



ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ.: ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ & ΣΥΓΧΡΟΝΕΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΣΥΝΑΛΛΑΓΕΣ

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2019 - 2020

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

της Παυλίνας Αναγνωστοπούλου του Γεωργίου

A.M.: 7340010319002

Το δικαίωμα χρήσης στη σύμβαση παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας

Επιβλέποντες:

- α) Αναπληρωτής Καθηγητής, κος Γ. Λέκκας
- β) Καθηγήτρια, κα Κ. Χριστακάκου - Φωτιάδη
- γ) Επίκουρος Καθηγητής, κος Γ. Λαδογιάννης

Αθήνα, Νοέμβριος 2020

Copyright © [*Παυλίνα Αναγνωστοπούλου, 2020*]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Το δικαίωμα χρήσης στη σύμβαση παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας

Περιεχόμενα

Εισαγωγή.....	7
1. Συνοπτική παρουσίαση των ρυθμίσεων της Οδ. 2002/47/ΕΚ.....	9
2. Η σύσταση της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης..	11
3. Το περιεχόμενο του δικαιώματος χρήσης.....	14
4. Η νομική φύση της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης.....	16
4.1. Η προβληματική	16
4.2. Σύγκριση με άλλους συγγενείς θεσμούς.....	19
4.2.1. Το δικαίωμα χρήσης στην ανώμαλη παρακαταθήκη	19
4.2.2. Κυμαινομένη ασφάλεια	20
4.2.3. Ανώμαλο ενέχυρο	22
4.3. Η εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης ως “ <i>nonum</i> ” 23	
5. Η έννομη σχέση ασφαλειοδότη - ασφαλειολήπτη.....	27
5.1. Η διάρθρωση της έννομης σχέσης επί τη βάση της ιδιωτικής αυτονομίας.....	27
5.2. Η αποτίμηση της αξίας της ασφάλειας με εμπορικά εύλογο τρόπο	28
5.3. Υποχρέωση αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια.....	31
5.4. Ο συμψηφισμός και η απαλλαγή από τις χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις ...	33
5.5. Η λειτουργία της καλής πίστης εν προκειμένω	36
5.6. Η υποχρέωση αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια ως αντικείμενο ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού	38
6. Η αστική ευθύνη.....	42
6.1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις.....	42
6.2. Η παραβίαση της υποχρέωσης αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια από τον ασφαλειολήπτη.....	43
6.2.1. Ο ασφαλειολήπτης ως υπερήμερος οφειλέτης.....	43
6.2.2. Οι αξιώσεις του ασφαλειοδότη.....	46
6.3. Η πλημμελής εκπλήρωση των υποχρεώσεων των μερών - Συνέπειες.....	48
6.4. Η αξίωση προς αποζημίωση και τα ανακλύπτοντα ζητήματα	50
6.5. Το ζήτημα της συρροής αδικοπρακτικής ευθύνης εν προκειμένω.....	54
Επίλογος – Συμπεράσματα.....	57
Βιβλιογραφία.....	59

Συντομογραφίες

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKR	Bank und Kapitalmarktrecht
ECB	European Central Bank
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
vol.	volume
ΑΙΔ	Αρχείον Ιδωτικού Δικαίου
ΑΚ	Αστικός Κώδικας
ΑΠ	Άρειος Πάγος
αρ.	άρθρο
βλ.	βλέπε
ΔΕΕ	Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών
ΔΕΕΤ	Δελτίο Ένωσης Ελληνικών Τραπεζών
δημοσ.	δημοσίευση
ΔΣΑ	Δικηγορικός Σύλλογος Αθηνών
εδ.	εδάφιο
ΕΕ	Ευρωπαϊκή Ένωση
ΕΚ	Ευρωπαϊκές Κοινότητες
εκδ.	εκδόσεις
ΕλλΔνη	Ελληνική Δικαιοσύνη
επ.	επόμενα
ΕΠΕΥ	Επιχείρηση Παροχής Επενδυτικών Υπηρεσιών
ΕρμΑΚ	Ερμηνεία Αστικού Κώδικα
ΕφΑθ	Εφετείο Αθηνών
ΚΠολΔ	Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας
ν.	Νόμος
ο.π.	όπως παραπάνω
Οδ.	Οδηγία
ΟΛΑΠ	Ολομέλεια Αρείου Πάγου
παρ.	παράγραφος

ΠειρΝομ	Πειραιϊκή Νομολογία
περ.	περίπτωση
ΠολΠρΠειρ	Πολυμελές Πρωτοδικείο Πειραιά
ΠτΚ	Πτωχευτικός Κώδικας
στ.	στοιχείο
ΤΝΠ	Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών
τομ.	τόμος
ΧρηΔικ	Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο
ΧρΙΔ	Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου

Εισαγωγή

Ο 21^{ος} αιώνας έχει χαρακτηριστεί ως εποχή της πιστωτικής οικονομίας. Αναφερόμενοι στην παροχή πίστωσης ως την, εν γένει, ενίσχυση από ένα πρόσωπο της αγοραστικής δύναμης ενός άλλου προσώπου, αντιλαμβανόμαστε την ορθότητα του ανωτέρω χαρακτηρισμού, καθότι αυτή, είναι, πράγματι, άρρηκτα συνδεδεμένη με την καθημερινή συναλλακτική πρακτική, από την κάλυψη των καταναλωτικών αγαθών μέχρι και τον τομέα των παραγωγικών επενδύσεων. Για την σταθερότητα και την ευμάρεια του πιστωτικού, αυτού, μοντέλου, είναι απαραίτητη η εξασφάλιση του δανειστή - πιστοδότη ότι θα του επιστραφεί το ποσό της πίστωσης και τυχόν τόκοι από τον οφειλέτη - πιστολήπτη. Καθίσταται έτσι αυξημένης σημασίας η παροχή ασφάλειας στις συναλλαγές, προς την αποσόβηση του πιστωτικού κινδύνου, άλλως του κινδύνου μη εκπλήρωσης των υποχρεώσεων του αντισυμβαλλομένου, ο οποίος είναι εγγενής σε όλες τις συναλλαγές.¹

Ιδίως, όμως, στις σύγχρονες χρηματοοικονομικές συναλλαγές, πέρα από τον πιστωτικό κίνδυνο, ελλοχεύει και ο συστημικός κίνδυνος. Ο τελευταίος αποτελεί μάλλον περιγραφική έννοια, κατά το ότι αναφέρεται στην έκταση που μπορεί να πάρει ένα δυσμενές γεγονός, που λαμβάνει χώρα σε μεμονωμένες συναλλαγές, επηρεάζοντας και άλλους συμμετέχοντες στην αγορά. Έτσι, η αδυναμία εκπλήρωσης των υποχρεώσεων ενός συμμετέχοντος σε ένα σύστημα ενδέχεται να προκαλέσει πιστωτικά προβλήματα ή προβλήματα ρευστότητας στους αντισυμβαλλόμενους του, εμφανή και στις περαιτέρω συναλλακτικές τους σχέσεις με τρίτους, προκαλώντας έτσι ένα αλυσιδωτό αποτέλεσμα (domino effect).² Η εμπράγματη εξασφάλιση χρηματικών απαιτήσεων αποκτά στους κόλπους της Ευρωπαϊκής Ένωσης διαρκώς αυξανόμενη σημασία, η οποία δεν εξαντλείται σε επίπεδο αμιγώς οικονομικό. Η διαχρονική ανάγκη για μείωση του κόστους παραγωγής τροφοδοτεί την τάση των συναλλασσομένων για διεθνή επέκταση των επιχειρηματικών τους συναλλαγών προς εξεύρεση οικονομικά αποδοτικότερων πλουτοπαραγωγικών πόρων.³ Η αποδοτικότητα, ωστόσο, των χρηματοπιστωτικών συναλλαγών διακυβεύεται σημαντικά στο μέτρο που η παροχή εμπράγματων ασφαλειών εμπλέκει νομικά συστήματα περισσότερων κρατών, με διαφορετικές ρυθμίσεις αναγκαστικού δικαίου, που συχνά «εξουδετερώνουν» ως ανίσχυρες τις συμφωνίες εξασφάλισης των μερών.

Όλα τα ανωτέρω αποτέλεσαν εφελθτήριο για τη δημιουργία ενός ενιαίου κοινοτικού καθεστώτος με σκοπό την ενοποίηση και την οικονομικότερη λειτουργία των χρηματοοικονομικών αγορών, καθώς και τη σταθερότητα του χρηματοπιστωτικού συστήματος της Κοινότητας. Στο πλαίσιο αυτό, εκδόθηκε πληθώρα οδηγιών με βασικότερες την Οδ. 98/26/EK σχετικά με το αμετάκλητο του διακανονισμού στα συστήματα πληρωμών, την Οδ. 2001/24/EK για την εξυγίανση και την

¹ Γεωργιάδης Απ. Σ., Εγχειρίδιο Εμπράγματος Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 697

² Χρ. Παπαθανασίου «Συμφωνίες Παροχής Χρηματοοικονομικής Ασφάλειας» σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (ΔικΠΚ), Επιστημονική Επιμέλεια Β. Δούβλη, Α. Μώλου, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 1443-1444

³ Βέλλας Π. Ι., Η κατά Ν. 3301/2004 χρηματοοικονομική εμπράγματη ασφάλεια, ΧρΙΔ 2009, σελ. 373

εκκαθάριση των πιστωτικών ιδρυμάτων και, τέλος, την Οδ. 2002/47/EK για τις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Η τελευταία Οδηγία, ως τροποποιήθηκε από την Οδ. 2009/44/EK και ισχύει σήμερα, αφορά την παροχή χρηματοπιστωτικών μέσων, μετρητών και πιστωτικών απαιτήσεων ως εγγύηση τόσο στο πλαίσιο σύστασης ασφάλειας υπό μορφή τίτλων όσο και στο πλαίσιο μεταφοράς τίτλων, συμπεριλαμβανομένων και των συμφωνιών επαναγοράς (repos).⁴ Οι δύο αυτές Οδηγίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με τον ν. 3301/2004 και τον ν. 4221/2011, αντίστοιχα.

Αντικείμενο της παρούσας μελέτης αποτελεί το δικαίωμα χρήσης της ασφάλειας από τον ασφαλειολήπτη στο πλαίσιο της σύμβασης παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Ειδικότερα, το άρθρο 5 της Οδηγίας 2002/47/EK και του ν. 3301/2004 αναγνωρίζει το δικαίωμα χρήσης της ασφάλειας από τον ασφαλειολήπτη, εφόσον και στο μέτρο που αυτό προβλέπεται από τη σχετική συμφωνία των μερών. Σε αυτές τις περιπτώσεις παρέχεται στον ασφαλειολήπτη ευρεία εξουσία χρησιμοποίησης της παρασχεθείσας ασφάλειας, χωρίς να έχει καταστεί ακόμα ληξιπρόθεσμο το ασφαλιζόμενο χρέος. Στην περίπτωση που ο ασφαλειολήπτης ασκήσει το δικαίωμα χρήσης έχει υποχρέωση να αντικαταστήσει την χρηματοοικονομική ασφάλεια με ισοδύναμη είτε, στον βαθμό που προβλέπεται από τη συμφωνία, να συμψηφίσει την αξία αυτής με το ασφαλιζόμενο χρέος ή να χρησιμοποιήσει την ισοδύναμη ασφάλεια για την απαλλαγή από τις σχετικές χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις.⁵

Το δικαίωμα χρήσης της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας θα διερευνηθεί εμβριθώς, με σκοπό την ανάλυση των κυριότερων προβληματικών που ανακύπτουν. Ειδικότερα, θα εξετασθεί η ρύθμιση της Οδ. 2002/47/EK για το δικαίωμα χρήσης στην παροχή εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, εστιάζοντας στη σύσταση, στο περιεχόμενο, στη λειτουργία αυτού αλλά και στην περαιτέρω διαμόρφωση της έννομης σχέσης των μερών με την άσκηση του δικαιώματος χρήσης από τον ασφαλειολήπτη. Επιπροσθέτως, έχοντας πάντα ως σημείο αναφοράς το κλασικό Αστικό Δίκαιο θα επιχειρηθεί ο προσδιορισμός της νομικής φύσης της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, αναδεικνύοντας παράλληλα τις ουσιωδέστερες παρεκκλίσεις από τις βασικές αρχές του Αστικού Δικαίου. Τέλος, η παρούσα θα ολοκληρωθεί με την ανάλυση της αστικής ευθύνης που μπορεί να προκύψει σε περιπτώσεις παραβίασης των υποχρεώσεων του ασφαλειολήπτη, οι οποίες απορρέουν από την άσκηση του δικαιώματος χρήσης.

⁴ Υπ' αριθ. 3,4 σκέυεις του Προοιμίου της Οδ. 2002/47/EK.

⁵ Άρθρο 5 παρ. 2,3 ν. 3301/2004.

1. Συνοπτική παρουσίαση των ρυθμίσεων της Οδ. 2002/47/EK

Προτού προβούμε στην κυρίως ανάλυση του δικαιώματος χρήσης στην σύμβαση παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, κρίνεται χρήσιμο να χαράξουμε το ειδικό νομικό πλαίσιο στο οποίο αυτό εντάσσεται και επί τη βάση του οποίου δύναται να παρασχεθεί. Ο ν. 3301/2004, που ενσωμάτωσε στο ελληνικό δίκαιο την Οδ. 2002/47/EK, εισάγει ένα ιδιαίτερα προνομιακό καθεστώς σύστασης, λειτουργίας και εκτέλεσης των συμφωνιών χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Μάλιστα, υπό το φως του σκοπού της βελτιστοποίησης της αποτελεσματικότητας και της αποδοτικότητας των συμφωνιών αυτών, εισάγονται σημαντικές παρεκκλίσεις από διατάξεις αναγκαστικού δικαίου.

Το υποκειμενικό πεδίο της Οδηγίας ορίζεται αυστηρά, καλύπτοντας ορισμένο εύρος συναλλαγών. Έτσι, εφαρμόζεται σε εκείνες τις συμφωνίες, όπου τουλάχιστον το ένα μέρος (ασφαλειολήπτης ή ασφαλειοδότης) εμπίπτει στις εξής κατηγορίες: δημόσια αρχή (εξαιρουμένων εκείνων που τελούν υπό την εγγύηση του Δημοσίου), κεντρικές τράπεζες, η ΕΚΤ, η Τράπεζα Διεθνών Διακανονισμών, το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο και η Ευρωπαϊκή Τράπεζα Επενδύσεων, χρηματοπιστωτικά ιδρύματα, κεντρικός αντισυμβαλλόμενος, διακανονιστής, συμψηφιστικό γραφείο, αλλά και οποιοδήποτε νομικό πρόσωπο, υπό την προϋπόθεση ότι το αντισυμβαλλόμενο μέρος ανήκει στις ανωτέρω κατηγορίες.⁶ Αντικείμενο χρηματοοικονομικής ασφάλειας μπορεί να αποτελέσουν μετρητά, σε οποιαδήποτε μορφή, χρηματοπιστωτικά μέσα⁷ και πιστωτικές απαιτήσεις.⁸

Η Οδηγία εφαρμόζεται σε συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας είτε με τη μορφή της μεταβίβασης τίτλου, συμπεριλαμβανομένων και των συμβάσεων πώλησης με σύμφωνο επαναγοράς (repos), είτε με τη μορφή της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Στην πρώτη περίπτωση εντάσσεται η καταπιστευτική μεταβίβαση κυριότητας, η οποία αναγνωρίζεται από την κοινοτική ρύθμιση ως αυτόνομος θεσμός εξασφάλισης των απαιτήσεων, παρά τις έντονες αντιρρήσεις μεγάλου μέρους της επιστήμης.⁹ Αντίστοιχα στην κατηγορία των

⁶ Άρθρο 1 παρ.2 Οδ. 2002/47/EK, αλλά και άρθρο 1 παρ.2 ν. 3301/2004.

⁷ Ειδικότερα για τους τίτλους που εμπίπτουν στον ορισμό των χρηματοπιστωτικών μέσων βλ. άρθρο 2 παρ. 1 στ. ε) Οδ. 2002/47/EK.

⁸ Οι πιστωτικές απαιτήσεις εισήχθησαν στο αντικειμενικό πεδίο των συμφωνιών χρηματοοικονομικής ασφάλειας με την Οδ. 2009/44/EK, που ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το ν. 4021/2011, με σκοπό την αύξηση των διαθέσιμων ασφαλειών, την εντατικοποίηση του ανταγωνισμού και την καλύτερη διαθεσιμότητα των πιστώσεων, βλ. και υπ' αρ. 5 σκέψη του Προοιμίου της Οδ. 2009/44/EK.

⁹ Όπως αναγράφεται και στο Προοίμιο της Οδ. 2002/47/EK σκ.13 καθώς και στην εισηγητική Έκθεση του ν. 3301/2004 «προς εξάλειψη του ενδεχομένου του λεγόμενου επαναχαρακτηρισμού τέτοιων συμφωνιών», ήτοι της αποφυγής της αμφισβήτησης της νομιμότητας της μεταβίβασης και του χαρακτηρισμού της ως ενεχύρου.

συμβάσεων παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί κινητών και κινητών αξιών,¹⁰ το ελληνικό δίκαιο αναγνωρίζει, κυρίως, το θεσμό της σύστασης ενεχύρου.

Η Οδ. 2002/47/EK έχει απασχολήσει την νομική κοινότητα λόγω των σημαντικών αποκλίσεων που εισάγει σε πληθώρα διατάξεων αναγκαστικού δικαίου. Ειδικότερα, για τη σύσταση της χρηματοοικονομικής ασφάλειας καθιερώνεται ο άτυπος χαρακτήρας των συμφωνιών, διαρρηγνύοντας τον κανόνα της τυπικότητας των εμπραγμάτων δικαιοπραξιών, και ιδίως του ενεχύρου. Επιπροσθέτως, μολονότι στο αρ. 4 του ν. 3301/2004 γίνεται λόγος για αναγκαστική εκτέλεση των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, δεν λαμβάνουν χώρα οι νόμιμες διαδικασίες της εκτέλεσης, αλλά ο ασφαλειολήπτης δύναται να ικανοποιηθεί απευθείας από την ασφάλεια μεταβιβάζοντάς την ή αποκτώντας την ο ίδιος. Θεσπίζονται, ακόμα, παρεκκλίσεις από τις συλλογικές διαδικασίες πτώχευσης, εκκαθάρισης και εξυγίανσης, με βασικότερη την κατάργηση του κανόνα της αναδρομικής ενέργειας των αποτελεσμάτων της πτώχευσης, απαγορεύοντας την ανάκληση της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας απλώς επειδή παρασχέθηκε εντός της ύποπτης περιόδου.¹¹

Τέλος, ιδιαίτερης μνείας χρήζει και η ρύθμιση του κοινοτικού νομοθέτη για το εφαρμοστέο δίκαιο, στην περίπτωση που η παροχή εμπράγματης ασφάλειας ενέχει στοιχείο αλλοδαπότητας. Λαμβάνοντας υπόψιν την απούλοποίηση των τίτλων, ως *lex situs* ορίστηκε το δίκαιο της χώρας όπου τηρείται ο λογαριασμός, στον οποίο έχει καταχωρηθεί η καταπιστευτική μεταβίβαση ή η ενεχύραση των τίτλων.¹² Στην παρούσα εργασία η ανάλυση θα γίνει επί τη βάση του ελληνικού δικαίου ως εφαρμοστέου στην σύμβαση παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης.

¹⁰ Το πρωτότυπο κείμενο της Οδηγίας στην αγγλική γλώσσα αναφέρεται στην δεύτερη αυτή μορφή χρηματοοικονομικής ασφάλειας ως “security financial collateral arrangement”, όρος που στην ελληνική μετάφραση της Οδηγίας μεταφέρθηκε ως «συμφωνία εγγυοδοσίας». Η συγκεκριμένη ορολογική επιλογή παρότι μη ακριβής, παρουσίαζε το πλεονέκτημα ότι περιέκλειε και άλλες μορφές εξασφάλισης πέραν του ενεχύρου οι οποίες σε αλλοδαπές έννομες τάξεις επιτελούν λειτουργία εμπράγματης ασφάλειας, με στόχο την διευκόλυνση των διασυνοριακών χρηματοοικονομικών συναλλαγών για τα ελληνικά χρηματοπιστωτικά ιδρύματα. Ωστόσο, στον ν. 3301/2004, που ενσωμάτωσε την Οδηγία, χρησιμοποιήθηκε αντ’ αυτού ο όρος «εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια». Οι δύο όροι θεωρούνται στην παρούσα εργασία ταυτόσημοι.

¹¹ Αγγελάκης Μ. Ε., Συμφωνίες Παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας (άρθρα 1-10 του Ν. 3301/2004) Συνοπτική παρουσίαση θεσμικού πλαισίου, ΔΕΕΤ 2005, σελ. 49, όπου αναφέρεται ότι ο κοινοτικός νομοθέτης αφήνει περιθώρια εφαρμογής εθνικών διατάξεων και δικαστικής προσβολής της εκποιητικής δικαιοπραξίας από το σύνδικο στην περίπτωση δόλιας βλάβης των πτωχευτικών πιστωτών (ΠτΚ 44).

¹² Άρθρο 9 ν. 3301/2004

2. Η σύσταση της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης

Για τη σύσταση της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας απαιτείται σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 περ. α', β' και γ' Ν. 3301/2004, συμφωνία ασφαλειοδότη και ασφαλειολήπτη δυνάμει της οποίας ο ασφαλειοδότης παρέχει στον ασφαλειολήπτη ή υπέρ αυτού, ενέχυρο με σκοπό την εξασφάλιση του ή την κάλυψη εκτέλεσης σχετικών χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων. Η συμφωνία αυτή αποτελεί εμπράγματη σύμβαση και καταρτίζεται μεταξύ του κυρίου του υπέγγυου αντικειμένου και του ασφαλειολήπτη με σκοπό την εξασφάλιση απαίτησης¹³ του τελευταίου έναντι του πρώτου ή έναντι ενός τρίτου προσώπου.

Κατά τις γενικές αρχές του δικαίου των εμπραγμάτων ασφαλειών υφίσταται και εδώ ο παρεπόμενος χαρακτήρας της ασφάλειας, κατά το ότι αυτή δίνεται προς εξασφάλιση της υποκείμενης απαίτησης και δεν μπορεί να αυτονομηθεί από την τύχη αυτής. Επιπροσθέτως, η απαίτηση πρέπει να είναι ορισμένη ή οριστή, ενώ η δεύτερη όψη της αρχής της ειδικότητας, που συνίσταται στον σαφή και επαρκή προσδιορισμό των υπέγγυων αντικειμένων της ασφάλειας, ικανοποιείται με διαφορετικό τρόπο ανάλογα με τη φύση του υπέγγυου στοιχείου. Ειδικότερα κατά το άρθρο 1 §4 του ν. 3301/2004 όταν η χρηματοοικονομική ασφάλεια παρέχεται επί τίτλων σε λογιστική μορφή θα πρέπει να προσδιορίζεται πέραν της ποσότητας και τον ειδικότερων στοιχείων αυτών και ο λογαριασμός του οποίου αποτελούν πίστωση ή σε πίστωση του οποίου θα μεταφερθούν. Ομοίως, όταν η χρηματοοικονομική ασφάλεια παρέχεται επί μετρητών θα πρέπει να προσδιορίζεται πέραν ασφαλώς του ποσού και του νομίσματος και ο λογαριασμός (αρ. 1 παρ. 4 εδ. β' Ν. 3301/2004) στον οποίο θα πιστωθεί η εν λόγω ασφάλεια ή σε πίστωση του οποίου θα μεταφερθεί.¹⁴

Περαιτέρω, η «παροχή» της ασφάλειας πραγματώνεται με την παράδοση, μεταβίβαση, κατακράτηση, καταχώριση, ή με όποιον άλλο τρόπο συντελεί στην απόκτηση της κατοχής ή του ελέγχου της ασφάλειας από τον ασφαλειολήπτη ή τρίτο πρόσωπο για λογαριασμό του. Επιτυγχάνεται έτσι, η ουσιαστική δημοσιότητα κατά το ότι ο ασφαλειολήπτης αποκτά τη φυσική εξουσίαση του πράγματος. Μάλιστα, δυνάμει του αρ. 3 §1 του ν.3301/2004, είναι δυνατή η απόκτηση της οιονεί νομής με οποιοδήποτε από τους περιγραφόμενους στα αρ. 976, 977, 979 ΑΚ, ήτοι και με έκταξη ή αντιφώνηση καθώς και με την παράδοση σε τρίτο πρόσωπο-θεματοφύλακα.

¹³ Βλ. αρ. 2 παρ. 1 στοιχ. στ' ν. 3301/2004: η απαίτηση αυτή μπορεί να είναι υφιστάμενη, μελλοντική, ενδεχόμενη, τελούσα υπό αίρεση ή προθεσμία ή να απορρέει τη λειτουργία μιας σύμβασης πλαίσιο ή να είναι αποτέλεσμα ενός διακανονισμού. Επιπλέον μπορεί να συμφωνηθεί από τα μέρη ότι η χρηματοοικονομική ασφάλεια παρέχεται προς εξασφάλιση ορισμένης κατηγορίας ή είδους απαιτήσεων οποτεδήποτε αυτές προκύψουν, ή προς εξασφάλιση απαιτήσεων προερχόμενων από σύνθετες χρηματοοικονομικές συναλλαγές, όπως παραγώγων χρηματοοικονομικών συμβολαίων

¹⁴ Αξίζει, εδώ να αναφερθεί ότι με τον ν. 4021/2011, προστέθηκαν οι πιστωτικές απαιτήσεις ως αντικείμενο χρηματοοικονομικής ασφάλειας, οι οποίες όμως εξαιρέθηκαν από το ειδικότερο αντικειμενικό πεδίο χρηματοοικονομικής ασφάλειας υπό τη μορφή ενέχυρου με δικαίωμα χρήσης. Βλ. σχετικά άρθρο 5 §6 ν.3301/2004, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει από το ν.4221/2011.

Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, σημαίνουσα καινοτομία του ν. 3301/2004, αποτελεί η παρέκκλιση από τη βασική αρχή του συστατικού έγγραφου τύπου των εμπραγμάτων δικαιπραξιών, καθιερώνοντας ως μόνη προϋπόθεση την πιστοποίηση της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας «εγγράφως», συμπεριλαμβανομένων και καταχωρίσεων σε ηλεκτρονικά μέσα ή οποιοδήποτε άλλο σταθερό υπόθεμα.¹⁵ Ως αποτύπωση σε άλλο σταθερό υπόθεμα μπορεί να θεωρηθεί μάλιστα ακόμα και η καταγραφή της συνομιλίας των συναλλασσομένων ή και άλλοι τρόποι που χρησιμοποιούν συνήθως οι συναλλασσόμενοι στις κεφαλαιαγορές.¹⁶ Μάλιστα, η εφαρμογή του άρθρου 1211 ΑΚ για την σύσταση ενεχύρου με συμβολαιογραφικό έγγραφο ή ιδιωτικό έγγραφο βέβαιης χρονολογίας αποκλείεται ρητώς, μαζί με οποιαδήποτε άλλη επιπρόσθετη τυπική προϋπόθεση σύστασης που δεν περιλαμβάνεται στο ν. 3301/2004. Η ρύθμιση αυτή, του άρθρου 3 §1 ν. 3301/2004, αντικατοπτρίζει το δίπολο της στοχοθεσίας του ενωσιακού νομοθέτη, που είναι από την μία πλευρά να εξαλείψει τα όποια διοικητικά και γραφειοκρατικά «βάρη» προβλέπει η κάθε εθνική νομοθεσία διατηρώντας, όμως παράλληλα, την «ανιχνευσιμότητα» των ασφαλειών προς αποσόβηση του κινδύνου απάτης.¹⁷ Δεν καταλείπεται, συνεπώς, αμφιβολία ότι σύμβαση παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, είναι άτυπη καθότι, ο απαιτούμενος «έγγραφος» τύπος δεν είναι παρά αποδεικτικός.¹⁸

Έχοντας αναλύσει τις γενικές προϋποθέσεις σύστασης εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, θα εξετάσουμε σε ένα δεύτερο στάδιο τη σύσταση δικαιώματος χρήσης επί αυτής. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ν. 3301/2004, καθίσταται, ήδη, σαφές ότι για την απόκτηση έγκυρου δικαιώματος χρήσης της ασφάλειας πρέπει να έχει υπάρξει σχετική συμφωνία των μερών. Η συμφωνία αυτή θα αναφέρεται τόσο στην παραχώρηση του δικαιώματος χρήσης όσο και στις ειδικότερες εξουσίες στις οποίες αυτό θα αναλύεται. Επιπροσθέτως, τα μέρη δύνανται να συμφωνήσουν εναλλακτικά της υποχρέωσης προς αντικατάσταση της ασφάλειας με ισοδύναμη, τον συμψηφισμό της αξίας της ή τη χρήση αυτής προς απαλλαγή από τις σχετικές χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις.

Αναδεικνύεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, ήδη εξ αρχής το σαφές προβάδισμα που παραχωρεί ο ενωσιακός νομοθέτης στην ιδιωτική αυτονομία, κατά το ότι εναποθέτει στην δικαιοπρακτική βούληση των μερών τη σύσταση, το ακριβές περιεχόμενο και την έκταση του δικαιώματος χρήσης. Πρόκειται για μια τακτική που απέχει από το ελληνικό νομοθετικό «γίγνεσθαι», όπου τα

¹⁵ Άρθρο 2 § 1 στ. ιε' ν. 3301/2004.

¹⁶ EFMGL (European Financial Markets Law Group) «Statement on a proposal for a directive on financial collateral arrangements [COM (2001)168]

¹⁷ Αγγελάκης Μ. Ε., Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας (άρθρα 1-10 Ν. 3301/2004) Συνοπτική Παρουσίαση θεσμικού πλαισίου, ο.π., σελ. 53.

