



ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ.: ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟ, ΔΙΚΑΙΟ ΔΙΕΘΝΩΝ ΣΥΝΑΛΛΑΓΩΝ & ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΕΣ ΝΟΜΙΚΕΣ ΣΠΟΥΔΕΣ

ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο & Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2023-2024

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

της Ασπασίας Μ. Στελλακάτου Λοβέρδου

A.M.: 7340182301018

Ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου σε συμβάσεις χρηματοδότησης και τις εξασφαλίσεις αυτών

Επιβλέποντες:

Όνοματεπώνυμο επιβλεπόντων

α) Χαράλαμπος Παμπούκης

β) Ελίνα Μουσταΐρα

γ) Χρυσafώ Τσούκα

Αθήνα, Σεπτέμβριος 2024

Copyright © [Ασπασία Στελλακάτου Λοβέρδου, 2024]

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.

Συντομογραφίες

Α.Ε.: Ανώνυμη Εταιρεία

ΑΠ: Άρειος Πάγος

αρ.: άρθρο

βλ.: βλέπε

ΔΕΕ: Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών (περιοδικό)

ΔΕΕ: Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο

Ε.Ε.: Ευρωπαϊκή Ένωση

ΕΕΕυρΔ: Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου (περιοδικό)

ΕμπΔ: Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου (περιοδικό)

εδ.: εδάφιο

ΕπισκΕΔ: Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου (περιοδικό)

Εφ: Εφετείο

ΕφΑΔΠολΔ: Εφαρμογές Αστικού Δικαίου και Πολιτικής Δικονομίας (περιοδικό)

ιδ.δ.δ.: ιδιωτικό διεθνές δίκαιο

λ.χ.: λόγου χάρη

ΜΠρ Μονομελές Πρωτοδικείο

Ν.: Νόμος

ο.π. όπως παραπάνω

παρ.: παράγραφος

περ.: περίπτωση

ΠΠρ: Πολυμελές Πρωτοδικείο

σελ.: σελίδα

υποσημ.: υποσημείωση

ΧρηΔικ: Χρηματοπιστωτικό Δίκαιο (περιοδικό)

Περιεχόμενα

Εισαγωγή.....	7
ΜΕΡΟΣ Α': Βασικές συμβάσεις χρηματοδότησης στο πλαίσιο των διεθνών συναλλαγών	8
I. Έννοια και πτυχές της διεθνούς χρηματοδότησης.....	8
1. Εννοιολογικός περιορισμός της μελέτης.....	8
2. Η ποικιλία των πηγών και των μεθόδων προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου	10
(i) Η πληθώρα των πηγών των διεθνών συναλλαγών και της διεθνούς χρηματοδότησης	10
(ii) Οι μέθοδοι προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου	11
3. Η άμεση και η έμμεση χρηματοδότηση και ειδικότερες μορφές	13
(i) Η άμεση χρηματοδότηση	13
(ii) Η έμμεση χρηματοδότηση (“indirect finance”) ή αλλιώς χρηματοπιστωτική διαμεσολάβηση (“financial intermediation”).....	14
II. Το εφαρμοστέο δίκαιο σε βασικές μορφές χρηματοδότησης των επιχειρήσεων στο πλαίσιο των διεθνών συναλλαγών.....	14
1. Παραδοσιακές μορφές χρηματοδότησης	14
(i) Η σημασία επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου.....	16
(ii) Η εφαρμογή του Κανονισμού Ρώμη I.....	20
(iii) Το εφαρμοστέο δίκαιο επί του τύπου.....	21
(iv) Το εφαρμοστέο δίκαιο επί του ουσιαστικού περιεχομένου της σύμβασης -η επιλογή δικαίου.....	22
(v) Το εφαρμοστέο δίκαιο επί του ουσιαστικού περιεχομένου της σύμβασης -η περίπτωση της έλλειψης επιλογής δικαίου.....	27
(α) Η γενική προσέγγιση	27
(β) Η περίπτωση του κοινοπρακτικού δανείου	29
(vi) Διατάξεις γενικότερης σημασίας	31
2. Εναλλακτικές μορφές χρηματοδότησης (ομολογιακά δάνεια και τιτλοποίηση).....	32
(i) Το ομολογιακό δάνειο	33
(α) Η λειτουργία της <i>lex societatis</i>	34
(β) Η εφαρμογή της <i>lex contractus</i>	35
(γ) Το αρ. 74 παρ. 2 Ν. 4548/2018: Η έκδοση ομολογιακού δανείου του Ν. 4548/2018 από αλλοδαπό εκδότη.....	39
(δ) Η ειδική περίπτωση του αρ. 73 παρ. 3 Ν. 4548/2018 για τις εμπράγματα ασφάλειες	40
(ε) Ο προβληματισμός της ύπαρξης ή όχι κανόνων αμέσου εφαρμογής.....	40

