

Οδηγία 2001/24/ΕΚ για την εξυγίανση και την εκκαθάριση των πιστωτικών ιδρυμάτων

Ελίνα Ν. Μουσταίρα
Επίκ. Καθηγήτρια
Τμήματος Νομικής Πανεπιστημίου Αθηνών

1. Εισαγωγικά σχόλια

Τις τελευταίες δύο δεκαετίες, η απορύθμιση (*deregulation*) των εθνικών και διεθνών τραπεζικών συναλλαγών, καθώς και η ανάπτυξη εθνικών και διεθνών κεφαλαιαγορών, είχε σημαντικές συνέπειες για την τραπεζική δραστηριότητα¹. Οι κεφαλαιαγορές απομακρύνουν δανειστές και καταθέτες από τις τράπεζες, αναγκάζοντας αυτές τις τελευταίες να αναπτύξουν επίσης χρηματοδοτικές υπηρεσίες, αλλά και να συμπληρώσουν τα κεφάλαιά τους, τα οποία στο παρελθόν σχηματίζονταν από τις καταθέσεις των πελατών, με χρήμα προερχόμενο από κεφαλαιαγορές.

Οι εξελίξεις αυτές απαιτούν επανεξέταση του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τα πιστωτικά ιδρύματα και την εποπτεία τους, ούτως ώστε να διασφαλίζεται προστασία από ενδεχόμενο «συστημικό κίνδυνο» (*systemic risk*), τον κίνδυνο², δηλαδή, η κατάρρευση ενός ή περισσότερων πιστωτικών ιδρυμάτων να πυροδοτήσει μια κρίση εμπιστοσύνης στο τραπεζικό σύστημα συνολικά, είτε εθνικά είτε διεθνώς. Ο κίνδυνος αυτός, όπως τονίζεται, μπορεί να υλοποιηθεί διπλώς: είτε ως κίνδυνος μεταδόσεως (*risk of contagion*) είτε ως κίνδυνος ελλείψεως ρευστότητας (*risk of illiquidity*).

Ο λόγος που έχει δημιουργηθεί τέτοιος κίνδυνος για τις τράπεζες θεωρείται ότι είναι ο εξής: Έχουν παίξει αυτές σημαντικότατο ρόλο στην άνευ προηγουμένου ανάπτυξη της διασυνωριακής ροής κεφαλαίων, ιδιαιτέρως δε σε αναπτυσσόμενες αγορές. Η εξέλιξη αυτή είχε ως αποτέλεσμα τον άμεσο συσχετισμό εθνικών οικονομιών, τρομερή αύξηση των διεθνών επενδύσεων και της καταναλώσεως, και άρα και ενίσχυση του διεθνούς εμπορίου. Στη συνέχεια, όμως, η επέκταση αυτή των διεθνών τραπεζικών δραστηριοτήτων, διευκόλυνε τη διάχυση διεθνώς, των τοπικών χρηματοδοτικών προβλημάτων, μέσω του διεθνούς νομισματικού συστήματος³.

¹ Όπως αναφέρει και η *E. Hüpkens*, *Insolvency – why a special regime for banks?*, in: *Current Developments in Monetary and Financial Law* (International Monetary Fund ed., Jan. 21, 2003), www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/hupkes.pdf, μια μελέτη του 1995 από το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο, κατέδειξε ότι σχεδόν τα τρία τέταρτα από τα κράτη μέλη του είχαν «σημαντικά» προβλήματα στον τραπεζικό τομέα, μεταξύ 1980 και 1996.

² Κατά την *R.M. Lastra*, *Cross-Border Bank Insolvency: Legal Implications in the case of Banks Operating in Different Jurisdictions in Latin America*, *J.Int.Econ.L.* 2003, 79, 84, μια «κρίση συστήματος» (*system crisis*), μια γενικευμένη δηλαδή τραπεζική κρίση, αντιμετωπίζεται από τις επιτηρούσες αρχές διαφορετικά από ότι μια εξατομικευμένη τραπεζική κατάρρευση εντός μιας υγιούς οικονομίας. Σημειώνει δε, ότι η αντιμετώπιση αυτή μπορεί να είναι, είτε σε ατομική βάση, με έναν συνδυασμό, κατά περίπτωση, στρατηγικών, είτε μια καθολική στρατηγική για όλα τα πιστωτικά ιδρύματα σε κρίση.

³ Βλ. και *A. Wilmarth, Jr.* *Controlling Systemic Risk in an Era of Financial Consolidation*, in: *Current Developments in Monetary and Financial Law* (International Monetary Fund ed., Sept. 4, 2002), www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/wilmar.pdf, ο οποίος, αναφερόμενος στη κρίση του αμερικανικού τραπεζικού τομέα, σημειώνει ότι η άμεση σύνδεση μεταξύ τραπεζικής επεκτάσεως και αυξημένου κινδύνου δεν αποτελεί αποκλειστικά αμερικανικό φαινόμενο. Μελέτη πρόσφατη κατέδειξε ότι οι μεγαλύτερες τράπεζες σε 21

Όπως σημειώνεται, στην περίπτωση μιας τραπεζικής κρίσεως, η έλλειψη ρευστότητας συνεπάγεται καμπή στην παροχή πιστώσεων (*credit crunch*), με άμεση συνέπεια την αύξηση του κόστους χρηματοδότησεως για τις επιχειρήσεις. Το γεγονός αυτό με τη σειρά του έχει αναπόφευκτα επιπτώσεις στην οικονομική ανάπτυξη⁴.

Υποστηρίζεται από κάποιους ότι στο μέλλον ο κίνδυνος των τραπεζικών καταρρεύσεων θα μειωθεί σημαντικά, δεδομένου ότι όλο και περισσότερο τα τραπεζικά δάνεια αντικαθίστανται από ομόλογα (*bonds*). Σύμφωνα με την άποψη αυτή, το (απειλητικό) ενδεχόμενο υπερημερίας των κρατών αναφορικά με τα ομόλογα τα οποία εκδίδουν, δεν δημιουργεί τον ίδιο συστημικό κίνδυνο με το ενδεχόμενο των τραπεζικών καταρρεύσεων⁵.

Γεγονός όμως είναι ότι, προκειμένου να δημιουργηθεί και να διατηρηθεί η εμπιστοσύνη τοπικών και διεθνών επενδυτών, απαιτείται ένα αξιόπιστο ρυθμιστικό καθεστώς για τη λειτουργία και εποπτεία των πιστωτικών ιδρυμάτων, την ενίσχυσή τους σε περίπτωση κρίσεως αλλά και την «απομάκρυνσή» τους από το χρηματοδοτικό σύστημα, εφόσον δεν υπάρχει ενδεχόμενο σωτηρίας τους⁶.

2. Γενικά περί της αφερεγγυότητας πιστωτικών ιδρυμάτων και των προσπαθειών αντιμετώπισής της

Δεν υπάρχει ανά τον κόσμο μια ομοιόμορφη προσέγγιση, όσον αφορά στο ζήτημα της ρυθμίσεως της αφερεγγυότητας πιστωτικών ιδρυμάτων.

Όσοι υποστηρίζουν ότι οι τράπεζες θα πρέπει να απολαύουν ειδικής μεταχειρίσεως σε περίπτωση αφερεγγυότητας, δικαιολογούν την άποψή τους αυτή, λέγοντας ότι οι τράπεζες παίζουν ιδιαίτερο ρόλο στην οικονομία ενός κράτους, ώστε αποτελούν ένα είδος δημόσιας υπηρεσίας. Τρεις είναι οι βασικές χαρακτηριστικές λειτουργίες των τραπεζών. Πρώτον, έχουν υποχρεώσεις υψηλής ρευστότητας υπό τη μορφή καταθέσεων, οι οποίες είναι πληρωτέες άμεσα μόλις το ζητήσουν οι καταθέτες. Δεύτερον, εκτελούν οικονομικές υπηρεσίες θεμελιώδεις για τη λειτουργία μιας οικονομίας, όπως παράταση πιστώσεων, λήψη καταθέσεων, και πληρωμές. Παραμένουν η πρωταρχική πηγή ρευστού για τους περισσότερους χρηματοδοτικούς και μη χρηματοδοτικούς οργανισμούς. Τρίτον, αποτελούν τον «ιμάντα μεταφοράς» για τη νομισματική πολιτική, δηλαδή τον σύνδεσμο μεταξύ νομισματικής πολιτικής και οικονομίας. Παρ'ότι δε και μη τραπεζικοί χρηματοδοτικοί οργανισμοί μπορεί να εκτελούν κάποια από τις ανωτέρω λειτουργίες, μόνον οι τράπεζες εκτελούν και τις τρεις⁷.

Ο ρόλος τους ακριβώς αυτός, τις καθιστά ευάλωτες στην απώλεια της δημόσιας εμπιστοσύνης, η ενδεχόμενη δε κατάρρευσή τους έχει συνέπειες για το οικονομικό σύστημα ως όλον. Στο παρελθόν ήσαν σπάνιες οι περιπτώσεις αφερεγγυότητας πιστωτικών ιδρυμάτων, λόγω του ότι επενέβαινε δραστικά το

ανεπτυγμένα κράτη, συμπεριλαμβανομένων των ΗΠΑ, ενεπλάκησαν σε περισσότερο επικίνδυνες δραστηριότητες και αντιμετώπισαν μεγαλύτερες πιθανότητες να καταστούν αφερέγγυες, κατά το διάστημα 1988-1998.