¹⁸ Άρθρο 3 §1 ν.3301/2004 «... δεν απαιτείται η τήρηση οποιοδήποτε περαιτέρω τύπου ή η εκτέλεση οποιασδήποτε τυπικής πράξεως για το κύρος και την απόδειξη της συμφωνίας ή της παροχής ασφαλείας» καθώς και Βέλλα Π., Η κατά Ν. 3301/2004 χρηματοοικονομική ασφάλεια, ο.π., σελ. 376

εμπράγματα δικαιώματα επί περιουσιακών στοιχείων ρυθμίζονται κυρίως με διατάξεις αναγκαστικής φύσεως, λόγω της αυξημένης σημασίας που αποδίδει σε αυτά η έννομη τάξη μας.

Η συμφωνία για το δικαίωμα χρήσης της ασφάλειας, αποτελεί κατ' ουσίαν ειδικότερο μέρος της σύμβασης παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας στην οποία και εντάσσεται, με αποτέλεσμα να υπάγεται και αυτή σε όλες τις τυπικές προϋποθέσεις σύστασης που αναλύθηκαν ανωτέρω. Ας σημειωθεί, ότι στην συναλλακτική πρακτική συνηθίζεται τα μέρη να καταφεύγουν σε συμβάσεις-πλαίσια με τυποποιημένη αρχιτεκτονική, υπό τη μορφή ενοποιημένων συμβάσεων που εκδίδουν διεθνείς χρηματοοικονομικοί φορείς, όπως η σύμβαση-πλαίσιο της Διεθνούς Ομοσπονδίας Χρηματιστηριακών Εταιρειών (International Dealers Association –ISDA).¹⁹ Σε αυτές τις συμβάσεις πρότυπα οι ειδικότερες συμφωνίες των μερών, εν προκειμένω η παραχώρηση και ρύθμιση του δικαιώματος χρήσης της ασφάλειας, ενσωματώνονται συνήθως σε ειδικά προσαρτήματα (“schedules”), τα οποία μαζί με την κύρια σύμβαση αποτελούν ενιαίο κείμενο.²⁰

¹⁹ Άλλες τέτοιες συμφωνίες-πλαίσιο είναι οι: Global Master Repurchase Agreement (GMRA), Overseas Securities Lender's Agreement (OSLA), ISDA Master Agreements του 1987 και του 1992 με τα προσαρτήματα της καθώς και οι συμφωνίες- πλαίσιο της Βρετανικής Ένωσης Τραπεζών (British Bankers Association).

²⁰ Αυγουλέα Αιμ. –Μαρή Π., Παράγωγα χρηματοοικονομικά συμβόλαια- Συνοπτική νομική και οικονομική ανάλυση, ΔΕΕ 2007, σελ. 1150.

3. Το περιεχόμενο του δικαιώματος χρήσης

Διαγράφεται ήδη ως ζήτημα υψηλής σημασίας, η κατά το δυνατόν σαφέστερη οριοθέτηση του εννοιολογικού εύρους του όρου «χρήση», προκειμένου να αντιληφθούμε το περιεχόμενο και την ουσία της εξουσίας που παρέχει ο κοινοτικός νομοθέτης στον ασφαλειολήπτη. Στην Οδηγία το δικαίωμα χρήσης ορίζεται ως «το δικαίωμα του ασφαλειολήπτη να χρησιμοποιεί και να διαθέτει τα υποκείμενα στην ασφάλεια περιουσιακά στοιχεία ως κάτοχος τους στο πλαίσιο της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής εμπράγματης ασφάλειας».²¹ Επομένως, με την άσκηση του δικαιώματος χρήσης ο ασφαλειολήπτης δύναται είτε να «χρησιμοποιήσει» είτε να «διαθέσει» την ασφάλεια.

Με μια πρώτη ερμηνευτική προσέγγιση αντιλαμβανόμαστε ότι η δυνατότητα του ασφαλειολήπτη να «χρησιμοποιήσει», κατ' αρχήν, την ασφάλεια αναφέρεται σε εξουσίες συγγενείς με την εν γένει οικονομική διοίκηση της ασφάλειας. Αντίστοιχης φύσεως εξουσίες παρέχει και το δικαίωμα στη χρήση του ενεχύρου που θεσπίζει το άρθρο 1224 ΑΚ.²² Ωστόσο, ο Ενωσιακός νομοθέτης προχωρά έτι περαιτέρω προσθέτοντας τον όρο της «διάθεσης» με τον οποίο δεν μπορεί παρά να εννοεί τόσο τη δυνατότητα παραχώρησης εμπράγματου δικαιώματος σε τρίτον (π.χ. μετενεχύραση) όσο και την κατά κυριότητα μεταβίβαση της ασφάλειας.

Παρά τη σαφή αυτή αναφορά στον όρο της διάθεσης, η ερμηνευτική προσέγγιση του εν λόγω χωρίου προσκόπτει στην μάλλον απρόσμενη χρήση της λέξης «κάτοχος». Κατά το άρθρο 2 παρ. 1 στ. ιγ' του ν. 3301/2004 ο ασφαλειολήπτης χρησιμοποιεί και διαθέτει τα υποκείμενα στην ασφάλεια περιουσιακά στοιχεία «ως κάτοχός τους». Προκύπτει συνεπώς η εξής εύλογη διερώτηση: πώς είναι δυνατή η ύπαρξη εξουσίας διαθέσεως και ειδικότερα μεταβίβασης του καθολικότερου όλων δικαιώματος της κυριότητας από τον κάτοχο; Σε αυτό το σημείο μπορεί να οδηγηθεί κανείς στην σκέψη ότι ο όρος «διάθεση» εξικνεύεται στην εξουσία σύστασης απλώς περαιτέρω εμπράγματου δικαιώματος υπέρ τρίτου και δεν περιλαμβάνει την κατά κυριότητα μεταβίβαση της ασφάλειας. Συναφώς θα μπορούσε, ακόμα, να υποστηριχτεί, ότι ο ασφαλειολήπτης, ως κάτοχος, δύναται να μεταβιβάσει την κατοχή που έχει, με αποτέλεσμα ο τρίτος να αποκτά την κυριότητα μόνο υπό τις προϋποθέσεις της κτήσης κυριότητας κινητού από μη κύριο κατά τις διατάξεις ΑΚ 1036, 1039. Ή διαφορετικά, ότι τυχόν μεταβίβαση από τον μη δικαιούχο ασφαλειολήπτη θα είναι έγκυρη εφόσον έγινε με την έγκριση του κυρίου – ασφαλειοδότη ή, ελλείψει συναίνεσης, θα ισχυροποιείται κατόπιν έγκρισης από αυτόν (ΑΚ 239).

Μολαταύτα, προβαίνοντας σε σύμφωνη με την Οδηγία ερμηνεία αλλά και μια περαιτέρω τελλογική προσέγγιση, φαίνεται ότι ratio της Οδηγίας είναι να εξοπλίσει τον δανειστή με αυξημένα δικαιώματα, αντίστοιχα εκείνων στην περίπτωση της καταπιστευτικής μεταβίβασης, προς επίτευξη του σκοπού της διευκόλυνσης της επενδυτικής και ενεργητικής πιστωτικής

²¹ Άρθρο 2 παρ. 1 στ. ιγ' Οδ. 2002/47/ΕΚ καθώς και του ν. 3301/2004.

²² Σκούρας Θ. σε Απ. Σ. Γεωργιάδη/ Μ. Π. Σταθόπουλο «Αστικός Κώδιξ, Κατ' άρθρο ερμηνεία, Εμπράγματο Δίκαιο» τομ. 5^{ος} και 6^{ος}, Π.Ν. Σάκκουλας, 1985, άρθρο 1224, αρ. 12

δραστηριότητάς του.²³ Προς επίρρωση της άποψης αυτής λειτουργεί και το γεγονός ότι στο αγγλικό και πρωτότυπο κείμενο της Οδηγίας χρησιμοποιείται η λέξη “owner”, η οποία μεταφράστηκε κατόπιν από τον Έλληνα νομοθέτη ως «κάτοχος». Πρόκειται στο σημείο αυτό για μια μάλλον ατυχή μεταφορά της Οδηγίας, κατά το ότι διαφέρει ουσιωδώς η πραγματική και νομική θέση του κατόχου από αυτή του κυρίου (“owner”), πόσο μάλλον ιδωμένη και στο πλαίσιο της εν λόγω Οδηγίας.²⁴ Καθιερώνεται έτσι για πρώτη φορά στο ελληνικό δίκαιο η δυνατότητα του ασφαλειολήπτη να διαθέτει κατά κυριότητα τα υπέγγυα περιουσιακά στοιχεία, χωρίς ακόμα να έχει καταστεί ληξιπρόθεσμη η ασφαλιζόμενη απαίτηση.

Εκ των ανωτέρω αναφερόμενων προκύπτει, ότι ο θεσμός αυτός διαφέρει σημαντικά από το δικαίωμα χρήσης που αναγνωρίζει ο Αστικός Κώδικας στο άρθρο 1224, κυρίως κατά το ότι το τελευταίο δεν μπορεί να θεωρηθεί σε καμία περίπτωση ότι περιλαμβάνει και την κατά πλήρη κυριότητα διάθεση. Επιπροσθέτως, μολονότι φαινομενικά παρουσιάζουν ως κοινό σημείο την απαραίτητη προϋπόθεση της συγκατάθεσης του ασφαλειοδότη προς την εκάστοτε χρήση, εντοπίζεται και εδώ η εξής λεπτή διαφοροποίηση των δύο ρυθμίσεων: η συναίνεση του ασφαλειοδότη κατά το άρθρο 1224 ΑΚ έχει τη μορφή a posteriori παρεχόμενης άδειας, σε αντίθεση με τις προβλέψεις της Οδηγίας και του ν. 3301/2004, όπου η συναίνεση έχει την μορφή ex ante συμφωνημένου όρου στα πλαίσια της σύμβασης παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας.²⁵

Ας σημειωθεί, τελικώς, ότι το εκάστοτε περιεχόμενο του παραχωρούμενου δικαιώματος χρήσης στο πλαίσιο της σύμβασης παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, εναπόκειται στην δικαιοπρακτική βούληση των μερών και δύναται να διαφέρει κατά περίπτωση.²⁶ Ενδέχεται η εν λόγω συμφωνία να ορίζει ότι το παραχωρούμενο δικαίωμα χρήσης στον ασφαλειολήπτη εξικνείται στην εν γένει οικονομική διοίκηση της ασφάλειας και στην μετενεχύραση αυτής αποκλείοντας την εξουσία της κατά κυριότητας μεταβίβασης. Έτι περαιτέρω εναπόκειται στην συμφωνία των μερών να ορίσουν εάν κατόπιν της χρήσεως της ασφάλειας ο ασφαλειολήπτης θα ενέχεται σε αντικατάσταση με ισοδύναμη ασφάλεια ή σε συμβατικό συμψηφισμό αυτής ή σε χρήση της για την απόσβεση των σχετικών χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων.

²³ Πιτσιρίκος Ι., Ιδιαιτερότητες στην παροχή ασφάλειας με ασφαλειολήπτη Τράπεζα, ΠειρΝομ. 2012, σελ. 143

²⁴ Περγαμάλης Γ., Οδηγία 2002/47/ΕΚ για τος συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, ΔΕΕ 2004, σελ. 40.

²⁵ Περγαμάλης Γ., ο.π., σελ.40

²⁶ Άρθρο 5 §1 ν. 3301/2004 : «Στην περίπτωση και στον βαθμό που αυτό προβλέπεται από τους όρους της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας.»

4. Η νομική φύση της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης

4.1. Η προβληματική

Η αναζήτηση της νομικής φύσης ενός θεσμού δεν έχει μόνο θεωρητικό ενδιαφέρον αλλά και έντονη πρακτική σημασία, καθότι η κατάφαση της τυπολογικής του ένταξης σε ένα ήδη γνωστό νομικό μόρφωμα θα επιφέρει την αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του τελευταίου, με αποτέλεσμα να διαμορφωθούν συνακόλουθα και οι βασικές υποχρεώσεις και τα δικαιώματα των μερών, αλλά και τα βασικά χαρακτηριστικά της ευθύνης αυτών. Έχοντας αναλύσει την σύσταση και το περιεχόμενο της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, μπορεί κανείς εύλογα να παρατηρήσει ότι η νομική της φύση δεν προκύπτει με σαφήνεια. Προκειμένου να προσεγγίσουμε το θέμα αυτό και να αντιληφθούμε τους βασικούς προβληματισμούς, είναι χρήσιμο να εξετάσουμε την λειτουργία της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης στις συναλλαγές.

Σε ένα πρώτο στάδιο και εφόσον έχουμε νομότυπη σύσταση, ο ασφαλειολήπτης καθίσταται εμπραγμάτως ασφαλισμένος δανειστής με εξουσίες που προσομοιάζουν, θα έλεγε κανείς, στις παραδοσιακά παραχωρούμενες και επί του κλασικού ενέχυρου. Εδώ ο ασφαλειολήπτης έχει μεν το δικαίωμα χρήσης της ασφάλειας, ωστόσο δεν το έχει ασκήσει ακόμα. Έχει αποκτήσει μόνο την οιονεί νομή του περιουσιακού στοιχείου της χρηματοοικονομικής ασφάλειας, καθότι σε αυτό το στάδιο ο ασφαλειοδότης δεν αποξενώνεται ακόμα από την κυριότητα του.²⁷ Ο εμπραγμάτως ασφαλισμένος δανειστής έχει την φυσική εξουσία των υπέγγυων αντικειμένων,²⁸ την οποία ασκεί με διάνοια δικαιούχου περιορισμένου εμπράγματου δικαιώματος. Κατά το στάδιο αυτό δεν αποκλείεται και η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων για το κλασικό ενέχυρο του Αστικού Κώδικα, εφόσον αυτές δεν αποκλείονται ρητώς από τον ν. 3301/2004 και βέβαια συμβαδίζουν με τη φύση της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας.²⁹ Παραδείγματος χάριν, δεν θα μπορούσε να τύχει εφαρμογής η διάταξη 1220 ΑΚ, καθώς κατά την κρατούσα ερμηνευτική προσέγγιση, αφορά του φυσικούς καρπούς του υπέγγυου αντικειμένου, περίπτωση μην συντρέχουσα εν προκειμένω.³⁰ Αντίθετα, είναι δυνατή η

²⁷ Άρθρο 2 παρ. 1 στ. γ' του ν. 3301/2004: «...ενώ η κυριότητα ή το δικαίωμα επί της παρεχόμενης χρηματοοικονομικής ασφάλειας παραμένει στον ασφαλειοδότη κατά τη σύσταση του εμπράγματου δικαιώματος.»

²⁸ Όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, το υπέγγυο αντικείμενο απαιτείται να «παρασχεθεί» στον ασφαλειολήπτη με οποιονδήποτε τρόπο ώστε να βρίσκεται στην κατοχή ή υπό τον έλεγχο αυτού ή προσώπου ενεργούντος για λογαριασμό του.

²⁹ Εφόσον αντικείμενο της χρηματοοικονομικής ασφάλειας είναι μετρητά τότε θα υπάγονται στα άρθρα για το κλασικό ενέχυρο κινητών (ΑΚ 1209 επ.), ενώ στην περίπτωση των χρηματοπιστωτικών μέσων θα τυγχάνει εφαρμογής το αρ. 1244 ΑΚ για το ενέχυρο επί ανωνύμων τίτλων, που παραπέμπει πάλι στις διατάξεις για το ενέχυρο κινητών.

³⁰ ΕρμΑΚ, άρθρα 1220-1222, αρ.2 και άρθρο 961, αρ. 2-14

εφαρμογή του κανόνα της ΑΚ 1217, βάσει του οποίου το ενέχυρο υπάρχει από τη σύστασή του και αν ακόμα συστάθηκε για απαίτηση μελλοντική ή υπό αίρεση.³¹

Ένα δεύτερο διακριτό στάδιο στη λειτουργία της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας ενεργοποιείται με την άσκηση του δικαιώματος χρήσης από τον ασφαλειολήπτη. Όπως, ήδη αναφέρθηκε, από τη στιγμή που ο ασφαλειολήπτης ασκεί το δικαίωμα χρήσης έχει και την εξουσία είτε να χρησιμοποιήσει είτε να διαθέσει τα υπέγγυα περιουσιακά στοιχεία, αναλόγως με την έκταση των εξουσιών που έχουν συμφωνήσει τα μέρη. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον, από νομική άποψη αλλά και εξαιτίας της συνηθέστερης εμφάνισής της στις συναλλαγές, παρουσιάζει η άσκηση του δικαιώματος χρήσης όταν αυτό έχει παρασχεθεί στην πλήρη έκταση του.

Η δυνατότητα της κατά κυριότητα μεταβίβασης των υπέγγυων αντικειμένων προϋποθέτει λογικώς και την προηγούμενη απόκτησή της από τον ασφαλειολήπτη.³² Η ανάγκη για πρότερη απόκτηση της κυριότητας από τον τελευταίο δεν οδηγεί απαραίτητα στην ύπαρξη δογματικού κενού, επειδή απλώς δεν φαίνεται να προκύπτει ρητώς από τις προβλέψεις του νόμου και της Οδηγίας. Άλλωστε, λαμβάνοντας υπόψιν ότι τα μετρητά και τα χρηματοπιστωτικά μέσα προορίζονται για ευρεία κυκλοφορία χάριν της αναγκαίας ρευστότητας της αγοράς, η «χρήση» τους συνίσταται κυρίως στην εκποίηση ή τη μετενεχύραση τους. Οι ενέργειες αυτές προϋποθέτουν κατοχή και παράδοση των υπέγγυων αντικειμένων, με αποτέλεσμα να κρίνεται σκόπιμη και αποτελεσματικότερη η μετακύλιση της κυριότητας στα χέρια του εκάστοτε κατόχου.³³ Κατά αυτόν τον τρόπο ο ασφαλειολήπτης έχει την δυνατότητα να διενεργήσει οποιαδήποτε πράξη επί των υπέγγυων αντικειμένων, ως κύριος και νομέας, προς τον σκοπό της χρήσης αυτών.

Τέλος, σε ένα τρίτο στάδιο, και αφότου έχει λάβει χώρα η μεταβίβαση και η χρήση της ασφάλειας, ο ασφαλειολήπτης υποχρεούται να την αντικαταστήσει με κάποια ισοδύναμη, ή να συμψηφίσει την αξία της ή να τη χρησιμοποιήσει για την απαλλαγή του ασφαλειοδότη από τις χρηματοοικονομικές του υποχρεώσεις. Γίνεται, λοιπόν, αντιληπτό ότι με το δικαίωμα χρήσης τα μέρη προσβλέπουν, εκτός του σκοπού της εξασφάλισης μια απαίτησης, και στην άμεση εκμετάλλευση των υπέγγυων αντικειμένων, με τον ασφαλειολήπτη να ωφελείται αμέσως από την ουσία των περιουσιακών στοιχείων και όχι απαραίτητα από την αξία αυτών κατά το ύστερο

³¹ Βλ. και Χ. Ταρνανίδου «Συμβάσεις Παραγώγων του Χρηματοπιστωτικού τομέα», Εκδόσεις Σάκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2006, σελ. 281, όπου καταδεικνύεται η σημασία της αναλογικής εφαρμογής της ΑΚ 1217 στο ενέχυρο επί περιθωρίου παρεχόμενου με τη μορφή μετρητών κατά το ν. 2533/1997, το οποίο μπορεί να συσταθεί και με την μορφή χρηματοοικονομικής ασφάλειας υπό το πρίσμα του ν. 3301/2004. Καθώς το ενέχυρο επαναπροσδιορίζεται, ως παρακολουθηματικό προνόμιο του εκάστοτε απαιτούμενου και σε εκπλήρωση της σχετικής απαίτησης παρεχόμενου περιθωρίου, με την εφαρμογή της ΑΚ 1217 αποφεύγεται το ενδεχόμενο το ενέχυρο να εμφανίζεται συστηνόμενο μεταγενέστερα από το χρόνο γένεσης της ασφαλιζόμενης απαίτησης. Γίνεται, έτσι δεκτό ότι το ενέχυρο συστήνεται με το άνοιγμα του σχετικού λογαριασμού, ανεξαρτήτως εάν η έκταση του ενέχυρου επί της απαίτησης αυξομειώνεται λόγω των τυχόν μεταβολών των απαιτήσεων περιθωρίου.

³² Σύμφωνα και με την βασική αρχή “nemo dat quod non habet”.

³³ Βέλλας Π., Η κατά Ν. 3301/2004 χρηματοοικονομική εμπράγματη ασφάλεια, ο.π. σελ. 376

στάδιο της ρευστοποίησης και της αναγκαστικής εκποίησης, όπως συμβαίνει στις συνήθεις μορφές εμπραγμάτων ασφαλειών.³⁴

Όλες οι ανωτέρω παρατηρήσεις αναφορικά με τη λειτουργία του δικαιώματος χρήσης στην εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια, τείνουν στην διαπίστωση ότι αυτή δεν μπορεί να ενταχθεί τυπολογικά στο ρυθμιστικό και εννοιολογικό πλαίσιο του κλασικού ενεχύρου του Αστικού Κώδικα. Μολονότι το ενέχυρο αποτελεί την βασική μορφή εμπράγματης ασφάλειας επί κινητών και κινητών αξιών που αναγνωρίζει το δίκαιο μας, η δυνατότητα διάθεσης των υπέγγυων αντικειμένων, η πρότερη μεταβίβαση της κυριότητας αυτών από τον ασφαλειοδότη και η υποχρέωση του ασφαλειολήπτη για αντικατάσταση με ισοδύναμη ασφάλεια, δεν δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο ρύθμισης των άρθρων 1209 επ. ΑΚ.

Επιπροσθέτως, με την παροχή εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης επέρχεται κάμψη της βασικής αρχής *lex commissoria* κατά το άρθρο 1239 ΑΚ. Αν και εν προκειμένω, η μεταβίβαση των υπέγγυων αντικειμένων δεν τελείται υπό τον όρο της εμπρόθεσμης ικανοποίησης του ασφαλειολήπτη, εντούτοις είναι προφανές ότι κατατείνει στο ίδιο αποδοκιμαζόμενο από τον νόμο δικαιοπρακτικό αποτέλεσμα, ήτοι την απόκτηση της κυριότητας των βεβαρημένων από τον ασφαλειολήπτη προτού το ασφαλιζόμενο χρέος καταστεί ληξιπρόθεσμο.³⁵ Μολαταύτα, ορισμένα από τα ανωτέρω αναφερόμενα χαρακτηριστικά της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης δεν είναι εντελώς άγνωστα στο ελληνικό δίκαιο. Επί τη βάση αυτών θα επιχειρηθεί η εξέταση και η συγκριτική αντιπαράθεση με συγγενείς θεσμούς του ελληνικού δικαίου, ώστε να διαλευκανθεί έτι περαιτέρω η νομική της φύση.

³⁴ Πρόκειται για την βασική κατηγοριοποίηση των δικαιωμάτων εμπράγματης ασφάλειας σε δικαιώματα αξίας, κατά το ότι ο ασφαλειολήπτης ικανοποιείται από την αξία του πράγματος που προκύπτει κατόπιν της αναγκαστικής εκποίησης του. Βλ. και Απ. Σ. Γεωργιάδης, Εγχειρίδιο Εμπραγμάτων Δικαίου, ο.π. σελ. 48

³⁵ Ρούσσης Δ., Η αναβίωση της *lex commissoria* κι η σύγχρονη εμβέλεια της ιδιωτικής αυτονομίας στο δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας, ΕλλΔνη 2017, σελ. 1653 – 1654

4.2. Σύγκριση με άλλους συγγενείς θεσμούς

4.2.1. Το δικαίωμα χρήσης στην ανώμαλη παρακαταθήκη

Η ανώμαλη παρακαταθήκη αποτελεί επώνυμη συμβατική μορφή του Αστικού Κώδικα και διαφοροποιείται από την ομαλή, λόγω της πρόσθετης εξουσίας που διαθέτει ο θεματοφύλακας να χρησιμοποιεί τα παρακατατεθέντα (ΑΚ 830). Παρέχεται, επομένως, και εν προκειμένω ένα δικαίωμα χρήσης το οποίο παρουσιάζει αρκετές ομοιότητες με αυτό που παραχωρείται κατά την σύσταση εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας.

Αρχικά, και στις δύο περιπτώσεις το εννοιολογικό εύρος της «χρήσης» ορίζεται σε παρόμοια έκταση, κατά το ότι δεν ομιλούμε απλώς για υλική χρήση των υποκειμένων αντικειμένων αλλά για τέτοια χρήση που δύναται να επηρεάσει άμεσα την φυσική και νομική κατάσταση αυτών, φτάνοντας μέχρι και την εκποίησή τους. Εξ αυτού πηγάζει και μια πρόσθετη ομοιότητα των δύο θεσμών που είναι η υποχρέωση του θεματοφύλακα ή του ασφαλειολήπτη, αντίστοιχα, κατόπιν της χρήσης να αποδώσει αντικείμενα της ίδιας ποιότητας και ποσότητας.³⁶ Η υποχρέωση αντικατάστασης της ασφάλειας με ισοδύναμη κατά το ν. 3301/2004, ειδικά όταν πρόκειται για χρηματοπιστωτικά μέσα, ορίζεται μεν στενότερα, ωστόσο αυτό δεν εμποδίζει την διαπίστωση ότι και στις δύο περιπτώσεις τα μέρη προσβλέπουν στην διατήρηση της αξίας και της «ποιότητας» του πράγματος επί του οποίου παραχωρείται η χρήση και όχι το συγκεκριμένο πράγμα καθαυτό. Επίσης, για την νομότυπη άσκηση του δικαιώματος χρήσης απαιτείται και στις δύο περιπτώσεις η πρότερη έγγραφη ρητή συμφωνία των μερών.³⁷

Παρά τα ανωτέρω, υπάρχουν σημαίνουσες διαφορές μεταξύ της ανώμαλης παρακαταθήκης και της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης. Ειδικότερα, η όλη δομή της σύμβασης της ανώμαλης παρακαταθήκης ερείδεται επί του βασικού σκοπού που καλείται αυτή να επιτελέσει: την φύλαξη των πραγμάτων του παρακαταθέτη, μόνο όμως ως προς την ποσότητα και την αξία αυτών. Έτσι, ο οικονομικός σκοπός της σύμβασης αυτής συνίσταται στην ανάθεση της φύλαξης κάποιου αντικειμένου σε έναν τρίτο – θεματοφύλακα, ο οποίος συνήθως παρέχει λόγω της κοινωνικής ή επαγγελματικής του θέσης, εχέγγυα ασφαλούς φύλαξης και φερεγγυότητας. Καταφαίνεται, λοιπόν, ότι η ανώμαλη παρακαταθήκη στοχεύει στην ικανοποίηση του συμφέροντος του παρακαταθέτη να φυλάσσει με ασφάλεια και σιγουριά μια ορισμένη ποσότητα και αξία. Προς το σκοπό αυτό συναρτάται και το παρεχόμενο δικαίωμα χρήσης, αφού ο παρακαταθέτης δεν ενδιαφέρεται να λάβει το πράγμα που παρέδωσε αυτούσιο και κατά συνέπεια και για τη χρήση του από το θεματοφύλακα.

Αξίζει εδώ, να αναφερθεί ότι δεν αποκλείεται η ανώμαλη παρακαταθήκη να εξυπηρετεί εν τοις πράγμασι, αλλά δευτερευόντως, και πιστωτικούς σκοπούς κατά το ότι ο θεματοφύλακας

³⁶ Γεωργιάδης Απ. Σ., Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου, Δίκαιο & Οικονομία Π.Ν. Σάκκουλας, 2014, σελ.386

³⁷ Άρθρο 830 § 2 ΑΚ και Άρθρο 2 § 1 στ. ιε' ν. 3301/2004

επιτυγχάνει την εισροή περιουσιακών στοιχείων των οποίων μπορεί να κάνει χρήση³⁸. Γι' αυτό εισάγεται και ο ερμηνευτικός κανόνας της ΑΚ 830 § 1 εδ. α', κατά τον οποίον η κατάθεση χρημάτων ή άλλων αντικαταστατών πραγμάτων, εάν ο θεματοφύλακας έχει δικαίωμα χρήσης αυτών λογίζεται σε περίπτωση αμφιβολίας ως δάνειο.

Ωστόσο, η ύπαρξη της πιστοδοτικής αυτής λειτουργίας δεν εντάσσεται στον βασικό πυρήνα της ανώμαλης παρακαταθήκης, η οποία είναι επώνυμη σύμβαση σαφώς διακριτή από αυτή του δανείου. Αναδεικνύεται έτσι η διαφορετική στοχοθεσία και οικονομική λειτουργία της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης που αναλύεται αφενός, στην εξασφάλιση και την προστασία του ασφαλειολήπτη σε περίπτωση μη ικανοποίησης της απαίτησης του από τον οφειλέτη, αφετέρου στην ενίσχυση της εν γένει επενδυτικής και πιστωτικής του ικανότητας.