(στ) Τα φορολογικά κίνητρα του αρ. 14 Ν. 3156/2003 και ο προβληματισμός για την εφαρμογή της διάταξης και σε αλλοδαπούς εκδότες.	41
(ii) Η τιτλοποίηση απαιτήσεων	42
(α) Η έκταση εφαρμογής του Κανονισμού Ρώμη I σε ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου στην εκχώρηση απαιτήσεων.....	44
(β) Η Πρόταση Κανονισμού σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα των εκχωρήσεων απαιτήσεων	48
(γ) Η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για την Εκχώρηση απαιτήσεων στο διεθνές εμπόριο”	53
3. Σύγχρονες μορφές χρηματοδότησης (factoring και forfaiting).....	54
(i) Η σύμβαση πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων – σύμβαση ‘factoring’.....	54
(ii) Η σύμβαση πώλησης επιχειρηματικών απαιτήσεων – σύμβαση ‘forfaiting’.....	57
ΜΕΡΟΣ Β’: Βασικές μορφές εξασφάλισης των διεθνών συναλλαγών	58
I. Το εφαρμοστέο δίκαιο σε εμπράγματα εξασφαλίσεις.....	59
1. Η θεμελιώδης αρχή της <i>lex rei sitae</i>	59
(i) Η φύση των ΑΚ 12 και 27 ως κανόνων <i>ius cogens</i> και η σύγχρονη τάση επέκτασης της αυτονομίας της βούλησης.....	60
(ii) Ο τύπος της εμπράγματης δικαιοπραξίας.....	62
(iii) Το εφαρμοστέο δίκαιο στην ουσία των εμπράγματων δικαιωμάτων	65
2. Εμπράγματα δικαιώματα επί άυλων αξιογράφων	70
3. Οι πιο πρόσφατες προσπάθειες ενοποίησης στον τομέα των εμπραγμάτων ασφαλειών με κατάληξη τον Πρότυπο Νόμο της UNCITRAL για τις Εξασφαλισμένες Συναλλαγές.....	72
II. Το εφαρμοστέο δίκαιο σε μορφές εξασφάλισης ενοχικής φύσεως.....	77
1. Η εγγύηση, η εγγυητική επιστολή, η εγγυητική επιστολή με ρήτρα πληρωμής σε πρώτη ζήτηση, το “stand-by letter of credit”.....	77
(i) Η επιλογή δικαίου από τα μέρη.....	78
(ii) Η απουσία επιλογής δικαίου	80
(iii) Η έκταση του εφαρμοστέου δικαίου	81
(iv) Οι ομοίμορφοι κανόνες του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου: URCB – 524, URCG- 325, URDG-458 και URDG-758	83
(v) Η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για τις αυτόνομες εγγυήσεις και εγγυήσεις τύπου stand-by letter of credit	84
2. Η τραπεζική ενέγγυα πίστωση (letter of credit, documentary credit, LC, D/c ή L/c).....	85
(i) Ο καθορισμός του εφαρμοστέου δικαίου στις επιμέρους σχέσεις της τραπεζικής ενέγγυας πίστωσης	85

(ii) Η λειτουργία των Ομοιόμορφων Κανόνων και Συνηθειών για τις Ενέγγυες Πιστώσεις	86
Συμπεράσματα.....	91
Βιβλιογραφία.....	94
Ελληνική βιβλιογραφία	94
Ξενόγλωσση βιβλιογραφία.....	96

Εισαγωγή

Με την παρούσα μελέτη θα επιχειρηθεί μία περιήγηση σε ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου όπως αυτά ανακύπτουν στις βασικές και πιο συνήθεις μορφές χρηματοδότησης των επιχειρήσεων και στις συμβάσεις εξασφάλισης που τις συνοδεύουν όταν στη συναλλαγή υπάρχουν στοιχεία με διασυνοριακό χαρακτήρα.

Είναι γεγονός ότι το δίκαιο των διεθνών συναλλαγών είναι ουσιαστικά το δίκαιο της επιχειρηματικής δραστηριότητας που συνδέεται με περισσότερες έννομες τάξεις. Θεωρείται δε ότι αποδίδει κατά μία έννοια το ίδιο φαινόμενο με το διεθνές επιχειρηματικό δίκαιο¹. Στο πλαίσιο αυτό το κέρδος, ως η βασική όψη της επιχειρηματικής επιδίωξης, εξυπηρετείται και ενισχύεται από την παροχή κεφαλαίων και εν γένει από τις συμβάσεις χρηματοδότησης, ενώ έναντι των διεθνών επιχειρηματικών κινδύνων είναι οι εξασφαλιστικές συμβάσεις που φαίνεται να αποτελούν την αντίρροπη δύναμη. Στο διεθνοποιημένο πλέον περιβάλλον λειτουργίας της σύγχρονης οικονομίας το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο έχει τη δική του ιδιαίτερη θέση στη ρύθμιση των συναλλαγών με διασυνοριακά στοιχεία. Η δραστηριοποίηση των επιχειρήσεων και τραπεζών σε συνθήκες παγκοσμιοποίησης, η σχετικοποίηση των συνόρων, η αποχωρικοποίηση των επιχειρήσεων είναι μόνο κάποιοι από τους παράγοντες που θέτουν σε κίνηση το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο ως τον κλάδο εκείνο που ρυθμίζει ιδιωτικές έννομες σχέσεις στις οποίες εντοπίζεται στοιχείο αλλοδαπότητας. Με τα εργαλεία και τις μεθόδους του, το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, θα αποτελέσει το μέσο για τον εντοπισμό του εφαρμοστέου δικαίου στις επιμέρους σχέσεις που θα εξεταστούν.

