[63]. Αντίστοιχα, το ίδιο κρίνεται σκόπιμο ότι πρέπει να γίνει δεκτό και για τα μη εκτελεστικά μέλη, εφόσον δεν ασκούν επιμελώς το καθήκον εποπτείας που έχουν.

Τέλος, σε σχέση με το δικαίωμα του εκπροσώπου του Ελληνικού Δημοσίου κατά το άρθρο 1 παρ. 3 ν. 3723/2008 και του ΤΧΣ κατά το άρθρο 10 παρ. 4 ν. 3864/2010 πρόσβασης στα βιβλία και στοιχεία του π.ι., εκτιμούμε ότι αναφορικά με τα θέματα που εισάγονται προς λήψη απόφασης στο δ.σ., το προβλεπόμενο δικαίωμα αφορά τα θέματα αυτά και συνδέεται με την εκπλήρωση των καθηκόντων τους ως μελών του δ.σ. και όχι μόνο με τα ειδικά δικαιώματα τα οποία παρέχονται σε αυτούς με βάση τα δύο ως άνω νομοθετήματα. Και τούτο, διότι καθώς προεκτέθηκε, αμφότεροι εκπρόσωποι αποτελούν μέλη του δ.σ. του π.ι. στο οποίο διορίζονται. Έχουν, συνεπώς, τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την ιδιότητά τους αυτή και, βεβαίως, ευθύνη για την ορθή εκπλήρωση των καθηκόντων τους δυνάμει του άρθρου 22α του κ.ν. 2190/1920.

Η ενημέρωση των μελών του δ.σ. αποτελεί σημαντικό εχέγγυο για τη δυνατότητά τους να συμμετέχουν ενεργά και ουσιαστικά κατά τη λήψη αποφάσεων από το εταιρικό όργανο και αφορά όλα τα μέλη του οργάνου ανεξάρτητα από την ιδιότητά τους ως εκτελεστικών ή μη εκτελεστικών. Το περιεχόμενο, η έκταση, η συχνότητα και η μορφή της παρεχόμενης ή αιτούμενης, αντίστοιχα, πληροφόρησης καθορίζο-

60 Βλ. αναλυτικά *Λιβαδά* (2016), όπ.π., σελ. 206. Βλ. επίσης *Αθανασίου* (2003), όπ.π., σελ. 335-336, *Σωτηρόπουλο* (2003), όπ.π., σελ. 783, ο οποίος αναφερόμενος εν γένει στο μέτρο της απαιτούμενης επιμέλειας, παρατηρεί ότι: «… το αν κάποιος σύμβουλος ενήργησε αμελώς θα κριθεί με κριτήριο τον τρόπο, που θα ενεργούσε ένα μέσο συνετό και επιμελές μέλος ΔΣ και μάλιστα μιας εταιρίας με παρόμοια χαρακτηριστικά και υπό ανάλογες συνθήκες», *Μικρουλέα* (2014), όπ.π., σελ. 18.

61 Βλ. επίσης *Ρόκα* (2012), *Εμπορικές Εταιρίες*, 7η έκδοση, σελ. 334.

62 Βλ. *Ρόκα* (2012), όπ.π., σελ. 323 και 334, *Σωτηρόπουλο* (2003), όπ.π., σελ. 782, *Καραγκουνίδη* (2013), όπ.π., σελ. 250, *Μικρουλέα* (2013), όπ.π., σελ. 114, *Αλεξανδρίδου* (2012), *Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών*, σελ. 352, *Αντωνόπουλο* (2012), όπ.π., σελ. 705.

63 Βλ. πάντως και *Αθανασίου* (2003), όπ.π., σελ. 336, η οποία ορθά επισημαίνει τη δυσχέρεια απόδειξης του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ πλημμελούς εποπτείας και ζημίας της εταιρείας.

νται με βάση την καλή πίστη, και ιδίως το είδος, τη φύση, τη σημασία και την πολυπλοκότητα του θέματος που εκάστοτε αφορά η προς λήψη απόφαση του δ.σ.[64]. Παράλληλα με το δικαίωμα πρόσβασης στην ενημέρωση ισχύει άλλωστε το καθήκον εχεμύθειας των μελών του δ.σ. και τήρησης εκ μέρους τους των απορρήτων, τα οποία περιήλθαν σε γνώση τους λόγω της ιδιότητάς τους αυτής, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 22 του κ.ν. 2190/1920.

4. Η αξιολόγηση από το ΤΧΣ των μελών του δ.σ. των π.ι. που έλαβαν κεφαλαιακή ενίσχυση

4.1. Η καθιέρωση της υποχρέωσης αξιολόγησης

Σε συνέχεια των τροποποιήσεων που επήλθαν στο ν. 3864/2010 με το ν. 4340/2015 και το ν. 4346/2015, καθιερώθηκε με την παρ. 5 του άρθρου 10 του εν λόγω νόμου η υποχρέωση του ΤΧΣ να αξιολογήσει, με τη συνδρομή ανεξάρτητου συμβούλου διεθνούς κύρους, εμπειρίας και εξειδίκευσης, το πλαίσιο εταιρικής διακυβέρνησης των π.ι., με τα οποία έχει υπογράψει σύμβαση πλαισίου συνεργασίας. Παρά το γεγονός ότι οι εν λόγω διατάξεις περί αξιολόγησης προστέθηκαν αρχικά με το ν. 4340/2015[65] και τροποποιήθηκαν πολύ σύντομα με το ν. 4346/2015, εφαρμόζονται στα π.ι. τα οποία έχουν λάβει κεφαλαιακή ενίσχυση από το ΤΧΣ σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο από τη θέσπιση του νόμου, καθώς το μοναδικό κριτήριο το οποίο τίθεται στην εν λόγω διάταξη είναι να έχει υπογραφεί μεταξύ του ΤΧΣ και του αξιολογούμενου π.ι. σύμβαση πλαισίου συνεργασίας.

Περαιτέρω, οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται ανεξάρτητα από το ποσοστό συμμετοχής του ΤΧΣ στο μετοχικό κεφάλαιο του π.ι., το οποίο μπορεί να διαφοροποιείται ουσιωδώς ανά π.ι., και ανεξάρτητα από το αν το ΤΧΣ έχει πλήρη δικαιώματα ψήφου ή όχι. Η απουσία οποιουδήποτε από τα ως άνω κριτήρια αντιβαίνει ωστόσο στην αρχή της αναλογικότητας, η οποία διέπει τα ειδικά δικαιώματα του ΤΧΣ, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα υπό 2.1. Η αντίθεση αυτή εντείνεται έτι περαιτέρω αν ληφθούν υπόψη:

- το ιδιαίτερα αυστηρό και παρεμβατικού χαρακτήρα – στον τρόπο διάρθρωσης του δ.σ. – περιεχόμενο του εν λόγω δικαιώματος, και
- το ότι η διάκριση ανάλογα με το ποσοστό συμμετοχής του ΤΧΣ στο μετοχικό κεφάλαιο του π.ι. προβλέπεται ήδη στο νόμο σε ό,τι αφορά την άσκηση πλήρως των

64 Βλ. *Περάκη* (1991), Η ενημέρωση των μελών του διοικητικού συμβουλίου, *ΕΕμπΔ*, σελ. 10 επ.

65 Η προσθήκη των εν λόγω διατάξεων συνδέεται με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από το τρίτο Μνημόνιο και, ειδικότερα, το «Μνημόνιο Συνεννόησης για τριετές πρόγραμμα του ΕΜΣ», παρ. 3.

δικαιωμάτων ψήφου εκ μέρους του κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 7Α του ν. 3864/2010[66].

Σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 10 η αξιολόγηση, η οποία θα έχει σημείο αναφοράς τις επιχειρηματικές ανάγκες του π.ι. και τις βέλτιστες διεθνείς πρακτικές[67], θα περιλαμβάνει:

• αφενός μεν τον τρόπο διάρθρωσης του δ.σ. (μέγεθος, δομή και κατανομή των αρμοδιοτήτων εντός του οργάνου, των επιτροπών του, καθώς επίσης και των επιτροπών[68], τις οποίες κρίνει απαραίτητο το ΤΧΣ να αξιολογήσει προκειμένου να εκπληρώσει τους στόχους του σύμφωνα με το νόμο), και

• αφετέρου τα ίδια τα μέλη του δ.σ. και των εν λόγω επιτροπών.

Στην παρ. 5 του άρθρου 10 του ν. 3864/2010, με την οποία θεσπίζεται η υποχρέωση αυτή, όπως και στην παρ. 6 γίνεται λόγος για αξιολόγηση στην οποία θα προβεί το ΤΧΣ. Ωστόσο, στην παρ. 7 του ίδιου άρθρου στην οποία προβλέπεται ότι το ΤΧΣ θα καθορίζει – πέραν των όσων προβλέπονται στο νόμο – πρόσθετα κριτήρια για ειδικές δεξιότητες τις οποίες οφείλουν να κατέχουν τα μέλη του δ.σ., ορίζεται ότι τα κριτήρια θα πρέπει να ενημερώνονται τουλάχιστον μια φορά ανά διετία και συχνότερα εάν υπάρχει ουσιαστική μεταβολή στη χρηματοοικονομική θέση του π.ι. Συνεπώς, η διενέργεια αξιολόγησης αποκτά διαρκή χαρακτήρα[69], ο δε καθορισμός των εκάστοτε κριτηρίων αξιολόγησης θα συναρτάται με την ουσιώδη βελτίωση ή επιδείνωση, αντίστοιχα, της χρηματοοικονομικής θέσης του π.ι.[70]

4.2. Τα κριτήρια αξιολόγησης

Τα τιθέμενα στο νόμο κριτήρια βάσει των οποίων θα πρέπει να γίνει η πρώτη αξιολόγηση – πέραν εκείνων τα οποία θα θεσπιστούν από το ΤΧΣ με τη συνδρομή ανεξάρτητου συμβούλου κατά τα προαναφερθέντα – καταλαμβάνουν όλα τα μέλη του δ.σ.[71], με την εξαίρεση ορισμένων τα οποία εφαρμόζονται επιπροσθέτως στα μη

66 Βλ. σχετικά *Psaroudakis* (2014), όπ.π., σελ. 61, ο οποίος αναφερόμενος στην αρχική ρύθμιση του άρθρου 7Α χαρακτηρίζει το ΤΧΣ ως «διστακτικό μέτοχο» (reluctant shareholder). Αναφέρει ειδικότερα ότι: "…the restriction of voting rights itself is the most important aspect of the above-mentioned "reluctance" of the State in its capacity as shareholder of the banks, i.e. its unwillingness to assume the kind of full ownership that such a shareholding would normally entail".

67 Βλ. επίσης ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 6.

68 Η διάκριση συνεπώς που γίνεται είναι μεταξύ:
(i) επιτροπών του δ.σ., μέλη των οποίων μπορούν να είναι μόνο μέλη του οργάνου αυτού, και
(ii) επιτροπών του π.ι., στις οποίες μπορεί να συμμετέχουν μέλη του δ.σ. από κοινού με άλλα διοικητικά στελέχη ή μπορεί να συμμετέχουν αποκλειστικά διοικητικά στελέχη, μη μέλη του δ.σ.

69 Με την επιφύλαξη βέβαια της χρονικής διάρκειας του ίδιου του ΤΧΣ μέχρι την 30η Ιουνίου 2020 (άρθρο 2 παρ. 6).

70 Για παράδειγμα, θα μπορούσε εύλογα να υποστηριχθεί ότι αν η χρηματοοικονομική θέση του π.ι. παρουσιάζει επιδείνωση θα είναι πιο παρεμβατικού χαρακτήρα ή, αντίθετα, αν υπάρχει βελτίωση, θα είναι λιγότερο παρεμβατικά. Ωστόσο, εκτός από αυτή την αναφορά δεν υπάρχει κάποια ειδικότερη και πιο συγκεκριμένη ρύθμιση σχετικά.

71 Στην αρχική διατύπωση της παρ. 7 του άρθρου 10 του ν. 3864/2010 με βάση το ν. 4340/2015, οι προϋποθέσεις που είχαν τεθεί έπρεπε να πληρούνται από κατ' ελάχιστον τρία μέλη του δ.σ.

εκτελεστικά και τα ανεξάρτητα μη εκτελεστικά μέλη του. Ιδιαίτερη έμφαση δίδεται στην εμπειρία την οποία θα πρέπει να διαθέτουν τα μέλη του δ.σ. σε συγκεκριμένους τομείς, καθώς επίσης και στην καθιέρωση ασυμβιβάστου σε ορισμένες ειδικά καθοριζόμενες περιπτώσεις. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι τα μέλη του δ.σ. οφείλουν[72]:

• αφενός μεν να έχουν δεκαετή εμπειρία σε ανώτερες διευθυντικές θέσεις στους τομείς της τραπεζικής, της ελεγκτικής, της διαχείρισης κινδύνων ή της διαχείρισης επισφαλών περιουσιακών στοιχείων[73], και

• αφετέρου να μην ασκούν, ούτε να τους έχει ανατεθεί κατά τα τελευταία τέσσερα (4) χρόνια πριν το διορισμό τους, σημαντικό δημόσιο λειτούργημα, όπως Αρχηγού του Κράτους ή Προέδρου της Κυβέρνησης, ανώτερου πολιτικού αξιωματούχου, ανώτερου κυβερνητικού, δικαστικού ή στρατιωτικού υπαλλήλου, ή σημαντική θέση ως ανώτερου στελέχους δημοσίων επιχειρήσεων ή στελέχους πολιτικού κόμματος.

Τα κριτήρια αυτά θεσπίζονται επιπροσθέτως εκείνων τα οποία οφείλουν να πληρούν τα μέλη των δ.σ. π.ι. σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4261/2014, με τον οποίο ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο η Οδηγία 2013/26/ΕΕ[74]. Περαιτέρω, έχοντας υπόψη ότι η τήρηση των διατάξεων του ν. 4261/2014 εποπτεύεται από την Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα στην περίπτωση των σημαντικών π.ι. και την Τράπεζα της Ελλάδος σε σχέση με τα λοιπά π.ι., ο νόμος θέτει ως προϋπόθεση ότι για τα αξιολογούμενα μέλη θα πρέπει επίσης η αρμόδια αρχή να έχει επιβεβαιώσει την ικανότητα και καταλληλότητά τους[75].

Μολονότι η εμπειρία είναι αδιαμφισβήτητο ότι είναι αναγκαία για την ορθή εκπλήρωση των καθηκόντων των μελών του δ.σ. και η σημασία της αναδείχθηκε στο πλαίσιο της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ, εντούτοις η ανάδειξή της σε αυτήν την έκταση (δέκα έτη σε συγκεκριμένους τομείς) και για όλα ανεξαιρέτως τα μέλη του δ.σ. βαίνει πολύ πέραν των απαιτήσεων του ενωσιακού δικαίου, το οποίο προτάσσει και ορθά το συνδυασμό γνώσεων, εμπειρίας και δεξιοτήτων που θα πρέπει να διαθέτουν συνολικά τα μέλη του οργάνου[76].

Ο ενωσιακός νομοθέτης αναφέρεται μεν στην εμπειρία την οποία πρέπει να διαθέτουν τα μέλη του δ.σ., αλλά δεν περιορίζεται σε αυτήν, καθώς προάγει επίσης τις γνώσεις και τις δεξιότητες που πρέπει να διαθέτουν τα μέλη του δ.σ., είτε αυτοτελώς

72 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 7α), (αα)-(ββ). Στην ίδια παρ. 7 ορίζεται επίσης με γνώμονα την αποφυγή ενδεχόμενων συγκρούσεων συμφερόντων η υποχρέωση των μελών του δ.σ. να δηλώνουν όλες τις οικονομικές διασυνδέσεις που τυχόν είχαν με το π.ι. πριν το διορισμό τους.

73 Βλ. ωστόσο *BCBS* (2015), Corporate Governance Principles for Banks, παρ. 49 για τις θεματικές που κατά τεκμήριο θα πρέπει να καλύπτονται σε επίπεδο γνώσεων και εμπειρίας των μελών του διοικητικού οργάνου. Βλ. επίσης *EBA* (2011), EBA Guidelines on Internal Governance, υπό Β.2., σελ. 26 και *EBA* (2012), Guidelines on the Assessment of the Suitability of Members of the Management Body and Key Function Holders, υπό 14, σελ. 17.

74 Για τα εν λόγω κριτήρια, βλ. αναλυτικά *Λιβαδά* (2016), όπ.π., σελ. 275-281.

75 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 7.

76 Οδηγία 2013/36/ΕΕ, άρθρο 91 παρ. 1 και ν. 4261/2014, άρθρο 83 παρ. 1.

είτε συνδυαστικά, ανά αντικείμενο και ανάλογα με την κατανομή των καθηκόντων μεταξύ τους, προκειμένου ακριβώς να επιτυγχάνεται το ζητούμενο, που είναι το δ.σ. ως σύνολο να διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα. Ο εθνικός νομοθέτης εν προκειμένω δεν παραβλέπει την αναγκαιότητα των γνώσεων που επίσης πρέπει να διαθέτουν τα μέλη του δ.σ. (άρθρο 10 παρ. 8), υπερτονίζει όμως το στοιχείο της εμπειρίας, περιορίζοντας ουσιωδώς τον κύκλο των προσώπων που είναι επιλέξιμα ως μέλη του δ.σ.

Περαιτέρω, με την παρ. 8 του άρθρου 10 θεσπίζεται η υποχρέωση συμμετοχής στο δ.σ. τουλάχιστον τριών (3) εμπειρογνωμόνων ως ανεξάρτητων μη εκτελεστικών μελών με επαρκείς γνώσεις και διεθνή εμπειρία τουλάχιστον δεκαπέντε (15) ετών σε αντίστοιχα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα, εκ των οποίων τουλάχιστον τρία χρόνια ως μέλη διεθνούς τραπεζικού ομίλου που δεν δραστηριοποιείται στην ελληνική αγορά. Η εν λόγω διάταξη είναι ιδιαίτερα ασαφής ιδίως ως προς την έννοια του διεθνούς τραπεζικού ομίλου που δεν δραστηριοποιείται στην ελληνική αγορά. Για παράδειγμα ερώτημα τίθεται ως προς το κατά πόσο η δραστηριοποίηση του ομίλου προϋποθέτει την εγκατάσταση εταιρείας μέλους του στην Ελλάδα ή αρκεί η παροχή απλώς υπηρεσιών μέσω εταιρειών του στην Ελλάδα, όπως λ.χ. παροχή υπηρεσιών αναδοχής, παροχή συμβουλευτικών υπηρεσιών ή συμμετοχή σε κοινοπρακτικό δάνειο, και ποιας τάξεως. Από την άλλη πλευρά, λαμβανομένης υπόψη της διεθνοποίησης της οικονομίας τυχόν ευρεία ερμηνεία της διάταξης αποκλείει σημαντικό αριθμό εμπειρογνωμόνων από έναν περιορισμένο εκ των πραγμάτων υποσύνολο σε συνδυασμό και με τα λοιπά χαρακτηριστικά που πρέπει να πληρούν τα εν λόγω πρόσωπα.

Επίσης, τα μέλη αυτά δεν πρέπει να είχαν οποιαδήποτε σχέση με πιστωτικά ιδρύματα που λειτουργούν στην Ελλάδα κατά τα προηγούμενα δέκα χρόνια[77]. Τα προαναφερθέντα ανεξάρτητα μη εκτελεστικά μέλη προεδρεύουν σε όλες τις επιτροπές του δ.σ.

Ωστόσο, ζήτημα θα μπορούσε να τεθεί σε σχέση με τη συμβατότητα όλων των προαναφερθεισών διατάξεων:

• αφενός μεν με τις διατάξεις των άρθρων 5 παρ. 1 και 29 του Συντάγματος ως προς τα καθιερούμενα ασυμβίβαστα, και

• αφετέρου με την αρχή της πολυμορφίας που καθιερώθηκε στο πλαίσιο της Οδηγίας 2013/36/ΕΕ[78] ως προς τις συγκεκριμένες προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούν τα μέλη του δ.σ.. Όπως παρατηρείται, η έλλειψη παρακολούθησης των διαχειριστικών αποφάσεων από τα διοικητικά όργανα οφείλεται σε κάποιο βαθμό στο

77 Αντίστοιχα, η απουσία «οποιασδήποτε σχέσης με την Ελλάδα» χρήζει ερμηνείας. Πιθανόν με βάση το γενικότερο πνεύμα των διατάξεων περί ανεξάρτητων μη εκτελεστικών μελών, να νοείται οποιαδήποτε σχέση θα μπορούσε να παρεμποδίσει ουσιωδώς την ανεξάρτητη κρίση των εν λόγω προσώπων κατά την εκπλήρωση των καθηκόντων τους ως ανεξάρτητων μη εκτελεστικών μελών.

78 Οδηγία 2013/36/ΕΕ, άρθρο 91 παρ. 10 και ν. 4261/2014, άρθρο 83 παρ. 10.

φαινόμενο της «συναινετικής ομαδικής σκέψης», η οποία αποδίδεται, μεταξύ άλλων, στην ομοιομορφία που παρατηρείτο στη σύνθεση των διοικητικών οργάνων πολλών π.ι.[79] Η παρατήρηση αυτή ισχύει ιδίως, αλλά όχι μόνο, για τα μη εκτελεστικά μέλη, τα οποία πέραν των ανωτέρω κριτηρίων θα πρέπει κατ'ελάχιστον τρία έτη να έχουν διατελέσει μέλη δ.σ. σε π.ι. ή επιχείρηση του χρηματοπιστωτικού τομέα ή σε διεθνές χρηματοπιστωτικό ίδρυμα[80]. Ωστόσο, η ορθή άσκηση των εποπτικών καθηκόντων των μη εκτελεστικών μελών προϋποθέτει ένα συνδυασμό γνώσεων και εμπειρίας, η οποία δεν προέρχεται κατ' ανάγκην από τη θητεία των μελών αυτών σε δ.σ. επιχειρήσεων του χρηματοπιστωτικού συστήματος.

Ενδέχεται μάλιστα για πρόσωπα τα οποία έχουν διατελέσει σε τέτοιες θέσεις να είναι δυσχερής η εκπλήρωση των καθηκόντων τους, ιδίως, αν ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι και τα ίδια τα μη εκτελεστικά μέλη μπορεί να υπήρξαν ή να εξακολουθούν να είναι διευθυντικά στελέχη σε άλλες εταιρείες και στο πλαίσιο αυτό να μην επιθυμούν να αμφισβητήσουν επιλογές της διοίκησης της εταιρείας στην οποία είναι μη εκτελεστικά μέλη, και με την οποία διοίκηση ενδέχεται να έχουν συνεργαστεί ή να διατηρούν ορισμένους δεσμούς[81].

Από την άλλη πλευρά, ο ίδιος ο θεσμός των ανεξάρτητων εταιρικών διοικητών έχει επικρατήσει μεν σχεδόν σε παγκόσμιο επίπεδο στη θεματική της εταιρικής διακυβέρνησης, ωστόσο, ήδη από την καθιέρωσή του αλλά και μέχρι σήμερα, εξακολουθεί να υφίσταται έντονη κριτική από μεγάλο μέρος της θεωρίας[82]. Η ασκούμενη κριτική έχει δύο κυρίως πυλώνες:

• την αμφισβήτηση των παραδοχών στις οποίες στηρίζεται η καθιέρωση της υποχρέωσης να συμμετέχουν στο διοικητικό όργανο ορισμένων κατηγοριών εταιρειών ανεξάρτητοι εταιρικοί διοικητές, και

• την αμφισημία που υπάρχει σε ό,τι αφορά τα αποτελέσματα των εμπειρικών μελετών οι οποίες εξετάζουν κατά πόσο συσχετίζεται η παρουσία ανεξάρτητων εταιρικών διοικητών με την απόδοση των εταιρειών.

Τέλος, με τις νέες διατάξεις καθιερώνεται η υποχρέωση συγκρότησης μιας νέας επιτροπής του δ.σ. με αντικείμενο τα μη εξυπηρετούμενα δάνεια, στην οποία θα προεδρεύει ένα μέλος του δ.σ., το οποίο οφείλει να έχει σχετική εξειδίκευση και τη διεθνή εμπειρία τουλάχιστον πέντε ετών στη διαχείριση των κινδύνων ή τη διαχείριση των μη εξυπηρετούμενων δανείων. Η καθιέρωση της υποχρέωσης αυτής αξιολογείται θετικά, καθώς αν και δεν απαντάται στις σχετικές βέλτιστες διεθνείς πρακτικές για τα προσόντα που πρέπει να διαθέτουν εν γένει τα μέλη των δ.σ., συνάδει με τις ανά-

79 Οδηγία 2013/36/ΕΕ, αιτιολογική σκέψη 60.

80 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 7.

81 Η παρατήρηση αυτή ισχύει πολύ περισσότερο σε χώρες με μικρή σχετικά αγορά, όπως η Ελλάδα, στην οποία και ο επιχειρηματικός κύκλος είναι μικρός. Βλ. και *Αθανασίου* (2003), όπ.π., σελ. 311.

82 Βλ., αντί άλλων, *Hopt* (2013a), σελ. 52: "The high expectations of independent directors have been only partially fulfilled", *Λιβαδά* (2016), όπ. π., σελ. 239-247.

γκες που απορρέουν για τα δ.σ. των ελληνικών π.ι. στην τρέχουσα επικαιρότητα για το ελληνικό τραπεζικό σύστημα.

Σε ό,τι αφορά τις έννομες συνέπειες των καθιερούμενων ρυθμίσεων ορίζεται ότι βάσει της αξιολόγησης το ΤΧΣ θα προβεί σε συγκεκριμένες προτάσεις για βελτιώσεις και τυχόν αλλαγές στην εταιρική διακυβέρνηση των π.ι.[83] Στην περίπτωση που η επισκόπηση ή η αξιολόγηση του δ.σ. δεν πληροί τα σχετικά κριτήρια, το ΤΧΣ θα ενημερώσει το δ.σ. και εφόσον το τελευταίο δεν λάβει τα απαραίτητα μέτρα για την υλοποίηση των σχετικών προτάσεων, το ΤΧΣ θα συγκαλέσει τη γενική συνέλευση των μετόχων με σκοπό την ενημέρωσή τους, θα προτείνει τις απαιτούμενες αλλαγές και θα αποστείλει τα αποτελέσματα της αξιολόγησης στις αρμόδιες εποπτικές αρχές[84]. Αν οι απαιτούμενες αλλαγές δεν μπορούν να υλοποιηθούν με άλλον τρόπο, τότε θα υπάρξει σύσταση για αλλαγή συγκεκριμένων μελών του δ.σ. ή των επιτροπών του, κατά περίπτωση, ανάλογα με το πρόβλημα το οποίο, κατά περίπτωση εντοπίζεται[85].

Αν η γενική συνέλευση δεν συμφωνήσει εντός τριών μηνών με την αντικατάσταση των μελών του δ.σ. που δεν εκπλήρωσαν τα κριτήρια αξιολόγησης, τότε το ΤΧΣ θα δημοσιοποιήσει εντός τεσσάρων εβδομάδων στην ιστοσελίδα του σχετική αναφορά, η οποία θα περιλαμβάνει την επωνυμία του π.ι., τις προτάσεις και τον αριθμό των μελών του δ.σ. που δεν εκπλήρωσαν τα σχετικά κριτήρια, καθώς και τα κριτήρια αυτά.

Συνεπώς, τυχόν μη τήρηση των ως άνω διατάξεων, αυτοτελώς, δεν παράγει έννομες συνέπειες, και υπό την έννοια αυτή, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι πρόκειται περί ατελών κανόνων. Στο πλαίσιο αυτό, ένα άλλο ζήτημα το οποίο τίθεται επίσης είναι κατά πόσο θα μπορούσε να τύχει εφαρμογής εν προκειμένω η αρχή «συμμόρφωση ή αιτιολόγηση»[86]. Εκτιμούμε ότι η απάντηση στο ερώτημα αυτό θα μπορούσε να είναι θετική παρά το γεγονός ότι δεν προβλέπεται ρητά στο άρθρο 10, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη ότι η εφαρμογή της αρχής «συμμόρφωση ή αιτιολόγηση» αποτελεί μια διεθνώς αναγνωρισμένη πρακτική στη θεματική της εταιρικής διακυβέρνησης και, ιδίως, τον χαρακτήρα της υπόδειξης που προσομοιάζει περισσότερο στις εν λόγω διατάξεις λόγω του ατελούς χαρακτήρα τους κατά τα προαναφερθέντα.

5. Αντί επιλόγου

Το πλέγμα των ρυθμίσεων που επιδρούν στην εταιρική διακυβέρνηση των π.ι. που έλαβαν κρατική ενίσχυση με βάση τον ν. 3723/2008 και τον ν. 3864/2010 συντίθεται από μια σειρά ειδικών δικαιωμάτων που καθιερώθηκαν για το Ελληνικό

83 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 6.
84 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 9.
85 Ν. 3864/2010, άρθρο 10 παρ. 9.
86 Για την εν λόγω αρχή, βλ. αναλυτικά *Λιβαδά* (2016), όπ.π., σελ. 99-124.

Δημόσιο και το ΤΧΣ, αντίστοιχα. Τα ειδικά αυτά δικαιώματα συνδέονται με τους εκπροσώπους τους στο δ.σ. των ωφελούμενων π.ι., καθώς επίσης και στην καθιέρωση ειδικά για το ΤΧΣ διατάξεων αναφορικά με την αξιολόγηση των δ.σ. και των μελών τους.

Συνοψίζοντας, το ρυθμιστικό πλαίσιο που διέπει τους εκπροσώπους οι οποίοι διορίζονται από το Ελληνικό Δημόσιο και το ΤΧΣ στα δ.σ. των π.ι., τα οποία λαμβάνουν κεφαλαιακή ενίσχυση, παρουσιάζει αρκετά κοινά σημεία, διαφοροποιείται ωστόσο σημαντικά σε ορισμένες πτυχές του. Κύρια ομοιότητα μεταξύ των δύο ρυθμίσεων είναι ότι η παροχή κρατικής ενίσχυσης δίδει το δικαίωμα σε αυτόν ο οποίος χορηγεί την ενίσχυση να συμμετέχει με εκπρόσωπό του στο δ.σ. του ωφελούμενου π.ι., ο οποίος έχει ορισμένα, παρεμφερή επίσης, ειδικά δικαιώματα[87]. Κύρια διαφορά μεταξύ των δύο επιμέρους ρυθμίσεων αποτελεί το ότι το ρυθμιστικό πλαίσιο του ΤΧΣ για τον εκπρόσωπό του είναι σαφώς πιο διεξοδικό και διευρυμένο σε σχέση με εκείνο του ν. 3723/2008 για τον εκπρόσωπο του Ελληνικού Δημοσίου, αντίστοιχα.

Από την άλλη πλευρά, οι σχετικά πρόσφατες διατάξεις του ν. 3864/2010 για τα κριτήρια αξιολόγησης από το ΤΧΣ των δ.σ. των π.ι. που έχουν λάβει κεφαλαιακή ενίσχυση από αυτό έχουν ιδιαίτερα παρεμβατικό χαρακτήρα και βαίνουν πέραν της ενωσιακής νομοθεσίας (Οδηγία 2013/36/ΕΕ) και των ισχυουσών βέλτιστων πρακτικών, όπως για παράδειγμα οι αρχές εταιρικής διακυβέρνησης της Επιτροπής της Βασιλείας για την Τραπεζική Εποπτεία του 2015[88], οι αρχές εταιρικής διακυβέρνησης του ΟΟΣΑ[89] ή διαδεδομένοι (εθνικοί) κώδικες εταιρικής διακυβέρνησης.

Συνολικά, πρόκειται για ένα «ειδικό» πλαίσιο το οποίο εντάσσεται στο δίκαιο της κρίσης και έχει εξαιρετικό και προσωρινό χαρακτήρα. Τούτο δεν σημαίνει όμως, όπως προαναφέρθηκε, το ανέλεγκτο της συμβατότητάς του με το Σύνταγμα, το ευρωπαϊκό δίκαιο και τις διεθνείς βέλτιστες πρακτικές στη θεματική της εταιρικής διακυβέρνησης και, συνεπώς, κατά την εφαρμογή του το ρυθμιστικό αυτό πλαίσιο πρέπει να εξετάζεται μέσα από αυτό το πρίσμα.

87 Η δυνατότητα διορισμού εκπροσώπου στο δ.σ. από μέτοχο αναγνωρίζεται, εφόσον όμως προβλέπεται στο καταστατικό, και από τον κ.ν. 2190/1920 δυνάμει του άρθρου 18 παρ. 3.

88 Basel Committee on Banking Supervision (2015), *Corporate governance principles for banks* (http://www.bis.org/bcbs/publ/d238.htm). Βλ. σχετικά *Λιβαδά* (2016), όπ.π., σελ. 75.

89 OECD (2004), *OECD Principles of Corporate Governance* (http://www.oecd.org/daf/ca/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm). Βλ. σχετικά *Λιβαδά* (2016), όπ.π., σελ. 10.

Μιχαήλ Γ. Μαρκουλάκης*

Σκέψεις περί της ικανότητας διαδίκου των ειδικών λογαριασμών

I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

«Νομική προσωπικότητα ή νομικό πρόσωπο είναι η ικανότητα δικαίου, πραγματικό περιστατικό της οποίας δεν είναι η ψυχοβιολογική ανθρώπινη ύπαρξη».[1] Από την εποχή που ο *Λεωνίδας Γεωργακόπουλος* διατύπωνε τον παραπάνω ορισμό έχουν παρέλθει μόλις είκοσι έτη, η εικόνα όμως των πραγμάτων δείχνει να έχει σχεδόν απόλυτα μεταβληθεί. Η – αναφορικά με τις οντότητες πέραν της φυσικής ανθρώπινης ύπαρξης – πλήρης ταύτιση νομικής προσωπικότητας και ικανότητας δικαίου, η οποία την εποχή εκείνη έμοιαζε ακλόνητο δόγμα, πλέον φαίνεται να έχει ξεπεραστεί ή εν πάση περιπτώσει να έχει τεθεί σοβαρά σε αμφισβήτηση. Στην Γερμανία ήδη το 2001 με την θεμελιώδη απόφαση «Weißes Ross»[2] το BGH αναγνώρισε στην στερούμενη νομικής προσωπικότητας αστική εταιρεία, που αναπτύσσει προς τα έξω συναλλακτική δράση θεμελιώνοντας έτσι δικαιώματα και υποχρεώσεις, ικανότητα δικαίου και διαδίκου. Έδειξε έτσι τον δρόμο προς μια εξέλιξη, για την οποία η γερμανική επιστήμη χρόνια προετοίμαζε το έδαφος.[3] Στο ελληνικό δίκαιο οι πρόσφατες διατάξεις του ν. 4072/2012 δείχνουν προς την ίδια αυτήν κατεύθυνση, στο μέτρο που αναγνωρίζουν πλέον ρητά ικανότητα δικαίου και πτωχευτική ικανότητα στην μη καταχωρισμένη στο Γ.Ε.ΜΗ. – και επομένως ενόψει του άρθρου 251 παρ. 2 μη αποτελούσα νομικό πρόσωπο – εταιρεία που ασκεί εμπορική δραστηριότητα (άρθρ. 251 παρ. 3) καθώς και στην επίσης στερούμενη νομικής προσωπικότητας κοινοπραξία που έχει καταχωρισθεί στο Γ.Ε.ΜΗ. ή εμφανίζεται προς τα έξω (άρθρ. 293 παρ. 1). Στην όλη αυτήν άκρως επίκαιρη συζήτηση, η οποία χωρίς αμφιβολία σηματοδοτεί «αλλαγή παραδειγμάτων» (paradigm shift· Paradigmenwechsel) κατά την έκφραση του *Thomas Kuhn*, σπουδαίο ρόλο έχει διαδραματίσει μία δικονομική διάταξη, εκείνη του άρθρου

---

* Δ. Ν., Δικηγόρος στην Τράπεζα της Ελλάδος.

1 *Γεωργακόπουλος*, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου. Τόμος 1 τεύχος 2: Εταιρείες και συνδεδεμένες επιχειρήσεις (1996)², σ. 27-28.

2 BGH, Urt. v. 29.01.2001, NJW 2001, 1056. Από την – στο μεταξύ εκτενέστατη (βλ. χαρακτηριστικά πιο πρόσφατα *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft [2015], σ. 189, ο οποίος παρατηρεί ότι τα αποτελέσματα μιας σχετικής έρευνας στην τράπεζα νομικών πληροφοριών Juris εκτείνονται σε περίπου πέντε σελίδες) – σχετική βιβλιογραφία βλ. μόνο *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 επ.

3 Καθοριστική προπάντων στην σύγχρονη εποχή ήταν η διδασκαλία του *Flume*, Die Personengesellschaft (1977), § 4 II. Περιληπτική αναφορά στην ιστορική εξέλιξη της «μεταρρύθμισης» αυτής βλ. σε *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 994 επ.

62 εδ. β΄ ΚΠολΔ,[4] σύμφωνα με την οποία «[ε]νώσεις προσώπων που επιδιώκουν κάποιο σκοπό, χωρίς να είναι σωματεία, καθώς και εταιρείες που δεν έχουν νομική προσωπικότητα, μπορούν να είναι διάδικοι». Δεν εκπλήσσει επομένως ότι η προβληματική των ενώσεων προσώπων και λοιπών οντοτήτων επιλέχθηκε ως θέμα του πρόσφατου 40ού Πανελληνίου Συνεδρίου της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων.

Στο πλαίσιο του καθόλου προβληματισμού περί της ικανότητας δικαίου ή/και διαδίκου ενώσεων προσώπων και λοιπών οντοτήτων που δεν αποτελούν νομικά πρόσωπα, ενδιαφέρον παρουσιάζει ως ειδικότερη πτυχή του το ζήτημα των ειδικών λογαριασμών, το οποίο μάλιστα απασχόλησε πρόσφατα και την Ολομέλεια του Αρείου Πάγου. Επί περίπτωσης τέτοιου – χαρακτηριζόμενου δηλαδή ως «ειδικού λογαριασμού» – μορφώματος η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου έκρινε ότι τούτο, αποτελώντας ομάδα περιουσίας, δεν εμπίπτει στην αναφερόμενη αποκλειστικά σε ενώσεις προσώπων διάταξη του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ και στερείται επομένως ικανότητας διαδίκου.[5] Η αντίδραση που η απόφαση αυτή προκάλεσε στην θεωρία[6] αποτέλεσε αφορμή να διευρυνθεί κατά ενδιαφέροντα τρόπο και στο πεδίο των ομάδων περιουσίας η διεξαγόμενη συνήθως με αναφορά μόνο στις ενώσεις προσώπων σχετική συζήτηση.

Υπό το φως ακριβώς της απόφασης αυτής της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου και του συναφούς προβληματισμού που έχει τα τελευταία χρόνια προκληθεί, επιχειρούνται στις γραμμές που ακολουθούν ορισμένες σκέψεις σχετικά με το ζήτημα της ικανότητας διαδίκου των ειδικών λογαριασμών. Οι γραμμές αυτές αφιερώνονται στην μνήμη του κραταιού νομικού, *Λεωνίδα Γεωργακόπουλου*, ο οποίος μέσα από το σπουδαίο έργο του συνεχίζει να διδάσκει και τις νεότερες γενιές.

II. Οι ειδικοί λογαριασμοί ως μορφώματα του νομικού βίου

1. Η έννοια του ειδικού λογαριασμού

Η τοποθέτηση επί του ζητήματος της ικανότητας διαδίκου των ειδικών λογαριασμών προϋποθέτει βέβαια προηγουμένως την κατανόηση της έννοιας και της φύσης τους. Η έννοια του ειδικού λογαριασμού δεν είναι ενιαία, φαίνεται αντίθετα να χρησι-

4 Βλ. αντί πολλών *Καλαβρό*, ΧρΙΔ 2003, 289, 300· *Μπέη*, Δ 2007, 1210-1211· *Νίκα*, Πολιτική Δικονομία Ι (2003), σ. 294· *Παναγόπουλο*, ΕφΑΔ 2013, 735, 736.

5 ΟλΑΠ 25/2008, ΕφΑΔ 2008, 1233 = ΕλλΔνη 2008, 1347 = Δ 2009, 130 = Digesta 2009, 45. Την απόφαση της Ολομέλειας ακολουθεί και η ΜονΠΑθ 2329/2009, Digesta 2010, 64. Βλ. και την ΑΠ 1603/2006, Δ 2007, 145 = Digesta 2009, 49, με την οποία παραπέμφθηκε ως γενικότερου ενδιαφέροντος το ζήτημα στην Τακτική Ολομέλεια του Αρείου Πάγου. Για την ενδιαφέρουσα διαδικαστική εξέλιξη της αγωγής, εξ αφορμής της οποίας ανέκυψε το ζήτημα, βλ. *Παναγόπουλο*, Digesta 2010, 1, 1 επ.

6 Βλ. *Μπέη*, Δ 2009, 133 επ.· βλ. και τις παρατηρήσεις *του ίδιου*, Δ 2007, 147 επ. επί της παραπεμπτικής απόφασης του Τμήματος· περαιτέρω *Παναγόπουλο*, Digesta 2009, 51 και 11 επ. = σε *Ρούσσο (επιμ.)*, Δίκαιο νομικών προσώπων: Liber Amicorum Δωρή (2010), σ. 631 επ.· *τον ίδιο*, Digesta 2010, 1. Σύμφωνη πάντως με την απόφαση η *Απαλαγάκη*, ΕφΑΔ 2009, 193 επ.

μοποιείται για να καλύψει ποικιλία μορφωμάτων του νομικού βίου με διαφορετικά κάθε φορά πεδία εφαρμογής και τομείς ενδιαφέροντος. Ειδικοί λογαριασμοί χρησιμοποιούνται έτσι στον τομέα της παιδείας, ιδίως για την αξιοποίηση των κονδυλίων της επιστημονικής έρευνας, κατάρτισης και τεχνολογικής ανάπτυξης στα Ανώτατα και Τεχνολογικά Εκπαιδευτικά Ιδρύματα της χώρας,[7] στο πεδίο της ενέργειας,[8] και γενικά στην δημόσια διοίκηση[9]. Στο πλαίσιο της συζήτησης περί των ειδικών λογαριασμών αναφέρονται επιπλέον συχνά και τα αμοιβαία κεφάλαια κινητών αξιών και μετρητών ή ακινήτων[10] καθώς και τα αλληλοβοηθητικά ταμεία επικουρικής ασφάλισης του προσωπικού των πιστωτικών ιδρυμάτων, εφόσον είχαν συσταθεί υπό την μορφή ειδικού λογαριασμού.[11] Τα αλληλοβοηθητικά αυτά ταμεία μάλιστα, επί των οποίων έκρινε ειδικότερα η προεισαγωγικά αναφερθείσα απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου[12], εμφανίζουν – σε σχέση με τους υπόλοιπους ειδικούς λογαριασμούς – την ιδιαιτερότητα ότι συστήθηκαν όχι διά πολιτειακής πράξης αλλά διά συμφωνίας μεταξύ των πιστωτικών ιδρυμάτων και του προσωπικού τους.[13]

Παρά την ποικιλομορφία[14] εντοπίζεται ωστόσο – τουλάχιστον εκ πρώτης όψεως – ένα κοινό εννοιολογικό γνώρισμα των ειδικών λογαριασμών. Φαίνεται πως πρόκειται

---

7 Βλ. άρθρο 1 της ΚΑ/679/22.08.1996 κοινής απόφασης των Υπουργών Οικονομικών και Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων, η οποία εκδόθηκε με επίκληση κυρίως του άρθρου 50 παρ. 3 εδ. γ΄ ν. 2413/1996 και κυρώθηκε με το άρθρο 36 ν. 3794/2009. Από την θεωρία βλ. σχετικά με τους ειδικούς λογαριασμούς επιστημονικής έρευνας ΑΕΙ *Χριστοδούλου*, ΝοΒ 1991, 729 επ.· πρόσφατα *Χ. Φίλιο*, Περιουσία και χωριστές περιουσίες (2015), σ. 161 επ.· *Κατηφόρη*, Εισήγηση στο 40ό Συνέδριο της Ενώσεως Ελλήνων Δικονομολόγων (2015· ανάτυπο), σ. 22 επ. Από την νομολογία ενδεικτικά ΑΠ 1595/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 589/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΟλΕΣ 27/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕΣ 535/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕΣ 320/2005, ΑρχΝ 2005, 717. Βλ. όμως και ΑΠ 1561/1999, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

8 Άρθρο 40 ν. 2773/1999 και ήδη άρθρο 143 ν. 4001/2011 (ειδικός λογαριασμός, μέσω του οποίου η «Λειτουργός Αγοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας Α.Ε.» [ΛΑΓΗΕ Α.Ε.] και η εταιρεία «Διαχειριστής του Ελληνικού Δικτύου Διανομής Ηλεκτρικής Ενέργειας Α.Ε.» [ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε.] ανακτούν τα ποσά που καταβάλλουν στους παραγωγούς ηλεκτρικής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας [ΑΠΕ] και Συμπαραγωγή Ηλεκτρισμού και Θερμότητας Υψηλής Απόδοσης [ΣΗΘΥΑ])· άρθρο 55 ν. 4001/2011 σε συνδυασμό με το άρθρο 36 παρ. 2 ν. 4067/2012 (τηρούμενος από τον διαχειριστή του ΕΣΜΗΕ και τους διαχειριστές των Συστημάτων και Δικτύων Διανομής Φυσικού Αερίου ειδικός λογαριασμός, στον οποίο χρεώνονται ως εκροές τα παρεχόμενα στους υπόχρεους παροχής υπηρεσιών κοινής ωφέλειας ανταλλάγματα και πιστώνονται ως εισροές τα έσοδα από χρεώσεις που επιβάλλονται στους πελάτες και συλλέγονται από τους προμηθευτές). Σχετικά με τον ειδικό λογαριασμό για την καταβολή της αμοιβής των παραγωγών ηλεκτρικής ενέργειας από ΑΠΕ βλ. *Πανάγο*, ΝοΒ 2013, 874 επ.

9 Βλ. άρθρο 1 ν. 3697/2008.

10 Βλ. έτσι *Παναγόπουλο*, Digesta 2009, 11, 18 επ. = Δίκαιο νομικών προσώπων, σ. 638 επ.· *τον ίδιο*, ΕφΑΔ 2014, 99 επ., όπου και αναλυτικές παραπομπές στις διάφορες αποκλίνουσες απόψεις. Πιο πρόσφατα *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 162 επ., όπ.π. (όχι χωριστή περιουσία, αλλά διακοινωνία επενδυτών)· *Κατηφόρης*, Εισήγηση, σ. 23 επ. Από την νομολογία βλ. σχετικά ΑΠ 37/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

11 Όχι δηλαδή υπό την μορφή σωματείου ή ένωσης προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα. Για τις διάφορες νομικές μορφές που μπορούν να λάβουν τέτοια αλληλοβοηθητικά ταμεία βλ. *Ρούσσο*, σε *Ρούσσο (επιμ.)*, Δίκαιο νομικών προσώπων: Liber Amicorum Δωρή (2010), σ. 33.