4.2.2. Κυμαινομένη ασφάλεια

Η κυμαινόμενη ασφάλεια (floating charge) αποτελεί παραλλαγή της εμπράγματης ασφάλειας και ανεδείχθη από την σύγχρονη οικονομία και την διεθνή συναλλακτική πρακτική. Κύριο χαρακτηριστικό της είναι ότι ο ασφαλειοδότης διατηρεί το δικαίωμα διάθεσης των ενεχυρασμένων κινητών πραγμάτων ή δικαιωμάτων, έχοντας όμως κατά κανόνα την υποχρέωση να αντικαθιστά τα διατεθειμένα αντικείμενα, σε εύλογο χρόνο, με άλλα αντικείμενα ανάλογης αξίας.³⁹ Ο νομοθέτης επέλεξε να ρυθμίσει την εν λόγω εμπράγματη ασφάλεια, αρκετά ελαστικά, εναποθέτοντας στην ιδιωτική αυτονομία των μερών την διαμόρφωση διαφόρων μορφών κυμαινόμενης ασφάλειας. Έτσι, είναι δυνατή η παραχώρηση της εξουσίας διάθεσης στον ασφαλειοδότη με υποχρέωση αντικατάστασης τους ή και χωρίς τέτοια υποχρέωση, με αποτέλεσμα, στην τελευταία αυτή περίπτωση, να ανήκει στην ασφάλεια κάθε φορά ό,τι απομένει στην ομάδα.⁴⁰

Συγκρίνοντας την κυμαινόμενη ασφάλεια με την εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης, αξίζει να παρατηρήσουμε αρχικά, την κοινή διάθεση του νομοθέτη για μια πιο ελαστική ρύθμιση των δύο θεσμών δίνοντας καθοριστική σημασία στην ιδιωτική αυτονομία των μερών. Η απόκλιση από την εθνική νομοθετική πρακτική της αυστηρής και συγκεκριμένης ρύθμισης των εμπραγμάτων ασφαλειών δικαιολογείται και στις δύο περιπτώσεις από το διττό

³⁸ Βλ. και σχετική ανάλυση για τη νομική φύση της τραπεζικής κατάθεσης και την διάκριση μεταξύ σύμβασης ανώμαλης παρακαταθήκης και δανείου: Καλλιμόπουλος Γ. Δ., Καραγιάννης Κ. Γ., Τσολακίδης Ζ. Ν., Δίκαιο Τραπεζικών Συναλλαγών Τόμος 1 Γενικό Μέρος Παθητικές Τραπεζικές Εργασίες, Π.Ν. Σάκκουλας, 2019, σελ. 303 επ.

³⁹ Άρθρα 16-18 ν. 2844/2000.

⁴⁰ Γεωργιάδης Απ. Σ., Η Εξασφάλιση των Πιστώσεων, Σάκκουλας Δίκαιο & Οικονομία, 2008, σελ. 562-563.

σκοπό των εν λόγω θεσμών, που είναι μεν η εξασφάλιση της απαίτησης του ασφαλειολήπτη αλλά και εν γένει η ενίσχυση της συναλλακτικής δραστηριότητας και της πιστοληπτικής ικανότητας των συναλλασσομένων. Για την εξυπηρέτηση του σκοπού αυτού αποδίδονται στον ασφαλειοδότη εξουσίες που ομοιάζουν με αυτές του δικαιώματος χρήσης στην εμπράγματα χρηματοοικονομική ασφάλεια. Έτσι ο ασφαλειοδότης της κυμαινόμενης ασφάλειας, διατηρεί την κατοχή της ομάδας των υπέγγυων αντικειμένων τα οποία μπορεί να χρησιμοποιεί για την επαγγελματική του δραστηριότητα αλλά και να τα διαθέσει.⁴¹

Επιπροσθέτως, και στην κυμαινόμενη ασφάλεια, ιδίως στην μορφή όπου υπάρχει υποχρέωση προς αντικατάσταση των διατεθιμένων αντικειμένων, τα μέρη προσβλέπουν στην διατήρηση της αξίας της ασφάλειας και όχι αυτουσίως στα αντικείμενα που την απαρτίζουν. Γι' αυτό υπάρχει και η υποχρέωση αντικατάστασης όπως συμβαίνει και στην εμπράγματα χρηματοοικονομική ασφάλεια. Μολαταύτα, η βασική διαφοροποίηση των εν λόγω μορφών εμπράγματος εξασφάλισης, προκύπτει ήδη εξ ορισμού αυτών, κατά το ότι στην κυμαινόμενη ασφάλεια οι εξουσίες χρήσης και διάθεσης των υπέγγυων αντικειμένων παραμένουν στον ασφαλειοδότη, ενώ στην εμπράγματα χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης, αυτές παραχωρούνται στον ασφαλειολήπτη. Και αυτό γιατί, μπορεί μεν να ενυπάρχει και στις δύο μορφές μια έντονη οικονομική λειτουργία αλλά αυτή δεν είναι η ίδια. Στην κυμαινόμενη ασφάλεια σκοπείται η ευελιξία του ασφαλειοδότη για την ακώλυτη συνέχιση της επαγγελματικής του δραστηριότητας παρέχοντας του τη δυνατότητα να μην δεσμεύει αμετάκλητα συγκεκριμένα περιουσιακά του στοιχεία αλλά να μπορεί να τα εναλλάσσει ανάλογα με τις ανάγκες του. Αντίθετα, η εμπράγματα χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης δομείται επί του σκοπού της οικονομικής εκμετάλλευσης των υπέγγυων αντικειμένων από τον ασφαλειολήπτη.

Ως προς αυτό συναρτάται και μια ακόμα απόκλιση των δύο θεσμών. Στην κυμαινόμενη ασφάλεια υπάρχει δυνατότητα αποκλεισμού της υποχρέωσης αντικατάστασης των διατεθιμένων αντικειμένων με αποτέλεσμα, η ασφάλεια να καλύπτει κάθε φορά τα εναπομείναντα αντικείμενα στην ομάδα. Αντιθέτως, η υποχρέωση αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια στην περίπτωση της εμπράγματος χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, λειτουργεί προς την αντίθετη κατεύθυνση, αποτελώντας βασικό δικαίωμα του ασφαλειοδότη καθώς και την κύρια υποχρέωση του ασφαλειολήπτη.⁴² Ως ακροτελεύτια διαφορά, ως σημειωθεί και εδώ ο στενότερος ορισμός του «ισοδύναμου»⁴³ στην αντικατάσταση της εμπράγματος χρηματοοικονομικής ασφάλειας σε σχέση με την κυμαινόμενη ασφάλεια, όπου ο ασφαλειοδότης θα ενέχεται να αντικαταστήσει απλώς με αντικείμενα ανάλογης αξίας.

⁴¹ Βέλλας Π. Ι., Η κατά ν.2844/2000 κυμαινόμενη εμπράγματα ασφάλεια, ΔΕΕ 2017, σελ. 770

⁴² Ακόμα και στην περίπτωση που εναλλακτικά της αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια συμφωνηθεί ο συμψηφισμός της αξίας αυτής ή χρήση της για την απαλλαγή από τις χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις του οφειλέτη, εξακολουθεί να υπάρχει ένα βασικό δικαίωμα του ασφαλειοδότη που συνιστά κύρια υποχρέωση του ασφαλειολήπτη, το οποίο συνεπάγεται την διατήρηση της ίδιας αξίας που δόθηκε αρχικώς με το υπέγγυο αντικείμενο. Οποιαδήποτε τέτοια μείωση συνιστά παράβαση των συμβατικών υποχρεώσεων του ασφαλειολήπτη.

⁴³ Άρθρο 2 § 1 στοιχ. θ' ν. 3301/2004.

4.2.3. Ανώμαλο ενέχυρο

Ένας ακόμα γνωστός θεσμός στο ελληνικό δίκαιο που παρουσιάζει ομοιότητες με την εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης είναι το ανώμαλο ενέχυρο (*ri gnus irregulare*). Αποτελεί μορφή του κλασικού συμβατικού ενεχύρου του Αστικού Κώδικα, αλλά διαφοροποιείται από αυτό κατά το ότι τα μέρη μπορούν να συμφωνήσουν δικαίωμα χρήσεως άλλως αναλώσεως των υπέγγυων αντικειμένων.⁴⁴ Η μορφή αυτή σκοπεί στην ρύθμιση των περιπτώσεων όπου παραχωρείται ενέχυρο σε αναλωτά πράγματα, τα οποία υπόκεινται εκ της φύσεως τους στο νόμο της φθοράς και κατά συνέπεια η αξία τους βρίσκεται σε αντιστρόφως ανάλογη σχέση με το πέρασ του χρόνου, ενώ σκοπός τους είναι η εκποίηση.⁴⁵

Μάλιστα κατά την ελληνική νομολογία εάν δόθηκαν σε ενέχυρο χρήματα, με δικαίωμα αναλώσεώς τους από το δανειστή και υποχρέωση αποδόσεως ίσης ποσότητας, αποτελεί ζήτημα ερμηνείας της ενεχυρικής συμφωνίας εάν πρόκειται για ενέχυρο, οπότε γίνεται λόγος για ανώμαλο ενέχυρο ή για άλλη σχέση.⁴⁶ Αποτελεί, επίσης, ζήτημα ερμηνείας της ενεχυρικής συμφωνίας τί επιθυμούσαν τα μέρη σχετικά με τα δικαιώματα του δανειστή πριν και μετά τη λήξη του χρέους. Η μάλλον πιθανή θέληση των μερών σε αυτή την περίπτωση είναι με τη λήξη του ασφαλιζόμενου χρέους ο δανειστής, αν σώζονται αυτούσια τα χρήματα, να δικαιούται είτε σε αυτοκαταβολή είτε σε συμψηφισμό.⁴⁷ Το είδος αυτό ενεχύρου δεν προβλέπεται στο δίκαιό μας, παρά μόνο στις περιπτώσεις του άρθρου 166 ΚΠολΔ. Επιπροσθέτως, γίνεται δεκτό ότι στα πλαίσια της παραλλαγής αυτής του κλασικού ενεχύρου, ο ασφαλειοδότης μεταβιβάζει κατά κυριότητα τα ενεχυρασθέντα αντικείμενα στον ασφαλειολήπτη «όπως αναλώση ταύτα και αποδώση ίση ποσότητα».⁴⁸

Από την σύντομη αυτή παράθεση των βασικών χαρακτηριστικών του ανώμαλου ενεχύρου προκύπτουν ήδη αρκετές λειτουργικές ομοιότητες με την εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης. Αρχικά, οι εξουσίες χρήσης και ανάλωσης που παραχωρούνται στο ανώμαλο ενέχυρο σχεδόν ταυτίζονται με τις εξουσίες του δικαιώματος χρήσης κατά το ν. 3301/2004, αφού και στις δύο περιπτώσεις είναι δυνατόν να έχουμε διάθεση των υπέγγυων αντικειμένων από τον ασφαλειολήπτη. Προς αυτό συναρτάται και η συνακόλουθη υποχρέωση του τελευταίου να αποδώσει ίση ποσότητα, άλλως να συμψηφίσει, ιδίως στις περιπτώσεις που τα υπέγγυα αντικείμενα είναι μετρητά. Οι βασικές αυτές ομοιότητες ερείδονται στο εγγενές

⁴⁴ Φίλιος Π., Εμπράγματο Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2011, σελ. 352 -353

⁴⁵ Όπως ορίζονται κατά το άρθρο 952 ΑΚ.

⁴⁶ ΠολΠρΠειρ. 1196/1988 ΤΝΠ ΔΣΑ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

⁴⁷ βλ. και Γεωργιάδης Α. - Σταθόπουλος Μ., Αστικός Κώδιξ, Κατ' άρθρο ερμηνεία, Εμπράγματο δίκαιο, τομ. 5^{ος} και 6^{ος}, Π.Ν. Σάκουλας, 1985, άρθρα 1209 και 1210

⁴⁸ Φίλιος Π., Εμπράγματο Δίκαιο, ο.π. σελ. 352.

χαρακτηριστικό της «εμπορευσιμότητας» («*tradability*») που διαθέτουν τα χρηματοπιστωτικά μέσα αλλά και στο γεγονός ότι υπόκεινται στο λεγόμενο «κίνδυνο της αγοράς» με αποτέλεσμα να προσομοιάζουν εν τοις πράγμασι με τα αναλωτά πράγματα κατ' άρθρο 952 ΑΚ. Ωστόσο, σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να θεωρηθούν αναλωτά πράγματα γιατί δεν υπόκεινται στον κίνδυνο της φθοράς.

Συγκεφαλαιώνοντας, οι ομοιότητες με το ανώμαλο ενέχυρο εντοπίζονται στο περιεχόμενο του δικαιώματος χρήσης και την συνήθη πρότερη μεταβίβαση της κυριότητας στον ασφαλειολήπτη, που είθισται να συμφωνούν τα μέρη. Μολαταύτα, η νομική κατασκευή του ανώμαλου ενεχύρου δεν είναι αρκετή για να συμπεριλάβει στην νομική της φύση ή έστω να παράσχει κάποιο νομικό έρεισμα για την ενσωμάτωση του θεσμού της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, κατά το ότι δεν αναγνωρίζει βασικά στοιχεία αυτής, όπως είναι παραδείγματος χάριν η εμπράγματη υποκατάσταση της αρχικής χρησιμοποιηθείσας ασφάλειας με την ισοδύναμη, που ενέχεται να παράσχει ο ασφαλειολήπτης.⁴⁹

4.3. Η εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης ως “*novum*”

Από την έως τώρα ανάλυση του περιεχομένου και της λειτουργίας της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης καθώς και την συγκριτική αντιπαράθεση αυτής με βασικούς θεσμούς του αστικού δικαίου, προκύπτει εναργώς ότι δεν χωρεί, εν προκειμένω, υπαγωγή αυτής όχι μόνο στην κλασική μορφή του ενεχύρου του Αστικού Κώδικα αλλά και σε καμία άλλη από τις ήδη γνωστές μορφές εξασφάλισης απαιτήσεων.

Η ειδοποιός διαφορά της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας συνίσταται σε αυτό καθαυτό το δικαίωμα χρήσης, το οποίο την καθιστά ασύμβατη με κάθε πρότερο θεσμό εμπράγματης εξασφάλισης που γνωρίζει το ελληνικό αστικό δίκαιο. Ειδικότερα, το δικαίωμα του ασφαλειολήπτη να διαθέτει ως κύριος τα υπέγγραυα αντικείμενα, η σχετική πρότερη μεταβίβαση της κυριότητας τους από τον ασφαλειοδότη, καθώς και η συνακόλουθη υποχρέωση αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια, η οποία θεωρείται ως παρασχεθείσα εξαρχής στο πλαίσιο της αρχικής συμφωνίας, είναι τα βασικά χαρακτηριστικά της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης που συνιστούν καινοτομία για το ελληνικό δίκαιο.

Αναφορικά με το ζήτημα της νομικής φύσης, έχει διατυπωθεί η άποψη ότι η εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης αποτελεί κατ' ουσίαν μια κεκαλυμμένη

⁴⁹ Βλ. σχετικά και παρακάτω ανάλυση υπό ενότητα 5.3. της παρούσας

μορφή καταπιστευτικής μεταβίβασης της κυριότητας. Ειδικότερα, υποστηρίζεται ότι πρόκειται, μεν, για μια ενεχυρική σχέση, μόνο όμως κατά το στάδιο της σύστασης της και έως ότου ο ασφαλειολήπτης ασκήσει το δικαίωμα χρήσης. Έκτοτε, και εφόσον ο ασφαλειολήπτης δύναται να διαθέσει ως κύριος τα υπέγγραφα αντικείμενα, η νομική του θέση απέχει κατά πολύ από αυτή του κλασικού ενεχυρούχου δανειστή, με αποτέλεσμα η έννομη σχέση των μερών να μετατρέπεται σε συμφωνία εξασφαλιστικής μεταβίβασης ή εκχώρησης.⁵⁰ Έτσι, έχει προταθεί σχετικώς ο χαρακτηρισμός της ασφάλειας όχι ως ενεχύρου αλλά ενδεχομένως ως «ενέχυρο υπό τον όρο εξασφαλιστικής μεταβίβασης ή εκχώρησης», ο οποίος πληρούται με την άσκηση του δικαιώματος χρήσης από τον ασφαλειολήπτη κατά τις διατυπώσεις της σύμβασης παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας.⁵¹

Η άποψη αυτή είναι άξια συζητήσεως κατά το ότι η κατάστρωσή της αποδίδει αυτή ακριβώς τη δυσκολία ενσωμάτωσης της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης στα δεδομένα του ελληνικού αστικού δικαίου. Πράγματι, η μεταβίβαση της κυριότητας των υπέγγραφων αντικειμένων καθόλου δεν προσιδιάζει στον θεσμό του ενεχύρου και αντίστοιχα θυμίζει τον θεσμό της καταπιστευτικής μεταβίβασης. Ωστόσο, κατά την άποψη της γράφουσας, η προσέγγιση αυτή παρορά αρκετά σημαίνοντα σημεία του ν. 3301/2004 και της Οδηγίας 2002/47/EK.

Κατ' αρχάς, όταν ο ασφαλειολήπτης χρησιμοποιήσει την ασφάλεια και κατόπιν την αντικαταστήσει με ισοδύναμη, ως ενέχεται, η τελευταία αυτή ασφάλεια λογίζεται ως παρασχεθείσα εξ αρχής κατά το χρόνο παροχής της αρχικής ασφάλειας.⁵² Μάλιστα, ο ασφαλειολήπτης κάνοντας χρήση της ασφάλειας δεν χάνει τα δικαιώματα του εκ της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας αναφορικά με τη ισοδύναμη ασφάλεια που παρείχε.⁵³ Οι δύο τελευταίες αυτές ρυθμίσεις είναι ασύμβατες με τη θεώρηση της σχέσης ως καταπιστευτικής μεταβίβασης, κατά το ότι τα μέρη δύνανται να συμφωνήσουν ότι η ισοδύναμη ασφάλεια θα υπάγεται στην ίδια συμβατική ρύθμιση με την αρχική, και, συνεπώς θα υπάρχει ξανά μια ενεχυρική σχέση – αφότου έχει ήδη ασκηθεί το δικαίωμα χρήσης- αλλά και ένα εκ νέου δικαίωμα χρήσης της ισοδύναμης ασφάλειας.

Βασική όμως τροχοπέδη για την άποψη περί «ενέχυρου υπό τον όρο της εξασφαλιστικής μεταβίβασης ή εκχώρησης» είναι η σύμφωνη με την Οδηγία ερμηνεία. Προκύπτει, σαφώς ότι ο κοινοτικός νομοθέτης προβλέπει δύο, διακριτές μεταξύ τους, μορφές παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, ήτοι την παροχή ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλου και την συμφωνία εγγυοδοσίας με παροχή χρηματοοικονομικής ασφάλειας, οι οποίες μάλιστα ορίζονται

⁵⁰ Καζιάνη Θ. Σπ., Το δάνειο τίτλων [κυρίως μετοχών] και η εξασφάλισή τους, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2010, σελ. 318 -320

⁵¹ Ταρνανίδου Χ., Συμβάσεις Παραγώγων του Χρηματοπιστωτικού Τομέα, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2006, σελ. 305

⁵² Άρθρο 5 § 3 ν. 3301/2004

⁵³ Άρθρο 5 § 4 ν. 3301/2004

ξεχωριστά και διαφορετικά.⁵⁴ Συνεπώς, η θεώρηση ότι η μία μορφή χρηματοοικονομικής ασφάλειας αποτελεί εν τοις πράγμασι κεκαλυμμένη μορφή της άλλης, παρορά τη βούληση του κοινοτικού νομοθέτη.

Προς επίρρωση των ανωτέρω κατευθύνεται και η τελολογική προσέγγιση της Οδηγίας. Είναι ιδιαίτερα σημαντικό ότι ο σκοπός του κοινοτικού νομοθέτη με την θέσπιση της παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας είναι διττός: αφενός η εξασφάλιση απαιτήσεων, αφετέρου η ενίσχυση της ρευστότητας και της σταθερότητας των αγορών, η μείωση του πιστωτικού κινδύνου και η διεύρυνση των αναγκαίων στοιχείων του ενεργητικού μιας επιχείρησης για τη σύσταση ασφάλειας, που θα οδηγήσουν τελικώς στην αύξηση της αποδοτικότητας της επενδυτικής και την εν γένει ενεργητικής δραστηριότητας στον χρηματοπιστωτικό τομέα.⁵⁵ Ο τελευταίος αυτός στόχος του κοινοτικού νομοθέτη δεν πρέπει, εδώ, να θεωρηθεί δευτερευούσης σημασίας σε σχέση με τον σκοπό της εν γένει εξασφάλισης των απαιτήσεων. Δεν πρόκειται απλώς για μια οικονομική συνέπεια, που επέρχεται μόνο και μόνο σαν απόρροια της εξασφάλισης, αλλά για ένα δεύτερο αυτονομημένο σκοπό, η επίτευξη του οποίου είναι αυτή που υπαγορεύει τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της χρηματοοικονομικής ασφάλειας σμιλεύοντάς την εν τέλει με ένα μάλλον ασυνήθη τρόπο για το ελληνικό εμπράγματο δίκαιο.

Μολαταύτα δεν μπορεί κανείς να παραβλέψει ότι ο εθνικός νομοθέτης ενσωματώνοντας την Οδ. 2002/47/EK, όρισε την παροχή εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας ως παροχή «ενεχύρου ή άλλου κατά το οικείο εφαρμοστέο δίκαιο περιορισμένου εμπράγματος δικαιώματος».⁵⁶ Η ρύθμιση αυτή αντικατοπτρίζει, μάλλον, την προσπάθεια του Έλληνα νομοθέτη να παράσχει ένα έρεισμα για την ομαλή ενσωμάτωση και νομική μεταχείριση της νέας αυτής μορφής εξασφάλισης στην εθνική έννομη τάξη. Ωστόσο, κάτι τέτοιο φαίνεται αδύνατο εν τοις πράγμασι, κατά το ότι οι ήδη γνωστοί θεσμοί εμπράγματης εξασφάλισης είναι ασύμβατοι με το δικαίωμα χρήσης.⁵⁷

⁵⁴ Άρθρο 2 § 1 στοιχ. α-γ Οδ. 2002/47/EK

⁵⁵ Ψυχομάνης Σ., Τραπεζικό Δίκαιο – Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, том. 1, Εκδόσεις Σάκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 158-159.

⁵⁶ Άρθρο 2 §1 στοιχ. γ v. 3301/2004.

⁵⁷ Keijser Th., Report on a right of use for collateral takers and custodians, Report presented to the UNIDROIT, Rome, July 2003, σελ. 4, 37-38, όπου διατυπώνεται η άποψη ότι η ενσωμάτωση της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, δεν μπορεί να γίνει επί τη βάση των γνωστών θεσμών εμπράγματης εξασφάλισης, ιδίως του ενεχύρου, καθότι στην δικαιοδοσία των περισσότερων Ευρωπαϊκών χωρών είναι ασύμβατες με το δικαίωμα χρήσης. Υποστηρίζει συναφώς, ότι οι εθνικοί νομοθέτες θα πρέπει να εξεύρουν ένα τρόπο ενσωμάτωσης που να μην περιορίζεται στην κλασική έννοια του ενέχυρο αλλά να συμβιβάζεται με την μεταβίβαση της κυριότητας των βεβαρημένων, η οποία είναι βασικό χαρακτηριστικό της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης.

Κρίνεται ορθότερο, λοιπόν, να μεταχειριστούμε την εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης ως “*bonum*”,⁵⁸ ήτοι ως μια νέα και ουσιωδώς διαφορετική μορφή εμπράγματης εξασφάλισης. Κατά αυτόν τον τρόπο θα καταφέρουμε να εξετάσουμε τα απορρέοντα νομικά ζητήματα με ένα μεθοδολογικά συνεπέστερο τρόπο, που θα έχει ως κύριο γνώμονα τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 2002/47/EK και τον επιδιωκόμενο σκοπό αυτής, χωρίς να περιχαρακώνεται στα στενά και ασύμβατα πλαίσια ανάλυσης, που θα παρείχε η τυπολογική ένταξη στις ρυθμίσεις των ήδη θεσμοθετημένων μορφών εμπράγματης εξασφάλισης. Εν κατακλείδι, αξ σημειωθεί ότι η θεώρησή αυτή καθόλου δεν παραβιάζει την αρχή του κλειστού αριθμού των εμπραγμάτων δικαιωμάτων, καθότι το νέο αυτό εξασφαλιστικό μόρφωμα δεν δημιουργήθηκε από την ιδιωτική βούληση αλλά εισήχθη ρητώς από τον ίδιο το νομοθέτη.⁵⁹

⁵⁸ Löber Klaus M., Die EG-Richtlinie über Finanzsicherheiten, BKR 2002, s. 602, όπου χαρακτηρίζει τη νέα αυτή μορφή εξασφάλισης ως «υβρίδιο» μεταξύ ενεχύρου και μεταβίβασης της κυριότητας.

⁵⁹ Γεωργιάδης Απ. Σ., Εγχειρίδιο Εμπραγμάτου Δικαίου, ο.π. σελ. 706, για την έννοια της αρχής του κλειστού αριθμού των εμπραγμάτων δικαιωμάτων.

5. Η έννομη σχέση ασφαλειοδότη - ασφαλειολήπτη

5.1. Η διάρθρωση της έννομης σχέσης επί τη βάση της ιδιωτικής αυτονομίας

Οι ιδιαιτερότητες της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, όπως αναλύθηκαν ευθύς ανωτέρω, διαμορφώνουν ιδιαιζόντως και την έννομη σχέση των μερών, η οποία καθορίζεται ουσιωδώς από την παραχώρηση και την άσκηση του δικαιώματος χρήσης. Δημιουργείται έτσι μεταξύ ασφαλειοδότη και ασφαλειολήπτη μια σχέση κατά πολύ διαφορετική από τις γνωστές στο εθνικό μας δίκαιο έννομες σχέσεις, η οποία απαιτεί μια αυτονομημένη νομική προσέγγιση, προσανατολισμένη στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της. Σε ένα πρώτο στάδιο χρειάζεται να διευκρινισθεί, ότι ο όρος «συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας» είναι κατ' ουσίαν ευρύτερος από την καθιερωμένη στον Αστικό Κώδικα «σύμβαση ενεχύρου». Ο πρώτος περιλαμβάνει όχι μόνο την «εμπράγματη» ασφάλεια, αλλά και τυχόν ενοχικές συμφωνίες των μερών καθώς και συμφωνίες μεταβίβασης των υπέγγυων αντικειμένων. Βασικός πυλώνας στη διαμόρφωση της εν λόγω έννομης σχέσης είναι το δικαίωμα χρήσης, το οποίο αποτελεί γενεσιουργό αιτία επιμέρους υποχρεώσεων των μερών (π.χ. η υποχρέωση του ασφαλειολήπτη για αντικατάσταση με ισοδύναμη ασφάλεια), καθώς και αντίστοιχων δικαιωμάτων και αξιώσεων.

Πριν την ανάλυση των βασικών υποχρεώσεων των μερών εκ του δικαιώματος χρήσης, που ενσωματώνονται κατ' εξοχήν στο άρθρο 5 του ν. 3301/2004, κρίνεται απαραίτητο να εντοπισθεί μια καίρια παράμετρος στη διαμόρφωση αυτών. Από την έως τώρα ανάλυση της παρούσας διαφαίνεται εναργώς ότι ο κοινοτικός νομοθέτης επέλεξε την ιδιωτική αυτονομία των συναλλασσομένων μερών ως βασικό ρυθμιστή της σχέσης τους, γεγονός με το οποίο συνάδει και η καθιέρωση του ατύπου των συμφωνιών παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας.⁶⁰ Αρξάμενοι ήδη από την παραχώρηση του δικαιώματος χρήσης, τον καθορισμό των βασικών εξουσιών που θα περιέχονται σε αυτό έως και τη διευθέτηση των υποχρεώσεων του ασφαλειολήπτη μετά την χρήση των βεβαρημένων, παρατηρούμε ένα πλέγμα ιδιαίτερα ελαστικών ρυθμίσεων, που αφήνουν περιθώρια περαιτέρω διαμόρφωσης από την ιδιωτική βούληση των εκάστοτε μερών.

Στα κύρια αυτά ζητήματα που απορρέουν από το δικαίωμα χρήσης προκρίθηκε η αδρομερής περιγραφή της έννομης σχέσης με την χάραξη ενός γενικού πλαισίου υποχρεώσεων. Η επιλογή και η διαμόρφωση του ειδικότερου περιεχομένου αυτών επαφίεται στην δικαιοπρακτική βούληση των μερών, τα οποία μπορούν να επιλέξουν αν ο ασφαλειολήπτης κατόπιν της χρήσεως των υπέγγυων στοιχείων θα ενέχεται σε αντικατάσταση με ισοδύναμη ασφάλεια ή θα μπορεί να συμψηφίσει την αξία της. Μια τέτοια νομοθετική πρακτική είναι τουλάχιστον ασυνήθης στο πλαίσιο των εθνικών ρυθμίσεων του Εμπραγμάτου Δικαίου, όπου επιλέγονται κατά κόρον διατάξεις αναγκαστικής φύσεως. Ωστόσο, η επιλογή της πρόταξης της ιδιωτικής αυτονομίας από τον νομοθέτη δικαιολογείται, εν προκειμένω, από τον έντονο οικονομικό σκοπό της Οδηγίας,

⁶⁰ Άρθρο 1 §4 συνδ. με άρθρο 3 §1 ν. 3301/2004, αλλά και άρθρο 158 ΑΚ.

κατά το ότι ο τελευταίος εξυπηρετείται καλύτερα υπό όρους ελευθερίας των συμβάσεων και ευελιξίας της διαμόρφωσης της δικαιοπρακτικής βούλησης των μερών.

Σε κάθε περίπτωση, δεν είναι άγνωστη στο δίκαιο μας η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας ως πηγή ενοχών. Το άρθρο 361 ΑΚ καθιερώνει τον κανόνα ότι η ιδιωτική αυτονομία μπορεί να παραγάγει δικαιώματα και υποχρεώσεις μέσω της σύναψης συμβάσεως, όπου, βέβαια, δεν ορίζεται άλλως από το νόμο. Άμεση απόρροια της ελευθερίας της ιδιωτικής βούλησης είναι η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, ενώ βασική έκφραση της τελευταίας είναι η δυνατότητα των μερών να επιλέξουν το περιεχόμενο της σύμβασης, συνεπώς, και της σχετικής αυτοδέσμευσης τους.⁶¹ Ωστόσο, η ιδιωτική βούληση των μερών στην διαμόρφωση των συμβατικών όρων της παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης δεν δύναται να είναι ανεξέλεγκτη.