Η παρούσα εργασία θα βασιστεί στην υπόθεση ότι η Ελλάδα θα αποτελέσει την έννομη τάξη στο πλαίσιο της οποίας θα εξεταστούν τα ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου. Η μελέτη θα χωριστεί σε δύο μέρη. Στο πρώτο μέρος θα αναπτυχθούν ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου σε ορισμένες από τις πιο κοινές συμβάσεις χρηματοδότησης. Αφετηρία θα αποτελέσουν οι παραδοσιακές μορφές χρηματοδότησης όπως ένα κοινό δάνειο. Θα ακολουθήσει ανάπτυξη επί κάποιων εναλλακτικών μορφών χρηματοδότησης όπως είναι τα ομολογιακά δάνεια και η τιτλοποίηση απαιτήσεων. Στις θεματικές αυτές θα εξεταστεί η πιο συχνή στην πράξη περίπτωση που τα μέρη έχουν επιλέξει το δίκαιο που θα διέπει τη σχέση τους, με έμφαση στο σημείο αυτό στην συμβατική ελευθερία ως τον ακρογωνιαίο λίθο των συμβατικών ενοχών και στα κίνητρα των μερών να στραφούν στην μία ή την άλλη επιλογή μεταξύ περισσότερων δικαίων. Ακολουθώς εξετάζεται ο -σε κάποιες φορές πιο σύνθετος- μηχανισμός προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου όταν δεν έχει προηγηθεί επιλογή δικαίου από τα μέρη.

Με βάση αυτούς τους δύο άξονες θα εξεταστούν οι σύγχρονες τάσεις, η εξισσορόπηση των συμφερόντων των μερών, οι δυναμικές, τα ζητήματα που καλύπτονται κάθε φορά από το δίκαιο που καλείται ως εφαρμοστέο καθώς και θεματικές για τη ρύθμιση των οποίων μπορεί να μην υπάρχει μία σαφώς διατυπωμένη ή κρατούσα θέση. Βάση των αναπτύξεων θα αποτελέσουν τα σχετικά άρθρα του Κανονισμού Ρώμη I για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές. Μαζί με αυτόν ωστόσο θα εξετάζονται για λόγους πληρότητας, παράλληλα αλλά πιο συνοπτικά, άλλες αντίστοιχες ρυθμίσεις, σε επίπεδο προτάσεων Κανονισμών, διεθνών συμβάσεων, ορισμένες από τις οποίες έχουν τεθεί διεθνώς σε ισχύ, αλλά με μικρό αριθμό συμβαλλομένων μερών ή σε πολλές

¹ Χ. Παμπούκης, «Εισαγωγή», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 1.

περιπτώσεις δεν έχουν τεθεί σε ισχύ ή συγκεντρώνουν μικρό αριθμό υπογραφών, Προτύπων Νόμων καθώς και όπου υπάρχουν, σχετικοί κανόνες ήπιου δικαίου, 'soft law'. Στόχος είναι να παρασχεθεί μία κατά το δυνατόν πλήρης εικόνα των προσπαθειών ρύθμισης ζητημάτων εφαρμοστέου δικαίου, δίνοντας έτσι την ευκαιρία αξιολόγησης προσπαθειών ρύθμισης που πέτυχαν και ρυθμίσεων που ακόμα δεν έχουν βρει τον πλέον λειτουργικό τρόπο να βοηθήσουν τη διεθνή συναλλαγή.

Στο δεύτερο μέρος της παρούσας μελέτης, με την ίδια μεθοδολογική προσέγγιση, θα εξεταστούν ορισμένοι από τους πιο βασικούς τρόπους εξασφάλισης του δανειστή στο πλαίσιο διασυνοριακών χρηματοδοτήσεων. Εκεί η μελέτη θα εκκινήσει από το εφαρμοστέο δίκαιο στα εμπράγματα δικαιώματα και τον καθοριστικό ρόλο της *lex rei sitae*, τη λειτουργία και την έκτασή της, τον πιθανό 'ανταγωνισμό' της από την *lex contractus* σε κάποιες περιπτώσεις. Θα ακολουθήσει η μελέτη εξασφαλίσεων ενοχικής φύσης με κατά βάση ανάπτυξη ρυθμίσεων εφαρμοστέου δικαίου στην εγγύηση και τις εγγυητικές επιστολές καθώς και στην τραπεζική ενέγγυο πίστωση.