12 Βλ. ανωτ. σημ. 5.

13 Βλ. ΑΠ 1603/2006, Δ 2007, 145, 146 = Digesta 2009, 49, 50· ομοίως και *Ρούσσος*, Δίκαιο νομικών προσώπων, σ. 34. Έτσι και ο *Πανάγος*, ΝοΒ 2013, 874 και σημ. 1, ο οποίος ωστόσο εν συνεχεία, παραβλέποντας την ύπαρξη αυτών των συμβατικώς συσταθέντων ειδικών λογαριασμών, ανάγει την σύσταση «με νομοθετικές ή κανονιστικές πράξεις, ήτοι σε κάθε περίπτωση με πολιτειακή πράξη» (*ibid.*, σ. 874) σε εννοιολογικό γνώρισμα των ειδικών λογαριασμών.

14 Χαρακτηριστικός της ποικιλομορφίας αυτής είναι ο ορισμός που περιέχει το άρθρο 1 ν. 3697/2008, σύμφωνα με τον οποίο ως «ειδικοί λογαριασμοί» χαρακτηρίζονται ευρύτατο φάσμα νομικών μορφωμάτων, από «λογαριασμ[ούς] που λειτουργούν με νομική και διαχειριστική αυτοτέλεια» (*lit*. α΄) έως «επιτροπές […], διοικητικά σχήματα και μορφώματα διοικητικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένων και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου» (*lit*. β΄).

σε όλες τις περιπτώσεις για χωριστές ομάδες περιουσίας, οι οποίες δεν διαθέτουν ιδία νομική προσωπικότητα, διέπονται ωστόσο για διαφορετικούς κάθε φορά λόγους από νομική και διαχειριστική αυτοτέλεια, έχουν δηλαδή αποκοπεί ως προς την διαχείρισή τους από την υπόλοιπη περιουσία του νομικού προσώπου, στην περιουσία του οποίου εντάσσονται.[15] Έτσι οι ειδικοί λογαριασμοί των Α.Ε.Ι. και Τ.Ε.Ι. ανήκουν μεν στην περιουσία του εκπαιδευτικού ιδρύματος, αποτελούν όμως σε σχέση με την υπόλοιπη περιουσία του χωριστή περιουσιακή ομάδα, η διαχείριση της οποίας έχει – για λόγους ιδιαίτερης δημοσιονομικής μεταχείρισης[16] – ανατεθεί σε ειδικά προβλεπόμενα όργανα[17] και η οποία είναι υπέγγυα μόνο απέναντι στους πιστωτές του εκπαιδευτικού ιδρύματος που σχετίζονται με τους σκοπούς του ειδικού λογαριασμού.[18] Κατά παρόμοιο τρόπο υποστηρίζεται ότι ο ειδικός λογαριασμός του άρθρου 143 ν. 4001/2001 δεν αποτελεί περιουσία της – ανήκουσας στο Δημόσιο[19] – εταιρείας «Λειτουργός Αγοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας Α.Ε.» (ΛΑΓΗΕ Α.Ε.), αλλά ανήκει, αποτελούμενος από κρατικούς πόρους,[20] στο νομικό πρόσωπο του Κράτους, το οποίο για λόγους διαχειριστικής αυτοτέλειας και ενόψει της σημασίας που αποδίδεται στις ανανεώσιμες πηγές ενέργειας έχει αναθέσει στην ΛΑΓΗΕ την διαχείρισή του.[21] Χαρακτηριστικός προς την κατεύθυνση αυτήν είναι και ο νομοθετικός ορισμός που περιέχεται στο άρθρο 1 *lit*. α΄ ν. 3697/2008, ο οποίος ανάγει την «νομική και διαχειριστική αυτοτέλεια» σε εννοιολογικό γνώρισμα των ειδικών λογαριασμών για τους σκοπούς του συγκεκριμένου νόμου.

Παρά το γεγονός ότι οι ειδικοί λογαριασμοί παρουσιάζονται ως σύγχρονο νομικό μόρφωμα, καθ' εαυτό το φαινόμενο των χωριστών περιουσιών κάθε άλλο παρά νέο είναι. Το δίκαιο αναζητεί από παλιά τρόπους για την αυτονόμηση ομάδων περιουσίας, προκειμένου να εξυπηρετηθούν διάφοροι σκοποί. Η τάση αυτή και η επιθυμία για τον χωρισμό και την αυτονόμηση περιουσιακών ομάδων ήταν εξάλλου που στην ιστορική της πορεία οδήγησε στην σύγχρονη αντίληψη περί νομικών προσώπων.[22] Είναι επομένως εύλογο, για να κατανοήσει κανείς το φαινόμενο

15 Βλ. *Πανάγο*, ΝοΒ 2013, 874, 874-875. Βλ. όμως και ΑΠ 1561/1999, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

16 Στην ιδιαίτερη δημοσιονομική μεταχείριση εντοπίζει την *ratio* της σύστασης του ειδικού λογαριασμού ο *Χριστοδούλου*, ΝοΒ 1991, 729, 730.

17 Βλ. άρθρο 3 παρ. 2 της κοινής υπουργικής απόφασης ΚΑ/679/22.08.1996, το οποίο επιπλέον προβλέπει ότι όργανα του ειδικού λογαριασμού είναι η Επιτροπή Εκπαίδευσης και Ερευνών και η Γραμματεία του Λογαριασμού. Βλ. επίσης έτσι *Χριστοδούλου*, ΝοΒ 1991, 729, 730. Από την νομολογία βλ. ΟλΕΣ 27/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕΣ 535/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕΣ 320/2005, ΑρχΝ 2005, 717, 719· ΑΠ 1595/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 589/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

18 Έτσι *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 162 αριθ. 170· *Κατηφόρης*, Εισήγηση, σ. 22.

19 Άρθρο 99 παρ. 6 ν. 4001/2011. Βλ. έτσι και ΣτΕ 2407/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

20 Έτσι ο *Πανάγος*, ΝοΒ 2013, 874, 877.

21 Έτσι ο *Πανάγος*, ΝοΒ 2013, 874, 877 (συγκεχυμένα πάντως στο μέτρο που από την σκέψη ότι ο ειδικός λογαριασμός «συνιστά χωριστή ομάδα περιουσίας εντός της περιουσίας του νομικού προσώπου, αλλά σαφώς διακεκριμένη από τη λοιπή περιουσία του» συμπεραίνει ότι «δεν αποτελεί περιουσία του νομικού προσώπου της ΛΑΓΗΕ»), 880, 881 (ομοίως συγκεχυμένα, δεχόμενος αφενός ότι ο ειδικός λογαριασμός «αποτελεί αυτοτελή ομάδα περιουσίας, εντός της περιουσίας της ΛΑΓΗΕ», αφετέρου ότι «αυτή (η ΛΑΓΗΕ) έχει μόνο τη διαχείριση του λογαριασμού και όχι την κυριότητα των ποσών που απαρτίζουν τη σχετική περιουσία»). Βλ. και ΣτΕ 2407/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ (εισφορά που αποτελεί πόρο του ειδικού λογαριασμού «τελεί στη διάθεση και υπό τον έλεγχο του Δημοσίου, συνιστώντας δημόσιο έσοδο»).

22 Βλ. έτσι *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen (1998), σ. 38· *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 50 επ., 84, 172, αμφότεροι με περαιτέρω παραπομπές.

των ειδικών λογαριασμών και να απαντήσει στα διάφορα ερωτήματα που η ύπαρξη και η αντιμετώπισή τους δημιουργεί, να στρέψει το βλέμμα του προς τα παραδεδομένα και επομένως πιο γνώριμα σχήματα χωριστών περιουσιών, αναζητώντας σε αυτά παραλληλισμούς και λύσεις.[23]

2. Οι χωριστές περιουσίες στο δίκαιο

α. Η έννοια της χωριστής περιουσίας

Η έννοια της χωριστής περιουσίας δεν ορίζεται στον νόμο,[24] ωστόσο χρησιμοποιείται σε πολλές περιπτώσεις από τους συγγραφείς ως αυτονόητη.[25] Για χωριστές περιουσίες γίνεται έτσι κυρίως λόγος στις περιπτώσεις της αποδοχής κληρονομίας με το ευεργέτημα της απογραφής, της δικαστικής εκκαθάρισης κληρονομίας, του εκτελεστή διαθήκης, της κοινοκτημοσύνης των συζύγων, της επαγωγής με διαθήκη περιουσίας σε ανήλικο με τον όρο να μην έχουν οι γονείς ή ο επίτροπος την διοίκησή της (άρθρα 1521 ή 1616 ΑΚ) καθώς και στην περίπτωση της πτωχευτικής περιουσίας.[26] Ως κοινό στοιχείο αυτών των περιπτώσεων εντοπίζεται το γεγονός ότι – για διαφορετικούς κάθε φορά λόγους[27] και για την εξυπηρέτηση των συμφερόντων είτε του φορέα της χωριστής περιουσίας (π.χ. 1845 ΑΚ) είτε τρίτων (π.χ. των δανειστών του, όπως στην περίπτωση της πτωχευτικής περιουσίας)[28] – ο νομοθέτης έχει επιλέξει να αποκόψει ένα μέρος από την περιουσία ενός προσώπου, κατά τρόπο ώστε η δημιουργούμενη χωριστή περιουσιακή ομάδα να αυτονομείται από την υπόλοιπη περιουσία του.[29] Η χωριστή περιουσιακή ομάδα παραμένει βέβαια περιουσία του προσώπου αυτού.[30] Αποχωρίζεται όμως από την υπόλοιπη περιουσία του, έτσι ώστε

23 Χαρακτηριστικά προς την ορθή αυτήν κατεύθυνση ο *Χριστοδούλου*, NoB 1991, 729, 730-731, ο οποίος επιχειρεί παραλληλισμό του ειδικού λογαριασμού επιστημονικής έρευνας προς το μη αυτοτελές ίδρυμα. Πρβλ. και *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 160 επ., ο οποίος εντάσσει τόσο τα μη αυτοτελή ιδρύματα του άρθρου 50 παρ. 2 ν. 4182/2013 όσο και τους ειδικούς λογαριασμούς ΑΕΙ και ΤΕΙ στις χωριστές περιουσίες που προβλέπονται σε ειδικά νομοθετήματα.

24 Βλ. πάντως 1905, 1914 ΑΚ.

25 Έτσι *Dauner-Lieb*, Sondervermögen, σ. 37 καθώς και σ. 38 επ., όπου παράθεση των (περιορισμένων πάντως και μάλλον περιγραφικών) θέσεων που έχουν διατυπωθεί σχετικά με την έννοια της χωριστής περιουσίας.

26 *Dauner-Lieb*, *ibid*. Ανάλυση της σχετικής περιπτωσιολογίας με αποχωρισμό των περιπτώσεων που δεν συνιστούν «γνήσιες χωριστές περιουσίες» βλ. σε *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 141 επ.

27 Βλ. έτσι *Wolf*, JuS 1975, 710· *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 376· *Dauner-Lieb*, Sondervermögen, σ. 41 επ., 43, 51 επ.· *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (2012)[10], § 26 αριθ. 30-35· *Μπαλή*, Γενικαί Αρχαί του Αστικού Δικαίου (1961)[8], παρ. 183· *Π. Φίλιο*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου (2011)[4], σ. 189· βλ. πάντως και *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 174 επ., 194.

28 Βλ. *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts I (1910), σ. 332 επ.· πρόσφατα έτσι *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 194. Βλ. πάντως και *Dauner-Lieb*, Sondervermögen, σ. 46 („alle Formen der Vermögenssonderung [haben] die Funktion [...], bestimmte Teile des Vermögens eines Rechtsträgers für einen Zweck dienstbar zu machen, der über seine rein persönlichen und „egoistischen" Interessen hinausgeht").

29 *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 376.

30 Βλ. έτσι *Μπαλή*, Γενικαί Αρχαί, παρ. 183· *Π. Φίλιο*, Γενικές Αρχές, σ. 191. Από την γερμανική βιβλιογραφία έτσι ήδη *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, σ. 345· περαιτέρω *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 377, οι οποίοι μάλιστα εντοπίζουν στο σημείο αυτό σημαντική διαφορά προς τα νομικά πρόσωπα. Σαφώς έτσι πρόσφατα και *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 171, 177, όπ.π.

είτε να υπόκειται, προκειμένου να εξασφαλιστεί από διαθέσεις προς τρίτους, σε αυτόνομη διαχείριση από τον ίδιο τον φορέα της (π.χ. 1403 επ. ΑΚ) ή από τρίτο (π.χ. 2020 παρ. 2 εδ. β΄ και 2021 επ. ΑΚ)[31] είτε να περιορίζεται η υπεγγυότητά της έναντι ορισμένων δανειστών του φορέα της (π.χ. 1904-1905 ΑΚ).[32] Κατά προσφάτως διατυπωθείσα, ελκυστική άποψη[33] οι γνήσιες χωριστές περιουσίες συνδυάζουν και τα δύο αυτά στοιχεία, στα οποία μάλιστα εντοπίζεται και ο πραγματικός, ενιαίος νομοθετικός σκοπός του χωρισμού περιουσιών. Διαπιστώνεται δηλαδή ότι η αυτονόμηση της χωριστής περιουσίας εκδηλώνεται αναγκαστικά με τον περιορισμό της εξουσίας διάθεσης του φορέα της επί αυτής και ταυτόχρονα συναφώς με τον περιορισμό της υπεγγυότητάς της έναντι ορισμένων δανειστών του. Ανεξαρτήτως όμως ποια από τις δύο απόψεις είναι ορθότερη, οι υποστηρικτές και των δύο ομοφωνούν ότι χωριστή περιουσία υπό την ανωτέρω έννοια δεν μπορεί να δημιουργηθεί δυνάμει της ιδιωτικής βούλησης αλλά στηρίζεται πάντοτε στον νόμο.[34] Ο λόγος γίνεται εύκολα αντιληπτός, αν αναλογιστεί κανείς την ανασφάλεια που θα γεννούσε στους δανειστές του φορέα της περιουσίας τυχόν δυνατότητά του να χωρίζει αυτοβούλως την περιουσία του σε ομάδες, καθορίζοντας έτσι μονομερώς και χωρίς δημοσιότητα από ποια περιουσιακά του στοιχεία μπορούν αυτοί να ικανοποιηθούν.[35]

β. Η περιουσία του νομικού προσώπου και της ένωσης προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα ως χωριστή περιουσία

Πέραν όμως του χωρισμού περιουσιών βάσει νομοθετικής πρόβλεψης, ορισμένη περιουσιακή ομάδα μπορεί πρακτικά να αυτονομηθεί και διά της σύστασης νομικού προσώπου, στο οποίο αυτή μεταβιβάζεται.[36] Η περιουσιακή αυτή ομάδα παύει τότε

31 Βλ. *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, σ. 333, 345-346.

32 Έτσι *Μπαλής*, Γενικαί Αρχαί, παρ. 183· *Π. Φίλιος*, Γενικές Αρχές, σ. 189-190. Ότι ο περιορισμός της υπεγγυότητας της περιουσίας απαιτεί ειδική πρόβλεψη και δεν αποτελεί ίδιον όλων των περιπτώσεων χωριστών ομάδων περιουσίας δέχεται και ο *Παπαντωνίου*, ΕΕΝ 1965, 793, 798. Ήδη *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, σ. 338 επ.· *Wolf*, JuS 1975, 710, 710-711. Τα δύο αυτά στοιχεία (την περιορισμένη διαχείριση-εξουσία διάθεσης και την περιορισμένη υπεγγυότητα) διακρίνουν και οι *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 377 ως χαρακτηριστικά των χωριστών ομάδων περιουσίας, χωρίς όμως μάλλον να τους αποδίδουν και χαρακτήρα εννοιολογικών γνωρισμάτων. Βλ. και *Dauner-Lieb*, Sondervermögen, σ. 50-51, που αναφέρεται σε αποκλεισμό κάθε ξένης προς τον σκοπό του χωρισμού των περιουσιών επέμβασης στην χωριστή περιουσία είτε εκ μέρους του φορέα της είτε/και εκ μέρους των ατομικών του δανειστών.

33 Διεξοδικά έτσι πρόσφατα *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 170-171, 177 επ., 185, 194. Έτσι μάλλον και *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 26 αριθ. 36-38.

34 Ρητά έτσι *Μπαλής*, Γενικαί Αρχαί, παρ. 183 («ομάς δικαίου»)· *Παπαντωνίου*, ΕΕΝ 1965, 793, 796, 798· *Π. Φίλιος*, Γενικές Αρχές, σ. 189 (προσθέτει ότι η σύσταση χωριστής περιουσίας διέπεται από την «αρχή της τυποποίησης [κλειστός αριθμός]»)· *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 170, 173· *Παπαδοπούλου*, Ένωση και χωρισμός κληρονομιαίας και ατομικής περιουσίας του κληρονόμου (2015), σ. 164. Από την γερμανική βιβλιογραφία βλ. ιδίως *Wolf*, JuS 1975, 710, 716 («Typenzwang der Sondervermögen»)· *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 26 αριθ. 30 (αναφέρονται μάλιστα σε «*numerus clausus*»).

35 Βλ. *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 186 επ.· *Παπαδοπούλου*, Ένωση και χωρισμός, σ. 164· βλ. ήδη και *Wolf*, JuS 1975, 710, 716.

36 Πρβλ. *Παπαντωνίου*, ΕΕΝ 1965, 793, 796 (με αναφορά στο ίδρυμα), 798 (σε σχέση με τις εμπορικές εταιρείες)· επίσης *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 172.

συνεπεία της μεταβίβασης να ανήκει στον μεταβιβάζοντα ιδρυτή του νομικού προσώπου, αποκόπτεται δηλαδή με την έννοια αυτήν από την υπόλοιπη περιουσία του και γίνεται περιουσία του ιδρυόμενου νομικού προσώπου.

Με ακρίβεια παρατηρείται ότι η λειτουργική αυτή ομοιότητα μεταξύ της δημιουργίας χωριστής περιουσίας και της ίδρυσης νομικού προσώπου μόνο εκ πρώτης όψεως υφίσταται.[37] Κατ' εγγύτερη παρατήρηση στην περίπτωση του νομικού προσώπου δεν υπάρχει ορισμένη περιουσιακή ομάδα η οποία αυτονομείται εντός της περιουσίας του φορέα της. Με την σύσταση του νομικού προσώπου αντίθετα η τασσόμενη περιουσία αποκόπτεται πλήρως από τον ιδρυτή και μεταβιβάζεται στο νέο υποκείμενο δικαίου, καθιστάμενη πλέον δική του περιουσία.[38] Η ύπαρξη όμως περιουσιακής ομάδας αυτόνομης μεν, αλλά εντός της περιουσίας του φορέα της, αποτελεί, όπως αναφέρθηκε, βασικό γνώρισμα της έννοιας της χωριστής περιουσίας. Ενόψει του γεγονότος ότι η περιουσία μεταβιβάζεται στο νομικό πρόσωπο ως νέο υποκείμενο δικαίου, η κατ' αυτόν τον τρόπο αποκοπή της από την περιουσία του ιδρυτή έχει επιπλέον μόνιμο χαρακτήρα,[39] σε αντίθεση προς τον κατά κυριολεξία – εντός δηλαδή της περιουσίας ενός φορέα – χωρισμό περιουσιακών ομάδων, ο οποίος, αποτελώντας – δεδομένων των συνεπειών του για τους δανειστές του φορέα – εξαιρετικό φαινόμενο, είναι καταρχήν προσωρινός.[40]

Οι επιμέρους αυτές διαφορές έχουν κοινή βαθύτερη αιτία, η οποία εντοπίζεται στην διαφορετική τελολογία που υπηρετούν ο χωρισμός περιουσιών αφενός και η ίδρυση νομικού προσώπου αφετέρου. Δημιουργώντας ο νόμος εντός της περιουσίας ενός υποκειμένου δικαίου χωριστή περιουσία, αποδίδει πρωταρχική σημασία και αποσκοπεί ακριβώς στην κατά τα ανωτέρω αυτονόμησή της από την υπόλοιπη περιουσία του φορέα.[41] Αντίθετα στην περίπτωση της ίδρυσης νομικού προσώπου η μεταφορά της περιουσίας του ιδρυτή σε αυτό έχει δευτερεύουσα μόνο σημασία. Δικαιοπαραγωγικό λόγο και θεμέλιο της ίδρυσης του νομικού προσώπου αποτελεί η βούληση των ιδρυτών να επιδιώξουν με την ίδρυση του νέου, αυτόνομου φορέα ορισμένο σκοπό.[42] Η βούληση αυτή προς επιδίωξη μέσω του νέου φορέα ορισμένου σκοπού κατέχει εδώ τον κεντρικό ρόλο.[43] Η μεταβίβαση της περιουσιακής ομάδας στο νομικό πρόσωπο και ο συνακόλουθος αποχωρισμός της από την περιουσία του ιδρυτή αποτελούν απλώς ένα από τα μέσα για την επιδίωξη του σκοπού αυτού.[44]

---

37 Βλ. *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 377· πρόσφατα *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 172.

38 Στο σημείο αυτό εντοπίζουν την διαφορά μεταξύ νομικού προσώπου και χωριστής περιουσίας οι *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 377. Βλ. ήδη συναφώς *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, σ. 347.

39 Βλ. *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 376· *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, σ. 347.

40 *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 185 επ.

41 Βλ. *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 173, 175, 177, 194. Βλ. πάντως και *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 376, οι οποίοι φαίνεται να αντιμετωπίζουν ως κοινό σημείο μεταξύ νομικού προσώπου και χωριστής περιουσίας το γεγονός ότι και στις δύο περιπτώσεις η περιουσία αφιερώνεται σε συγκεκριμένο σκοπό.

42 *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 172.

43 *Χ. Φίλιος*, *ibid*.

44 *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 173.

Οι παραπάνω σκέψεις επιβεβαιώνονται και στην περίπτωση του ιδρύματος, νομικού δηλαδή προσώπου περιουσιακής βάσης. Οι παλαιότερες απόψεις, οι οποίες απέδιδαν κεντρική σημασία στην «προσωποποιημένη» περιουσία[45], έχουν αντικατασταθεί πλέον από την σύλληψη του ιδρύματος ως «κεκτημένη νομική προσωπικότητα οργάνωση επιδιώκουσα ορισμένον σκοπόν διά προς τούτο αφιερωθείσης περιουσίας».[46] Ο σκοπός, ακριβέστερα η βούληση του ιδρυτή για την επιδίωξη ορισμένου σκοπού, είναι και για το ίδρυμα το βασικό στοιχείο, γύρω από το οποίο συμπλέκονται τα περαιτέρω εννοιολογικά του γνωρίσματα, δηλαδή η οργάνωση και η τασσόμενη περιουσία.[47] Την νομική προσωπικότητα δικαιολογεί και εδώ όχι η αυτονόμηση της περιουσιακής ομάδας, αλλά η «βούληση του υποκειμένου ιδρυτή σε συνδυασμό με την ανθρώπινη οργάνωση που αποτελούν τον φορέα των δικαιωμάτων και το υποκείμενο δικαίου».[48]

Οι ίδιες παρατηρήσεις ισχύουν και για τις ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα.[49] Ανεξαρτήτως αν θα πρέπει, ιδίως μετά τον ν. 4072/2012, να αναγνωρίζονται αυτές συλλήβδην ως υποκείμενα δικαίου[50] και – στην περίπτωση καταφατικής απάντησης – ανεξαρτήτως των στοιχείων που τις διαφοροποιούν από τα νομικά πρόσωπα,[51] δεν χωρεί αμφιβολία ότι και για την ένωση προσώπων το

45 Βλ. αντίκρουση αυτής της θέσης ήδη σε *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I (1895), σ. 647, όπου και αναλυτικές παραπομπές στους υποστηρικτές της.

46 *Γαζής*, Γενικαί Αρχαί του αστικού δικαίου, τόμος Β 2: Τα νομικά πρόσωπα (1974), § 47 II, ιδίως σ. 112. Βλ. σήμερα μόνο *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, Το ίδρυμα ιδιωτικού δικαίου (2007)[2], σ. 22.

47 Χαρακτηριστικά Soergel/*Neuhoff*, BGB[13], Vor § 80, αριθ. 10: „Sowohl das Stiftungsvermögen als auch die Stiftungsorganisation nehmen allerdings dem Stiftungszweck gegenüber eine *dienende Stellung* ein. Der Stifterwille bleibt für die Stiftung *dauernd* konstitutiv". Ομοίως Staudinger/*Hüttemann/Rawert* (2011), Vorbem zu §§ 80 ff., αριθ. 5 („Seele der Stiftung"), όπ.π., επίσης και αριθ. 9. Από την ελληνική βιβλιογραφία βλ. μόνο *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, Ίδρυμα, σ. 22. Χαρακτηριστικά μάλιστα επισημαίνεται η μεγαλύτερη αξία της βούλησης προς επιδίωξη ορισμένου σκοπού στο ίδρυμα σε σχέση προς τις ενώσεις προσώπων, υπό την έννοια ότι η βούληση του ιδρυτή παραμένει στο ίδρυμα καταρχήν αμετάβλητη, ενώ στις ενώσεις προσώπων ο σκοπός μπορεί να παραλλάσσεται, κατευθυνόμενος από την βούληση των μελών (βλ. Staudinger/*Hüttemann/Rawert* [2011], Vorbem zu §§ 80 ff., αριθ. 2).

48 *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 94-95.

49 *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 172-173.

50 Έτσι από την ελληνική βιβλιογραφία ο *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 84 επ., ιδίως 88 επ. Για την διαμορφούμενη υπό το νέο νομοθετικό καθεστώς κατάσταση και την αντιμετώπιση της μη καταχωρισμένης στο Γ.Ε.ΜΗ. εταιρείας που ασκεί εμπορική δραστηριότητα (άρθρ. 251 παρ. 2-3 ν. 4072/2012) καθώς και της κοινοπραξίας (άρθρ. 293 παρ. 1 ν. 4072/2012) ως στερούμενα νομικής προσωπικότητας υποκείμενα δικαίου, βλ. ιδίως *Ρόκα*, NoB 2013, 6, 22 επ.· επιφυλακτικοί οι *Γέσιου-Φαλτσή*, ΕφΑΔ 2012, 1035, 1045 («αμφιλεγόμενος και προβληματικός χαρακτήρας» των μορφωμάτων αυτών) και *Τσολακίδης*, ΧρΙΔ 2013, 12 επ.· έντονα επικριτικός ο *Σωτηρόπουλος*, ΔΕΕ 2013, 196, 201 επ. Μάλλον επικριτικός και ο *Κατηφόρης*, Εισήγηση, σ. 32 επ., εκκινώντας όμως από την (διαφορετική) αφετηρία ότι η κοινοπραξία είναι απλώς φορέας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των μελών της και αντιμετωπίζοντάς την επομένως δικονομικά ως κατ' εξαίρεση νομιμοποιούμενη· βλ. πάντως και *τον ίδιο*, ΕΠολΔ 2015, 338, 341-342.

51 Από την πλούσια σχετική γερμανική βιβλιογραφία βλ. μόνο *Reuter*, AcP 2007, 673, 687 επ. (ακριβής η παρατήρηση του *Τσολακίδη*, ΧρΙΔ 2013, 12, 22, ότι η επιχειρούμενη στην Γερμανία διάκριση δύσκολα μπορεί να αξιοποιηθεί στο ελληνικό δίκαιο, που ανάγει και τις προσωπικές εταιρείες σε νομικά πρόσωπα). Σε «σχεδόν ανύπαρκτες» διαφορές μεταξύ ένωσης προσώπων με ικανότητα δικαίου και νομικού προσώπου αναφέρεται ο *Ρόκας*, NoB 2013, 6, 26 (χαρακτηρίζοντας όμως το ζήτημα «μη ουσιώδες»)· προς την ίδια κατεύθυνση *Τσολακίδης*, *ibid*., σ. 21 επ.· έτσι και *Σωτηρόπουλος*, ΔΕΕ 2013, 196, 202 επ. (επισημαίνοντας επίσης [σ. 204] την σημαντική ιδιομορφία του γερμανικού δικαίου). Βλ. πάντως και *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 99 (και σ. 113), ο οποίος εντοπίζει εύστοχα το στοιχείο διαφοροποίησης «κυρίως στη βούληση των μελών της κάθε ένωσης να της προσδώσουν ή όχι δομική συγκρότηση και να την εντάξουν στο σχήμα των νομικών προσώπων».

καθοριστικό στοιχείο είναι η βούληση των μελών της να επιδιώξουν διά της σύστασής της ορισμένο σκοπό. Όπως και στα νομικά πρόσωπα, έτσι και στις ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα η αυτονόμηση της τασσόμενης περιουσίας μόνο ως μέσο για την επίτευξη του κοινού σκοπού μπορεί να ειδωθεί. Στο ελληνικό δίκαιο, που αγνοεί την «κοινωνία συνημμένης χειρός»,[52] η βούληση περισσοτέρων να επιδιώξουν από κοινού ορισμένο σκοπό, χωρίς να τηρήσουν τις διατυπώσεις ίδρυσης νομικού προσώπου, μπορεί να λάβει αποκλειστικά δύο μορφές. Μπορεί να οδηγήσει στην δημιουργία μιας κοινωνίας των μελών της ένωσης επί των κατ' ιδίαν δικαιωμάτων που συναποτελούν την κοινή περιουσία[53] ή μπορεί, εφόσον υιοθετηθεί η παραπάνω σύγχρονη εκδοχή περί της μη ταύτισης νομικής προσωπικότητας και ικανότητας δικαίου,[54] και υπό την προϋπόθεση της αυτόνομης εξωτερικής εμφάνισης στις συναλλαγές,[55] να οδηγήσει στον σχηματισμό ενός νέου αυτοτελούς φορέα δικαιωμάτων. Και υπό τις δύο εκδοχές η διαμορφούμενη κατάσταση διαφέρει ουσιωδώς από τις περιπτώσεις των χωριστών περιουσιών. Υπό την εκδοχή της κοινωνίας επί των κατ' ιδίαν δικαιωμάτων δεν πληρούνται τα στοιχεία της περιορισμένης υπεγγυότητας ή εξουσίας διάθεσης,[56] ενώ υπό την εκδοχή του σχηματισμού νέου υποκειμένου δικαίου ισχύουν όσα ανωτέρω αναφέρθηκαν σε σχέση με την περιουσία των νομικών προσώπων.

Οι παραπάνω παρατηρήσεις φαίνεται να συνοψίζονται στην σκέψη ότι η δημιουργία κατά κυριολεξία χωριστής περιουσίας αποτελεί ζήτημα αποκλειστικά του νομοθέτη. Καθ' εαυτήν η ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να οδηγήσει σε χωρισμό

---

52 Στο γερμανικό δίκαιο πριν την αναγνώριση ικανότητας δικαίου σε ορισμένες μορφές της «κοινωνίας συνημμένης χειρός» (Gesamthand· βλ. για την αστική εταιρεία την περίφημη απόφαση „Weißes Ross" ανωτ. σημ. 2· πιο πρόσφατα σχετικά με την κοινωνία κληρονόμων *C. Schmidt*, Erbengemeinschaft, *passim*) η κοινή περιουσία των μελών τους εντασσόταν στην προβληματική των χωριστών περιουσιών, με την σκέψη ότι το μερίδιο του κάθε μέλους στην κοινή περιουσία διακρίνεται πάντως από την υπόλοιπη, ατομική του περιουσία. Βλ. έτσι *Wolf*, JuS 1975, 710, 711· *Dauner-Lieb*, Sondervermögen, σ. 37 (όπ.π.), 48 επ. (προφανώς για να αποφύγει να περιορίσει εκ προοιμίου την προβληματική της). Και μετά την νομολογιακή στροφή έτσι *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 26 αριθ. 44 επ. Αντίθετα ήδη πριν *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, § 20 I (σ. 348)· *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 377. Βλ. και Staudinger/*Jickeli/Stieper* (2012), § 90 αριθ. 76 *i.f.*, σχετικά με την περιουσία της αστικής εταιρείας μετά την αναγωγή της σε υποκείμενο δικαίου. Στο μέτρο που η λύση της κοινωνίας συνημμένης χειρός δεν υιοθετήθηκε στο ελληνικό δίκαιο, οι προβληματισμοί αυτοί δεν μπορούν να μεταφερθούν σε εμάς.

53 Βλ. *Τσολακίδη*, ΧρΙΔ 2013, 12, 15 και σημ. 17, 16.

54 Βλ. πέραν των παραπομπών στην σημ. 50, προς την κατεύθυνση αυτήν και *Παναγόπουλο*, Digesta 2010, 1, 8 επ.· *τον ίδιο*, ΕφΑΔ 2013, 735, 739 επ.· *τον ίδιο*, ΕφΑΔ 2014, 99, 104.

55 Η συναλλακτική αυτή δράση προς τα έξω αποτελεί εδώ την γενεσιουργό αιτία της ικανότητας δικαίου, σε αντιδιαστολή προς τα νομικά πρόσωπα, όπου η απονομή ικανότητας δικαίου αποτελεί συνέπεια της τήρησης των απαιτούμενων διατυπώσεων δημοσιότητας, ανεξαρτήτως της συναλλακτικής δράσης ή της τυχόν αδράνειας. Βλ. *Τσολακίδη*, ΧρΙΔ 2013, 12, 17 και 22, όπου και ο προβληματισμός σχετικά με την κοινοπραξία που έχει καταχωρισθεί στο Γ.Ε.ΜΗ.· βλ. πάντως και *Σωτηρόπουλο*, Αναμν. Τομ. Κουσούλη, 577, 584 επ. Έτσι, ως φαίνεται, και ο *Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 93 επ., 98-99, 113, ο οποίος με ακρίβεια επισημαίνει ότι επιπλέον απαιτείται και η δυνατότητα ταυτοποίησης της ένωσης ως αυτοτελούς φορέα δικαιωμάτων μέσω στοιχείων όπως η επωνυμία και η έδρα (βλ. ήδη έτσι και *Reuter*, AcP 2007, 673, 681 επ.), αρνείται πάντως την δυνατότητα απόκτησης ικανότητας δικαίου διά της συμμετοχής στις συναλλαγές στις ομάδες περιουσίας (*Χ. Φίλιος*, Χωριστές περιουσίες, σ. 93 σημ. 139).

56 Βλ. *Τσολακίδη*, ΧρΙΔ 2013, 12, 15 και σημ. 17· αντίθετα *Καλαβρό*, ΧρΙΔ 2003, 289, 297 επ. (χωριστή περιουσία ειδικά για τις ανάγκες της εκτέλεσης), αμφότεροι με περαιτέρω παραπομπές.

περιουσιών,[57] μπορεί πάντως, υπό την προϋπόθεση ότι κατατείνει στην επιδίωξη ορισμένου σκοπού μέσω της δημιουργίας μιας νέας, αυτοτελούς οργανωτικής δομής, να οδηγήσει στην σύσταση ενός νέου υποκειμένου δικαίου είτε διά της τήρησης των απαιτούμενων διατυπώσεων και την συνακόλουθη ίδρυση νομικού προσώπου είτε – εφόσον υιοθετηθεί η άποψη που αναγνωρίζει ικανότητα δικαίου και σε μη έχουσες νομική προσωπικότητα ενώσεις προσώπων – διά της εμφάνισης και δράσης του στις συναλλαγές.

3. Ενδιάμεσο συμπέρασμα

Η έννοια της χωριστής περιουσίας, όπως αναδείχθηκε και μέσω της αντιπαραβολής της προς την ίδρυση νομικού προσώπου και την δημιουργία ένωσης προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα, φαίνεται να καλύπτει και την έννοια των ειδικών λογαριασμών, όπως αυτή – ενόψει και της ποικιλομορφίας που διαπιστώνεται σχετικά – γίνεται γενικά αντιληπτή. Οι ειδικοί λογαριασμοί στην πλειοψηφία τους δεν συνιστούν σε τελική ανάλυση τίποτα άλλο παρά περιουσιακές ομάδες, οι οποίες βάσει ρητής νομοθετικής πρόβλεψης έχουν ως προς την διαχείριση ή/και την υπεγγυότητά[58] τους αποχωριστεί από την υπόλοιπη περιουσία του φορέα τους, προκειμένου να εξυπηρετηθεί ο ειδικός κατά την νομοθετική σύλληψη προορισμός τους.

Αν είναι όμως έτσι, τότε το ερώτημα περί της ικανότητας διαδίκου των ειδικών λογαριασμών δεν είναι δύσκολο να απαντηθεί. Υπό την σύγχρονη αντίληψη, η οποία απορρίπτει την οργανική θεωρία για τον ρόλο του συνδίκου της πτώχευσης ή του εκτελεστή διαθήκης,[59] κανείς δεν θα σκεφτόταν να αποδώσει ικανότητα δικαίου ή διαδίκου στην πτωχευτική περιουσία ή στην κληρονομία.[60] Αυτές παραμένουν ακριβώς περιουσιακές ομάδες που διαπλέκονται γύρω από ένα υποκείμενο του δικαίου (λ.χ. τον πτωχό ή τον κληρονόμο) και οι οποίες απλώς έχουν αποχωριστεί από την υπόλοιπη περιουσία του φορέα τους κατά τρόπο ώστε την διαχείρισή τους να έχει αναλάβει έτερο υποκείμενο δικαίου (λ.χ. ο σύνδικος της πτώχευσης ή ο εκτελεστής

57 Από τον κανόνα αυτόν δεν αποτελεί εξαίρεση ούτε το μη αυτοτελές ίδρυμα, το οποίο συχνά εντάσσεται στην προβληματική των χωριστών περιουσιών (βλ. *Ulmer/Ihrig*, GmbHR 1988, 373, 376· Staudinger/*Jickeli/Stieper* [2012], § 90 αριθ. 76· *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 160-161), παραλληλίζεται δε ενίοτε και προς τους ειδικούς λογαριασμούς (βλ. *Χριστοδούλου*, NoB 1991, 729, 730-731). Χωριστή περιουσία αποτελεί η ταχθείσα περιουσιακή ομάδα όχι για τον ιδρυτή, ο οποίος – υπό την κρατούσα εκδοχή που αντιλαμβάνεται την σύσταση μη αυτοτελούς ιδρύματος ως δωρεά υπό τρόπο (βλ. *Πελλένη-Παπαγεωργίου*, Ίδρυμα, σ. 161-162, 174-175, 185 επ.) – αποξενώνεται από αυτήν, αλλά για τον νέο φορέα της, στον οποίο μεταβιβάζεται. Για το νομικό πρόσωπο, που αποκτά την τασσόμενη περιουσία, αυτή αποτελεί διακεκριμένη από την υπόλοιπη περιουσία του περιουσιακή ομάδα όχι δυνάμει της βούλησης του ιδρυτή να επιδιώξει τον κοινωφελή σκοπό, αλλά λόγω της ρητής νομοθετικής πρόβλεψης (βλ. ήδη άρθρο 50 παρ. 2 ν. 4182/2013) και ενόψει της ειδικής σημασίας που ο νομοθέτης αποδίδει στην επιδίωξη κοινωφελών σκοπών.

58 Σε σχέση με την περιορισμένη υπεγγυότητα των ειδικών λογαριασμών βλ. *Πανάγο*, NoB 2013, 874, 880 (για τον ειδικό λογαριασμό του άρθρου 143 ν. 4001/2011)· *Χ. Φίλιο*, Χωριστές περιουσίες, σ. 162 αριθ. 170· *Κατηφόρη*, Εισήγηση, σ. 22 (ειδικοί λογαριασμοί ΑΕΙ και ΤΕΙ).

59 Σε σχέση με την οργανική θεωρία βλ. μόνο *Bötticher*, ZZP 1964, 55 επ.

60 Αντί όλων Zöller/*Vollkommer*, ZPO[31], § 50 αριθ. 28-29.

διαθήκης). Ρυθμίζοντας εξάλλου το δίκαιο ειδικά τα ζητήματα της διαχείρισής τους, δεν καταλείπει περιθώριο υποκειμενοποίησης των περιουσιακών αυτών ομάδων, ούτε για την προστασία των συναλλαγών. Ο συναλλασσόμενος τρίτος μπορεί ευχερώς να διακρίνει ότι η πτωχευτική περιουσία ή η κληρονομία δεν συνιστούν καθ' εαυτές υποκείμενα δικαίου και να καταφύγει έτσι στις ειδικές νομοθετικές προβλέψεις, για να εντοπίσει το υποκείμενο κατά του οποίου μπορεί να στραφεί. Τίποτα άλλο δεν μπορεί να ισχύει και για τους ειδικούς λογαριασμούς. Αποτελώντας και αυτοί απλώς χωριστές περιουσίες κατά την παραδεδομένη έννοια, δεν χρειάζεται ούτε μπορεί να τους απονεμηθεί ικανότητα διαδίκου.

Υπό την αφετηρία αυτήν δημιουργείται όμως τότε το ερώτημα γιατί ειδικά στην περίπτωση της ήδη προεισαγωγικά αναφερθείσας απόφασης της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου[61] η άρνηση της ικανότητας διαδίκου του ενάγοντα ειδικού λογαριασμού συνάντησε τόσο έντονη αντίδραση στην θεωρία.[62] Η απάντηση στο ερώτημα αυτό πρέπει προφανώς να αναζητηθεί σε ενδεχόμενη ιδιαιτερότητα του συγκεκριμένου ειδικού λογαριασμού, ο οποίος απασχόλησε εν προκειμένω το Ακυρωτικό. Το ενάγον «Ταμείο Επικουρικής Ασφαλίσεως Προσωπικού της Εμπορικής Τράπεζας» είχε συσταθεί με την από 25.10.1948 συλλογική σύμβαση εργασίας μεταξύ της Τράπεζας και του Συλλόγου των Υπαλλήλων της. Στην συλλογική αυτήν σύμβαση οριζόταν ότι συνιστάται «ειδικός λογαριασμός επικουρικής ασφαλίσεως υπό την επωνυμία Ταμείο Επικουρικής Ασφαλίσεως Προσωπικού της Εμπορικής Τράπεζας της Ελλάδος, ούτινος ο σκοπός, οι πόροι και εν γένει τα της λειτουργίας αυτού ρυθμίζονται διά του συνημμένου [...] καταστατικού».[63] Το ταμείο αυτό, πριν ανακύψει η συγκεκριμένη δικαστική διαμάχη, λειτουργούσε για περισσότερα από πενήντα χρόνια, είχε παράσχει συντάξεις, συναλλασσόταν με τρίτους και είχε μάλιστα παρασταθεί στα δικαστήρια και στον Άρειο Πάγο, χωρίς να έχει αμφισβητηθεί η ικανότητά του να είναι διάδικος.[64]

Ήδη ανωτέρω,[65] κατά την ενδεικτική απαρίθμηση μορφωμάτων που χαρακτηρίζονται ως ειδικοί λογαριασμοί, είχε επισημανθεί μια διαφορά των ταμείων επικουρικής ασφάλισης από τους υπόλοιπους ειδικούς λογαριασμούς. Τα ταμεία αυτά, όπως εξάλλου και το επίμαχο, δεν έχουν συσταθεί δυνάμει νομοθετικής πρόβλεψης, όπως συμβαίνει με τις χωριστές περιουσίες (στις οποίες εντάσσονται καταρχήν και οι ειδικοί λογαριασμοί), αλλά συμβατικά, ως αποτέλεσμα δηλαδή της ιδιωτικής βούλησης. Στην διαφορά αυτήν μπορεί μετά την αντιπαραβολή των χωριστών περιουσιών προς

61 Βλ. ανωτ. σημ. 5.

62 Βλ. ανωτ. σημ. 6.

63 Το εδάφιο αυτό της σύμβασης παρατίθεται αυτούσιο τόσο στην ΟλΑΠ 25/2008, ΕφΑΔ 2008, 1233, 1234 = ΕλλΔνη 2008, 1347, 1349 = Δ 2009, 130, 132 = Digesta 2009, 45, 47 όσο και στην παραπεμπτική ΑΠ 1603/2006, Δ 2007, 145, 146 = Digesta 2009, 49, 49-50.

64 Έτσι η ίδια η ΑΠ 1603/2006, Δ 2007, 145, 147 = Digesta 2009, 49, 50, καταλήγοντας έτσι ότι το ταμείο «λειτουργεί "εν τοις πράγμασι" ως ένωση προσώπων». Βλ. πάντως σε σχέση με το ταμείο αυτό ήδη την ΑΠ 748/1969, ΝοΒ 1970, 671, η οποία είχε επίσης αρνηθεί την ικανότητα διαδίκου.

65 Βλ. ανωτ. ΙΙ 1.

τα νομικά πρόσωπα και τις ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα να προστεθεί και μία ακόμη. Η ίδρυση του επίμαχου ταμείου δεν είχε ως σκοπό τον αποχωρισμό και την αυτονόμηση μιας ομάδας περιουσίας. Το ταμείο αντίθετα ιδρύθηκε και οργανώθηκε με αφετηρία την βούληση των ιδρυτών του να επιδιώξουν ορισμένο σκοπό, ο οποίος συνίστατο στην παροχή στους εργαζόμενους της συγκεκριμένης Τράπεζας επικουρικής κοινωνικής ασφάλισης. Διαπιστώθηκε όμως από την ανάλυση που προηγήθηκε ότι η κατεύθυνση του σκοπού αποτελεί βασικό στοιχείο διάκρισης των χωριστών περιουσιών από τα νομικά πρόσωπα και τις ενώσεις προσώπων. Η βούληση των ιδρυτών του ταμείου να δημιουργήσουν μια οργανωμένη δομή με δική της επωνυμία και σκοπό και διεπόμενη από καταστατικό, το οποίο ρύθμιζε μάλιστα μεταξύ άλλων και την ύπαρξη και τον τρόπο λειτουργίας Διοικητικού Συμβουλίου ως οργάνου του ταμείου, αποτελεί ένα επιπλέον στοιχείο που διαφοροποιεί το ταμείο αυτό από τους υπαγόμενους στην έννοια της χωριστής περιουσίας ειδικούς λογαριασμούς και το φέρνει εγγύτερα προς την έννοια του νομικού προσώπου ή της ένωσης προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα.

Ο προβληματισμός εντείνεται ακόμη περισσότερο από τις παραδοχές της ίδιας της παραπεμπτικής απόφασης του Β' Τμήματος του Αρείου Πάγου, το οποίο διείδε – και γι' αυτόν τον λόγο παρέπεμψε την υπόθεση στην Ολομέλεια – ότι η άρνηση της ικανότητας διαδίκου στο ενάγον ταμείο θα δημιουργούσε ζήτημα αρνησιδικίας, καθώς αυτό θα περιερχόταν σε πλήρη αδυναμία να επιδιώξει τα δικαιώματά του.[66] Στις χωριστές περιουσίες θα ήταν νοητό να γεννηθεί αμφιβολία ως προς το ερώτημα ποιο από τα εμπλεκόμενα υποκείμενα δικαίου, δηλαδή ο φορέας της περιουσίας (λ.χ. ο πτωχός) ή ο διαχειριστής της (λ.χ. ο σύνδικος της πτώχευσης) ενάγει ή ενάγεται σε σχέση με αυτήν, ουδέποτε όμως θα ανέκυπτε ζήτημα πλήρους αδυναμίας δικαστικής επιδίωξης δικαιωμάτων.