Οι ρυθμίσεις του ν. 3301/2004, ερμηνευόμενες πάντα υπό το φως της Οδ. 2002/47/ΕΚ, περιχαρακώνουν τα πλαίσια κίνησης της δικαιοπρακτικής βούλησης, ενώ ως φραγμός τίθενται και οι γενικές ρήτρες του ελληνικού αστικού δικαίου, που θέτουν ως όριο τις απαιτήσεις των χρηστών ηθών, της καλής πίστης και τον κοινωνικοοικονομικό σκοπό των δικαιωμάτων. Τέτοιες είναι χαρακτηριστικά οι διατάξεις των άρθρων 178, 179, 200, 281, 288, 388 ΑΚ. Ας σημειωθεί, εδώ, ότι οι διατάξεις του ν. 3301/2004 τελούν σε σχέση αξιολογικής και λειτουργικής ενότητας, συναποτελώντας εσωτερικό σύστημα με τον Αστικό Κώδικα.⁶² Κατά συνέπεια, οι διατάξεις αυτές του Αστικού Δικαίου δεν φαλκιδεύουν την επιλογή του κοινοτικού νομοθέτη να ρυθμίσει την έννομη σχέση των μερών με βασικό άξονα την ιδιωτική αυτονομία, η οποία, άλλωστε, δεν δύναται να νοηθεί απεριορίστως. Αντιθέτως συνεισφέρουν στην καλύτερη δυνατή ερμηνεία της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης επί τη βάση της αληθούς δικαιοπρακτικής βούλησης των μερών, κατά τον τρόπο όμως που αυτή δύναται να εκφράζεται νομικά· ήτοι σεβόμενη τις βασικές δικαιοπολιτικές αρχές του δικαίου της *lex sitae*, που αποτελούν κοινό τόπο και για το ευρωπαϊκό δίκαιο.

5.2. Η αποτίμηση της αξίας της ασφάλειας με εμπορικά εύλογο τρόπο

Η ρύθμιση της μεθόδου αποτίμησης της αξίας της χρηματοοικονομικής ασφάλειας αποτελεί έναν από τους κύριους συμβατικούς όρους στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, καθώς και βασικό προαπαιτούμενο για την ομαλή λειτουργία αυτής. Κατ' αρχάς, η αποτίμηση της αξίας του υπέγγυου αντικειμένου είναι απαραίτητη ήδη κατά το στάδιο της σύστασης της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, κατά το ότι η αξία του πρέπει να καλύπτει το ποσό της υποκείμενης ασφαλιζόμενης απαίτησης του δανειστή - ασφαλειολήπτη. Επιπροσθέτως, η αποτίμηση της αξίας της ασφάλειας

⁶¹ Σταθόπουλος Μιχ. Π., *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2004, σελ. 249-250

⁶² Λέκκας Γ.Κ., *Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί χρηματοπιστωτικών μέσων και επί πιστωτικών απαιτήσεων και καλή πίστη*, Αναμνηστικός Τόμος για τον Λεωνίδα Γεωργακόπουλο, Τράπεζα της Ελλάδος, συντονισμός έκδ. Κέντρο Πολιτισμού, Έρευνας και Τεκμηρίωσης, 2016, σελ. 465

είναι αυτή που θα καθορίσει το «ισοδύναμο» της νέας ασφάλειας με την οποία θα ενέχεται ο ασφαλειολήπτης να αντικαταστήσει την αρχική χρησιμοποιηθείσα, αλλά και το μέτρο κατά το οποίο αυτή θα επιφέρει, εναλλακτικά, τον συμψηφισμό ή την απαλλαγή του ασφαλειοδότη από τις χρηματοοικονομικές του υποχρεώσεις.⁶³

Μια βασική παράμετρος που πρέπει να ληφθεί εν προκειμένω υπόψιν, είναι η φύσει έντονη και απρόβλεπτη διακύμανση της αξίας των χρηματοπιστωτικών μέσων που αποτελούν το σύνηθες αντικείμενο των εμπράγματων χρηματοοικονομικών ασφαλειών. Τα τελευταία όντας αντικείμενο διαπραγματεύσεων σε οργανωμένη αγορά υπόκεινται σε πληθώρα κινδύνων.⁶⁴ Το στοιχείο της διακινδύνευσης αποτελεί εγγενές και μάλιστα θεσμοποιημένο γνώρισμα των χρηματοπιστωτικών αγορών, αφού οι συμμετέχοντες στις αγορές αυτές επιλέγουν να υπαχθούν εκουσίως σε ένα πλαίσιο αβεβαιότητας, όπου ανταμείβεται η επιτυχής πρόγνωση μελλοντικών παραγόντων.⁶⁵ Προκύπτει έτσι η διαπίστωση, ότι η αξία της χρηματοοικονομικής ασφάλειας ενδέχεται να μεταβάλλεται κατά τη διάρκεια ισχύος της συμφωνίας των μερών. Υπάρχει συνεπώς, η πιθανότητα η αξία της ασφάλειας να μειωθεί ή να αυξηθεί από το χρονικό σημείο παροχής της με αποτέλεσμα είτε να υπολείπεται της αξίας της ασφαλιζόμενης απαίτησης είτε να είναι μεγαλύτερη αυτής. Δεδομένου ότι για την επίτευξη του σκοπού της εξασφάλισης αλλά και της αποσόβησης του πιστωτικού κινδύνου, πρέπει να διατηρείται η προσαρμοσμένη αγοραία τιμή των χρηματοπιστωτικών μέσων που παρασχέθηκαν ως ασφάλεια, είθισται να εφαρμόζεται σε αυτά η μέθοδος της αποτίμησης σε τρέχουσα τιμή αγοράς (mark to market).⁶⁶

Συνακόλουθα, ο κοινοτικός νομοθέτης παρέχει τη δυνατότητα στα μέρη να συμφωνήσουν την υποχρέωση παροχής πρόσθετης ασφάλειας ή την απόσυρση της αρχικής ασφάλειας και την αντικατάστασή της με νέα, προς διευθέτηση των περιπτώσεων όπου η αξία της υφίσταται αυξομειώσεις.⁶⁷ Αναφορικά με το δικαίωμα του ασφαλειολήπτη να ζητήσει συμπλήρωση της αρχικής ασφάλειας, αξίζει να παρατηρήσουμε την σχετική ομοιότητα με την διάταξη του άρθρου 1228 ΑΚ κατά την κλασική μορφή του συμβατικού ενεχύρου, όπου παρέχεται επίσης η δυνατότητα συμπλήρωσης της ασφάλειας εντός ευλόγου προθεσμίας όταν επαπειλείται καταστροφή ή ουσιώδης μείωση της αξίας της. Βέβαια, ο κοινοτικός νομοθέτης προχωρά έτι περαιτέρω και παραχωρεί το δικαίωμα αυτό στις περιπτώσεις διακύμανσης όχι μόνο της αξίας της ασφάλειας αλλά και της αξίας της ασφαλιζόμενης απαίτησης. Η πρόβλεψη αυτή δικαιολογείται ιδιαίτερα στο πλαίσιο συμβάσεων παραγώγων, όπου η εξ αυτών απορρέουσα ασφαλιζόμενη απαίτηση κυμαίνεται με βάση την καθημερινά μεταβλητή αγοραία αξία του

⁶³ Άρθρο 5 § 2 ν. 3301/2004

⁶⁴ Για μια αναλυτική κατηγοριοποίηση των χρηματοπιστωτικών κινδύνων με έμφαση στις συνέπειες που εμφανίζονται στο χρηματοπιστωτικό σύστημα βλ. και Προβόπουλος Α. Γ. & Καπόπουλος Θ. Π., Η δυναμική του χρηματοοικονομικού συστήματος, Εκδόσεις Κριτική, 2001, σελ. 151 επ.

⁶⁵ Καραγκουνίδης Α., Προστασία του επενδυτή στο δίκαιο των επενδυτικών υπηρεσιών, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2007, σελ. 14-15, όπου η συμμετοχή σε χρηματοπιστωτική αγορά χαρακτηρίζεται ως μια πράξη «αυτοπαθούς διακινδύνευσης», ήτοι η επιλογή μεταξύ αβέβαιων λύσεων, ενώ κατά το χρόνο λήψης της εκάστοτε απόφασης ο προσδιορισμός των θετικών ή βλαπτικών παραγόντων δεν είναι δυνατός.

⁶⁶ Μήτσου Α-Ο., Το νέο κοινοτικό θεσμικό πλαίσιο για τις συμφωνίες περί παροχής ασφάλειας στις χρηματοοικονομικές συναλλαγές, ΔΕΕ 2003, σελ. 614

⁶⁷ Άρθρο 8 § 3 στοιχ. α, β ν. 3301/2004

υποκείμενου μέσου, έτσι ώστε να είναι αδύνατη η πρόβλεψη της τελικής αξίας της απαίτησης όταν αυτή καταστεί ληξιπρόθεσμη.⁶⁸

Η μόνη αναφορά του κοινοτικού νομοθέτη ως προς την μέθοδο αποτίμησης της αξίας της ασφάλειας γίνεται στο άρθρο 7^α του ν. 3301/2004, όπου ορίζεται ότι αυτή θα πρέπει να πραγματοποιείται με «εμπορικά εύλογο τρόπο». Ο όρος αυτός αποδίδει τον αγγλικό όρο “commercially reasonable” που χρησιμοποιήθηκε στο πρωτότυπο κείμενο της Οδηγίας 2002/47/ΕΚ. Μολονότι, φαίνεται ότι ο νομοθέτης επέλεξε εδώ να εκφραστεί γενικά (σχεδόν ελλειπτικά) η διάταξη αυτή δεν είναι κενή περιεχομένου. Λαμβάνοντας υπόψιν ότι ο ν. 3301/2004 εισάγει εν προκειμένω μια νέα μορφή ενεχύρου, τελεί σε σχέση αξιολογικής ενότητας με το σύστημα του Αστικού Κώδικα με το οποίο συναποτελούν ένα εσωτερικό σύστημα. Έτσι, η αναφορά στον «εμπορικά εύλογο τρόπο» δύναται να προσδιορισθεί νοηματικά από τις συναφείς διατάξεις του Αστικού Κώδικα και αυτό, διότι κάθε διάταξη ενεργοποιείται μέσα στην συστηματική ενότητα όπου ανήκει.⁶⁹ Σε μια σχέση που προσιδιάζει σε αυτήν του μέρους προς το όλον⁷⁰, οι διατάξεις μιας συστηματικής ενότητας εδράζονται σε ένα κοινό ηθικοπολιτικό υπόβαθρο. Σύμφωνα, λοιπόν, με τις διατάξεις των άρθρων 200, 288 και 388 ΑΚ ο «εμπορικά εύλογος τρόπος» δύναται να προσδιορισθεί ως η σύμφωνη με τις οικείες συναλλακτικές συνήθειες μέθοδος αποτίμησης ή αλλιώς με τον καθιερωμένο στις συναλλαγές τρόπο.

Από τις διατάξεις αυτές του Αστικού Κώδικα, οι οποίες εφαρμόζονται στις ενοχές γενικά, προκύπτει η άρρηκτη σύνδεση των συναλλακτικών ηθών με την βασική αρχή της καλής πίστης, που διαπνέει το σύνολο του ιδιωτικού δικαίου. Οι δύο αυτές έννοιες αναφέρονται συχνά από κοινού, υποδεικνύοντας μια αξιολογική και λειτουργική σύνδεση. Η έννοια της αντικειμενικής καλής πίστης, που είθισται να αποδίδεται αδρομερώς ως «η ευθύτητα και η εντιμότητα που απαιτείται στις συναλλαγές»,⁷¹ διαπνέει τον τρόπο αποτίμησης της αξίας της ασφάλειας κατά το άρθρο 7α του ν.3301/2004, προσδίδοντας του, έτσι, μια μάλλον καθοδηγητική λειτουργεία. Τα μέρη δύναται να ρυθμίζουν τον τρόπο αποτίμησης της αξίας της χρηματοοικονομικής ασφάλειας επιλέγοντας την οικονομική εκείνη μέθοδο και συγκεκριμένες χρονικές περιόδους διεξαγωγής της, που θεωρούν ότι αποδίδουν συνεπέστερα την τρέχουσα αγοραία αξία της ασφάλειας και εξυπηρετούν εν γένει την ομαλή λειτουργία της έννομης σχέσης τους. Οι συμβατικές αυτές επιλογές θα πρέπει, ωστόσο, να είναι σύμφωνες με τα συναλλακτικά ήθη και την αρχή της καλής πίστης⁷², όπως συγκεκριμενοποιούνται ειδικώς στο εκάστοτε πραγματικό.

⁶⁸ Παπαθανασίου Χρ. Το Δίκαιο της Εκκαθάρισης Παραγώγων, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 116 – 127, όπου αναφέρεται αναλυτικότερα αποτίμηση σε τρέχουσα τιμή αγοράς της αξίας των συμβάσεων παραγώγων

⁶⁹ Σταμάτης Κ., Μεθοδολογία του Δικαίου. Θεμελίωση των νομικών κρίσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 150 -152, για την σημασία της συστηματικής ερμηνείας.

⁷⁰ Σούρλας Π., Δίκαιο και δικανική κρίση. Μια φιλοσοφική αναθεώρηση της μεθοδολογίας του δικαίου, Πανεπιστημιακές εκδόσεις Κρήτης, 2017, σελ. 855- 860.

⁷¹ Σταθόπουλος, Μιχ. Π., Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, ο.π. σελ. 87

⁷² Βλ. και κατωτέρω ενότητα 5.5. της παρούσας, για μια αναλυτικότερη παρουσίαση της λειτουργίας της καλής πίστης στην έννομη σχέση ασφαλειολήπτη – ασφαλειοδότη.

5.3. Υποχρέωση αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια

Η κύρια υποχρέωση του ασφαλειολήπτη από την συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης είναι να αντικαταστήσει την αρχική χρησιμοποιηθείσα ασφάλεια με ισοδύναμη (equivalent collateral), το αργότερο κατά την ημέρα εκπλήρωσης των σχετικών χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων που καλύπτονται από τη συμφωνία.⁷³ Η πρόβλεψη αυτή, αναδεικνύει την σημασία της έννοιας της «ισοδύναμης ασφάλειας», η οποία έγκειται στο κατά πόσον η ασφάλεια που επιστρέφεται ανταποκρίνεται στην οικονομική αξία των χρηματοοικονομικών αντικειμένων που παρασχέθηκαν εξασφαλιστικώς αρχικά.

Η ανάγκη για πλήρη αποσαφήνιση της έννοιας του «ισοδύναμου» της ασφάλειας αντικατοπτρίζεται στο άρθρο 2 παρ. 1 περ. θ' ν. 3301/2004 όπου προβλέπεται αναλυτικά ότι η «ισοδύναμη ασφάλεια» στην περίπτωση των χρηματοπιστωτικών μέσων συνίσταται σε χρηματοπιστωτικά μέσα του ίδιου εκδότη ή χρεώστη που αποτελούν τμήμα της ίδιας εκδόσεως ή κατηγορίας και του ίδιου ονομαστικού ποσού, νομίσματος και περιγραφής. Αντίστοιχα, στην περίπτωση των μετρητών ως ισοδύναμη ασφάλεια ορίζεται η πληρωμή του ίδιου ποσού και στο ίδιο νόμισμα. Παρατηρείται ότι ο ορισμός της ισοδύναμης ασφάλειας από τον κοινοτικό νομοθέτη είναι αρκετά στενότερος σε σχέση με τον ορισμό που δίνουν σε αυτή οι κοινώς χρησιμοποιούμενες συμβάσεις *repos* ή δανεισμού τίτλων σε διεθνές επίπεδο.⁷⁴

Κατά την άποψη αυτή αν και η ισοδύναμη ασφάλεια της Οδ. 2002/47/EK και κατ' επέκταση του ν. 3301/2004 δεν συνεπάγεται την επιστροφή του ίδιου πράγματος, εντούτοις αναφέρεται σε χρηματοοικονομικά αντικείμενα με τα ίδια οικονομικά χαρακτηριστικά ώστε να εξασφαλιστεί η μεγαλύτερη δυνατή συνάφεια με τα αρχικώς ενεχυρασθέντα αντικείμενα. Μολαταύτα παραχωρείται ευρύ περιθώριο ελευθερίας των μερών να συμφωνήσουν ότι ασφαλειολήπτης δύναται να παράσχει ως ισοδύναμη ασφάλεια άλλα περιουσιακά στοιχεία (contractual equivalent collateral).⁷⁵ Ας σημειωθεί επιπροσθέτως, ότι η γένεση της υποχρέωσης του ασφαλειολήπτη για αντικατάσταση της αρχικής ασφάλειας με ισοδύναμη, συναρτάται μόνο από την προϋπόθεση της χρήσης της ασφάλειας και όχι από το είδος της χρήσης.

Θα μπορούσε να θεωρηθεί, κατά συνέπεια, ότι ακόμα και αν ο ασφαλειολήπτης κατά τη χρονική στιγμή της αντικατάστασης διατηρεί την αρχική ασφάλεια ενέχεται σε παροχή ισοδύναμης νέας ασφάλειας και όχι της αρχικής.⁷⁶ Δεν αποκλείεται, βέβαια, να προβλεφθεί διαφορετικώς από τους συναλλασσομένους επί τη βάση της ιδιωτικής τους αυτονομίας. Κατά την άποψη της γράφουσας, αυτό δικαιολογείται από την διαπίστωση ότι σκοπός του νομοθέτη δεν ήταν να απαγορεύσει την συμφωνία των μερών για επιστροφή της αρχικής ασφάλειας, καθότι δεν διαφαίνεται κάποιος κίνδυνος εννόμου συμφέροντος ή δικαιώματος των μερών, εφόσον βέβαια

⁷³ Άρθρο 5 § 2 εδ. 1 ν. 3301/2004

⁷⁴ Σύμφωνα με το άρθρο 2.1 του Global Master Securities Lending Agreement (GMSLA) η ισοδύναμη ασφάλεια πρέπει να είναι μεν της ίδιας μορφής (π.χ. κοινές ή προνομιούχες μετοχές), ονομαστικής αξίας κ.α., αλλά δεν απαιτείται να προέρχεται και από τον ίδιο εκδότη, επιτρέποντας έτσι στα μέρη μεγαλύτερη ευελιξία.

⁷⁵ Άρθρο 2 παρ. 1 περ. θ' στοιχ. ββ ν. 3301/2004

⁷⁶ Balaz P., The right of collateral taker to use collateral, BIATEC vol. XIV/2006, σελ. 15.

πληρούται ο όρος του «ισοδύναμου». Αντιθέτως ο νομοθέτης σκοπεί στη θετική θεσμοθέτηση της δυνατότητας παροχής ισοδύναμης ασφάλειας ως πιο ευέλικτο τρόπο αναπλήρωσης της αρχικώς παρασχεθείσας ασφάλειας και προστασίας του ασφαλειοδότη. Άλλωστε, η παροχή της αρχικής ασφάλειας, όταν αυτή σώζεται, μπορεί να μην εξυπηρετεί τους συναλλασσομένους κατά το ότι πιθανόν αυτή να μην ανταποκρίνεται στην αρχική αξία που είχε όταν παραδόθηκε προς κάλυψη των χρηματοοικονομικών υποχρεώσεων.

Η αντικατάσταση της χρησιμοποιηθείσας ασφάλειας με ισοδύναμη δύναται να λάβει χώρα το αργότερο κατά το χρονικό σημείο που καθίσταται ληξιπρόθεσμη η ασφαλιζόμενη απαίτηση. Σύμφωνα με το άρθρο 5 §3 του ν. 3301/2004 η ισοδύναμη ασφάλεια υπόκειται στην ίδια συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας και λογίζεται ως παρασχεθείσα στο πλαίσιο αυτής κατά το χρόνο παροχής της αρχικής χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Εισάγεται έτσι, ο θεσμός της εμπράγματης υποκατάστασης, που συνίσταται στην αντικατάσταση ενός περιουσιακού στοιχείου από ένα άλλο κατά τέτοιον τρόπο, ώστε το τελευταίο να υποκαθιστά πλήρως το αρχικό, θεωρώντας κατά πλάσμα δικαίου ότι αυτό είχε παρασχεθεί εξ αρχής. Μάλιστα, ο κοινοτικός νομοθέτης δεν θέτει καμία άλλη τυπική προϋπόθεση για την επέλευση και την ισχύ της εμπράγματης υποκατάστασης. Η τελευταία γίνεται αυτομάτως με την παροχή της ισοδύναμης ασφάλειας από τον ασφαλειολήπτη. Ο θεσμός αυτός, μολονότι δεν είναι γνωστός στο ελληνικό δίκαιο, καθώς και στις δικαιοδοσίες άλλων κρατών – μελών της ΕΕ⁷⁷, συνιστά μια από τις βασικές ρυθμίσεις του κοινοτικού νομοθέτη με άμεση πρακτική σκοπιμότητα.

Με την εμπράγματη υποκατάσταση της ισοδύναμης ασφάλειας επιχειρείται η αποσόβηση του κινδύνου να θεωρηθεί η παροχή αυτής άκυρη, κυρίως σύμφωνα με τις διατάξεις για την πτωχευτική ανάκληση, εάν ληφθεί υπόψιν όχι ο χρόνος παροχής της αρχικής ασφάλειας, αλλά ο χρόνος της αντικατάστασης, ο οποίος ενδέχεται να εμπίπτει στο διάστημα της ύποπτης περιόδου. Επιπροσθέτως, η θεώρηση της ισοδύναμης ασφάλειας ως παρασχεθείσας κατά τον χρόνο παροχής της αρχικής, προστατεύει και τον ίδιο τον ασφαλειοδότη έναντι των δανειστών του ασφαλειολήπτη που κάνει χρήση της ασφάλειας, προκειμένου να μην θεωρείται ότι τα χρησιμοποιούμενα από αυτόν στοιχεία εμπίπτουν στην περιουσία του.⁷⁸ Μια ακόμα νομική συνέπεια της ρύθμισης αυτής, είναι ότι διατηρείται η χρονική προτεραιότητα της σύστασης της εμπράγματης ασφάλειας, κατά το ότι αυτή ανάγεται στον χρόνο σύστασης της αρχικής ασφάλειας. Ελλείψει τέτοιας προβλέψεως θα έπρεπε να λάβει χώρα εκ νέου σύσταση της εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας κατά τον πραγματικό ύστερο χρόνο της παροχής της ισοδύναμης ασφάλειας.

Εν κατακλείδι, αξίζει να σημειωθεί ότι και εν προκειμένω είναι καθοριστικός ο ρόλος της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών. Ειδικότερα, στην περίπτωση που η ισοδύναμη ασφάλεια παρασχεθεί από τον ασφαλειολήπτη πριν το ληξιπρόθεσμο των ασφαλιζόμενων

⁷⁷ Keijser Th., Report on a right of use for collateral takers and custodians, Report presented to the UNIDROIT, Rome, July 2003, σελ. 21 και 37, για το δίκαιο της Δανίας και της Γερμανίας, αντίστοιχα, που επίσης δεν αναγνωρίζουν το θεσμό της εμπράγματης υποκατάστασης.

⁷⁸ Χ. Ταρνανίδου «Συμβάσεις Παραγώγων του Χρηματοπιστωτικού τομέα», Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2006, σελ. 281.

χρηματοοικονομικών απαιτήσεων επαφίεται στην δικαιοπρακτική βούληση των μερών να ορίσουν το περαιτέρω νομικό καθεστώς αυτής. Έτσι, δεν αποκλείεται αυτή να υπόκειται στους συμβατικούς όρους που ίσχυαν και για την αρχική ασφάλεια και έτσι να υπάρχει εκ νέου δικαίωμα χρήσης από τον ασφαλειολήπτη καθώς και νέα υποχρέωση αντικατάστασης με άλλη ισοδύναμη ασφάλεια. Άλλωστε, ο ασφαλειολήπτης διατηρεί τα δικαιώματα που είχε επί της αρχικής ασφάλειας, εκ της συμφωνίας των μερών, και επί της ισοδύναμης.⁷⁹ Συνεπώς εφόσον τα μέρη δεν συμφωνήσουν διαφορετικά, ο ασφαλειολήπτης δύναται να αξιώσει από τον ασφαλειοδότη την συμπλήρωση της ισοδύναμης ασφάλειας σε περίπτωση απομείωσης της αξίας της. Από την άλλη είναι εξίσου πιθανόν, ιδίως στις περιπτώσεις που ο ασφαλειολήπτης αντικαθιστά κατά το χρόνο που η ασφαλιζόμενη απαίτηση καθίσταται ληξιπρόθεσμη, τα μέρη να συμφωνήσουν ότι εφόσον ο ασφαλειοδότης εξοφλήσει αποκτά και την κυριότητα της ισοδύναμης ασφάλειας.

5.4. Ο συμψηφισμός και η απαλλαγή από τις χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις

Σύμφωνα με το άρθρο 5 §2 εδ. 2 του ν. 3301/2004, τα μέρη δύνανται να συμφωνήσουν ότι ο ασφαλειολήπτης που χρησιμοποίησε τα βεβαρημένα αντικείμενα, αντί της υποχρέωσης αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια, οφείλει είτε να συμψηφίσει την αξία της είτε να τη χρησιμοποιήσει για την απαλλαγή του οφειλέτη από τις σχετικές χρηματοοικονομικές του υποχρεώσεις. Δίνεται εν προκειμένω η δυνατότητα εναλλακτικού τρόπου εκπλήρωσης της απορρέουσας από το δικαίωμα χρήσης υποχρέωσης του ασφαλειολήπτη, ο οποίος επαφίεται προς εξειδίκευση στην ιδιωτική αυτονομία των συναλλασσομένων.

Ο συμψηφισμός (compensatio) αποτελεί ήδη γνωστό τρόπο απόσβεσης των ενοχών στο ιδιωτικό δίκαιο (άρθρα 440 - 452 ΑΚ), κατά τον οποίο επέρχεται απόσβεση αμοιβαίων απαιτήσεων στο μέτρο και τον βαθμό που αυτές αλληλοκαλύπτονται. Δικαιολογία του συμψηφισμού είναι η επίτευξη απλούστερης και ορθολογικότερης λύσης αντί της μη συμφέρουσας συναλλαγής να δοθεί μια παροχή, η οποία θα πρέπει μετά να επιστραφεί στον δότη της προς εκπλήρωση των υποχρεώσεων του λήπτη. Κατά το ελληνικό δίκαιο διακρίνονται δύο είδη συμψηφισμού, ήτοι ο συμβατικός ή εκούσιος και ο μονομερής ή ακούσιος. Ο πρώτος συμφωνείται από τα μέρη δυνάμει της ελευθερίας των συμβάσεων και δεν ορίζεται στον νόμο, καθότι τα μέρη είναι ελεύθερα να καθορίσουν τον τρόπο απόσβεσης των υποχρεώσεων τους κοινή συναινέσει. Έτσι, δεν δεσμεύονται από τις προϋποθέσεις του αμοιβαίου, του ομοειδούς ή του ληξιπρόθεσμου των συμψηφιζόμενων απαιτήσεων, που ισχύουν για τον μονομερή συμψηφισμό, στο βαθμό, όμως, που η συμβατική τους βούληση δεν προσκρούει σε διατάξεις αναγκαστικού δικαίου.⁸⁰ Αυτή η

⁷⁹ Άρθρο 5 §4 ν. 3301/2004

⁸⁰ Άρθρα 450, 451 ΑΚ

μορφή συμψηφισμού εξομοιώνεται πρακτικά με δύο αμοιβαίες συμβάσεις άφεσης χρέους, που λειτουργούν ταυτοχρόνως και προς ικανοποίηση των απαιτήσεων.⁸¹

Κατά αυτόν τον τρόπο, τα μέρη δύνανται να συμφωνήσουν ότι ο ασφαλειολήπτης κάνοντας χρήση της παρασχεθείσας ασφάλειας θα ενέχεται να συμψηφίσει την αξία της ισοδύναμης που θα παρείχε, με την ασφαλιζόμενη απαίτηση του κατά του ασφαλειοδότη – οφειλέτη. Εν προκειμένω οι αμοιβαίες απαιτήσεις που συμψηφίζονται, είναι αφενός η απαίτηση του ασφαλειοδότη – οφειλέτη να λάβει ισοδύναμη ασφάλεια και αφετέρου η υποκείμενη ασφαλιζόμενη χρηματοοικονομική απαίτηση του ασφαλειολήπτη – δανειστή. Είναι βασικό εδώ, να διακρίνουμε ότι οι απαιτήσεις των μερών που απορρέουν από την έννομη σχέση είναι και παραμένουν οι ίδιες. Αυτό που μεταλλάσσεται είναι ο τρόπος εκπλήρωσής τους. Συνεπώς, προκειμένου να αποτελέσει αντικείμενο συμψηφισμού η απαίτηση του ασφαλειοδότη να λάβει ισοδύναμη ασφάλεια χρειάζεται προηγουμένως να έχει αποτιμηθεί η αξία αυτής κατά εμπορικά εύλογο τρόπο⁸², ώστε να μπορεί να διαπιστωθεί ο βαθμός αλληλοκάλυψης και συνακόλουθα απόσβεσης των δύο απαιτήσεων. Αν και στο εθνικό μας δίκαιο ο συμψηφισμός αποτελεί τρόπο απόσβεσης της ενοχής, εδώ ανάγεται από τον κοινοτικό νομοθέτη και σε τρόπο εκπλήρωσης παροχής, διατηρώντας βέβαια την αποσβεστική του λειτουργία. Η πρακτική σημασία του συμψηφισμού των εκατέρωθεν απαιτήσεων εντοπίζεται κυρίως στην αποσόβηση του πιστωτικού κινδύνου, ήτοι στην περίπτωση που το ένα μέρος καθίσταται αφερέγγυο μετά την εξόφλησή της απαιτήσεως του, με αποτέλεσμα το αντισυμβαλλόμενο μέρος να μην μπορεί να ικανοποιήσει πλέον τη δική του απαίτηση.⁸³

Ας σημειωθεί ακόμα ότι, εφόσον γίνεται λόγος για συμβατικό συμψηφισμό δεν είναι απαραίτητο το ομοειδές των απαιτήσεων. Έτσι δεν ενδιαφέρει αν οι ασφαλιζόμενες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις του ασφαλειολήπτη κατά του ασφαλειοδότη συνίστανται σε παροχή χρημάτων ή αντικείμενων (π.χ. χρηματοπιστωτικών μέσων). Επιπροσθέτως, εναπόκειται στην συμβατική βούληση των μερών να επιλέξουν εάν ο συμψηφισμός δύναται να λάβει χώρα κατά το ληξιπρόθεσμο των απαιτήσεων ή και νωρίτερα. Στην καθημερινή συναλλακτική πρακτική εΐθισται τα μέρη επί συμβατικού συμψηφισμού να προβλέπουν τον τρόπο άσκησης αυτού, με σχετική πρόταση του συμψηφίζοντος προς το άλλο μέρος.⁸⁴ Ωστόσο, ενδέχεται ανάλογα με τους όρους της εκάστοτε συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας να συμφωνηθεί ότι ο συμψηφισμός θα επέρχεται και αυτοδικαίως, π.χ. κατόπιν άσκησης του

⁸¹ Σταθόπουλος Μιχ. Π., *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, ο.π. σελ. 517 – 519

⁸² Σύμφωνα με το άρθρο 7α ν. 3301/2004 και τη σχετική ανάλυση στην ενότητα 5.2. της παρούσας. Μάλιστα, κατά το άρθρο 4 § 1 α' και 2 β' προβλέπεται ρητώς η υποχρεωτική πρότερη συμφωνία των μερών για τον τρόπο αποτίμησης της αξίας των χρηματοπιστωτικών μέσων ή των απαιτήσεων, ως απαραίτητη προϋπόθεση τόσο για την ρευστοποίηση της ασφάλειας όσο και για τον εκκαθαριστικό συμψηφισμό στις περιπτώσεις αναγκαστικής εκτέλεσης. Μολονότι, δεν αναφέρεται ρητά και στην περίπτωση του συμψηφισμού ως τρόπου εκπλήρωσης της παροχής κατά τις περιπτώσεις ομαλής εξέλιξης της ενοχής, η προϋπόθεση της αποτίμησης συντρέχει και εδώ, τόσο από άποψη πρακτικής αναγκαιότητας, όσο και από δικαιοπολιτικής πλευράς για την διασφάλιση της ορθής και δίκαιης εκτίμησης της αξίας της ασφάλειας.