⁴ J.-P. Deguee, *The Winding Up Directive Finally Establishes Uniform Private International Law for Banking Insolvency Proceedings*, [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 99, 104.

⁵ S.L. Schwarcz, *Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach*, 85 *Cornell L.Rev.* 956, 994-995 (2000).

⁶ K.K. Mwenda, *Legal Aspects of Bank Insolvency in Zambia*, *J.Int.Bank.L.R.* 2003, 247, 250.

⁷ E. Hüpkes, in: *Current Developments in Monetary and Financial Law* (βλ. σημ. 1), 3-4.

ίδιο το κράτος, και ως ιδιοκτήτης και ως παροχέας κατεπείγουσας ανάγκης κεφαλαίων. Πλέον όμως, παρουσιάζεται σε πολλές περιπτώσεις, άμεσος ο κίνδυνος καταρρεύσεως αυτών και, κατά συνέπεια, αδήριτη η ανάγκη αντιμετώπισεως αυτής της καταστάσεως.

Ειδικά ως προς τις δικαιικές ρυθμίσεις της αφερεγγυότητας αυτών, λοιπόν, παρουσιάζονται ως δυνατές, διάφορες εναλλακτικές λύσεις⁸.

Πρώτον, είναι δυνατόν να θεσπισθεί ειδικό δίκαιο αφερεγγυότητας για τα πιστωτικά ιδρύματα. Τέτοια είναι η περίπτωση των ΗΠΑ, όπου κανόνες για την αντιμετώπιση της αφερεγγυότητας τραπεζών με ασφαλισμένες καταθέσεις, περιλαμβάνονται στον Ομοσπονδιακό Νόμο περί Ασφαλίσεως Καταθέσεων (*Federal Deposit Insurance Act*). Τα κριτήρια είναι, μεταξύ άλλων, η ανεπάρκεια κεφαλαίων, η έλλειψη ρευστότητας, οι παράνομες ενέργειες (12 U.S.C. § 1821(c)(5)). Η σαφέστερη και περισσότερο χρησιμοποιούμενη βάση για το κλείσιμο τράπεζας κατά το δίκαιο των ΗΠΑ, είναι η μείωση κεφαλαίων σε βαθμό που να ισούνται με 2% ή λιγότερο, των συνολικών περιουσιακών στοιχείων. Τότε λαμβάνονται αναγκαστικά μέτρα, κατά την «άμεση διορθωτική ενέργεια» (*prompt corrective action*), η οποία υιοθετήθηκε το 1991, ως τμήμα του Ομοσπονδιακού Νόμου περί Βελτιώσεως της Ασφαλίσεως Καταθέσεων Εταιριών (*Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act*).

Δεύτερον, είναι δυνατή η ένταξη ειδικών ρυθμίσεων για την αφερεγγυότητα τραπεζών στο γενικό τραπεζικό δίκαιο του κάθε κράτους. Για παράδειγμα, το βελγικό τραπεζικό δίκαιο περιέχει ειδικές διατάξεις για την αποφυγή αφερεγγυότητας των πιστωτικών ιδρυμάτων (άρθρο 29 του νόμου για το νομικό καθεστώς και την εποπτεία πιστωτικών ιδρυμάτων, της 22.3.1993), τα δε τραπεζικά δίκαια της Αυστρίας, Γερμανίας και Λουξεμβούργου αναγνωρίζουν δικαίωμα αιτήσεως να κηρυχθεί σε κατάσταση αφερεγγυότητας πιστωτικό ίδρυμα, μόνον στον οργανισμό που ασκεί τραπεζική εποπτεία

Τρίτον, μπορεί να εφαρμόζεται το γενικό δίκαιο αφερεγγυότητας εταιριών, στο οποίο να προβλέπονται και κάποιοι ειδικοί κανόνες για τα πιστωτικά ιδρύματα, χωρίς όμως αυτό να κρίνεται πάντοτε ως αναγκαίο. Για παράδειγμα, το ιταλικό τραπεζικό δίκαιο περιέχει κάποιους ειδικούς κανόνες για την αφερεγγυότητα πιστωτικών ιδρυμάτων, συγχρόνως όμως συνεχίζουν να εφαρμόζονται οι διατάξεις του δικαίου αφερεγγυότητας, «εφόσον είναι συμβατές», σε ζητήματα μη καλυπτόμενα ρητά από το τραπεζικό δίκαιο (άρθρο 80 (6) του γενικού τραπεζικού νόμου του 1993). Κατά το ελληνικό δίκαιο, είναι δυνατή η πτώχευση τραπεζικών ανώνυμων εταιριών (ν. 2076/1992). Δεν μπορούν όμως να συνάψουν τη συμφωνία του άρθρου 44 ή να υπαχθούν στην επιτροπεία του άρθρου 45, λόγω του ότι ο έλεγχος της φερεγγυότητας των πιστωτικών ιδρυμάτων ανήκει στην Τράπεζα της Ελλάδας (άρθρο 19 ν. 2076/1992)⁹, με απόφαση της οποίας μπορούν να τεθούν σε εκκαθάριση, υπό ορισμένες προϋποθέσεις. Από τη στιγμή που θα τεθούν σε εκκαθάριση δεν δύνανται να κηρυχθούν σε πτώχευση, ενώ οι τυχόν αρξάμενες πτωχευτικές διαδικασίες αναστέλλονται (άρθρο 9 παρ. 5 του α.ν.

⁸ A. Campbell, *Issues in Cross-Border Bank Insolvency: The European Community Directive on the Reorganization and Winding-Up of Credit Institutions* (International Monetary Fund, ed., Febr. 3, 2003), 8, www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/campb.pdf.

⁹ Βλ. και Λ. Κοσίρη/Ρ. Χατζηνικολάου-Αγγελίδου, *Δίκαιο εξυγίανσης και εκκαθάρισης προβληματικών επιχειρήσεων*, 2^η έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2002, 27.

1665/1951 περί λειτουργίας και ελέγχου των τραπεζών)¹⁰. Κατά το δίκαιο του Ηνωμένου Βασιλείου, οι τράπεζες αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο όπως και οποιαδήποτε άλλη εταιρία, άρα εφαρμόζεται και σε αυτές ο νόμος περί αφερεγγυότητας εταιριών. Πολύ συχνά εξάλλου, διαπιστώνεται σιωπή του νόμου σχετικά με το κατά πόσον το γενικό δίκαιο περί αφερεγγυότητας εφαρμόζεται στα πιστωτικά ιδρύματα.

Από την άλλη πλευρά, δύο είναι τα βασικά μοντέλα όσον αφορά τη διαδικασία που στην πράξη ακολουθείται.

Σύμφωνα με το πρώτο μοντέλο, προβλέπεται μια ειδική διαδικασία τραπεζικής αφερεγγυότητας, της οποίας διαδικασίας προϊστάται ο «ρυθμιστής-επόπτης» (*regulator*) ή η υπηρεσία προστασίας καταθέσεων. Το μοντέλο αυτό ακολουθούν, μεταξύ άλλων, οι ΗΠΑ, ο Καναδάς, η Ιταλία. Σε ένα τέτοιο ρυθμιστικό πλαίσιο, μια τράπεζα ορίζεται ως αφερέγγυα, όταν η εποπτεύουσα αρχή λέει ότι είναι αφερέγγυα. Η εποπτεύουσα αρχή, εξάλλου, έχει το δικαίωμα αιτήσεως κηρύξεως μιας τράπεζας σε αφερεγγυότητα. Θεωρείται ότι η πρόκληση για τους αρχιτέκτονες ενός ειδικού για την αφερεγγυότητα τραπεζών πλαισίου, είναι να συμβιβάσουν τους διαφορετικούς στόχους του τραπεζικού δικαίου και του δικαίου αφερεγγυότητας. Επισημαίνεται δε ότι, ενώ ο σύνδικος μιας πτωχεύσασας εταιρίας επιδιώκει τη μεγιστοποίηση της περιουσίας προς το συμφέρον των πιστωτών, ο βασικός στόχος του συνδίκου μιας τράπεζας που κατέρρευσε, είναι η ελαχιστοποίηση των συνεπειών αυτής της καταρρεύσεως στο συνολικό τραπεζικό σύστημα¹¹.

Σύμφωνα με το δεύτερο μοντέλο, το οποίο επικρατεί στα περισσότερα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, υιοθετούνται διαδικασίες δικαστικές¹². Το επιχείρημα που συχνά στηρίζει το δεύτερο αυτό μοντέλο, είναι ότι, αφού μια αφερέγγυα τράπεζα δεν μπορεί πλέον να ασκεί τραπεζικές δραστηριότητες, δεν είναι πλέον τράπεζα, άρα θα πρέπει να αντιμετωπίζεται όπως οποιαδήποτε άλλη εταιρία σε κατάσταση αφερεγγυότητας. Επειδή στην Ευρώπη, εξάλλου, η διεξαγωγή διαδικασιών αφερεγγυότητας αποτελεί παραδοσιακά δικαστική λειτουργία, υπάρχει πάντα κάποια απροθυμία μεταβίβασης ορισμένων από αυτές τις «δικαστικές» λειτουργίες στην εποπτεύουσα αρχή των τραπεζών¹³.