Το γεγονός και μόνο ότι στην επίμαχη περίπτωση δεν μπορούσε να εντοπιστεί – τουλάχιστον ευκρινώς – συγκεκριμένο υποκείμενο δικαίου, καθιστά εύλογη την σκέψη μήπως τελικά πράγματι το ίδιο το ταμείο, αν και ομάδα περιουσίας, προσομοιάζουσα πάντως αναφορικά με τα ανωτέρω χαρακτηριστικά προς ένωση προσώπων,[67] είχε αναχθεί σε αυτοτελή φορέα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων.[68] Η

66 ΑΠ 1603/2006, Δ 2007, 145, 147 = Digesta 2009, 49, 50.

67 Ως ενώσεις προσώπων αντιμετώπιζε εξάλλου η προηγούμενη νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας (συναφώς πάντως και η ίδια η ΑΠ 1603/2006· βλ. όμως και ΑΠ 748/1969, ανωτ. σημ. 64) παρόμοιες περιπτώσεις (βλ. *Παναγόπουλο*, Digesta 2010, 1, 4· *τον ίδιο*, ΕφΑΔ 2013, 735, 738, όπ.π.), αντιλαμβανόμενη ενδεχομένως τις αναφερόμενες στο κείμενο ομοιότητες, χωρίς πάντως να δικαιολογεί την αντιμετώπιση αυτήν που εκ πρώτης όψεως ξενίζει (βλ. *Παναγόπουλο*, ΕφΑΔ 2013, 735, 739, ο οποίος, παραγνωρίζοντας τις ομοιότητες αυτές, που δικαιολογούν όχι ευθεία αλλά πάντως αναλογική εφαρμογή του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ και στην επίμαχη περίπτωση, χαρακτηρίζει μάλλον καθ' υπερβολή την προσέγγιση αυτήν της νομολογίας ως «άστοχη». Σε σχέση με το προβληματικό σημείο της δικής του, αποφεύγουσας την αναλογία λύσης, βλ. κατωτ. σημ. 69).

68 Έτσι ο *Παναγόπουλος*, Digesta 2009, 11 επ. = Δίκαιο νομικών προσώπων, σ. 631 επ.· *ο ίδιος*, Digesta 2010, 1, 8 επ.· *ο ίδιος*, ΕφΑΔ 2013, 735, 739 επ.· *ο ίδιος*, ΕφΑΔ 2014, 99, 104. Για την αντίθετη άποψη του *Χ. Φίλιου*, ο οποίος πάντως δεν φαίνεται να έχει εναργώς κατά νου την ειδική περίπτωση του επίμαχου ταμείου βλ. ανωτ. σημ. 55.

απάντηση στο ερώτημα αυτό προϋποθέτει βέβαια σαφήνεια ως προς το – μάλλον όχι ακόμη τακτοποιημένο – ζήτημα, αν και οι ίδιες οι ενώσεις προσώπων θα πρέπει να αναγνωριστούν ως υποκείμενα δικαίου. Ικανότητα διαδίκου διαθέτουν όμως αναμφίβολα οι ενώσεις προσώπων κατά την ρητή πρόβλεψη του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ.[69] Η ομοιότητα που διαπιστώνεται μεταξύ του ειδικού λογαριασμού, περί του οποίου έκρινε η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, και των ενώσεων προσώπων, ιδίως ως προς την τελολογία τους, την οργανωμένη τους δομή και την αυτοτελή παρουσία τους στις συναλλαγές, οδηγεί δικαιολογημένα σε προβληματισμό σε σχέση με την ορθότητα της μη εφαρμογής της διάταξης αυτής στην συγκεκριμένη περίπτωση. Με ασφάλεια τοποθέτηση επί του προβληματισμού αυτού δεν μπορεί όμως να επιχειρηθεί, πριν κανείς αποκτήσει σαφή εικόνα αναφορικά με την τελολογία της κρίσιμης διάταξης του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ.

III. Η εφαρμογή του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ σε περιπτώσεις ειδικών λογαριασμών

1. Η νομοθετική ιστορία του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ

Η Πολιτική Δικονομία του 1834 δεν περιείχε καμία πρόβλεψη σχετικά με την ικανότητα διαδίκου. Ο εισηγητής των διατάξεων του Γενικού Μέρους του ΚΠολΔ, *Ι. Σακκέτας*, θεώρησε χρήσιμο στον νέο ΚΠολΔ να συμπεριληφθεί ειδική διάταξη, η οποία να ρυθμίζει το ζήτημα αυτό κατά το πρότυπο των παραγράφων 50 της γερμανικής ΖΡΟ και 70 της ουγγρικής Δικονομίας.[70] Σε πλήρη αντιστοιχία προς το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 50 της ΖΡΟ διατυπώθηκε έτσι η πρώτη παρά-

69 Στο σημείο αυτό προβληματίζει η ερμηνεία του άρθρου 62 ΚΠολΔ, την οποία προτείνει ο *Παναγόπουλος* και η οποία βασίζεται στην «ενιαία […] προσέγγιση και των δύο εδαφίων του» (ΕφΑΔ 2013, 735, 739). Σύμφωνα με την προσέγγιση αυτήν, το άρθρο 62 ΚΠολΔ απονέμει ικανότητα διαδίκου αφενός σε οντότητες που, αν και στερούνται τόσο νομικής προσωπικότητας όσο και ικανότητας δικαίου, πάντως είναι ενώσεις προσώπων, αφετέρου σε οντότητες που έχουν ικανότητα δικαίου, αδιακρίτως αν είναι νομικά πρόσωπα, ενώσεις προσώπων ή ομάδες περιουσίας (*Παναγόπουλος*, Digesta 2009, 11, 15 = Δίκαιο νομικών προσώπων, σ. 635· *ο ίδιος*, Digesta 2010, 1, 9 [μάλλον εκ παραδρομής αναφέρονται αντεστραμμένα τα εδάφια του άρθρου 62 ΚΠολΔ]· *ο ίδιος*, ΕφΑΔ 2013, 735, 740). Έτσι, παρά την ορθή αφετηρία του, καταλήγει ο *Παναγόπουλος* στο ίδιο αποτέλεσμα με την κρατούσα άποψη: Στις ομάδες περιουσίας η ικανότητα διαδίκου συναρτάται απολύτως προς την ικανότητα δικαίου (*Παναγόπουλος*, ΕφΑΔ 2013, 735, 740, 742· βλ. πάντως και *τον ίδιο*, ΕφΑΔ 2014, 99, 104, όπου φαίνεται τώρα να υιοθετεί την άποψη ότι το άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ καταλαμβάνει και ομάδες περιουσίας). Για τον *Παναγόπουλο* η αναγνώριση ικανότητας διαδίκου στα σύνολα περιουσίας, τα οποία στερούνται νομικής προσωπικότητας, δεν στηρίζεται αναγκαία στο άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ, από όπου ο νομοθέτης τα απέκλεισε, αλλά είτε στο άρθρο 62 εδ. α΄ ΚΠολΔ είτε πάντως στην συνολική ρύθμιση του άρθρου 62 ΚΠολΔ. Μπορεί μεν κατά την άποψη *Παναγόπουλου* η ικανότητα δικαίου να μην ταυτίζεται στο πλαίσιο του άρθρου 62 εδ. α΄ ΚΠολΔ με την νομική προσωπικότητα, και σε αυτό εντοπίζεται πράγματι σημαντική βελτίωση σε σχέση προς την παραδεδομένη άποψη. Ωστόσο η ικανότητα δικαίου αντικαθιστά απλώς – σε σχέση με τις ομάδες περιουσίας – την νομική προσωπικότητα. Παραγνωρίζεται όμως έτσι ότι το άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ απονέμει ικανότητα διαδίκου στις αναφερόμενες εκεί οντότητες ανεξαρτήτως οιασδήποτε ουσιαστικοδικαιικής αναφοράς, αδιακρίτως δηλαδή της απονομής ή όχι σε αυτές νομικής προσωπικότητας ή ικανότητας δικαίου.

70 *Σακκέτας*, ΣχΚΠολΔ Ι, σ. 213.

γραφος του άρθρου 69 του Σχεδίου του ΚΠολΔ (το πρώτο εδάφιο του ισχύοντος σήμερα άρθρου 62 ΚΠολΔ). Περισσότερη συζήτηση προκλήθηκε σε σχέση με το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 50 ΖΡΟ, το οποίο προέβλεπε ότι τα σωματεία που δεν έχουν ικανότητα δικαίου μπορούν να εναχθούν,[71] έχοντας στην σχετική δίκη την θέση σωματείου διαθέτοντος ικανότητα δικαίου. Διαβλέποντας τον προβληματισμό που η διάταξη αυτή, στο μέτρο που απένειμε στα μη εγγεγραμμένα σωματεία ικανότητα μόνο προς το ενάγεσθαι, είχε προκαλέσει στο γερμανικό δίκαιο, αναγνωρίζοντας όμως ταυτόχρονα την χρησιμότητά της, ο *Σακκέτας* πρότεινε την υιοθέτηση και στον ΚΠολΔ αντίστοιχης λύσης, αλλά σημαντικά διευρυμένης.[72] Εισηγήθηκε έτσι να οριστεί «γενικώς ότι πάσα ένωσις προσώπων *ή περιουσίας* καίπερ στερουμένη νομικής προσωπικότητος, έχει το δικαίωμα να είναι διάδικος».[73]

Ενώ αρχικά η Συντακτική Επιτροπή αποδέχτηκε ομόφωνα την πρόταση αυτήν του εισηγητή, σε μεταγενέστερες συνεδριάσεις εκφράστηκαν αντιρρήσεις ως προς την ευρύτητα της προτεινόμενης λύσης. Με την σκέψη ότι η διατύπωση της διάταξης ήταν «υπεράγαν ευρεία» και ότι θα έπρεπε να προτιμηθεί ο κατά τρόπο περιοριστικό καθορισμός των προσώπων, ο *Γ. Οικονομόπουλος* πρότεινε να απονεμηθεί η ικανότητα διαδίκου όχι σε κάθε ένωση προσώπων ή περιουσίας, «αλλά περιοριστικώς εις τας αστικάς εταιρείας και εις τα μη ανεγνωρισμένα (nichtrechtsfähige) σωματεία, άτινα εξομοιούνται προς αστικάς εταιρείας, διότι βεβαίως δεν υπάρχει λόγος να μη δύνανται να είναι διάδικοι αι εταιρείαι και τα μη ανεγνωρισμένα σωματεία».[74] Με την γνώμη αυτήν συντάχθηκε ο *Γ. Ράμμος*, προσθέτοντας ότι η διάταξη θα έπρεπε να καλύπτει και τις ομόρρυθμες εταιρείες, προκειμένου να αρθεί η αμφισβήτηση που υπήρχε υπό το καθεστώς της Πολιτικής Δικονομίας, και εν συνεχεία και τα υπόλοιπα μέλη της Συντακτικής Επιτροπής, μειοψηφούντος του *Σακκέτα*, ο οποίος ενέμεινε στην άποψή του περί ενδεικτικής απαρίθμησης.[75] Με τον τρόπο αυτόν διαμορφώθηκε κατά περιεχόμενο και το ισχύον σήμερα δεύτερο εδάφιο του άρθρου 62 ΚΠολΔ.[76]

---

71 Με την πρόβλεψη μόνο της παθητικής ικανότητας διαδίκου ο ιστορικός νομοθέτης της ΖΡΟ εξέφραζε τον σκεπτικισμό του απέναντι στα μη εγγεγραμμένα σωματεία (βλ. μόνο MünchKommZPO/*Lindacher*[4], § 50 αριθ. 35, όπ.π.). Ήδη από νωρίς όμως η γερμανική νομολογία άρχισε να αναζητεί τρόπους να σχετικοποιήσει την προβληματική αυτήν νομοθετική πρόβλεψη. Μετά την απόφαση „Weißes Ross" (βλ. ανωτ. σημ. 2) και την αναγνώριση ικανότητας δικαίου στην αστική εταιρεία, η μεταστροφή αυτή ολοκληρώθηκε με την τροποποίηση το 2009 της παρ. 50 και την απόδοση στα μη εγγεγραμμένα σωματεία ρητά και της ικανότητας προς το ενάγειν (βλ. ενδεικτικά Stein/Jonas/*Jacoby*, ZPO[23], § 50 αριθ. 22).

72 *Σακκέτας*, ΣχΚΠολΔ Ι, σ. 147-148, 213.

73 *Σακκέτας*, ΣχΚΠολΔ Ι, σ. 148 (πλαγιογράμμιση από τον συγγραφέα).

74 ΣχΚΠολΔ Ι, σ. 315.

75 ΣχΚΠολΔ Ι, σ. 316.

76 Ορισμένες αντιρρήσεις εξέφρασε αργότερα στο πλαίσιο της Αναθεωρητικής Επιτροπής ο *Θ. Λιβαθηνός* (ΠρΑν, σ. 619), προτείνοντας την διαγραφή ολόκληρου του σχετικού εδαφίου, με την σκέψη ότι δημιουργούνται προβλήματα ιδίως ως προς την αναγκαστική εκτέλεση. Σχετικά με τον προβληματισμό αυτόν βλ. *Μητσόπουλο*, Δ 1970, 433, 445 επ.

2. Η τελολογία του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ

Από την παραπάνω αναδρομή στις προπαρασκευαστικές διεργασίες του ΚΠολΔ προκύπτει μεν σαφώς ότι ο ιστορικός νομοθέτης θέλησε η αναφορά στο άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ των ενώσεων προσώπων που δεν αποτελούν σωματεία καθώς και των εταιρειών που δεν έχουν νομική προσωπικότητα να είναι περιοριστική και ότι επομένως δεν αναγνωρίζεται ικανότητα διαδίκου στις στερούμενες νομικής προσωπικότητας ομάδες περιουσίας.[77] Δεν καθίσταται όμως σαφής η τελολογία της ρύθμισης.

Προς την κατεύθυνση αυτήν περισσότερο διαφωτιστική είναι η αναδρομή στις προπαρασκευαστικές εργασίες του ΑΚ. Εισηγούμενος την ρύθμιση για τα μη αναγνωρισμένα σωματεία, ο εισηγητής του Δικαίου των Προσώπων του ΑΚ, *Γ. Μαριδάκης*, πρότεινε και ειδική διάταξη, με την οποία απονεμόταν στα μη αναγνωρισμένα σωματεία ικανότητα διαδίκου. Σε σχέση με την διάταξη αυτήν εξηγούσε ο *Μαριδάκης* ότι εισάγουσα αυτή «ενεργητικήν και παθητικήν διαδικαστικήν ικανότητα του μη ανεγνωρισμένου σωματείου, διευκολύνει τους συναλλασσομένους μετά του σωματείου και αποτρέπει, ως είναι προφανές, την προαγωγήν της κακής πίστεως».[78] Την ίδια αυτήν τελολογία, την προστασία δηλαδή των συναλλασσομένων με τις ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα και την προαγωγή της καλής πίστης στις συναλλαγές, εντοπίζει ο *Γ. Μητσόπουλος*, συντασσόμενος με τον *Μαριδάκη*, και στην σχετική ρύθμιση του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ.[79] Επισημαίνει έτσι ότι η ανάγκη παροχής έννομης προστασίας προς τις ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα και κατά αυτών ανέκυψε εξαιτίας των συναλλαγών τους με τρίτους. Ακριβώς εδώ εντοπίζει ο *Μητσόπουλος* τον δικονομικό σκοπό της ρύθμισης, ο οποίος πρέπει να διέπεται, όπως εξάλλου και ο διωκόμενος από τις ενώσεις αυτές ουσιαστικός σκοπός, από το στοιχείο της ενότητας.[80]

Στις συναλλαγές των ενώσεων προσώπων προς τρίτους ανευρίσκεται λοιπόν η γενεσιουργή αιτία της ανάγκης παροχής έννομης προστασίας προς αυτές ή εναντίον τους. Υπό την αφετηρία όμως αυτήν εύλογα δημιουργείται το περαιτέρω ερώτημα για

---

77 Βλ. θεμελιωτικά *Μητσόπουλο*, Δ 1970, 433, 440, 450 σημ. 26· *τον ίδιο*, Δ 1992, 3, 5, 12 επ.· περαιτέρω *Κεραμέα*, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος (1986), σ. 95· *Μπέη*, Πολιτική Δικονομία Ια (1973), άρθρ. 62 ΙΙΙ, σ. 324· Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-*Νίκα*), ΚΠολΔ Ι, άρθρ. 62 αριθ. 3, 5· *Νίκα*, Πολιτική Δικονομία Ι, σ. 295· *Καλαβρό*, ΧρΙΔ 2003, 289, 290. Υπέρ της περιοριστικής ερμηνείας του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ *Κλαμαρής/Κουσούλης/Πανταζόπουλος*, Πολιτική Δικονομία (2015)², σ. 343-344. Από την νομολογία βλ. ήδη πριν από την απόφαση της Ολομέλειας του ΑΠ: ΑΠ 748/1969, ΝοΒ 1970, 671· ΑΠ 604/1996, ΕΕΝ 1997, 704· ΑΠ 463/2007, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 11723/1989, Δ 1991, 914· ΕφΑθ 4005/1992, ΕλλΔνη 1993, 127· ΕφΑθ 1899/1998, ΕλλΔνη 1998, 617, 618 (ρητά και κατά της αναλογικής εφαρμογής του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ)· περαιτέρω ΕφΑθ 1879/2009, ΕΠολΔ 2010, 388, 389, παρατ. *Αρβανιτάκη* (για το υπό σύσταση και το μη αυτοτελές ίδρυμα). Βλ. πάντως και ΑΠ 1561/1999, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

78 ΣχΑΚ: Γενικαί Αρχαί, σ. 95.

79 Βλ. *Μητσόπουλο*, Δ 1970, 433, 441.

80 *Μητσόπουλος*, Δ 1970, 433, 445. Με το τελολογικό αυτό επιχείρημα καταλήγει έτσι ο *Μητσόπουλος* να δεχτεί την εφαρμογή του άρθρου 345 (σύγχρονου 329) ΚΠολΔ περί επέκτασης των υποκειμενικών ορίων του δεδικασμένου και στην περίπτωση των ενώσεων αυτών, ώστε να επιτευχθεί η ενιαία επίλυση της διαφοράς και να ολοκληρωθεί έτσι το δικονομικό σύστημα που καθιερώθηκε με την απονομή ικανότητας διαδίκου στις ενώσεις προσώπων. Βλ. *τον ίδιο*, Δ 1992, 3, 7-8.

ποιον λόγο αποκλείστηκαν, αντίθετα από την εισήγηση του *Σακκέτα*, οι ομάδες περιουσίας από το πραγματικό του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ. Από τις συζητήσεις στο πλαίσιο της Συντακτικής και της Αναθεωρητικής Επιτροπής του ΚΠολΔ δεν μπορεί να διαφανεί συγκεκριμένη απάντηση στο κρίσιμο αυτό ερώτημα. Διαφωτιστική είναι όμως και στο σημείο αυτό η ανάλυση του *Γ. Μητσοπούλου*. Στην προσπάθειά του να αντικρούσει την αντίθετη άποψη, σύμφωνα με την οποία το άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ εμφανίζει ως προς τις ομάδες περιουσίας αδικαιολόγητο κενό,[81] διευκρινίζει ο *Μητσόπουλος* ότι «ως προς τας "ενώσεις περιουσίας" εκρίθη ως ενδεδειγμένη η αποτροπή ρυθμίσεως, ου μόνον εν όψει του λόγου ότι υφίσταντο ειδικαί διατάξεις του ουσιαστικού δικαίου δι' ων διησφαλίζοντο επαρκώς αύται εξ επόψεως τρόπου διαχειρίσεως και επί δικαστηρίου εκπροσωπήσεως, αλλά και διότι – εν όψει των ποικίλλων μορφών υφ' ας εκδηλούνται αι τοιαύται "ενώσεις περιουσίας" – δεν θα έδει να απονεμηθή εις αυτάς ικανότης διαδίκου άνευ προηγουμένης νομικής μορφοποιήσεως αυτών υπό κανόνος ουσιαστικού δικαίου διασφαλίζοντος τόσον την αυτοτέλειαν της διαχειρίσεως όσον και τον τρόπον της επί δικαστηρίου εκπροσωπήσεως».[82]

Αντιπαραβάλλοντας κανείς τους δύο λόγους, οι οποίοι κατά τον *Μητσόπουλο* οδήγησαν τους συντάκτες του ΚΠολΔ να αποκλείσουν τις ομάδες περιουσίας από το άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ, και συγκρίνοντάς τους επιπλέον προς τον λόγο που επέβαλε την επέκταση της ικανότητας διαδίκου στις ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα, προκύπτουν ορισμένες αντιφάσεις. Δεν γίνεται πρώτον κατανοητό πώς από την μία υπάρχουν για τις ομάδες περιουσίας ειδικές διατάξεις του ουσιαστικού δικαίου, εξασφαλιστικές από την άποψη της διαχείρισης και της εκπροσώπησής τους ενώπιον των δικαστηρίων, ενώ από την άλλη δεν θα έπρεπε ενόψει της μεγάλης ποικιλομορφίας των ομάδων περιουσίας να απονεμηθεί σε αυτές ικανότητα διαδίκου, χωρίς πρώτα να έχουν μορφοποιηθεί από κανόνα του ουσιαστικού δικαίου, που να διασφαλίζει την αυτοτέλεια της διαχείρισης και τον τρόπο της εκπροσώπησής τους ενώπιον των δικαστηρίων. Κυρίως όμως η δεύτερη αυτή σκέψη έρχεται σε αντίφαση με τον δικαιολογητικό λόγο της απονομής ικανότητας διαδίκου στις ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα. Διότι στην ίδια έκταση, όπως και στις ενώσεις προσώπων, επιβάλλει η διευκόλυνση των συναλλασσομένων και η αποφυγή της προαγωγής της κακής πίστης στις συναλλαγές – ειδικά εφόσον απουσιάζει σαφής ρύθμιση του ουσιαστικού δικαίου – την απονομή ικανότητας διαδίκου και στις ποικίλων μορφών ομάδες περιουσίας, υπό την αυτονόητη βέβαια προϋπόθεση ότι αυτές αναπτύσσουν αυτοτελώς και ως οργανωμένες δομές συναλλακτική δράση. Χωρίς το στοιχείο της αυτόνομης συμμετοχής στις συναλλαγές δεν θα ανέκυπτε εξάλλου ανάγκη προστασίας των συναλλασσομένων. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση του ειδικού λογαριασμού, εξ αφορμής του οποίου εκδόθηκε η ανα-

81 *Κρίσπης*, Ιδιωτικόν διεθνές δίκαιον. Ειδικό Μέρος. Τεύχος Α΄ (1967), σ. 103.
82 *Μητσόπουλος*, Δ 1992, 3, 15.

φερθείσα[83] απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου. Στην περίπτωση αυτήν βέβαια η ικανότητα διαδίκου ήταν αναγκαία, προκειμένου να καταστεί δυνατή η δικαστική επιδίωξη δικαιωμάτων εκ μέρους του ταμείου, καθώς αυτό βρισκόταν στην θέση του ενάγοντος.[84] Εύκολα όμως θα μπορούσε κανείς να φανταστεί και την αντίστροφη περίπτωση, όπου δηλαδή η άρνηση της ικανότητας διαδίκου θα καθιστούσε αδύνατη την έναντι του ταμείου επιδίωξη δικαιωμάτων τρίτων συναλλασσομένων ή και ασφαλισμένων. Οι δύο περιπτώσεις αποτελούν απλώς δύο όψεις του ίδιου νομίσματος και χρήζουν επομένως κοινής αντιμετώπισης.

Η τελολογία που ο *Μητσόπουλος* αποδίδει στους συντάκτες του ΚΠολΔ – και τούτο εξηγεί την πρώτη από τις ανωτέρω αντιφάσεις στον συλλογισμό του – καταδεικνύει ότι αυτοί αυτοεγκλωβίστηκαν στις περιπτώσεις ομάδων περιουσίας που γνώριζαν και την ουσιαστική ρύθμιση των οποίων είχαν κατά νου κατά την κατάστρωση του άρθρου 62 ΚΠολΔ, περιπτώσεις δηλαδή όπως η πτωχευτική περιουσία και η κληρονομία, οι οποίες βέβαια ρυθμίζονταν ως προς την διαχείρισή τους με ειδικούς κανόνες του ουσιαστικού δικαίου.[85] Ήδη όμως αναφέρθηκε, και ως προς αυτό ήταν απολύτως δικαιολογημένη η προσέγγιση των συντακτών του ΚΠολΔ, ότι στις χωριστές περιουσίες, τις οποίες φαίνεται να είχαν υπόψη τους, δεν μπορεί ούτε είναι ανάγκη να απονεμηθεί ικανότητα διαδίκου, καθώς αυτές δεν αποτελούν παρά περιουσία ορισμένου φορέα, δεν αναπτύσσουν ως εκ τούτου αυτοτελή συναλλακτική δράση και επιπλέον είναι πράγματι ως προς την διαχείριση και «εκπροσώπησή» τους ρυθμισμένες από το ουσιαστικό δίκαιο, ώστε ζήτημα αδυναμίας του τρίτου να επιδιώξει τα δικαιώματά του να μην γεννάται. Με προφανή λοιπόν αναφορά στις περιπτώσεις αυτές το ζήτημα θεωρήθηκε τακτοποιημένο.[86]

3. Το κενό στην ρύθμιση του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ

Ενώ όμως στο αμιγώς εσωτερικό δίκαιο δινόταν η καθησυχαστική αυτή εικόνα, διαφορετικά ήταν τα πράγματα στο πεδίο του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου. Λόγω της εμπλοκής περισσότερων έννομων τάξεων με διαφορετικές παραδόσεις και προσεγγίσεις ως προς την έννοια της νομικής προσωπικότητας και της ικανότητας δικαίου, το θέμα φάνηκε σύντομα ότι έπρεπε να τεθεί επί άλλης βάσης. Οι συναλλασσόμενοι έρχονταν εδώ σε συναλλακτική επαφή με αλλοδαπές νομικές οντότητες, μεταξύ των οποίων και ομάδες περιουσίας, στις οποίες το αλλοδαπό δίκαιο που τις διείπε δεν απένειμε νομική προσωπικότητα, ενδεχομένως – χωρίς αυτό

83 Βλ. ανωτ. σημ. 5.

84 Πρβλ. *Παναγόπουλο*, Digesta 2009, 11, 13-14 = Δίκαιο νομικών προσώπων, σ. 633-634.

85 Χαρακτηριστικό είναι ότι ο *Σακκέτας*, αναφερόμενος σε ομάδες περιουσίας στις οποίες θα έπρεπε να αναγνωριστεί ικανότητα διαδίκου, χρησιμοποιούσε ως παράδειγμα την «εκκειμένη κληρονομία» (βλ. ΣχΚΠολΔ Ι, σ. 60). Το στοιχείο αυτό εντοπίζει με απόλυτη ακρίβεια ο *Παναγόπουλος*, ΕφΑΔ 2013, 735, 738 σημ. 20.

86 Η Συντακτική Επιτροπή είχε πάντως επιφυλαχθεί να διατυπώσει οριστικά την σχετική με την ικανότητα διαδίκου διάταξη λαμβάνοντας υπόψη τους σχετικούς ορισμούς του υπό διαμόρφωση ΑΚ (βλ. ΣχΚΠολΔ Ι, σ. 61).

να είναι πάντα σαφές – ούτε ικανότητα δικαίου. Αυτές όμως εμφανίζονταν στις προς τα έξω συναλλαγές διεπόμενες από αυτοτέλεια και διαθέτοντας δομημένη οργάνωση, δίνοντας έτσι στους τρίτους την δικαιολογημένη εντύπωση ότι συναλλάσσονται με έναν αυτόνομο φορέα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Ενόψει αυτής της εικόνας δεν είναι καθόλου τυχαίο ότι στην ελληνική βιβλιογραφία του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου σύντομα έγινε αντιληπτό ότι η ρύθμιση του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ «αφίνει κενόν, ως μη έδει, το θέμα της μη κεκτημένης νομικήν προσωπικότητα ολότητος περιουσιακών στοιχείων».[87]

Σε αυτήν ακριβώς την διάσταση το ζήτημα ανέκυψε σε μία χαρακτηριστική, αποκαλυπτική για τον εδώ ενδιαφέροντα προβληματισμό περίπτωση ενώπιον του BGH.[88] Το γερμανικό Αναθεωρητικό κλήθηκε να αποφανθεί επί περίπτωσης ολλανδικού ιδρύματος, με το οποίο οι Γερμανοί εισαγωγείς λαχανικών έρχονταν διαρκώς και για μακρό χρονικό διάστημα σε συναλλακτική επαφή και το οποίο στο πλαίσιο αυτό είχε συνάψει πολλές συμβάσεις, είχε αποκτήσει σημαντική περιουσία και είχε αναλάβει υποχρεώσεις, δίνοντας έτσι την εντύπωση ότι ήταν το ίδιο φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Εντούτοις, η νομική μορφή του ιδρύματος αυτού κατά το ολλανδικό δίκαιο, όπως εξάλλου και η ικανότητά του να είναι φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων και να καθίσταται διάδικος, ήταν ζητήματα εξαιρετικά αμφιλεγόμενα. Και βέβαια δεν ήταν δυνατόν οι συναλλασσόμενοι με το «ίδρυμα» να αναζητήσουν την αληθινή του φύση ούτε – καταλήγει το BGH – μπορούσε να αναμένεται από αυτούς να εντοπίσουν τα φυσικά πρόσωπα που υποκρύπτονται πίσω από την νομική οντότητα του ιδρύματος, διότι τούτο θα ισοδυναμούσε με την ολοσχερή αποστέρηση έννομης προστασίας από αυτούς.[89]

Την λύση διείδε το BGH στην παράγραφο 50 ZPO και στην εκφραζόμενη σε αυτήν «γενική νομική σκέψη»[90], σύμφωνα με την οποία «μορφώματα χωρίς νομική προσωπικότητα, τα οποία εμφανίζονται στις νομικές συναλλαγές σαν νομικά πρόσωπα, πρέπει να μπορούν τουλάχιστον να εναχθούν ως τέτοια, όταν το επιβάλλουν οι ανάγκες της καλόπιστης συναλλαγής».[91] Με την σκέψη αυτήν έκρινε το BGH ότι υπό τις αναφερόμενες ιδιαίτερες περιστάσεις η ασφάλεια στις συναλλαγές απαιτεί να

87 *Κρίσπης*, Ιδιωτικόν διεθνές δίκαιον, σ. 103, ο οποίος προτείνει έτσι την αναλογική εφαρμογή του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ και σε ομάδες περιουσίας εμφανίζουσες «οργανικήν ενότητα και λειτουργίαν περί την επιδίωξιν ωρισμένου σκοπού»· σύμφωνος σήμερα ο *Βρέλλης*, Ιδιωτικό διεθνές δίκαιο (2008)[3], σ. 152. Βλ. αντίθετα *Μητσόπουλο*, ανωτ. σημ. 82.

88 BGH, Urt. v. 28.01.1960, MDR 1960, 665.

89 BGH, MDR 1960, 665, 666.

90 Σε «γενική αρχή», σύμφωνα με την οποία η αναγνώριση ικανότητας διαδίκου απαιτεί σωρευτικά την ύπαρξη οργάνωσης, προς τα έξω αναγνωρισιμότητα της υποκειμενοποιημένης οντότητας ως αυτόνομης ενότητας διά του σχηματισμού δικής της ταυτότητας, καθώς και κατά κανόνα περιουσιακό υπόβαθρο για την ικανοποίηση των δανειστών, αναφέρεται ο *Lindacher* (MünchKommZPO/*Lindacher*[4], § 50 αριθ. 5).

91 BGH, MDR 1960, 665, 666 (απόδοση από τον συγγραφέα). Πρβλ. συναφώς και BGH, NJW 1980, 784, 785· OLG Düsseldorf, ZIP 2010, 1852· Stein/Jonas/*Jacoby*[23], § 50 αριθ. 53, 62· Zöller/*Vollkommer*, ZPO[31], § 50 αριθ. 30.

μπορεί το «ίδρυμα» τουλάχιστον να εναχθεί,[92] ακόμη κι αν κατά το δίκαιο της έδρας του δεν έχει αναχθεί σε νομικό πρόσωπο.[93]

Η τοποθέτηση αυτή του BGH, αν και φαίνεται να εκκινεί από την ευθεία εφαρμογή της παραγράφου 50 ZPO, δείχνει πάντως προς την ίδια κατεύθυνση με την ανωτέρω, διατυπωθείσα στην ελληνική βιβλιογραφία του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου θέση. Η αποκλειστική απαρίθμηση νομικών οντοτήτων, στις οποίες, αν και στερούνται νομικής προσωπικότητας, απονέμεται από την διάταξη του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ ικανότητα διαδίκου, στηρίχθηκε σε μία πολύ στενή οπτική. Στηρίχθηκε στην σκέψη ότι μόνο ενώσεις προσώπων με σωματειακή δομή (και όχι ομάδες περιουσίας) μπορούν, αν και στερούμενες νομικής προσωπικότητας, να εμφανίζονται προς τα έξω κατά τρόπο ώστε η προστασία των συναλλαγών να απαιτεί την αναγνώριση σε αυτές ικανότητας διαδίκου. Η σκέψη αυτή αποδεικνύεται όμως πολύ στενή, καθώς όχι μόνο παρέβλεψε την ύπαρξη διεθνώς νομικών οντοτήτων που, αν και στερούνται σωματειακής δομής, πάντως εμφανίζουν έντονη ομοιότητα προς τις ενώσεις προσώπων τόσο ως προς την τελολογία τους όσο και αναφορικά με την δομή, την οργάνωση και την αυτόνομη παρουσία τους στις συναλλαγές, αλλά επιπλέον παραγνώρισε και το ενδεχόμενο στο πλαίσιο της εξέλιξης των συναλλαγών να εμφανιστούν και στο αμιγώς εσωτερικό δίκαιο τέτοιες νομικές οντότητες.[94] Μόνη σύμφωνη προς την τελολογία του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ λύση είναι η αναγνώριση ικανότητας διαδίκου σε κάθε οντότητα, η οποία στηρίζεται στην βούληση των ιδρυτών της να επιδιώξουν ορισμένο σκοπό διά της σύστασης οργανωμένου φορέα που εμφανίζεται αυτοτελώς και εξατομικευμένα – διαθέτοντας δική του επωνυμία και έδρα – στις συναλλαγές.[95] Το ζήτημα αν η οντότητα αυτή συνιστάται διά της ένωσης περισσότερων προσώπων ή αν μοιάζει να διαπλέκεται γύρω από συγκέντρωση περιουσιακών στοιχείων δεν πρέπει να ασκεί επιρροή. Το άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ, στο μέτρο που ο νομοθέτης απέκλεισε από το πραγματικό του όλες αδιακρίτως τις ομάδες περιουσίας, εμφανίζει

92 Η αναγνώριση μόνο ικανότητας προς το ενάγεσθαι απέρρεε από την τότε διατύπωση της παρ. 50 II ZPO, η οποία όμως, όπως αναφέρθηκε (βλ. ανωτ. σημ. 71), αποσκοπούσε στην δυσμενή μεταχείριση των μη εγγεγραμμένων σωματείων και η οποία στο μεταξύ τροποποιήθηκε, ώστε η διάκριση μεταξύ ενεργητικής και παθητικής ικανότητας διαδίκου να μη βρίσκει πλέον έρεισμα στον νόμο (βλ. Stein/Jonas/*Jacoby*[23], § 50 αριθ. 62 [βλ. όμως και αριθ. 53], όπου σημειώνεται πάντως ότι με την ευρύτατη πλέον αναγνώριση ικανότητας διαδίκου σε νομικές οντότητες, τέτοιες περιπτώσεις θα είναι σπάνιες· βλ. όμως και *Wagner*, ZZP 2004, 305, 363-364).

93 BGH, MDR 1960, 665, 666. Το BGH επισήμανε βέβαια ρητά ότι οι αναφερθείσες περιστάσεις δεν αρκούν για να αναγνωριστεί σε οντότητα, διεπόμενη αποκλειστικά από το ημεδαπό δίκαιο και δραστηριοποιούμενη μόνο στην ημεδαπή, ικανότητα διαδίκου, διότι σε συναλλασσόμενους με μια τέτοια οντότητα θα παρέχεται *κατά κανόνα* η δυνατότητα να στραφούν κατά των προσώπων που παριστάνουν ότι την εκπροσωπούν ή υποκρύπτονται πίσω από αυτήν. Ο περιορισμός όμως αυτός δεν φαίνεται συμβατός με την γενική αρχή που το ίδιο το BGH εντοπίζει στην παρ. 50 ZPO. Πέραν τούτου όμως – μεταφέροντας την επιφύλαξη του BGH στο άρθρο 62 ΚΠολΔ – η δυνατότητα εναγωγής των κρυπτομένων προσώπων υφίσταται εξίσου και για τις ενώσεις προσώπων, ο νομοθέτης όμως δεν την έκρινε ικανοποιητική, προκειμένου να αρνηθεί σε αυτές την ικανότητα διαδίκου. Δεν γίνεται κατανοητό γιατί για τις ομάδες περιουσίας θα πρέπει να ισχύσει κάτι άλλο.

94 Βλ. τις σκέψεις του *Μπέη*, Δ 2007, 147, 149 και Δ 2009, 133, 134. Χαρακτηριστικό είναι ότι ο μεταγενέστερος Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας στο άρθρο 23 αναγνώρισε ρητά ικανότητα διαδίκου και στις ομάδες περιουσίας.

95 Βλ. και *Παναγόπουλο*, ΕφΑΔ 2013, 735, 742.

αναφορικά με νομικές οντότητες περιουσιακής βάσης με τα παραπάνω χαρακτηριστικά κενό που πρέπει να πληρωθεί διά αναλογίας. Χαρακτηριστικό παράδειγμα τέτοιας νομικής οντότητας είναι ο ειδικός λογαριασμός, περί του οποίου έκρινε η ΟλΑΠ 25/2008.[96]

Η αντίθετη άποψη, που στηρίζεται στην σκέψη ότι το άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ «προϋποθέτει κοινή δραστηριότητα περισσότερων φυσικών προσώπων και όχι διαχείριση συγκεκριμένου λογαριασμού»,[97] παραβλέπει ότι το κρίσιμο στοιχείο είναι ακριβώς η προς τα έξω αυτόνομη συναλλακτική δραστηριότητα, ενώ παραμένει αδιάφορο αν η δραστηριότητα αυτή αναπτύσσεται από ένωση περισσότερων προσώπων ή διαπλέκεται γύρω από ένα σύνολο περιουσίας. Ένας ειδικός λογαριασμός δεν μπορεί βέβαια να μεταπέσει σε ένωση προσώπων,[98] μπορεί όμως κατά περίπτωση να εμφανίζει κοινή προς αυτήν τελολογία και να δραστηριοποιείται όπως αυτή ως δομημένος αυτόνομος οργανισμός στις συναλλαγές, συναλλασσόμενος προς τρίτους και θεμελιώνοντας δικαιώματα και υποχρεώσεις. Η άρνηση τότε εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ με την σκέψη ότι ο ειδικός λογαριασμός είναι «μόνο ένα Ταμείο και τίποτα άλλο»[99], δικαίως αποκρούεται ως τυπολατρική.[100]

IV. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Το ερώτημα της ικανότητας διαδίκου των ποικιλόμορφων νομικών οντοτήτων που χαρακτηρίζονται σήμερα ως ειδικοί λογαριασμοί δεν επιδέχεται ενιαίας απάντησης. Στις περισσότερες περιπτώσεις οι ειδικοί λογαριασμοί φαίνεται να εμπίπτουν στην έννοια της χωριστής περιουσίας, αποτελώντας απλώς περιουσιακές ομάδες, οι οποίες έχουν βάσει νομοθετικής πρόβλεψης αποχωριστεί ως προς την διαχείριση ή/και την υπεγγυότητά τους από την υπόλοιπη περιουσία του φορέα τους. Οι χωριστές αυτές περιουσιακές ομάδες δεν υποκειμενοποιούνται, παραμένουν αντίθετα – έστω και διεπόμενες από διαφορετικό καθεστώς – περιουσία του φορέα τους, ώστε ζήτημα απονομής σε αυτές ικανότητας διαδίκου δεν γεννάται. Υπάρχουν όμως περιπτώσεις ειδικών λογαριασμών, οι οποίοι συστήνονται δυνάμει της βούλησης των ιδρυτών τους να επιδιώξουν ορισμένο σκοπό διά της ίδρυσης νέου οργανωμένου – έστω περιουσιακής βάσης – φορέα, διαθέτοντος αυτοτέλεια και δική του ταυ-

96 Η αναλογική εφαρμογή του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ σε ειδικούς λογαριασμούς και γενικά ομάδες περιουσίας δεν πρέπει πάντως να γίνεται τυποποιημένα, αλλά απαιτεί προσεκτική κατά περίπτωση εξέταση των χαρακτηριστικών τους, ώστε να διαπιστωθεί αν πληρούνται τα περιγραφόμενα στο κείμενο χαρακτηριστικά. Διαφωτιστικό είναι έτσι το παράδειγμα της ΕφΑθ 4005/1992, ΕλλΔνη 1993, 127, 128, η οποία στην περίπτωση του «Ειδικού Λογαριασμού Προνοίας Αδελφών του Θεραπευτηρίου Ευαγγελισμός» αρνήθηκε σε αυτόν την ικανότητα διαδίκου, με την σκέψη ότι τελούσε σε πλήρη εξάρτηση από το Θεραπευτήριο και αποτελούσε απλώς μία από τις υπηρεσίες του.

97 *Απαλαγάκη*, ΕφΑΔ 2009, 193, 194.

98 Έτσι η *Απαλαγάκη*, *ibid*.

99 *Απαλαγάκη*, *ibid*. Με ακρίβεια κατά του επιχειρήματος αυτού *Παναγόπουλος*, Digesta 2010, 1, 6.

100 Ως «στείρο εγκλωβισμό στην παραδοσιακή αντίληψη» επικρίνει την θέση αυτήν ο *Παναγόπουλος*, Digesta 2010, 1, 6.

τότητα (επωνυμία και έδρα) κατά την δράση του στις συναλλαγές. Τέτοιοι ειδικοί λογαριασμοί εμφανίζουν ακριβώς τα χαρακτηριστικά εκείνα των ενώσεων προσώπων, στα οποία απέβλεψε ο νομοθέτης απονέμοντας σε αυτές με την εξαιρετική ρύθμιση του άρθρου 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ ικανότητα διαδίκου. Ως προς τέτοιους ειδικούς λογαριασμούς, ταμεία και γενικώς ομάδες περιουσίας, το άρθρο 62 εδ. β΄ ΚΠολΔ εμφανίζει αδικαιολόγητο κενό, το οποίο πρέπει να πληρούται διά αναλογίας. Η ΟλΑΠ 25/2008 υιοθέτησε την αντίθετη λύση, διότι παρέμεινε προσκολλημένη στο γράμμα της διάταξης, παραλείποντας να αναζητήσει την τελολογία της. Έτσι όμως όχι μόνο έδωσε στην συγκεκριμένη περίπτωση ελεγχόμενη ως προς την ορθότητά της λύση, αλλά ταυτόχρονα, σε μία εποχή που η επιστήμη φαίνεται να επιχειρεί στροφή στην σύλληψη των εννοιών της νομικής προσωπικότητας και της ικανότητας δικαίου, κατέληξε να περιβάλει τελικά με αναχρονιστικό μανδύα μια διάταξη ήδη στην σύλληψή της πρωτοπόρο.

Θεμιστοκλής Μερσίνης*

Διορθωτική της συμβάσεως λειτουργία της ΑΚ 288 – Η περίπτωση της ομαδικής ασφαλίσεως προσωπικού

1. Ομαδική ασφάλιση προσωπικού

Η ομαδική ασφάλιση είναι, στην τυπική της μορφή, ασφάλιση για λογαριασμό κατά τη διατύπωση του άρθρου 9 του ν. 2496/1996), ασφάλιση δηλαδή που συνάπτεται με τον ασφαλιστή από αντισυμβαλλόμενο ο οποίος δεν είναι ο δέκτης της παροχής του ασφαλιστή. Στην ομαδική ασφάλιση, με μία ασφαλιστική σύμβαση ιδρύονται περισσότερες ασφαλιστικές σχέσεις, υπάρχει ένας ασφαλιστής, ένας αντισυμβαλλόμενος–λήπτης της ασφάλισης και πολλοί ασφαλισμένοι, ευλόγως επομένως γίνεται λόγος για συλλογική ασφάλιση[1]. Από την άποψη του νόμου για την ασφαλιστική σύμβαση (ν. 2496/1997), όπου δεν δίνεται ορισμός της ομαδικής ασφαλίσεως ούτε ρυθμίζεται η ομαδική ασφάλιση ειδικώς[2] και με βάση τη διάκριση σε ασφάλιση ζημιών και σε ασφάλιση προσώπων του ν. 2497/1996, η ομαδική ασφάλιση εμφανίζεται ως ασφάλιση προσώπων, όπου «*το ασφάλισμα συνίσταται είτε στην καταβολή ορισμένου χρηματικού ποσού εφάπαξ ή σε περιοδικές προσόδους*» άρθρο 27 §1 του ν. 2496/1997. Η διάκριση αυτή δεν αποδίδει ενδεχομένως την πραγματική εικόνα των ομαδικών ασφαλίσεων, τούτο δε έχει επισημανθεί από τη θεωρία, η οποία σε κάθε περίπτωση διακρίνει τις ασφαλίσεις με μια σειρά άλλα κριτήρια. Σύμφωνα με μία άποψη, η ομαδική ασφάλιση είναι ασφάλιση προσωπικών κινδύνων και ασφάλιση ποσού, το ασφάλισμα συνίσταται δηλαδή στην καταβολή ορισμένου ποσού. Προσωπικοί είναι οι κίνδυνοι που αφορούν τη ζωή και γεγονότα ή καταστάσεις της ζωής του ασφαλισμένου στη δε ομαδική ασφάλιση ο κίνδυνος συνδέεται με τη σύνθεση της ομάδας των ασφαλισμένων[3]. Η παροχή του ασφαλιστή κατά την πραγματοποίηση του κινδύνου εξαρτάται από τη βούληση των μερών και δεν κατευθύνεται στην αποκατάσταση συγκεκριμένης ζημίας[4]. Συνήθης περίπτωση ομαδικής ασφαλίσεως είναι η ασφάλιση που συνάπτει ο εργοδότης για λογαριασμό των

---

* Δ.Ν., Προϊστάμενος Δικηγόρος στο Τμήμα Θεμάτων Εποπτείας Ιδιωτικής Ασφάλισης στη Διεύθυνση Νομικών Υπηρεσιών της Τράπεζας της Ελλάδος.