Η συγκεκριμένη μελέτη δεν θα εξετάσει ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου σε θέματα κεφαλαιαγοράς. Το δίκαιο της κεφαλαιαγοράς παραδοσιακά χαρακτηρίζεται από κρατική παρέμβαση και εποπτεία με κύριο δικαιολογητικό λόγο την διαφάνεια των συναλλαγών και την προστασία του επενδυτή. Το αντικείμενο της παρούσας μελέτης ωστόσο είναι διαφορετικό. Αφού γίνει μία εισαγωγική διάκριση μεταξύ άμεσης και έμμεσης χρηματοδότησης, η μελέτη αυτή θα επικεντρωθεί μόνο σε ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου σε συμβάσεις χρηματοδότησης στο πλαίσιο της λεγόμενης χρηματοπιστωτικής διαμεσολάβησης. Ακόμα η μελέτη αυτή δεν θα επεκταθεί σε ζητήματα φορολογικού και πτωχευτικού δικαίου, τομείς με τους οποίους η χρηματοδότηση και οι εξασφάλιση εμφανίζουν σημεία τομής, δεν θα μπορούσαν όμως να καλυφθούν στο ανάλογο εύρος στο πλαίσιο της παρούσας εργασίας που το αντικείμενό της θα περιοριστεί στην αναλυτική εξέταση ζητημάτων εφαρμοστέου δικαίου σε συμβάσεις χρηματοδότησης και στην εξασφάλιση αυτών.

ΜΕΡΟΣ Α': Βασικές συμβάσεις χρηματοδότησης στο πλαίσιο των διεθνών συναλλαγών

I. Έννοια και πτυχές της διεθνούς χρηματοδότησης

1. Εννοιολογικός περιορισμός της μελέτης

Ήδη από την εισαγωγή έγινε λόγος ότι αντικείμενο της παρούσας μελέτης θα αποτελέσει η προσέγγιση των λύσεων που δίνει το ιδ.δ.δ. σε επίπεδο εφαρμοστέου δικαίου. Κάποιες εννοιολογικές διευκρινίσεις είναι αναγκαίες. *Forum* κατ' αρχήν της παρούσας μελέτης θα αποτελέσει η Ελλάδα². Ακόμα, θα εξεταστούν μόνο ζητήματα που τίθενται από την αλλοδαπότητα ως προς τη ρύθμιση μίας έννομης σχέσης και αφορούν το ουσιαστικό ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, τον καθορισμό δηλαδή του εφαρμοστέου συστήματος κανόνων ουσιαστικού δικαίου. Πρόκειται για

² Το *forum* είναι μία κρατική έννομη τάξη. Κάθε έννομη κρατική τάξη έχει το δικό της ιδιαίτερο σύστημα επίλυσης των ζητημάτων ιδ.δ.δ.. Το κάθε *forum* διαθέτει σχετικότητα έναντι των άλλων fora. Οι λύσεις έτσι στο ουσιαστικό ιδ.δ.δ. είναι κατ' αρχήν σχετικές και εξαρτώνται από το εκάστοτε *forum*, γι' αυτό και λέγεται ότι το ιδ.δ.δ. παραμένει ένα εθνικό δίκαιο. Βέβαια σήμερα ο εθνικός χαρακτήρας των πηγών του ιδ.δ.δ. έχει σε μεγάλο βαθμό μετριασθεί από το ευρωπαϊκό και το διεθνές δίκαιο. Στο πλαίσιο αυτό και λόγω της σχετικότητας και της διαφορετικότητας των λύσεων ιδ.δ.δ. που αντιστοιχούν στην κάθε έννομη τάξη -με την επιφύλαξη του ευρωπαϊκού ιδ.δ.δ.- είναι σημαντικός ο καθορισμός του *forum* ως εφαλτήριο του συλλογισμού επίλυσης ζητημάτων ιδ.δ.δ..

μία προσέγγιση στενότερη του κατά τις σύγχρονες αντιλήψεις *stricto sensu* ιδ.δ.δ.³ το οποίο περιλαμβάνει τόσο την προβληματική του εφαρμοστέου δικαίου, το ουσιαστικό δηλαδή ιδ.δ.δ., όσο και το δικονομικό διεθνές ιδ.δ.δ., ήτοι τη διεθνή δικαιοδοσία, τη διεθνή συνεργασία, την αναγνώριση και εκτέλεση αποφάσεων⁴.