⁸³ Γκούσκου Α., *Ο συμψηφισμός ως τρόπος αντιμετώπισης του πιστωτικού κινδύνου στα νέα τραπεζικά προϊόντα*, ΔΕΕ 1995, σελ. 474-475, όπου αναφέρεται ότι κατ' αυτόν τον τρόπο, ενίοτε και υπό προϋποθέσεις, ο συμψηφισμός εμφανίζεται ως «αμυντικός» κατά του πιστωτικού κινδύνου μηχανισμός.

⁸⁴ Σταθόπουλος Μιχ. Π., *Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου*, ο.π. σελ. 524

δικαιώματος χρήσης, εφόσον βέβαια έχουν διευθετηθεί τα σχετικά ζητήματα, όπως η αποτίμηση της αξίας.

Γεννάται εύλογα το ερώτημα, εάν στην περίπτωση που τα μέρη έχουν συμφωνήσει ότι ο ασφαλειολήπτης θα ενέχεται σε αντικατάσταση με ισοδύναμη ασφάλεια, δύναται ο τελευταίος να προβάλλει πρόταση μονομερούς συμψηφισμού. Μολονότι κατά το ελληνικό δίκαιο η ανωτέρω δυνατότητα δεν φαίνεται να μπορεί να αποκλεισθεί εκ των προτέρων, εφόσον δεν έχει χωρέσει παραίτηση των μερών (ΑΚ 450), συνήθως θα είναι σπάνιας χρησιμότητας σε αυτού του είδους τις συναλλαγές. Τα μέρη είθισται να χρησιμοποιούν πρότυπες συμβάσεις πλαίσια όπου εμπεριέχονται λεπτομερείς ρυθμίσεις των υποχρεώσεων τούς και του τρόπου εκπλήρωσής αυτών. Περαιτέρω στην περίπτωση του μονομερούς συμψηφισμού θα πρέπει να συντρέχουν όλες οι νόμιμες προϋποθέσεις, όπως το ομοειδές, το αμοιβαίο και το ληξιπρόθεσμο των απαιτήσεων. Ας σημειωθεί, ότι επί ασφάλειας συνιστάμενης σε χρηματοπιστωτικά μέσα η απαίτηση του ασφαλειοδότη για αντικατάσταση με ισοδύναμη ασφάλεια θα συνίσταται στην παροχή τίτλων και, συνεπώς, δεν θα μπορεί να συμψηφιστεί με την ασφαλιζόμενη απαίτηση όταν αυτή είναι χρηματική.

Σε ένα δεύτερο επίπεδο, ο κοινοτικός νομοθέτης παρέχει εναλλακτικώς της αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια και του συμψηφισμού της αξίας της, τη δυνατότητα χρήσης της τελευταίας προς απαλλαγή του ασφαλειοδότη από τις χρηματοοικονομικές του υποχρεώσεις. Έχει διατυπωθεί η άποψη ότι η παροχή του δικαιώματος αποσβεστικής χρήσης στοχεύει να καλύψει εκείνες τις περιπτώσεις όπου δεν συντρέχει το στοιχείο της αμοιβαιότητας, που απαιτείται στο δίκαιο κάποιων κρατών- μελών για τον συμψηφισμό.⁸⁵ Στο ελληνικό δίκαιο βέβαια, δεν προκύπτει τέτοια ανάγκη καθόσον ο συμβατικός συμψηφισμός μπορεί να συμφωνηθεί και για μη αμοιβαίες απαιτήσεις. Μολαταύτα δεν είναι διόλου ευκαταφρόνητη η διευκόλυνση που παρέχει ο νομοθέτης κυρίως στις περιπτώσεις εκείνες όπου ο ασφαλειοδότης είναι πρόσωπο διαφορετικό από τον ενοχικό οφειλέτη της ασφαλιζόμενης απαίτησης. Με την αποσβεστική χρήση της ασφάλειας επιτυγχάνεται η νομοθετική κατοχύρωση της θέσης του ενέγγυου δανειστή έναντι του τρίτου στην υποκείμενη πίστωση ασφαλειοδότη.⁸⁶

Εν κατακλείδι, οι τρεις δυνατότητες εκπλήρωσης της υποχρέωσης του ασφαλειολήπτη, ήτοι η αντικατάσταση με ισοδύναμη ασφάλεια, ο συμψηφισμός και η αποσβεστική χρήση, τελούν σε σχέση εκλεκτικής συρροής. Ειδικότερα, ο νόμος αναγνωρίζει στο πρόσωπο του ασφαλειολήπτη την ευχέρεια επιλογής μεταξύ των εν λόγω δικαιωμάτων, πάντοτε υπό τους όρους της σχετικής συμφωνίας, πλην όμως η άσκηση τινός εξ αυτών αποκλείει εν τοις πράγμασι την άσκηση του άλλου. Τα μέρη δύνανται να ορίσουν τον εκάστοτε τρόπο επιλογής και άσκησης ενός από τα παρεχόμενα στον ασφαλειολήπτη δικαιώματα καθώς και τυχόν ειδικότερες διατυπώσεις.⁸⁷

Κρίνεται ορθότερο, ότι εναπόκειται στην συμβατική ελευθερία των μερών να αποφασίσουν το οριστικό και ανέκκλητο της επιλογής ενός από τα ανωτέρω δικαιώματα ή την παροχή ευχερειών ως προς την οριστικοποίηση της άσκησης και επιλογής του δικαιώματος. Μολονότι η τελευταία

⁸⁵ Balaz P., The right of collateral taker to use collateral, ο.π., σελ. 17

⁸⁶ Βέλλας Π. Ι., Η κατά Ν. 3301/2004 χρηματοοικονομική εμπράγματη ασφάλεια, ο.π., σελ. 375

⁸⁷ Χ. Ταρνανίδου «Συμβάσεις Παραγώγων του Χρηματοπιστωτικού τομέα», ο.π., σελ. 370 – 371.

ενδέχεται να δημιουργήσει μια μετέωρη κατάσταση ως προς την εκκαθάριση τόσο της σχέσης εξασφάλισης όσο και της υποκείμενης κύριας, δεν μπορεί να προκύψει εκ των προτέρων αποκλεισμός τέτοιας συμβατικής ρύθμισης, εφόσον βέβαια δεν παραβιάζεται κάποια από τις διατάξεις αναγκαστικής φύσεως του εθνικού μας δικαίου, με αποτέλεσμα να δημιουργείται ανάγκη σχετικής τιθάσευσης της ιδιωτικής αυτονομίας.

5.5. Η λειτουργία της καλής πίστης εν προκειμένω

Η αρχή της καλής πίστης αποτελεί μία από τις βασικότερες γενικές αρχές του εθνικού μας δικαίου - καθώς και κοινό τόπο για τις περισσότερες δικαιοδοσίες των ανεπτυγμένων κρατών -⁸⁸ η οποία εδράζεται στον σκληρό αξιολογικό και κανονιστικό πυρήνα της έννομης τάξης. Παρά την περιεκτική (σχεδόν ελλειπτική) της διατύπωση, το περιεχόμενο της κάθε άλλο παρά κενό ουσίας είναι. Η σημασία της αρχής της καλής πίστης έγκειται στο έντονο αξιολογικό της φορτίο, κατά το ότι συμπυκνώνει τις βασικές δεοντολογικές κρίσεις του δικαιοσύνη επί των οποίων διαρθρώνονται οι περαιτέρω κανόνες. Έτσι, η έννοια της καλής πίστης στο δίκαιο των συμβάσεων, και δη της αντικειμενικής καλής πίστης που θα μας απασχολήσει εδώ ⁸⁹, αντικατοπτρίζει την κοινώς παραδεδεγμένη και δέουσα συμπεριφορά των συναλλασσομένων, που χαρακτηρίζεται από ευθύτητα, εντιμότητα και ειλικρίνεια στις συναλλαγές, χωρίς δόλο και πανουργία έναντι του αντισυμβαλλομένου τους. Η έννομη τάξη αποδοκιμάζει την απηνή επιδίωξη των ατομικών συμφερόντων των συναλλασσομένων, οι οποίοι αδιαφορούν ή και καταστρατηγούν με υποκριτικές ενέργειες τα έννομα συμφέροντα των άλλων.⁹⁰

Η κύρια διάταξη που ενσωματώνει στο ελληνικό δίκαιο των ενοχών την αρχή της καλής πίστης είναι αυτή του άρθρου 288 ΑΚ, κατά την οποία κάθε συμβαλλόμενο μέρος οφείλει να εκπληρώνει την παροχή του σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη.⁹¹ Τα συναλλακτικά ήθη αναφέρονται στους καθιερωμένους στις συναλλαγές τρόπους δράσης, άλλως τη συνήθη πρακτική των μερών, και είναι αξιολογικά συνδεδεμένα με την έννοια της καλής πίστης, ενώ συνήθως δεν αποτελούν αυτοτελές κριτήριο αλλά συνεκτιμώνται για τον

⁸⁸ Βλ. ενδεικτικά για το γερμανικό δίκαιο §242 BGB (“Treu und Glauben”) και για το γαλλικό δίκαιο άρθρα 549-550 γαλλΑΚ (“bonne foi”).

⁸⁹ Για την εννοιολογική διάκριση μεταξύ αντικειμενικής και υποκειμενικής καλής πίστης βλ. Σταθόπουλο Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2018, σελ. 228 – 229.

⁹⁰ Γεωργιάδης Απ. Σ., Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, Π.Ν. Σάκουλας, 2015, σελ. 20-21 και 191-193. Βλ. και πάγια πλέον νομολογία, ενδεικτικά αναφερόμενες: ΑΠ 1038/1998, ΕλλΔνη 1998, ΑΠ 1487/2005 και ΑΠ 762/2015 αμφότερες δημοσ. ΝΟΜΟΣ, όπου χρησιμοποιούνται αντικειμενικά κριτήρια για τον προσδιορισμό της δέουσας συμπεριφοράς, που συνήθως αναφέρεται ως η ευθύτητα και η εντιμότητα «που επιδεικνύει ο χρηστός και εχέφρων συναλλασσόμενος».

⁹¹ Ας σημειωθεί ότι μολοντί η διάταξη αναφέρεται μόνο στον οφειλέτη, γίνεται σήμερα γενικά δεκτό τόσο από τη θεωρία όσο και από τη νομολογία, ότι δεσμεύει και τον δανειστή. Ενδεικτικά βλ. Σταθόπουλο Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 236 -237 και ΟλΑΠ 850/2011, 1301/2013 και 334/2015, δημοσ. ΝΟΜΟΣ.

ενοσιολογικό προσδιορισμό της.⁹² Πράγματι οι συνήθειες που έχουν σχηματισθεί και ισχύουν στις συναλλαγές, εφόσον βέβαια δεν αντιτίθενται στην κοινωνική ηθική, αποτελούν ασφαλείς ενδείκτες για τις επιταγές τις καλόπιστης συμπεριφοράς, ενώ όταν δεν εντοπίζονται συναλλακτικά ήθη παραμένει ως μόνο το κριτήριο της καλής πίστης.

Η διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ αποτελεί και το βασικό δικαιοθετικό έρεισμα για την εφαρμογή της καλής πίστης στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης. Ειδικότερα, από την παραχώρηση και την άσκηση του δικαιώματος χρήσης γεννάται μια σειρά ενοχικών υποχρεώσεων των μερών (όπως π.χ. η υποχρέωση αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια) με αποτέλεσμα να παρατηρείται η ύπαρξη έντονου ενοχικού δεσμού στο πλαίσιο της κυρίως εξασφαλιστικής σχέσης των μερών. Κατά αυτόν τον τρόπο, αμφοτέρως οι ενοχικές υποχρεώσεις των μερών δεν μπορούν να εκπίπτουν της αρχής της καλής πίστης κατά την εκπλήρωσή τους. Η διαπίστωση αυτή δικαιολογείται από την παραδοχή ότι ο ν. 3301/2004 καθιερώνοντας μια νέα μορφή εμπράγματης εξασφάλισης, τόσο κανονιστικά όσο και αξιολογικά συναποτελεί εσωτερικό σύστημα με τον Αστικό Κώδικα, γεγονός που καταφάσκει την λειτουργική τους ενότητα επί τη βάσει κοινών δικαϊκών αρχών. Επιπροσθέτως, η διάταξη της ΑΚ 288 αποτελεί *ius cogens* και δεν μπορεί να τεθεί εκποδών άνευ ετέρου. Άλλωστε, όπως ήδη αναλύσαμε ανωτέρω, ο κοινοτικός νομοθέτης συμερίζεται την σημασία των συναλλακτικών ηθών και της καλής πίστης κατά τη διαμόρφωση της σχέσης των μερών, εισάγοντος το κριτήριο του «ευλόγου» του τρόπου αποτίμησης της αξίας των χρηματοπιστωτικών μέσων.

Δεδομένου ότι η καλή πίστη παρέχει τα κριτήρια για την αξιολογική στάθμιση και εξισορρόπηση των εκατέρωθεν αντίθετων εννόμων συμφερόντων, έχει κατά βάση συμπληρωτική και διορθωτική λειτουργία στις έννομες σχέσεις. Συμπληρωτική είναι η λειτουργία της καλής πίστης όταν σκοπεί να προσδιορίσει την δέουσα συναλλακτική συμπεριφορά των μερών επί ζητημάτων που δεν προβλέπονται ειδικώς στο νόμο ή την σύμβαση. Κατά αυτόν τον τρόπο, σε συγκυρίες ή καταστάσεις που δεν έχουν προβλεφθεί από τα μέρη, οι εκατέρωθεν οφειλόμενες πράξεις ή παραλείψεις διαπλάθονται από την αρχή της καλής πίστης.

Από την άλλη μεριά, η διορθωτική λειτουργία εντοπίζεται, όταν λόγω ειδικών συνθηκών απαιτείται η παρέκκλιση από τα συμβατικώς συμφωνηθέντα και η αναμόρφωση αυτών με βάση τις επιταγές της καλής πίστης λαμβανομένων υπόψιν των νέων συνθηκών.⁹³ Χρειάζεται εν προκειμένω να διευκρινισθεί, ότι προκειμένου να εξειδικευτούν οι εκάστοτε υποχρεώσεις των μερών από την καλή πίστη χρειάζεται αυτή να συγκεκριμενοποιηθεί επί τη βάσει των εκάστοτε πραγματικών περιστατικών.⁹⁴ Μόνο υπό την βάση του πρακτικού λόγου είναι δυνατόν να φωτιστούν οι επιταγές της καλής πίστης, λαμβάνοντας υπόψιν τις κοινωνικοοικονομικές αντιλήψεις, την ανάγκη στάθμισης και εξισορρόπησης των εκατέρωθεν συμφερόντων, την

⁹² Φίλιος Π., Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2011, σελ. 35 – 40, ο οποίος αρνείται την αυτοτέλεια των συναλλακτικών ηθών ως κριτηρίου, αντίθετα, βλ. Σταθόπουλο Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 230, που υποστηρίζει ότι είναι δυνατή και υπαρκτή και η αυτοτελής (δευτερογενής) κανονιστική τους δύναμη κυρίως για τη συμπλήρωση συμβατικών ρυθμίσεων.

⁹³ Σταθόπουλος, Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2018, σελ. 236 - 242

⁹⁴ Δωρής Φ., Η ιδιαιτερότητα της κανονιστικής λειτουργίας των αρχών του δικαίου και η σημασία τους στο σύστημα του ισχύοντος δικαίου (με έμφαση στο υποσύστημα του ιδιωτικού δικαίου), ΧρΙΔ 2020, σελ. 165 - 169

εκάστοτε σχέση κατοχής πηγών κινδύνων αλλά και τη βαρύτητα των εκτιθέμενων στον κίνδυνο αγαθών.

Στο πλαίσιο αυτό, η εφαρμογή της καλής πίστης στη συμφωνία εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης δύναται να λάβει τις ακόλουθες εκφάνσεις. Αρχικά, μπορεί να διαμορφώσει το ειδικότερο περιεχόμενο των ήδη υπαρχόντων συμβατικών υποχρεώσεων των μερών, όπως λ.χ. την υποχρέωση τήρησης διαφάνειας κατά την εκούσια πώληση του αντικειμένου της χρηματοοικονομικής ασφάλειας διασφαλίζοντας την επίτευξη του υψηλότερου δυνατού τιμήματος. Επιπροσθέτως, ως πηγή παρεπόμενων υποχρεώσεων, η καλή πίστη μπορεί να γεννήσει την υποχρέωση του ασφαλειολήπτη να μην χρησιμοποιεί την ασφάλεια κατά τρόπο που βλάπτει τα συμφέροντα του ασφαλειοδότη. Ακόμη, η διορθωτική λειτουργία της καλής πίστης στην εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης, θα μπορούσε να οδηγήσει στην παρέκκλιση από την συμβατικώς επιλεγείσα μέθοδο αποτίμησης της αξίας των χρηματοπιστωτικών μέσων και απαιτήσεων, εφόσον αυτή δεν ανταποκρίνεται πλέον στα νέα οικονομικά δεδομένα. Λαμβάνοντας υπόψιν τις εν γένει οικονομικές συνθήκες αλλά και την διακύμανση του βαθμού επισφάλειας των χρηματοοικονομικών απαιτήσεων δύναται να προκύψει η ανάγκη αναδιαμόρφωσης των συμβατικών ρυθμίσεων αναφορικά με την υποχρέωση του ασφαλειολήπτη να συμπληρώσει την ασφάλεια ή το δικαίωμα του να άρει τυχόν πλεονάζουσα ασφάλεια.⁹⁵

Εν κατακλείδι, αξ σημειωθεί ότι είναι η ίδια η νομοθετική πράξη της ενσωμάτωσης των Ευρωπαϊκών Οδηγιών που υποδηλώνει την σημασία και την ανάγκη της ομαλής ένταξης των εξωποριζόμενων ρυθμίσεων στο εθνικό δίκαιο. Η επίτευξη του στόχου αυτού είναι δυνατή με την υπαγωγή τους στο εσωτερικό σύστημα της έννομης τάξης και την λειτουργική συνοχή τους υπό τις ίδιες αξιολογικές κρίσεις. Εξ αυτού του λόγου η καθοδηγητική λειτουργία της καλής πίστης στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, είναι όχι μόνο δικαιολογημένη αλλά και απαραίτητη. Η καλή πίστη λειτουργεί ταυτοχρόνως και ως οριακό σημείο περιστολής της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών. Μολονότι ο κοινοτικός νομοθέτης επιχειρεί να προσδώσει την μέγιστη δυνατή προστασία στην ρυθμιστική πολυμορφία που ενδέχεται να προκύψει από την συμβατική ελευθερία, η τελευταία δεν δύναται να εκπίπτει των επιταγών των γενικών αρχών που αποτελούν απώτατο αξιολογικό όριο για την έννομη τάξη εν γένει.

5.6. Η υποχρέωση αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια ως αντικείμενο ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού

Μία από τις πλέον καινοτόμες ρυθμίσεις που εισήγαγε ο ν. 3301/2004 κατά την ενσωμάτωση της Οδ. 2002/47/EK είναι η αναγνώριση της ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού (close – out netting), την οποία μπορούν να συμπεριλάβουν τα μέρη στην συμφωνία παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Ειδικότερα, στο άρθρο 2 § 1 στοιχ. ιδ, ως ρήτρα

⁹⁵ Λέκκας Γ.Κ., Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί χρηματοπιστωτικών μέσων και επί πιστωτικών απαιτήσεων και καλή πίστη, ο.π. σελ. 466

εκκαθαριστικού συμψηφισμού, ορίζεται η διάταξη της συμφωνίας των μερών κατά την οποία με τη επέλευση ενός γεγονότος που συνεπάγεται αναγκαστική εκτέλεση, είτε μέσω συμψηφισμού είτε αντιστάθμισης ή άλλου τρόπου: α) οι υποχρεώσεις των μερών καθίστανται άμεσα απαιτητές και εκφράζονται ως υποχρέωση καταβολής του ποσού που αντιπροσωπεύει η τρέχουσα αξία τους ή λήγουν και αντικαθίστανται από την καταβολή ενός τέτοιου ποσού, β) υπολογίζονται οι οφειλές του κάθε συμβαλλομένου προς τον άλλο και εκείνος που οφείλει το μεγαλύτερο ποσό καταβάλλει το καθαρό ποσό που ισούται με τη διαφορά των οφειλών.

Επιπροσθέτως, κατά το άρθρο 5 § 5 του ίδιου νόμου, παρέχεται στα μέρη η δυνατότητα να συμφωνήσουν ότι η υποχρέωση του ασφαλειολήπτη για αντικατάσταση της χρησιμοποιηθείσας ασφάλειας με ισοδύναμη, δύναται να αποτελέσει αντικείμενο ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού, εφόσον επέλθει γεγονός συνεπαγόμενο αναγκαστική εκτέλεση όσο εκκρεμεί η εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής. Η δικαιολογία της ρύθμισης του άρθρου 5 για την εμπράγματη χρηματοοικονομική ασφάλεια με δικαίωμα χρήσης είναι αυτή που διατρέχει εν γένει την αναγνώριση και θεσμοθέτηση της ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού. Η μεγάλη πρακτική σημασία του εκκαθαριστικού συμψηφισμού εμφανίζεται κυρίως, στις συμβάσεις – πλαίσια, όπου τα συμβαλλόμενα μέρη αναλαμβάνουν πληθώρα αμοιβαίων υποχρεώσεων και ορίζουν τον χρόνο εκπλήρωσης ή διακανονισμού αυτών σε συγκεκριμένη ημερομηνία ή και περιοδικώς.

Ας επισημανθεί, εδώ ότι και η συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας μπορεί να συναφθεί υπό την μορφή συμφωνίας πλαισίου κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περ. α' Ν. 3301/2004, πράγμα που είναι και το συνηθέστερο στην συναλλακτική πρακτική που είθισται να ακολουθεί τα πρότυπα των διεθνών οργανισμών (όπως η ISDA). Στο πλαίσιο αυτό, οι συμβαλλόμενοι συνάπτουν συνήθως περισσότερες συμβάσεις, από τις οποίες δημιουργείται ένα πλέγμα εκατέρωθεν υποχρεώσεων. Έτσι σε περίπτωση επέλευσης γεγονότος που συνεπάγεται αναγκαστική εκτέλεση (event of default), ήτοι οποιοδήποτε γεγονός αθέτησης υποχρέωσης και ελλείψει ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού, κάθε συμβαλλόμενος θα ενέπιπτε στον κίνδυνο να οφείλει να εκπληρώσει τις εναπομείνουσες συμβατικές του υποχρεώσεις μολονότι ο αντισυμβαλλόμενός του έχει καταστεί αφερέγγυος.⁹⁶

Βασική τέτοια περίπτωση είναι αυτή της πτώχευσης ενός από τους συμβαλλομένους. Με την ρήτρα εκκαθαριστικού συμψηφισμού αποσοβείται ο κίνδυνος ο σύνδικος του πτωχέυσαντα να εκπληρώσει εκείνες μόνο τις συμβάσεις που θεωρεί επωφελείς, αρνούμενος την εκπλήρωση εκείνων που είναι επαχθείς (“cherry picking”). Μάλιστα, η περίπτωση της πτωχεύσεως παρουσίαζε μεγάλο ενδιαφέρον, όχι μόνο λόγω της συχνότητας της στις συναλλαγές αλλά και λόγω της αναγκαστικής φύσεως των εθνικών πτωχευτικών διατάξεων πολλών κρατών –μελών, που δεν άφηναν περιθώριο σε τέτοιου είδους προνομιακή μεταχείριση των δανειστών κατά την βασική αρχή της συλλογικής ικανοποίησης στην πτωχευτική διαδικασία.

Σχετικό παράδειγμα αποτελούσε παλαιότερα η χώρα μας, με την κρατούσα νομολογία να αποφαινεται, ότι ο συμψηφισμός δεν γεννά έννομα αποτελέσματα εάν οι προς συμψηφισμό

⁹⁶ Μεταλληνός Αλ. Σ., Νομικά ζητήματα από τη σύναψη συμβάσεων επί χρηματοοικονομικών παραγώγων από νομικά πρόσωπα που εδρεύουν ή είναι εγκατεστημένα στην Ελλάδα, ΔΕΕ 2003, σελ. 517

απαιτήσεις δεν συναντήθηκαν προ της κηρύξεως της πτώχευσης με δυνατότητα συμψηφισμού τους (π.χ. επειδή οι προτεινόμενες προς συμψηφισμό απαιτήσεις γεννήθηκαν μετά την κήρυξη της πτώχευσης). Επομένως κατά την προεκτεθείσα άποψη, η εμπέλευση της ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού θα περιοριζόταν μόνο στις απαιτήσεις που πληρούν τις προϋποθέσεις συμψηφισμού πριν από την κήρυξη της πτωχεύσεως, οι γεννηθείσες κατόπιν αυτής απαιτήσεις δεν θα υπόκειντο σε εκκαθαριστικό συμψηφισμό αλλά θα πρέπει να αναγγελοθούν για την ικανοποίηση τους από την πτωχευτική περιουσία.⁹⁷

Μάλιστα η δυσμενής αυτή αντιμετώπιση εκ μέρους της εθνικής νομολογίας αποτέλεσε αποτρεπτικό παράγοντα για τη σύναψη τέτοιων συναλλαγών με ελληνικές επιχειρήσεις, οι οποίες βρέθηκαν αντιμέτωπες με δυσμενέστερους όρους στις συμβάσεις επί παραγώγων και με το συνακόλουθο ανταγωνιστικό μειονέκτημα.⁹⁸ Τέτοιο θέμα δεν τίθεται βέβαια πλέον. Τόσο η αναμόρφωση του Πτωχευτικού Δικαίου⁹⁹ όσο και ο ν. 3301/2004 συνέβαλαν στην εξασφάλιση της αναγνώρισης της εγκυρότητας της ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού, στην δυνατότητα μετατροπής των μη ληξιπρόθεσμων χρεών σε απαιτητά αλλά και την απρόσκοπτη εφαρμογή αυτής ακόμα και σε περιπτώσεις πτώχευσης (άρθρο 7 ν. 3301/2004).

Όσον αφορά την συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, τα μέρη δύνανται να συμφωνήσουν ότι σε περίπτωση επέλευσης γεγονότος που συνεπάγεται αναγκαστική εκτέλεση ενόσω εκκρεμεί η υποχρέωση του ασφαλειολήπτη για αντικατάσταση της χρησιμοποιηθείσας ασφάλειας με ισοδύναμη, αυτή θα αποτελέσει αντικείμενο εκκαθαριστικού συμψηφισμού. Πιο συγκεκριμένα, η συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας λήγει πρόωρα και οι εκατέρωθεν απαιτήσεις καθίστανται ληξιπρόθεσμες και απαιτητές. Στο πλαίσιο αυτό, η υποχρέωση παροχής ισοδύναμης ασφάλειας θα αποτιμηθεί λογιστικά σύμφωνα με τη συμβατικώς επιλεγείσα μέθοδο υπολογισμού της αξίας των υποχρεώσεων των μερών, ώστε να εκφρασθεί η κατ' εκτίμηση τρέχουσα αξία της και να συμψηφισθεί.¹⁰⁰ Κατόπιν του λογιστικού συνυπολογισμού των απαιτήσεων η διαφορά που θα προκύπτει θα υποδεικνύει και το καθαρό ποσό που θα οφείλει να καταβάλει το ένα μέρος.

Η ρύθμιση των επιμέρους ζητημάτων και τυχόν τυπικών διατυπώσεων για την ενεργοποίηση της ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού εναπόκειται στην συμβατική βούληση των μερών. Έτσι τα μέρη μπορούν να συμφωνήσουν ότι η ρήτρα εκκαθαριστικού συμψηφισμού θα ενεργοποιείται αυτομάτως ή με καταγγελία. Δεδομένου ότι ο εκκαθαριστικός συμψηφισμός αποτελεί μορφή συμβατικού συμψηφισμού, ισχύει και εδώ η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας και

⁹⁷ Ζέρει Ι., Νομικά Ζητήματα της Εξωχρηματιστηριακής Αγοράς Παραγώγων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σελ. 784-785 με παραπομπή στην ΑΠ 906/1996, Δ/νη 1997, σελ. 134.