1 Χατζηνικολάου–Αγγελίδου, *Ιδιωτικό Ασφαλιστικό Δίκαιο*, 2008, σελ. 40, Αργυριάδη Γνμδ *Δικαιούχος από ομαδική ασφάλιση ατυχήματος* ΕΕμπΔ 1985, 741. Μπεχρή–Κεχαγιόγλου, *Ομαδική Ασφάλιση*, 2010, σελ. 3 επ.

2 Μνεία της ομαδικής ασφαλίσεως γίνεται στο άρθρο 29 §3 του ν. 2496/1997 αναφορικά προς το δικαίωμα εξαγοράς.

3 Ρόκας Ι., Ομαδική Επαγγελματική Ασφάλιση Ζωής (γνωμοδότηση), ΕΕμπΔ, 2014, 239.

4 Χατζηνικολάου–Αγγελίδου, ό.π. 33 επ., Ρόκας, *Ιδιωτική Ασφάλιση* 2006, σελ. 119.

εργαζομένων στην επιχείρησή του. Αντικείμενο της ομαδικής ασφαλίσεως του προσωπικού είναι συνήθως κίνδυνοι που υπάγονται στην ασφάλιση ποσού, όπως κίνδυνοι θανάτου ή ανικανότητας για εργασία, στην περίπτωση δε επελεύσεως του κινδύνου καταβάλλεται το συμφωνημένο κατ΄ αποκοπή τίμημα.

1.1 Σύμβαση υπέρ τρίτου

Στην ομαδική ασφάλιση του προσωπικού ενός εργοδότη, αντισυμβαλλόμενος της ασφαλιστικής επιχειρήσεως είναι ο εργοδότης και δικαιούχοι του ασφαλίσματος οι εργαζόμενοι. Η ασφαλιστική σύμβαση στην περίπτωση της ομαδικής ασφαλίσεως είναι, κατ΄ αρχάς, γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου (ΑΚ 410 επ.[5]), από την οποία αντλεί κάθε ασφαλιζόμενος-μέλος του ομαδικού ασφαλιστηρίου άμεσο δικαίωμα να αξιώσει την καταβολή από τον ασφαλιστή, διότι από τη φύση της αποσκοπεί στην ικανοποίηση του έννομου συμφέροντος των εργαζομένων και κατά κανόνα δεν συνάγεται βούληση των συμβαλλομένων με βάση την οποία να αποκλείεται το δικαίωμα του εργαζομένου να στραφεί κατά του ασφαλιστή[6]. Στην περίπτωση ανώμαλης εξελίξεως της ενοχής, ο εργαζόμενος δύναται να στραφεί κατά του εργοδότη και να αξιώσει αποζημίωση.

1.2 Μισθολογική παροχή

Το κύριο ζήτημα, το οποίο αντιμετώπισε η – περιορισμένη – νομολογία[7] αναφορικά με τις ομαδικές ασφαλίσεις προσωπικού είναι εάν έχουν το χαρακτήρα μισθολογικής παροχής[8]. Κρίσιμο σε κάθε περίπτωση είναι εάν οι παροχές οι οποίες έχουν συμφωνηθεί με το ομαδικό ασφαλιστήριο αποτελούν όρους των κατ΄ ιδίαν συμβάσεων εργασίας[9]. Γίνεται κατ΄ αρχάς δεκτό ότι οι παροχές αυτές αποτελούν όρους των συμβάσεων εργασίας, εφόσον η ασφαλιστική σύμβαση έχει συναφθεί ως γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου (411 ΑΚ) εάν δηλαδή οι τρίτοι–εργαζόμενοι αποκτούν άμεσο και ίδιο δικαίωμα κατά του ασφαλιστή και εφόσον ο εργοδότης καλύπτει μερικώς ή ολικώς το ασφάλιστρο. Είναι ενδεχόμενο ωστόσο να θεωρηθεί ότι έχει συναφθεί ομαδικό ασφαλιστήριο, κατά τα ανωτέρω, εάν η παροχή του εργοδότη επαναλαμβάνεται

5 Ρόκας ό.π., σελ. 195, Ρόκα *Ζητήματα ομαδικής ασφάλισης*, ΝοΒ 2000, 595.

6 Ρόκα ΝοΒ 2000, 595. ΜΠΡΑθ 635/2010 (Δημ. ΝΟΜΟΣ), ΜΠΡΑθ 2900/2009 (Δημ. ΝΟΜΟΣ), ΑΠ 2201/2007 (Δημ. ΝΟΜΟΣ), ΕφΑΘ 4503/1996 (Δημ. ΝΟΜΟΣ).

7 ΑΠ 1628/98, ΔΕΝ 1999, 369, ΕφΑθ 4503/1996 ΕΕργΔ, 1997 493, ΑΠ 1561/1997 ΔΕΝ 1998 767, ΑΠ 843/2004 ΔΕΝ 1599, ΕφΑΘ 5670/2007, ΔΕΕ, 2008, 1005, ΑΠ 91/2008 Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, 1135/2010 ΠΠΡ ΑΘ Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ. Καρδαρά *Ομαδικό ασφαλιστήριο και μονομερής βλαπτική μεταβολή*, ΕΕργΔ 2003, 795.

8 ΕΦΑΘ 3364/2005 Δνη 2008, 260, ΜΠΡΑθ 903/1999, ΝοΒ 1999, 1317, ΕφΑΘ 5927/1986 ΕΕμπΔ, 1988, 480, ΕφΑΘ 4503/1996 ΔΕΕ, 1996, 1005, ΑΠ 1628/1998 ΔΕΝ 1999, 369.

9 Μπεχρή-Κεχαγιόγλου, *Ομαδική Ασφάλιση*, 2010, σελ. 145 επ. Βλ. ιδίως ΑΠ 1561/1997 ΔΕΝ 1998, 767, ΕφΠειρ 82/2011, ΠΕΙΡΝΟΜ 2011, 1101.

επί μακρόν και ομοιόμορφα, έτσι ώστε να καταλήξει σε σιωπηρή συμφωνία να καταβάλλεται ως μισθός, άλλως να έχει καταστεί επιχειρησιακή συνήθεια[10]. Η μισθολογική παροχή συνίσταται στο δικαίωμα προσδοκίας[11] που αποκτά ο εργαζόμενος στην παροχή του ασφαλίσματος, έως ότου πληρωθούν οι προϋποθέσεις της συμβάσεως[12].

2. Μεταβολή των όρων του ομαδικού ασφαλιστηρίου από τον εργοδότη

Σε ελάχιστες περιπτώσεις αντιμετώπισε η νομολογία το ζήτημα της μονομερούς εκ μέρους του εργοδότη επί τα χείρω αλλαγής των όρων του ομαδικού ασφαλιστηρίου. Κρίσιμο εν προκειμένω είναι εάν η αλλαγή συνιστά μονομερή μεταβολή των όρων της συμβάσεως εργασίας, κατά τρόπο που ο εργαζόμενος να δικαιούται να θεωρήσει τον εργοδότη υπερήμερο ή να θεωρήσει τη μεταβολή καταγγελία της συμβάσεως εργασίας κατ΄ εφαρμογή του άρθρου 7 του ν. 2112/1920[13]. Ειδική περίπτωση είναι αυτή της επί τα χείρω τροποποιήσεως ομαδικών ασφαλιστηρίων μετά από μεταβιβάσεις επιχειρήσεων[14], όπου με βάση ειδικές ρυθμίσεις[15] θα ήταν δυνατόν να γίνει δεκτό ότι η αλλαγή της συμβάσεως δεν συνιστά μονομερή βλαπτική μεταβολή των όρων της συμβάσεως εργασίας.

Σε μία περίπτωση[16] η μεταβολή των όρων του ασφαλιστηρίου έγινε από τον εργοδότη μονομερώς και ήταν αντικειμενικά βλαπτική για τα συμφέροντα των εργαζομένων. Ειδικότερα, βάσει του ομαδικού ασφαλιστηρίου κάθε εργαζόμενος, κατά την αποχώρησή του από την εργασία του, θα ελάμβανε απευθείας από την ασφαλιστική εταιρεία εφάπαξ ασφαλιστική παροχή. Καταρτίστηκε νέο ομαδικό ασφαλιστήριο συμβόλαιο, με δυσμενέστερους όρους, προκειμένου να αντιμετωπισθεί το συσσωρευμένο έλλειμμα του προηγούμενου ασφαλιστήριου συμβολαίου. Η μεταβολή αιτιολογήθηκε με βάση τόσο τη γενικότερη οικονομική κατάσταση της επιχείρησης αλλά και με βάση αναλογιστικές μελέτες επί της βιωσιμότητας του ασφαλιστηρίου. Επισημάνθηκε στην απόφαση ότι η μεταβολή δεν θα ήταν μονο-

10 ΕΦΘεσσ 435/2004 Αρμ 2005, 216, ΑΠ 1277/2010, ΔΕΕ 2011, 1060.

11 ΕφΠειρ 82/2011, ΠΕΙΡΝΟΜ 2011, 1101, ΕΦΘεσς 426/2009 Αρμ 2009, 903, ΑΠ 843/2004, ΕΕμπΔ, 2005, 570, ΕΦΘεσσ 435/2004 Αρμ 2005, 216.

12 Ψυχομάνη *Περί ασφαλιστικής συμβάσεως υπέρ τρίτου*, ΔΕΕ 2007, 768, ΕφΠειρ 82/2011, ΠΕΙΡΝΟΜ 2011, 1101.

13 Γαρδίκα-Καρακατσάνη, *Ατομικό Εργατικό δίκαιο*, 1995, σελ. 476, Καρδαρά ΕΕργΔ 2003, 795.

14 ΜΠρΘεσσ 7901/2003, ΔΕΝ, 2003, 1655, Καρδαρά ΕΕργΔ 2003, 795, Καζάκου, *Μεταβίβαση επιχείρησης και χειροτέρευση των όρων ιδιωτικής ασφάλισης προσωπικού και εκπροσώπηση εργαζομένων*, ΕΕργΔ 2004, 193, Μπεχρή-Κεχαγιόγλου, ό.π., σελ. 158. Ρόκα ΝοΒ 2000, 38. Αντίθετα στην 435/2004 ΕφΘεσσ Αρμεν 2005, 257, εκρίθη ότι το ασφαλιστικό πρόγραμμα ήταν οικειοθελής παροχή του εργοδότη, ελευθέρως ανακλητή μονομερώς, επομένως η επί τα χείρω αλλαγή δεν συνιστούσε μονομερή βλαπτική μεταβολή των όρων εργασίας.

15 Την καταργηθείσα διάταξη του άρθρου 3 §3 του ΠΔ 572/1988 και την ισχύουσα του άρθρου 4 §3 του ΠΔ 178/2002 με την οποία ενσωματώνεται ρύθμιση της Οδηγίας 98/50/ΕΚ.

16 ΑΠ 1301/2013 (Δημ. ΝΟΜΟΣ), υπό δημοσίευση στο περιοδικό Πειραϊκή Νομολογία.

μερής εάν είχε συμφωνηθεί, εάν την είχε αποδεχθεί ο εργαζόμενος και εάν παρέμενε «*… στο πλαίσιο των συμβατικών με καλόπιστη και σύμφωνη με την καλή πίστη ερμηνεία τους*»[17]. Το δικαστήριο δέχθηκε ότι ο ενάγων αποδέχθηκε σιωπηρά τη βλαπτική μεταβολή, διότι συνέχισε να παρέχει την εργασία του επί μακρόν χωρίς διαμαρτυρία[18], με βάση δε τα συνήθη στις εργασιακές σχέσεις είναι ενδεχόμενο το αυτό συμπέρασμα να συναχθεί και σε άλλες περιπτώσεις. Πλέον αξιοπρόσεκτο είναι ότι έγινε δεκτό, ότι η σύμβαση εργασίας διορθώθηκε όσον αφορά το ομαδικό ασφαλιστήριο με βάση την ΑΚ 288. Ειδικότερα διαπιστώνεται στην απόφαση ότι κατ΄ εφαρμογή της ΑΚ 288 έχει διορθωθεί η βούληση των μερών έτσι ώστε να ανταποκρίνεται «*…στις κατά το χρόνο εκπληρώσεως της παροχής απαιτήσεις της συναλλακτικής καλής πίστης*», επομένως έχει αλλάξει το περιεχόμενο των συμβάσεων εργασίας, καθ΄ όσον αφορά το περιεχόμενο και τις ειδικότερες ρυθμίσεις του ομαδικού ασφαλιστηρίου. Με βάση αμφότερες τις ανωτέρω σκέψεις του δικαστηρίου, θεωρήθηκε ότι η μεταβολή των όρων του ασφαλιστηρίου δεν ήταν μονομερής[19].

3. Διόρθωση των όρων ομαδικού ασφαλιστηρίου βάσει της ΑΚ 288

Όπως προαναφέρθηκε, εξετάζοντας τη μονομερή από τον εργοδότη μεταβολή του ασφαλιστηρίου το δικαστήριο δέχθηκε ότι η σύμβαση εργασίας έχει διορθωθεί ως προς το ομαδικό ασφαλιστήριο δυνάμει της ΑΚ 288. Η γενική ρήτρα του 288ΑΚ περιέχει κατευθυντήρια και δεσμευτική γραμμή ως προς τη λειτουργία κάθε ενοχικής σχέσης. Στο πλαίσιό της, ως καλή πίστη νοείται η αντικειμενική συναλλακτική καλή πίστη, η ευθύτητα δηλαδή και η εντιμότητα που απαιτούνται στις συναλλαγές από έναν χρηστό και έμφρονα άνθρωπο[20], προσδιοριζομένη με κριτήρια αντικειμενικά, με βάση δηλαδή τις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις για τη σωστή συμπεριφορά, τα δε συναλλακτικά ήθη λαμβάνονται υπόψιν μόνον όταν δεν προσκρούουν στην κοινωνική ηθική και συνεκτιμώνται για τον προσδιορισμό της καλής πίστεως[21]. Αποτελεί γενική ρήτρα, της οποίας το περιεχόμενο πληρούται από το δικαστή με κριτήρια αντικειμενικά και οδηγεί στην επιβολή ή την απαγόρευση πράξεων στον οφειλέτη ή το δανειστή[22]. Κατ΄ εφαρμογή της αρχής η οποία εκφράζεται διά της γενικής ρήτρας

17 Γαρδίκα–Καρακατσάνη, ό.π., σελ. 478, ΑΠ 91/2008, (Δημ ΝΟΜΟΣ).

18 Στην ΑΠ 1301/2013 (Δημ. ΝΟΜΟΣ) επισημαίνεται ειδικώς ότι η εναντίωση του ενάγοντος με εξώδικες οχλήσεις δεν ασκεί έννομη επιρροή, θεωρήθηκε επομένως ότι ο ενάγων «*..ουδέν έπραξε για την αναγνώριση της ακυρότητας της υφιστάμενης μεταβολής*» (σελ. 24 της ΑΠ 1301/2013).

19 ΑΠ 1277/2010 ΔΕΕ 2011, 1060, ΑΠ 91/2008, (Δημ. ΝΟΜΟΣ).

20 Γεωργιάδη, *Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος*, 1999, σελ.176, Γεωργιάδη–Σταθόπουλου ΑΚ κατ΄ άρθρο ερμηνεία, ΑΚ 288, σελ. 28.

21 Γεωργιάδη–Σταθόπουλου, ό.π., ΑΚ 288, σελ. 28.

22 Ενδεικτικά αναφέρονται οι παρεπόμενες υποχρεώσεις ενημέρωσης, λογοδοσίας, προστασίας και πίστεως, Γεωργιάδη–Σταθόπουλου, ό.π., ΑΚ 288, σελ. 34.

εξισορροπούνται τα συμφέροντα των μερών «*...κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να μην προκαλούνται υπέρμετρες αδικίες εις βάρος κάποιου από αυτούς και επιτυγχάνεται η ομαλή λειτουργία της έννομης σχέσης*»[23].

Συνηθέστερη είναι η συμπληρωματική της ενοχής λειτουργία της γενικής ρήτρας, όπου οι επιβαλλόμενες πράξεις ή παραλείψεις στο πλαίσιο της ενοχικής σχέσης δεν προβλέπονταν στη σύμβαση ή στο νόμο. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις ωστόσο, η ρήτρα είναι δυνατόν να λειτουργήσει διορθωτικά της ενοχικής σχέσης, άγουσα σε παρέκκλιση από την αρχική ρύθμιση, είτε αυτή είναι συμβατική είτε από το νόμο, προς το σκοπό της εναρμόνισης του περιεχομένου της ενοχικής σχέσης προς τη γενική ρήτρα του ΑΚ 288[24]. Η παρέκκλιση από τη σύμβαση προκύπτει λόγω του αναγκαστικού χαρακτήρα της ΑΚ 288, η δε παρέκκλιση από το νόμο εξηγείται, διότι η ΑΚ 288 εκφράζει γενικότερη αρχή. Η διορθωτική επέμβαση αποσκοπεί στην προστασία των δικαιολογημένων συμφερόντων ενός από τα μέρη και την αποφυγή υπέρμετρης, κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη, ζημίας του. Συνήθως, βάσει της ΑΚ 288, περιορίζονται ή αποδυναμώνονται δικαιώματα, παρέχεται δε στην πλευρά που επικαλείται την εφαρμογή της ΑΚ 288 η δυνατότητα να αντιτάξει προς το δικαιούχο από τη σύμβαση ή το νόμο ένσταση όσον αφορά το περιεχόμενο του δικαιώματος. Η διορθωτική λειτουργία είναι δυνατόν να αφορά το μέγεθος, το είδος και τον τρόπο εκπλήρωσης της παροχής[25]. Η επέμβαση έχει όλως εξαιρετικό χαρακτήρα, και θα πρέπει να γίνεται μόνον όταν υπάρχει ιδιαίτερα σοβαρός λόγος με βάση αντικειμενικά κριτήρια. Τα αποτελέσματα της εφαρμογής της διατάξεως του άρθρου ΑΚ 288 δεν εξαρτώνται από δικαστική κρίση, απουσία ειδικής προς τούτο νομοθετικής προβλέψεως, αλλά επέρχονται αυτοδικαίως, εφόσον συντρέξουν οι περιστάσεις που κατά την καλή πίστη δικαιολογούν αλλοίωση της ενοχής, η δε τυχόν δικαστική κρίση έχει αναγνωριστικό χαρακτήρα[26]. Με άλλη διατύπωση, η ΑΚ 288 αναπτύσσει την ενέργειά της και χωρίς δικαστική απόφαση η δε διάπλαση της έννομης σχέσης δεν γίνεται κατ΄ αρχάς από το δικαστή[27].

Στην περίπτωση εκ της νομολογίας που προαναφέρθηκε, αν και τα πραγματικά περιστατικά, δεν ήταν ιδιαιτέρως σύνθετα, δεδομένου ότι ήταν ευχερής η ερμηνεία περί σιωπηράς αποδοχής της μεταβολής των όρων του ασφαλιστηρίου, είναι ενδια-

---

23 Γεωργιάδη, ό.π., σελ.19-20 Κατά μία διατύπωση, με τη διάταξη του άρθρου 288ΑΚ προσδίδεται κοινωνικός προσανατολισμός στον αφηρημένο προσδιορισμό της ενοχής στην ΑΚ 287.

24 Η σχετική νομολογία είναι μάλλον περιορισμένη: ΑΠ 1064/1972 ΝοΒ 21, 629, ΑΠ 471/1975 ΝοΒ 23, 1236, ΑΠ 1570/1983 ΝοΒ 32, 1356, ΑΠ 927/1982, ΕλλΔνη 1983, 42, 10615/1984 ΑρχΝ, 1985, 400, ΕΦΑΘ 7673/1997 Αρμ 200, 344, Εφ ΑΘ 15825/1988, ΝοΒ 38, 84, ΑΠ 250/1998, ΝοΒ, 772, ΑΠ 974/2002 ΕλλΔνη 2003, 1320ΑΠ 668/2003, ΔΕΝ 2003, 1589, ΑΠ 713/2002, ΝοΒ 2003, 33. Τριάντο, ΑΚ Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2009, σελ. 377.

25 Δεν πρόκειται εδώ για περίπτωση που η εφαρμογή της ΑΚ288 θα μπορούσε να οδηγήσει σε κατάργηση της ενοχής. Βλ. Γεωργιάδη, ό.π., σελ.185.

26 Τσιριντάνης επί ΑΚ288, σε Σγουρίτσα, ΕρμΑΚ, 1948, σελ. 36. Γεωργιάδη–Σταθόπουλου, ό.π., ΑΚ288, σελ. 31.

27 Σε εξαιρετικές περιπτώσεις ωστόσο η βεβαιότητα δικαίου επιβάλλει τη διαπλαστική παρέμβαση του δικαστή, έτσι ώστε, επί παραδείγματι, να κρίνει επί του χρονικού σημείου μετά το οποίο επήλθε διάπλαση διαρκούς εννόμου σχέσεως. Γεωργιάδη–Σταθόπουλου, ό.π., ΑΚ 288, σελ. 30.

φέρουσες οι παραδοχές της αποφάσεως, για τη διορθωτική λειτουργία της ΑΚ 288, στο πλαίσιο ιδιάζουσας συμβατικής ενοχής, όπως αυτή της συμβάσεως εργασίας, ιδίως δε όσον αφορά την εφαρμογή ασφαλιστικών συμβάσεων η απρόσκοπτη λειτουργία και οικονομική βιωσιμότητα των οποίων εξαρτάται από εξωγενείς της συμβάσεως παράγοντες, τίθεται δε εκ των πραγμάτων ζήτημα αναθεωρήσεως των ομαδικών ασφαλιστήριων. Μεθοδολογικά, η διόρθωση της συμβάσεως εργασίας με την αποδοχή της μεταβολής του ομαδικού ασφαλιστηρίου, είναι ενδιαφέρουσα ως πλήρωση του κενού της συμβάσεως, κενού το οποίο ήταν μεταγενέστερο της συνάψεως αυτής, διά της εφαρμογής της γενικής ρήτρας της ΑΚ 288 και σύμφωνα προς το σκοπό της συμβάσεως.

Η ρήτρα της ΑΚ 288 εφαρμόζεται ακόμα και επί προβλεφθείσας ή εν πολλοίς αναμενόμενης μεταβολής των συνθηκών επί των οποίων τα μέρη στήριξαν τη συμφωνία τους[28], καλύπτει επομένως περιπτώσεις αμφοτεροβαρών συμβάσεων όπου η όποια μεταβολή των συνθηκών δεν είναι απρόοπτος, έτσι ώστε να εγερθεί ζήτημα εφαρμογής της ΑΚ 288[29]. Η εφαρμογή της ρήτρας του ΑΚ 288 στην περίπτωση ομαδικών ασφαλιστηρίων εργαζομένων είναι επομένως σημαντική, διότι με την εφαρμογή της ρήτρας καλύπτονται πλείστες περιπτώσεις στη λειτουργία των ασφαλιστικών συμβάσεων όπου με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας θα πρέπει να θεωρηθεί εξαιρετικά πιθανή η αλλαγή των συνθηκών και προκύπτει ευλόγως η ανάγκη τροποποίησης.

Πέραν της, με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας, παραδοχής της πιθανής ανάγκης τροποποιήσεως των ομαδικών ασφαλιστηρίων, σημαντική είναι, προδήλως, η πλήρης αιτιολόγηση της ανάγκης μεταβολής των όρων των ασφαλιστηρίων, με στοιχεία προσαρμοσμένα στα δεδομένα του ομαδικού ασφαλιστηρίου και τις οικονομικές συνθήκες. Είναι ζήτημα πραγματικό, εάν η αιτιολόγηση είναι επαρκής κάθε φορά, ωστόσο με βάση την αιτιολόγηση θα στηριχθεί τελικά η σκέψη ότι η, δικαιολογημένη με οικονομικούς και συναλλακτικούς όρους, μεταβολή του ομαδικού ασφαλιστηρίου λειτουργεί προς όφελος των εργαζομένων, οπότε όντως εξισορροπούνται τα συμφέροντα και επιτυγχάνεται η ομαλή λειτουργία της έννομης σχέσης. Η ανωτέρω τεκμηρίωση και το προβλεπτό, με βάση την κοινή πείρα, της ανάγκης αναπροσαρμογής των ομαδικών ασφαλιστηρίων, υποδεικνύουν εφαρμογή του κριτηρίου της συναλλακτικής πρακτικής, ενισχυτικά της πεποίθησης για την αντικειμενική καλή πίστη που επιτρέπει τη διόρθωση της δικαιοπρακτικής βούλησης.

Οι περιπτώσεις όπου διαπιστώνεται η με βάση την ΑΚ 288 διόρθωση της βουλήσεως των μερών δεν είναι συχνές στη νομολογία[30], αφορούν δε συνήθως αναπροσαρμογή μισθωμάτων, αναπροσαρμογή εργολαβικού ανταλλάγματος και την

28 Σελ. 9 της ΑΠ 1301/2013 (Δημ. ΝΟΜΟΣ).

29 Βλ. και Γεωργιάδη–Σταθόπουλου, ό.π., ΑΚ 288, σελ. 36: «…*η ΑΚ 388 δεν είναι παρά ειδική εφαρμογή της ΑΚ 288 για την περίπτωση απρόοπτης, μετά την κατάρτιση αμφοτεροβαρούς συμβάσεως μεταβολής των συνθηκών*…».

30 Βλ. υποσημείωση αρ. 24.

εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης εργαζομένων, τούτο δε είναι εύλογο δεδομένου του εξαιρετικού χαρακτήρα διάταξης και της βαρύτητος της αρχής τηρήσεως των συμφωνηθέντων. Στον χώρο του εργατικού δικαίου η διορθωτική των εκατέρωθεν βουλήσεων εφαρμογή της ΑΚ 288 φαίνεται λιγότερο πιθανή, εάν ληφθεί υπόψιν ότι τα συμφωνούμενα περιορίζονται ως προς το περιεχόμενο τους από διατάξεις προστατευτικές της θέσεως των εργαζομένων. Ενδεχομένως, η εφαρμογή της διατάξεως στην περίπτωση των παροχών από ομαδικά ασφαλιστήρια συμβόλαια για το προσωπικό μιας επιχείρησης να είναι ευχερέστερη, διότι αφορά παρεπόμενη του μισθού παροχή. Σε κάθε περίπτωση ωστόσο η εφαρμογή της ΑΚ 288 σε περιβάλλον όπου πληθώρα παραγόντων, πέραν της βουλήσεως των μερών, επηρεάζουν τη λειτουργία της ενοχικής σχέσης, ειδικώς δε τη βιωσιμότητα των ομαδικών ασφαλιστηρίων, καταδεικνύει τις δυνατότητες που παρέχει στον εφαρμοστή του δικαίου η γενική ρήτρα της ΑΚ 288, ως ειδικότερη έκφραση της αρχής της καλής πίστης, ιδίως δε η διά της ρήτρας προσαρμογή του εφαρμοστή του δικαίου σε σύνθετα συναλλακτικά δεδομένα.

Alexander Metallinos*

Applicable law on companies and other legal entities
The current state of play in Greek private international law

A. Introduction – the big picture

1. As is the case in many other European countries, the matter of the applicable law on companies and other legal entities in Greek private international law has been marked by a tug of war between the connecting factors of the real seat of the legal entity and that of its incorporation or its statutory or registered seat. The main legislative provision in this respect, article 10 of the Civil Code, which has the title "legal person", states that "[t]he capacity of the legal person is governed by the law of its seat", but begs the question whether it refers to the real or the registered seat.
2. Greek legal writing had long opted for the real seat theory[1] with the intellectually brave, but solitary dissent of Professor Georgakopoulos,[2] whose memory is honored with the present volume. Case law also adopted the real seat theory, notably through decision 461/1978 of the plenary session of Areios Pagos.[3] This decision marked an almost complete victory[4] of the real seat theory. The

---

* Dr. jur. (Münster), LLM (Yale).

1 See Maridakis G., Private International Law, 2nd ed., vol. I (in Greek) (1967), p. 439-441, Krispis E, Legal entities and in particular *sociétés anonymes* in private international law (in Greek) (1950), p. 60-62, id., Private international law, Special part (in Greek) (1967-1968), p. 106-107, Streit G./ Vallindas P., Private international law, vol. II (in Greek) (1937), p. 78-83, Evrigenis D., Private International Law (in Greek) (1973), p. 216, id., Elements of the law of international transactions and of the international business organizations (in Greek) (1976), p. 113-114, Vrellis S., Private International Law, 3rd ed. (in Greek) (2008), p. 152, Pamboukis Ch., Offshore companies in Greek private international law (in Greek), DEE 2001, p. 965-978, 967, id., Legal entities and in particular companies in the conflict of laws, 2nd ed. (in Greek) (2004), p. 73-75, Kiantos V., Private law of international commerce, 2nd ed. (in Greek) (1997), p. 148, Kalavros G., in Georgiades A./ Stathopoulos M., Civil Code, Commentary, vol. I (in Greek) (1997), art. 10, nr. 2, Vassilakakis E., in Grammatikaki-Alexiou A./ Papasiopi-Pasia Z./ Vassilakakis E., Private International Law (in Greek), 5th ed. (2012), p. 140-141, Plionis L., International jurisdiction of Greek courts according to the Code of Civil Procedure (in Greek) (1971), p. 131-132, Bedemacher-Geroussis A., The transfer of the seat of the legal entity according to Greek private international law (in Greek), Arm 1961, p. 493-501, 494.

2 See Georgakopoulos L., Manual of commercial law, vol. 1 – The merchants – part 2 – Companies and connected undertakings, 2nd ed. (in Greek) (1996), p. 621.

3 NoV 1979, 211. It is worth noting the strong dissenting opinion and the marginal majority of the decision (9 members sided with the prevailing opinion and 8 with the dissenting opinion).

4 The victory of the real seat theory was almost complete, because, as will be explained below (nr. 9), companies incorporated in the United States and in certain other countries were governed by the law under which they were incorporated.

practical effect of the real seat theory was that legal entities incorporated under a law different than that of their real seat, i.e. of the place where the legal entity is in fact managed, would be governed *inter alia* as to the prerequisites of their incorporation by the law of the place of their real seat. The fact pattern that mostly confronts Greek courts is that the real seat of the company is in Greece and it is purported to have been incorporated under a foreign law.[5] As such legal entities have not complied with the provisions of Greek law for the incorporation of a company under any legal form that provides for limited liability, Greek courts consider such companies as void in the form in which their founders intended to incorporate them and convert them into unregistered partnerships governed by Greek law.[6] The upshot is that shareholders of such legal entities are held to have personal liability for the debts of the legal entity.

3. However, the triumph of the real seat theory was short lived. The shipping industry is crucial for the Greek economy and Greek ship-owners were –for a number of practical reasons– long accustomed to using offshore companies, in fact managed in Greece. Decision 461/1978 of Areios Pagos would render the shipowners personally liable for the debts of their companies, a personal financial risk unacceptable to them in view of the risky nature of shipping. This risk would likely lead a large portion of Greek shipping companies to move their headquarters to other jurisdictions,[7] which would have significantly hurt the Greek economy. In order to prevent this from happening, the legislature acted swiftly to reverse the effects of the judgment of the Areios Pagos as far as shipping companies are concerned, by enacting article 1 of law 791/1978, according to which shipping companies having been incorporated under the

5 It is possible that Greek courts could also face a situation where the real seat of a legal entity is in a foreign jurisdiction, different from the one under the law of which the entity is purported to have been incorporated (see Thessaloniki Court of Appeal 2846/2000, legal database NOMOS, in which case the court did not need to address the matter, because it concerned the capacity of the plaintiff and the court held that under article 62 of the Code of Civil Procedure, even if the claimant was not validly incorporated as a legal entity, it could still sue as a group of persons). Greek legal writing has taken the view that, notwithstanding the general exclusion of renvoi under article 32 of the Civil Code, in case the country of the real seat of the legal entity applies the law of the country of incorporation, Greek courts should also do so (see Krispis E, Legal entities, *op. cit.*, p. 52, id., Private international law, Special part, *op. cit.*, p. 117-118, Metallinos A., in Perakis E. (ed.), The law of the *société anonyme*, 3rd ed. (2010), art. 6, nr. 17-19, *contra* Kiantos V., *op.cit.*, p. 167). If, however, the country of the real seat also follows the real seat theory and applies its own law, Greek courts will also apply that law, which will determine if the legal entity will be considered void and in general the consequences of the fact that it was purported to have been incorporated following the law of another country. The same opinion is accepted in German law (see Großfeld B., Staudinger BGB, Internationales Gesellschaftsrecht (1993), nr. 104-105).

6 Areios Pagos plenary session 1/2003, NoV 2003, 1392, Areios Pagos 803/2010, legal database NOMOS, Areios Pagos 812/2008, legal database NOMOS, Areios Pagos 975/1997, DEE 1997, 1083, Areios Pagos 1177/1991, PoinChr 1992, 146, Piraeus Court of Appeal 207/2011, legal database NOMOS and DEE 2011, 799, Piraeus Court of Appeal 287/2011, legal database NOMOS, Piraeus Court of Appeal 127/2009, legal database Nomos and EEmpD 2010, 691, Piraeus Court of Appeal 277/2005, legal database NOMOS, Piraeus Court of Appeal 549/2006, legal database NOMOS, Athens Court of Appeal, 10146/1979, EEmpD 1981, 243, Piraeus Single Member Court of First Instance 2166/2011, legal database NOMOS.

7 Vassilakakis E., in Grammatikaki-Alexiou A./ Papasiopi-Pasia Z./ Vassilakakis E., *op. cit.*, p. 143.

laws of a foreign state and either owning or managing vessels under the Greek flag, or having a permanent establishment in Greece under certain laws aiming to attract shipping companies, shall be governed, as to their incorporation and legal capacity, by the law of the country of their registered seat.[8] This provision was amended in 2010 to also cover holding companies of such shipping companies.[9]

4. This intervention of the legislature in the matter of shipping companies was not the end of the story. The similarity in the wording of article 1 of law 791/1978 with article 10 of the Civil Code would have reasonably led one to believe that their field of application would be similar, i.e. that all matters that are governed by the law of the real seat of non-shipping companies, would be governed by the law of the registered seat in relation to those shipping companies meeting the prerequisites of article 1 of law 791/1978.[10] Nevertheless, the plenary session of Areios Pagos in its decision 2/1999 adopted a different opinion: it held that the provisions of article 1 of law 791/1978 only apply in relation to the matters of incorporation and legal capacity of shipping companies and otherwise the real seat doctrine still applies. While this decision was subjected to strong criticism in legal writing, most subsequent decisions have followed it or at least cited it. Nevertheless, its literal application could lead to severe practical problems, as will be discussed below.
5. The next defeat of the real seat theory came from the series of celebrated decisions of the ECJ, notably decisions Centros,[11] Überseering[12] and Inspire Art.[13] These decisions rendered the traditional application of the real seat theory impossible in cases of legal entities incorporated in another member state of the EU or the EEA, as Greek courts can no longer consider such legal entities void or treat them as unregistered partnerships. This restriction of the field of application of the real seat theory was swiftly recognized by case law, albeit in an *obiter dictum*: in decision 2/2003 of the plenary session of the Areios Pagos, the court affirmed the case law according to which companies[14] purportedly incor-

8 Shipping companies that do not fulfill the conditions of article 1 of law 791/1978 are governed by article 10 of the Civil Code and therefore, if their real seat is in Greece and they are purported to have been incorporated under another law, are deemed to be unregistered partnerships (Areios Pagos 803/2010, legal database NOMOS, Areios Pagos 812/2008, legal database NOMOS, Piraeus Court of Appeal 287/2011, legal database NOMOS, Piraeus Court of Appeals 127/2009, legal database NOMOS and EEmpD 2010, 691, Piraeus Court of Appeal 849/2004, legal database NOMOS, Piraeus Court of Appeal 999/2003, legal database NOMOS, Piraeus Single Member Court of First Instance 2166/2011, legal database NOMOS).

9 See art. 11 par. D of law 3816/2010.

10 This was the initial position of case law. See Areios Pagos 1627/1986, NoV 1987, 1050.

11 Judgment of 9.3.1999, Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, C-212/97.

12 Judgment of 5.11.2002, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), C-208/00.

13 Judgment of 30.09.2003, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd, C-167/01.

14 Other than shipping companies falling within the scope of application of law 791/1978 or companies incorporated in the USA.

porated in a foreign country but having their real seat in Greece would be treated as unregistered partnerships, but implied that this case law would not apply, if the company had been incorporated in another member state of the EU.[15]

6. Legal writing also universally accepted that the case law of the Court of the EU necessitated revisiting the application of the real seat theory in relation to legal entities incorporated in other member states. However, different opinions were expressed regarding the question to what extent the application of the law of the country of the real seat would be replaced in this case by the law of the place of incorporation or of the registered seat of the company. According to one opinion in this case the law of the registered seat must govern all matters that would otherwise have been governed by the law of the real seat. In other words, the law of the registered seat would replace the law of the real seat as *lex societatis*.[16]
7. Other opinions opt for a narrower scope of application of the law of the registered seat of the legal entity. One such opinion adopts the Überlagerungstheorie originally formulated by Sandrock in Germany.[17] According to this theory, as originally formulated, legal entities are governed by the law of the country of their incorporation as to the validity of their incorporation and their legal capacity, but on other matters interested parties have the right to invoke mandatory provisions of the law of the country of the real seat of the legal entity and in that case such provisions displace the provisions of the law of the country of incorporation.[18] Another opinion follows the theory of distinction (Differenzierungslehre), originally proposed by Grasmann.[19] According to this, one must distinguish between internal matters of the legal entity, which must be gov-

15 Areios Pagos plenary session 2/2003, NOMOS Database, EEmpD 2003, 60 and DEE 2003, 525.

16 Vrellis S., *op. cit.*, p. 154-155, Metallinos A., The end of the real seat theory in the European Union – comment on the decision of the ECJ of 5.11.2002, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), C-208/00, EEmpD 2003, p. 194-206, 203-204, Karabatzos A, The validity of an off-shore company – owner of real estate with statutory seat in an "oversees country" – in particular under the scope of Areios Pagos plenary session 2/2003 (in Greek), ChrID 2009, 293-301, 295-296, Katsas Th., The mutual recognition of community legal entities and its coordination with the national private international law, The cross-border transfer of seat of community legal entities under the light of the recent case law of the ECJ in cases Centros, Überseering and Inspire Art (in Greek), DEE 2004, p. 1115-1129, 1121-1122.

17 See Pampoukis K., The mutual recognition of community companies in the case law of the ECJ: conclusions for Greek international company law (in Greek), EpiskED 2003, p. 283-300, 299, Karagounidis A., Recognition and establishment of capital companies in the community space from the scope of the community and the Greek legal order – The control of the national rules of conflict by the ECJ (in Greek), EllD 2005, 1315-1347, 1335-1337 and 1340-1341. Tzakas D.-P., in Bolos A./ Tzakas D.P. (ed.), The Private International Law of Non-contractual Obligations, Commentary on Regulation 864/2007 [Rome II] (in Greek), (2013), art. 1, nr. 114, accepts the application of the theory of incorporation with the possibility of "extremely limited" application of the law of the real seat.

18 See Großfeld B., op. cit., nr. 32, Knop J., Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit (2008), p. 43.

19 See Kozyris Ph., Jurisdiction and applicable law in the internal company relationships – proposals for Greece after decisions Centros and Überseering, EpiskED 2003, p. 618-638, 638.

erned by the law of the country of incorporation, and external relationships that are governed by different laws, such as the law of the place where a juridical act is undertaken, or the law governing the effects of the juridical act, or also in this case the law of the country of incorporation.[20] A different approach is to decouple the issue of validity of the legal entity from applicable law and to deal with it as a matter of recognition of a foreign public act (method of recognition[21]), such public act being mostly the act of registration of the legal entity. Under this approach, the recognition of the act of incorporation of the company would also lead to the application of the law of the country of incorporation to matters of internal organization and of capacity of the legal entity.[22] Thus the application of the method of recognition in this case can lead to similar results as the theory of distinction.[23]

8. In addition to the questions as to the extent of the application of the law of the registered seat of legal entities incorporated in other member states, a further question has arisen from the case law of the Court of the EU itself. While the decisions Centros, Überseering and Inspire Art mentioned above dealt with impediments created by the law of the member state of the real seat in relation to companies having their registered seat in another member state (a fact pattern that can be described as importing the real seat), they did not deal with the inverse situation where the impediments to having the real seat in another member state are set by the law of the country of the registered seat (from whose point of view the real seat is exported). This matter was addressed in Cartesio decision of the Court of the EU.[24] In that case, Cartesio, a company incorporated in Hungary and being subject to Hungarian law wished to transfer its real seat from Hungary to Italy, while remaining a company governed by Hungarian law. This was not permitted under Hungarian law. The Court held that while, if the company moved to another member state with an attendant change as regards the national law applicable, a barrier to such move would be prohibited under Article 43 EC (unless it served overriding requirements in the public interest), the member state was free to not permit a company governed by its law to retain that status if the company moved its seat to the territory of another member state. As a result, contrary to the case of the import of the real seat, where the hand of the national law is bound by EU law, in the case of the export of the real seat the national legislature is free to retain the doctrine of the real seat.

20 See Großfeld, *op. cit.*, nr. 31.
21 Regarding the method of recognition in general see Pamboukis Ch., The method of recognition in private international law (in Greek), Essays in honour of Spyridon Vl. Vrellis (2014), p. 659-678.
22 Pamboukis Ch., Legal entities, *op. cit.*, nr. 35.
23 Pamboukis Ch., Legal entities, *op. cit.*, nr. 35.
24 Judgment of 16.12.2008, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, C-210/06.

9. In order to complete the picture of exceptions to the real seat doctrine one must refer to the oldest exceptions of all – that deriving from certain bilateral treaties, notably from article XXIV par. 3 of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Kingdom of Greece and the United States of America ratified by law 2893/1954. This provides the following: "As used in the present Treaty, the term "companies" means corporations, partnerships, companies and other associations, whether or not with limited liability and whether or not for pecuniary profit. Companies constituted under the applicable laws and regulations within the territories of either Party shall be deemed companies thereof and shall have their juridical status recognized within the territories of the other Party." It is generally accepted, both in legal writing[25] and case law[26], that, as a result of this provision, legal entities incorporated in the USA are governed by the law of the state of their incorporation. It is arguable that the same conclusion results also from other bilateral treaties. Legal writing has pointed to article 3 par. 1 of the treaty on commerce and shipping with Norway (ratified by law 3574/1928) and to article 1 par. 2 of the treaty of legal cooperation on matters of civil, family, commercial and criminal law with the Republic of Cyprus (ratified by law 1548/1985)[27], but since Norway and Cyprus are members of the EEA and the EU respectively, the question whether legal entities incorporated in those countries are governed by the law of their incorporation on the basis of such bilateral treaties is mute, since such legal entities can rely on the settled case law based on EU and EEA law.[28] It is also arguable that article 8 of the Consular Treaty on navigation, civil and commercial rights and establishment between Greece and Lebanon, ratified by legislative decree 1273/1949, has the same effect.[29]
10. In conclusion, Greek private international law on legal entities is still based on the doctrine of the real seat, but the exceptions to this rule are probably more important than the rule itself. This patchwork of rule and exceptions is not simple, but simplicity is not necessarily a prevailing consideration in designing the provisions to govern a field of law – if complex rules deal adequately with social and economic needs, then complexity is a price worth paying. In any event,

25 See Evrigenis D., Private International Law, *op. cit.*, p. 219-220, id., Elements, *op. cit.*, 117, Krispis E., Private International Law, Special Part, *op. cit.*, p. 118-119, Pamboukis Ch., Legal entities, *op. cit.*, nr. 69, Vassilakakis E., in Grammatikaki-Alexiou A./ Papasiopi-Pasia Z./ Vassilakakis E., *op. cit.*, p. 142, Metallinos A., in Perakis E., *op. cit.*, art. 6, nr. 36.

26 See Areios Pagos 1835/2007 Nomos Database and DEE 2008, 327, Patras Court of Appeal 640/2006 NOMOS database.

27 See Pamboukis Ch., Legal entities, *op. cit.*, nr. 70.

28 See Piraeus Court of Appeal 586/2012, NOMOS Database and DEE 2013, 145.

29 See Vassilakakis E., The law of the registered seat as the *lex societatis* of the private company (in Greek), DEE 2013, p. 99-107, 101.

both the rule and the exceptions seem unlikely to change in the predictable future, since the rule is based on settled case law, which is supported by legal writing, and the exceptions are based either on legal provisions ranking ahead of common statutes (in the case of EU law and bilateral treaties) or on important economic considerations (in the case of shipping companies). However, there are still important issues that need to be clarified, notably concerning the scope of application of the law of the registered seat in case of shipping companies and companies incorporated in other EU or EEA member states as well as the matter of "exporting" the real seat of a company incorporated in Greece. These matters will be examined in turn below in chapters B, C and D.

B. The scope of application of the law of the registered seat of shipping companies of law 791/1978

11. Decision 2/99 of the plenary session of the Areios Pagos is an apt example of the saying that hard cases make bad law and of the perils involved in supreme courts making statements that are broader than is needed to address the matter at hand. The dispute that lead to the issuance decision 2/99 was not about applicable law – it concerned jurisdiction under the Brussels Convention. The plaintiffs in the case were two companies incorporated and having their registered seats in Liberia and Cyprus respectively, but both had their real seat in Greece. One of the companies being the manager of a ship insured for the benefit of the other company, which was the owner of the ship, the ship against total loss through a contract with the defendants that were domiciled in the UK. The plaintiffs sued the defendants before Greek courts based on article 8 combined with article 53 par. 1 of the Brussels Convention. Article 8 provided that "[a]n insurer domiciled in a Contracting State may be sued:
(…) (2) in another Contracting State, in the courts for the place where the policy-holder is domiciled (…)" and article 53 par. 1 stated that "[f]or the purposes of this Convention, the seat of a company or other legal person or association of natural or legal persons shall be treated as its domicile. However, in order to determine that seat, the court shall apply its rules of private international law." Both the Court of First Instance and the Court of Appeal rejected the lawsuit for lack of jurisdiction considering that according to article 1 of law 791/1978 the seat of the plaintiffs was in Liberia and Cyprus respectively.