Σημειώθηκε ότι το ιδ.δ.δ. είναι το δίκαιο ρύθμισης της αλλοδαπότητας. Μία ακόμα εννοιολογική διάκριση είναι σημαντική σε αυτό το αρχικό σημείο μελέτης, η διάκριση αλλοδαπότητας και διεθνικότητας. Η αλλοδαπότητα είναι αυτή που θέτει σε κίνηση το ιδ.δ.δ. και μπορεί να εντοπίζεται σε στοιχεία νομικά, όπως η ιθαγένεια, ή πραγματικά. Στο σημείο αυτό επανέρχεται πάλι η σημασία της έννοιας του *forum* καθώς το ιδ.δ.δ. τίθεται σε λειτουργία όταν μία σχέση παρουσιάζει στοιχεία αλλοδαπότητας έναντι του δικαιοδοτικού οργάνου του *forum*, συνδέεται δηλαδή, από αυτή τη σκοπιά, με δύο ή περισσότερες έννομες τάξεις. Πρέπει βέβαια να είναι τέτοιας ποιότητας και έντασης το στοιχείο αλλοδαπότητας σε μία σχέση ώστε να κρίνεται ικανή να θέσει σε λειτουργία το ιδ.δ.δ.⁵. Ενώ η αλλοδαπότητα αποτελεί προϋπόθεση εφαρμοσιμότητας του κανόνα σύνδεσης σε μία σχέση με σκοπό την ανεύρεση του δικαίου που τη διέπει, η διεθνικότητα αποτελεί στοιχείο του νομικού χαρακτηρισμού, αν δηλαδή η υπό κρίση σχέση εμπίπτει στο πεδίο του εφαρμοστέου κανόνα, επιτελεί δε λειτουργία διαφορετική, συνδεδεμένη με τον προσδιορισμό του πεδίου εφαρμογής ουσιαστικών κανόνων ιδ.δ.δ. και του διεθνούς ομοιόμορφου δικαίου. Σημειώνεται ακόμα ότι η αλλοδαπότητα είναι έννοια ευρύτερη, καθότι από τη σκοπιά του *forum* μία διεθνής σχέση εμπεριέχει εξ ορισμού στοιχεία αλλοδαπότητας ενώ κάθε σχέση με στοιχεία αλλοδαπότητας δεν είναι αναγκαστικά διεθνής⁶.

Η διεθνικότητα είναι συστατικό στοιχείο της έννοιας των διεθνών συναλλαγών. Τρία είναι κατά βάση τα κριτήρια που προτείνονται για τον προσδιορισμό της έννοιας, το νομικό, το οικονομικό, το γεωγραφικό, με μία ενδιάμεση πλέον λειτουργική θεώρηση να επικρατεί εν τέλει. Κατά το νομικό κριτήριο διεθνής είναι μία συναλλακτική σχέση που εμφανίζει σύνδεσμο με περισσότερα κρατικά δίκαια. Δια του στοιχείου αλλοδαπότητας έρχεται σε επαφή με μία ή περισσότερες άλλες έννομες τάξεις, «διεθνοποιείται», και χρήζει ιδιαίτερης, διαφορετικής μεταχείρισης. Κατά το οικονομικό κριτήριο διεθνής είναι μία σχέση όταν αναπτύσσεται πέρα από τα όρια μίας εθνικής οικονομίας. Κατά το γεωγραφικό κριτήριο διεθνής είναι η βιοτική σχέση που έχει διασυνοριακό

³ Στον αντίποδα του *stricto sensu* ιδ.δ.δ. βρίσκεται το *lato sensu* ιδ.δ.δ. το οποίο περιλαμβάνει επιπροσθέτως την ιθαγένεια, την κατάσταση αλλοδαπών, το ποινικό διεθνές δίκαιο και εν γένει κλάδους του δημοσίου δικαίου όπως το φορολογικό διεθνές δίκαιο. Πρόκειται για διάκριση που αποδίδεται στον Πέτρο Βάλληνδα, ο οποίος όμως περιόριζε κατά περιεχόμενο το *stricto sensu* ιδ.δ.δ. μόνο στα ζητήματα επίλυσης συγκρούσεων νόμων και εν γένει εφαρμοστέου δικαίου.

⁴ Η σύγχρονη αυτή αντίληψη που υποστηρίζεται και από τον καθηγητή κ. Παμπούκη και ερείδεται στην σκέψη ότι χωρίς τη συμπερίληψη των ζητημάτων διεθνούς δικαιοδοσίας δεν είναι δυνατός ο προσδιορισμός του *forum* και κατά συνέπεια η ενεργοποίηση του αρμόδιου συστήματος επίλυσης του ζητήματος του εφαρμοστέου δικαίου με το οποίο διατηρεί άρρηκτο δεσμό -πρόκειται για την άρρηκτη σχέση *forum* και *jus*- και του άλλου μεγάλου σύγχρονου πόλου της αναγνώρισης αποφάσεων, οιονεί δημόσιων πράξεων και εν γένει εννόμων καταστάσεων (Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, Γενικό μέρος - Ειδικό μέρος - Δικονομικό διεθνές*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2020, σελ. 83).