Κατά το γαλλικό δίκαιο, αναγνωρίζεται πλέον συναρμοδιότητα της τραπεζικής και της δικαστικής αρχής, στην αφερεγγυότητα πιστωτικών ιδρυμάτων (καθώς και των εταιριών επενδύσεως), μετά την έκδοση του νόμου της 25.6.1999 για την αποταμίευση και τη χρηματοοικονομική ασφάλεια (*Loi relative à l'épargne et à la sécurité financière*) και του διατάγματος της 26.12.2000. Έτσι, για την έναρξη δικαστικής ανορθώσεως (*redressement judiciaire*) ή εκκαθάρισεως πιστωτικών ιδρυμάτων απαιτείται η προηγούμενη γνώμη της Τραπεζικής Επιτροπής (*Commission bancaire*), η οποία θεωρείται

¹⁰ Βλ. και Λ. Κοτσίρη, *Πτωχευτικό δίκαιο*, 6^η έκδ.επαυξ., Θεσσαλονίκη 1998, 144, Κ. Μποτόπουλου, Η εκκαθάριση των Τραπεζών: ένας ατελής θεσμός, *ΔΕΕ* 7 (1996) 675, 679, Γ. Βελέντζα, Εξυγίανση – εκκαθάριση πιστωτικού ιδρύματος. Με βάση Τροποποιημένη Πρόταση Οδηγίας και νομοθετικές διατάξεις του ισχύοντος ελληνικού τραπεζικού δικαίου, *in: Σύγχρονα προβλήματα του πτωχευτικού δικαίου και προτάσεις νομοθετικής ρυθμίσεως*, Αθήνα-Κομοτηνή 1998, 165, 172.

¹¹ E. Hüpkas, *in: Current Developments in Monetary and Financial Law*, (βλ. σημ. 1), 10-12.

¹² E. Hüpkas, *Dealing with Distressed Banks - Some Insights from Switzerland*, *Int.J.Bank.L.* R. 2002, 151, 154.

¹³ E. Hüpkas, *in: Current Developments in Monetary and Financial Law*, (βλ. σημ. 1), 13.

ως η μόνη αρμόδια να κρίνει πότε πράγματι επήλθε – η επαρισθεύσει με τον νόμο του 1999 – παύση πληρωμών¹⁴.

Όλες αυτές οι διαφορές στο ζήτημα της αντιμετώπισης από τα κράτη της αφερεγγυότητας των πιστωτικών ιδρυμάτων, καθιστούν πολύ δύσκολη, έως αδύνατη, την εναρμόνιση σε διεθνές επίπεδο των σχετικών εθνικών ρυθμίσεων, τουλάχιστον στο άμεσο μέλλον.

3. Ιστορικό των εργασιών για τη θέσπιση της Οδηγίας

Οι σχετικές εργασίες είχαν ξεκινήσει ήδη στο πλαίσιο του Συμβουλίου, ήδη από το 1978, λίγο μετά την έναρξη ισχύος της Πρώτης Τραπεζικής Οδηγίας (77/780/ΕΟΚ)¹⁵. Για πολλούς λόγους, η πρόοδος των εργασιών αυτών, ώστε να συνταχθεί ένα σχέδιο προτάσεως, ήταν πολύ αργή, με αποτέλεσμα η Οδηγία να εκδοθεί τον Απρίλιο του 2001 και να τεθεί ως προθεσμία θέσεώς της σε εφαρμογή από τα κράτη μέλη, η 5^η Μαΐου 2004.

Η Οδηγία αυτή, αντίθετα από ότι συμβαίνει με τον Κανονισμό 1346/2000 για τις διαδικασίες αφερεγγυότητας, ενοποιεί τους κανόνες διεθνούς δικαιοδοσίας και τους κανόνες συγκρούσεως, αναφορικά με τη «διεθνούς χαρακτήρα» αφερεγγυότητα πιστωτικών ιδρυμάτων. Αποκλείει, δηλαδή, τη δυνατότητα κηρύξεως δευτερεύουσας διαδικασίας σε άλλο κράτος από εκείνο στο οποίο κηρύσσεται κύρια διαδικασία, καθιερώνοντας έτσι απολύτως την ενότητα και την καθολικότητα μιας διαδικασίας αφερεγγυότητας πιστωτικού ιδρύματος στον χώρο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως¹⁶. Το χαρακτηριστικό αυτό, υποστηρίζεται ότι καθιστά την Οδηγία σαφώς πιο σύγχρονη και αποτελεσματική από τον Κανονισμό¹⁷. Θα πρέπει να αναφερθεί, βέβαια, ότι δεν ήταν καθόλου αυτονόητη η συμφωνία επ' αυτού του θέματος, της καθολικότητας δηλαδή της διαδικασίας αφερεγγυότητας. Υπήρχε εξ αρχής διαφωνία μεταξύ Βορρά και Νότου: η Γερμανία και τα σκανδιναυικά κράτη επιχειρηματολόγούσαν υπέρ μιας μετριασμένης καθολικότητας, η οποία θα επέτρεπε την κήρυξη και παράλληλων, δευτερευουσών διαδικασιών αφερεγγυότητας σε ορισμένες περιπτώσεις, ενώ τα κράτη του Νότου ήσαν απολύτως υπέρ της «αυστηρής» προσεγγίσεως, δηλαδή της απόλυτης καθολικότητας.

Καθιερώνοντας, λοιπόν, την αρχή της καθολικότητας, αναγνώρισε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ότι ήταν αναγκαίο να διέπονται όλες οι σχετικές με την αφερεγγυότητα διαδικασίες, και η πτωχευτική αλλά και η διαδικασία αναδιοργανώσεως/εξυγιάνσεως, από το δίκαιο του κράτους καταγωγής του

¹⁴ Βλ. και *M. Bouregghda*, La consécration du particularisme des faillites financières. Décret no 2000-1307 du 26 décembre 2000, *JCP – La Semaine Juridique Edition Générale* 2001, 525, 526, που τονίζει ότι ο νόμος του 1999 και το διάταγμα του 2000 αναγνώρισαν την ιδιαιτερότητα των χρηματοοικονομικών επιχειρήσεων, κρατώντας τις όμως στο πεδίο εφαρμογής του κοινού για όλες τις επιχειρήσεις δικαίου, το οποίο δίκαιο υφίσταται ακόμα μια φορά τις «διαβρωτικές συνέπειες» των ειδικών για τις χρηματοοικονομικές δραστηριότητες. Έτσι, ο νόμος της 25.1.1985, όπως έχει τροποποιηθεί, είναι πάντα εφαρμοστέος σε αυτές τις επιχειρήσεις, έστω και αν τα αποκλίνοντα μέτρα καθίστανται όλο και πιο πολυάριθμα.

¹⁵ *E. Galanti*, The New EC Law on Bank Crisis, *Int. Insolv. Rev.* 2002, 49.

¹⁶ Ακολουθείται δηλαδή η λεγόμενη προσέγγιση ενιαίας [μοναδικής] οντότητας (*single entity approach*) ή «ενιαίου διαβατηρίου» (*single passport*): Σύμφωνα με την προσέγγιση αυτήν, ένα πιστωτικό ίδρυμα που έλαβε άδεια λειτουργίας σε ένα κράτος μέλος, μπορεί να ασκήσει επιχειρηματική δραστηριότητα και να ιδρύσει υποκαταστήματα οπουδήποτε εντός της ΕΕ, χωρίς να χρειάζεται περαιτέρω σχετική άδεια.

¹⁷ *C.G. Paulus*, Banken und Insolvenz – eine internationale Betrachtung, *ZBB* 2002, 492, 497.

πιστωτικού ιδρύματος. Προφανώς, δεν εναρμονίζει η Οδηγία τα μέτρα αναδιοργανώσεως πιστωτικών ιδρυμάτων. Παραμένει στη δικαιοδοσία των εθνικών δικαίων ο καθορισμός του είδους αυτών: αν, π.χ., είναι διοικητικά ή δικαστικά¹⁸. Υπάρχουν τόσο πολλές και τόσο σημαντικές διαφορές μεταξύ των νομικών πλαισίων που θέτει το δίκαιο του κάθε κράτους μέλους για τις διαδικασίες αναδιοργανώσεως, ώστε θεωρήθηκε αδύνατη η εναρμόνιση αυτών. Αρκέστηκαν οι συντάκτες της Οδηγίας να καθιερώσουν την αμοιβαία αναγνώριση των διαδικασιών αυτών από τα κράτη μέλη¹⁹.

Σημαντικότεροι εξάλλου θα πρέπει να θεωρηθούν οι ορισμοί των «μέτρων εξυγιάνσεως» και των «διαδικασιών εκκαθάρισεως» που περιλαμβάνει η Οδηγία στο άρθρο 2 και στο Προοίμιο, αρ. 7-9.