12. The plenary session of Areios Pagos reversed, stating that the seat of a legal entity, according to both article 10 of the Civil Code and the rules of the Code of Civil Procedure determining the international jurisdiction of Greek courts, means the place where the legal entity is managed and that article 1 of law 791/1978

did not change the meaning of the seat, as it is a special provision relating only to the matters of incorporation and legal capacity of shipping companies. The decision of Areios Pagos in relation to the matter before it was reasonable – for matters of jurisdiction over an insurance contract it is reasonable for the real seat of the policy holder to be considered as its domicile. Indeed, if the case were to be determined under either Regulation (EC) 44/2001 (Regulation Brussels I) or Regulation (EU) 1215/2012 (Regulation Brussels Ibis), the courts of the place of the central administration of the policyholder or the insured would have had jurisdiction irrespective of the interpretation of law 791/1978.[30]

13. Areios Pagos could have reached this conclusion by simply stating that under the general provisions of Greek private international law the seat of a legal entity both for the purposes of conflict of laws and international jurisdiction is deemed to be the place where the legal entity is managed and that article 1 of law 791/1978 did not affect matters of international jurisdiction.[31] Instead the court opted to limit the scope of article 1 of law 791/1978 also as to applicable law. Taken literally, decision 2/99 could lead to problematic, even absurd results. For example Greek company law provides that the registered seat of a company limited by shares[32] must be in a Greek municipality, which is not possible in relation to companies having by definition their registered seat abroad. Furthermore, the enactment of the initial articles of association of a company are part of its incorporation and therefore under the literal interpretation of decision 2/99 would be governed by the law of the country of the registered seat, whereas their application in practice would be subject to Greek law, which would lead to the absurd result of the articles being potentially (in case of discrepancy between the two laws) valid and void (or inapplicable) at the same time. In addition, according to Greek law a number of corporate actions, such as an amendment of the articles of association or a merger, have to be registered in the Greek registry for companies limited by shares, which is not possible in relation to a company incorporated abroad, since no file will have been opened for it in the Greek registry. Thus, if two shipping companies having their registered seat in the Marshal Islands and their real seat in Greece were to merge, such merger would not be

30 According to article 11 par. 1 of Regulation Brussels Ibis, "[a]n insurer domiciled in a Member State may be sued: (…) (b) in another Member State, in the case of actions brought by the policyholder, the insured or a beneficiary, in the courts for the place where the claimant is domiciled (…)". Furthermore, according to article 63 par. 1 of the same Regulation, "[f]or the purposes of this Regulation, a company or other legal person or association of natural or legal persons is domiciled at the place where it has its: (…) (b) central administration (…)". Articles 9 par. 1 and 60 par. 1 of Regulation Brussels I contained the same provisions. It is unfortunate that Greek courts often continue to refer to decision 2/99 (as well as to the clearly inapplicable provisions of the Code of Civil Procedure) to establish their jurisdiction in cases where they should have applied Regulation Brussels I (see Piraeus Court of Appeal 12/2011, EEmpD 2012, 365, Piraeus Court of Appeal 207/2011 legal database NOMOS and DEE 2011, 799).

31 This was the position taken by the Piraeaus Court of Appeal 1406/1982, EEmpD 1983, 133.

32 The Greek term "ανώνυμη εταιρεία" shall be translated in this article as "company limited by shares".

effective from the point of view of Greek law, as a merger takes effect from the time of the registration of the approval of the merger by the competent administrative authority in the general commercial registry (article 75 par. 1 of law 2190/1920). Therefore, the absorbed company would from the point of view of Greece continue to exist, even though it would no longer exist in the Marshal Islands. For the same reason, any capital increase would not be effective under Greek law, as the relevant amendment of the articles of association would not be registered in the general commercial registry and as a result the new shares would be void. In conclusion, decision 2/99 threatens to undo to a significant extent the purpose of law 791/1978, which was to facilitate shipping companies to maintain their central administration in Greece.

14. Legal writing has dealt with decision 2/99 in different ways. Professor Vrellis rejected the decision outright characterizing it as "misguided in many respects" and claiming that the real meaning of article 1 of law 791/1978 is that all matters that according to article 10 of the Civil Code are governed by the law of the real seat are in relation to shipping companies falling within the scope of article 1 of law 791/1978 governed by the law of the registered seat.[33] A different opinion has been expressed by Prof. Ch. Pamboukis who accepts the basic premise of decision 2/99, according to which article 1 of law 791/1978 must be interpreted narrowly, as it deviates from the general rule in favor of the real seat, and applied only to the extent necessary to achieve the purpose of the law.[34] However, the same author moves away from the rigid wording of decision 2/99, reinterpreting it as either endorsing the distinction between internal matters of the company, which are to be governed by the law of the registered seat, and external ones, governed by the law of the real seat, or accepting the theory of recognition.[35] Both of these alternative readings of decision 2/99 solve the most important problems created by its wording. Internal matters include both the articles of association and the appointment of the board of directors and any other legal representatives of the company, so under the first alternative reading these matters would be governed by the law of the place of incorporation. Also, the application of the theory of recognition would lead not only to the recognition of the company itself, but also to the recognition of all other acts in the life of the company which are registered in the company registry of the country of incorporation, such as amendments of the articles of association or appointment of the company's officers.

33 Vrellis S., *op. cit.*, p. 155. See also Tzakas D.-P, Comments on Multimember Court of First Instance of Piraeus 4525/2014 (in Greek), EEmpD 2014, p. 980, 985-986.

34 See Pamboukis Ch., Legal entities, *op. cit.*, nr. 78.

35 Pamboukis Ch., in Pamboukis Ch. (ed.), Law of International Transactions (in Greek) (2010), nr. 347.

15. Case law after the issuance of decision 2/99 has avoided the pitfalls to which a strict adherence to the wording of the decision would have led. A number of the earlier decisions concerned international jurisdiction including international jurisdiction to declare the company bankrupt, as before the entry into force of the Insolvency Regulation (Regulation 1346/2000), which introduced the jurisdictional basis of the center of main interests (COMI), international jurisdiction to declare a legal entity bankrupt was based on its seat.[36] Regarding applicable law, a number of cases applied the law of the registered seat on matters other than the incorporation and the legal capacity of shipping companies falling within the scope of application of law 791/1978. Thus Areios Pagos found that the legal representation of a shipping company was governed by the law of its registered seat.[37] Also the Piraeus Court of Appeal held that the capacity of the liquidator of a shipping company having its registered seat in Liberia to represent the company in court was governed by the law of Liberia.[38] Furthermore, the Piraeus Court of Appeal ruled that the dissolution and placement into liquidation of a shipping company was governed by the law of its registered seat.[39] The Multimember Court of First Instance of Piraeus held that the alleged nullity of the decision of the shareholders' meeting of a shipping company falling within the scope of law 791/1978 and having its registered seat in Liberia is governed by the law of the country of the registered seat.[40]
16. On the other hand, case law following decision 2/99 has held that the matter of the potential piercing of the corporate veil of companies falling within the scope of application of law 791/1978 is governed by the law of the real seat.[41] However, this case law does not lead to the same kind of problems as the ones discussed above, as the matter of the piercing of the corporate veil is a separate matter that is not inextricably linked with the function of a company. Indeed, according to an opinion put forward in legal writing, if the *lex societatis* (be it the law of the registered or of the real seat) does not allow the piercing of the corporate veil, a plaintiff can in some cases rely on other laws, such as the *lex delicti*,

36 See Athens Court of Appeal 8404/2001, legal database NOMOS. The Piraeus Court of Appeal (decision 159/2004) held that it had jurisdiction to appoint a commissioner to a number of shipping companies incorporated in Liberia with the aim of achieving a composition with their creditors on the basis that the real seat of the companies was in Greece. The court should have applied the Insolvency Regulation, since the appointment of a commissioner is included in Annex A thereof. The Multimember Court of First Instance of Piraeus (decision 3685/2005) held that it had jurisdiction for the bankruptcy of a shipping company incorporated in Liberia on the basis that its real seat was in Greece. The court should have applied the Insolvency Regulation.

37 Areios Pagos 186/2008, legal database NOMOS.

38 Piraeus Court of Appeal 477/2013, legal database NOMOS.

39 Piraeus Court of Appeal 40/2010, legal database NOMOS and DEE 2011, 314.

40 Multimember Court of First Instance of Piraeus 4525/2014, EEmpD 2014, 980, with comments by Tzakas D.-P.

41 Piraeus Court of Appeal 1000/2006, legal database NOMOS, Multimember Court of First Instance of Piraeus 2400/2010, legal database NOMOS.

if the behavior of the shareholder that justifies the piercing of the corporate veil constitutes a tort.[42] Furthermore, the Five Member Court of Appeal of Piraeus applied Greek law, as the law of the real seat, to determine whether a shareholder of a shipping company incorporated in Liberia had a direct right to sue the managers of the company for alleged misappropriation of funds.[43]

17. The fact that the wording of decision 2/99 does not appear to have caused any major problems up to now should not be grounds for complacency. Even though in the Greek legal system decisions of Areios Pagos have no formal power as sources of law, such decisions and in particular decisions of the plenary session are highly influential. Unless the scope of decision 2/99 is clarified by some other decision of the plenary session of Areios Pagos, there will be significant uncertainty about the scope of application of the law of the registered seat. Enterprising plaintiffs, in particular minority shareholders in listed shipping companies, can try to exploit this decision to attack before Greek courts the validity of corporate decisions or to assert shareholder rights under Greek law. If they are successful, the decision of the Greek court may well not be recognized in the country of the registered seat of the company, in which case the courts of that country may issue a decision leading to different results than the Greek one. At the extreme one could imagine a decision annulling the replacement of the board of directors not being recognized in the country of the registered seat, leading at two boards seeking to assert authority over the assets of the company, each one trying to have the decision in its favor recognized in the countries where the assets are.[44] Furthermore, even if there is no litigation, the uncertainty caused by decision 2/99 can create problems to the transac-

42 See Pamboukis Ch., The applicable law on the piercing of the corporate veil, in The private international law of commerce, 17th Congress of Commercial Law (in Greek), (2008), p. 91-113, 104-109, Metallinos A., in Georgiades A., Concise Interpretation of the Civil Code (in Greek), vol. I (2010), art. 10, nr. 20. See along the same lines in German law, Großfeld B., *op. cit.*, nr. 341: "Das Gesellschaftstatut ist daher Ausgangpunkt für die Durchgriffshaftung (…). Im Einzelfall sind aber das Vertragstatut, das Statut der culpa in contrahendo oder der Sachwalterhaftung (…), das Rechtscheinstatut und das Deliktstatut anwendbar (…)". Unberath H./ Cziupka J., in Rauscher Th., Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/ EuIPR, Rom I VO – Rom II VO (2011), Art. 1 Rom II VO, nr. 39 consider the question whether the matter of piercing the corporate veil is to be governed by the *lex societatis*, the *lex concursus* or the *lex delicti* still unsettled, but tend to prefer the application of the *lex delicti*. To the contrary in favor of the application of the *lex societatis* see Panopoulos G., Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés a la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice : Du conflit de lois au conflit d'autorités, CDE 2006, p. 697-732, 712-713. However, the same author submits that in certain cases there could be a liability of the founders and organs of a company to third parties for tort (*op. cit.*, p. 728-729).

43 Five Member Court of Appeal of Piraeus 283/2004, legal database NOMOS.

44 The Multimember Court of First Instance of Piraeus (decision 4525/2014, EEmpD 2014, 980, with comments by Tzakas D.-P.) reduced this risk by holding that the law of the country of the registered seat governs the decision to replace the board of directors. On the other hand the Piraeus Court of Appeal (decision 403/2004, legal database NOMOS) held that Greek courts had jurisdiction to appoint a temporary board of directors of a shipping company incorporated in Panama replacing the existing board and that Greek law was applicable to this matter. Interestingly, the court did not simply rely on decision 2/99, but referred to the difficulty of getting appropriate relief under the law of Panama and on the close interrelationship between the substantive and the procedural provisions regarding the appointment of a temporary board of directors.

tions of shipping companies having their real seat in Greece, because it renders it difficult for lawyers to issue unqualified legal opinions about the validity of transactions entered into by shipping companies having their real seat in Greece. These legal risks can harm the attractiveness of Greece as a country in which to place the headquarters of shipping businesses. It would therefore be *de lege ferenda* advisable for the legislator to clarify the scope of application of law 791/1978, opting for a wide application of the law of the registered seat. Any exceptions in favor of the law of the real seat or the law governing the pertinent legal relationship should be clearly set out, to provide legal certainty.[45]

C. The scope of application of the law of the registered seat of companies incorporated in other member states

18. Almost 17 years after the ECJ handed down its Centros decision and more than 12 years after the Inspire Art decision, Greek case law and legal writing have not yet reached consensus on the effects of this case law on Greek private international law. As mentioned above,[46] legal writing was divided between those who considered that the law of the registered seat should entirely replace the law of the real seat in case companies incorporated in other EU member states and those who opted for a more limited application of the law of the registered seat adopting the Überlagerungstheorie, the Differenzierungslehre or the method of recognition. Rather surprisingly there appears to be very limited case law on this matter. Other than references as *obiter dicta* to the case law of the ECJ in decisions that did not concern companies incorporated in other member states,[47] a search in the legal database NOMOS reveals only one case where the court found that the real seat of a company was in Greece and its registered seat in another member state.[48] In that case, the Piraeus Court of Appeal held

45 See below nr. 25-28 regarding the matters that should be excluded from the scope of the *lex societatis*.

46 Nr. 6-7.

47 See for example Areios Pagos (plenary session) 2/2003, NOMOS Database, EEmpD 2003, 60 and DEE 2003, 525. Decision 127/2009 of the Piraeus Court of Appeals (legal database NOMOS and EEmpD 2010, 691) related to a company incorporated in Malta, but at the pertinent time (i.e. the time the liability of the company arose) Malta was not yet a member of the EU.

48 The Aegean Court of Appeal (161/2011, NOMOS Database) applied French law as the *lex societatis* of a company based on certificates issued by the competent French authorities without examining whether the real seat of the company was in France, but this is not conclusive about what would have been the outcome if there had been an allegation that the real seat was not in France. In case nr. 6049/2008 the Multimember Court of First Instance of Athens seemed to ignore the case law of the ECJ, as it stated that if it were proven that a company incorporated and having its registered seat in Bulgaria and a company incorporated and having its registered seat in Cyprus had their real seats in Greece, they should have been treated as unregistered partnerships. However, it is not clear from the text of the decision whether the relevant events took place before or after the accession of Bulgaria and Cyprus to the EU and in any case the matter was mute, since the plaintiff failed to prove his allegation that the real seat of these companies was in Greece.

that the legal personality and legal capacity of companies incorporated in other EU member states had to be recognized in Greece and that the matters of legal personality and legal capacity had to be exclusively governed by the law of the registered seat.[49] However, this decision was compatible with all opinions expressed in legal writing and therefore does not contribute to solving the questions that remain outstanding.

19. Of the opinions expressed in legal writing, the most vulnerable to criticism appears to be the one based on the Überlagerungstheorie. Indeed Prof. Sandrock who formulated this theory in Germany has now abandoned it in its original form.[50] Imposing mandatory rules of the company law of the country of the real seat to companies having their registered seat in another member state runs contrary to the Inspire Art decision of the ECJ.[51] That case concerned a law of the Netherlands that provided for the application of certain rules of Dutch law concerning minimum capital and directors' liability to companies characterized as formally foreign company. The Court held that: "It must therefore be concluded that Articles 43 EC and 48 EC preclude national legislation such as the WFBV[52] which imposes on the exercise of freedom of secondary establishment in that State by a company formed in accordance with the law of another Member State certain conditions provided for in domestic law in respect of company formation relating to minimum capital and directors' liability. The reasons for which the company was formed in that other Member State, and the fact that it carries on its activities exclusively or almost exclusively in the Member State of establishment, do not deprive it of the right to invoke the freedom of establishment guaranteed by the Treaty, save where abuse is established on a case-by-case basis."

20. To the contrary, the theory of distinction (Differenzierungslehre) cannot be rejected out of hand. The same applies to the applications on the matters of company law of the method of recognition, which, according to some of its proponents, leads to similar results as the theory of distinction. Contrary to the Überlagerungstheorie, which combines the law of the real seat with the law of the registered seat, these approaches leave no room for the law of the real seat – *lex societatis* is only the law of the registered seat. However, what these approaches do is to limit the scope of the *lex societatis* to the matters of incorporation and internal organization of the legal entity, while external matters are

49 Piraeus Court of Appeal 586/2012, NOMOS Database and DEE 2013, 145. It is worth noting that the company in question was a Cypriot shipping company falling within the scope of law 791/1978. Therefore the court based itself on three legal bases, which led to the same result: EU law, the bilateral treaty between Greece and Cyprus and law 791/1978.

50 See Knop J., *op. cit.*, p. 43.

51 Judgment of 30.09.2003, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd, C-167/01.

52 Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen (Law on Formally Foreign Companies).

to be governed by the law applicable to each external relationship or in some cases the law of the place where a transaction was entered into. Such a limitation of the scope of the *lex societatis* could apply even if the *lex societatis* were the law of the real seat. The theory of distinction and the application of the method of recognition do not (at least *prima facie*) hinder the freedom of establishment. Already it is generally accepted that certain aspects of the international activity of a legal entity are governed by a law different than the *lex societatis* – for example the liability of a legal entity for torts performed by its representatives as well as the personal liability of the latter vis-à-vis the victims of the tort are governed by the *lex delicti*. One cannot argue that this rule is contrary to the freedom of establishment.[53]

21. However, it is submitted that the theory of distinction should also be rejected. The distinction between internal matters, to be governed by the *lex societatis*, and external ones, to be governed by the *lex causae* of each legal relationship, is not obvious. Uncertainty about which law is applicable in each case will harm the predictability of outcomes of disputes rendering out of court settlements of disputes more difficult to achieve and increasing the cost of litigation. Also the arguments in favor of reducing the scope of the law of the registered seat have been undermined because of developments in substantive laws. The main argument against the application of the law of the registered seat was that it amounted to freedom of choice of the *lex societatis*, which allowed shareholders to opt for a law optimal for their interests and against the interests of third parties, in particular creditors of the company.[54] In addition, it was argued that the effective freedom of choice of the *lex societatis* leads to a "race for the bottom" among the legislatures leading to a constant deregulation of company law, which may not be socially desirable.[55] However, in practice substantive laws in Europe have all but abandoned the effort to protect creditors through company law means. Requirements for minimum capital have either remained fixed in nominal terms and thus been eroded by inflation[56] or have been reduced to literally zero.[57] Of course the rules of preservation of capital still have a role to play in the protection of

53 See Panopoulos G., *op. cit.*, p. 711-712.

54 See Areios Pagos plenary session 2/2003, NOMOS Database, EEmpD 2003, 60 and DEE 2003, 525.

55 The risk of a race for the bottom was first highlighted in the classic essay of Cary W, Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware, 83 Yale L.J. (1973-1974), p. 663 et seq.

56 For example the minimum capital for companies falling within the scope of the second company law directive was initially set at 25,000 European units of account almost forty years ago by virtue of article 6 par. 1 of directive 77/91/EEC and remains at 25,000 Euros (article 6 par. 1 directive 2012/30/EU).

57 Article 43 par. 3 of law 4072/2012 on private companies, as amended by law 4155/2013, provides that the capital of a private company is determined without restriction and can be zero. Article 4 par. 1 of law 3190/1955 on companies of limited liability, as last amended by 4156/2013, provides that the capital of companies of limited liability is freely determined without any restriction.

creditors who have relied on the amount of capital to transact with a capital rich company,[58] but these rules are harmonized as far as companies falling within the second company law directive are concerned and therefore allowing the effective choice of company law within the EU does not harm the interests of creditors.

22. In general company law has tended to be deregulated, not so much due to some race for the bottom, but because policy makers have taken the view that allowing more freedom to the forms of corporate organization will facilitate economic growth.[59] Where new mandatory rules have been imposed, they are mostly rules falling within other fields of law, such as capital markets law[60], and being applied on the basis of other connecting factors, such as the place of the regulated market where securities are listed[61] or the place where a public offer of securities is made[62].

23. An example of mandatory rules imposed in other fields of law affecting matters traditionally regulated by company law is the effect anti-money laundering legislation has on bearer shares. According to directive 2015/849, member states "shall take measures to prevent misuse of bearer shares and bearer share warrants" (article 10 par. 2), obliged entities[63] have to apply customer due diligence measures including identifying the beneficial owner of a legal entity (even if he or she controls the legal entity through bearer shareholdings) (article 13 par. 1) and having shares in bearer form shall be considered a risk factor in relation to a company (Annex III (1)(d)). In practice, upon transposition of the directive, companies will be dissuaded from having bearer shares, because it will make it difficult for them to satisfy customer due diligence requirements in order to

58 However, the case law of the ECJ has given rise to a policy discussion as to whether the protection of capital is effective and whether the protection of creditors should be addressed as a matter of bankruptcy law (see Kinini E., Freedom of establishment of community companies and protection of company creditors (in Greek), DEE 2005, p. 905-917, 917).

59 See the reasoned report of law 4072/2012 on private companies (available at http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/b-etairmo-eis.pdf), Second Part, I A. See also regarding the deregulation of the law of companies limited by shares through law 3604/2007 Perakis E., The new law of the *société anonyme*, 2nd ed. (2010), p. 8-12.

60 See in particular the transparency directive (directive 2004/109/EC), the market abuse regulation (Regulation (EU) 596/2014) and the prospectus directive (directive 2003/71/EC). The main characteristic of the mandatory rules imposed by capital markets law is that they relate to information to be provided by the issuers of securities and not to the substantive rights holders of debt and equity securities have.

61 See for instance the third sub-paragraph of par 1 of article 17 (Public disclosure of inside information) of the market abuse regulation, which provides that: "This Article shall apply to issuers who have requested or approved admission of their financial instruments to trading on a regulated market in a Member State or, in the case of instruments only traded on an MTF or on an OTF, issuers who have approved trading of their financial instruments on an MTF or an OTF or have requested admission to trading of their financial instruments on an MTF in a Member State".

62 See article 3 par. 1 of the prospectus directive, which provides that: "Member States shall not allow any offer of securities to be made to the public within their territories without prior publication of a prospectus".

63 The definition of obliged entities includes among others credit institutions, financial institutions, notaries and other independent legal professionals.

enter into various transactions including opening bank accounts. These rules will affect companies irrespective of the *lex societatis* applicable to them if they conduct business with obliged entities in the EU.

24. In the limited cases where new mandatory rules are imposed as part of company law they are usually harmonized at the level of the EU, so accepting the application of the law of the registered seat in relation to legal entities incorporated and having their registered seat in the EU does not give rise to any risks of circumvention of such rules. Examples of such rules are the provisions of directive 2007/36/EC on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies and the provisions of directive 2004/25/EC on takeover bids which related to matters of company law.

25. In view of the above arguments one should conclude that the adoption of the application of the law of the registered seat in relation to EU companies for all matters that have traditionally been considered to fall within the scope of the *lex societatis* is the most appropriate solution.[64] This does not mean that one should not consider, where appropriate the application of special rules for the application of a different law in specific cases. As has been correctly pointed out, no theory can make it without special rules.[65] It has been already mentioned that in the matter of piercing the corporate veil it is appropriate in certain cases to consider the application of a different law, such as the *lex delicti*, if the *lex societatis* does not allow such piercing.[66]

26. Another case where the application of a special rule is arguably appropriate is that of the protection of good faith parties transacting with a legal entity in a country other than that of the *lex societatis*, if the representatives of the legal entity do not have the power to enter into the transaction according to the *lex societatis*, but would have had such power under the law of the place where the transaction took place. The protection of third parties in this case could be

64 This result is also supported by provisions of directives that govern matters of company law. See article 1 par. 1 and 2 of directive 2007/36/EC, which provide that "1. This Directive establishes requirements in relation to the exercise of certain shareholder rights attaching to voting shares in relation to general meetings of companies which have their registered office in a Member State and whose shares are admitted to trading on a regulated market situated or operating within a Member State. 2. The Member State competent to regulate matters covered in this Directive shall be the Member State in which the company has its registered office, and references to the 'applicable law' are references to the law of that Member State." See also the second sentence of article 4 par. 2 (e) of directive 2004/25/EC on takeover bids, which provides that "In matters relating to the information to be provided to the employees of the offeree company and in matters relating to company law, in particular the percentage of voting rights which confers control and any derogation from the obligation to launch a bid, as well as the conditions under which the board of the offeree company may undertake any action which might result in the frustration of the bid, the applicable rules and the competent authority shall be those of the Member State in which the offeree company has its registered office."

65 See Großfeld B., *op. cit.*, nr. 63: "(…) keine Theorie ohne eine Sonderanknüpfung an das Vornahme- oder Wirkungsstatut für Einzelprobleme auskommt (…)".

66 See above nr. 16.

based on an application by way of analogy of article 9[67] of the Civil Code or of article 13[68] of Regulation Rome I.[69] The prevailing opinion in Greek legal writing rejects the application of article 9 of the Civil Code to legal entities[70] on the basis, among others, of the argument that a prudent party examines the legalization of a legal entity with which it transacts and as a result must be aware of the *lex societatis*. However, the speed of certain transactions often precludes in practice receiving legal advice on the *lex societatis* of a foreign counterparty. In such cases it is more equitable to place the burden on a legal entity to ensure that its representatives do not overstep their authority than on the counterparty. If the courts were to opt for the application by way of analogy of article 13 of Regulation Rome I, they would be able to reach equitable solutions by distinguishing between the cases where a diligent counterparty could and should have received legal advice regarding the *lex societatis* and cases where it is not reasonable to expect this from the party transacting with the legal entity.[71]

27. A subset of the issue described above concerns acts performed by the permanent representatives of a company in relation to the activities of a branch in a country other than that of the *lex societatis*. According to the 11th company law directive (directive 89/666/EEC) such personal representatives are registered with the pertinent register, in Greece with the General Commercial Registry (see art. 7a par. 2 and 3 law 2190/1920 and art. 6 par. 2b of law 3419/2005). Irrespective of the position one adopts in relation to the wider question discussed above, there is a strong argument to apply the law of the country where the branch is situated in order to protect the parties who transacted with such per-

67 This provides the following: "A foreigner who enters in Greece into a transaction, for which he is incapable according to the law of his nationality, is deemed capable to enter into it, if he has this capacity according to Greek law". While the rule is drafted as a unilateral rule of conflict, the leading opinion in legal writing interprets it as a bilateral rule (i.e. interprets it so that it applies in every case where a national of state A transacts in state B) (see Krispis E., Private International Law, Special Part, *op. cit.*, p. 56-60, Vrellis S., *op. cit.*, p. 146, Kalavros G., *op. cit.*, art. 9, nr. 1, Maridakis G., *op. cit.*, p. 413, *contra* Evrigenis D., Private International Law, *op. cit.*, p. 201-202, Vassilakakis E., in Grammatikaki-Alexiou A./ Papasiopi-Pasia Z./ Vassilakakis E., *op. cit.*, p. 130).

68 This provides the following: "In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence".

69 The application of article 13 of Regulation Rome I by way of analogy would take place as a matter of national law. As a matter of EU law no such application would be possible, as article 2 par. 2 (f) of Regulation Rome I excludes from its scope of application matters of company law including legal capacity. However, as rules of EU law are part of national law, there is nothing to prohibit the application of rules of EU law by way of analogy outside their scope of application to cover gaps of national law. This has happened in relation to commission agents, where Greek case law applied as a matter of national law by way of analogy the provisions transposing directive 86/653/EEC on commercial agents, even though no such analogy was possible as a matter of EU law. See on this matter Areios Pagos 175/2010, Database NOMOS, ECJ 10.2.2005, Mavrona & Sia OE and Delta Etairia Symmetochon AE C-85/03.

70 See Maridakis G., *op. cit.*, p. 449-451, Krispis E., Legal entities, *op. cit.*, p. 113-116, id., Private International Law, Special Part, *op. cit.*, p. 127-128, Vrellis S., *op. cit.*, p. 151, Pamboukis Ch., Legal entities, *op. cit.*, p. 113.

71 See Metallinos A., in Perakis E., *op. cit.*, art. 6, nr. 61. See also about German law Großfeld B., *op. cit.*, nr. 254-255.

manent representatives based on the contents of the registry, even if the representatives overstepped their authority according to the *lex societatis*.[72] The same should apply in relation to the general representatives of the company who are included in the registration of the branch.

28. The above issue is addressed in article 166 par. 4 of the draft law that has been prepared to replace law 2190/1920 on companies limited by shares.[73] This provides the following: "If the relevant publicity procedures for the appointment of the permanent representatives of a foreign company limited by shares for the activity of the branch have been observed, no defect as to the appointment of these persons is opposed to third parties, unless the company proves that the third parties were aware of the defect. Also no restriction to the authority of such persons that may derive from the law governing the company may be opposed to third parties, if it has not been subjected to publicity pursuant to articles 164 and 165, unless the company can prove that the third parties were aware of the restriction or, given the circumstances, could not have been unaware of it." As to the rationale of the proposed provision the reasoned report of the draft law states that "[t]he foreign companies must bear the burden to ensure that the persons transacting with their branches become aware of the restrictions of the power of their representatives and the transacting parties must not bear the burden to find out the contents of the foreign law". The proposed provision contains a unilateral conflict rule limiting the scope of the *lex societatis*. It is arguable that if such provision is enacted, it should be interpreted as a bilateral rule.

29. The adoption of the connecting factor of the registered seat for the determination of the applicable law in relation to companies having their registered seat in other EU member states also has procedural repercussions. According to article 24 of Regulation Brussels Ibis "[t]he following courts of a Member State shall have exclusive jurisdiction, regardless of the domicile of the parties: (…) (2) in proceedings which have as their object the validity of the constitution, the nullity or the dissolution of companies or other legal persons or associations of natural or legal persons, or the validity of the decisions of their organs, the courts of the Member State in which the company, legal person or association has its seat. In order to determine that seat, the court shall apply its rules of private international law (…)". Since Greek courts, as submitted above, should apply the law of the registered seat in relation to legal entities having their reg-

72 See Giovannopoulos R., in Perakis E. (ed.), The law of the *société anonyme*, 3rd ed. (2010), art. 7e, nr. 12, Hausmann R., in Reithmann Ch./ Martiny D., Internationales Vertragsrecht, 6th ed. (2004), nr. 2444, Kropholler J., Internationales Privatrecht, 3rd ed. (1997), p. 280.

73 The text of the draft law is not in the public domain. Only the general part of the reasoned report of the draft law has been published in Perakis E., The new law of the *société anonyme*, 3rd ed. (in Greek) (2015), p. 23-27.

istered seat in another EU member state, they should decline jurisdiction on matters falling within the scope of article 24 (2) of Regulation Brussels Ibis in relation to such companies, because the courts of the state of the registered seat would have exclusive jurisdiction.[74] Member states retain their discretion only in relation to companies having their registered seat in a state that is not a member of the EU or the EEA. In case therefore of a legal entity having its registered seat in a third country and its real seat in Greece, Greek courts should assume jurisdiction according to article 24 (2) of Regulation Brussels Ibis.[75]

D. Exporting the real seat of a legal entity incorporated and having its registered seat in Greece

30. As mentioned above[76], in its Cartesio decision the ECJ held that member states are free to not permit a company governed by their law to retain that status if the company moves its real seat to the territory of another member state. In this respect, member states still retain some degree of discretion. One can therefore conclude that since the generally applicable rule remains that of real seat, in case a company incorporated and having its registered seat in Greece moved its real seat to another member state it would become void from the point of view of Greece, because it would not have fulfilled the prerequisites for its incorporation according to the law of that member state.[77] While this issue does not

74 See See Metallinos A., in Perakis E., *op. cit.*, art. 6, nr. 73, Hess B., Europäisches Zivilprozessrecht (2010), p. 306.

75 At least if the company in question does not fall within the ambit of law 791/1978. In that case the application of article 24 (2) of Regulation Brussels I bis will depend on the position Greek courts will take on the scope of law 791/1978 (see above nr. 11-17). Greek courts should not assume jurisdiction in relation to companies incorporated in the USA on the basis of article 24 (2) of Regulation Brussels I bis (see above nr. 9 and Areios Pagos 1835/2007 Nomos Database and DEE 2008, 327, which held that a court in the USA had jurisdiction according to Greek law rules on jurisdiction and therefore the decision issued by it met the relevant prerequisite for recognition set by article 323 of the Code of Civil Procedure). However, in both cases it is possible for Greek courts to assume jurisdiction on some other basis, e.g. the domicile of the defendant (see Multimember Court of First Instance of Piraeus 4525/2014, EEmpD 2014, 980, with comments by Tzakas D.-P.). This could only be excluded, if one were to accept an indirect application of article 24 if its connecting factors point to a third country, as is suggested by the theory of "effet réflexe des competences exclusives" originally put forward by Droz. According to the Nuyts report (available at http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf), most national reports suggested that courts of EU member states should decline jurisdiction if the connecting factors for exclusive jurisdiction pointed to a third country. Against this theory see Almeida Cruz, Desantes Real and Jenard report (OJ C 189 of 28.07.1990), par. 25, Jenard and Möller report (OJ C 189 of 28.07.1990), par. 54, Hess B., *op. cit.*, p. 264, Pretelli I., Note - Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), available at http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453205/IPOL-JURI_NT%282011%29453205_FR.pdf, p. 22-24. Kerameus K., in Kerameus K./ Kremlis G./ Tagaras Ch., The Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments as it applies in Greece (1989) (in Greek), art. 16, nr. 4, considered the indirect application of the bases of exclusive jurisdiction doubtful.

76 See nr. 8.

77 It is possible though that the law of the member state of the real seat would not consider the company void (see Vassilakakis E., The law of the registered seat, *op. cit.*, p. 107).

appear to have arisen in practice, as there appears to be no reported case where a legal entity having its registered seat in Greece was found to have had its real seat abroad, it remains a risk.[78] This outcome would be highly undesirable: nullity of a legal entity, in particular one that has operated for some time will disrupt the transactions it has entered into.[79] Furthermore, such nullity can be unfair to minority shareholders, who could find themselves personally liable for the debts of the company, without any acts on their part, since the decisions that can lead to a conclusion that the real seat of the company is in another country are made by the board of directors and the majority shareholders who appoint it and cannot be influenced by minority shareholders.[80] The conclusion that the company is void also runs against the spirit of the substantive law provisions that allow a company to be declared void only for very limited grounds (article 12 of the first company law directive (directive 2009/101/EC), article 4a law 2190/1920, article 7 law 3190/1955 and article 53 law 4072/2012)[81] and would undermine the trust in the General Commercial Registry. Finally, from the point of view of state interests sticking to the real seat theory in relation to companies having their registered seat in Greece makes no sense, as Greece will be obliged to recognize companies having their registered seat in other member states and to apply to them the law of their registered seat, but will consider void companies having their registered seat in Greece and their real seat abroad.[82]

31. The legislator appears to have taken into account the above arguments and has already taken action in this respect. Specifically, article 45 par. 3 of law 4072/2012 provides that "[t]he private company is not obliged to have its real seat in Greece". The reasoned report of the law stated the following in relation to this paragraph: "Paragraph 3 is novel. In this, by way of exception from article 10 of the Civil Code, it is proposed to adopt the law of the registered seat and it is meant that a private company will be governed by Greek law, as *lex societatis*, so long as it is registered in the General Commercial Registry, even if it

78 See however Karagounidis A., *op. cit.*, p. 1339-1340, according to whom in relation to companies incorporated in Greece, the law of their registered seat is always applicable.

79 See Karagounidis A., *op. cit.*, p. 1339.

80 A number of reforms introduced by law 3604/2007 made it more difficult to determine whether the real seat of a company limited by shares incorporated in Greece is in Greece. These reforms include the possibility of having board meeting by conference call, of passing paper resolutions of the board of directors without a meeting and of holding the shareholder meetings abroad (see Mastromanolis E., The law of the registered seat: recent developments, in The private international law of commerce, 17th Congress of Commercial Law (in Greek), (2008), p. 55-90, 89-90).

81 It cannot be said that the nullity runs against the provisions of the substantive law, because that would presuppose that Greek substantive law would apply, which is not the case. However, it is still the case that the application of the private international law rule of the determination of the *lex societatis* according to the real seat leads in this case to the result, which the substantive law seeks to avoid, i.e. the nullity of the company.

82 According to Kinini E., *op. cit.*, p. 908, restricting the ability of domestic companies to transfer their real seat would create a competitive disadvantage for them.

has its real seat abroad. It therefore has the ability to have the center of its administration and to develop its economic activity (real seat) in another state (…)".[83] The introduction of this rule in relation to the new legal form of the private company introduced in 2012 is particularly important because this new legal form has been very successful and the vast majority of newly formed limited liability companies adopt it[84] (even though most larger companies still have the form of a company limited by shares). The draft law intended to replace law 2190/1920 on companies limited by shares is still more explicit in this respect. Article 7 par. 2 of the draft law provides the following: "The company limited by shares is not obliged to have its real seat in Greece. A company that has its registered seat in Greece is governed by Greek law. Greek courts have exclusive jurisdiction on matters of the validity, nullity or dissolution of the company, as well as on matters concerning the validity of the decisions of the company's organs."

32. If the real seat of a private company (and, if the draft law mentioned above is enacted, of a company limited by shares) is in another member state, both Greece and that other member state will have to consider the company valid – Greece on the basis of domestic law and the other member state on the basis of EU law. Furthermore, Greek courts would consider that they would have exclusive jurisdiction on the matters of article 24 (2) of Regulation Brussels Ibis and the courts of the member state of the real seat of the company should also find that Greek courts have exclusive jurisdicion.[85] In this way one and only one court within the EU will assume jurisdiction on the matters of article 24 (2) of Regulation Brussels Ibis and there will be no risk that contradictory decisions will be issued. However, article 45 par. 3 of law 4072/2012 (as well as article 7 par. 2 of the draft law) does not only apply in cases where the real seat of the company is in an EU or EEA member state, but also in case it is in another state. If that other state follows the real seat theory it is likely that its courts would consider the company void, whereas Greek courts would consider it valid. This outcome is unfortunate but unavoidable.

83 On the law applicable on private companies see Vassilakakis E., The law of the registered seat, *op. cit.*, p. 99-107, Tzakas D.-P., in Bolos A./ Tzakas D.P. (ed.), *op. cit.*, art. 1, nr. 101.

84 According to the data of the General Commercial Registry, in the period between 1st January 2014 and 30 November 2015 7,293 private companies were incorporated, while in the same period 1,231 new companies limited by shares and only 1,113 limited liability companies were incorporated.

85 See however Vassilakakis E., The law of the registered seat, *op. cit.*, p. 102, according to whom it is possible that the other member state will also consider that it has exclusive jurisdiction.

Αλεξάνδρα Μικρουλέα* & Νικόλαος Βερβεσός**

Ζητήματα αρμοδιότητας και σύγκρουσης συμφερόντων κατά την αναδιάρθρωση ομίλων επιχειρήσεων

I. Εισαγωγή στο ζήτημα

Ο καθηγητής Λεωνίδας Γεωργακόπουλος αποτέλεσε αναμφισβήτητα έναν από τους πιο σημαντικούς Δασκάλους του ελληνικού Εμπορικού δικαίου τις τελευταίες δεκαετίες. Αν και η επιστημονική του δράση απλωνόταν σ' όλο το φάσμα του Εμπορικού δικαίου, το δίκαιο των εταιριών υπήρξε αναμφίβολα ο επιστημονικός εκείνος κλάδος, όπου άφησε ανεξίτηλα τη σφραγίδα του[1]. Κλασικό δείγμα της παρακαταθήκης αυτής αποτέλεσε το δίκαιο των συνδεδεμένων επιχειρήσεων, όπου ο τιμώμενος παρέδωσε το 1993 την πρώτη συστηματική επεξεργασία του δικαίου των συνδεδεμένων επιχειρήσεων στο ελληνικό δίκαιο. Ένα από τα χαρακτηριστικά του εγχειριδίου του τιμώμενου Καθηγητή ήταν ότι τη δογματική και συστηματική επεξεργασία του υλικού ακολουθούσε η ανάλυση πραγματικών περιστατικών προκειμένου να γίνει καλύτερα αντιληπτός ο ειδικός αυτός κλάδος του εταιρικού δικαίου[2]. Με την παρούσα προς τιμήν του καθηγητή Λ. Γεωργακόπουλου μελέτη επιχειρείται, εξ αφορμής ερωτημάτων της πράξης, να αντιμετωπισθούν σε θεωρητικό επίπεδο ζητήματα από το δίκαιο των συνδεδεμένων επιχειρήσεων[3].

---

* Αναπληρώτρια Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών.
** Λέκτορας Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος Τράπεζας της Ελλάδος.

1 Μάλιστα η ενασχόληση του τιμώμενου με το εμπορικό δίκαιο άρχισε στην αλλοδαπή με δύο σημαντικές συμβολές του: πρώτον με την μελέτη του (*Georgakopoulos*, Zur Problematik der Wandelschuldverschreibungen, ZHR 120 (1957), 84επ.) για την προβληματική των μετατρέψιμων ομολογιών, και τη διδακτορική του διατριβή υπό την επίβλεψη του καθηγητή H. Würdinger, για την ίδρυση της ανώνυμης εταιρίας (*Georgakopoulos*, Die Gründung der AG, 1959).

2 Έτσι *Γεωργακόπουλος*, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, Τόμος 1 – Οι Έμποροι, Τεύχος 4 – Συνδεδεμένες Επιχειρήσεις, 1993, 1: «Δίκαιο συνδεδεμένων επιχειρήσεων είναι το ειδικό εταιρικό δίκαιο εμπορικών εταιριών οι οποίες παρουσιάζουν την ειδοποιό διαφορά της σύνδεσης με άλλη εταιρία». Βλ. επίσης από τη σκοπιά του γερμανικού δικαίου *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 8η έκδοση, 2005, 1: «Konzernrecht als Teildisziplin des Gesellschaftsrechts».

3 Ως γνωστόν η θεσμοθέτηση ιδιαίτερων κανόνων για τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις αποτελεί κυρίως ιδιαιτερότητα της γερμανικής έννομης τάξης, όπου με την αναθεώρηση του νόμου για τις ανώνυμες εταιρίες το 1967 εισήχθησαν στο σώμα του νόμου για τις α.ε. ειδικές διατάξεις για τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις. Το εγχείρημα της Γερμανίας δεν έτυχε ιδιαίτερης αποδοχής σε ενωσιακό επίπεδο, αφού οι περισσότερες έννομες τάξεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης αρνήθηκαν να θεσμοθετήσουν ιδιαίτερους κανόνες για τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις, προτιμώντας να εφαρμόζουν τις γενικές διατάξεις του εταιρικού δικαίου, προσαρμόζοντας βεβαίως αυτές στο φαινόμενο του ομίλου. Επιπλέον, αξίζει να σημειωθεί ότι η ενάτη εταιρική οδηγία για τους ομίλους επιχειρήσεων (Konzernrichtlinie), με την οποία επιχειρείτο η ρύθμιση του ζητήματος σε ενωσιακό επίπεδο, δεν ευοδώθηκε. Ωστόσο τα τελευταία χρόνια παρατηρείται κινητικότητα όσον αφορά το ζήτημα των συνδεδεμένων επιχειρήσεων: Κατ΄ αρχήν διατάξεις για τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις εισήχθησαν πλέον και σ΄ άλλες έννομες τάξεις πέραν της γερμανικής, όπως σ΄ αυτήν της Ιταλίας, της Πορτογαλίας, της Σλοβενίας, της Ουγγαρίας και της Τσεχίας. Περαιτέρω σε ενωσιακό χρήζουν επισήμανσης η έκθεση της ομάδας προβληματισμού για το μέλ-

Αφορμή για την παρούσα μελέτη αποτέλεσαν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: Η μητρική επιχείρηση (στη συνέχεια προτείνουσα εταιρία) στο πλαίσιο αναδιάρθρωσης των εταιριών του ομίλου και εισαγωγής των δικών της μετοχών σε οργανωμένη αγορά, που λειτουργεί σε χώρα της Κεντρικής Ευρώπης, όπου έχει επίσης την έδρα της, υπέβαλε πρόταση εξαγοράς του συνόλου των εταιρικών μεριδίων μίας εταιρίας που είχε λάβει την μορφή της εταιρίας με περιορισμένη την ευθύνη (GmbH στη συνέχεια υπό εξαγορά εταιρία). Τα εταιρικά μερίδια της τελευταίας ανήκαν σε μία άλλη εταιρία περιορισμένης ευθύνης, η οποία με τη σειρά της ήταν θυγατρική (100%) μίας εισηγμένης στην οργανωμένη αγορά του Χρηματιστηρίου Αξιών Αθηνών, στην οποία η μητρική εταιρία και υποβάλλουσα την πρόταση εξαγοράς των εταιρικών μεριδίων, συμμετείχε με ποσοστό 70,79%. Περαιτέρω ανάμεσα στην μητρική εταιρία και την εισηγμένη στο ΧΑ εταιρία υπήρχε ταύτιση στο μεγαλύτερο μέρος των μελών του διοικητικού συμβουλίου (4/5). Στη συνέχεια έλαβε χώρα αποτίμηση των εταιρικών μεριδίων από ανεξάρτητη ελεγκτική εταιρία και παροχή γνώμης για το εύλογο και δίκαιο του προσφερόμενου ως ανωτέρω τιμήματος από χρηματοοικονομικής πλευράς (fairness opinion). Εξαιτίας ερωτημάτων της μειοψηφίας της εταιρίας με μετοχές εισηγμένες στην οργανωμένη αγορά του ΧΑ ανέκυψαν τα ακόλουθα ζητήματα: Πρώτον, εάν από την πλευρά της εισηγμένης στο ΧΑ εταιρίας αρμόδιο για την λήψη της απόφασης πώλησης των εταιρικών μεριδίων της υπό εξαγορά εταιρίας είναι η γενική συνέλευση, δεύτερον, εάν η μετοχική σύνδεση των εμπλεκόμενων εταιριών (*συμμετοχή της μητρικής στην εισηγμένη σε οργανωμένη αγορά στο ΧΑ με ποσοστό 70,79%*) συνιστά αφ' εαυτής σύγκρουση συμφερόντων, κατά τρόπο που η μητρική εταιρία να οφείλει να απέχει από τη λήψη της σχετικής απόφασης και, τρίτον, εάν η συμμετοχή των μελών της διοίκησης της μητρικής εταιρίας στο διοικητικό συμβούλιο της εισηγμένης σε οργανωμένη αγορά εταιρίας συνιστά αφ' εαυτής σύγκρουση συμφερόντων, κατά τρόπο που να εμποδίζει την υλοποίηση της σκοπούμενης συναλλαγής. Από συστηματική άποψη θα εξεταστεί πρώτα το ζήτημα της αρμοδιότητας της γενικής συνέλευσης και ειδικότερα πού αυτή ενδεχομένως μπορεί να θεμελιωθεί για να εξετάσουμε στη συνέχεια το ζήτημα της σύγκρουσης συμφερόντων ανάμεσα στις εταιρίες του ομίλου επιχειρήσεων.

λον του ενωσιακού εταιρικού δικαίου (Reflection Group on the Future of European Company Law) και στη συνέχεια το από 12.12.2012 σχέδιο δράσης για το ευρωπαϊκό εταιρικό δίκαιο και την εταιρική διακυβέρνηση – ένα σύγχρονο νομικό πλαίσιο για πιο ενεργό συμμετοχή των μετόχων και βιώσιμες εταιρίες, COM(2012) 740 final. Σε επίπεδο νομολογίας ιδιαίτερης σημασίας είναι η πρόσφατη απόφαση του ΔικΕΕ, Υποθ. C-186/12 (ImpactoAzul)=EuZW 2013, 664, και για την απόφαση αυτή βλ. *Teichmann*, ZGR 2014, 45. Για το δίκαιο των συνδεδεμένων επιχειρήσεων σε ενωσιακό επίπεδο βλ. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2η έκδ., 2011, σελ. 594 επ., *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4η έκδ., 2011, σελ. 85-86, *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens– und Kapitalmarktrecht, 5η έκδ., 2012, σελ. 143επ., *Hopt*, Groups of Companies. A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups, ecgi, Law Working Paper No 286/2015. Βλ. ήδη Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, 672, *Lübking*, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 1998. Για τη ρύθμιση του δικαίου των συνδεδεμένων επιχειρήσεων στο ιταλικό δίκαιο βλ. *Mohn*, Die Gesellschaftergruppe im italienischenRecht, 2012.