⁵ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, Γενικό μέρος - Ειδικό μέρος - Δικονομικό διεθνές*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2020, σελ. 12-13.

⁶ Χ. Παμπούκης, *Η lex mercatoria ως εφαρμοστέο δίκαιο στις διεθνείς συμβατικές ενοχές*, Νομική Βιβλιοθήκη, 1996, σελ. 20, 27-28, Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 14.

χαρακτήρα. Κατά μία ενδιάμεση θεώρηση η διεθνικότητα θα πρέπει να αναζητείται κατά λειτουργικό τρόπο, σε σχέση δηλαδή με την εφαρμοσιμότητα συγκεκριμένου κανόνα δικαίου⁷.

Οι ανωτέρω παρατηρήσεις κρίνονται αναγκαίες τόσο για τον προσδιορισμό της έννοιας της διεθνούς χρηματοδότησης όσο και για την διερεύνηση των πηγών του δικαίου των διεθνών συναλλαγών εν γένει, που στην ειδικότερη μορφή τους θα αποτελέσουν εκτενές αντικείμενο μελέτης της παρούσας εργασίας.

Χαρακτηριστικά της σύγχρονης εποχής και της διεθνοποίησης της οικονομίας είναι αύξηση της κίνησης κεφαλαίων, χωρίς περιορισμούς, σε διασυνοριακό επίπεδο, στο πλαίσιο διενέργειας συναλλαγών μεγάλων οικονομικών διαστάσεων, η αύξηση των τραπεζών που δραστηριοποιούνται διεθνώς είτε ατομικά είτε σε συνεργασία και με άλλες τράπεζες από διαφορετικά κράτη σε συνδυασμό με τον περιορισμό αν όχι κατάργηση διοικητικών παρεμβάσεων⁸. Επιχειρήσεις και τράπεζες από διαφορετικές έννομες τάξεις εμπλέκονται σε σχέσεις διμερείς ή τριγωνικές -στο πλαίσιο νέων μορφών συμβάσεων- καθιστώντας αναγκαία την ρύθμιση και δικαϊκή συνύπαρξη της πολλαπλότητας των εμπλεκόμενων εννόμων τάξεων. Στον χώρο αυτό συνάντησης επιχειρήσεων και τραπεζών που υπερβαίνει τα εθνικά σύνορα, η κάθε επιχειρηματική κίνηση και ενέργεια απαιτεί και την αντίστοιχη υποστήριξη μέσω χρηματοδότησης. Παράλληλα είναι πολλοί οι κίνδυνοι που μπορεί να ανακύψουν σε ένα τέτοιο πλαίσιο με αποτέλεσμα τον καίριο ρόλο των συμβάσεων εξασφάλισης από πλευράς του δανειστή ώστε να μπορέσει κατά το δυνατόν να θωρακίσει τα συμφέροντά του.

2. Η ποικιλία των πηγών και των μεθόδων προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου

(i) Η πληθώρα των πηγών των διεθνών συναλλαγών και της διεθνούς χρηματοδότησης

Η διεθνής συναλλαγή, όπως προελέχθη υπερβαίνει τα εθνικά σύνορα. Ο τρόπος διάταξης των σχετικών πηγών δικαίου δεν είναι απαραίτητα ιεραρχικός όπως στο εσωτερικό δίκαιο αλλά σύνθετος, εν μέρει επάλληλος, εν μέρει ιεραρχικός, εν μέρει ομόκεντρος⁹. Όμως και η ίδια η πράξη και η ατομική δραστηριότητα που καθίσταται προεξάρχουσα επιβεβαιώνοντας τη σύγχρονη κρατούσα τάση της ανάδυσης του ατόμου στη διεθνή σφαίρα συνεισφέρει με κανόνες ήπιου δικαίου.