Τα μέτρα εξυγιάνσεως έχουν ως σκοπό «να διαφυλάξουν ή να αποκαταστήσουν την οικονομική κατάσταση πιστωτικού ιδρύματος» και είναι δυνατόν να θίξουν προϋπάρχοντα δικαιώματα τρίτων». Σκοπός ακριβώς του ορισμού αυτού είναι να καθορισθούν τα όρια μεταξύ μέτρων εξυγιάνσεως και εποπτικών παρεμβάσεων, τα οποία τελευταία, να μην στοχεύουν στην πρόληψη χειροτερεύσεως της οικονομικής καταστάσεως πιστωτικού ιδρύματος, δεν μπορούν όμως να θεωρηθούν ως μέτρα διαχειρίσεως κρίσεων.

Ως διαδικασίες εκκαθάρισεως, εξάλλου, ορίζονται «οι συλλογικές διαδικασίες τις οποίες κινούν και ελέγχουν οι διοικητικές ή δικαστικές αρχές κράτους μέλους με σκοπό τη ρευστοποίηση περιουσιακών στοιχείων υπό την εποπτεία των αρχών αυτών, ακόμη και όταν η διαδικασία αυτή περατώνεται με πτωχευτικό συμβιβασμό ή άλλο ανάλογο μέτρο».

4. Πεδίο εφαρμογής

Στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας αυτής, εντάσσονται μόνον πιστωτικά ιδρύματα που καλύπτουν τον ορισμό που θέτει η Οδηγία 2000/12/EK, σχετικά με την ανάληψη και την άσκηση δραστηριότητας πιστωτικών ιδρυμάτων. Ορίζεται, λοιπόν, στο άρθρο 1 (1) εκείνης της Οδηγίας ότι «πιστωτικό ίδρυμα» είναι μια «επιχείρηση, της οποίας η δραστηριότητα συνίσταται στην αποδοχή καταθέσεων ή άλλων επιστρεπτέων κεφαλαίων από το κοινό και στη χορήγηση πιστώσεων για ίδιο λογαριασμό». Συνέπεια αυτού είναι ότι, επιχείρηση που προσδιορίζεται ως «πιστωτικό ίδρυμα» με βάση ορισμό εθνικού δικαίου κάποιου κράτους μέλους, ορισμό ενδεχομένως ευρύτερο του ανωτέρω, θα υπάγεται, εφόσον ξεκινήσει διαδικασία αφερεγγυότητας επ'αυτής, στον Κανονισμό 1346/2000 και όχι στην εξεταζόμενη εδώ Οδηγία. Επίσης, αποκλείεται η εφαρμογή της Οδηγίας στις κεντρικές τράπεζες των κρατών μελών καθώς και σε ορισμένους άλλους χρηματοδοτικούς οργανισμούς, ρητά οριζόμενους στο άρθρο 2 (3) της ενιαίας Οδηγίας του 2000. Για την Ελλάδα ειδικότερα, εξαιρούνται από την εφαρμογή της, η Ελληνική Τράπεζα Βιομηχανικής Αναπτύξεως, το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων και το Ταχυδρομικό Ταμιευτήριο.

Κατ'αρχήν, λοιπόν, εφαρμόζεται στα πιστωτικά ιδρύματα και τα υποκαταστήματά τους που έχουν συσταθεί σε κράτος μέλος διάφορο του κράτους μέλους της καταστατικής έδρας τους (άρθρο 1 παρ. 1).

¹⁸ J.-P. Deguee, [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 102.

¹⁹ Βλ. και A. Campbell, in: *Current Developments in Monetary and Financial Law* (βλ. σημ. 8), 17.

Εφαρμόζεται η Οδηγία και σε υποκαταστήματα πιστωτικού ιδρύματος με έδρα εκτός της ΕΕ, υπό την προϋπόθεση ότι το πιστωτικό αυτό ίδρυμα έχει υποκαταστήματα σε δύο τουλάχιστον κράτη μέλη της Κοινότητας (άρθρο 1 παρ. 2).

Όπως σημειώνεται, η δυνατότητα αυτή επεκτείνει σημαντικά τις συνέπειες της Οδηγίας, λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι π.χ. πολλές αμερικανικές τράπεζες ασκούν τις δραστηριότητές τους μέσω υποκαταστημάτων; σε περισσότερα από δύο κράτη μέλη²⁰. Βεβαίως, η ρύθμιση αυτή δεν είναι χωρίς προβλήματα. Στο Προοίμιο (αρ. 22) αναφέρεται ότι: «Όταν πιστωτικό ίδρυμα, που έχει την έδρα του εκτός της Κοινότητας, διαθέτει υποκαταστήματα σε πολλά κράτη μέλη, κάθε υποκατάστημα τυγχάνει, όσον αφορά την εφαρμογή της παρούσας οδηγίας, εξατομικευμένης μεταχειρίσεως».

Προκειμένου να ισχύει και σε αυτή την περίπτωση η αρχή της καθολικότητας, θα έπρεπε να επιτρέπεται η έναρξη μόνον μίας διαδικασίας. Το ζήτημα αυτό προκάλεσε πολλές συζητήσεις, αλλά δεν κατέστη δυνατή μια συμφωνία ως προς το πώς θα μπορούσε αυτό να επιτευχθεί. Όπως σημειώνεται, η τελικώς υιοθετηθείσα από την Οδηγία προσέγγιση, δηλαδή η μη εφαρμογή της αρχής της καθολικότητας σε αυτές τις περιπτώσεις, αντανακλά τις δυσχέρειες που ανακύπτουν σχετικά. Οπότε, σύμφωνα με την Οδηγία, όταν ένα πιστωτικό ίδρυμα με έδρα εκτός της Κοινότητας, έχει υποκαταστήματα σε δύο ή περισσότερα κράτη μέλη αυτής, θα πρέπει να ξεκινήσουν ξεχωριστές διαδικασίες αφερεγγυότητας στο καθένα από αυτά²¹. Ορίζεται βέβαια στο Προοίμιο, ότι σε μια τέτοια περίπτωση θα πρέπει οι αρμόδιες αρχές, δικαστικές ή διοικητικές, καθώς και οι διαχειριστές και εκκαθαριστές να προσπαθούν να συντονίσουν τις ενέργειές τους. Δεν εξηγείται όμως στην Οδηγία, πώς θα γίνεται αυτό. Είναι, λοιπόν, πιθανό να αποδειχθεί αυτό το ζήτημα, μετά την έναρξη εφαρμογής της Οδηγίας, ως ένα από τα πλέον ενδιαφέροντα και προβληματικά²².

Θα πρέπει να τονισθεί, βεβαίως, το γεγονός ότι ούτε στην Οδηγία αυτή προβλέπεται ειδική ρύθμιση για την αφερεγγυότητα θυγατρικών εταιριών τραπεζικών ομίλων, δεν προβλέπεται, δηλαδή, τίποτε ειδικά για την αφερεγγυότητα των τραπεζικών ομίλων – όπως άλλωστε, ούτε και στον Κανονισμό 1346/2000 προβλέπεται τίποτε για την αφερεγγυότητα επιχειρηματικών ομίλων. Κατά συνέπεια, η ρύθμιση της αφερεγγυότητας επιχειρηματικών ομίλων παραμένει αρμοδιότητα των εθνικών δικαίων.

Θα πρέπει να σημειωθεί εδώ, ότι, όσον αφορά στους διεθνείς τραπεζικούς ομίλους, η απόφασή τους να λειτουργήσουν σε άλλα κράτη από εκείνο της καταγωγής τους, μέσω υποκαταστημάτων, θυγατρικών ή κοινοπραξιών, η επιλογή, δηλαδή, μεταξύ των τριών εναλλακτικών λύσεων, εξαρτάται από μια ποικιλία παραγόντων. Μεταξύ αυτών είναι, το νομικό πλαίσιο που προβλέπεται, σωρευτικά, από το κράτος καταγωγής και το κράτος υποδοχής* από το είδος των δραστηριοτήτων που σκοπεύουν οι

²⁰ Βλ. C. *Leguevaques*, *Droit des defaillances bancaires*, Paris 2002, 598.

²¹ Βλ. και M.H. *Krimminger*, *Deposit Insurance and Bank Insolvency in a Changing World: Synergies and Challenges*, in: *Current Developments in Monetary and Financial Law (International Monetary Fund Conference, May 28, 2004)*, 16, www.imf.org/external/np/leg/sem/2004/cdmf1/eng/mk.pdf.

²² Βλ. A. *Campbell*, in: *Current Developments in Monetary and Financial Law* (βλ. σημ. 8), 19-20.

τράπεζες να αναλάβουν* από τη στάθμιση εκ μέρους των τραπεζών, των σχετικών πλεονεκτημάτων με οικονομικούς όρους, που προσφέρουν οι εναλλακτικές οργανωτικές μορφές.