II. Η θεμελίωση της αρμοδιότητας της γενικής συνέλευσης

1. Άρθρο 23α παρ. 5 του κ.ν. 2190/1920

Ως ενδοομιλικές συναλλαγές ορίζονται οι συναλλαγές μίας εταιρίας με τις εταιρίες (ημεδαπές ή αλλοδαπές) που είναι συνδεδεμένες με αυτήν κατά την έννοια του άρθρου 42ε του Ν. 2190/1920[4], όπως αυτό ίσχυε πριν την κατάργησή του με το Ν. 4308/2014[5]. Οι ενδοομιλικές συναλλαγές υποβάλλονται από την έννομη τάξη σε διάφορους ελέγχους, χωρίς αυτό να σημαίνει, ότι η σύναψή τους είναι *eo ipso jure* παράνομη. Αντιθέτως αποτελούν έννοια ουδέτερη[6]. Ωστόσο λόγω της επιρροής, που μπορεί να ασκεί η μητρική επιχείρηση στις λοιπές (συμβαλλόμενες) εταιρίες του ομίλου, η σύναψη των συγκεκριμένων συναλλαγών είναι δυνατό να αποβεί επωφελής για την μητρική και επιζήμια για τη θυγατρική ή άλλη εταιρία του ομίλου, ιδίως όταν οι όροι συναλλαγής μεταξύ των συνδεδεμένων επιχειρήσεων αποκλίνουν από τους συνήθεις όρους αγοράς (*arm's length principle*), τους όρους δηλαδή με τους οποίους θα είχε καταρτιστεί η υπό εξέταση συναλλαγή με έναν τρίτο αντισυμβαλλόμενο[7]. Κλασικά παραδείγματα απόκλισης από τους όρους αγοράς αποτελούν η υποτιμολόγηση ή η υπερτιμολόγηση μίας συναλλαγής μεταξύ εταιριών που ανήκουν στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων[8].

Ενόψει τούτου, η έννομη τάξη αντιδρά με διάφορους τρόπους και επιδιώκει να ελέγχει τις συναλλαγές αυτές τόσο σε φορολογικό[9] όσο και σε εταιρικό επίπεδο[10]. Ειδικότερα από τη σκοπιά του εταιρικού δικαίου η σύναψη ενδοομιλικών συναλλαγών ελέγχεται, εάν συνιστά κεκαλυμμένη διανομή κερδών (*verdeckte Gewinnabschüttung*)[11], ενώ υποβάλλεται στις διατυπώσεις του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920[12].

Ειδικώς, όσον αφορά την εφαρμογή του άρθρου 23α θα πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα: Με το άρθρο 23α του κ.ν. 2190/1920 σκοπείται η συνολική

---

4 Βλ. με περαιτέρω παραπομπές *Δαβράδο*, σε ΔικΑΕ, Εισαγωγικό Μέρος, Συνδεδεμένες επιχειρήσεις και Εταιρικό Δίκαιο, 2010, αρ. 78.

5 Ως γνωστόν το άρθρο 42ε παρ. 5 του κ.ν. 2190/1920 καταργήθηκε από το άρθρο 38 παρ. 3 περ. α του Ν. 4308/2014 με αποτέλεσμα η όποια παραπομπή στο άρθρο 42ε παρ. 5 του κ.ν. 2190/1920 να θεωρείται, ότι αναφέρεται στο άρθρο 32 του Ν. 4308/2014.

6 Βλ. σχετ. *Τσουρουφλή*, Η Ενδοομιλική Τιμολόγηση, 2010, σελ. 5.

7 Βλ. σχετ. *Wiedemann/Fleischer*, Das Recht der konzerninternen Verrechnungspreise, Konzernumlagen und verdeckte Gewinnausschüttungen im Konzern, σε Lutter/Scheffler/Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, σελ. 962.

8 Για τις ενδοομιλικές συναλλαγές από τη σκοπιά του ουσιαστικού και φορολογικού δικαίου βλ. *Ι. Ρόκα*, Συναλλαγές εντός ομίλων επιχειρήσεων από τη σκοπιά του ουσιαστικού και φορολογικού δικαίου, εις Η οργάνωση της επιχείρησης των κεφαλαιουχικών εταιριών, 13ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου Κέρκυρα, 2004, σελ. 439επ.

9 Αναλυτικά για αυτό βλ. *Τσουρουφλή*, Η Ενδοομιλική Τιμολόγηση, 2010, σελ. 1επ.

10 Βλ. σχετ. *Σωτηρόπουλο*, εις ΔικΑΕ, β΄ έκδ., 2000, Άρθρο 44α αρ. 59 και 60, *U. Schneider*, ZGR 1984, 497επ. Γενικώς για τον έλεγχο των συμβάσεων μεταξύ εταιρίας και μελών της από δικαιοσυγκριτική σκοπιά (γαλλικό και γερμανικό δίκαιο) βλ. *Huffmann*, Kontrolle schuldrechtlicher Austauschgeschäfte zwischen Gesellschaftern und ihren Mitgliedern, 1996.

11 Για την έννοια βλ. σχετ. *Σωτηρόπουλο*, εις ΔικΑΕ, β΄Έκδ., 2000, Άρθρο 44α αρ. 31, *Μπεχλιβάνη*, ΕπισκΕΔ 1999, 690επ.

12 Για την εφαρμογή του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920 στις ενδοομιλικές συναλλαγές βλ. με περαιτέρω παραπομπές *Κατσά*, σε Ανώνυμες Εταιρίες, ΙΙ, 2013, Άρθρο 23α αρ. 80επ.

ρύθμιση των συναλλαγών της εταιρίας με εσωτερικούς παράγοντες (*insiders*) που ασκούν αμέσως ή εμμέσως επιρροή στη διοίκηση των εταιρικών υποθέσεων, προκειμένου να αποφευχθούν οι κίνδυνοι που αναφύονται από τη σύγκρουση συμφερόντων μεταξύ εταιρίας και μελών της διοίκησης αυτής (*principal agent theory*)[13]. Ο νομοθέτης, δηλαδή, θεωρεί ότι τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου ή οι ελέγχοντες μέτοχοι, συνήθως η μητρική εταιρία, κατά την κατάρτιση της συναλλαγής θα προτάξουν τα δικά τους συμφέροντα σε βάρος των συμφερόντων της θυγατρικής εταιρίας[14]. Το πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 23α δεν περιορίζεται μόνο στις συναλλαγές των μελών του διοικητικού συμβουλίου της ανώνυμης εταιρίας και των συγγενών αυτών εξ αίματος ή εξ αγχιστείας με την ίδια την εταιρία, αλλά για λόγους αποφυγής προσπαθειών καταστρατήγησης επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής της και στις συμβάσεις με τα νομικά πρόσωπα που ελέγχονται από τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου κατά την έννοια της παρ. 5 του άρθρου 42ε του κ.ν. 2190/1920. Η ως άνω ευρεία διατύπωση της παρ. 5 είχε ως αποτέλεσμα να τεθεί στη θεωρία το ζήτημα των ορίων εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 23α στο παράδειγμα των συνδεδεμένων επιχειρήσεων κατά την έννοια του (μέχρι πρόσφατα ισχύσαντος) άρθρου 42ε παρ. 5 του κ.ν. 2190/1920[15].Τούτο δε επειδή τυχόν εμμονή στο γράμμα και όχι στο πνεύμα (σκοπό) της διάταξης θα δημιουργούσε αξεπέραστα προβλήματα στη χρηματοδότηση ομιλοποιημένων επιχειρήσεων, όπως όταν λ.χ. η χρηματοδότηση των εταιριών του ομίλου λαμβάνει χώρα από μία εταιρία του ομίλου, συνήθως την μητρική εταιρία (*Konzern–CashManagement*)[16].

Στο πλαίσιο αυτό και με στόχο την μη παρακώλυση των συναλλαγών εντός ομίλου, αλλά και της προστασίας της ύπαρξης καθεμίας εκ των συνδεδεμένων επιχειρήσεων[17], προστέθηκε με το άρθρο 16 παρ. 1 του Ν. 4013/2011 (ΦΕΚ Α 204/15.9.2011) το εδ. 2 στην παρ. 5 του άρθρου 23α.

Σύμφωνα με την ως άνω διάταξη οι συμβάσεις της παρ. 1 επιτρέπονται, εφόσον συνάπτονται μεταξύ ή παρέχονται υπέρ νομικών προσώπων που υπόκεινται σε ενο-

13 Για το ζήτημα αυτό βλ. αναλυτικά *Αθανασίου*, Μέτοχοι και εταιρική εποπτεία, σελ. 31επ.

14 Βλ. σχετ. *Ρόκα*, Εμπορικές εταιρίες, 7η έκδ., 2012, σελ. 306, *Περάκη*, ΔΕΕ 2008, 280, 281.

15 Βλ. ενδεικτικά *Περάκη*, ΔΕΕ 2008, 372επ., *Μήτσου,* ΔΕΕ 2010, 1026.

16 Χαρακτηριστικό γνώρισμα της ως άνω δομής του ομίλου επιχειρήσεων είναι η συγκέντρωση της τρέχουσας ρευστότητας όλων των επιχειρήσεων του ομίλου σε μία κεντρική θέση στον όμιλο. Σκοπός είναι η διασφάλιση βέλτιστων ταμειακών ροών εντός ομίλου, αφού με τον τρόπο αυτό μπορούν να πραγματωθούν συνέργειες κατά την χρηματοδότηση των επιχειρήσεων του ομίλου. Ανάλυση της δομής και των νομικών ζητημάτων από το Konzern–CashManagement από τον *Hormuth*, Recht und Praxis des konzernweiten Konzernmanagements, 1998 και *Zeidler*, Zentrales Cashmanagement in faktischen Aktienkonzernen, 1999. Βλ. επίσης *U. H. Schneider*, σε Lutter/Scheffler/U.H. Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, αρ. 25. 1, *τον ίδιο*, ZGR 1984, 497, 499επ., *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, σελ. 246επ., *Eichholz*, Das Recht der konzerninternen Darlehen, 1993, σελ. 41επ., *Hommelhoff*, WM 1984, 1106-1107, *Becker*, DStR 1998, 1258, *Karollus*, σε FS Claussen, σελ. 199επ., *τον ίδιο*, ÖBA 1997, 105, 112, *Wehlen*, σε Lutter/Scheffler/U.H. Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, αρ. 23. 1, *Schneider*, σε Lutter/Scheffler/U.H. Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, αρ. 24. 1, *Jula/Breitbach*, AG 1997, 256επ., *Sieger/Hasselbach*, BB 1999, 645επ.

17 Βλ. σχετ. για τα δύο αυτά προστατευτέα έννομα αγαθά *Κατσά*, σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, Ανώνυμες Εταιρίες, Άρθρο 23α αρ. 80

ποίηση μεταξύ τους σύμφωνα με τα άρθρα 90 έως 109, υπό τις προϋποθέσεις των παρ. 2,3, και 4. Περαιτέρω σύμφωνα με την παρ. 2 εδ. 2 του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920 επί ανώνυμης εταιρίας με κινητές αξίες εισηγμένες σε οργανωμένη αγορά η απαγόρευση: α) ισχύει για τα συνδεδεμένα με αυτήν πρόσωπα, όπως αυτά ορίζονται στο ΔΛΠ 24 και β) προκειμένου για πράξεις που αποτιμώνται σε τουλάχιστον 10% του ενεργητικού της, ισχύει ακόμη και αν οι πράξεις δεν εξέρχονται των ορίων των τρεχουσών συναλλαγών της εταιρίας με τρίτους. Το εδάφιο αυτό της παρ. 2 προστέθηκε με την παρ. 8 άρθρου τρίτου του Ν. 4156/2013 (ΦΕΚ Α 122/31.05.2013). Από τη συστηματική και τελολογική ερμηνεία των ως άνω διατάξεων προκύπτει, ότι το άρθρο 23α εφαρμόζεται διαφοροποιημένα επί ενδοομιλικών συναλλαγών μεταξύ εταιριών των οποίων οι οικονομικές καταστάσεις υποβάλλονται σε ενοποίηση[18]. Συγκεκριμένα στις εταιρίες με ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις δεν εφαρμόζεται η απόλυτη απαγόρευση του άρθρου 1 για τις δανειακές ή πιστωτικές συμβάσεις, αλλά επιτρέπεται η σύναψή τους υπό τους όρους των παρ. 2, 3 και 4 του κ.ν. 2190/1920, δηλαδή είναι αναγκαία η χορήγηση ειδικής άδειας από τη γενική συνέλευση, στην οποία δεν θα πρέπει να αντιταχθεί το 1/3 του εκπροσωπούμενου στη συνέλευση μετοχικού κεφαλαίου (παρ. 2 και 3). Η άδεια της Γενικής Συνέλευσης μπορεί να παρασχεθεί και μετά τη σύναψη της σύμβασης εφόσον δεν αντιτάσσεται το 1/20 του εκπροσωπούμενου στη συνέλευση μετοχικού κεφαλαίου. Αν και δεν προκύπτει από το γράμμα της διάταξης θα πρέπει να γίνει δεκτό μ' ένα επιχείρημα από το μείζον στο έλασσον (*a majore ad minus*)[19], αλλά και από τη συστηματική ερμηνεία του εδ. 2 της παρ. 5 με το εδ. 2 της παρ. 2, ότι από το αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής της ως άνω διάταξης καταλαμβάνονται και οι λοιπές συμβάσεις, ακόμη και εάν πρόκειται για τρέχουσες συναλλαγές, εφόσον αυτές αποτιμώνται σε τουλάχιστον 10% του ενεργητικού της εταιρίας[20].

Λαμβανομένων υπόψιν έτι περαιτέρω ότι: πρώτον, πρόκειται περί μίας εισηγμένης σε οργανωμένη αγορά εταιρίας, δεύτερον, οι οικονομικές της καταστάσεις υπόκεινται σε ενοποίηση, τρίτον, αυτή που θα αποφασίσει στην πραγματικότητα για την πώληση των εταιρικών μεριδίων της υπό εξαγορά εταιρίας είναι η εταιρία με μετοχές εισηγμένες στην οργανωμένη αγορά του ΧΑ και τέταρτον, η εξαγορά του συνόλου των εταιρικών μεριδίων της υπό εξαγορά εταιρίας αποτελεί συναλλαγή η οποία καταλαμβάνεται από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 23α παρ. 2 του κ.ν. 2190/1920, τότε αβίαστα καταλήγει κανείς στο συμπέρασμα ότι τυγχάνει εν προκειμένω εφαρμογής το άρθρο 23α παρ. 5 του κ.ν. 2190/1920 με αποτέλεσμα να καθίσταται αναγκαία η απόφαση της γενικής συνέλευσης προκειμένου να διενεργηθεί η συναλλαγή.

18 Βλ. σχετ. *Κατσά*, σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, Ανώνυμες Εταιρίες, Τόμος ΙΙ, Άρθρο 23α αρ. 81.
19 Βλ. σχετ. *Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, σελ. 258.
20 Βλ. *Κατσά*, σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, Ανώνυμες Εταιρίες, Τόμος ΙΙ, Άρθρο 23α αρ. 81.

Η αρμοδιότητα της γενικής συνέλευσης της εισηγμένης σε οργανωμένη αγορά εταιρίας θα πρέπει να γίνει δεκτή, παρά το γεγονός, ότι τυπικώς η συναλλαγή διενεργείται μεταξύ διαφορετικών νομικών προσώπων. Και τούτο δε, διότι είναι αναγκαία μία ουσιαστική-λειτουργική αξιολόγηση (*substance over form*)[21] των έννομων σχέσεων του ομίλου, στο πλαίσιο της οποίας καθίσταται προφανές, ότι η πωλήτρια εταιρία ενεργεί στην πραγματικότητα για λογαριασμό της εταιρίας με μετοχές εισηγμένες στην οργανωμένη αγορά στο ΧΑ[22], άλλως ως παρένθετο αυτής πρόσωπον[23]. Συγκεκριμένα, η πωλήτρια εταιρία αποτελεί 100% θυγατρική εταιρία της εταιρίας με μετοχές εισηγμένες στην οργανωμένη αγορά του ΧΑ με αποτέλεσμα ενδεχόμενοι κίνδυνοι από τη σύναψη της συγκεκριμένης συναλλαγής να επενεργούν κατά κύριο λόγο σ' αυτήν και κατ' επέκταση να θίγουν και τα συμφέροντα των μετόχων μειοψηφίας[24]. Επιπλέον, κατά την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920 θα πρέπει πάντοτε να εξετάζεται το ζήτημα της αποφυγής σύγκρουσης συμφερόντων[25]. Στο πλαίσιο αυτό τίθεται το ερώτημα, εάν είναι δυνατό μία τέτοια σύγκρουση συμφερόντων να λάβει χώρα στο υπό κρίση πραγματικό, το οποίο να δικαιολογεί τη σύγκληση της γενικής συνέλευσης κατά το άρθρο 23α παρ. 2 σε συνδυασμό με την παρ. 5 του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920. Εν προκειμένω σύγκρουση συμφερόντων από τη διενέργεια της συναλλαγής είναι δυνατό να ανακύψει στην εταιρία με μετοχές εισηγμένες στην οργανωμένη αγορά στο ΧΑ και μάλιστα μεταξύ αυτής και της προτείνουσας εταιρίας, και τούτο δε για τους ακόλουθους λόγους: πρώτον, η προτείνουσα εταιρία συμμετέχει με 70,79% στην εταιρία με μετοχές εισηγμένες στην οργανωμένη αγορά του ΧΑ και δεύτερον, ταυτίζονται 4 μέλη με αποφασιστικές αρμοδιότητες στα όργανα των δύο αυτών εταιριών.

Επί τη βάσει των δεδομένων αυτών και με στόχο την προστασία των συμφερόντων της εταιρίας με μετοχές εισηγμένες στην οργανωμένη αγορά του ΧΑ και κατ' επέκταση των συμφερόντων της μειοψηφίας σ' αυτήν καθίσταται αναγκαία, σύμφωνα με την παρ. 2 σε συνδυασμό με την παρ. 5 εδ. 2 του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920, η σύγκληση της γενικής συνέλευσης για την έγκριση της συναλλαγής.

---

21 Βλ. σχετ. *Fastrich*, Funktionales Rechtdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts, 2001, σελ. 7επ.

22 Για τη σχετική προβληματική σε επίπεδο συνδεδεμένων επιχειρήσεων βλ. *Vesser*, Zum Begriff für Rechnung im AktG und im WpHG, 1999, σελ. 121επ., σελ. 154επ.

23 Για την προβληματική του παρένθετου νομικού προσώπου στο πλαίσιο του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920 βλ. *Λιακόπουλο*, Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στη νομολογία, β΄ έκδ., 1993, σελ. 108επ. Βλ. επίσης *Ν. Ρόκα*, σε Τιμητικό Τόμο Κ. Ρόκα, 1986, σελ. 317, 320.

24 Βλ. σχετ. *Vesser*, Zum Begriff für Rechnung im AktG und im WpHG, 1999, σελ. 153.

25 Βλ. επίσης για το πραγματικό (εγγύηση μητρικής προς θυγατρική) που διαπραγματεύεται ο *Περάκης*, ΔΕΕ 2008, 280, 281: «Δημιουργείται όμως η σύγκρουση συμφερόντων, την οποία το άρθρο 23α παρ. 1 προσπαθεί να αποτρέψει;». Βλ. επίσης *Κατσά*, σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, Ανώνυμες Εταιρίες, Τόμος ΙΙ, Άρθρο 23α αρ. 90.

2. Οι λεγόμενες άγραφες αρμοδιότητες της γενικής συνέλευσης στο δίκαιο της Α.Ε.

Η υπό κρίση περίπτωση, ήτοι η πώληση του συνόλου των εταιρικών μεριδίων της υπό εξαγορά εταιρίας, αποτελεί στην πραγματικότητα πώληση της θυγατρικής επιχείρησης (πρόκειται για το λεγόμενο share deal), η οποία θέτει μία σειρά ζητημάτων, μεταξύ των οποίων και αυτό της αρμοδιότητας για την λήψη της απόφασης πώλησης του συνόλου των εταιρικών μεριδίων της ως άνω εταιρίας. Ερωτάται, δηλαδή, σε έναν γενικότερο επίπεδο, εάν αρμόδιο όργανο για την λήψη της απόφασης είναι το διοικητικό συμβούλιο ή η γενική συνέλευση της ανώνυμης εταιρίας.

Το ζήτημα της κατανομής των αρμοδιοτήτων μεταξύ γενικής συνέλευσης και διοικητικού συμβουλίου έχει αποτελέσει αντικείμενο ενδελεχούς ενασχόλησης και στην ελληνική θεωρία[26]. Συστηματικά θα πρέπει να γίνει δεκτή η διάκριση ανάμεσα σε δομικές μεταβολές και διαχειριστικές αρμοδιότητες, η οποία μάλιστα είναι κρατούσα, όχι μόνο στη δική μας έννομη τάξη, αλλά επίσης στο δίκαιο των περισσότερων κρατών-μελών της Ένωσης[27]. Σύμφωνα με τη διάκριση αυτή στην αρμοδιότητα του διοικητικού συμβουλίου εμπίπτει η διενέργεια διαχειριστικών πράξεων (*operatives Geschäft*), ενώ τροποποιήσεις του καταστατικού, αλλαγές στη δομή της εταιρίας και μέτρα που μεταβάλλουν το κεφάλαιο της εταιρίας αποτελούν αρμοδιότητα της γενικής συνέλευσης. Η δομή της εταιρίας και η διαμόρφωση αυτής αφήνεται επομένως στην αποκλειστική αρμοδιότητα των ίδιων των εταίρων-μετόχων[28]. Με τον τρόπο αυτό τίθενται φραγμοί στην τυχόν καιροσκοπική συμπεριφορά (*opportunistisches Verhalten*) των προσώπων που ασκούν διαχείριση[29].

Στο ελληνικό δίκαιο η γενική συνέλευση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα για μέτρα που συνεπάγονται αλλαγή στη δομή της εταιρίας ή τροποποίηση του καταστατικού και τα οποία απαριθμούνται στο νόμο (άρθρο 34 παρ. 1α και 1ε του κ.ν. 2190/1920). Όσον αφορά την ανάμειξη της γενικής συνέλευσης σε θέματα διαχείρισης, αυτή προβλέπεται ρητά στα άρθρα 10 παρ. 3, 23 παρ. 1 και 23α παρ. 2 του κ.ν. 2190/1920, όπου θεσπίζεται υποχρεωτικά συναίνεση της γενικής συνέλευσης για τη σύναψη από το διοικητικό συμβούλιο των πράξεων που αναφέρονται στα παραπάνω άρθρα. Το καταστατικό μπορεί επιπλέον να ορίσει και άλλα θέματα για τα οποία απαιτείται απόφαση της γενικής συνέλευσης, όπως π.χ. για τη σύναψη συμβάσεων πάνω από ορισμένο ποσό, ενώ το ίδιο το διοικητικό συμβούλιο μπορεί να ζητήσει τη γνώμη της γενικής συνέλευσης για τη διενέργεια συγκεκριμένης πρά-

26 Βλ. σχετ. *Αθανασίου*, Μέτοχοι και εταιρική εποπτεία, 2010, *Μπλαθιανάκη*, Η κατανομή των εξουσιών μεταξύ της Γενικής Συνέλευσης και του Διοικητικού Συμβουλίου της Α.Ε, 2013, *Μικρουλέα*, Όρια δράσης και Ευθύνη των εταιρικών Διοικητών, 2013, σελ. 40-41. Βλ. ήδη *Logothetou–Triantafillaki*, Kompetenzkonflikte zwischen Vorstand und Hauptversammlung der Aktiengesellschaft im deutschen und griechischen Recht, Tübingen, 1987.

27 Βλ. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2η έκδ., 2011, σελ. 212.

28 Βλ. *Βερβεσό*, ΕΕΕυρΔ 2008, σελ. 255-256.

29 *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, σελ. 213.

ξεως[30]. Στη βιβλιογραφία συνάγεται επίσης επί τη βάσει του άρθρου 22 παρ. 2 του κ.ν. 2190/1920 ευθεία ανάμειξη της γενικής συνέλευσης σε συγκεκριμένα θέματα διαχείρισης, η οποία όμως δεν επιτρέπεται να είναι συνεχής ή κατά τρόπο που να παραγκωνίζεται το διοικητικό συμβούλιο ή και να εξασφαλίζεται το ανεύθυνό του[31].

Με ιδιαίτερη ένταση τίθεται το ζήτημα της οριοθέτησης των αρμοδιοτήτων των δύο οργάνων σε μία σειρά εταιρικών αποφάσεων, όπως στην εκποίηση σημαντικού κλάδου μίας επιχείρησης, στη σύναψη σύμβασης εξουσίασης, στην εκποίηση περιουσιακών στοιχείων της μητρικής σε εγγονή εταιρία (υποθυγατρικοποίηση) ή όπως εν προκειμένω, στην απόφαση εκποίησης των εταιρικών μεριδίων της εγγονής εταιρίας σε μία άλλη εταιρία του ομίλου[32], η πραγμάτωση των οποίων μπορεί να έχει σημαντικές συνέπειες στα δικαιώματα των μετόχων. Για τα μέτρα αυτά, τα οποία δεν εντάσσονται ρητώς στην αρμοδιότητα της γενικής συνέλευσης, έχει επικρατήσει στη βιβλιογραφία ο όρος άγραφες αρμοδιότητες της γενικής συνέλευσης[33]. Η ανάγκη λήψης των μέτρων αυτών ανακύπτει κυρίως στην περίπτωση της αναδιάρθρωσης ομίλων επιχειρήσεων (*Konzernbildung – Konzernumbildung*), στο πλαίσιο των οποίων παρατηρείται μετατόπιση των εξουσιών από τη γενική συνέλευση στο διοικητικό συμβούλιο[34].

Ειδικώς στην περίπτωση της δραστηριοποίησης μέσω θυγατρικών επιχειρήσεων το διοικητικό συμβούλιο της μητρικής εταιρίας αποκτά έναν ιδιαίτερο ρόλο σε βάρος της γενικής συνέλευσης, αφού στην πραγματικότητα αυτό θα αποφασίζει για λογαριασμό των θυγατρικών επιχειρήσεων. Έτσι στην υπό κρίση περίπτωση, αλλά και σε κάθε περίπτωση κάθετης ομιλοποίησης, όπου η μητρική συμμετέχει με ποσοστό 100% στη θυγατρική, το διοικητικό συμβούλιο της μητρικής εκπροσωπεί στην πραγματικότητα το σύνολο των μετόχων στη ΓΣ της θυγατρικής. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα για μία σειρά σημαντικών μέτρων στη θυγατρική εταιρία, όπως για την αύξηση ή τη μείωση μετοχικού κεφαλαίου, τη διάθεση κερδών στην θυγατρική εταιρία κ.λπ., μέτρων δηλαδή που επενεργούν στην έννομη θέση των μετόχων της μητρικής εταιρίας, να αποφασίζει το διοικητικό συμβούλιο της μητρικής εταιρίας.

Ενόψει της σημασίας των μέτρων αυτών στην έννομη θέση των μετόχων μίας ανώνυμης εταιρίας αναπτύχθηκε στη γερμανική έννομη τάξη η θεωρία των άγραφων αρμοδιοτήτων της γενικής συνέλευσης, σύμφωνα με την οποία σε υποθέσεις ιδιαίτερης σημασίας και επικινδυνότητας για τα δικαιώματα των μετόχων θα πρέπει να αναγνωριστεί η αρμοδιότητα της γενικής συνέλευσης για την λήψη της απόφασης[35]. Η διδα-

30 *Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, σελ. 254.

31 *Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, σελ. 254. Διαφορετικά όμως ΕΑ 10725/1979, ΕΕμπΔ 1980, 605.

32 Βλ. άλλα παραδείγματα σε *Αθανασίου*, Μέτοχοι και εταιρική εποπτεία, σελ. 111-112.

33 Βλ. *Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, σελ. 255, *Μπλαθιανάκη*, Η κατανομή των εξουσιών μεταξύ της Γενικής Συνέλευσης και του Διοικητικού Συμβουλίου της Α.Ε., σελ. 36. Βλ. περαιτέρω *Αθανασίου*, Μέτοχοι και εταιρική εποπτεία, σελ. 118, η οποία κάνει λόγο για αρρύθμιστες αρμοδιότητες.

34 Για το ζήτημα από τη σκοπιά του γερμανικού δικαίου βλ. *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, σελ. 87επ., και 101.

35 Η θεωρία περί άγραφων αρμοδιοτήτων εκπονήθηκε κυρίως από τον καθηγητή Marcus Lutter σε μία σειρά μελετών του. Βλ. σχετ. *Lutter*, DB 1973, Beilage 21, 1, *τον ίδιο*, σε FS Barz, 1974, 199, 209, *τον ίδιο* σε FS Westermann, 1974, σελ. 347. Βλ. επίσης *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze. Die Zuständigkeitsordnung bei der Konzernbildung

σκαλία αυτή έγινε δεκτή από το γερμανικό Ακυρωτικό στη γνωστή απόφασή του *Holzmüller*[36], με την οποία το γερμανικό Ακυρωτικό προβαίνοντας σε διάπλαση δικαίου (*Rechtsfortbildung*) δέχτηκε, ότι σε υποθέσεις που προσβάλλονται τα εταιρικά δικαιώματα των μετόχων και τα έννομα συμφέροντά τους ως προς την εταιρική περιουσία το διοικητικό συμβούλιο έχει υποχρέωση να ζητήσει την έγκριση της γενικής συνέλευσης. Η απόφαση αυτή του γερμανικού Ακυρωτικού συμπληρώθηκε και αποσαφηνίστηκε από τις αποφάσεις του Gelatine I και Gelatine II[37]. Με τη νομολογία περί άγραφων αρμοδιοτήτων της γενικής συνέλευσης αποκαθίσταται στην πραγματικότητα η μετάθεση των εξουσιών από την μητρική σε άλλες εταιρίες του ομίλου και η με αυτήν συνδεόμενη απώλεια ή ο μετριασμός των δικαιωμάτων των μετόχων της μητρικής εταιρίας (*Mediatisierungseffekt*)[38].

Η διδασκαλία αυτή, όπως ήδη αναφέρθηκε, έτυχε ιδιαίτερης προσοχής στην ελληνική νομική επιστήμη, η οποία εξέτασε, αν μπορεί να ισχύσει και στο πλαίσιο του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας η γερμανική διδασκαλία για τις άγραφες αρμοδιότητες. Υπέρ αυτής της άποψης συνηγορούν: πρώτον το γεγονός, ότι σύμφωνα με το άρθρο 33 του κ.ν. 2190/1920 η γενική συνέλευση αποτελεί το ανώτατο όργανο της εταιρίας, δεύτερον, τα μεγάλα περιθώρια παρέμβασης της γενικής συνέλευσης στο διοικητικό συμβούλιο και, τρίτον, ότι πρόκειται περί πολύ σοβαρών μέτρων τα οποία λόγω των σημαντικών κινδύνων που μπορεί να έχουν για τους μετόχους, θα πρέπει να τυγχάνουν της ίδιας μεταχείρισης με τη μεταχείριση των δομικών μεταβολών[39]. Ένα τέτοιο μέτρο αποτελεί η πώληση του συνόλου των εταιρικών μεριδίων της υπό εξαγορά εταιρίας. Τούτο δε κυρίως για τις συνέπειες που μπορεί να έχει η ως άνω πώληση των εταιρικών μεριδίων της υπό εξαγορά εταιρίας για τους μετόχους μειοψηφίας της εταιρίας με μετοχές εισηγμένες στην οργανωμένη αγορά του ΧΑ. Συγκεκριμένα συνεπάγεται απώλεια ενός σημαντικού περιουσιακού στοιχείου, ενώ παράλληλα ενισχύεται ο μέτοχος πλειοψηφίας, ο οποίος στην πραγματικότητα αποκτά την εγγονή εταιρία της εισηγμένης στο ΧΑ εταιρίας. Ανεξαρτήτως όμως της αποδοχής (ή μη) στο ελληνικό δίκαιο της γερμανικής διδασκαλίας περί άγραφων αρμοδιοτήτων, το διοικητικό συμβούλιο μίας ανώνυμης εταιρίας έχει τη δυνατότητα, ακριβώς λόγω της σπουδαιότητας του μέτρου, να ζητήσει την απόφαση της γενικής συνέλευσης.

– und umbildung, 1980, σελ. 103επ. Η προετοιμασία της διδασκαλίας είχε γίνει ήδη από τον *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1957, 97 και τον *Kropff*, FS Geßler, 1970, σελ. 111, 119, 124. Αναλυτική περιγραφή του ζητήματος από τον *Staake*, Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen in börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, 2009, 25επ.

36 BGHZ 83, 122. Βλ. επίσης *Hüffer*, AktG, 10η έκδ., 2012, § 119 αρ. 18, GroßkommAktG–Müllbert, 2η έκδ., § 119 αρ. 21. Βλ. επίσης *Liebscher*, Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Lichte von Holzmüller, Macrotron und Gelatine, ZGR 2005, σελ. 1επ.

37 BGH, ZIP 2004, 993 και BGH, ZIP 2004, 1001.

38 Βλ. σχετ. *Habersack*, AG 2005, 137, 143.

39 Βλ. επίσης *Μπλαθιανάκη*, Η κατανομή των εξουσιών μεταξύ της Γενικής Συνέλευσης και του Διοικητικού Συμβουλίου της Α.Ε, σελ. 273.

Συνοψίζοντας επομένως τα παραπάνω καταλήγουμε στο συμπέρασμα, ότι η γενική συνέλευση της εισηγμένης στο ΧΑ εταιρίας θα πρέπει να αποφασίσει για την πώληση των εταιρικών μεριδίων της υπό εξαγορά εταιρίας, είτε επειδή πρόκειται περί άγραφης αρμοδιότητας της γενικής συνέλευσης, είτε επειδή λόγω της σπουδαιότητας του μέτρου θα το ζητήσει το διοικητικό συμβούλιο της εταιρίας.

ΙΙ. Σύγκρουση συμφερόντων

1. Γενική συνέλευση

Με τον όρο σύγκρουση συμφερόντων (*Conflict of interests, Interessenkonflikt*), περιγράφεται μία κατάσταση, όπου ένα πρόσωπο αναλαμβάνει ταυτοχρόνως περισσότερους ρόλους με αντικρουόμενα μεταξύ τους συμφέροντα[40]. Αρχετυπική μορφή σύγκρουσης συμφερόντων, ρυθμιζόμενη μάλιστα στον Αστικό Κώδικα, είναι η αυτοδικαιοπραξία (ΑΚ 235), ενώ εγγενείς συγκρούσεις συμφερόντων αναπτύσσονται σε όλες εκείνες τις περιπτώσεις, όπου κάποιος αναλαμβάνει την διαχείριση ή την επιμέλεια ξένων υποθέσεων[41]. Στο πλαίσιο αυτό μέλημα του δικαίου δεν μπορεί να είναι άλλο από την αντιμετώπιση όλων εκείνων των κινδύνων που απορρέουν από τη σύγκρουση συμφερόντων[42].

Ειδικώς στο πλαίσιο της ένωσης προσώπων ιδιωτικού δικαίου συγκρούσεις συμφερόντων αναπτύσσονται κυρίως σε δύο επίπεδα: Πρώτον ανάμεσα στη διοίκηση και στους εταίρους και δεύτερον ανάμεσα στους εταίρους και τους πιστωτές της ένωσης προσώπων[43]. Συγκρούσεις συμφερόντων μπορεί όμως να εμφιλοχωρήσουν και εντός της συνέλευσης των εταίρων ή της γενικής συνέλευσης των μετόχων, όταν υφίσταται προσωπική εμπλοκή του εταίρου ή του μετόχου με το αντικείμενο της απόφασης[44].

Σε μία τέτοια περίπτωση και προκειμένου να διασφαλιστεί η ορθότητα της απόφασης γίνεται δεκτό, ότι το δικαίωμα ψήφου μπορεί υπό προϋποθέσεις να περιοριστεί· ο περιορισμός δε αυτού μπορεί να είναι είτε απόλυτος, υπό την έννοια του αποκλεισμού του δικαιώματος του ψήφου του εταίρου-μετόχου, είτε ελαστικός, υπό

40 Βλ. για το ζήτημα αυτό *Lutter*, *Rolle und Recht*, Überlegungen zur Einwirkung von Rollenkonflikten auf die Rechtsordnung, σε Festschrift für Coing, 1982, σελ. 565

41 Βλ. *Καραγκουνίδη*, σε Μαρίνο (επιμ.), Ζητήματα από το Νέο Δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρίας, 2009, σελ. 173επ.

42 Βλ. μία συνολική αντιμετώπιση του ζητήματος στο πλαίσιο του ιδιωτικού δικαίου από *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im Deutschen Privatrecht, 2014. Για τους μηχανισμούς επιλύσεως συγκρούσεως συμφερόντων στο εταιρικό δίκαιο βλ. *Μαρίνο*, Απαγορεύσεις Ανταγωνισμού – συγκρούσεις συμφερόντων στις κεφαλαιουχικές εταιρίες, 1997, 261, *τον ίδιο*, ΧρΙΔ 2014, 93, 94

43 Βλ. *Armour/Hansmann/Kraakman*, Agency Problems and Legal Strategies, σε: Anatomy of Corporate Law, 2η έκδοση, 2009, σελ. 35. Βλ. αντί άλλων *Μαρίνο*, Συγκρούσεις συμφερόντων στη διοίκηση ανώνυμης εταιρίας και απαγόρευση ψήφου σε βάρος μέλους ΔΣ – Η πρόσφατη νομοθετική «καινοτομία» του ν. 4156/2013, ΧρΙΔ 2014, 93, 96.

44 Βλ. σχετ. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, σελ. 608, BGHZ 65, 93, 98. Από την ελληνική βιβλιογραφία βλ. *Δόκα*, ΧρΙΔ 2012, σελ. 71.

την έννοια του εκ των υστέρων (*ex post*) ελέγχου της δοθείσας ψήφου επί τη βάσει του εταιρικού συμφέροντος ή της υποχρέωσης πίστης ή επί τη βάσει των γενικών αρχών της καλής πίστης[45]. Κατά την αξιολόγηση θα πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη το γεγονός, ότι το δικαίωμα ψήφου, ως το σημαντικότερο εταιρικό δικαίωμα και ως ένα δικαίωμα άμεσα συνυφασμένο με την ίδια την εταιρική συμμετοχή, παρέχει τη δυνατότητα στο μέλος μίας ένωσης προσώπων ιδιωτικού δικαίου να συνδιαμορφώνει την βούληση αυτής[46].

Δεν χωρεί αμφιβολία ότι τυχόν απόλυτος περιορισμός του δικαιώματος ψήφου (αποκλεισμός) θα πρέπει να επιβάλλεται σε απολύτως οριακές περιπτώσεις, όπως αυτή της αυτοσύμβασης (235ΑΚ) ή της απαγόρευσης κάποιος να είναι δικαστής των ίδιων των πράξεών του, όπως στην περίπτωση του άρθρου 12 παρ. 2 του κ.ν. 3190/1955, όπου προβλέπεται ρητώς αποκλεισμός από το δικαίωμα ψήφου[47]. Στην περίπτωση δε της αυτοσύμβασης απαιτείται αμεσότητα της σύγκρουσης συμφερόντων, υπό την έννοια ότι θα πρέπει να πρόκειται για τη σύναψη σύμβασης μεταξύ του μοναδικού ή του βασικού εταίρου-μετόχου και του νομικού προσώπου. Αντιθέτως αποκλεισμός δεν γίνεται δεκτός στην περίπτωση της έμμεσης σύγκρουσης συμφερόντων[48]. Αυτή συντρέχει, όταν η δικαιοπραξία συνάπτεται με άλλο νομικό πρόσωπο, στο οποίο μέλος είναι ένα από τα μέλη που ψηφίζουν για την λήψη της συγκεκριμένης απόφασης[49]. Ωστόσο και στην περίπτωση μονοπρόσωπων εταιριών εισάγονται μία σειρά εξαιρέσεις από το άρθρο 235 ΑΚ, οι οποίες κατ' αποτέλεσμα καθιστούν δυνατή τη σύναψη συμβάσεων μεταξύ του μοναδικού εταίρου-μετόχου με την εταιρία, στην οποία μπορεί να είναι και διαχειριστής[50]. Έτσι σύμφωνα με την νεότερη προσθήκη της παρ. 7 του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920 συμβάσεις της παρ. 2 που συνάπτονται μεταξύ του μοναδικού μετόχου και της εταιρίας, την οποία αυτός εκπροσωπεί, είναι πάντα έγκυρες, εφόσον υπάρχει έγγραφος τύπος. Η ratio του νομοθέτη εκκινεί από την παραδοχή ότι σκοπός του 23α παρ.2 του κ.ν. 2190/1920 είναι η προστασία της εταιρίας, δηλαδή του συνόλου των μετόχων, από συμβάσεις που υπάρχει κίνδυνος να συνάψουν τα μέλη της διοίκησης προτάσσοντας τα προσωπικά τους συμφέροντα έναντι αυτών της εταιρίας[51]. Στην μονοπρόσωπη ανώνυμη εταιρία όμως δεν ανακύπτει τέτοιο θέμα. Επί ποινή ακυρότητας, οι παραπάνω συμ-

45 *Ρόκας*, Τα όρια της εξουσίας της πλειοψηφίας εις το δίκαιον των ανωνύμων εταιριών, 1971, σελ. 83επ., *Μαρίνος*, ΧρΙΔ 2014, 94.

46 Βλ. σχετ. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, σελ. 604επ.

47 Γενικά για το ζήτημα της σύγκρουσης συμφερόντων κατά την ψηφοφορία βλ. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, σελ. 604επ. Ειδικώς για την περίπτωση της απαλλαγής των μελών της διοίκησης από την ευθύνη τους βλ. άρθρο 35 παρ. 2 του κ.ν. 2190/1920, το οποίο επιτρέπει τη συμμετοχή στην ψηφοφορία των ενδιαφερόμενων μελών του διοικητικού συμβουλίου, εφόσον αυτοί έχουν την μετοχική ιδιότητα. Πρβλ. επίσης *Δόκα*, Η απαλλαγή των μελών διοίκησης κεφαλαιουχικών εταιριών από την ευθύνη τους, 2012, *την ίδια*, Η άσκηση του δικαιώματος ψήφου στις κεφαλαιουχικές εταιρίες εν μέσω κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, ΧρΙΔ 2012, σελ. 71επ

48 Βλ σχετ. *Αλικάκο*, Η απόφαση στις ενώσεις προσώπων και στα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, 2004, σελ. 119.

49 Έτσι το γερμανικό Ακυρωτικό BGHZ 56, 47, 53= NJW 1971, 1267.

50 *Ν. Ρόκας*, Εμπορικές Εταιρίες, 7η έκδοση, 2012, σελ. 309.

51 Βλ. και *Γεωργακόπουλο*, Το δίκαιο των εταιρειών, τόμ. Γ, 1974, σελ. 82.

βάσεις καταχωρίζονται στα πρακτικά της γενικής συνέλευσης ή του διοικητικού συμβουλίου ή άλλως καταρτίζονται εγγράφως[52]. Η νομολογία είχε δεχτεί και υπό το προ ισχύσαν δίκαιο[53] ότι δεν εφαρμόζεται η παρ. 2 του άρθρου 23α στην κλειστή ΑΕ μονοπρόσωπη αε, αφού υπάρχει ταύτιση μετόχου ανώνυμης εταιρίας και διοικητικού συμβουλίου[54]. Ορθώς οι αποφάσεις του Ανωτάτου Ακυρωτικού προέβησαν σε τελολογική συστολή του προϊσχύσαντος 23α παρ. 2 του κ.ν. 2190/1920 στην περίπτωση των μονοπρόσωπων εταιριών, διότι σε αυτές δεν υπάρχουν προστατευτέα συμφέροντα, αφού ο μοναδικός μέτοχος τελεί εν γνώσει ή ακόμα περισσότερο έχει συμπράξει ως μέλος του ΔΣ, στη σύναψη των συναλλαγών μεταξύ εταιρίας και διοικούντων. Κατά την σκέψη του Ανωτάτου Ακυρωτικού, θα ήταν απαράδεκτος φορμαλισμός να απαιτηθεί άδεια από τη Γενική Συνέλευση στην περίπτωση που διοικητικό συμβούλιο και μέτοχος ταυτίζονται[55]. Καθώς οι συνθήκες είναι παρόμοιες και το επιτάσσουν οι ίδιοι δικαιολογητικοί λόγοι της απλοποίησης της διαδικασίας καταρτίσεως συμβάσεων, η εν λόγω διάταξη γίνεται δεκτό ότι εφαρμόζεται αναλογικά και στην περίπτωση της οιονεί μονοπρόσωπης ανώνυμης εταιρίας, όπου η μειοψηφία δεν επαρκεί για να προβάλλει εναντίωση στην απόφαση του κυρίαρχου μετόχου, αλλά και όταν πρόκειται για οικογενειακή ανώνυμη εταιρία, όπου η μειοψηφία είναι συνήθως ανύπαρκτη[56]. Η παρ. 7 του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920 δεν εφαρμόζεται, όταν πρόκειται περί τρέχουσας συναλλαγής. Από το πεδίο εφαρμογής του ΑΚ 235 εξαιρείται επίσης η σύναψη δικαιοπραξίας του διαχειριστή μονοπρόσωπης εταιρίας περιορισμένης ευθύνης (ε.π.ε) με το μοναδικό εταίρο και διαχειριστή, αφού σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 43α του κ.ν. 3190/1955 αρκεί η εγγραφή στα πρακτικά ή κατάρτιση γραπτής σύμβασης[57]. Μάλιστα δε, η τήρηση των ως άνω όρων δεν απαιτείται για τη διενέργεια τρεχουσών συναλλαγών της μονοπρόσωπης ε.π.ε. Ανάλογη ρύθμιση υφίσταται και στο Ν. 4072/2012 (παρ. 1 εδ. 2 άρθρο 95) για την ΙΚΕ. Τίποτε διαφορετικό δεν ισχύει τέλος όσον αφορά το δικαίωμα συμμετοχής και ψηφοφορίας στην γενική συνέλευση του άρθρου 23α παρ. 2 του κ.ν. 2190/1920, του μέλους του διοικητικού συμβουλίου με το οποίο συνάπτεται η σύμβαση της παρ. 2, εφόσον αυτό φέρει την μετοχική ιδιότητα[58].