⁹⁸ Μεταλληνός Αλ. Σ., Νομικά ζητήματα από τη σύναψη συμβάσεων επί χρηματοοικονομικών παραγώγων από νομικά πρόσωπα που εδρεύουν ή είναι εγκατεστημένα στην Ελλάδα, ο.π., σελ. 517

⁹⁹ Βλ. σχετικά το άρθρο 36 παρ. 3 ΠτΚ. «Ο συμψηφισμός απαιτήσεων που προκύπτουν από εντολές μεταβίβασης επί συστημάτων διακανονισμού πληρωμών και διακανονισμού χρηματοπιστωτικών μέσων, καθώς και με βάση ρήτρες εκκαθαριστικού συμψηφισμού, στο πλαίσιο συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, γίνεται κατά τις ειδικές περί αυτών ρυθμίσεις».

¹⁰⁰ Βλ. σχετικώς και άρθρο 4 §1α και §2β για την υποχρέωση των μερών να έχουν συμφωνήσει τον τρόπο αποτίμησης της αξίας των χρηματοπιστωτικών μέσων ή των απαιτήσεων.

ο αντίστοιχος αποκλεισμός των νομίμων προϋποθέσεων που θέτει ο εθνικός νομοθέτης (άρθρα 440 επ. ΑΚ). Αυτό προκύπτει βέβαια και από την γραμματική διατύπωση των άρθρων 2 §1 στοιχ. ιδ' και 7 α' του ν.3301/2004, με τα οποία ο νομοθέτης τάσσεται απερίφραστα υπέρ της συμβατικής ελευθερίας των μερών αναφορικά με τη συνολολόγηση ρητρών εκκαθαριστικού συμψηφισμού, η πολυμορφία των οποίων τυγχάνει μεγίστης προστασίας.

Τελικώς, αξίζει να διευκρινισθεί ότι η διαφορά του εκκαθαριστικού συμψηφισμού από άλλες μορφές συμβατικού συμψηφισμού, όπως και του συμψηφισμού που χρησιμοποιείται ως μέσο εκπλήρωσης της συμβατικής υποχρέωσης της αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια, είναι ότι αυτός αφορά την «ολότητα» της συμβατικής σχέσης.¹⁰¹ Η μεγάλη πρακτική και οικονομική σημασία, ειδικώς στις συμβάσεις παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, όπου συνήθη συμβαλλόμενα μέρη είναι πιστωτικά ιδρύματα, είναι ότι εν ισχύ ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού οι τράπεζες μειώνοντας τον πιστωτικό κίνδυνο δύνανται να δεσμεύουν λιγότερα ίδια κεφάλαια, με απόρροια να έχουν χαμηλότερο κόστος και να μπορούν να παρέχουν στους συμβαλλομένους τους ευνοϊκότερους όρους.¹⁰²

Η δυνατότητα συμφωνίας ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού, έρχεται να αντισταθμίσει τον έντονο πιστωτικό κίνδυνο και ιδίως τον συστημικό, που ελλοχεύει στις περιπτώσεις επαναχρησιμοποίησης των υπέγγυων περιουσιακών στοιχείων πριν το ληξιπρόθεσμο της ασφαλιζόμενης απαίτησης, κατά το ότι η σύμβαση των μερών δύναται να λήξει αυτομάτως με αποτέλεσμα να προκύψει μία μόνο τελική απαίτηση, μειώνοντας έτσι και το συναλλακτικό κόστος μεταξύ των συμβαλλομένων αλλά και την διασπορά του κινδύνου της αφερεγγυότητας και σε άλλες συναλλαγές των μερών.

¹⁰¹ Αυγουλέας Αιμ. – Μαρής Π. «Παράγωγα χρηματοοικονομικά συμβόλαια. Συνοπτική νομική και οικονομική ανάλυση» ο.π., σελ. 1157

¹⁰² Μεταλληνός Αλ. Σ., Νομικά ζητήματα από τη σύναψη συμβάσεων επί χρηματοοικονομικών παραγώγων από νομικά πρόσωπα που εδρεύουν ή είναι εγκατεστημένα στην Ελλάδα, ο.π. σελ. 517.

6. Η αστική ευθύνη

6.1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Κατόπιν της ανάλυσης της έννομης σχέσης του ασφαλειολήπτη και του ασφαλειοδότη που προκύπτει από την σύναψη της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, διακρίνεται η ύπαρξη ενός έντονου ενοχικού δεσμού μεταξύ των μερών. Οι διατάξεις της Οδ. 2002/47/ΕΚ μεταβάλλουν ουσιωδώς την έννομη θέση του ασφαλειολήπτη και του ασφαλειοδότη, κυρίως, μέσω της ιδιαίτερης βαρύτητας που αποδίδεται στην ιδιωτική αυτονομία ως παράγοντα διάπλασης δικαιωμάτων και υποχρεώσεων.¹⁰³ Κατά αυτόν τον τρόπο προσδίδεται στην σχέση των μερών ο χαρακτήρας συμβατικής ενοχής, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 287 ΑΚ · οι δε πηγάζουσες από την ενοχική αυτή σχέση εκατέρωθεν υποχρεώσεις πρέπει να εκπληρώνονται σύμφωνα με την ιδιωτική αυτονομία, ήτοι τα συμβατικώς συμφωνηθέντα, αλλά και όπως επιτάσσει η καλή πίστη.

Κατά συνέπεια, οποιαδήποτε παράβαση των υποχρεώσεων των μερών εκ της συμφωνίας τους θα γεννά ευθύνη προς αποκατάσταση της προκληθείσας ζημίας, εφόσον βέβαια πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις. Τόσο η Οδ. 2002/47/ΕΚ όσο και ο ν. 3301/2004, δεν ρυθμίζουν τα ζητήματα της αστικής ευθύνης των μερών καθότι δεν περιλαμβάνουν καμία διάταξη αναφορικά με την ανώμαλη εξέλιξη της ενοχής και τις τυχόν παρεχόμενες αξιώσεις του ζημιωθέντος. Εναπόκειται, λοιπόν, στην εκάστοτε εθνική έννομη τάξη να ρυθμίσει το ζήτημα αυτό σύμφωνα με το ισχύον σε αυτή δίκαιο αστικής ευθύνης.

Εν προκειμένω θα αναζητηθεί η αστική ευθύνη που προκύπτει μεταξύ των μερών από την παραβίαση εκείνων των υποχρεώσεων που συνέχονται με την άσκηση του δικαιώματος χρήσης, ιδωμένο ως βασικό πυλώνα της διαμόρφωσης της ενοχικής σχέσης και αυτοτελή γενεσιουργό αιτία ενοχικών υποχρεώσεων. Έτσι, στις επόμενες ενότητες θα εξετασθούν τα κύρια ζητήματα ευθύνης που προκύπτουν από την παραβίαση, αφενός της κύριας υποχρέωσης του ασφαλειολήπτη να αντικαταστήσει τη χρησιμοποιηθείσα ασφάλεια με ισοδύναμη, και, αφετέρου, των παρεπόμενων ενοχικών υποχρεώσεων των μερών. Για την ανάλυση των προϋποθέσεων θεμελίωσης της ευθύνης χρειάζεται να ληφθεί υπόψιν η ιδιαίτερη φυσιολογία της ενοχής, με σκοπό να φωτιστούν τα βασικά ζητήματα που απορρέουν από τόσο από τον ιδιόμορφο χαρακτήρα της σχέσης των μερών όσο και από τη φύση των διαπραγματεύσιμων σε αγορά χρηματοπιστωτικών μέσων που αποτελούν το σύνηθες αντικείμενο της χρηματοοικονομικής ασφάλειας.

¹⁰³ Λέκκας Γ.Κ., Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί χρηματοπιστωτικών μέσων και επί πιστωτικών απαιτήσεων και καλή πίστη, ο.π., σελ. 467

6.2. Η παραβίαση της υποχρέωσης αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια από τον ασφαλειολήπτη

6.2.1. Ο ασφαλειολήπτης ως υπερήμερος οφειλέτης

Η κύρια υποχρέωση που γεννάται από την άσκηση του δικαιώματος χρήσης στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας είναι η αντικατάσταση της χρησιμοποιηθείσας ασφάλειας με ισοδύναμη εκ μέρους του ασφαλειολήπτη. Στην περίπτωση που αντικείμενο της ασφάλειας αποτέλεσαν μετρητά, ο ασφαλειολήπτης ενέχεται στην πληρωμή του ίδιου ποσού στο ίδιο νόμισμα, ενώ αν τα βεβαρημένα περιουσιακά στοιχεία ήταν χρηματοπιστωτικά μέσα, ενέχεται στην παροχή τίτλων του ίδιου εκδότη ή χρεώστη, ίδιας κατηγορίας και ονομαστικού ποσού. Δεν αποκλείεται, ακόμη, εφόσον προβλέπεται από τη συμφωνία των μερών, ο ασφαλειολήπτης να ενέχεται στην παροχή άλλων περιουσιακών στοιχείων.¹⁰⁴ Προκύπτει συνεπώς, εδώ το ερώτημα, πώς θα διαμορφωθεί η ευθύνη όταν ο ασφαλειολήπτης παραβιάζει την ανωτέρω υποχρέωσή του για παροχή ισοδύναμης ασφάλειας αφότου άσκησε το δικαίωμα χρήσης.

Αρξάμενοι από την περίπτωση κατά την οποία η ασφάλεια που δόθηκε αρχικώς από τον ασφαλειοδότη συνίστατο σε χρηματοπιστωτικά μέσα, η ενοχή του ασφαλειολήπτη διαμορφώνεται ως ενοχή γένους. Ήδη από τον ορισμό της ισοδύναμης ασφάλειας, προκύπτει ότι ο κοινοτικός νομοθέτης περιγράφει σε αδρές γραμμές τα χαρακτηριστικά της, προκειμένου να εξασφαλίσει, μεν, το έννομο συμφέρον του ασφαλειοδότη να λάβει χρηματοπιστωτικά μέσα ίδιας ονομαστικής αξίας και ποιότητας με αυτά που παρείχε, αλλά να παράσχει και την απαραίτητη ευελιξία που χρειάζονται οι εν λόγω συναλλαγές. Συνεπώς, η παροχή του ασφαλειολήπτη δεν αφορά ένα ατομικώς ορισμένο αντικείμενο, αλλά το τελευταίο προσδιορίζεται μόνο με γενικά γνωρίσματα, τα οποία απαντώνται σε μια ευρύτερη κατηγορία αντικείμενων, που συνιστούν ένα γένος.¹⁰⁵ Σε κάθε περίπτωση, βέβαια, η ύπαρξη ενοχής γένους αποτελεί ερμηνευτικό ζήτημα της δικαιοπρακτικής βούλησης των μερών, που εν προκειμένω αποτελεί τον κύριο γενεσιουργό λόγο της ενοχής (ΑΚ 174, 200).

Ωστόσο, η φυσιολογία της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας που συνίσταται επί χρηματοπιστωτικών μέσων, δύσκολα θα μπορούσε πρακτικά να λειτουργήσει με τον προσδιορισμό της υποχρέωσης του ασφαλειολήπτη προς αντικατάσταση ως παροχής είδους. Μάλιστα κατά τις πρότυπες συμβάσεις- πλαίσιο των διεθνών οργανισμών που είθισται να χρησιμοποιούν τα μέρη, η ισοδύναμη ασφάλεια περιγράφεται ακόμη πιο ελαστικά συγκριτικά με τον ν.3301/2004. Δεν μπορεί βέβαια, να αποκλειστεί το ενδεχόμενο η παροχή ισοδύναμης ασφάλειας να συμφωνηθεί ως παροχή καταχρηστικού γένους, ήτοι ενός στενότερου υποσυνόλου διακρινόμενου από το καθαρό γένος.¹⁰⁶ Ήδη ο ορισμός της ισοδύναμης ασφάλειας ως χρηματοπιστωτικά μέσα του ίδιου εκδότη ή χρεώστη και της ίδιας ονομαστικής αξίας και

¹⁰⁴ Άρθρο 2 §1 στοιχ. θ' ν. 3301/2004

¹⁰⁵ Γεωργιάδης Απ. Σ., Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, ο.π., σελ. 100 – 101

¹⁰⁶ Σταθόπουλος, Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 730 - 731

κατηγορίας θα μπορούσε να θεωρηθεί ως καταχρηστικό γένος. Τα όρια της διάκρισης είναι εν γένει ρευστά. Ωστόσο, ειδικώς εν προκειμένω, η κατάφαση της ύπαρξης καταχρηστικού γένους δεν φαίνεται να έχει ιδιαίτερη πρακτική σημασία, λόγω της φύσεως των χρηματοπιστωτικών μέσων. Αν όχι αδύνατη, τουλάχιστον δυσχερής, θα μπορούσε να νοηθεί η περίπτωση καταστροφής ολόκληρου του καταχρηστικού γένους ή επέλευση οποιουδήποτε άλλου γεγονότος που να καθιστά αδύνατη την παροχή ισοδύναμων χρηματοπιστωτικών μέσων.¹⁰⁷

Προκειμένου να αρθεί η αοριστία της παροχής του ασφαλειολήπτη, πρέπει να γίνει επιλογή των συγκεκριμένων χρηματοπιστωτικών μέσων, η οποία αν δεν ορίζεται άλλως από την σύμβαση θα γίνει από τον ίδιο ως οφειλέτη, σύμφωνα και με την ερμηνευτική διάταξη του άρθρου 289 ΑΚ. Επιπροσθέτως, αναφορικά με την συγκέντρωση της ενοχής, σύμφωνα με το άρθρο 290 ΑΚ, η οποία επέρχεται από τη στιγμή που ο δανειστής περιέρχεται σε υπερημερία ως προς την αποδοχή της παροχής, ήτοι την αρνείται, μολονότι προσφέρεται νομίμως από τον οφειλέτη, λεκτέα είναι τα εξής. Η χρονική στιγμή της συγκέντρωσης είναι ιδιαίτερα σημαντική κατά την κατάστρωση των ενοχών γένους στον Αστικό Κώδικα, διότι αποτελεί και το χρονικό σημείο μετάβασης του κινδύνου της παροχής από τον οφειλέτη στον δανειστή. Στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, δεν εντοπίζεται αντίστοιχο ζήτημα κυρίως λόγω του θεσμού της εμπράγματης υποκατάστασης.

Ειδικότερα, η παρασχεθείσα ισοδύναμη ασφάλεια θεωρείται κατά πλάσμα δικαίου, ωσάν να είχε παρασχεθεί εξ αρχής με αποτέλεσμα να καλύπτεται από την αρχική συμφωνία των μερών ενώ διατηρούνται και τα δικαιώματα του ασφαλειολήπτη επί αυτής. Άλλωστε κίνδυνος καταστροφής ή απώλειας της παρασχεθείσας ασφάλειας δεν δύναται να νοηθεί επί χρηματοπιστωτικών μέσων, παρά μόνο κίνδυνος απομείωσης της αξίας τους. Έτσι στην περίπτωση ύστερης απομείωσης της αξίας της ισοδύναμης ασφάλειας ο ασφαλειολήπτης θα έχει συνήθως το δικαίωμα να απαιτήσει την συμπλήρωση της από τον ασφαλειοδότη, σύμφωνα πάντοτε και με τα συμβατικώς προβλεπόμενα.¹⁰⁸ Και αυτό, γιατί εδώ η ενοχική σχέση δεν μπορεί να αποκοπεί λειτουργικά από τον σκοπό της εμπράγματης εξασφάλισης, ο οποίος συνδυαστικά με την ιδιαίτερη φυσιολογία της σχέσης ασφαλειολήπτη – ασφαλειοδότη απαιτεί την διατήρηση της αξίας της ασφάλειας προς κάλυψη της υποκείμενης απαίτησης.

Σύμφωνα με τις ανωτέρω παρατηρήσεις, προκύπτει ότι η παροχή ισοδύναμων χρηματοπιστωτικών μέσων δεν μπορεί να νοηθεί ως αδύνατη και άρα ο ασφαλειολήπτης να περιέλθει σε αδυναμία παροχής. Συνεπώς, στην περίπτωση που δεν παρέχει την ισοδύναμη ασφάλεια κατά το χρονικό σημείο που είχε συμφωνηθεί από τα μέρη, άλλως το αργότερο κατά το ληξιπρόθεσμο των ασφαλιζόμενων χρηματοοικονομικών απαιτήσεων, καθίσταται υπερήμερος οφειλέτης απέναντι στον ασφαλειοδότη. Εν προκειμένω, συντρέχουν όλες οι νόμιμες προϋποθέσεις της θεμελίωσης υπερημερίας, ήτοι υπάρχει δυνατή παροχή που έχει καταστεί ληξιπρόθεσμη και απαιτητή καθώς και καθυστέρηση εκπλήρωσής της πέρα από τη δήλη ημέρα, που συνήθως θα έχουν συμφωνήσει τα μέρη. Δεν αποκλείεται εδώ και η συμβατική

¹⁰⁷ Σταθόπουλος, Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 730 : «Χαρακτηριστικό του καταχρηστικού γένους είναι ότι μπορεί εύκολα να εκλείψει και έτσι να υπάρξει αδυναμία παροχής..»

¹⁰⁸ Άρθρο 5 § 3, 4 ν. 3301/2004

πρόβλεψη για όχληση του ασφαλειολήπτη – οφειλέτη, η οποία θα πρέπει να έχει λάβει χώρα, εφόσον προβλέπεται.¹⁰⁹

Βασικό στοιχείο της υπερημερίας του ασφαλειολήπτη είναι η υπαιτιότητα προς την καθυστέρηση της παροχής της ισοδύναμης ασφάλειας.¹¹⁰ Εφόσον τα μέρη δεν ορίζουν άλλως στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, θα ισχύει το γενικό μέτρο ευθύνης της ΑΚ 330, που θα καλύπτει τόσο τον δόλο όσο και την αμέλεια (βαριά ή ελαφριά) του ασφαλειολήπτη. Από τη θεώρηση της ενδοσυμβατικής ευθύνης ως νόθου αντικειμενικής, συνάγεται ότι η υπαιτιότητα τεκμαίρεται μαχητά, με αποτέλεσμα το βάρος απόδειξης για την έλλειψη πταίσματος να εναπόκειται στον ασφαλειολήπτη.¹¹¹ Η οικονομική δυσχέρεια ή έλλειψη ρευστότητας δεν μπορούν να αποκλείσουν άνευ ετέρου το πταίσμα. Ωστόσο, εν προκειμένω θα μπορούσε να άρει το πταίσμα του ασφαλειολήπτη ενδεχόμενη βαριά του ασθένεια που τον εμπόδισε από την εμπρόθεσμη παροχή ισοδύναμης ασφάλειας.

Υπερήμερος οφειλέτης θα καθίσταται ο ασφαλειολήπτης και στην περίπτωση που παράσχει ασφάλεια, η οποία δεν είναι ισοδύναμη κατά τις προβλέψεις του νόμου ή της συμφωνίας των μερών. Κατά την άποψη της γράφουσας, το στοιχείο του «ισοδύναμου» είναι ουσιώδες γνώρισμα που πρέπει να χαρακτηρίζει την παροχή του ασφαλειολήπτη, με αποτέλεσμα η παροχή μη ισοδύναμης ασφάλειας να συνιστά παροχή *aliud* και, κατά συνέπεια, μη εκπλήρωση της παροχής του, προς την οποία θα καθίσταται υπερήμερος. Αντίστοιχα και για την περίπτωση μερικής μόνο εκπλήρωσης (π.χ. όταν παρέχονται μεν τίτλοι με τα ίδια βασικά χαρακτηριστικά αλλά η ονομαστική αξία τους είναι μικρότερη της οφειλόμενης), ελλείψει συμβατικής ρύθμισης, θα τύχει εφαρμογής η ΑΚ 316 και ο ασφαλειολήπτης θα καταστεί πάλι υπερήμερος προς ολόκληρη την παροχή. Σε ειδικές περιπτώσεις δεν αποκλείεται βέβαια, η καλή πίστη να επιτάσσει την κάμψη της αρχής αυτής και την αποδοχή της μερικής εκπλήρωσης.¹¹²

Αντιστοίχως κατά τα ανωτέρω, περίπτωση υπερημερίας θα συντρέχει και όταν η χρηματοοικονομική ασφάλεια έχει συσταθεί επί μετρητών, οπότε θα οφείλεται η αντικατάσταση με ποσό ίσης αξίας και ίδιου νομίσματος. Ο ασφαλειολήπτης είναι οφειλέτης χρηματικής ενοχής, όπου δυσχερώς μπορεί να γίνει δεκτή αδυναμία παροχής.¹¹³ Τα ανωτέρω αναφερόμενα για την μερική εκπλήρωση αλλά και τις προϋποθέσεις της υπερημερίας ισχύουν και εν προκειμένω.

¹⁰⁹ Άρθρα 340 -341 ΑΚ.

¹¹⁰ Άρθρο 342 ΑΚ: «Ο οφειλέτης δεν γίνεται υπερήμερος αν η καθυστέρηση της παροχής οφείλεται σε γεγονός για το οποίο δεν έχει ευθύνη.»

¹¹¹ Σταθόπουλος, Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 421 - 425

¹¹² Τέτοιες περιπτώσεις θα μπορούσαν να είναι όταν η ονομαστική αξία των παρεχόμενων τίτλων υπολείπεται κατά ελάχιστο της αρχικής ασφάλειας ενώ δεν διατρέχει κίνδυνο αφερεγγυότητας ως προς την παροχή τίτλων της εναπομείνουσας αξίας.

¹¹³ Σταθόπουλος, Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 235-236

6.2.2. Οι αξιώσεις του ασφαλειοδότη

Η ανώμαλη εξέλιξη των ενοχών υπό τη μορφή της υπερημερίας του οφειλέτη έχει ως συνέπεια την γένεση ορισμένων αξιώσεων στο πρόσωπο του δανειστή με σκοπό την προστασία και διαφύλαξη των εννόμων συμφερόντων του, που θίγονται από την παραβίαση και τη ρήξη του συμβατικού δεσμού. Στο σημείο αυτό, χρειάζεται να διευκρινισθεί, ότι στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, η υποχρέωση αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια απορρέει και δικαιολογείται από μόνο το γεγονός της προηγούμενης χρήσης της αρχικώς παρασχεθείσας ασφάλειας. Ο κοινοτικός νομοθέτης παρέχει με την δυνατότητα χρήσης της ασφάλειας προς διευκόλυνση της επαναχρησιμοποίησης των περιουσιακών στοιχείων και ενίσχυσης της ρευστότητας, ωστόσο ο σκοπός αυτός δεν γίνεται να αποσυνδεθεί από την σχέση της εξασφάλισης.

Η τελευταία αποτελεί τη βάση της σχέσης των μερών, και επιτάσσει την επιστροφή ισοδύναμης ασφάλειας προς τον ασφαλειοδότη ο οποίος εκπλήρωσε νομίμως τις συμβατικές του υποχρεώσεις και, συνεπώς, δικαιούται την επιστροφή ισοδύναμων περιουσιακών στοιχείων με τα υπέγγυα. Μολονότι δεν εντοπίζεται άμεση σχέση ανταλλαγής μεταξύ της αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια και κάποιας άλλης παροχής του ασφαλειοδότη, γεγονός που θα συνηγορούσε υπέρ της άποψης περί ετεροβαρούς ενοχής, δεν μπορεί να αγνοηθεί, ότι η υποχρέωση αντικατάστασης συνέχεται ουσιωδώς με την παραχώρηση της χρήσης της ασφάλειας από τον ασφαλειοδότη. Συνεπώς, θεωρείται συνεπέστερο η ρύθμιση των απορρεόντων ζητημάτων εκ της ευθύνης του ασφαλειολήπτη ως υπερήμερου οφειλέτη να αναζητηθεί συνδυαστικά στις γενικές διατάξεις για την υπερημερία, τόσο κατά τα άρθρα 343 επ. όσο και 383 επ. ΑΚ.

Ο δανειστής του υπερήμερου οφειλέτη δύναται, λοιπόν, αρχικώς να αιτηθεί την εκπλήρωση της παροχής, ως αυτή εξακολουθεί να οφείλεται, και παράλληλα να αξιώσει και αποζημίωση για την ζημία που προέκυψε από την καθυστέρηση της παροχής (ΑΚ 343). Με την ΑΚ 383 προστίθενται στην φαρέτρα του δανειστή δύο νέα ακόμη δικαιώματα έναντι του υπερήμερου οφειλέτη. Δίνεται, έτσι, η δυνατότητα να αποκρούσει την καθυστερούμενη παροχή και να αξιώσει αποζημίωση, άλλως να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση αξιώνοντας παράλληλα και εύλογη αποζημίωση. Βασικό προαπαιτούμενο για την απόκτηση των δύο τελευταίων δικαιωμάτων από τον δανειστή είναι να έχει τάξει νωρίτερα εύλογη προθεσμία στον οφειλέτη δηλώνοντάς του συγχρόνως, ότι με την πάροδο αυτής άπρακτη αποκρούει την παροχή.¹¹⁴ Αξίζει εδώ να αναφερθεί, ότι στην πρώτη περίπτωση, όπου ο δανειστής αξιώνει πρωτογενώς την εκπλήρωση της παροχής, η αποζημίωση που δύναται να αξιώσει θα αφορά μόνο τη ζημία του από την καθυστέρηση. Αντίθετα, στην περίπτωση όπου θα έχουμε απόκρουση της παροχής και αίτημα αποζημίωσης, αυτή θα περιλαμβάνει κάθε ζημία από την εν γένει μη εκπλήρωση.

¹¹⁴ Βλ. και άρθρο 385 ΑΚ, όπου θεσπίζονται εξαιρέσεις από την υποχρέωση πρότερης θέσης εύλογης προθεσμίας στον οφειλέτη: «...1. αν από την όλη στάση του προκύπτει ότι το μέτρο αυτό θα ήταν άσκοπο, 2. ο δανειστής εξαιτίας της υπερημερίας δεν έχει συμφέρον στην εκπλήρωση της σύμβασης.»

Σε ένα δεύτερο στάδιο, χρειάζεται να εξετασθεί κατά πόσον οι ανωτέρω αξιώσεις συνταιριάζονται με το εν γένει ρυθμιστικό πλαίσιο της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, τη λειτουργία της και στον σκοπό του κοινοτικού νομοθέτη, προκειμένου να μπορούν να εφαρμοσθούν αντίστοιχα. Πράγματι, εφόσον δεν προβλέπεται διαφορετικός τρόπος επίλυσης από τα συμβατικώς συμφωνηθέντα, καθόλου δεν θα ενοχλεί η αξίωση του ασφαλειοδότη για πρωτογενή εκπλήρωση της οφειλόμενης παροχής, ήτοι της παροχής ισοδύναμης ασφάλειας, σωρευτικά με αξίωση αποζημίωσης, η οποία θα καλύπτει την ζημία που προέκυψε από την καθυστέρηση της παροχής. Συναφώς, καθόλα προσηκουσα παρουσιάζεται και η δυνατότητα του ασφαλειοδότη να τάξει εύλογη προθεσμία και με την άπρακτη παρέλευση αυτής να αποκρούσει την καθυστερούμενη παροχή και να αξιώσει αποζημίωση για κάθε ζημία προκύπτουσα από την μη εκπλήρωση.

Το βασικό ζήτημα προκύπτει αναφορικά με τη συμβατότητα του θεσμού της υπαναχώρησης με την συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης. Η υπαναχώρηση αποτελεί διαπλαστικό δικαίωμα, η άσκηση του οποίου επιφέρει την ανατροπή της υποσχετικής σύμβασης, δρώντας αναδρομικώς και αναπτύσσοντας ενοχική ενέργεια.¹¹⁵ Ο κύριος λόγος για τον οποίο ο θεσμός της υπαναχώρησης είναι ασύμβατος με την συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας εντοπίζεται ήδη στα βασικά εξ ορισμού του χαρακτηριστικά. Ειδικότερα, το γεγονός της «ενοχοποίησης» της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με τη θέσπιση επιμέρους ενοχικών υποχρεώσεων προς την επίτευξη της αρτιότερης λειτουργίας της, δεν μπορεί να αναιρέσει τον βασικό εμπράγματο χαρακτήρα αυτής και δη την εμπράγματη ενέργεια που, κατά κύριο λόγο, αναπτύσσει.

Οι επιμέρους ενοχικές υποχρεώσεις που απορρέουν από την άσκηση του δικαιώματος χρήσης, αποτελούν μέρος της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, η οποία είναι και παραμένει εκποιητική σύμβαση,¹¹⁶ και συνεπώς, καθίσταται εξ ορισμού της ασύμβατη με το θεσμό της υπαναχώρησης, ο οποίος λειτουργεί ως αποσβεστικός λόγος μόνο υποσχετικών δικαιοπραξιών. Έτι περαιτέρω, όμως, αξίζει να επισημανθεί, ότι η εν γένει κατάστρωση του θεσμού της υπαναχώρησης δεν ταιριάζει με την συναλλακτική πρακτική επί των συμφωνιών παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Οι τελευταίες συνάπτονται υπό τη μορφή συμβάσεων πλαίσιο, με αποτέλεσμα να στεγάζουν αρκετές επιμέρους διακριτές συμβάσεις και ενοχές. Ακόμα και στην περίπτωση υποσχετικών συμβάσεων, όταν αυτές τελούν υπό ένα κοινό συμβατικό πλαίσιο και έχουν αλυσιδωτή επενέργεια, η υπαναχώρηση από μία εξ αυτών θα οδηγούσε σε δυσχερή αποτελέσματα, δημιουργώντας παράλληλες σχέσεις εκκαθάρισης που θα ενέτειναν τον πιστωτικό κίνδυνο.

¹¹⁵ Όπως ρυθμίζεται στα 389 – 401 ΑΚ, βλ. και Σταθόπουλος, Μιχ. Π., – 486, η αναζήτηση άλλωστε των παροχών που είχαν ήδη δοθεί γίνεται επί τη βάση των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού (ΑΚ 904 επ.)