Όσον αφορά στα υποκαταστήματα, η εποπτεία της φερεγγυότητάς τους, είναι κατά βάση ζήτημα που ενδιαφέρει τις αρχές του κράτους καταγωγής, εν τούτοις όμως και οι αρχές του κράτους υποδοχής θα πρέπει επίσης να ενισχύουν τη χρηματοδοτική «υγεία», ικανότητα, αλλοδαπών υποκαταστημάτων. Στην περίπτωση των θυγατρικών πιστωτικών ιδρυμάτων, η εποπτεία της φερεγγυότητας αποτελεί ευθύνη από κοινού των αρχών του κράτους καταγωγής και του κράτους υποδοχής. Οι θυγατρικές αυτές εταιρίες, αποτελούν μεν αυθύπαρκτες οντότητες με το δικό τους κεφάλαιο, κατά κανόνα όμως οι τραπεζικοί όμιλοι στους οποίους «ανήκουν» παρακολουθούν και ενισχύουν τις δραστηριότητές τους, ώστε να διατηρείται το καλό όνομα των μητρικών εταιριών αλλά και να εξασφαλίζεται η σταθερότητα των θυγατρικών αυτών. Τέλος, οι τραπεζικές κοινοπραξίες στις οποίες «συμμετέχουν» διεθνείς τραπεζικοί όμιλοι, σε κράτος ή κράτη άλλα από το κράτος καταγωγής της μητρικής εταιρίας, κατά κανόνα διέπονται από το δίκαιο του κράτους υποδοχής, περί αλλοδαπών επενδύσεων. Η εποπτεία της φερεγγυότητάς τους θα πρέπει να αποτελεί βασικά ευθύνη των αρχών του κράτους υποδοχής, εν τούτοις, αποτελεί σύσταση της Επιτροπής της Βασιλείας για την Εποπτεία των Τραπεζών (*Basel Committee on Banking Supervision*), να συμμετέχουν και οι αρχές του κράτους καταγωγής πιστωτικού ιδρύματος το οποίο έχει κυρίαρχη θέση σε μια τέτοια κοινοπραξία²³.

5. Κατευθυντήριες αρχές

Οι βασικές, κατευθυντήριες, αρχές της Οδηγίας, όπως ορίζονται στο Προοίμιο, είναι 32. Οι βασικότερες αυτών είναι οι εξής:

- Η αρχή της ενότητας και καθολικότητας της διαδικασίας αφερεγγυότητας. Σύμφωνα με αυτήν, όπως ήδη ελέχθη ανωτέρω, οι διοικητικές και δικαστικές αρχές του κράτους καταγωγής έχουν αποκλειστική δικαιοδοσία, οι δε αποφάσεις τους αναγνωρίζονται χωρίς καμμία τυπική διαδικασία, σε όλα τα άλλα κράτη μέλη, με τα αποτελέσματα που προβλέπει το δίκαιο του κράτους καταγωγής (αρ. 16).

Εν τούτοις, η αρχή αυτή της ενότητας υποχωρεί ενώπιον της αρχής της αναλογικότητας, όταν τα αποτελέσματά της «συγκρούονται με τους συνήθως ισχύοντες κανόνες στα πλαίσια της οικονομικής και χρηματοδοτικής δραστηριότητας του πιστωτικού ιδρύματος και των υποκαταστημάτων του στα άλλα κράτη μέλη. Η παραπομπή στη νομοθεσία άλλου κράτους μέλους αποτελεί ενίοτε αναγκαίο μέσο μετριασμού της αρχής της εφαρμογής του δικαίου του κράτους μέλους καταγωγής» (αρ. 23). Κρίνεται απαραίτητος ένας τέτοιος μετριασμός, ιδίως «για να προστατεύονται οι εργαζόμενοι που συνδέονται με το ίδρυμα με σύμβαση εργασίας, να διασφαλίζονται οι συναλλαγές που αφορούν ορισμένα αγαθά και να διαφυλάσσεται το αδιάβλητο των οργανωμένων αγορών, οι οποίες λειτουργούν σύμφωνα με το δίκαιο ενός κράτους μέλους και στις οποίες διενεργούνται συναλλαγές με αντικείμενο χρηματοοικονομικά μέσα» (αρ. 24).

²³ R.M. Lastra, (σημ. 2), *J.Int.Econ.L.* 2003, 100-102.

- Η αρχή της αμοιβαίας αναγνωρίσεως των μέτρων εξυγίανσεως και των διαδικασιών εκκαθαρίσεως (αρ. 5).

- Η αρχή της συνεργασίας μεταξύ διοικητικών και δικαστικών αρχών του κράτους καταγωγής και τις αντίστοιχες αρχές του κράτους ή των κρατών υποδοχής (αρ. 13).

- Η αρχή της ισότητας των πιστωτών (αρ. 12 & 16).

- Η αρχή της οικονομικής ενότητας μεταξύ ενός πιστωτικού ιδρύματος και των υποκαταστημάτων του (αρ. 3),

Δύο βασικές αποκλίσεις από το γενικό δίκαιο συλλογικής διαδικασίας αφερεγγυότητας, που εισάγονται από την Οδηγία²⁴, είναι οι εξής:

Πρώτον, κατ'απόκλιση της αρχής της ακυρότητας των πράξεων που διενεργήθηκαν κατά το διάστημα της ύποπτης περιόδου, λαμβάνεται υπόψη η καλή πίστη του αντισυμβαλλόμενου. Έτσι, προς προστασία του, ορίζεται ότι δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις περί ακυρότητας, ακυρωσίας ή κηρύξεως του ανενεργού που προβλέπονται στο δίκαιο του κράτους μέλους καταγωγής, «όταν ο έλκων όφελος εκ της συναλλαγής αποδεικνύει ότι, κατά το εφαρμοστέο επί της συναλλαγής δίκαιο, δεν υφίσταται, στη συγκεκριμένη περίπτωση, κανένα μέσο που να επιτρέπει την προσβολή της εν λόγω πράξης» (αρ. 28 Προοιμίου και άρθρο 30 Οδηγίας).

Δεύτερον, κατ'απόκλιση της αρχής της αναστολής διώξεων από την κήρυξη οφειλέτη σε διαδικασία αφερεγγυότητας, ορίζεται ότι «τα αποτελέσματα των μέτρων εξυγίανσης ή των διαδικασιών εκκαθάρισης επί εκκρεμοδικίας διέπονται από το δίκαιο του κράτους μέλους στο οποίο εκκρεμεί η δίκη, κατ'εξαίρεση από την εφαρμογή της *lex concursus*» (αρ. 30 Προοιμίου και άρθρο 32 Οδηγίας). Σημειώνεται ότι το κείμενο αυτό είναι ευθυγραμμισμένο προς το άρθρο 15 του Κανονισμού 1346/2000.

6. Ειδικά ζητήματα

i. Δημοσιότητα

Σύμφωνα με το άρθρο 6, αν υπάρχει κίνδυνος να επηρεάσει το μέτρο εξυγίανσεως δικαιώματα τρίτων σε κράτος μέλος υποδοχής, και εφόσον υπάρχει δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής στο κράτος μέλος της έδρας, κατά της αποφάσεως που διατάσσει το σχετικό μέτρο εξυγίανσεως, η διοικητική ή δικαστική αρχή που το διατάσσει οφείλει να δημοσιεύσει απόσπασμα της αποφάσεώς της στην Εφημερίδα της ΕΕ και σε δύο εθνικές εφημερίδες κάθε κράτους μέλους υποδοχής, ώστε να διευκολυνθεί η έγκαιρη άσκηση αυτού του δικαιώματος.

Πάντως, τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέψουν ότι τα προβλεπόμενα από τα δικάιά τους μέτρα θα παραμένουν κρυφά για τους τρίτους, εφόσον η εφαρμογή τους δεν φαίνεται πιθανό να θίγει δικαιώματα τρίτων σε κράτος μέλος υποδοχής. Αυτό όμως γεννά αρκετούς προβληματισμούς:

Κατ' αρχάς, χαρακτηριστικό βασικό των πιστωτικών ιδρυμάτων είναι ότι δικαιούνται, εντός ορισμένων ορίων, να ζητούν καταθέσεις από το κοινό. Αυτό όμως ακριβώς βασίζεται στη δημόσια πίστη, προϋποθέτει άρα ότι θα μπορούν να αποδώσουν στους πελάτες τους τα περιουσιακά τους στοιχεία. Στην περίπτωση που ένας δικαστικός διακανονισμός διατάσσει αναστολή

²⁴ Βλ. και *C. Léguenagues* (σημ. 20), 597.

πληρωμών, όπως κατά κανόνα συμβαίνει, η αναστολή αυτή, εφόσον διαρκέσει μεγάλο διάστημα, μπορεί να υπονομεύσει την εμπιστοσύνη του κοινού στο υπαγόμενο στον δικαστικό διακανονισμό πιστωτικό ίδρυμα, και σαν αποτέλεσμα να θέσει σε κίνδυνο την οικονομική ανάκαμψη αυτού.

Επίσης, αν το μέτρο εξυγιάνσεως του πιστωτικού ιδρύματος λαμβάνει αποκλειστικά μια δικαστική αρχή, υπάρχει ο φόβος ότι αυτή δεν θα είναι τόσο καλά πληροφορημένη όσο ο «προσωρινός επόπτης» (*prudential supervisor*), αναφορικά με την οικονομική κατάσταση του πιστωτικού ιδρύματος.

ii. Αναγγελία πιστωτών – Ισότητα πιστωτών

Σύμφωνα με το άρθρο 16(2) της Οδηγίας, η μεταχείριση όλων των πιστωτών με κατοικία, συνήθη διαμονή ή καταστατική έδρα σε οποιοδήποτε κράτος μέλος, συμπεριλαμβανομένων των δημόσιων αρχών, θα είναι ισότιμη με εκείνη των πιστωτών με ομοειδείς απαιτήσεις, με κατοικία, συνήθη διαμονή ή καταστατική έδρα στο κράτος μέλος καταγωγής του πιστωτικού ιδρύματος.