---

52 *Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, σελ. 346, *Γκολογκίνα-Οικονόμου*, ΕπισκΕΔ 2008, 382. Βλ. και *Ν. Ρόκα*, Η εφαρμογή του 23 α παρ.2 επί μονοπρόσωπης ανώνυμης εταιρίας ή επί εταιρίας, στην οποία μετέχει μέτοχος με ποσοστό άνω του 83,3%, Αφιέρωμα σε Κοτσίρη, 2004, σελ. 943.

53 ΑΠ 1142/1998 και 324/1999.

54 ΑΠ 1142/1998, ΕΕμπΔ 1999, 746=ΔΕΕ 2000, 618 με σχόλιο Μάλαμα = ΕπισκΕΔ 1999, 1071 με παρατηρήσεις Σομπόλου, ΑΠ 324/99, ΕΕμπΔ 2000, 561=ΝοΒ 2000, 940 με παρατηρήσεις Δωρή, ΑΠ 1066/2002, ΧρΙΔ 2002, 935, ΕφΑθ 1303/2003, ΕπισκΕΔ 2003, 547 με παρατηρήσεις Παμπούκη, αντίθετα η ΑΠ 1393/1998, ΕΕμπΔ 1999, 70 με παρατηρήσεις Παμπούκη.

55 *Ν. Ρόκας*, ό.π., Αφιέρωμα σε Κοτσίρη, 944. Στην ίδια κατεύθυνση και ο *Λιακόπουλος*, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου, Ι, 1985, σελ. 268 και ο *Δωρής*, ΝοΒ 2000, 940 (παρατηρήσεις).

56 *Κατσάς* σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, άρθρο 23α αρ. 79, *Δούβλης*, ΔΕΕ 2008, 10, *Γκολογκίνα-Οικονόμου*, ΕπισκΕΔ 2008, 384, *ιδίας*, εις ΔικΑΕ, 2010, άρθρο 23α αρ. 44.

57 *Λιακόπουλος*, ΕΕμπΔ 1975, σελ. 198.

58 Βλ. με περαιτέρω παραπομπές *Κατσά*, σε Αντωνόπουλο/Μούζουλα, Ανώνυμες Εταιρίες, Τόμος ΙΙ, Άρθρο 23α αρ. 66.

Επί τη βάσει των ως άνω συνάγεται, ότι η προτείνουσα εταιρία η οποία συμμετέχει πλειοψηφικά στην εισηγμένη στο ΧΑ εταιρία, μπορεί να συμμετάσχει στη γενική συνέλευση και στην ψηφοφορία για την λήψη απόφασης περί εκποιήσεως των εταιρικών μεριδίων της εταιρίας της υπό εξαγορά εταιρίας.

2. Διοικητικό Συμβούλιο

Όπως ήδη αναφέρθηκε κλασικό παράδειγμα σύγκρουσης συμφερόντων αποτελεί η σύγκρουση μεταξύ διοικητικού συμβουλίου και μετόχων[59]. Η σύγκρουση αυτή αποκτά ιδιαίτερη δυναμική, όταν το ένα και αυτό πρόσωπο αναλαμβάνει την διοίκηση δύο ανωνύμων εταιριών, αφού υποχρεούται να υπηρετεί τα συμφέρονται και των δύο εταιριών[60]. Το φαινόμενο αυτό είναι ιδιαίτερα συχνό στους ομίλους επιχειρήσεων, όπου παρατηρείται ταύτιση των μελών του διοικητικού συμβουλίου μεταξύ δύο επιχειρήσεων του ομίλου (*Personalunion*), ιδίως μεταξύ μητρικής και θυγατρικής εταιρίας[61]. Με την εξαίρεση των περιορισμών που προβλέπονται για μέλη του διοικητικού συμβουλίου συστημικά σημαντικών πιστωτικών ιδρυμάτων[62], η ανάληψη καθηκόντων εκτελεστικού μέλους διοικητικού συμβουλίου σε περισσότερες ανώνυμες εταιρίες δεν απαγορεύεται[63]. Μάλιστα δε προτάσεις περί απαγόρευσης ή περιορισμού κατοχής περισσότερων θέσεων από ένα πρόσωπο σε περισσότερες επιχειρήσεις ενός ομίλου, οι οποίες είχαν διατυπωθεί σε αλλοδαπές έννομες τάξεις από δικαιοπολιτική σκοπιά[64], δεν έγιναν δεκτές[65]. Ενόψει τούτου τίθεται το ζήτημα, εάν προς αντιμετώπιση ενδεχόμενης σύγκρουσης συμφερόντων στο παράδειγμα της ταύτισης των μελών του διοικητικού συμβουλίου της μητρικής (απόλυτα ή κατά το μεγαλύτερο μέρος) με αυτά της θυγατρικής, θα πρέπει να εισαχθεί απαγόρευση άσκησης δικαιώματος ψήφου. Η

59 Στο γερμανικό δίκαιο γίνεται λόγος εν προκειμένω για Vorstandsdoppelmandat. *Fleischer*, σε Fleischer (εκδ.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 18 αρ. 126. Μονογραφική επεξεργασία του ζητήματος από τον *Decher*, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, 1990.

60 Βλ. τη γλαφυρή διατύπωση του *Wiedemann*, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, 1990, «…aussichtlose Konfliktfälle», Fleischer, σε Fleischer (εκδ.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 18 αρ. 128: «Ein beträchtliches Konfliktpotential...».

61 *Kort*, σε Großkomm AktG, § 76 αρ. 178.

62 Βλ. άρθρο 83 παρ. 3-6 του Ν. 4261/2014, σύμφωνα με το οποίο, εξαιρουμένων των εκπροσώπων του δημοσίου, τα μέλη διοικητικού συμβουλίου συστημικά σημαντικών ιδρυμάτων δεν επιτρέπεται να κατέχουν περισσότερες της μίας εκ των ακολούθου συνδυασμού θέσεων σε διοικητικό συμβούλιο ταυτόχρονα: α) μία θέση εκτελεστικού μέλους και δύο θέσεις μη εκτελεστικού μέλους διοικητικού συμβουλίου, β) τέσσερις θέσεις μη εκτελεστικού μέλους διοικητικού συμβουλίου. Με ειδική άδεια της εποπτικής αρχής επιτρέπεται η κατοχή μίας πρόσθετης θέσης μη εκτελεστικού μέλους διοικητικού συμβουλίου. Σημειωτέον ότι ως κατοχή μίας θέσης διοικητικού συμβουλίου νοείται η θέση εκτελεστικού ή μη μέλους εντός του ιδίου ομίλου, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η συμμετοχή σε διοικητικό συμβούλιο εταιριών που δεν επιδιώκουν εμπορικούς σκοπούς. Βλ. για τα παραπάνω *Μικρουλέα*, ΧρηΔιΚ 2014, 24, 31.

63 Για τα μη εκετελεστικά βλ. άρθρο 4 παρ. 1α του Ν. 3016/2002 και το σχολιασμό από τον *Τουντόπουλο*, σε ΔικΑΕ, Άρθρο 4 του ν. 3016/2002 αρ. 27.

64 Έτσι *Hommelhoff*, Gutachten 59 Deutscher Juristentag, 1992, G 62, *Koppensteiner*, FS Steindorff, 1990, σελ. 79, 106-107, *Stein*, ZGR 1988, 163, 190.

65 *Hoffmann–Becking*, ZHR 150 (1986), 570-574, *Semler*, FS Stiefel, 1987, σελ. 719, 732, *Ulmer*, ZHR 152 (1988), 196, 202.

άποψη αυτή έχει διατυπωθεί στο γερμανικό δίκαιο. Σύμφωνα με την άποψη αυτή θα πρέπει να εισαχθεί μία συνολική απαγόρευση άσκησης δικαιώματος ψήφου κατά το πρότυπο του άρθρου 34 του γερμανικού αστικού κώδικα (άρθρο 66 ΑΚ)[66].

Στη συνάφεια αυτή θα πρέπει να σημειωθεί, ότι στην ελληνική έννομη τάξη εισήχθη με τον ν. 4156/2013 η λύση της απαγόρευσης ψήφου σε κάθε περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων. Σύμφωνα με το άρθρο 22α παρ.3 του κ.ν. 2190/1920, τα μέλη του ΔΣ και κάθε τρίτο πρόσωπο, στο οποίο έχουν ανατεθεί αρμοδιότητες του ΔΣ, οφείλουν να αποκαλύπτουν έγκαιρα και επαρκώς στα υπόλοιπα μέλη του ΔΣ τα ίδια συμφέροντά τους που ενδέχεται να ανακύψουν από συναλλαγές της εταιρίας οι οποίες εμπίπτουν στα καθήκοντά τους, καθώς και κάθε άλλη σύγκρουση ιδίων συμφερόντων με αυτά της εταιρίας ή συνδεδεμένων με αυτήν επιχειρήσεων κατά την έννοια της παρ. 5 του άρθρου 42ε του νόμου (άρθρο 32 του ν. 4308/2014), που ανακύπτει κατά την άσκηση των καθηκόντων τους. Σημειώνεται ότι η υποχρέωση αποκαλύψεως ιδίων συμφερόντων υπήρχε και στο προϊσχύσαν δίκαιο (ν. 3604/2007)[67]*. Η νομοθετική μεταβολή έγκειται στο νέο άρθρο 22α παρ. 3γ κ.ν. 2190/1920 (άρθρο 3 παρ.7 ν. 4156/2013), όπου εφόσον δηλωθεί περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων ή συντρέχει τέτοια περίπτωση, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 66 ΑΚ. Δηλαδή το μέλος του ΔΣ που εμπλέκεται σε πραγματική ή δυνητική σύγκρουση συμφερόντων, απαγορεύεται να ασκήσει το δικαίωμα ψήφου*[68]*. Το ισχύον δίκαιό μας στα άρθρα 66 και 98 ΑΚ θεσπίζει απαγόρευση ψήφου σε συγκεκριμένες αυστηρά οριοθετημένες περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων, όπου δηλαδή η σύγκρουση είναι προφανής και εύκολα διαπιστώσιμη*[69]*. Προς την κατεύθυνση αυτή μάλιστα κινούνται οι περισσότερες έννομες τάξεις, όπως Ελβετία, Γερμανία, Ιταλία, Ισπανία, Βέλγιο, όπου επιλέχθηκε η απαγόρευση ψήφου να είναι έννομη συνέπεια σημαντικών περιπτώσεων σύγκρουσης συμφερόντων που δικαιολογούν αυτόν τον περιορισμό*[70]*.*

Η άποψη αυτή όμως περί συνολικής απαγόρευσης ψήφου δεν μπορεί να γίνει δεκτή και τούτο για τους ακόλουθους λόγους: *Πρώτον*, όπως ήδη αναφέρθηκε, το δίκαιο των ενώσεων προσώπων ιδιωτικού δικαίου δεν γνωρίζει καμία συνολική απαγόρευση για μέλη του διοικητικού συμβουλίου στο παράδειγμα της σύγκρουσης συμφερόντων των μελών του διοικητικού συμβουλίου μίας ανώνυμης εταιρίας[71]. Η διάταξη του άρθρου 22 παρ. 3 του κ.ν. 2190/1920 δεν βρίσκει εν προκειμένω εφαρμογή, αφού αφορά σύγκρουση συμφερόντων μεταξύ του ίδιου του μέλους του διοικητικού συμβουλίου μίας ανώνυμης εταιρίας και της εταιρίας αυτής ή μίας συνδεδεμένης με αυτήν εταιρίας και όχι, όπως εν προκειμένω, ενδεχόμενη σύ-

66 *Semler*, FS Stiefel, 1987, σελ. 719, 757επ.

67 Βλ. *Λιβαδά*, σε ΔικΑΕ, επιμ. Περάκη, 2010, άρθρο 22α αρ.50, *Μαρίνο*, ΔΕΕ 2009, 654, τον ίδιο, Απαγορεύσεις Ανταγωνισμού, σελ. 259, *Καραγκουνίδη*, Η υποχρέωση πίστης εις Μαρίνο, Ζητήματα από το νέο δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας, 2009, σελ. 173.

68 Βλ. κριτική της νέας διάταξης σε Μαρίνο, ΧρΙΔ 2014, 95επ.

69 *Μαρίνος*, ΧρΙΔ 2014, 101.

70 *Kalss*, σε Kalss, Vorstandshaftung in 15 Ländern, 2005, σελ. 41. Βλ. και *Μαρίνο*, ΧρΙΔ 2014, 95.

71 Βλ. επίσης για το γερμανικό δίκαιο *Fleischer*, σε Fleischer (εκδ.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 18 αρ. 129.

γκρουση συμφερόντων μεταξύ της μητρικής και της θυγατρικής εταιρίας. *Δεύτερον*, η προσφυγή στο άρθρο 66 ΑΚ δεν προσφέρει ιδιαίτερη βοήθεια στο δίκαιο των συνδεδεμένων επιχειρήσεων, αφού η επιρροή του προσώπου που κατέχει θέση και στις δύο εταιρίες δεν εξαντλείται μόνο στην άσκηση του δικαιώματος ψήφου[72]. *Τρίτον*, διατυπώνονται σοβαρές επιφυλάξεις στο ενδεχόμενο μίας συνολικής απαγόρευσης δικαιώματος ψήφου των μελών του διοικητικού συμβουλίου, ιδίως εξαιτίας της συλλογικής ευθύνης των μελών του διοικητικού συμβουλίου[73]. *Τέταρτον*, η εισαγωγή απαγόρευσης δικαιώματος ψήφου θα εξισωνόταν στην πραγματικότητα με την εισαγωγή απαγόρευσης κατάληψης των θέσεων του διοικητικού συμβουλίου της μητρικής και της θυγατρικής εταιρίας από τα ίδια πρόσωπα[74].

Προς την κατεύθυνση αυτή κινείται και η νομολογία του Ανώτατου Ακυρωτικού, η οποία κατά τρόπο έμμεσο κάνει δεκτό, ότι και μόνο το γεγονός της συμμετοχής των ίδιων προσώπων στη διοίκηση των εταιριών-μελών του ομίλου δεν συνιστά σύγκρουση συμφερόντων, έστω κι αν σε συγκεκριμένη περίπτωση προτιμώνται τα συμφέροντα της εξουσιάζουσας εταιρίας, εφόσον οι διοικούντες κινούνται βάσει διαφορετικών επιχειρηματικών απόψεων και προτεραιοτήτων. Εξάλλου διορισμός λόγω σύγκρουσης συμφερόντων επιτρέπεται μόνο για συγκεκριμένες περιπτώσεις και όχι λόγω *in abstracto* σύγκρουσης συμφερόντων, όπως λόγω προτίμησης από το ΔΣ των συμφερόντων του κυρίαρχου μετόχου[75].

Ενόψει των παραπάνω θα πρέπει να γίνει δεκτό, ότι δεν ενδείκνυται ούτε επίσης μπορεί να υποστηριχθεί η εισαγωγή απαγόρευσης ψήφου στην περίπτωση ταύτισης των μελών του διοικητικού συμβουλίου της μητρικής και της θυγατρικής εταιρίας. Εξαίρεση μπορεί να γίνει δεκτή, όπως υποστηρίζεται άλλωστε στην αλλοδαπή θεωρία, μόνο στην περίπτωση της απαγόρευσης κάποιος να είναι δικαστής των ίδιων των πράξεών του[76].

Από τα ως άνω συνάγεται αβίαστα ότι η ταύτιση των μελών της μητρικής και της θυγατρικής εταιρίας δεν συνεπάγεται απαγόρευση άσκησης του δικαιώματος ψήφου.

III. Σύνοψη και συμπεράσματα

Κατά την αναδιάρθρωση ομίλων επιχειρήσεων (*Konzernbildung – Konzernumbildung*), ανακύπτουν ζητήματα αρμοδιότητας και σύγκρουσης συμφερόντων. Εφό-

72 *Fleischer*, σε Fleischer (εκδ.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 18 αρ. 129, *Hefermehl/Spindler*, MünchKommAktG, § 76 αρ. 46.

73 Για τη συλλογική ευθύνη των μελών του διοικητικού συμβουλίου βλ. *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, σελ. 335.

74 *Fleischer*, σε Fleischer (εκδ.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 18 αρ. 129.

75 ΑΠ 765/2005, ΔΕΕ 2005, 819. Βλ. και *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, σελ. 297.

76 Βλ. με επίκληση της διάταξης § 136 AktG, *Fleischer*, σε Fleischer (εκδ.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 18 αρ. 130, σύμφωνα με τον οποίο επιβάλλεται επαναφορά στον κανόνα, καμία δηλαδή απαγόρευση ψήφου, στην περίπτωση κατά την οποία η ενδεχόμενη απαγόρευση θα είχε ως αποτέλεσμα την αδυναμία λειτουργίας των συνδεδεμένων επιχειρήσεων.

σον πρόκειται περί συναλλαγής μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων, που υπόκεινται σε ενοποίηση μεταξύ τους σύμφωνα με τα άρθρα 90-109 του κ.ν. 2190/1920 (άρθρα 31επ. του Ν. 4308/2014), τότε, σύμφωνα με την παρ. 2 σε συνδυασμό με την παρ. 5 εδ. 2 του άρθρου 23α του κ.ν. 2190/1920, απαιτείται η σύγκληση της γενικής συνέλευσης για την έγκριση της συναλλαγής. Η αρμοδιότητα της γενικής συνέλευσης κατά την αναδιάρθρωση ομίλων επιχειρήσεων μπορεί επίσης να θεμελιωθεί στη θεωρία περί άγραφων αρμοδιοτήτων της γενικής συνέλευσης.

Ζητήματα σύγκρουσης συμφερόντων κατά την αναδιάρθρωση ομίλων επιχειρήσεων μπορεί να τεθούν τόσο σε επίπεδο γενικής συνέλευσης όσο και σε επίπεδο διοικητικού συμβουλίου. Σε σχέση με την λήψη απόφασης στη γενική συνέλευση, η μητρική επιχείρηση και προτείνουσα μπορεί να συμμετάσχει στη γενική συνέλευση της εισηγμένης στο ΧΑ εταιρίας και στην ψηφοφορία για την λήψη απόφασης περί εκποιήσεως των εταιρικών μεριδίων της εταιρίας της υπό εξαγορά εταιρίας. Όσον αφορά στην απόφαση του διοικητικού συμβουλίου, η ταύτιση των μελών της μητρικής και της θυγατρικής εταιρίας δεν συνεπάγεται απαγόρευση άσκησης του δικαιώματος ψήφου. Εξαίρεση μπορεί να γίνει δεκτή μόνο στην περίπτωση της απαγόρευσης κάποιος να είναι δικαστής των ιδίων των πράξεών του.

Γεώργιος Ν. Μιχαλόπουλος*

Η προστασία του αποκτώντος τρίτου μετά την έναρξη διασυνοριακής διαδικασίας αφερεγγυότητας σύμφωνα με τον Κανονισμό 1346/2000

Ι. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Το ρυθμιστικό σύστημα της ενδοκοινοτικώς διασυνοριακής αφερεγγυότητας αποτελείται από ένα σύνολο κύριων και παρεμπιπτουσών ρυθμίσεων, κοινός τόπος των οποίων είναι η συγκροτημένη αντιμετώπιση των ευρωπαϊκών πτωχεύσεων και επί μέρους ζητημάτων τους. Κύριες ρυθμίσεις γενικής εφαρμογής – το κοινό δηλαδή δίκαιο της ευρωπαϊκής πτώχευσης – είναι οι περιεχόμενες στον Κανονισμό 1346/2000 περί των διαδικασιών αφερεγγυότητας (εφεξής Καν 1346)[1], ήδη δε στον Κανονισμό (ΕΕ) 2015/848[2] που τον αντικαθιστά με ημερομηνία έναρξης της ισχύος του την 26.6.2017 (εφεξής Καν 848). Άλλες κύριες, αλλά ειδικής εφαρμογής, ρυθμίσεις είναι οι αφορώσες την αφερεγγυότητα – την εξυγίανση και την εκκαθάριση – ασφαλιστικών επιχειρήσεων (Οδηγία 2001/17[3]) και πιστωτικών ιδρυμάτων (Οδηγία 2001/24, όπως ισχύει[4]), ενώ παρεμπίπτουσες είναι οι ρυθμίσεις που εντοπίζονται σε άλλα κείμενα διαφορετικής (όχι αποκλειστικώς πτωχευ-

---

* Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος.

1 *Μιχαλόπουλος*, Διασυνοριακές κοινοτικές πτωχεύσεις, 2007, *Κινινή*, Ζητήματα διεθνούς δικαιοδοσίας στο ευρωπαϊκό δίκαιο αφερεγγυότητας, 2007, *Παπαδοπούλου*, Το κέντρο των κυρίων συμφερόντων του οφειλέτη στη διαδικασία αφερεγγυότητας, 2014 –όλα με περαιτέρω ελληνική και αλλοδαπή βιβλιογραφία. Προσθετέοι και οι *Raimon*, Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, 2007, LGDJ, *Nabet*, La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire (διδακτορική διατριβή), 2010, Litec, *Wessels/Markell/Kilborn*, International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters, 2009, Oxford, 101 επ., ιδίως 109 επ., *Fletcher*, Insolvency in Private International Law, 2η έκδ. 2005, Oxford, 339 επ., *Moss/Fletcher/Isaacs*, The EC Regulation on Insolvency Proceedings, 2η έκδ. 2009, Oxford, *Keay/Walton*, Insolvency Law, 3η έκδ. 2012, Jordans Publishers, 423 επ., ιδίως για την παράθεση αγγλικής βιβλιογραφίας (452-458)

2 ΕΕΕΕ L 141 της 5.6.2015, 19 επ. Για μία πρώτη παρουσίαση των γενικών κατευθύνσεων των νέων ρυθμίσεων, *Henry*, Le nouveau règlement "insolvabilité": entre continuité et innovations, *Dalloz* 2015, 979 επ. Για την πρόταση προσαρμογής COM(2010)744 της 12.12.2012 που προηγήθηκε, *Jault-Seseke/Robine* (επιστημονική επίβλεψη), Le droit européen des procédures d'insolvabilité à la croisée des chemins, Ημερίδα της 21.9.2012, Πανεπιστήμιο της Rouen, *Μιχαλόπουλος*, Κύρια και δευτερεύουσες διαδικασίες αφερεγγυότητας του Καν 1346/2000, Επάνοδος στο ζήτημα της αρχής της καθολικότητας της διασυνοριακής ευρωπαϊκής πτώχευσης με αφορμή την πρόταση προσαρμογής του Κανονισμού, ΔΕΕ 2014, 462 επ.

3 Η Οδηγία ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο δυνάμει του π.δ. 332/2003.

4 Άρθρο 117 Οδηγίας 2014/59/ΕΕ της 15.5.2014 και η υπ΄ αριθμόν 119 εκτίμηση του προοιμίου της. Η οδηγία ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο δυνάμει του ν. 3458/2006, όπως ισχύει (άρθρα 111 ν. 4335/2015 και 8 ν. 4021/2011).

τικής) θεματικής, αλλά προφανούς πτωχευτικού ενδιαφέροντος (όπως για παράδειγμα η Οδηγία 98/26 για το αμετάκλητο του διακανονισμού ή η Οδηγία 2002/47 για τις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας).

Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, οι περιεχόμενες στον Καν 1346 ρυθμίσεις (αλλά και εκείνες που περιέχονται στον Καν 848) περιορίζονται ιδίως σε διατάξεις που διέπουν την αρμοδιότητα για την έναρξη διαδικασιών αφερεγγυότητας, καθώς και σε διατάξεις που επιβάλλουν την άμεση αναγνώριση των αποφάσεων οι οποίες αφορούν την έναρξη, διεξαγωγή και περάτωση των διαδικασιών αφερεγγυότητας που εμπίπτουν στο πεδίο της εφαρμογής τους, σύμφωνα με το εφαρμοστέο δίκαιο του κράτους έναρξης, αλλά και των αποφάσεων που συνδέονται άμεσα με τις διαδικασίες αυτές. Οι διατάξεις αυτές πραγματώνουν την αρχή της αμοιβαίας κοινοτικής εμπιστοσύνης που διατρέχει όλο το περιεχόμενο του κανονισμού, αλλά και διευκολύνουν πρακτικά την εφαρμογή του. Σύμφωνα με την αρχή του νομικού ρεαλισμού από την άλλη μεριά (και κατά το μέτρο που η παροχετευθείσα στον Καν 1346 ρύθμιση είναι προϊόν μακρών συμβιβασμών μεταξύ των κρατών-μελών[5]) ο κανονισμός παραδέχεται εμπράκτως το γεγονός ότι δεν είναι εφικτό να καθιερωθεί μία ενιαία και καθολική διαδικασία αφερεγγυότητας που θα προϋπέθετε την άνευ εξαιρέσεων εφαρμογή του δικαίου του κράτους έναρξης – παραδέχεται δε τούτο διττώς: αφ΄ ενός θεσπίζει ειδικούς κανόνες για το εφαρμοστέο δίκαιο σε ορισμένες περιπτώσεις ιδιαιτέρως σημαντικών δικαιωμάτων (άρθρα 5 και επόμενα του κανονισμού), αφ΄ ετέρου δε επιτρέπει παράλληλα με την κύρια διαδικασία αφερεγγυότητας που κηρύσσεται στο έδαφος του κράτους των κυρίων συμφερόντων του οφειλέτη, την κίνηση εθνικών (τοπικών) πτωχεύσεων που κηρύσσονται στο κράτος της εγκατάστασης του οφειλέτη και αφορούν μόνο την τοπική πτωχευτική περιουσία του. Αυτό εννοεί η διάταξη της πρώτης παραγράφου του άρθρου 17 Καν που ορίζει ότι η απόφαση έναρξης της κύριας διαδικασίας παράγει άνευ ετέρου σε κάθε άλλο κράτος τα αποτελέσματα που ορίζει το (εφαρμοστέο) δίκαιο του κράτους έναρξης, εφόσον όμως ο κανονισμός δεν ορίζει κάτι διαφορετικό και ενόσω δεν έχει κινηθεί σε αυτό το άλλο κράτος-μέλος δευτερεύουσα διαδικασία αφερεγγυότητας. Τα ίδια κατ΄ ουσίαν (θα) ισχύουν με βάση τις νέες ρυθμίσεις του Καν 848[6] – με εξαίρεση τη διαφορετική αντιμετώπιση των δευτερευουσών διαδικασιών, η κίνηση των οποίων δεν (θα) έχει τον αντανακλαστικό χαρακτήρα που τους αποδίδει το ισχύον δίκαιο του Καν 1346, εκ μόνου του λόγου ότι ζητείται από τα νομιμοποιούμενα προς τούτο πρόσωπα[7].

5 Για την ιστορική αναδρομή, *Μιχαλόπουλος*, Διασυνοριακές κοινοτικές πτωχεύσεις, ό.π., 55 επ.
6 Βλ. για παράδειγμα τα (νέα) άρθρα 7, 8 επ., 19 και 20, 32, 34 επ. Καν 848.
7 Άρθρα 36 και επόμενα Καν 848, *Μιχαλόπουλος*, ό.π., ΔΕΕ 2014, 462 επ., ιδίως 467 επ.

ΙΙ. Η άνευ ετέρου αναγνώριση των διαδικασιών αφερεγγυότητας και τα όριά της

Α. Η αυτόματη αναγνώριση των διαδικασιών αφερεγγυότητας και των αποτελεσμάτων τους. Το ζήτημα της δημοσιότητας

Είναι πέραν πάσης αμφισβητήσεως ότι, σύμφωνα με τη βασική αρχή που καθιερώνεται στο άρθρο 16 Καν 1346 (και αναπαράγεται αυτούσια στο άρθρο 19 Καν 848), η κήρυξη μιας διαδικασίας αφερεγγυότητας από τα αρμόδια κατά το άρθρο 3 δικαστήρια αναγνωρίζεται αυτομάτως στο έδαφος όλων των άλλων κρατών αφότου αρχίζει να παράγει τα αποτελέσματά της στο κράτος έναρξης. Πρόκειται στην ουσία για άνευ ετέρου αναγνώριση αλλοδαπής απόφασης που, όπως κάθε αναγνώριση, σημαίνει ότι θα έχει υποχρεωτικώς στο έδαφος του αναγνωρίζοντος κράτους-μέλους την ισχύ που της απονέμει το κράτος έκδοσης. Ως αναγνωρίζοντα κράτη-μέλη νοούνται τα κράτη όπου ο οφειλέτης έχει εγκατάσταση ή περιουσία, διότι έναντι των κρατών αυτών η αναγνώριση της κύριας διαδικασίας αφερεγγυότητας έχει σημασία για την εξίσου άνευ ετέρου επέκταση των αποτελεσμάτων της (άρθρο 17 Καν 1346, άρθρο 20 Καν 848) και για τη δράση του συνδίκου (άρθρο 18 Καν 1346, άρθρο 21 Καν 848).

Η αναγνώριση αυτή, για να έχει ουσιαστική αξία, ενεργεί πολλαπλασιαστικά σε περισσότερα επίπεδα: η αυτόματη αναγνώριση της εναρκτήριας απόφασης που κηρύσσει την κύρια διαδικασία αφερεγγυότητας και η «εξαγωγή» των αποτελεσμάτων, που παράγει σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους έναρξης, σε κάθε άλλο κράτος-μέλος: α) αποκτά νόημα από την εξίσου αυτόματη αναγνώριση άλλων αποφάσεων που είτε άπτονται της διεξαγωγής και της περάτωσης της διαδικασίας είτε απορρέουν από αυτήν, β) υλοποιείται με την άνευ ιδιαίτερης διαδικασίας αναγνώριση του συνδίκου και των εξουσιών του, τις οποίες του απονέμει το δίκαιο του κράτους έναρξης και γ) αναπτύσσεται καθ΄ όλες – κατ΄ αρχήν – τις εκφάνσεις της σύμφωνα με το εφαρμοστέο δίκαιο του κράτους έναρξης που, κατά κανόνα γενικό, διέπει την διαδικασία. Η εξήγηση είναι ότι η επιζητούμενη καθολική ενέργεια της κύριας διαδικασίας επί του συνόλου των στοιχείων της πτωχευτικής περιουσίας του οφειλέτη, όπου και αν ευρίσκονται, προϋποθέτει την πολλαπλασιαστική αυτή ενέργεια της αναγνώρισης και την επέκταση σε όλα τα κράτη-μέλη των αποτελεσμάτων της διαδικασίας, ουσιαστικών και δικονομικών, που παράγονται με βάση το δίκαιο του κράτους έναρξης. Από τον χρόνο παραγωγής τους στο κράτος έναρξης, τα αποτελέσματα διαχέονται, ταυτοχρόνως και ομοιόμορφα, στα κράτη εκείνα, ως προς τα οποία έχει πρακτική σημασία τα αποτελέσματα αυτά να επεκταθούν προκειμένου να συλλάβουν κατά τρόπο ενιαίο την πτωχευτική περιουσία και να καταλάβουν, εξίσου ενιαίως, το παθητικό, έτσι ώστε να επιδιώξουν, κατά τον τρόπο και την έκταση που το δίκαιο του κράτους έναρξης υποδεικνύει, την πτωχευτική απαλλοτρίωση του οφειλέτη, τον διορισμό

συνδίκου, την αναστολή των ατομικών διώξεων, την ανασύνθεση της πτωχευτικής περιουσίας και την υποχρέωση των πιστωτών σε απόδοση των τυχόν ληφθέντων.

Η άνευ ετέρου αναγνώριση των κηρυχθεισών διαδικασιών αφερεγγυότητας είναι, επίσης πέραν πάσης αμφισβητήσεως, ότι δεν εξαρτάται από την τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητάς τους που προβλέπουν τα άρθρα 21 και 22 Καν 1346[8] (άρθρα 24 επ. Καν 848 και η υπ΄ αριθμόν 75 εκτίμηση του προοιμίου του[9]). Αυτό σημαίνει ότι τα κράτη-μέλη δεν επιτρέπεται να αναγάγουν την προαιρετική ή και την εξ επιλογής τους υποχρεωτική ακόμη δημοσίευση των στοιχείων του άρθρου 21 ή την προαιρετική ή εξ επιλογής τους υποχρεωτική καταχώρηση στο δημόσιο βιβλίο των στοιχείων του άρθρου 22 σε προϋπόθεση αναγνώρισης της διαδικασίας ή της άσκησης εξουσιών του συνδίκου[10]. Από την άλλη μεριά όμως, αυτό δεν σημαίνει ότι ο κανονισμός επιλέγει να υποβαθμίζει τη συνεισφορά της δημοσιότητας στην εξωστρέφεια των διαδικασιών αφερεγγυότητας και στην ασφάλεια των συναλλαγών. Το ότι η υποβάθμιση της δημοσιότητας ουδόλως είναι επιλογή του κανονισμού αποδεικνύεται από τα εξής τέσσερα σημεία: Πρώτον, η δημοσιότητα του άρθρου 22 που αφορά αποκλειστικώς την κύρια διαδικασία (διότι μόνον αυτή καταλαμβάνει περιουσιακά στοιχεία του οφειλέτη κείμενα εκτός του κράτους έναρξης), αναδεικνύει τη σημασία που δίδει ο κανονισμός στις καταχωρήσεις στοιχείων σε δημόσια βιβλία – καταχωρήσεις που προάγουν τη συναλλακτική ασφάλεια και διασφαλίζουν την προστασία των καλής πίστεως τρίτων που εμπιστεύονται τις περιεχόμενες σε αυτά εγγραφές. Για τον λόγο αυτόν παρέχεται στον σύνδικο της κύριας διαδικασίας η εξουσία να προβαίνει στην εγγραφή της εναρκτήριας απόφασης σε δημόσια βιβλία των άλλων κρατών-μελών «όχι μόνο χάριν της ασφάλειας των συναλλαγών, αλλά και χάριν της απόλυτης αποτελεσματικότητας της διαδικασίας αφερεγγυότητας»[11]. Δεύτερον, οι εισαγόμενες από τον κανονισμό εξαιρέσεις (των άρθρων 5 και επόμενων) στον κανόνα του εφαρμοστέου κατά το άρθρο 4 Καν εθνικού δικαίου (lex fori concursus) αναδεικνύουν τη μέριμνα του κανονισμού να διασφαλίζει την κανονική διεξαγωγή των συναλλαγών στα άλλα κράτη-μέλη, να αποτρέπει τυχόν αιφνιδιασμούς ως εκ της παρεμβολής απρόβλεπτων ρυθμίσεων αλλοδαπού πτωχευτικού δικαίου και να προστατεύει τις εύλογες προσδοκίες ασφάλειας των συναλλασσομένων. Τρίτον, η τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας του άρθρου 21 Καν τεκμηριώνει την καλόπιστη άγνοια οφειλέτη του εν τω μεταξύ υπαχθέντος σε διαδικασία αφερεγγυότητας δανειστή του. Για την αξιολόγηση της συμπεριφοράς εκείνου που προβαίνει σε «αντικανο-

8 Βλ. την υπ΄ αριθμόν 29 εκτίμηση του προοιμίου του και *Μιχαλόπουλο*, Διασυνοριακές κοινοτικές πτωχεύσεις, ό.π., 211 επ., καθώς και παρακ. υπό IV.

9 Βλ. παρακ. υπό IV.

10 Για την ιστορική εξήγηση της επιλογής αυτής του κανονισμού να μην συνιστά η δημοσιότητα προϋπόθεση της αναγνώρισης των διαδικασιών στα άλλα κράτη-μέλη, *Μιχαλόπουλος*, ό.π., 213 επ. Για το τουλάχιστον φειδωλό – αν όχι ανεπαρκές – καθεστώς δημοσιότητας του Καν 1346 σε σχέση με το προτεινόμενο από τον Καν 848, βλ. παρακ. υπό IV.

11 *Μιχαλόπουλος*, ό.π., 212 με την εκεί παραπομπή στους Virgós/Schmit.

νική» από απόψεως πτωχευτικού δικαίου εκπλήρωση, το άρθρο 24 Καν 1346 (όμοιου περιεχομένου άρθρο 31 Καν 848) καθιερώνει ένα διπλό (σε κάθε περίπτωση μαχητό) τεκμήριο: η άγνοια της κίνησης μιας διαδικασίας αφερεγγυότητας στο κράτος έναρξης τεκμαίρεται εφόσον η εκπλήρωση της παροχής έγινε σε άλλο κράτος-μέλος πριν από την εκεί τήρηση των κατ΄ άρθρο 21 Καν διατυπώσεων δημοσιότητας, ενώ η γνώση κίνησης της διαδικασίας στο κράτος έναρξης τεκμαίρεται, εάν η παροχή εκπληρώθηκε σε άλλο κράτος-μέλος μετά την εκεί τήρηση των εν λόγω διατυπώσεων[12]. Προς την ίδια κατεύθυνση, τέταρτον, δεν είναι άνευ σημασίας το γεγονός ότι, στο πλαίσιο της τελευταίας πρότασης προσαρμογής του Καν 1346 που προηγήθηκε της εισαγωγής του νέου κανονισμού[13], είχαν ήδη προταθεί αφ΄ ενός η αναβάθμιση της δημοσιότητας των διαδικασιών αφερεγγυότητας σε υποχρεωτική και αφ΄ ετέρου η έγκαιρη διάχυσή της με την δημιουργία και διασύνδεση μητρώων αφερεγγυότητας προσβάσιμων ατελώς σε κάθε ενδιαφερόμενο μέσω διαδικτύου (προταθέντα άρθρα 20α και επόμενα, βλ. ήδη τα προαναφερθέντα άρθρα 24 έως και 29 Καν 848, παρακ. υπό IV).

Β. Τα όρια της αυτόματης αναγνώρισης

1. Γενικώς

Η κατά τα προεκτεθέντα αυτόματη αναγνώριση, ωστόσο, υπόκειται σε δύο σημαντικούς περιορισμούς, διά των οποίων ο ίδιος ο κανονισμός συστέλλει το εύρος της: α) Η αυτόματη αναγνώριση της διαδικασίας και των αποτελεσμάτων της, τα οποία υποδεικνύονται από το δίκαιο του κράτους έναρξης (άρθρο 4 Καν) ισχύει, εφόσον ο κανονισμός δεν προβλέπει διαφορετικά (άρθρο 17 παρ. 1 Καν). Διαφορετικά δε ο κανονισμός προβλέπει στα άρθρα 5 έως και 15. Υπό την έννοια αυτή για ορισμένα από τα ενδεικτικώς απαριθμούμενα στο άρθρο 4 Καν ζητήματα (όπως για παράδειγμα ζητήματα πτωχευτικής περιουσίας, ζητήματα εκκρεμών συμβάσεων και συμψηφισμού), η σχετική ρύθμιση που κατά κανόνα υποδεικνύει το εφαρμοστέο δίκαιο του κράτους έναρξης δεν θα είναι πάντοτε αυτάρκης, διότι θα πρέπει να αναγιγνώσκεται σε συνδυασμό προς ορισμένες από τις εξαιρετικές ρυθμίσεις των εν λόγω άρθρων 5 και επόμενων, τα οποία περιορίζουν ή αποκλείουν τον γενικής εφαρμογής κανόνα του άρθρου 4 στο μέτρο που παραπέμπουν σε άλλο εφαρμοστέο δίκαιο[14]. β) Η

12 Βλ. και παρακ. υπό III.

13 COM(2012) 744 τελικό της 12.12.2012 και η υπ' αριθμόν 17929/19.12.2013 υπό διαβούλευση εκδοχή προσαρμογής, σχετικώς *Μιχαλόπουλος* εις ΔΕΕ 2014, ό.π., 462 επ.

14 Η εξήγηση σύμφωνα με την υπ' αριθμόν 24 εκτίμηση του προοιμίου του Καν 1346 είναι ότι η αυτόματη αναγνώριση μιας διαδικασίας αφερεγγυότητας, επί της οποίας εφαρμόζεται το δίκαιο του κράτους έναρξης, μπορεί να έρχεται σε αντίθεση με τους κανόνες, δυνάμει των οποίων διεξάγονται κανονικά οι συναλλαγές σε άλλα κράτη-μέλη. Προκειμένου να προστατεύονται οι έννομες προσδοκίες και η ασφάλεια των συναλλαγών στα άλλα κράτη, εισάγονται εξαιρέσεις από τον γενικό κανόνα ότι εφαρμοστέο είναι το δίκαιο του κράτους έναρξης της διαδικασίας. Το περιεχόμενο της εν λόγω εκτίμησης επαναλαμβάνεται αυτολεξεί στην υπ' αριθμόν 67 εκτίμηση του προοιμίου του νέου Καν 848.

κύρια διαδικασία αφερεγγυότητας δεν παράγει αποτελέσματα επί των περιουσιακών στοιχείων και των έννομων σχέσεων που καταλαμβάνονται αποκλειστικώς από τη δευτερεύουσα διαδικασία αφερεγγυότητας, εφόσον κηρυχθεί στο κράτος της εγκατάστασης του οφειλέτη. Η τοπική αυτή διαδικασία διέπεται από το δίκαιο του δικού της κράτους έναρξης (άρθρο 28 Καν 1346, άρθρο 35 Καν 848), επιφέρει τα αποτελέσματα, τα οποία παράγονται σύμφωνα με το δίκαιο αυτό, αφορά δε την τοπική πτωχευτική περιουσία (άρθρο 3 παρ. 2 Καν 1346 και Καν 848) που εκφεύγει της πτωχευτικής περιουσίας, η οποία αποτελεί αντικείμενο διαχείρισης στο πλαίσιο της κύριας διαδικασίας. Κατά τούτο η πρώτη παράγραφος του άρθρου 16 ΠτΚ πρέπει να αναγιγνώσκεται σε συνδυασμό προς τα άρθρα αυτά, ώστε να ανευρίσκεται κάθε φορά η ακριβής έκταση της διευκρίνησης ότι η πτωχευτική περιουσία ελληνικής πτώχευσης περιλαμβάνει το σύνολο της περιουσίας του οφειλέτη «οπουδήποτε και αν βρίσκεται».

2. Ο κανόνας της lex fori concursus και οι εξαιρέσεις του. Ειδικότερα, η προστασία του εξ επαχθούς αιτίας αποκτώντος τρίτου

Όπως ήδη σημειώθηκε, ο κανόνας είναι ότι εφαρμοστέο στη διαδικασία αφερεγγυότητας και στα αποτελέσματά της δίκαιο είναι εκείνο του κράτους-μέλους έναρξης της διαδικασίας – εκτός εάν ο κανονισμός ορίζει διαφορετικά (άρθρο 4 Καν 1346). Πρόκειται για το βασικό εναρκτήριο άρθρο μιας σειράς ομοιόμορφων κανόνων σύγκρουσης που περιέχονται στα άρθρα 4 έως και 15, 28 του κανονισμού και αντικαθιστούν τους εθνικούς κανόνες του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου.

Το δίκαιο του κράτους έναρξης της διαδικασίας αφερεγγυότητας καθορίζει όλα τα αποτελέσματά της, ουσιαστικά και διαδικαστικά, επί των εμπλεκόμενων προσώπων και των έννομων σχέσεων, διέπει δε τη διαδικασία από τον χρόνο έναρξης έως την περάτωσή της – εφόσον, όπως επίσης σημειώθηκε, ο κανονισμός «δεν ορίζει άλλως». Ο δε κανονισμός, προκειμένου να εισαγάγει την κανονικότητα και την ασφάλεια των συναλλαγών που διεξάγονται στα άλλα κράτη-μέλη, «ορίζει άλλως» στις εξαιρετικές περιπτώσεις των άρθρων 5 έως και 15. Από την άποψη των συνεπειών τους, οι εξαιρέσεις αυτές διακρίνονται ως εξής[15]: Στις περιπτώσεις των άρθρων 5 έως και 7 ο κανονισμός δεν αναγνωρίζει την ενέργεια της διαδικασίας αφερεγγυότητας επί ορισμένων δικαιωμάτων (εμπράγματων δικαιωμάτων, δικαιωμάτων συμψηφισμού, επιφύλαξης κυριότητας) σε περιουσιακά στοιχεία που ευρίσκονται σε άλλο κράτος-μέλος. Στις περιπτώσεις των άρθρων 8 έως 11, 14 και 15 ο κανονισμός επιλέγει ρητώς, αντί του γενικώς εφαρμοστέου δικαίου του κράτους έναρξης, το δίκαιο του άλλου κράτους-μέλους προκειμένου να υπαγάγει σε αυτό

15 *Μιχαλόπουλος*, Διασυνοριακές κοινοτικές πτωχεύσεις, ό.π., 171 επ., *Wessels/Markell/Kilborne*, ό.π., 132-140.

ορισμένα αποτελέσματα της διαδικασίας αφερεγγυότητας. Στις περιπτώσεις δηλαδή αυτές τα αποτελέσματα που αποδίδονται στην, κηρυχθείσα στο άλλο κράτος-μέλος, διαδικασία (για παράδειγμα τα αποτελέσματα επί συμβάσεως με αντικείμενο ακίνητο του άρθρου 8 ή επί υποκειμένων σε καταχώρηση δικαιωμάτων ή πραγμάτων των άρθρων 11 και 14) είναι τα ίδια με τα αποτελέσματα εκείνα που ισχύουν για ισοδύναμη εγχώρια διαδικασία σύμφωνα με το οικείο δίκαιο του κράτους-μέλους που στο έδαφός του ευρίσκεται, για παράδειγμα, το ακίνητο ή που τηρεί το δημόσιο βιβλίο καταχωρήσεων. Από την άποψη του (αποκλειστικού ή συντρέχοντος) τρόπου εφαρμογής του δικαίου του άλλου κράτους-μέλους, οι εξαιρέσεις διακρίνονται σε εξαιρέσεις που επιτάσσουν την αποκλειστική εφαρμογή του δικαίου του άλλου κράτους-μέλους (για παράδειγμα του κράτους, όπου ευρίσκεται το ακίνητο του άρθρου 8 Καν) και σε εξαιρέσεις που προβλέπουν τη συντρέχουσα εφαρμογή του δικαίου του κράτους έναρξης, εφόσον είναι αναγκαίο, προς το δίκαιο του άλλου κράτους-μέλους (για παράδειγμα του κράτους που επιτάσσει την τήρηση του δημόσιου βιβλίου των άρθρων 11 και 14 Καν).