¹¹⁶ Για την διάκριση των υποσχετικών και εκποιητικών δικαιοπραξιών. Βλ. Δ. Παπαστερίου/Δ. Κλαβανίδου, Δίκαιο της δικαιοπραξίας, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 50 – 52, Γεωργιάδης Απ. Σ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Δίκαιο & Οικονομία – Π.Ν. Σάκκουλας, 2012, σελ. 390, Π. Λαδάς, Γενικές αρχές αστικού δικαίου, том. 2, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2009, σελ. 54 – 60

Συγκεκριαλαιώνοντας, ο ασφαλειοδότης θα έχει τα εξής δικαιώματα: α) να επιμείνει στην πρωτογενή εκπλήρωση της παροχής, ήτοι στην απόδοση των ισοδύναμων χρηματοπιστωτικών μέσων, και παράλληλα να αξιώσει αποζημίωση για την ζημία που προέκυψε από την καθυστέρηση, ή β) αφού τάξει εύλογη προθεσμία προς εκπλήρωση και αυτή παρέλθει άπρακτη, να αποκρούσει την παροχή και να αξιώσει αποζημίωση για μη εκπλήρωση. Αξίζει να σημειωθεί εν προκειμένω, ότι η δυνατότητα άσκησης της αξίωσης της ΑΚ 383 τίθεται σε ένα μεταγενέστερο χρονικό σημείο από την αξίωση της ΑΚ 343 §1, ήτοι όταν θα έχει παρέλθει πλέον η προθεσμία προς εκπλήρωση. Συνεπώς, ο ασφαλειοδότης – δανειστής θα μπορεί να ασκήσει την δευτερογενή αξίωση για αποζημίωση αφού αποκρούσει την παροχή, ήτοι αφού αποκλεισθεί η περίπτωση της πρωτογενούς εκπλήρωσης της ενοχής, που επιδιώκεται με την άσκηση του δικαιώματος της ΑΚ 343 §1. Άλλωστε, η ΑΚ 383 αποτελεί κατ' ουσίαν διεύρυνση του δικαιώματος της ΑΚ 343 §2, αφορώσα την περίπτωση που η πρωτογενής αξίωση προς εκπλήρωση τρέπεται πλέον σε δευτερογενή αξίωση αποζημίωσης.¹¹⁷

Εν κατακλείδι, όταν η χρηματοοικονομική ασφάλεια έχει συσταθεί επί μετρητών, και, συνεπώς ο ασφαλειολήπτης καθίσταται υπερήμερος οφειλέτης χρηματικής ενοχής, ο ασφαλειοδότης θα έχει αξίωση αποζημίωσης, η οποία θα ισούται με τους τόκους υπερημερίας για όλο το διάστημα αυτής, χωρίς να χρειάζεται αυτός να αποδείξει περαιτέρω ζημία. Βέβαια, στην περίπτωση που αποδείξει περαιτέρω θετική ζημία, θα μπορεί να απαιτήσει και την αντίστοιχη αποζημίωση πλέον των τόκων υπερημερίας. Σημειώνεται, ως εξ αντιδιαστολής προκύπτει, ότι ο ασφαλειοδότης θα μπορεί να αξιώσει επιπλέον αποζημίωση μόνο για τη θετική του ζημία και όχι για διαφυγόντα κέρδη.¹¹⁸

6.3. Η πλημμελής εκπλήρωση των υποχρεώσεων των μερών - Συνέπειες

Στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, η παραχώρηση και η άσκηση του δικαιώματος χρήσης δημιουργούν την ανάγκη θέσπισης υποχρεώσεων των μερών προκειμένου να διασφαλισθεί η ομαλή λειτουργία της έννομης σχέσης, επιτελώντας και, συνάμα, προφυλάσσοντας τα εκατέρωθεν συμφερόντων των μερών. Για τον λόγο αυτό, πέρα από την βασική υποχρέωση του ασφαλειολήπτη να αντικαταστήσει με ισοδύναμη την ασφάλεια που χρησιμοποίησε, τα μέρη αναλαμβάνουν επιμέρους υποχρεώσεις πηγάζουσες κυρίως από την ιδιωτική τους αυτονομία, ως τον πλέον άμεσο τρόπο αυτοδέσμευσης τους, και την καλή πίστη (ΑΚ 288). Οι υποχρεώσεις αυτές, όπως αναλύθηκαν και ανωτέρω, έχουν κυρίως ενοχική φύση κατά το ότι τα μέρη ενέχονται σε ορισμένη παροχή, πράξη ή ενέργεια.

Συγκεκριμένα, τέτοιες υποχρεώσεις είναι λ.χ. η υποχρέωση για αποτίμηση της αξία της ασφάλειας ή ο υπολογισμός της απαίτησης κατά εμπορικά εύλογο τρόπο ή η χρήση της ασφάλειας κατά τρόπο που δεν αντιτίθεται στα συμφέροντα του ασφαλειοδότη. Τυχόν

¹¹⁷ Βλ. σχετικά Σπυριδάκη Ι., Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2018, σελ. 486-487

¹¹⁸ Άρθρα 345, 347 ΑΚ καθώς και Σταθόπουλος Μιχ. Π., Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, ο.π., σελ. 427

παραβίαση των υποχρεώσεων αυτών δεν θα αποτελεί ούτε αδυναμία παροχής αλλά ούτε και υπερημερία. Ειδικότερα, θα έχουμε ελαττωματική, άλλως πλημμελή εκπλήρωση μιας παροχής, διότι αυτή δεν εκπληρώνεται κατά τρόπο σύμφωνο με τα συμβατικώς επιλεγέντα ή με τις επιταγές της καλής πίστης. Έτσι, όταν ο ασφαλειολήπτης αποτιμά την αξία της χρηματοοικονομικής ασφάλειας κατά τρόπο που δεν είναι εμπορικά εύλογος, ήτοι δεν ανταποκρίνεται στα σύγχρονα οικονομικά δεδομένα σύμφωνα και με την καλή πίστη, διενεργεί μεν την απαιτούμενη διαδικασία αποτίμησης, όχι όμως με τον προσήκοντα τρόπο.

Μολονότι, η πλημμελής εκπλήρωση της ενοχής δεν ορίζεται ρητώς στο νόμο ως περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης ενοχών, ορθώς, έχει επικρατήσει η άποψη ότι πρόκειται για κενό δικαίου, το οποίο θα πληρωθεί με αναλογία. Πράγματι, από τις διατάξεις των άρθρων 287, 288, 330 ΑΚ προκύπτει ότι ο νομοθέτης θεωρεί επίμεμπτη κάθε μορφή αθέτησης συμβατικής υποχρέωσης, εφόσον βέβαια αυτή οφείλεται σε υπαιτιότητά του οφειλέτη της. Κατά τα ανωτέρω ενδοσυμβατική ευθύνη γεννάται και επί περιπτώσεων όπου η αθέτηση υποχρέωσης δεν συνιστά αδυναμία παροχής ή υπερημερία, αλλά παραβίαση παρεπόμενων υποχρεώσεων, όπως αυτές έχουν διαμορφωθεί είτε από τη συμβατική ελευθερία των μερών είτε από την καλή πίστη, καθώς και μη προσήκουσα εκπλήρωση της κύριας παροχής, όταν αυτή εκπληρώνεται μεν, παρουσιάζει ελαττώματα δε.

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία αλλά και την θεωρία,¹¹⁹ οι συνέπειες επί πλημμελούς εκπλήρωσης της ενοχής θα αναζητηθούν με αναλογία δικαίου, ήτοι με αναγωγή στις γενικές διατάξεις που ρυθμίζουν την ευθύνη επί αδυναμίας παροχής και υπερημερίας (ΑΚ 335 επ., 340 επ., 362 επ.). Από το πνεύμα των διατάξεων αυτών και την βασική αρχή της υπαιτιότητας (ΑΚ 330), προκύπτει ότι επί ανυπαίτιας αθέτησης ο οφειλέτης θα ενέχεται σε άρση της πλημμέλειας δεν θα ευθύνεται όμως για αποζημίωση, καθότι θα ελλείπει το βασικό στοιχείο της υπαιτιότητας. Ωστόσο, επί υπαίτιας αθέτησης, ο οφειλέτης θα ενέχεται τόσο σε άρση της πλημμέλειας του όσο και σε αποζημίωση του δανειστή για την τυχόν ζημία που υπέστη λόγω της πλημμέλειας. Δεν αποκλείεται, βέβαια, και η αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 343 §2 όταν σε εξαιρετικές περιπτώσεις και σύμφωνα με τις επιταγές της καλής πίστης, η πλημμέλεια είναι τόσο ουσιώδης που ελλείπει το συμφέρον του δανειστή στην εκπλήρωση, οπότε θα δύναται να θεωρήσει ότι υπάρχει (ολική) μη εκπλήρωση και να ασκήσει τα αντίστοιχα δικαιώματά του.

Τα δικαιώματα αυτά δύνανται να εφαρμοσθούν αντιστοίχως και στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης. Έτσι, στην περίπτωση που διενεργηθεί από τον ασφαλειολήπτη πλημμελώς η αποτίμηση της αξίας της παρασχεθείσας ασφάλειας, ο ασφαλειοδότης θα έχει το δικαίωμα να απαιτήσει την επανάληψη της κατά τον εμπορικά εύλογο τρόπο, και εφόσον υπέστη ζημία από την ανωτέρω περίπτωση να αξιώσει και την σχετική αποζημίωση. Περίπτωση τέτοιας ζημίας, θα υπάρχει εάν αυτός υποχρεώθηκε να παράσχει επιπλέον ασφάλεια, επειδή η αρχικώς παρασχεθείσα ή η ισοδύναμη θεωρήθηκε εσφαλμένα μειωμένης αξίας, ενώ στην πραγματικότητα αρκούσε για να καλύψει τις ασφαλιζόμενες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις. Αντίστοιχα, σε περιπτώσεις όπου ο ασφαλειολήπτης χρησιμοποιεί την παρασχεθείσα ασφάλεια κατά τρόπο αντίθετο στα

¹¹⁹ Βλ. ενδεικτικώς αναφερόμενη νομολογία ΑΠ 982/1999 ΕλλΔνη 1999 σελ. 1747, ΑΠ 1503-4/2005 ΕλλΔνη 2006 σελ. 185, ΑΠ 1384 / 2009 δημοσ. ΝΟΜΟΣ

συμφέροντα του ασφαλειοδότη, παραβιάζοντας έτσι την σχετική παρεπόμενη υποχρέωσή του εκ της καλής πίστεως, συνήθως δεν θα είναι δυνατή η άρση της πλημμέλειας αλλά ο ασφαλειοδότης θα έχει αξίωση αποζημίωσης για την ζημία που προκλήθηκε από την κακόπιστη χρήση της ασφάλειας.¹²⁰

6.4. Η αξίωση προς αποζημίωση και τα ανακύπτοντα ζητήματα

Η αξίωση αποζημίωσης αποτελεί βασικό πυλώνα του δικαίου της αστικής ευθύνης κατά το ότι αναπτύσσει επανορθωτική λειτουργία με σκοπό την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ένα πρόσωπο από πράξεις ή παραλείψεις ενός άλλου. Και επί ενδοσυμβατικής ευθύνης, όπου ο δανειστής οπλίζεται και με άλλα δικαιώματα και απαιτήσεις προς αποκατάσταση της ζημίας του, η αξίωση αποζημίωσης διατηρεί την σημασία της, ιδίως στις περιπτώσεις που η άρση της πλημμέλειας ή η εκπλήρωση της παροχής δεν πραγματώνονται ή σε κάθε περίπτωση δεν αρκούν για την άρση της επελθούσας εξ αυτών ζημίας του δανειστή. Ιδίως στις σύγχρονες χρηματοοικονομικές συναλλαγές, όπως είναι και η συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, όπου οι παροχές των μερών υπάγονται στους εγγενείς κινδύνους της αγοράς, τυχόν άρση κάποιας πλημμέλειας ή θέση προθεσμίας προς εκπλήρωση για τον υπερήμερο οφειλέτη, ίσως να μην είναι δυνατή ή ακόμα και αν είναι, μάλλον, δεν θα είναι συμφέρουσα για τον δανειστή. Έτσι, η αξίωση αποζημίωσης αποκτά στους κόλπους τέτοιων συναλλαγών αυξημένη σημασία, αποτελώντας συνήθως την κύρια οδό διευθέτησης της ενδοσυμβατικής ευθύνης.

Οι προϋποθέσεις της ευθύνης προς αποζημίωση στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης θα αναλυθούν εν προκειμένω με βάση κυρίως τους γενικούς κανόνες των άρθρων 297- 300 ΑΚ, προκειμένου να αναδειχθούν τα βασικά ανακύπτοντα ζητήματα που οφείλονται κυρίως στην ιδιαίτερη νομική φύση και λειτουργία της συμφωνίας αλλά και στην εγγενώς κινδυνώδη φύση και διαχείριση των διαπραγματευόμενων σε αγορά χρηματοπιστωτικών μέσων. Η ευθύνη των μερών και ιδίως του ασφαλειολήπτη, προς αποζημίωση θα γίνει επί τη βάση της αθέτησης συμβατικής υποχρέωσης ως νόμιμου λόγου ευθύνης. Έτσι, στις περιπτώσεις αθέτησης των συμβατικών υποχρεώσεων του ασφαλειολήπτη, όπως αναλύθηκαν ευθύς ανωτέρω, το ζημιογόνο γεγονός αποτελεί η μη εκπλήρωση ή η πλημμελής εκπλήρωση της παροχής. Ως λογική συνέπεια αυτού, προκύπτει ότι η έκταση της ευθύνης προς αποζημίωση θα προσδιοριστεί ως το θετικό διαφέρον, ήτοι θα πρέπει να βρεθεί η ζημία του ασφαλειοδότη σύμφωνα με το τί θα είχε ο τελευταίος εάν έλειπε το

¹²⁰Λχ. Όταν η χρηματοοικονομική ασφάλεια συνίσταται σε μέρος μετοχών του ασφαλειοδότη και ο ασφαλειολήπτης προβαίνει στην χρήση αυτών ασκώντας τα απορρέοντα διοικητικά δικαιώματα, δεν πρέπει να λησμονείται ότι ο ασφαλειοδότης παραμένει κύριος των υπόλοιπων μη παρασχεθεισών μετοχών, άρα και ζημιωθείς, στην περίπτωση που οι πράξεις ή παραλείψεις του συμμετέχοντος στη συνέλευση δανειστή του αποδειχθεί ότι έπληξαν το ν.π. και αντανakλαστικώς ή και ευθέως τα μετοχικά περιουσιακά του συμφέροντα, βλ. σχετικά και Ρούσσης Δ., Καθήκον πίστης και αστική ευθύνη δανειστή στο ενέχυρο τίτλων, ΧρΙΔ 2015, σελ. 730

ζημιογόνο γεγονός της αθέτησης, άλλως τί θα αποκόμιζε αυτός εάν είχε συμβεί το θετικό γεγονός της προσήκουσας εκπλήρωσης.¹²¹

Καίρια στην ευθύνη προς αποζημίωση είναι η έννοια της ζημίας, ερμηνευόμενη εν γένει ως κάθε βλάβη που προκαλείται στα υλικά ή άυλα αγαθά ενός προσώπου. Ας επισημανθεί, ακόμα, η διάκριση της ζημίας ως αυτοτελούς προϋπόθεσης ευθύνης από την ζημία εκείνη που θα κριθεί εν τέλει αποκαταστατέα. Η τελευταία θα καθοριστεί με την συνδρομή και των υπόλοιπων κριτηρίων της ευθύνης προς αποζημίωση που πρέπει να συντρέχουν. Στην εννοιολογική διάκριση αυτή, ερείδεται και η άποψη ότι η έννοια της ζημίας προσδιορίζεται αρχικώς ως έννοια εξωνομική, ήτοι καθοριζόμενη από φυσικά και κοινωνικά κριτήρια, ωστόσο ο νομοθέτης εκκινώντας, μεν, από μια εξωνομική προσέγγιση, χαράσσει ακριβέστερα τα όρια της ευθύνης, διευρύνοντας ή περιορίζοντας τα, προσδίδοντας έτσι στην έννοια της ζημίας μια κανονιστική χροιά.¹²² Κατά αυτόν τον τρόπο, ο νομοθέτης κατά τις διατάξεις των άρθρων 297 – 298 ΑΚ, περιορίζει την έννοια της ζημίας επί της ενδοσυμβατικής ευθύνης, μόνο στην περιουσιακή ζημία, καθώς ζημία υπό τη μορφή της ηθικής βλάβης ή της ψυχικής οδύνης αναγνωρίζεται μόνο στην περίπτωση της αδικοπρακτικής ευθύνης.

Η εξεύρεση της περιουσιακής ζημίας γίνεται κατά κρατούσα άποψη¹²³ από τη θεωρία της διαφοράς, η οποία συνίσταται στη σύγκριση μεταξύ της τωρινής κατάστασης, που έχει επέλθει το ζημιογόνο γεγονός και εκείνης που θα υπήρχε εάν δεν είχε λάβει χώρα το ζημιογόνο γεγονός. Η διαφορά των δύο αυτών μεγεθών αντικατοπτρίζει την επελθούσα ζημία, η οποία θα κριθεί με υποκειμενικά κριτήρια, εξεταζόμενη όχι αφηρημένα, αλλά συγκεκριμένα στο πρόσωπο του εκάστοτε δανειστή. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 298 ΑΚ, η ζημία θα συνίσταται τόσο σε απομείωση του ενεργητικού ή αύξηση του παθητικού (θετική ζημία) όσο και σε αποτροπή αύξησης αυτής (διαφυγόν κέρδος). Για την εξεύρεση του διαφυγόντος κέρδους πρέπει να διανύσουμε τη νοητή υποθετική πορεία των πραγμάτων εάν δεν είχε μεσολαβήσει το ζημιογόνο γεγονός. Λόγω του αβέβαιου που χαρακτηρίζει τις υποθέσεις, ο νομοθέτης προσδιορίζει το διαφυγόν κέρδος ως εκείνο που «προσδοκά κάνεις με πιθανότητα σύμφωνα με τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και ιδίως τα προπαρασκευαστικά μέτρα που έχουν ληφθεί». Η πιθανολόγηση αυτή πρέπει να γίνει με αντικειμενικά κριτήρια, και μάλιστα να δύναται να προβλεφθεί εκ των προτέρων.

Πρόσθετη και βασική προϋπόθεση θεμελίωσης της αξίωσης προς αποζημίωση είναι η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας που προκλήθηκε. Η αναζήτηση της αιτιώδους συνάφειας γίνεται σύμφωνα με τη θεωρία της πρόσφορης αιτιότητας, κατά την οποία από τις πολλές αιτίες που συνέβαλαν στην επέλευση της ζημίας ξεχωρίζει εκείνη, η οποία θεωρείται ως κρίσιμη ή πρόσφορη (causa adaequata). Πρόσφορη, δε, θεωρείται

¹²¹ Σπυριδάκης Ι., Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος, ο.π., σελ. 279

¹²² Η άποψη αυτή γίνεται δεκτή από μέρος της θεωρίας βλ. σχετικά Σταθόπουλος Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 516-517, με αφορμή τον θεωρητικό προβληματισμό που ξεκίνησε από τη Γερμανία αναφορικά με τη φύση της έννοιας της ζημίας ως εξωνομική ή κανονιστική.

¹²³ Βλ. σχετικά Σταθόπουλος Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 514-515, Γεωργιάδης Απ. Σ., Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, Π.Ν. Σάκκουλας, 2015, σελ. 156 -160 και ενδεικτικώς αναφερόμενη νομολογία ΑΠ 143/2018 και 904/2010, αμφότερες δημοσ. ΝΟΜΟΣ.

η αιτία όταν είχε τη τάση και ήταν ικανή, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και τα διδάγματα της κοινής πείρας, να προκαλέσει τη ζημία. Τέλος, το ζήτημα της αναγκαίας ύπαρξης υπαιτιότητας του οφειλέτη, ήτοι δόλου ή αμέλειας, ρυθμίζεται από την διάταξη του άρθρου 330 ΑΚ, ελλείψει ειδικής συμφωνίας των μερών. Μολονότι, η ενδοσυμβατική ευθύνη είναι νόθος αντικειμενική, δηλαδή τεκμαίρεται μαχητά η ύπαρξη υπαιτιότητας από τον οφειλέτη και ο τελευταίος πρέπει να ανταποδείξει, δεν σημαίνει ότι αυτή δεν πρέπει να συντρέχει κατ' ουσίαν.

Έχοντας αναφερθεί αδρομερώς στις βασικές προϋποθέσεις της ευθύνης προς αποζημίωση, προκύπτουν ορισμένα ζητήματα κατά την προσπάθεια εξέτασή τους στις ανακύπτουσες συμβατικές πλημμέλειες της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Ορμώμενοι από τον προσδιορισμό της ζημίας που υπέστη ο ασφαλειοδότης, στην περίπτωση της παραβίασης της υποχρέωσης αντικατάστασης της ισοδύναμης ασφάλειας ανακύπτουν ήδη προβλήματα αναφορικά με τον προσδιορισμό τυχόν διαφυγόντος κέρδους. Εφόσον ο ασφαλειολήπτης δεν παράσχει την ισοδύναμη ασφάλεια ως οφείλει, ο ασφαλειοδότης θα απαιτήσει αποζημίωση που θα καλύπτει κατ' αρχήν το ύψος της ασφάλειας που είχε δοθεί. Μάλιστα, αυτό το ποσό θα είναι συνηθώς ευχερώς υπολογίσιμο κατά το ότι η ισοδύναμη ασφάλεια θα πρέπει να είναι ίσης ονομαστικής αξίας με αυτήν που παρασχεθήκε και χρησιμοποιήθηκε και να παρουσιάζει ορισμένα κοινά ποιοτικά χαρακτηριστικά. Ωστόσο, δυσχερής φαίνεται ο υπολογισμός διαφυγόντος κέρδους του ασφαλειοδότη. Ιδιαίτερα επί χρηματοπιστωτικών μέσων, όπου η αξία τους υπόκειται σε πληθώρα κινδύνων με αποτέλεσμα να υφίσταται συνεχείς διακυμάνσεις, η πιθανολόγηση εκ των προτέρων με βάση την συνήθη πορεία των πραγμάτων δεν μπορεί να ευδοκιμήσει εν προκειμένω.

Αναφορικά με την διακύμανση της αξίας τους, ίσως να μπορούσε να αποτελέσει μια σταθερά σύγκρισης η αντίστοιχη πορεία παρόμοιων χρηματοπιστωτικών μέσων, πχ. του ίδιου εκδότη ή και της ίδιας κατηγορίας, ωστόσο η κατηγορία αυτή ενδέχεται να είναι τόσο ευρεία που δυσχερώς θα μπορεί να προσφέρει σαφή αποτελέσματα. Τυχόν προπαρασκευαστικές ενέργειες του ασφαλειοδότη από τις οποίες δύναται να προκύψει ότι επρόκειτο να προβεί σε συγκεκριμένη χρήση ή πώληση των χρηματοπιστωτικών μέσων που ανέμενε ως ισοδύναμη ασφάλεια, δύναται να παράσχει ένα κάποιο έρεισμα για την δικαιολόγηση διαφυγόντος κέρδους. Ο υπολογισμός του, όμως παραμένει εν τέλει ζήτημα απόδειξης και μάλιστα δυσχερές.

Ενδιαφέρον παρουσιάζουν περιπτώσεις κατά τις οποίες παρέχεται μεν ισοδύναμη ασφάλεια κατά το ληξιπρόθεσμο των χρηματοοικονομικών απαιτήσεων του ασφαλειοδότη, η οποία, όμως χάνει πολύ γρήγορα σημαντικό μέρος της αξίας της. Αντίστοιχη είναι και η περίπτωση κατά την οποία η ισοδύναμη ασφάλεια παρέχεται πριν το ληξιπρόθεσμο, λογίζεται κατά πλάσμα ως παρασχεθείσα εξ αρχής με αποτέλεσμα να διατηρούνται τα δικαιώματα του ασφαλειολήπτη, αλλά η αξία της απομειώνεται διαρκούς ακόμα της συμφωνίας εξασφάλισης, με αποτέλεσμα ο ασφαλειοδότης να υποχρεούται να συμπληρώσει την ασφάλεια. Τίθεται εδώ, το ερώτημα αν ο ασφαλειοδότης μπορεί να αξιώσει αποζημίωση από τον ασφαλειολήπτη, λόγω απομείωσης της αξίας της ασφάλειας και της συνακόλουθης ζημίας που υπέστη. Εν προκειμένω, η πλημμέλεια του ασφαλειολήπτη θα έγκειται στην πλημμελή εκπλήρωση της παροχής του, κατά το ότι επέλεξε χρηματοπιστωτικά μέσα με «φθίνουσα» αξία.

Στις δύο ως άνω περιπτώσεις, η θεμελίωση της ευθύνης προς αποζημίωση του ασφαλειολήπτη θα προσκόπτει στην ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας αλλά και στην ύπαρξη υπαιτιότητας. Αρχικώς, θα πρέπει να ερευνηθεί αν η ζημία που υπέστη ο ασφαλειοδότης από την άμεση απομείωση της αξίας των χρηματοπιστωτικών μέσων συνδέεται πράγματι αιτιωδώς με την ζημιογόνο πράξη του ασφαλειολήπτη. Ειδικότερα, λόγω των εγγενών κινδύνων της αγοράς, ενδέχεται να μεσολάβησαν εξωγενείς παράγοντες που να μετέβαλαν την πορεία ενός χρηματοπιστωτικού μέσου διακόπτοντας τον αιτιώδη σύνδεσμο. Σε μια τέτοια περίπτωση, η επιλογή του ασφαλειολήπτη και η συγκέντρωση των χρηματοπιστωτικών μέσων για την παροχή της ισοδύναμης ασφάλειας ενδέχεται να μην ήταν από μόνη της πρόσφορη να προκαλέσει το ζημιογόνο αποτέλεσμα.

Ακόμα, θα πρέπει να εξετασθεί κατά πόσο, ο ασφαλειολήπτης μπορούσε να προβλέψει την φθίνουσα πορεία της αξίας των εκάστοτε τίτλων ή την επέλευση των αντίστοιχων κινδύνων της αγοράς. Η εξέταση της ύπαρξης πταίσματος, και ειδικότερα της αμέλειας, χρήζει ιδιαίτερου χειρισμού, αν αναλογιστεί κανείς ότι η δραστηριοποίηση στην κεφαλαιαγορά συνιστά μια εγγενώς κινδυνώδη δραστηριότητα. Ειδικότερα, δεδομένης της παραδοχής ότι ενέχει από τη φύση της τη διαχείριση κινδύνων και την ανάληψη ρίσκων είναι δυνατόν να προκληθεί ζημία στον ασφαλειοδότη ακόμη και αν έχουν τηρηθεί μέτρα άκρας επιμέλειας από τον ασφαλειολήπτη. Σύμφωνα με τη κλασική θεωρία για την αμέλεια, αυτή αναλύεται στο γνωστικό και στο βουλευτικό στοιχείο. Έτσι, ως αμελής θα κριθεί εκείνος ο οποίος ενώ ήταν σε θέση να γνωρίζει και να πράξει με επιμέλεια δεν έδρασε τοιουτοτρόπως.¹²⁴

Συνεπώς, για την εξέταση ύπαρξης αμέλειας εκ μέρους του ασφαλειολήπτη κατά την επιλογή και συγκέντρωση της ισοδύναμης ασφάλειας δεν πρέπει αυτή να καταφάσκεται μόνο και μόνο από την άμεση απομείωση της αξίας της, αλλά θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψιν και το γνωστικό και βουλευτικό υπόβαθρο του ασφαλειολήπτη, λ.χ. κατά πόσον η επιλογή της ισοδύναμης ασφάλειας βασίστηκε σε επαρκή και ολοκληρωμένη πληροφόρηση, σύμφωνα πάντα με τα ex ante διαθέσιμα στοιχεία.¹²⁵ Τυχόν κατάφαση στα ανωτέρω ερωτήματα θα μπορούσε να δικαιολογήσει την κρίση ότι ο ασφαλειολήπτης δεν ενήργησε αμελώς ούτε κακόπιστα και άρα δεν ευθύνεται προς αποζημίωση.

Μολαταύτα, τα μέρη δύνανται να ρυθμίζουν σχετικώς τα ζητήματα αυτά στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας προκειμένου να αποφευχθούν όλες αυτές οι αποδεικτικές δυσχέρειες, που θα είχαν ως απόρροια την επέλευση και την διασπορά του πιστωτικού κινδύνου. Μια τέτοιου είδους ρύθμιση θα μπορούσε να είναι η συμπερίληψη της παραβίασης της υποχρέωσης αντικατάστασης με ισοδύναμη ασφάλεια στα γεγονότα που ενεργοποιούν τυχόν ρήτρα εκκαθαριστικού συμψηφισμού ή ακόμα και ο εκ των προτέρων

¹²⁴ Γεωργιάδης Απ. Σ., Ενοχικό Δίκαιο- Γενικό Μέρος, ο.π., σελ. 650 επ.

¹²⁵ Βλ. αναλογικά και Τριανταφυλλάκη Γ.Δ., Η ευθύνη των ΕΠΕΥ έναντι των επενδυτών για παράλειψη πληροφόρησης ή παροχή εσφαλμένων πληροφοριών, ΧρΙΔ Α/2001, σελ. 17 επ., όπου παρουσιάζεται η ίδια δυσχέρεια διαπίστωσης του στοιχείου της υπαιτιότητας λόγω του εγγενούς κινδύνου της δραστηριοποίησης στην κεφαλαιαγορά. Ένα ακόμα κοινό σημείο, είναι ότι σύμφωνα με το υποκειμενικό πεδίο της Οδ. 2002/47/ΕΚ συμβαλλόμενα μέρη θα είναι συνήθως «μεγάλοι παίκτες» της κεφαλαιαγοράς με σημαντικό γνωστικό υπόβαθρο και εμπειρία στην διαχείριση των κινδύνων. Σε καμία περίπτωση δεν παροράται, ωστόσο, η βασική διαφοροποίηση των συμβατικών υποχρεώσεων που αναλαμβάνει η ΕΠΕΥ απέναντι στον πελάτη της σε σχέση με την συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας.