Ειδικά όσον αφορά στις φορολογικές απαιτήσεις, σημειώνεται ότι, αν δεν υπάρχει αντιστοιχία ως προς την κατηγορία των απαιτήσεων αυτών, θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το γεγονός ότι πρόκειται για φορολογικές απαιτήσεις και να θεωρούνται ισοδύναμες, στην κατάταξη, με τις φορολογικές απαιτήσεις του κράτους της έδρας. Το αποτέλεσμα θα είναι ότι, στην εκκαθάριση πιστωτικού ιδρύματος που διέπεται από το δίκαιο κράτους στο οποίο οι φορολογικές αρχές έχουν εκ του νόμου προνόμιο και που έχει υποκαταστήματα σε κράτη όπου οι φορολογικές αρχές δεν έχουν προνόμια, οι φορολογικές απαιτήσεις σε αυτά θα έχουν προτεραιότητα όπως ακριβώς και οι φορολογικές απαιτήσεις του κράτους της έδρας. Εδώ θα πρέπει να επισημανθεί ότι δεν αποκλείονται πρακτικά – και λίαν δυσχερή – προβλήματα, όταν σε κάποιο κράτος προβλέπεται διαφορετική κατάταξη των απαιτήσεων των φορολογικών αρχών, αναλόγως της κατηγορίας του φόρου²⁵.

7. Εξαιρέσεις από την εφαρμογή της *lex concursus*

Ο τίτλος IV της Οδηγίας αποτελεί το περιπλοκότερο τμήμα της – και κατά μία άποψη, το λιγότερο επιτυχημένο, δεδομένου ότι είναι αποτέλεσμα συμβιβασμού μεταξύ διαφορετικών θέσεων όσον αφορά το ζήτημα του συντονισμού διαφορετικών πτωχευτικών δικαίων.

Προβλέπονται δύο είδη εξαιρέσεων στην εφαρμογή της *lex fori concursus*: Κατά πρώτον, ζητήματα που επηρεάζονται από τη διαδικασία αφερεγγυότητας, αλλά για τα οποία η Οδηγία προβλέπει την εφαρμογή κάποιου άλλου δικαίου, και κατά δεύτερον, περιπτώσεις στις οποίες η εφαρμογή της *lex fori concursus* δεν θα πρέπει να θίγει δικαιώματα τρίτων. Με τη δεύτερη αυτή εξαίρεση, ευθυγραμμίζεται ως προς τα ζητήματα αυτά, η Οδηγία με τον Κανονισμό.

*i. Εφαρμογή δικαίου διαφορετικού από τη *lex concursus**

Η πρώτη κατηγορία περιλαμβάνει τα άρθρα 20 και 24-27 της Οδηγίας. Οι περιπτώσεις που καλύπτει το άρθρο 20 δεν αφορούν ειδικά τραπεζικά

²⁵ J.-P. Deguée, (σημ. 4), [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 110-111.

ζητήματα, ρυθμίζονται δε κατά τον ίδιο ακριβώς τρόπο, όπως και στον Κανονισμό. Πρόκειται για τις συμβάσεις εργασίας, για τις συμβάσεις που παρέχουν δικαίωμα καρτώσεως ακινήτου ή κτήσεως κυριότητας επ'αυτού, καθώς και για τα δικαιώματα επί ακινήτου, πλοίου ή αεροσκάφους, τα οποία χρήζουν καταχωρήσεως σε δημόσιο βιβλίο.

Όσον αφορά σε ειδικές τραπεζικές εργασίες, προβλέπεται εφαρμογή διαφορετικού δικαίου από την *lex fori concursus* στα εξής ζητήματα.

α. Σύμφωνα με το άρθρο 24, η άσκηση δικαιωμάτων κυριότητας ή άλλων δικαιωμάτων επί τίτλων, η ύπαρξη ή μεταβίβαση των οποίων προϋποθέτει την εγγραφή τους σε δημόσιο βιβλίο, λογαριασμό ή κεντρικό σύστημα καταθέσεων, τηρούμενο ή ευρισκόμενο σε κράτος μέλος, διέπεται από τη *lex rei sitae*, δηλαδή από το δίκαιο του κράτους μέλους στο οποίο τηρείται ή ευρίσκεται το δημόσιο βιβλίο, ο λογαριασμός ή το κεντρικό σύστημα καταθέσεων στο οποίο έχουν εγγραφεί αυτά τα δικαιώματα.

Βασική, λοιπόν, προϋπόθεση για την εφαρμογή της διατάξεως αυτής είναι να ευρίσκεται το δημόσιο βιβλίο, ο λογαριασμός ή το κεντρικό σύστημα, σε κράτος μέλος, οπότε και θα εφαρμόζεται το δίκαιο του κράτους αυτού²⁶.

Ο κανόνας αυτός της *lex rei sitae*, κρίνεται ικανοποιητικός όταν πρόκειται για αξιόγραφα που καταχωρούνται άμεσα σε κάποιο δημόσιο βιβλίο ή κεντρικό σύστημα καταθέσεων (*directly-held securities systems*), όμως κρίνεται ως απολύτως ακατάλληλος για τις περιπτώσεις που τα δικαιώματα των επενδυτών επί αξιογράφων αποδεικνύονται ως εγγραφές στα βιβλία μεσίτη (*intermediary*), η κυριότητα του οποίου επί των αξιογράφων αποδεικνύεται με τη σειρά της από τους λογαριασμούς καταθέσεων άλλου μεσίτη – που μπορεί να είναι ένα διεθνές ταμείο καταθέσεων – ο οποίος εν τέλει τα κρατά σε ένα τοπικό κεντρικό σύστημα καταθέσεων (*indirectly-held securities systems*). Είναι ένα ζήτημα δηλαδή, πώς θα εφαρμοσθεί η αρχή της *lex rei sitae* σε ένα σύστημα στο οποίο τα αξιόγραφα καταχωρούνται μέσω διαφόρων επιπέδων μεσιτών, ευρισκόμενων σε διαφορετικά κράτη²⁷.

Δεδομένων, λοιπόν, των εξαιρετικά μεγάλων ποσών που αντιπροσωπεύουν τα καταχωρούμενα σε μητρώα αξιόγραφα και της συχνότατης χρήσεως αυτών, ως πρόσθετης ασφάλειας, θεωρήθηκε αναγκαίο να προσδιορισθεί το εφαρμοστέο δίκαιο στα καταχωρούμενα σε μητρώα αξιόγραφα, οπουδήποτε και αν κείνται τα αξιόγραφα.

Ήδη με το άρθρο 9 (2) της Οδηγίας 98/26/EK για το αμετάκλητο του διακανονισμού στα συστήματα πληρωμών και στα συστήματα διακανονισμού αξιογράφων (*on settlement finality in payment and securities settlement systems, Finalitätsrichtlinie*), προσδιορίσθηκε το εφαρμοστέο δίκαιο σε αυτά. Ορίζει η διάταξη αυτή, ότι «όταν παρέχονται αξιόγραφα (συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων επί αξιογράφων) ως πρόσθετη ασφάλεια σε συμμετέχοντες ή/και Κεντρικές Τράπεζες των κρατών μελών ... και το δικαίωμά τους (ή το δικαίωμα οποιουδήποτε αντιπροσώπου, μεσίτη ή τρίτου ενεργούντος για λογαριασμό τους) σε σχέση με τα αξιόγραφα καταχωρείται νομίμως σε μητρώο ή λογαριασμό ή σε κεντρικό σύστημα καταθέσεων που βρίσκεται σε κράτος μέλος, ο καθορισμός των δικαιωμάτων αυτών των φορέων ως κατόχων πρόσθετων ασφαλειών σε σχέση με τα

²⁶ R. Cercone, European Community Directive on Reorganization and Winding-up of Credit Institutions. Exceptions to the Application of *lex concursus* (Title IV, Articles 20-27 and 30-32), [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 696.

²⁷ J.-P. Deguée, (σημ. 4), [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 115-116.

αξιόγραφα αυτά διέπεται από το δίκαιο αυτού του κράτους μέλους». Πρόκειται για μια προσαρμοσμένη εκδοχή της *lex rei sitae*, σύμφωνα με την οποία λαμβάνεται αποκλειστικά υπόψη ο τόπος όπου ευρίσκεται ο σημαντικότερος μεσίτης, ο μεσίτης στο οποίο τα μητρώα έχει καταχωρηθεί το δικαίωμα. Η αρχή, δηλαδή, που ισχύει είναι η λεγόμενη 'PRIMA' (*place of the relevant intermediary approach*).

Ο κανόνας του άρθρου 24, της εδώ εξεταζόμενης Οδηγίας, είναι βασικά ταυτόσημος με τον κανόνα του άρθρου 9 (2) της Οδηγίας 98/26/EK, έχει όμως ευρύτερο πεδίο εφαρμογής, και *ratione materiae*, αφού αφορά και σε δικαιώματα κυριότητας επί τίτλων, και *ratione personae*, αφού δεν περιορίζει τον κανόνα συγκρούσεως σε συμμετέχοντες σε συστήματα πληρωμών και διακανονισμού αξιολογίων, παρά τον επεκτείνει σε όλες τις περιπτώσεις διαδικασίας αφερεγγυότητας κατά πιστωτικού ιδρύματος.