Ειδικότερα για το ζήτημα της προστασίας του εξ επαχθούς αιτίας αποκτώντος τρίτου που τίθεται από το άρθρο 14 Καν 1346 (πανομοιότυπου περιεχομένου άρθρο 17 Καν 848) ως εξαίρεση στον κανόνα του άρθρου 4 Καν 1346 (άρθρο 7 Καν 848), ο κανονισμός ορίζει ότι εάν ο οφειλέτης, παρά την πτωχευτική απαλλοτρίωση, διαθέσει εξ επαχθούς αιτίας ακίνητο (ή περιουσιακό στοιχείο υποκείμενο σε υποχρεωτική καταχώρησή του σε δημόσιο – δηλαδή προσιτό στο κοινό – βιβλίο) με δικαιοπραξία που συνήφθη μετά την έναρξη της διαδικασίας αφερεγγυότητας, το κύρος της δικαιοπραξίας αυτής ελέγχεται σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους, στο οποίο ευρίσκεται το ακίνητο (ή το οποίο επιτάσσει την τήρηση του βιβλίου). Ο σκοπός της διάταξης αυτής είναι η προστασία της εμπιστοσύνης του κοινού στο περιεχόμενο των δημόσιων βιβλίων, όταν ο οφειλέτης μετά την έναρξη της διαδικασίας αφερεγγυότητας στο κράτος-μέλος έναρξης διαθέτει εξ επαχθούς αιτίας ακίνητο της πτωχευτικής περιουσίας κείμενο σε άλλο κράτος-μέλος, καθ΄ όσο χρόνο οι περιορισμοί που έχουν τεθεί ή που εξ ορισμού επέρχονται στον οφειλέτη από τη διαδικασία σύμφωνα με το διέπον αυτήν δίκαιο, δεν έχουν καταχωρηθεί σε δημόσιο βιβλίο. Η προστασία του αποκτώντος τρίτου επεκτείνεται, εκτός από τα ακίνητα, και σε άλλα σημαντικά στοιχεία που μπορεί να περιέχονται στην πτωχευτική περιουσία, όπως είναι πλοία, αεροσκάφη ή κινητές αξίες εκ του νόμου καταχωρητέες σε δημόσιο βιβλίο.

Για το άρθρο 14 Καν ισχύει η παρατήρηση ότι η εφαρμογή του δεν προβλέπεται ως αποκλειστική, αλλά μπορεί να είναι συντρέχουσα με εκείνη του άρθρου 4 Καν 1346. Αυτό σημαίνει ότι εναπόκειται στο δίκαιο του κράτους, στο έδαφος του οποίου κείται το ακίνητο (ή που επιτάσσει την τήρηση του βιβλίου) να προσδιορίσει τους όρους εκείνους, υπό τους οποίους το δίκαιο του κράτους έναρξης θα είναι εφαρμόσιμο.

3. Η δυνατότητα κίνησης δευτερευουσών διαδικασιών αφερεγγυότητας και η διεμβόλιση της καθολικότητας της κύριας διαδικασίας

Η ύπαρξη εγκατάστασης κατά την έννοια του στοιχείου (η) του άρθρου 2 Καν 1346 – δηλαδή άσκησης οιασδήποτε διαρκούς οικονομικής δραστηριότητας του οφειλέτη, στην οποία χρησιμοποιεί τον ανθρώπινο παράγοντα και περιουσιακά του στοιχεία – σηματοδοτεί τη δυνατότητα έναρξης τοπικής διαδικασίας αφερεγγυότητας[16] που είτε θα προηγείται, υπό αυστηρώς προσδιορισμένες όμως προϋποθέσεις, της κύριας διαδικασίας αφερεγγυότητας (τοπική ανεξάρτητη διαδικασία) είτε θα έπεται αυτής (δευτερεύουσα διαδικασία εκκαθάρισης) με σκοπό τη διαφύλαξη των νόμιμων προσδοκιών των τοπικών πιστωτών από νομικούς αιφνιδιασμούς που τυχόν θα προκαλούσε η καθολικότητα της κύριας διαδικασίας υπό την αμιγή εκδοχή της. Αυτονόητο είναι συνεπώς ότι η δυνατότητα αυτή συνεπάγεται τη συμπτωματική διάσπαση της καθολικότητας της κύριας διαδικασίας: Η τοπική πτώχευση είναι μία καθ΄ όλα αυτοτελής εθνική διαδικασία αφερεγγυότητας, διέπεται από το δίκαιο του κράτους-μέλους που την κηρύσσει, εξαντλεί δε τα αποτελέσματά της που υποδεικνύει το δίκαιο αυτό μόνον επί των περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη που ευρίσκονται στο έδαφός του (άρθρα 3 παρ. 2 επ., 27 και επόμενα Καν 1346). Η μόνη διαφορά είναι ότι η δευτερεύουσα διαδικασία αφερεγγυότητας, παρ΄ όλο που είναι αυτοτελής, επειδή διεξάγεται συντρεχόντως προς την κύρια πτωχευτική διαδικασία που έχει κινηθεί κατά του οφειλέτη στο άλλο κράτος-μέλος των κύριων συμφερόντων του, οφείλει να συντονίζεται προς την τελευταία κατ΄εφαρμογήν όλων εκείνων των μέτρων συντονισμού που διατίθενται από τον κανονισμό (άρθρα 31, 33 και επόμενα Καν 1346, άρθρα 41 επ., 46 επ. Καν 848)[17]. Δεν αποκλείεται να συντρέχουν περισσότερες της μιας δευτερεύουσες διαδικασίες αφερεγγυότητας διότι, σε αντίθεση με τη μοναδικότητα του κέντρου των κυρίων συμφερόντων, δεν αποκλείεται να υπάρχει εγκατάσταση του οφειλέτη σε περισσότερα του ενός κράτη-μέλη. Όσο περισσότερες δευτερεύουσες διαδικασίες συντρέχουν προς την κύρια πτώχευση[18], τόσο περισσότερο εκτεταμένη θα είναι η διάσπαση της καθολικότητας της κύριας διαδικασίας και των αποτελεσμάτων της λόγω της εδαφικότητας των επί μέρους τοπικών πτωχεύσεων που θα τη δορυφορούν.

16 *Μιχαλόπουλος*, ό.π., 130 επ., *Κινινή*, ό.π., 87 επ., *Παπαδοπούλου*, ό.π., 240 επ.

17 Για τη διαλεκτική των διαδικασιών αφερεγγυότητας, κύριας και δευτερευουσών, *Μιχαλόπουλος*, ό.π., 197 επ., *Κινινή*, ό.π., 115 επ., *Nabet*, ό.π.

18 Για τη δυσχέρανση έναρξης δευτερευουσών διαδικασιών αφερεγγυότητας υπό το νέο καθεστώς του Καν 848, παραπ. υπό (Ι).

III. Η προστασία του αποκτώντος εξ επαχθούς αιτίας τρίτου, μετά την έναρξη διασυνοριακής διαδικασίας αφερεγγυότητας, στην ελληνική νομολογία

Α. Τα πραγματικά περιστατικά και η πορεία της νομολογίας: η ΑΠ 838/2015

Τα ελληνικά δικαστήρια ασχολήθηκαν προσφάτως με το ζήτημα της έλλειψης δημοσιότητας των άρθρων 21 επ. Καν 1346 και του αντίκτυπού της επί του κύρους εκποιητικής δικαιοπραξίας επί ακινήτου, η οποία διενεργήθηκε σε κράτος-μέλος μετά την έναρξη της πτωχευτικής διαδικασίας που είχε ήδη κηρυχθεί στο έδαφος άλλου κράτους-μέλους, όπου κείται το κέντρο των κύριων συμφερόντων του οφειλέτη. Με άλλα λόγια την ελληνική νομολογία απησχόλησε η συνδυασμένη ανάγνωση των άρθρων 16 και 17, 21 και 22, 14 Καν 1346 υπό το φως των υπ΄ αριθμούς 22, 29 και 24 εκτιμήσεων του προοιμίου του.

Ο οφειλέτης ήταν ιδιοκτήτης ατομικής μεταφορικής επιχείρησης με κέντρο των κύριων συμφερόντων του πόλη της Γερμανίας. Εκ του λόγου ότι περιήλθε σε κατάσταση παύσης των πληρωμών του, κηρύχθηκε σε πτώχευση με απόφαση του κατά τόπον αρμόδιου γερμανικού δικαστηρίου, δυνάμει της οποίας (μεταξύ άλλων) απαγορεύθηκε η διάθεση της ενεστώσας και μελλοντικής περιουσίας του καθ΄ όλη τη διάρκεια της πτωχευτικής διαδικασίας (παρ. 35 InsO). Η έναρξη της διαδικασίας αφερεγγυότητας υπεβλήθη βεβαίως στο σύνολο των διατυπώσεων δημοσιότητας που προβλέπει το γερμανικό πτωχευτικό δίκαιο, δεν υπεβλήθη ωστόσο σε καμία διατύπωση δημοσιότητας στα άλλα κράτη-μέλη, από εκείνες που προβλέπει ο Καν 1346 στα άρθρα 21 και επόμενα – πολύ περισσότερο μάλιστα στην Ελλάδα, παρ΄ όλο που ήταν γνωστή η ύπαρξη ακίνητης περιουσίας του οφειλέτη στο κράτος αυτό. Δέκα περίπου μήνες μετά την έναρξη της πτωχευτικής διαδικασίας, ο οφειλέτης μετεβίβασε σε αγνοούντα την κήρυξη της πτώχευσης του πωλητή στη Γερμανία τρίτο ακίνητό του που ευρίσκετο στην Ελλάδα. Ο Γερμανός σύνδικος αμφισβήτησε το κύρος της μεταβίβασης, διότι έλαβε χώρα μετά την κήρυξη της πτώχευσης, διαρκούσης της πτωχευτικής απαλλοτρίωσης. Οι αποφάσεις τόσο του πρωτοβάθμιου ελληνικού δικαστηρίου όσο και η εφετειακή[19] εδικαίωσαν τον σύνδικο με το σκεπτικό ότι η γερμανική πτώχευση και τα αποτελέσματά της – μεταξύ των οποίων η αυτοδικαίως επερχόμενη στέρηση του δικαιώματος διοίκησης της πτωχευτικής περιουσίας – αναγνωρίζονται αυτομάτως στην Ελλάδα ανεξαρτήτως της τήρησης ή μη των διατυπώσεων δημοσιότητας που προβλέπει ο κανονισμός. Επί της αποφάσεως του Εφετείου ασκήθηκε αναίρεση. Με την προσφάτως εκδοθείσα απόφασή του ο Άρειος Πάγος[20] επαναφέρει το ζήτημα στην ορθοδοξία της λογικής,

19 ΠΠρΓιαννιτσών 125/1972/2010 και ΕφΘεσ 884/2013, αμφότερες αδημοσίευτες.
20 ΑΠ 838/2015, αδημοσίευτη.

κρίνοντας ότι το κύρος της εκποιητικής δικαιοπραξίας ελέγχεται, κατ΄ επιταγήν του κανονισμού (άρθρο 14 Καν 1346) με βάση το ελληνικό – εφαρμοστέο εν προκειμένω – δίκαιο. Με βάση το δίκαιο αυτό συνεπώς, θα πρέπει να επιδιώκεται η προστασία του καλής πίστεως αποκτώντος τρίτου στην Ελλάδα υπό όρους στοιχειωδώς ισοδύναμους προς εκείνους που ισχύουν για την προστασία του καλής πίστεως συναλλασσομένου στη Γερμανία: «… η εφαρμογή και τήρηση διαφορετικών διατυπώσεων δημοσιότητας για αποφάσεις άλλων κρατών-μελών, εν προκειμένω του γερμανικού, από εκείνες τις διατυπώσεις δημοσιότητας που προβλέπονται για τις ελληνικές, αφενός μεν δεν δικαιολογείται ούτε ευρίσκει έρεισμα σε κάποια διάταξη του ενωσιακού δικαίου εν γένει, ούτε όμως ευρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του Κανονισμού, οι οποίες αντίθετα, στις περιπτώσεις πωλήσεως ακινήτων, ορίζουν ως εφαρμοστέες τις διατάξεις του κράτους-μέλους που ευρίσκεται το ακίνητο».

Β. Αξιολόγηση της νομολογίας

Η θέση, την οποίαν υιοθετεί ο Άρειος Πάγος, ανατρέποντας εκείνη του Εφετείου, παρακολουθεί, κατά το γράμμα και τη λογική τους, τις ρυθμίσεις του κανονισμού και, συνεπώς, είναι επιδοκιμαστέα:

1. Η κηρυχθείσα από το γερμανικό δικαστήριο και νομίμως κατά το εφαρμοστέο γερμανικό δίκαιο δημοσιευθείσα πτώχευση του οφειλέτη στη Γερμανία είχε ως περιουσιακής φύσεως συνέπεια σε βάρος του την πτωχευτική απαλλοτρίωση, δηλαδή τη στέρηση του δικαιώματος διαχειρίσεως και διαθέσεως των στοιχείων της πτωχευτικής περιουσίας του. Η πτωχευτική απαλλοτρίωση καλύπτει όλα τα στοιχεία της πτωχευτικής περιουσίας του οφειλέτη, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που ευρίσκονται σε οποιοδήποτε άλλο κράτος-μέλος – συμπεριλαμβανομένου, άρα, και του εν Ελλάδι κείμενου ακινήτου ιδιοκτησίας του – εκτός βεβαίως, όπως προαναφέρθηκε, εάν στο άλλο αυτό κράτος-μέλος είχε κινηθεί δευτερεύουσα διαδικασία αφερεγγυότητας υπό τις προϋποθέσεις του κανονισμού. Στην υπόθεση αυτή η πτωχευτική απαλλοτρίωση θα είχε επέλθει ως συνέπεια της πτώχευσης σύμφωνα με τις προϋποθέσεις και τους όρους που θέτει το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο του κράτους της εγκατάστασης του οφειλέτη και η τοπική πτωχευτική περιουσία θα εξέφευγε της συνόλου πτωχευτικής περιουσίας που αποτελεί αντικείμενο διαχείρισης από τον σύνδικο στο πλαίσιο της κύριας πτώχευσης, κατά τα προεκτεθέντα.

2. Η ύπαρξη ακινήτου στην Ελλάδα ανήκοντος στην πτωχευτική περιουσία της γερμανικής πτώχευσης ευλόγως προϋποθέτει, από απόψεως διασφάλισης της ίδιας της πτωχευτικής διαδικασίας και των καλοπίστως διενεργούμενων σε άλλο κράτος-μέλος συναλλαγών, την τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας που θεσπίζει ο κανονισμός (άρθρα 21 και 22) «προς το συμφέρον των συναλλαγών» (εκτίμηση υπ΄ αριθμόν 29 του προοιμίου Καν). Τέτοια στοιχειώδης επιμέλεια εκ μέρους του Γερμανού συνδίκου δεν επεδείχθη, παρ’ όλο που διατυπώσεις υποχρεωτικής δημοσιό-

τητας επιβάλλονται από το εθνικό του δίκαιο για την κηρυχθείσα στη Γερμανία πτώχευση, διότι κατά το γερμανικό δίκαιο η απώλεια της εξουσίας διαθέσεως δεν είναι νοητό να αντιτάσσεται έναντι του καλής πίστεως τρίτου παρά μόνον ύστερα από την καταχώρησή της στα βιβλία μεταγραφών – καταχώρηση που συνιστά προϋπόθεση για την ακυρότητα της διάθεσης (παρ. 81 InsO σε συνδυασμό προς την παρ. 892 του γερμΑΚ). Κάτι το οποίο είναι αδιανόητο για το γερμανικό δίκαιο, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι είναι αδιάφορο για άλλο κράτος-μέλος, στο έδαφος του οποίου «εξάγεται» η γερμανική πτωχευτική διαδικασία μαζί με τα αποτελέσματά της.

3. Προς «προστασία του αποκτώντος τρίτου» σύμφωνα με το προαναφερθέν άρθρο 14 Καν 1346, το κύρος της γενόμενης μετά την κήρυξη της πτώχευσης μεταβίβασης ελέγχεται με βάση το δίκαιο του κράτους, στο έδαφος του οποίου κείται το ακίνητο:

α. Συνεπώς το ζήτημα του κύρους διέπεται εν προκειμένω από το ελληνικό πτωχευτικό δίκαιο και συγκεκριμένα από το πλέγμα των διατάξεων που πραγματώνουν την πτωχευτική απαλλοτρίωση στην ελληνική πτώχευση και την προστασία του καλής πίστεως τρίτου που συναλλάσσεται με τον οφειλέτη (άρθρο 2 αν 635/37[21]): α) Από το πρωί της ημέρας της επ΄ ακροατηρίω δημοσιεύσεως της απόφασης που κηρύσσει την πτώχευση, ο πτωχεύσας στερείται αυτοδικαίως της διοικήσεως (διαθέσεως και διαχειρίσεως) της πτωχευτικής περιουσίας. β) Από του χρόνου αυτού είναι αυτοδικαίως άκυρη (ανενεργός) ως προς την ομάδα των πιστωτών κάθε δικαιοπραξία που γίνεται από ή προς τον πτωχεύσαντα και αφορά την πτωχευτική περιουσία. Επί πλέον δε αυτού, γ) τόσο το προϊσχύσαν (ΕμπΝ 532, άρθρα 2, 5 και 6 αν 635) όσο και το ισχύον δίκαιο (άρθρα 8 και 9 ΠτΚ) προβλέπουν μια σειρά διατυπώσεων ευρείας δημοσιότητας της πτωχευτικής απόφασης και του ονοματεπωνύμου του οφειλέτη – στο ΔΔΔΤΝ, στο ΓΕΜΗ, στο (τοπικό και το τηρούμενο στο Πρωτοδικείο Αθηνών γενικό) Μητρώο Πτωχεύσεων, στο υποθηκοφυλακείο ή στο κτηματολόγιο – προκειμένου να υποψιασθούν οι τρίτοι που πρόκειται να συναλλαγούν με τον οφειλέτη και να θεμελιώσουν, εφόσον χρειασθεί, την καλή πίστη τους. Το πτωχευτικό δικαστήριο μπορεί μάλιστα, κατά την κρίση του, να διατάξει και πρόσθετες δημοσιεύσεις.

β. Η εξήγηση μίας τόσο ευρείας δημοσιότητας είναι ότι: «Η κήρυξη της πτώχευσης δημιουργεί κατάσταση που προβάλλεται έναντι παντός. Είναι λοιπόν ανάγκη να γνωρίζουν οι τρίτοι αυτή την κατάσταση και ιδιαίτερα ότι εκείνος που πτώχευσε δεν έχει πλέον το δικαίωμα να διοικεί την περιουσία του. Γι΄ αυτό και η απόφαση που κηρύσσει την πτώχευση υποβάλλεται σε μεγάλη δημοσιότητα»[22]. Και είναι μεν ακριβές ότι η τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας δεν προσδιορίζει τον χρόνο επέλευ-

21 Στην υπό κρίσιν υπόθεση, εφαρμογή έχουν οι προϊσχύσασες πτωχευτικές διατάξεις του ΕμπΝ (άρθρα 525 επ.). Και τούτο διότι, εφόσον η πτώχευση κηρύχθηκε στις 22.6.2006 –δηλαδή πριν από την 16.9.2007, ημερομηνία έναρξης της ισχύος του ΠτΚ σύμφωνα με το άρθρο 180 αυτού- οι προϊσχύσασες διατάξεις του ΕμπΝ εξακολουθούν να ισχύουν και να εφαρμόζονται επί των εκκρεμών διαδικασιών (άρθρο 182 παρ. 2 ΠτΚ).

22 *Κοτσίρης*, ΠτΔικ, 8η έκδ. 2011, 205, *Περάκης*, ΠτΔικ, 2η έκδ. 2012, 145 επ.

σης των αποτελεσμάτων της πτώχευσης – τα οποία επέρχονται από την κήρυξή της σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 1 ΠτΚ[23] – η δημοσιότητα της κήρυξης της πτώχευσης όμως «απαιτείται για λόγους προστασίας των τρίτων που έχουν συναλλαγεί ή συναλλάσσονται ή πρόκειται ενδεχομένως να έχουν συναλλαγές με τον οφειλέτη»[24].

γ. Κατά το προϊσχύσαν (και διέπον την προκείμενη περίπτωση κατά τα προεκτεθέντα) δίκαιο, η παρά την πτωχευτική απαλλοτρίωση διενεργηθείσα δικαιοπραξία του οφειλέτη ήταν αυτοδικαίως άκυρη (άρθρο 2 παρ. 4 αν 635/1937) υπέρ της ομάδας των πιστωτών, εγένετο όμως δεκτό ότι ο σύνδικος είχε τη δυνατότητα να εγκρίνει την πράξη του οφειλέτη και ότι, μέχρι να δοθεί η έγκριση, η πράξη ήταν μετέωρη – δηλαδή ανενεργός[25]. Υπό το ισχύον δίκαιο του ΠτΚ πράξεις διαχείρισης ή διάθεσης στοιχείων της πτωχευτικής περιουσίας που έγιναν από ή προς τον οφειλέτη μετά την κήρυξη της πτώχευσης χωρίς τη σύμπραξη του συνδίκου είναι ανενεργές υπέρ της ομάδας των πιστωτών, απαγορεύεται δε η καταχώρησή τους σε δημόσια βιβλία χωρίς την έγγραφη έγκριση του συνδίκου (άρθρο 17 παρ. 1 εδάφιο β).

δ. Διατυπώνεται η (κρατούσα) άποψη ότι η ανενέργεια αντιτάσσεται έναντι του τρίτου συναλλαγέντος με τον οφειλέτη, ακόμη και αν ο συναλλαγείς ήταν καλής πίστεως[26]. Η άποψη αυτή από πουθενά ωστόσο δεν προκύπτει ότι πρέπει να ισχύει κατά τρόπο γενικευμένο και απόλυτο. Το ορθόν είναι ότι πρέπει να μετριάζεται αναγιγνωσκόμενη σε συνδυασμό προς τις υποχρεωτικώς ισχύουσες στο ελληνικό δίκαιο ρήτρες αισθήματος δικαίου. Ορθώς υποστηρίζεται προς την κατεύθυνση αυτή[27] ότι η κατάφαση ή μη της ανενέργειας θα πρέπει, υπό τις περιστάσεις κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης, να λαμβάνει υπ΄ όψιν της την προστασία του καλόπιστου συναλλασσομένου δεδομένου ότι στο ελληνικό δίκαιο η προστασία του είναι πρωταρχικής σημασίας επιβαλλόμενη με γενικές διατάξεις αναγκαστικού μάλιστα δικαίου (ΑΚ 200, 281, 288). Προφανές είναι ότι η αναγκαιότητα της προστασίας αυτής αναμφισβητήτως αναδεικνύεται στην περίπτωση που ο τρίτος συναλλάσσεται με τον οφειλέτη αγνοώντας ανυπαιτίως την κήρυξη της (αλλοδαπής) πτώχευσης, διότι οι διατυπώσεις δημοσιότητας δεν έχουν ακόμη ή δεν έχουν καν τηρηθεί[28]. Υπό τις περιστάσεις αυτές, η καταχρηστική εμμονή του συνδίκου στη (μη έγκριση της συναλλαγής ή στην) ανατροπή της μόνον αποκρουστέα σύμφωνα με την καλή πίστη μπορεί να είναι –

23 *Κοτσίρης*, ό.π., 205 και 247, *Περάκη*, ό.π., 146 και 194, για δε το προϊσχύσαν δίκαιο *Κ. Ρόκας,* ΠτΔικ, 12η έκδ. 1978, 110, 114 επ.

24 *Ψυχομάνης*, ΠτΔικ, 5η έκδ. 2012, 192-193.

25 *Κ. Ρόκας*, ό.π., 127 επ., 130, *Ν. Ρόκας*, Στοιχεία ΠτΔικ, 1997, 24.

26 *Κ. Ρόκας*, ό.π., 129, *Γεωργακόπουλος*, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, τόμ. 1: Οι έμποροι, τεύχ. 3: Πτώχευση και εξυγίανση, β' έκδ. 1997, 102 επ., *Ν. Ρόκας*, ό.π., 24, *Κοτσίρης*, ό.π., 279, *Περάκης*, ό.π., 195.

27 *Ψυχομάνης*, ό.π., 224.

28 Ο *Γεωργακόπουλος* (ό.π., 85), πριν από την ισχύ του κανονισμού, εχαρακτήριζε ως «χωλές» τις αλλοδαπές πτωχεύσεις που δεν έχουν δημοσιευθεί στο πρωτοδικείο, όπως απαιτεί το ελληνικό δίκαιο για κάθε πτώχευση, άρα και για την αλλοδαπή. Στην περίπτωση αυτή « … η ικανότητα … του πτωχού κατά το ελληνικό δίκαιο διατηρείται (9 παρ. 1 ΑΚ), έστω αν η πτώχευση έχει κηρυχθεί κατά το δίκαιο (και από δικαστήριο) της χώρας ιθαγενείας ή έδρας του πτωχού. Η χωλή πτώχευση δεν θίγει το κύρος των ελληνικών συναλλαγών».

πολύ περισσότερο μάλιστα που το καταβληθέν τίμημα από την εκποίηση του ακινήτου αυτονοήτως περιλαμβάνεται στην πτωχευτική περιουσία. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση που ο τρίτος εκπληρώνει την οφειλόμενη παροχή του απ΄ ευθείας στον οφειλέτη, αντί να την εκπληρώσει στον σύνδικο, διότι η εκπλήρωση έλαβε χώρα πριν από τη συντέλεση των διατυπώσεων δημοσιότητας της πτωχευτικής απόφασης – σε χρόνο δηλαδή που ο εκπληρώσας τρίτος ανυπαιτίως αγνοούσε την κήρυξη της πτώχευσης και την αυτοδίκαιη επέλευση της πτωχευτικής απαλλοτρίωσης (πρβλ. άρθρο 24 Καν 1346 παρακ. υπό 6).

Αλλά και περαιτέρω, η καταχρηστική συμπεριφορά του συνδίκου αναδεικνύεται εν προκειμένω εκ του γεγονότος ότι, παρ΄ όλο που στο κράτος έναρξης της διαδικασίας αφερεγγυότητας (δηλαδή στη Γερμανία) ισχύουν, όπως προαναφέρθηκε, αυστηρές προϋποθέσεις δημοσιότητας προκειμένου να επέρχονται έναντι των τρίτων οι συνέπειες της πτωχευτικής απαλλοτρίωσης, ο σύνδικος δεν επέδειξε τη στοιχειωδώς αναμενόμενη επιμέλεια να προβεί στην τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας στην Ελλάδα, τις οποίες προβλέπει ο κανονισμός (άρθρα 21 και 22) προκειμένου να ενημερώνονται οι τρίτοι συναλλασσόμενοι με τον οφειλέτη – αντιθέτως μάλιστα, εκμεταλλευόμενος το ατυχές σημείο της ισχύουσας κοινοτικής ρύθμισης που δεν προβλέπει (κατ΄ αρχήν) ως υποχρεωτική την τήρηση των διατυπώσεων αυτών ούτε μεριμνά για την κατά το δυνατόν συντομότερη διάχυσή τους ενδοκοινοτικώς παντού, επιμένει άνευ προφανούς οφέλους για τη διαδικασία και τους πτωχευτικούς πιστωτές να ζητεί την ανατροπή της μεταβίβασης. Τέτοιες ακριβώς καταστάσεις δυσλειτουργίας ή καταχρηστικότητας επιδιώκει να θεραπεύσει ή να αποτρέψει η αναθεώρηση του κανονισμού, καθιστώντας την προαιρετική τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας υποχρεωτική (ιδίως στα κράτη-μέλη εγκατάστασης του οφειλέτη) και εγκαίρως διαχεόμενη: αφού προηγουμένως έχουν διαπιστωθεί οι δυσχέρειες εφαρμογής του κανονισμού λόγω ελλείψεως συστηματικής δημοσιότητας και η εκ του λόγου αυτού αναποτελεσματικότητα των ισχυουσών ρυθμίσεων, θεσπίζεται η υποχρέωση των κρατών-μελών να δημοσιεύουν συστηματικά – σε εθνικά, δημοσίως προσπελάσιμα, ηλεκτρονικά μητρώα ενδοκοινοτικώς μεταξύ τους διασυνδεδεμένα – τις αποφάσεις περί ενάρξεως και περατώσεως των διαδικασιών αφερεγγυότητας καθώς και άλλες αποφάσεις που εκδίδονται στο πλαίσιο αυτών («υποχρεωτικές πληροφορίες»)[29].

4. Αυτονόητο είναι ότι το υπό (α) πλέγμα διατυπώσεων δημοσιότητας, στο οποίο θα υπήγετο η πτώχευση, εάν ήταν ελληνική, ευρίσκει το λειτουργικό ισοδύναμό του στις διατυπώσεις δημοσιότητας της απόφασης περί ενάρξεως της γερμανικής πτωχευτικής διαδικασίας και του ουσιαστικού περιεχομένου της (σύμφωνα με τα άρθρα 21 και 22 Καν), η τήρηση των οποίων θα αρκούσε.

29 Προαναφερθέντα άρθρα 24 επ., 86 και 87 Καν 848 σε συνδυασμό με τις υπ΄ αριθμούς 75 και επόμενους εκτιμήσεις του προοιμίου του (παρακ. υπό IV), βλ. και Έγγραφο Εργασίας των Υπηρεσιών της Επιτροπής/Εκτίμηση Επιπτώσεων της 12.12.2012, SWD(2012) 416 final και σε περίληψη SWD(2012) 417 final.

5. Το εάν προστατεύεται ή όχι η καλή πίστη του συναλλασσομένου με τον οφειλέτη μετά την κήρυξη του τελευταίου σε πτώχευση, δεν μπορεί να είναι γεγονός τυχαίο – και τούτο με την εξής έννοια:

Στην υπόθεση που στην Ελλάδα εκηρύσσετο, παραλλήλως προς την προηγηθείσα κύρια γερμανική διαδικασία, κατά του συγκεκριμένου οφειλέτη δευτερεύουσα διαδικασία αφερεγγυότητας, διότι θα επληρούντο οι προβλεπόμενες από τον κανονισμό προϋποθέσεις (ύπαρξη της εγκατάστασης του άρθρου 2, αίτηση των νομιμοποιούμενων προς τούτο προσώπων του άρθρου 29), η κήρυξη της διεπόμενης από το ελληνικό δίκαιο τοπικής (ελληνικής) πτώχευσης θα υπεβάλλετο στο σύνολο των διατυπώσεων δημοσιότητας που αναφέρθηκαν παραπάνω, η δε πτωχευτική απαλλοτρίωση θα άρχιζε να μετρά τον χρόνο διάρκειάς της από το πρωί της ημέρας που η πτωχευτική απόφαση θα είχε δημοσιευθεί στο ακροατήριο, δηλαδή στο βιβλίο δημοσιεύσεων εκούσιας δικαιοδοσίας, υποστηριζόμενη από τις υπόλοιπες διατυπώσεις της ακόμη ευρύτερης δημοσιότητας στο ΔΔΔΤΝ, ΓΕΜΗ κ.λπ. Έκτοτε οποιαδήποτε δικαιοπραξία διενεργούμενη από ή προς τον οφειλέτη με αντικείμενο την πτωχευτική περιουσία θα επλήττετο αυτοδικαίως με τη σχετική υπέρ της ομάδας των πιστωτών ακυρότητα (ανενέργεια).

Στη συζητούμενη περίπτωση που έτυχε να μην έχει κηρυχθεί τοπική πτώχευση είτε διότι δεν μπορούσε (λόγω μη ύπαρξης εγκατάστασης, άρθρο 3 παρ. 2 Καν 1346) είτε διότι δεν ζητήθηκε (από τα πρόσωπα του άρθρου 29 Καν 1346), η αξιολόγηση της συναλλακτικής συμπεριφοράς και η προστασία της καλής πίστης του συναλλασσομένου με τον οφειλέτη δεν μπορεί να είναι διαφορετική. Υπό την έννοια αυτή η παραπομπή, στην οποία προβαίνει ο κανονισμός στο δίκαιο της τοποθεσίας του ακινήτου (του άρθρου 14 Καν 1346) πρέπει να νοηθεί ότι καταλαμβάνει όχι μόνο το αποτέλεσμα (τη στέρηση δηλαδή της εξουσίας διάθεσης – ειδάλλως την ακυρότητά της) αλλά και τους όρους της επέλευσής του (διατυπώσεις δημοσιότητας). Μόνον έτσι: α) καθίσταται δυνατό να παραχθούν τα ίδια αποτελέσματα με εκείνα που ισχύουν για ισοδύναμη εγχώρια διαδικασία αφερεγγυότητας σύμφωνα με το οικείο δίκαιο του κράτους-μέλους, όπου κείται το ακίνητο – κάτι το οποίο ορθώς ο Άρειος Πάγος υπαινίσσεται ότι θα πρέπει να συμβαίνει προκειμένου να προστατεύεται ο καλοπίστως αποκτών τρίτος, β) αποκτά νόημα η παραπομπή του κανονισμού στο δίκαιο του κράτους αυτού, γ) κυριολεκτείται η επιγραφή, την οποία φέρει το εν λόγω άρθρο («Προστασία του αποκτώντος τρίτου») και δ) επιτυγχάνεται ο επιδιωκόμενος σκοπός της περιεχόμενης στο άρθρο αυτό διάταξης, ο οποίος συνίσταται ακριβώς στο ότι ο αποκτών τρίτος είναι υπό προϋποθέσεις προστατευτέος.

6. Ρητή εξ άλλου είναι η πρόνοια του κανονισμού να προστατεύει την καλόπιστη άγνοια οφειλέτη του εν τω μεταξύ υπαχθέντος σε διαδικασία αφερεγγυότητας δανειστή του σε σχέση με το «πριν» και το «μετά» της τήρησης των διατυπώσεων δημοσιότητας: Σύμφωνα με τις διατάξεις του προαναφερθέντος άρθρου 24 Καν, η τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας που θέτει ο κανονισμός στη διάθεση του

συνδίκου, τεκμηριώνει την καλή ή κακή πίστη του προβαίνοντος σε εκπλήρωση παροχής προς τον οφειλέτη, όχι προς τον σύνδικο, που γίνεται σε άλλο κράτος από εκείνο που κήρυξε τη διαδικασία αφερεγγυότητας[30]. Τυχόν επιχείρημα ότι, όπου ήθελε ο κανονισμός να προσδώσει έννομες συνέπειες στην τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας, το εξέφρασε ρητώς (στο άρθρο 24), αποκρούεται από το αντεπιχείρημα ότι η ρητή πρόσδοση συνεπειών στη δημοσιότητα που προβλέπεται στο εν λόγω άρθρο 24 Καν οφείλεται στο ότι ο κανονισμός, προκειμένου να ελέγξει το κύρος της εκπλήρωσης, δεν παραπέμπει σε διαφορετικό από το εφαρμοστέο κατ΄ άρθρο 4 δίκαιο, που θα ήταν εν προκειμένω το «δίκαιο του κράτους της εκπλήρωσης» και που θα διασφάλιζε, υπό τους όρους του, την ελευθέρωση του καλής πίστεως (εκπληρώσαντα πριν από την τήρηση της δημοσιότητας) οφειλέτη από την υποχρέωση επανεκπλήρωσης της παροχής στον σύνδικο.

Εξ άλλου, δεν μπορεί με πειστικότητα να υποστηριχθεί ότι, ενώ ο κανονισμός μεριμνά για τη θεμελίωση της καλής πίστης στην τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας προκειμένου να αποφευχθεί η αμφισβήτηση της εκπλήρωσης της παροχής του οφειλέτη στον ήδη πτωχεύσαντα δανειστή του, όσον αφορά την ανατροπή δικαιοπραξιών με αντικείμενο απείρως σημαντικότερα περιουσιακά στοιχεία που είναι τα ακίνητα, ο κανονισμός θα μπορούσε να έχει διαφορετική αντίληψη: με την ίδια αντίληψη που ο κανονισμός ορίζει ότι ο καλοπίστως καταβαλών στον οφειλέτη πριν από την τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας ελευθερώνεται, με την ίδια αντίληψη και για την ταυτότητα του νομικού λόγου ο κανονισμός εννοεί ότι ο καλοπίστως συναλλαγείς με τον οφειλέτη πριν από την τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας προστατεύεται – οι όροι όμως της προστασίας θα κριθούν σύμφωνα με το πλέγμα των σχετικών διατάξεων που το (εφαρμοστέο) δίκαιο του κράτους εντοπισμού του ακινήτου διαθέτει και στο οποίο (δίκαιο) το άρθρο 14 Καν προς τούτο παραπέμπει.

7. Τέλος, ένα επί πλέον επιχείρημα υπέρ του ότι ο κανονισμός δεν αμφισβητεί άνευ άλλου τις μετά την πτώχευση του οφειλέτη αποκτήσεις στοιχείων της πτωχευτικής περιουσίας ευρισκόμενων σε άλλο κράτος-μέλος από εκείνο της έναρξης της διαδικασίας, μπορεί να αντληθεί και από τη ρύθμιση της πρώτης παραγράφου του άρθρου 20 Καν 1346 που θεσπίζει τον κανόνα της απόδοσης: Προς εξασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των πιστωτών, στην περίπτωση που ο (μη εμπραγμάτως ασφαλισμένος) πιστωτής, ο οποίος μετά την κήρυξη της διαδικασίας αφερεγγυότητας στο κράτος-μέλος έναρξης ικανοποίησε ολικώς ή μερικώς την απαίτησή του – καθ' υπόθεσιν και μεταξύ άλλων – με αναγκαστική εκτέλεση επί στοιχείου της πτωχευτικής περιουσίας του οφειλέτη εντοπιζόμενου σε άλλο κράτος-μέλος, ο κανονισμός δεν αμφισβητεί το κύρος της αναγκαστικής εκποίησης ή την απόκτηση από τον τρίτο, επιβάλλει όμως στον επισπεύδοντα πιστωτή την απόδοση του εισπραχθέντος τιμήματος στον σύνδικο της πτώχευσης. Η καλή ή η κακή πίστη του πιστωτή είναι αδιά-

30 *Μιχαλόπουλος*, ό.π., 215-217.

φορη για την απόδοση, μπορεί όμως να έχει κάποια σημασία για την, διά του συμψηφισμού τους, αναζήτηση των δαπανών που τυχόν έγιναν, προκειμένου να ικανοποιηθεί η απαίτησή του[31].

IV. Τελικές παρατηρήσεις

Η υπ΄ αριθμόν 838/2015 απόφαση του Αρείου Πάγου και τα προεκτεθέντα (υπό III, Β) ενισχυτικά υπέρ αυτής επιχειρήματα που την επενδύουν, ουδόλως σημαίνει ότι θέτουν υπό αμφισβήτηση την άνευ ετέρου αναγνώριση της γερμανικής πτώχευσης και των αποτελεσμάτων της στην Ελλάδα σύμφωνα με τα άρθρα 16 και επόμενα Καν 1346 (μεταξύ των οποίων – αποτελεσμάτων – περιλαμβάνεται και η πτωχευτική απαλλοτρίωση), τα οποία ασφαλώς επέρχονται ανεξαρτήτως των διατυπώσεων δημοσιότητας και του χρόνου τήρησής τους (άρθρα 21 και 22 του κανονισμού σε συνδυασμό προς την υπ΄ αριθμόν 29 εκτίμηση του προοιμίου του). Αντιθέτως, παρακολουθούν με συνέπεια τη λογική του άρθρου 14 Καν 1346 – ότι δηλαδή το κύρος της μεταβίβασης και, συνεπώς, η προστασία του αποκτώντος τρίτου διέπονται, τόσο κατά το αποτέλεσμα όσο και κατά τους όρους επέλευσής του, από το πλέγμα των διατάξεων που στο σύνολό τους παρέχεται από το κατά περίπτωση εφαρμοστέο (και μάλιστα κατά παραπομπή του ίδιου του κανονισμού) δίκαιο του κράτους, στο έδαφος του οποίου εντοπίζεται το ακίνητο, προκειμένου για εκποιητική δικαιοπραξία, η οποία διενεργήθηκε μετά την έναρξη της πτώχευσης που κηρύχθηκε σε (άλλο) κράτος-μέλος, στο έδαφος του οποίου εντοπίζεται το κέντρο των κύριων συμφερόντων του οφειλέτη.

Με αφορμή την προηγηθείσα συζήτηση, οφείλει να παρατηρήσει κανείς ότι και στο παράδειγμα της προστασίας του αποκτώντος τρίτου αναδεικνύονται οι ανεπάρκειες ενός φειδωλού καθεστώτος δημοσιότητας των διαδικασιών αφερεγγυότητας, το οποίο διαχρονικώς επιλέγει να καθιερώνει ο κανονισμός. Η επιλογή του Καν 1346 – δηλαδή η τήρηση των προβλεπόμενων διατυπώσεων δημοσιότητας να μην συνιστά προϋπόθεση για την αναγνώριση της διαδικασίας και των αποτελεσμάτων της – ενδέχεται να εγείρει ζητήματα ασφάλειας καταβολών και συναλλαγών που, καλή τη πίστει, διενεργούνται στα άλλα κράτη-μέλη μετά την κίνηση της διαδικασίας αφερεγγυότητας στο κράτος έναρξης. Η εμμένουσα αυτή προτίμηση του κοινοτικού νομοθέτη μπορεί μεν να εξηγείται ιστορικά για λόγους περιστολής καταχρήσεων και διασφάλισης της καθολικότητας της κύριας διαδικασίας[32], ενδέχεται ωστόσο να προσκρούει στην εύλογη ανάγκη προστασίας της καλόπιστης άγνοιας πιστωτή, οφειλέτη ή τρίτου συναλλασσομένου – περιπτώσεις που ο κανονισμός επιχειρεί να αντιμετω-

31 *Μιχαλόπουλος*, ό.π., 204-205.
32 *Μιχαλόπουλος*, ό.π., 213-214.

πίσει με τις διατάξεις των άρθρων 20 παρ. 1, 24 και 14 (άρθρα 23 παρ. 1, 31 και 17 Καν 848), αντιστοίχως. Την ίδια με την παραπάνω προτίμηση στην απεξάρτηση της αναγνώρισης από την τήρηση της δημοσιότητας εκδηλώνει και ο συντάκτης του Καν 848, προτείνοντας ωστόσο ένα πλέγμα δημοσιεύσεων περισσότερο επεξεργασμένο εκείνου που προβλέπει ο Καν 1346. Με βάση τις ρυθμίσεις των άρθρων 21 και 22 του τελευταίου η δημοσιότητα, στην οποία με πρωτοβουλία του συνδίκου υπόκεινται οι αποφάσεις περί ενάρξεως της (κύριας ή δευτερεύουσας) διαδικασίας αφερεγγυότητας και διορισμού συνδίκου σε όλα τα κράτη-μέλη, είναι προαιρετική, εκτός αν επιβάλλεται ως υποχρεωτική από κράτος-μέλος, στο έδαφος του οποίου ο οφειλέτης διατηρεί εγκατάσταση (άρθρο 21). Το ίδιο προαιρετική είναι και η δημοσιότητα, στην οποίαν υπόκειται η εναρκτήρια της κύριας διαδικασίας απόφαση σε δημόσια βιβλία που τηρούνται στα άλλα κράτη-μέλη (βιβλία μεταγραφών, εμπορικά μητρώα), εκτός αν κάποιο κράτος επιβάλλει τη σχετική δημοσίευση ως υποχρεωτική (άρθρο 22). Ο κανόνας συνεπώς σε κάθε περίπτωση είναι η προαιρετική δημοσιότητα της διαδικασίας στα άλλα κράτη-μέλη, ο δε υποχρεωτικός χαρακτήρας της συνιστά την εξαίρεση. Με βάση τις νέες ρυθμίσεις του Καν 848 που θα ισχύσουν, επιδιώκεται η αναβάθμιση του καθεστώτος δημοσιότητας: α) με την ήδη σημειωθείσα δημιουργία ενδοκοινοτικώς διασυνδεδεμένων μεταξύ τους εθνικών ηλεκτρονικών «μητρώων αφερεγγυότητας», στα οποία θα δημοσιεύονται «υποχρεωτικές πληροφορίες» σχετικά με πτωχευτικές διαδικασίες «το συντομότερο δυνατόν» μετά την έναρξή τους (άρθρα 24 έως και 27, 92), σε συνδυασμό β) με τη νεοεισαγόμενη, παιδευτικής αξίας, υποχρέωση των κρατών-μελών να παρέχουν σύντομη περιγραφή της εθνικής πτωχευτικής νομοθεσίας προκειμένου να τίθεται διά μέσου του ευρωπαϊκού δικαστικού δικτύου στη διάθεση του κοινού (άρθρο 86)[33], γ) με την δημοσίευση («προς το συμφέρον των συναλλαγών»[34]) της εναρκτήριας απόφασης και εκείνης περί διορισμού συνδίκου σε άλλα κράτη-μέλη – υποχρεωτικώς στο ή τα κράτη εγκατάστασης του οφειλέτη, δυνητικώς σε κάθε άλλο κράτος στο οποίο ο σύνδικος ή ο οφειλέτης «κρίνει ότι αυτό είναι απαραίτητο» (άρθρο 28). Απαραίτητο δε θα πρέπει αυτονοήτως να είναι, όταν στο ή τα άλλα κράτη-μέλη ο οφειλέτης διαθέτει πτωχευτική περιουσία, ιδίως ακίνητη. Στην περίπτωση αυτή, η τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας της διαδικασίας αφερεγγυότητας στα (άλλα) κράτη εντοπισμού ακίνητης πτωχευτικής περιουσίας του οφειλέτη θα έπρεπε, κατά την άποψή μας, να είναι εξίσου υποχρεωτική, όπως είναι υποχρεωτική προκειμένου για την τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας στο κράτος της εγκατάστασής του. Υποχρεωτική ωστόσο καθίσταται μόνο στην περίπτωση που δ) εάν, σύμφωνα με το δί-

33 Τα υπό (α) και (β) συνιστούν ένα απαραίτητο "maillage national et européen des procédures d'insolvabilité" που εγγυάται, μεταξύ άλλων, την ασφαλή πληροφόρηση των πιστωτών ιδίως σε ζητήματα έναρξης και λήξης του χρόνου αναγγελίας των απαιτήσεών τους ή προθεσμιών για την προσβολή αποφάσεων που εκδίδονται από τα εθνικά δικαστήρια, *Henry*, ό.π., 986.

34 Υπ΄αριθμόν 75 εκτίμηση του προοιμίου Καν 848, όμοια με την αντίστοιχη υπ΄ αριθμόν 29 εκτίμηση του Καν 1346.

καιο του (άλλου) κράτους εντοπισμού ακίνητης περιουσίας του οφειλέτη, επιβάλλεται να καταχωρείται σε δημόσιο μητρώο (κτηματολόγιο, μητρώο εταιριών) η απόφαση περί ενάρξεως της πτωχευτικής διαδικασίας και διορισμού του συνδίκου, ο σύνδικος ή ο οφειλέτης «λαμβάνει κάθε αναγκαίο μέτρο» προκειμένου να καταχωρούνται στο δημόσιο μητρώο οι πληροφορίες αυτές (άρθρο 29). Το εάν η βελτιωμένη αυτή εκδοχή δημοσιότητας της διαδικασίας αφερεγγυότητας θα συντελέσει στην άρση τυχόν αμφισβητήσεων του κύρους συναλλαγών, όπως αυτή που απησχόλησε την ελληνική νομολογία, μάλλον θα διαπιστωθεί κατά την επόμενη αξιολόγηση ζητημάτων εφαρμογής του νέου κανονισμού σύμφωνα με την προβλεπόμενη στο άρθρο 90 ρήτρα αναθεώρησης.