Έτσι, σημαντική είναι η συμβολή του διεθνούς δικαίου, ιδίως με τη σύναψη διεθνών συμβάσεων. Η Ελλάδα έχει συνάψει πλήθος πολυμερών και διμερών συμβάσεων ενώ υπάρχουν και πολλές συμβάσεις στις οποίες η χώρα μας δεν έχει προσχωρήσει ή που δεν έχουν τεθεί ακόμα σε ισχύ. Για λόγους πληρότητας της παρούσας μελέτης θα γίνει μία συνοπτική προσπάθεια προσέγγισης ορισμένων εξ αυτών των προσπαθειών προκειμένου να ερευνηθεί το πεδίο σύγκλισης των κρατών και τα σημεία διαφοροποίησής τους από άλλες νομοθετικές πρωτοβουλίες. Στο πεδίο της διεθνούς χρηματοδότησης χαρακτηριστικές είναι συμβάσεις που εκπονούνται στο πλαίσιο της Διεθνούς Συνδιάσκεψης της Χάγης για το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο (Hague Conference on private international law –Συνδιάσκεψη της Χάγης) αλλά και υπό την αιγίδα της UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) και της UNIDROIT (International Institute for

⁷ Χ. Παμπούκης, «Εισαγωγή», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...*,ό.π., σελ. 24-25, Χ. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς τραπεζικές συναλλαγές*, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 17-19, Χ. Παμπούκης, *Η lex mercatoria...*,ό.π., σελ.28.

⁸ Χ. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς ...*,ό.π., σελ. 8.

⁹ Χ. Παμπούκης, «Εισαγωγή», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...*,ό.π., σελ. 53

the Unification of Private Law) -η οποία απαριθμεί σήμερα 65 χώρες μέλη. Σε επίπεδο ενωσιακού δικαίου καθοριστικός είναι ο ρόλος των Κανονισμών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, που κυρίως πετυχαίνουν την ενοποίηση των κανόνων σύγκρουσης, αλλά και Οδηγιών. Το ευρωπαϊκό δίκαιο δεν είναι ουδέτερο από πλευράς στόχων αλλά αποβλέπει στην ευρωπαϊκή ολοκλήρωση. Καίριος είναι εδώ ο ρόλος του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το οποίο ερμηνεύει αυτόνομα και ευρύτητα τις έννοιες των ενωσιακών νομοθετημάτων και τις θεμελιώδεις αρχές της εσωτερικής αγοράς, ιδίως την ελευθερία εγκατάστασης και παροχής υπηρεσιών.

Μία άλλη πηγή κανόνων με ιδιαίτερη σημασία για τις διεθνείς συναλλαγές είναι κανόνες μη κρατικής προέλευσης. Πρόκειται για σύνολα-συλλογές αυτοφυών κανόνων που εκπονήθηκαν από τη συναλλακτική πρακτική, κυρίως από τη δράση ιδιωτικών οργανισμών, όπως το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο (International Chamber of Commerce, ICC), που έχουν κωδικοποιήσει συναλλακτικές συνήθειες της πράξης σε διάφορους τομείς, για να ρυθμίσουν με ιδιαίτερο τρόπο τη διεθνή συναλλαγή. Τούτοι έχουν το πλεονέκτημα της σχετικής έστω ομοιομορφίας και η εφαρμογή τους δεν στηρίζεται στον υποχρεωτικό (από αυστηρά νομικής σκοπιάς) χαρακτήρα αλλά στην πειστικότητά τους, τη νομική τους χρηστικότητα και καταλληλότητα. Οι κανόνες αυτοί έχουν ισχύ δυνάμει της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας και της ελεύθερης βούλησης των μερών, περιορίζονται δε από τους κανόνες αναγκαστικού δικαίου του εκάστοτε εφαρμοστέου δικαίου στη σχέση. Με την ενσωμάτωσή τους στη σύμβαση των μερών αποκτούν συμβατική ισχύ. Αναπτύσσουν επίσης και ερμηνευτική δύναμη, όπου ο νόμος το ορίζει. Να σημειωθεί ότι η ανεθνική τους προέλευση συνδέεται όχι με το αν νομικά υπάρχουν, αφού με την επιλογή των μερών αποκτούν συμβατική ισχύ, αλλά με την ετερόνομη δεσμευτικότητά τους, εάν δηλαδή, ανεξάρτητα από το αν έχουν επιλεγεί, θα πρέπει να εφαρμοσθούν. Αυτό το ερώτημα θα απαντηθεί ανάλογα με το δικαιοδοτικό *forum* που καλείται να επιλύσει ζήτημα που αναφέρεται από διεθνή συναλλακτική σχέση. Έτσι, ιδίως όταν πρόκειται για ένα διαιτητικό *forum* οι κανόνες αυτοί διαθέτουν οιονεί ετερονομία¹⁰.

Ειδικά αναφορικά με την ιεράρχηση των πηγών, κρίσιμη είναι η έννομη τάξη από την πλευρά της οποίας γίνεται. Έτσι από άποψη ελληνικού δικαίου κατά το 28 παρ. 1 του Συντάγματος υπερτερεί το διεθνές δίκαιο. Το κοινοτικό δίκαιο έπεται του διεθνούς δικαίου αλλά έχει υπερεθνική ισχύ, ενώ το ανεθνικό δίκαιο είναι υπάλληλο του εθνικού και έχει την ισχύ που του αποδίδεται από τη βούληση των μερών.