καθορισμός κατ' αποκοπήν αποζημίωσης¹²⁶ κατά προσέγγιση προς την προβλεπόμενη έκταση της ζημίας από τη συμβατική παράβαση.

6.5. Το ζήτημα της συρροής αδικοπρακτικής ευθύνης εν προκειμένω

Το ζήτημα της συρροής δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης αποτελεί ακανθώδες ζήτημα στην νομική θεωρία για το οποίο έχει διατυπωθεί πληθώρα απόψεων και διαφορετικών προσεγγίσεων. Εν προκειμένω θα παρουσιασθούν αδρομερώς και συνοπτικά οι κύριες απόψεις προκειμένου να τεθεί η προβληματική επί τη βάση της αθετήσεως των συμβατικών υποχρεώσεων στην συμφωνία παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης. Οι κατά καιρούς εκπεφρασμένες απόψεις στη θεωρία επικεντρώνονται στο θεμελιώδες ζήτημα του εννοιολογικού εύρους του «παρανόμου» της ΑΚ 914. Σύμφωνα με την πάγια νομολογία η υπαίτια αθέτηση της σύμβασης συνιστά και αδικοπραξία, εάν η πράξη αυτή «και άνευ της συμβατικής σχέσεως διαπραττόμενη θα ήτο παράνομος ως αντικείμενη εις το άρθρο 914 ΑΚ».¹²⁷ Η νομολογία υποδεικνύει μεν, τον τρόπο προσέγγισης του ζητήματος της συρροής, ωστόσο, δεν προτείνει κάποιο σαφές κριτήριο ή μέσο εξεύρεσης του εννοιολογικού εύρους της έννοιας του παρανόμου, το οποίο αποτελεί το καίριο δογματικό ζήτημα για την κατάφαση της συρροής αδικοπρακτικής και ενδοσυμβατικής ευθύνης.

Σε ένα πρώτο στάδιο, υποστηρίχθηκε η άποψη υπέρ της στενής ερμηνείας της έννοιας του παρανόμου επί τη βάση της σαφούς νομοθετικής αντιδιαστολής της ενδοσυμβατικής με την αδικοπρακτική ευθύνη (αντικειμενική θεωρία). Το παράνομο υπάρχει μόνο όταν η συμπεριφορά αντίκειται σε απαγορευτικό και επιτακτικό κανόνα δικαίου και μάλιστα θεμελιώδη, που απευθύνεται στον καθένα (απόλυτη παρανομία). Τέτοιοι κανόνες είναι εκείνοι που προστατεύουν απόλυτα δικαιώματα, όπως το δικαίωμα στην προσωπικότητα ή τα εμπράγματα δικαιώματα. Η αντικειμενική θεωρία κατακρίθηκε για την υπέρμετρη αυστηρότητα που χαρακτηρίζει μια τόσο στενή ερμηνεία του παρανόμου και εν συνεχεία διευρύνθηκε προκειμένου να συμπεριλάβει περιπτώσεις, όπου υπάρχει προσβολή εννόμου αγαθού και συνακόλουθη πρόκληση ζημίας, η οποία δεν αρύεται όμως σε συμπεριφορά αντικείμενη σε απαγορευτικό ή επιτακτικό κανόνα. Τέτοια περίπτωση είναι λ.χ. η προσβολή που προκύπτει δια παραλείψεως η οποία δεν αντιβαίνει ευθέως σε επιτακτικό κανόνα προκαλεί όμως βλάβη στην περιουσία του προσώπου, νοούμενη ως αφηρημένο σύνολο οικονομικής αξίας και άξιο προστασίας. Έτσι προέκυψε η λεγόμενη ««γενική υποχρέωση πρόνοιας και επιμέλειας»».¹²⁸

Στον αντίποδα αναπτύχθηκε η υποκειμενική προσέγγιση του παρανόμου, η οποία προσέδωσε στον όρο μια ιδιαίτερα διευρυμένη έννοια. Ειδικότερα, παράνομη κατά ΑΚ 914 μπορεί να

¹²⁶ Για τα εννοιολογικά χαρακτηριστικά της ιδιαίτερης αυτής μορφής αποζημίωσης βλ. και Σταθόπουλος Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π. σελ. 562-563.

¹²⁷ Βλ. ενδεικτικά 116/2019 ΕφΑθ, ΑΠ 36/2005, ΑΠ 1/2019, ΑΠ 1177/2018, όλες δημοσ. ΝΟΜΟΣ

¹²⁸ Βλ. σχετικά Σταθόπουλο Μιχ., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, ο.π., σελ. 943 · Γεωργιάδη Απ., Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό μέρος, ο.π., σελ. 644 · Π. Φίλιο, Ενοχικό Δίκαιο – Ειδικό μέρος, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2011, σελ. 312

θεωρηθεί κάθε πράξη που προκαλεί ζημία σε άλλον χωρίς δικαίωμα, ήτοι παραβιάζοντας τις επιταγές και τις απαγορεύσεις της έννομης τάξεως γενικότερα. Κατ' αυτή τη σκέψη, έχουμε εν προκειμένω να κάνουμε με έναν «ουσιαστικό» κανόνα δικαίου δια του οποίου δημιουργείται ευθύνη όταν ο ζημιώσας δεν μπορεί να επικαλεστεί δικαίωμα ή άλλο νόμιμο λόγο που δικαιολογεί τη συμπεριφορά που οδήγησε στην προκληθείσα ζημία στα αγαθά τρίτου προσώπου.¹²⁹

Η αστική ευθύνη στο σύστημα του Αστικού Κώδικα καταστρώνεται επί τη βάση του διπλού της ενδοσυμβατικής και της αδικοπρακτικής ευθύνης. Αυτό δεν σημαίνει απαραίτητα ότι υφίσταται και σχέση αντιδιαστολής μεταξύ τους, προκύπτει όμως η διάκρισή τους ως μορφών ευθύνης, γεγονός που συντείνει στην συνακόλουθη ύπαρξη και κάποιων σχετικών ορίων. Η εξεύρεση των ορίων αυτών είναι που πρέπει να αναζητηθεί.¹³⁰ Κατά την άποψη της γράφουσας, η οριοθέτηση αυτή ενδέχεται να είναι μεν χαλαρότερη, όχι όμως να οδηγεί σε πλήρη εξίσωση των δύο νόμιμων λόγων ευθύνης. Έτσι, η αθέτηση συμβατικής υποχρέωσης δεν δύναται να αποτελεί άνευ ετέρου παράνομη πράξη κατά την ΑΚ 914 και να οδηγεί αυτομάτως στην κατάφαση και αδικοπρακτικής ευθύνης.¹³¹

Όσον αφορά ειδικότερα την αθέτηση των συμβατικών υποχρεώσεων εκ της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας λεκτέα είναι τα εξής. Στην περίπτωση αθέτησης της κύριας υποχρέωσης του ασφαειολήπτη από το δικαίωμα χρήσης, ήτοι την μη αντικατάσταση με ισοδύναμη ασφάλεια, η στοιχειοθέτηση αδικοπρακτικής ευθύνης είναι ιδιαίτερα δυσχερής. Εδώ ο ασφαειολήπτης δεν παρακρατά παράνομως τα βεβαρημένα αντικείμενα, αφού άλλωστε νομίμως τα χρησιμοποίησε ή διέθεσε, ενώ συνηθέστερα και με βάση τη συναλλακτική πρακτική, θα είχε αποκτήσει και την κυριότητά τους. Κατ' ουσίαν αναλαμβάνει την ενοχική υποχρέωση να επιστρέψει στον ασφαειοδότη αντικείμενα ίσης αξίας. Δεν θίγεται, έτσι, το απόλυτο δικαίωμα στην κυριότητα του ασφαειοδότη όπως θα συνέβαινε στην κλασική ενεχυρική σχέση.

Ωστόσο, και εδώ όπως και στις περιπτώσεις της πλημμελούς εκπλήρωσης, όπως αναλύθηκαν ανωτέρω, μπορεί να νοηθεί προσβολή της περιουσίας του ασφαειοδότη, υπό τη μορφή αυτής ως ευρύτερου συνόλου και εννόμου αγαθού άξιου προστασίας. Στην περίπτωση αυτή, θα πρέπει να εξεταστεί η φύση των διατάξεων του ν. 3301/2004 και ειδικότερα το κατά πόσον αυτές μπορεί να θεωρηθούν προστατευτικές του εννόμου αγαθού της περιουσίας του ασφαειοδότη. Όπως έχει ήδη αναφερθεί διεξοδικώς, ο στόχος του κοινοτικού νομοθέτη ανάγεται περισσότερο στην επίτευξη ρευστότητας και ευελιξίας της αγοράς με την ενίσχυση της ενεργητικής δραστηριότητας των «μεγάλων παικτών» αυτής. Αυτό δεν αποκλείει μεν την ανάγκη προστασίας ορισμένων εννόμων συμφερόντων των μερών, προσλαμβάνει, όμως, περισσότερο τη μορφή του

¹²⁹ Μιχαηλίδης – Νουάρος Γ., Ευθύνη Εξ αδικήματος έναντι του έχοντος δικαίωμα επί πράγματος κατά τον νέον Αστικόν Κώδικα ΑΙΔ 10 (1943), σελ. 160

¹³⁰ Βλ. και Λαδογιάννη Γ., Η παραβίαση της σύμβασης ως αδικοπραξία - Θεωρητικός προβληματισμός και νομολογιακές τάσεις, ΧρΙΔ 2017, σελ. 565, όπου υποστηρίζεται ότι η αθέτηση συμβατικής υποχρέωσης έχει την ίδια «ποιότητα αδικου» με την παράνομη πράξη την ΑΚ 914 ενώ δεν συνίσταται καμία σχέση αντιδιαστολής μεταξύ των υποσυστημάτων της ενδοσυμβατικής και της αδικοπρακτικής ευθύνης.

¹³¹ Καράσης Μ., Συρροή δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης. Ένα ψευδοπρόβλημα., ΕλλΔνη 2005, σελ. 640

μέσου προς έναν ευρύτερο σκοπό. Προς επίρρωση αυτού λειτουργεί και η πρόταξη της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών ως βασικό μέσο αυτοδέσμευσης και ρύθμισης της σχέσης τους.

Εν κατακλείδι, η απάντηση θα δοθεί αναλόγως με την υποστηρίξιμη θεωρία αναφορικά με το βασικό δογματικό ζήτημα της έννοιας του «παρανόμου». Κατά την άποψη της γράφουσας, που τάσσεται υπέρ μιας στενότερης θεώρησης της έννοιας του παρανόμου, η αθέτηση των υποχρεώσεων εκ της συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας δεν θα συνιστά παράλληλα και αδικοπρακτική ευθύνη. Ας αναφερθεί, εδώ, ότι η σχετική πάγια νομολογία τείνει να χρησιμοποιεί τη βάση της αδικοπρακτικής ευθύνης, κυρίως όταν προσβλέπει σε ένα μάλλον πρακτικό αντίκρισμα, ήτοι τη μεγαλύτερη δυνατή κάλυψη της ζημίας με την παροχή της πρόσθετης αξίωσης αποζημίωσης για ηθική βλάβη του ζημιωθέντος, μέσω της διεύρυνσης της ευθύνης.¹³² Η πρακτική, αυτή, και δικαιοπολιτική ανάγκη δεν συντρέχει εν προκειμένω, καθότι το υποκειμενικό πεδίο του ν. 3301/2004 περιλαμβάνει μόνο νομικά πρόσωπα, στα οποία δεν στοιχειοθετείται ηθική βλάβη ως την ξέρουμε.¹³³ Έτσι, ο ασφαλειοδότης προστατεύεται αποτελεσματικότερα υπό τη βάση της ενδοσυμβατικής ευθύνης, λόγω της μακρύτερης προθεσμίας παραγραφής και του χαρακτήρα της ως νόθου αντικειμενικής.

¹³² Βλ. σχετικά Λαδογιάννης Γ., Η παραβίαση της σύμβασης ως αδικοπραξία - Θεωρητικός προβληματισμός και νομολογιακές τάσεις, σελ. 670, όπου αναγνωρίζεται η ανάγκη πολλαπλής προστασίας κυρίως όταν κρίνεται σκόπιμη η αποζημίωση για ηθική βλάβη.

¹³³ Η θεμελίωση ηθικής βλάβης νομικού προσώπου γίνεται πλέον δεκτή από την πάγια νομολογία, συνιστάμενη όμως στην προσβολή άυλων αγαθών του νομικού προσώπου. Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1303 / 2012: «Περαιτέρω και το νομικό πρόσωπο, εφόσον κηρύσσεται ικανό δικαίον και ικανό προς δικαιοπραξία (άρθρα 61 και 70 ΑΚ), έχει δικαίωμα επί της προσωπικότητας αυτού στην έκφραση της πίστης, της υπόληψης, της φήμης, του κύρους, του επαγγέλματος, του μέλλοντος και των λοιπών αναγνωριζόμενων σ' αυτό άυλων αγαθών. Συνεπώς, σε περίπτωση προσβολής της προσωπικότητας αυτού σε οποιαδήποτε των εκφάνσεων τούτων, δικαιούται να ζητήσει, κατά τα άρθρα 57 και 59 του ΑΚ προστασία, καθώς και την ικανοποίηση της ηθικής βλάβης (που υπέστη από την προσβολή) που μπορεί να συνίσταται και στην καταβολή χρηματικού ποσού.» Τέτοια περίπτωση δεν θα συντρέχει, βέβαια, εν προκειμένω.

Επίλογος – Συμπεράσματα

Ολοκληρώνοντας την παρούσα προσπάθεια για μια ολόπλευρη ανάλυση του θεσμού της χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, θα μπορούσαμε να προβούμε σε ορισμένες συμπερασματικές παρατηρήσεις τόσο σε σχέση με τα εγγενή χαρακτηριστικά της όσο και με την λειτουργία που επιτελεί στο πλαίσιο της ελληνικής και ευρωπαϊκής έννομης τάξης και οικονομίας. Ο προέχων και κύριος σκοπός του νομοθέτη ήταν η βελτιστοποίηση της αποτελεσματικότητας, της σταθερότητας και της ρευστότητας των χρηματοοικονομικών αγορών, μέσω της εναρμόνισης των εθνικών εννόμων τάξεων των κρατών μελών αναφορικά με το δίκαιο της χρηματοοικονομικής ασφάλειας.

Στοιχεία – κλειδιά στην νομοθετική αυτή προσπάθεια αποτέλεσαν η ελαχιστοποίηση των τυπικών προϋποθέσεων της εγκυρότητας και εκτελεστότητάς της καθώς και η πρόβλεψη ειδικού κανόνα εφαρμοστέου δικαίου σχετικά με τις διασυνοριακές συναλλαγές. Επιπλέον, η μείωση του πιστωτικού κινδύνου καθώς και του κινδύνου αλυσιδωτών επιπτώσεων στις παγκοσμιοποιημένες αγορές λόγω της αφερεγγυότητας έστω ενός πιστολήπτη, παρέχοντας στον ενέγγυο δανειστή τη δυνατότητα άμεσου κλεισίματος ενός χρηματοδοτικού ανοίγματός του μέσω της ταχείας ρευστοποίησης του υπέγγυου αντικειμένου και της ρήτρας εκκαθαριστικού συμψηφισμού.¹³⁴ Ιδιαίτερα σημαντική μεταρρύθμιση, όμως, αποτελεί η μερική «ενοχικοποίηση» του δικαίου των εμπράγματων ασφαλειών, η οποία αντανακλάται στην παραχώρηση δικαιώματος χρήσης των υπέγγυων αντικειμένων από τον ασφαλειολήπτη ακόμα και πριν από την επέλευση του πιστωτικού κινδύνου, ή για διάθεσή τους εκ μέρους του ασφαλειοδότη στο πλαίσιο των συνήθων συναλλαγών του.

Για την επίτευξη των ανωτέρω στόχων και την ορθή ενσωμάτωση και εφαρμογή της εν λόγω Οδηγίας, τα κράτη-μέλη κλήθηκαν να απομακρυνθούν από παραδοσιακές δικαιοτικές ρυθμίσεις και να αναγνωρίσουν την ανάγκη για διαρκή ρευστότητα και σταθερότητα των χρηματοοικονομικών αγορών ως προτεραιότητα κατά την ρύθμιση των εμπορικών συναλλαγών. Ειδικότερα, η ελληνική έννομη τάξη χρειάστηκε να αποστεί από βασικές δικαιοπολιτικές αρχές, οι οποίες μάλιστα ήταν αποτυπωμένες νομοθετικά ως *ius cogens*.¹³⁵ Τα στοιχεία αυτά αντικατοπτρίζονται εναργώς στην ρύθμιση της παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας με δικαίωμα χρήσης, όπως ήδη αναλύθηκε στην παρούσα. Πράγματι δεν δύναται να αμφισβητηθεί ότι η επίτευξη μιας παγκόσμια σταθερής και αξιόπιστης αγοράς πρέπει να κατέχει εξέχουσα θέση στην νομοθετική πολιτική κάθε κράτους. Ωστόσο, η απόκλιση αυτή από ορισμένες καίριες σταθερές του ελληνικού δικαίου προκάλεσε ποικίλες αντιδράσεις, με ορισμένους να εκφράζουν έντονη αποδοκιμασία έναντι της υπέρμετρης ενίσχυσης του

¹³⁴ Löber K. «The developing of EU Legal Framework for Clearing and Settlement of financial instruments» ECB Legal Working Paper Series, No. 1/February 2006, p. 21-23

¹³⁵ Ενδεικτικά αναφέρονται οι βασικές αρχές της προστασίας του οφειλέτη ως ασθενέστερου, της *lex commissoria* αλλά και η αρχή της σύμμετρης ικανοποίησης των πτωχευτικών πιστωτών, όπως αναλύθηκαν στα οικεία κεφάλαια της παρούσας. Βλ. σχετικά και Freshfields Bruckhaus Deringer: A Practitioner's Guide to EU Financial Services, 2nd Edition, Consultant Editor: Michael Raffan, City & Financial, 2006, p. 218 -224

οπλοστασίου των πιστωτικών ιδρυμάτων και της απάλειψης των βασικών ορίων προστασίας των οφειλετών.¹³⁶

Η ανωτέρω διχογνωμία δύναται να αναλυθεί μόνο επί τη βάσει της στάθμισης των εκατέρωθεν συμφερόντων, των επαπειλούμενων κινδύνων και των προσδοκώμενων αποτελεσμάτων στα οποία στοχεύει η Οδηγία για τις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας. Η αποτελεσματικότητα της Οδηγίας 2002/47/EK δεν μπορεί να κριθεί μόνο και μόνο από το γεγονός της επέλευσης νέων κρίσεων ή της μη εξάλειψης των κινδύνων στις συναλλαγές. Κάτι τέτοιο άλλωστε, θα παρέβλεπε την βασική αρχή ότι κάθε συναλλαγή ενέχει εκ της φύσεως και της γένεσης της ορισμένους κινδύνους. Σκοπός θα πρέπει, συνεπώς, να είναι ο κατά το δυνατόν περιορισμός των κινδύνων στον βαθμό που μπορούν να θεωρηθούν εύλογοι με βάση την εκάστοτε συναλλακτική δραστηριότητα, η δυνατότητα εκτίμησης τους και περιστολής τους εφόσον πραγματοποιούν. Ο έντονος οικονομικός προσανατολισμός του σύγχρονου δικαίου αποτελεί πραγματικότητα και ταυτόχρονα πρόκληση για τις έννομες τάξεις αλλά και την νομική επιστήμη, που καλούνται να εκσυγχρονιστούν, είτε αναμορφώνοντας τους ήδη υπάρχοντες θεσμούς είτε δημιουργώντας νέους.

Η νομική επιστήμη είναι φύσει εξελισσόμενη και δεν δύναται να παραμείνει στάσιμη απέναντι στις μεταβαλλόμενες κοινωνικές και οικονομικές ανάγκες. Αντίθετα καλείται να εξεύρει τρόπους πραγμάτωσης των εκάστοτε επιδιωκόμενων σκοπών και εν ανάγκη να δημιουργήσει νέα «αντίβαρα» ελέγχου και προστασίας των ασθενέστερων έναντι εκείνων που ενισχύονται νομοθετικά. Αν και μπορεί να μεταλλάσσονται οι παράγοντες της εξίσωσης, ως ζητούμενο για την νομική επιστήμη παραμένει η στάθμισή τους υπό τους εκάστοτε μεταβαλλόμενους όρους. Άλλωστε, η απελευθέρωση ορισμένων κλειστών δομών του εθνικού δικαίου δεν συνεπάγεται αλλοτρίωση αυτού από τους βασικές δικαιολογικές αρχές του, αλλά από τις παγιωμένες μεθόδους που είχαν επιλεγεί για την επίτευξη τους. Προς τον σκοπό αυτό, ιδιαίτερα δυναμικός εμφανίζεται ο ρόλος των γενικών αρχών του δικαίου αλλά και του δικαίου της αστικής ευθύνης. Ας μην παροράται ότι η δημιουργική και λελογισμένη θεσμική αναμόρφωση δύναται να οδηγήσει στην δημιουργία αποδοτικότερων δομών με ταυτόχρονη εύρεση εναλλακτικών μορφών στάθμισης και εξισορρόπησης των αντικρουόμενων συμφερόντων.

¹³⁶ Ρούσσης Δ., Η αναβίωση της *lex commissoria* κι η σύγχρονη εμβέλεια της ιδιωτικής αυτονομίας στο δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας, ΕλλΔνη 2017, σελ. 1669

Βιβλιογραφία

Ελληνική

Αγγελάκης Ε., Συμφωνίες Παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας (άρθρα 1-10 του Ν. 3301/2004) Συνοπτική παρουσίαση θεσμικού πλαισίου, ΔΕΕΤ 2005, σελ. 49

Αυγουλέα Αιμ. –Μαρή Π., Παράγωγα χρηματοοικονομικά συμβόλαια- Συνοπτική νομική και οικονομική ανάλυση, ΔΕΕ 2007, σελ. 1150

Βέλλας Π. Ι., Η κατά Ν. 2844/2000 κυμαινόμενη εμπράγματη ασφάλεια, ΔΕΕ 2007

Βέλλας Π. Ι., Η κατά Ν. 3301/2004 χρηματοοικονομική εμπράγματη ασφάλεια, ΧρΙΔ 2009

Γεωργιάδης Α. - Σταθόπουλος Μ., Αστικός Κώδιξ, Κατ' άρθρο ερμηνεία, Εμπράγματο δίκαιο, τομ. 5^{ος} και 6^{ος}, Π.Ν. Σάκκουλας, 1985

Γεωργιάδης Απ. Σ., Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου, Δίκαιο & Οικονομία - Π.Ν. Σάκκουλας, 2014

Γεωργιάδης Απ. Σ., Εγχειρίδιο Εμπραγμάτου Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2012

Γεωργιάδης Απ. Σ., Η Εξασφάλιση των Πιστώσεων, Δίκαιο & Οικονομία Π.Ν. Σάκκουλας, 2008

Γκούσκου Αγγ., Ο συμψηφισμός ως τρόπος αντιμετώπισης του πιστωτικού κινδύνου στα νέα τραπεζικά προϊόντα, ΔΕΕ 1995

Δωρής Φ., Η ιδιαιτερότητα της κανονιστικής λειτουργίας των αρχών του δικαίου και η σημασία τους στο σύστημα του ισχύοντος δικαίου (με έμφαση στο υποσύστημα του ιδιωτικού δικαίου), ΧρΙΔ 2020

Ζέρει Ι., Νομικά Ζητήματα της Εξωχρηματιστηριακής Αγοράς Παραγώγων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009

Καζιανή Θ. Σπ., Το Δάνειο Τίτλων [κυρίως Μετοχών] και η Εξασφάλιση του, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2010

Καλλιμόπουλος Γ. Δ., Καραγιάννης Κ. Γ., Τσολακίδης Ζ. Ν., Δίκαιο Τραπεζικών Συναλλαγών Τόμος Ι Γενικό Μέρος Παθητικές Τραπεζικές Εργασίες, Π.Ν. Σάκκουλας, 2019

Καραγκουνίδης Α., Προστασία του επενδυτή, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007

Καράσης Μ., Συρροή δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης. Ένα ψευδοπρόβλημα;, ΕλλΔνη 2005

Λαδάς Π., Γενικές αρχές αστικού δικαίου, τόμ. 2, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009

Λαδογιάννης Γ., Η παραβίαση της σύμβασης ως αδικοπραξία - Θεωρητικός προβληματισμός και νομολογιακές τάσεις, ΧρΙΔ 2017

Λέκκας Γ.Κ., Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί χρηματοπιστωτικών μέσων και επί πιστωτικών απαιτήσεων και καλή πίστη, Αναμνηστικός Τόμος για τον Λεωνίδα Γεωργακόπουλο, Τράπεζα της Ελλάδος, συντονισμός έκδ. Κέντρο Πολιτισμού, Έρευνας και Τεκμηρίωσης, 2016

Μάζης Κ., Ανατροπές στο δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας-ουσιαστικό και δικονομικό-με το ν. 3301/2004 «Συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας», ΧρΙΔ 2013

Μάζης Π., Οικονομική ανάπτυξη και εμπράγματα ασφάλεια, ΔΕΕ 2013

Μεταλληνός Α., Νομικά ζητήματα από τη σύναψη συμβάσεων επί χρηματοοικονομικών παραγώγων από νομικά πρόσωπα που εδρεύουν ή είναι εγκατεστημένα στην Ελλάδα, ΔΕΕ 2003

Μήτσου Α.-Ο., Το νέο κοινοτικό θεσμικό πλαίσιο για τις συμφωνίες περί παροχής ασφάλειας στις χρηματοοικονομικές συναλλαγές, ΔΕΕ 2003.

Μιχαηλίδης – Νουάρος Γ., Ευθύνη Εξ αδικήματος έναντι του έχοντος δικαίωμα επί πράγματος κατά τον νέον Αστικόν Κώδικα ΑΙΔ 10 (1943)

Παπαθανασίου Χ., Το δίκαιο της εκκαθάρισης παραγώγων, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2008

Παπαθανασίου Χρ., «Συμφωνίες Παροχής Χρηματοοικονομικής Ασφάλειας» σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (ΔικΠΚ), Επιστημονική Επιμέλεια Β. Δούβλη, Α. Μώλου, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2008

Παπαστερίου Δ. / Κλαβανίδου Δ., Δίκαιο της δικαιοπραξίας, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2008

Περγαμάλης Γ., Οδηγία 2002/47/ΕΚ για τις συμφωνίες παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, ΔΕΕ 2004

Πιτσιρίκος Ι., Ιδιαιτερότητες στην παροχή ασφάλειας με δανειστή ή ασφαλειολήπτη Τράπεζα, ΠειρΝομ. 2012

Προβόπουλος Α. Γ. & Καπόπουλος Θ. Π., Η δυναμική του χρηματοοικονομικού συστήματος, Εκδόσεις Κριτική, 2001

Ρούσσης Δ., Η αναβίωση της Lex commissoria και η σύγχρονη εμβέλεια της ιδιωτικής αυτονομίας στο δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας, ΕλλΔνη 2017, σελ. 1651

Ρούσσης Δ., Η Τριχοτόμηση του δικαίου της καταπιστευτικής μεταβίβασης κινητών και απαιτήσεων και η ανάγκη τελολογικής και συστηματικής εναρμόνισης των Ν. 2844/2000 και 3301/2004 εντός του πλαισίου των αναγκαστικού δικαίου διατάξεων περί εμπράγματης ασφάλειας, ΧρηΔικ 2009

Ρούσσης Δ., Καθήκον πίστης και αστική ευθύνη δανειστή στο ενέχυρο τίτλων, ΧρΙΔ 2015

Σκούρας Θ. σε Απ. Σ. Γεωργιάδη/ Μ. Π. Σταθόπουλο «Αστικός Κώδιξ, Κατ' άρθρο ερμηνεία, Εμπράγματο Δίκαιο» τομ. 5^{ος} και 6^{ος}, Π.Ν. Σάκκουλας, 1985

Σούρλας Π., Δίκαιο και δικανική κρίση. Μια φιλοσοφική αναθεώρηση της μεθοδολογίας του δικαίου, Πανεπιστημιακές εκδόσεις Κρήτης, 2017

Σπυριδάκης Ι., Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2018

Σταθόπουλος Μιχ. Π., Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2004

Σταθόπουλος, Μιχ. Π., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2018

Ταρνανίδου Χ., Συμβάσεις Παραγώγων του Χρηματοπιστωτικού Τομέα, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2006

Τριανταφυλλάκης Γ.Δ., Η ευθύνη των ΕΠΕΥ έναντι των επενδυτών για παράλειψη πληροφόρησης ή παροχή εσφαλμένων πληροφοριών, ΧρΙΔ Α/2001

Φίλιος Π., Ενοχικό δίκαιο - Γενικό μέρος, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 6η έκδ., 2011

Ψυχομάνης Σ., Τραπεζικό Δίκαιο – Δίκαιο Τραπεζικών Συμβάσεων, τομ. 1, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2008

Ξενόγλωσση

Balaz P., The right of collateral taker to use collateral, BIATEC vol. XIV/2006

EGL (European Financial Markets Law Group) «Statement on a proposal for a directive on financial collateral arrangements [COM (2001)168]

Freshfields Bruckhaus Deringer: A Practitioner's Guide to EU Financial Services, 2nd Edition, Consultant Editor: Michael Raffan, City & Financial, 2006

Keijser Th., Report on a Right of Use for collateral takers and custodians, Rome, July 3 2003

Löber K., Die EG-Richtlinie über Finanzsicherheiten, BKR 2002

Löber K., The developing of EU Legal Framework for Clearing and Settlement of financial instruments, ECB Legal Working Paper Series, No. 1/February 2006

Rusen G., Financial Collateral Arrangements, JICLT, Vol. 2, Issue 4, 2007