β. Σύμφωνα με το άρθρο 25, τα σύμφωνα συμψηφισμού και μετατροπής χρέους (*netting agreements*), διέπονται αποκλειστικά από το δίκαιο της συμβάσεως που ρυθμίζει αυτές τις συμφωνίες²⁸.

Ενώ σύμφωνα με το άρθρο 10 παρ.2, γ, είναι η *lex concursus* αυτή που ορίζει τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες οι συμψηφισμοί μπορούν να αντισταθούν έναντι τρίτων, το άρθρο 25 απομακρύνεται από τη ρύθμιση αυτή και ορίζει ως αποκλειστικώς εφαρμοστέα στις συνέπειες μιας διαδικασίας αφερεγγυότητας σε σύμφωνο συμψηφισμού και μετατροπής χρέους, τη *lex contractus* αυτού του συμφώνου.

γ. Ταυτόσημος είναι και ο κανόνας της Οδηγίας (άρθρο 26) που προσδιορίζει το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμφωνίες επαναγοράς (*repurchase agreements*). Ο βασικός λόγος της εξαιρέσεως από τον κανόνα της *lex fori concursus* των συμφωνιών αυτών είναι το ότι είναι πολύ σημαντικές για τον χρηματοδοτικό τομέα. Ακριβώς το ότι κρίνονται πολύ σημαντικές, είναι ο λόγος για τον οποίο απολαύουν ειδικής προστασίας σε ορισμένα κράτη μέλη.

Στην Οδηγία 1998/26/EK, οι συμφωνίες επαναγοράς ήδη απολαύουν μιας ευνοϊκής μεταχειρίσεως, θεωρούμενες ισοδύναμες με τις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας (*collateral security*). Σύμφωνα με το άρθρο 9 (1) της Οδηγίας αυτής, μια συμφωνία επαναγοράς που συνάπτεται από ή προς όφελος πιστωτικού ιδρύματος υπό την ιδιότητά του ως συμμετέχοντος στα συστήματα πληρωμών και διακανονισμού αξιολογίων, δεν επηρεάζεται από διαδικασία αφερεγγυότητας.

Η Οδηγία 2002/47/EK, εξάλλου, για τις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας (*on financial collateral arrangements*), δεν αρκείται σε έναν απλό κανόνα συγκρούσεως, παρά απαιτεί από τα κράτη μέλη να αλλάξουν το ουσιαστικό τους δίκαιο, ώστε να αναγνωρίζουν την ισχύ και εκτελεστικότητα των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλου (άρθρο 6).

δ. Το άρθρο 27 της Οδηγίας ορίζει ότι οι συναλλαγές που διενεργούνται στο πλαίσιο οργανωμένης αγοράς, διέπονται αποκλειστικά από το δίκαιο που εφαρμόζεται στη σύμβαση που διέπει τις συναλλαγές αυτές. Έμπνευση για το άρθρο αυτό αποτέλεσαν το άρθρο 8 της Οδηγίας 98/26/EK²⁹, καθώς και το

²⁸ Διατύπωση ιδιαίτερας ατυχής.

²⁹ Ορίζει το άρθρο αυτό, ότι στην περίπτωση διαδικασίας αφερεγγυότητας κατά συμμετέχοντος σε σύστημα πληρωμών ή διακανονισμού αξιολογίων, τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που προκύπτουν από τη συμμετοχή του στο σύστημα ή που συνδέονται με αυτήν, διέπονται από το δίκαιο που διέπει το σύστημα.

άρθρο 9 του Κανονισμού 1346/2000. Η διαφορά του από εκείνα, καθώς και από τη ρύθμιση του άρθρου 23 της Οδηγίας 2001/17/ΕΚ για την εξυγίανση και εκκαθάριση ασφαλιστικών επιχειρήσεων, έγκειται στο ότι ως εφαρμοστέο ορίζεται το δίκαιο που διέπει τις συναλλαγές και όχι το δίκαιο που διέπει την [οργανωμένη] αγορά. Σημειώνεται, πάντως, ότι κατά κανόνα ο κανονισμός μιας οργανωμένης αγοράς, ορίζει ως εφαρμοστέο δίκαιο στις συναλλαγές το δίκαιο που διέπει την αγορά, οπότε κατ'αποτέλεσμα δεν ανακύπτει κανένα ζήτημα. Η έννοια της οργανωμένης αγοράς ορίζεται στο άρθρο 1 (13) της Οδηγίας 93/22/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 10.5.1993, σχετικά με τις επενδυτικές υπηρεσίες στον τομέα των κινητών αξιών.

Έτσι, και στην περίπτωση αφερεγγυότητας πιστωτικού ιδρύματος, η ισχύς των συναλλαγών που έγιναν κατ'εντολή του στο πλαίσιο οργανωμένης αγοράς, καθορίζεται αποκλειστικά από το δίκαιο των συναλλαγών αυτών, συμπεριλαμβανομένων των κανόνων περί των διαδικασιών αφερεγγυότητας του δικαίου αυτού και κατ'αποκλεισμό της *lex concursus*.

Ο λόγος αυτής της εξαιρέσεως από την εφαρμογή της *lex fori concursus*, είναι η διατήρηση της ακεραιότητας της οργανωμένης αγοράς, η οποία ενδεχομένως λειτουργεί σύμφωνα με τους κανόνες κάποιου άλλου δικαίου. Ιδιαίτερως ενδιαφέρει να μην διασαλευθούν οι μηχανισμοί πληρωμής και εκτελέσεως των συναλλαγών σε συστήματα τέτοια (οργανωμένης αγοράς) από μια ενδεχόμενη διαδικασία αφερεγγυότητας³⁰.

ii. «Αρνητικοί» κανόνες συγκρούσεως

Η δεύτερη κατηγορία εξαιρέσεων από την εφαρμογή της *lex fori concursus*, αποτελείται από τους λεγόμενους «αρνητικούς» κανόνες συγκρούσεως: Δεν αμφισβητείται η εφαρμογή της *lex fori concursus*, όμως η εφαρμογή της δεν θα πρέπει θίγει συγκεκριμένα δικαιώματα τρίτων ως προς τη διαδικασία προσώπων.

Έτσι, στην περίπτωση εκκαθάρισεως πιστωτικού ιδρύματος³¹, δεν θίγονται εμπράγματα δικαιώματα τρίτων (άρθρο 21), το δικαίωμα του πωλητή ή του αγοραστή που βασίζεται σε επιφύλαξη κυριότητας (άρθρο 22), το δικαίωμα πιστωτή να ζητήσει συμψηφισμό της απαιτήσεώς του με την απαίτηση πιστωτικού ιδρύματος, εφόσον ο συμψηφισμός αυτός επιτρέπεται από το εφαρμοστέο στην απαίτηση του πιστωτικού ιδρύματος δίκαιο (άρθρο 23).

³⁰ U. Ehricke, Die Umsetzung der Finanzsicherheiten richtlinie (Richtlinie 2002-47-EG) im Rahmen des Diskussionsentwurfs zur Änderung der Insolvenzordnung, ZIP 2003, 1065, 1074.

³¹ Και μόνον στην περίπτωση εκκαθάρισεως, όχι στην περίπτωση εξυγιάσεως πιστωτικού ιδρύματος. Δεν ισχύει λοιπόν απολύτως αυτό που αναφέρει η Γ.Λ. Θεοχαροπούλου, in: Αφιέρωμα στον Λ. Κοσίρη, 390: «Βάσει της αρχής της οικουμενικότητας, τα μέτρα που λαμβάνονται από τη χώρα καταγωγής του υπό εξυγίανση πιστωτικού ιδρύματος, παράγουν πλήρως τα αποτελέσματά τους και στα άλλα κράτη-μέλη, ακόμη και αν θίγουν δικαιώματα τρίτων στο κράτος υποδοχής». Αναφέρεται σε ένα ειδικό ζήτημα, αυτό της δυνατότητας προσφυγής των μετόχων κατά αποφάσεως περί αναγκαστικής αυξήσεως κεφαλαίου, ως μέτρου εξυγιάσεως του πιστωτικού ιδρύματος. Στην περίπτωση εκκαθάρισεως πιστωτικού ιδρύματος, η αρχή της καθολικότητας [οικουμενικότητας] δεν εμποδίζει τη λήψη μέτρων προστασίας των τρίτων, μέτρων που συνιστούν οι παρουσιαζόμενοι εδώ «αρνητικοί» κανόνες συγκρούσεως.

Για καθεμιά από τις τρεις περιπτώσεις αυτής της κατηγορίας εξαιρέσεων από την εφαρμογή της *lex fori concursus*, προβλέπεται σε διάταξη (άρθρα 21 παρ.4, 22 παρ. 3, 23 παρ. 2), ανάλογη της οποίας υπάρχει και στον Κανονισμό 1346/2000, ότι μπορούν να ασκηθούν αγωγές αναγνώρισης ακυρότητας, ακυρωσίας ή κηρύξεως του ανενεργού σύμφωνα με τα οριζόμενα από τη *lex fori concursus* – όπως αναφέρεται και στο άρθρο 10 παρ. 2 στοιχ. Ιβ. Έτσι, είναι το δίκαιο που εφαρμόζεται στη διαδικασία εκκαθαρίσεως (αφερεγγυότητας) του πιστωτικού ιδρύματος αυτό που καθορίζει αν πράξεις επιβλαβείς για το σύνολο των πιστωτών, μπορούν να ανατραπούν.

Περιορισμό στη δυνατότητα αυτή ανατροπής των επιβλαβών για το σύνολο των πιστωτών πράξεων, σύμφωνα με τα οριζόμενα από τη *lex fori concursus*, προβλέπει το άρθρο 30 παρ. 1, το οποίο ορίζει ότι το άρθρο 10 δεν ισχύει, αν ο ωφελούμενος από μια επιβλαβή για το σύνολο των πιστωτών πράξη αποδείξει, αφενός ότι η πράξη αυτή διέπεται από το δίκαιο άλλου κράτους μέλους από το κράτος μέλος καταγωγής, αφετέρου ότι το δίκαιο αυτό δεν προβλέπει στη συγκεκριμένη περίπτωση, κανένα μέσο προσβολής της πράξεως αυτής. Επισημαίνεται εδώ, ότι προϋπόθεση είναι να μην προβλέπει αυτό το δίκαιο κανένα μέσο προσβολής της πράξεως αυτής, ούτε ειδικά στις περιπτώσεις διαδικασιών αφερεγγυότητας διατάξεις αλλά ούτε και στους γενικούς κανόνες που ενδεχομένως εφαρμόζονται στην πράξη αυτή (π.χ. αν προβλέπεται παυλιανή αγωγή)³². Το άρθρο 30 παρ. 2 επεκτείνει τη δυνατότητα αυτή άμυνας του ωφελούμενου από μια επιβλαβή για το σύνολο των πιστωτών πράξη, και στην περίπτωση μέτρου εξυγιάνσεως πιστωτικού ιδρύματος, το οποίο μέτρο έχει ληφθεί από δικαστική αρχή. Σκοπός ακριβώς είναι η προστασία των προσδοκιών, πιστωτών και τρίτων προσώπων, αναφορικά με την ισχύ μιας πράξεως σύμφωνα με το δίκαιο το οποίο την διέπει³³.

Οι «αρνητικοί» κανόνες συγκρούσεως της εξεταζόμενης Οδηγίας (άρθρα 21-23) προστέθηκαν μετά από πρόταση τροποποίησης που έκανε το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο. Αντίθετα, οι κανόνες συγκρούσεως της πρώτης κατηγορίας εξαιρέσεων από την εφαρμογή της *lex fori concursus*, είναι αποτέλεσμα των εργασιών του Συμβουλίου. Πρόβλημα γεννάται σε κάποιες περιπτώσεις, κατά τις οποίες ορισμένα ζητήματα μπορεί να υπόκεινται και στους κανόνες συγκρούσεως που ορίζουν ως εφαρμοστέο άλλο δίκαιο από τη *lex fori concursus*, αλλά και στους «αρνητικούς» κανόνες συγκρούσεως, σε αυτούς δηλαδή που ορίζουν ότι η εφαρμογή της *lex fori concursus* δεν θα πρέπει να θίγει δικαιώματα τρίτων. Τέτοιες είναι οι περιπτώσεις, αφενός των δικαιωμάτων επί ακινήτων ή εξομοιούμενων με αυτά ως προς την αντιμετώπιση (πλοίων ή αεροσκαφών) (άρθρο 20 στοιχ. β & γ), τα οποία αποτελούν εμπράγματα δικαιώματα, αφετέρου των συμφωνιών συμψηφισμού και μετατροπής χρέους (*netting agreements*, άρθρο 25).

Στην τελευταία περίπτωση, για παράδειγμα: δεδομένου ότι ένας ατομικός συμψηφισμός μεταξύ απαιτήσεως πιστωτή και απαιτήσεως του αφερεγγυού πιστωτικού ιδρύματος διέπεται από το εφαρμοστέο στην απαίτηση του πιστωτικού ιδρύματος δίκαιο, ενώ μια συμφωνία συμψηφισμού και μετατροπής χρέους (*netting agreement*) διέπεται από τη *lex contractus*

³² Εισηγητική Έκθεση *Virgos & Schmit*, αρ. 137.

³³ Η επέκταση αυτή και στην περίπτωση μέτρου εξυγιάνσεως ισχύει μόνον ως προς το άρθρο 30 παρ. 2, και όχι ως προς τα άρθρα 21 παρ. 4, 22 παρ. 3 και 23 παρ. 2, τα οποία εφαρμόζονται μόνον σε περίπτωση διαδικασίας εκκαθαρίσεως πιστωτικού ιδρύματος.

αυτής της συμφωνίας, τί θα συμβεί σε περίπτωση που ένας απλός συμψηφισμός πραγματοποιηθεί στο πλαίσιο μιας συμφωνίας συμψηφισμού και μετατροπής χρέους; Το πρόβλημα, προφανώς, θα ανακύψει έντονο, στην περίπτωση που τα δύο αυτά δίκαια είναι διαφορετικά – διότι υπάρχει και η περίπτωση να ταυτίζονται.

Δεδομένου ότι, κακώς μάλλον, δεν επισημάνθηκε το ζήτημα αυτό κατά την προταθείσα τροποποίηση από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, ώστε να καθιερωθεί κάποια ιεράρχηση μεταξύ των διατάξεων αυτών, ερωτάται μήπως θα πρέπει να εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις σωρευτικά. Σύμφωνα με μια άποψη, ο σκοπός των δύο αυτών κατηγοριών εξαιρέσεων από την εφαρμογή της *lex fori concursus* καθώς και η γραμματική ερμηνεία των σχετικών διατάξεων, οδηγούν στο συμπέρασμα ότι όντως θα πρέπει να εφαρμόζονται αυτές σωρευτικά³⁴. Κατ'άλλη άποψη, στην περίπτωση απλού συμψηφισμού στο πλαίσιο συμφωνίας συμψηφισμού και μετατροπής χρέους, θα πρέπει να «προηγείται» το εφαρμοστέο στη συμφωνία δίκαιο³⁵.

8. Συμπερασματικά σχόλια

Σε γενικές γραμμές, η υιοθέτηση αυτής της Οδηγίας θεωρείται επιτυχία, αφού πιστεύεται ότι συμβάλλει στην πρόληψη του συστημικού κινδύνου για τα πιστωτικά ιδρύματα. Συμπληρώνοντας η Οδηγία αυτή, άλλες κοινοτικές νομοθετικές πράξεις που αφορούν τον χρηματοδοτικό τομέα, καθιερώνει σε κοινοτικό επίπεδο ένα δίκαιο για τις συλλογικές διαδικασίες³⁶.

Ως ελλείψεις της Οδηγίας κρίνονται το ότι δεν ασχολείται, αφενός με τους τραπεζικούς ομίλους, αφετέρου με την αφερεγγυότητα άλλων κατηγοριών χρηματοδοτικών επιχειρήσεων³⁷.

Επισημαίνεται επίσης το πρόβλημα της παρεμβάσεως των Κοινοτικών θεσμικών οργάνων στην υιοθέτηση μιας Οδηγίας, η οποία παρέμβαση μπορεί να θέσει σε κίνδυνο έναν ήδη εύθραυστο συμβιβασμό που έχει επιτευχθεί μετά από πολλά έτη διαπραγματεύσεων. Όπως σημειώνεται, εξάλλου, αυτοί οι συμβιβασμοί, οι οποίοι πόρρω απέχουν από το να αποτελούν νομοθετικά έργα τέχνης, θα είναι ακόμα δυσκολότερο να επιτευχθούν μετά και την τελευταία διεύρυνση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας³⁸.

³⁴ J.-P. Deguée, (σημ. 4), [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 121-122.

³⁵ R. Cercone, (σημ. 26), [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 694.

³⁶ J.-P. Deguée, (σημ. 4), [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 126-127.

³⁷ Ο Κανονισμός 1346/2000, στο άρθρο 1.2 εξαιρεί από τις ρυθμίσεις του τις διαδικασίες αφερεγγυότητας που αφορούν ασφαλιστικές επιχειρήσεις, πιστωτικά ιδρύματα, καθώς και εταιρίες επενδύσεων και επιχειρήσεις συλλογικών επενδύσεων. Ενώ όμως και για τα πιστωτικά ιδρύματα και για τις ασφαλιστικές επιχειρήσεις (Οδηγία 2001/17/EK) εκδόθηκαν σχετικές Οδηγίες, παρέμειναν εκτός ανάλογης κοινοτικής ρυθμίσεως οι επενδυτικές εταιρίες. Επισημαίνει ο E. Galanti, (σημ. 15), *Int.Insolv.Rev.* 2002, 53, ότι από πρακτικής πλευράς εξηγείται το κενό αυτό ρυθμίσεως από το ότι είναι μικρός ο αριθμός των επιχειρήσεων αυτών που έχουν υποκαταστήματα σε περισσότερα κράτη μέλη.

³⁸ J.-P. Deguée, (σημ. 4), [2004] *Eur.Bus.L.Rev.* 127-128.