(ii) Οι μέθοδοι προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου

Η κυριότερη και πλέον ανεπτυγμένη μέθοδος είναι αυτή του κανόνα σύγκρουσης. Πρόκειται για έναν κανόνα υπόδειξης της έννομης τάξης στην οποία ανήκουν οι εφαρμοστέοι κανόνες ουσιαστικού δικαίου και δεν αποτελεί ο ίδιος κανόνα ουσιαστικού δικαίου. Αρκείται δε στην υπόδειξη και δεν ενδιαφέρεται για το περιεχόμενο του κανόνα. Η λειτουργία του συχνά χαρακτηρίζεται πολύπλοκη και σχετική στην εφαρμογή της καθώς κάθε πολιτεία έχει το δικό της σύστημα επίλυσης ζητημάτων ιδ.δ.δ. Ένα από τα βασικά χαρακτηριστικά του είναι ότι είναι ουδέτερος, δηλαδή κατά τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου δεν εκφράζει κάποια προτίμηση για το δίκαιο που προκρίνει ως εφαρμοστέο, δεν εμφιλοχωρεί δηλαδή κάποια παράμετρος ουσιαστικού δικαίου. Ειδικά η Συνδιάσκεψη της Χάγης μέσω του ενοποιητικού της

¹⁰ X. Παμπούκης, *H lex mercatoria...*,ό.π., σελ.116-117, X. Παμπούκης, «Εισαγωγή», σε X. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...*,ό.π., σελ.63-65, X. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*,ό.π., σελ. 56-58.

έργου επιχειρεί να ουσιαστικοποιήσει και ελαστικοποιήσει τους κανόνες σύγκρουσης. Κανόνες σύγκρουσης υπάρχουν στα εθνικά δίκαια, σε νομοθετήματα του ενωσιακού δικαίου και σε διεθνείς συμβάσεις. Παρατηρείται βέβαια ότι ο κανόνας σύγκρουσης δεν μπορεί να αποτελέσει το κύριο μεθοδολογικό εργαλείο ρύθμισης στον χώρο των διεθνών συναλλαγών καθώς δεν συνάδει τόσο με τις ανάγκες απλότητας και ταχύτητας.

Μία δεύτερη μέθοδος είναι αυτή του κανόνα αμέσου εφαρμογής. Πρόκειται για κανόνες που κατά τον ορισμό που δίνει ο Φ. Φρατζεσκάκης η τήρησή τους είναι αναγκαία για την διατήρηση της οικονομικής, κοινωνικής, πολιτικής οργάνωσης της πολιτείας. Αυτοί ορίζουν άμεσα το πεδίο εφαρμογής τους και εφαρμόζονται σε μία σχέση είτε διεθνούς είτε εγχώριου χαρακτήρα και ανεξάρτητα από το ποιο είναι το εφαρμοστέο δίκαιο σε αυτή, δεν διέπουν δε το σύνολό της αλλά πολύ συγκεκριμένες πτυχές αυτής.¹¹ Λέγεται ότι εκφράζουν κατά κάποιον τρόπο με μία λογική δημοσίου δικαίου τον παρεμβατικό ρόλο του κράτους στη διεθνή ιδιωτική σφαίρα, ο οποίος άλλοτε αυξάνεται και άλλοτε μειώνεται σε συνάρτηση με τη θέση του ατόμου και του οικονομικού φιλελευθερισμού. Ο προσδιορισμός τους ως τέτοιων γίνεται είτε από τον ίδιο τον νομοθέτη είτε στο πλαίσιο νομολογιακής διάγνωσης, με τις προτάσεις της επιστήμης, που σημειώνουν σημαντικό ρόλο.

Μία τρίτη μέθοδος είναι οι ουσιαστικοί κανόνες ιδ.δ.δ.. Το χαρακτηριστικό τους είναι ότι ρυθμίζουν άμεσα και ειδικά, κατά τρόπο ουσιαστικό μόνο διεθνείς ιδιωτικές σχέσεις. Αυτοί προέρχονται από εθνικές, διεθνείς ή και ανεθνικές πηγές. Από τις διεθνείς πηγές προκύπτει και αυτό που ονομάζουμε διεθνές ομοιόμορφο δίκαιο, κυρίως μέσω διεθνών συμβάσεων ή ενωσιακών νομοθετημάτων, ενώ μορφή ήπιας ομοιόμορφης ρύθμισης αποτελούν για παράδειγμα οι Πρότυποι Νόμοι. Το διεθνές ομοιόμορφο δίκαιο είναι κατάλληλο για την προληπτική, την εξωδικαστική ρύθμιση, ενώ ο κανόνας σύγκρουσης κυριαρχεί κυρίως σχετικά με την επίλυση διαφορών από τον πολιτειακό δικαστή.

Τέλος υπάρχει η μέθοδος της αναγνώρισης. Αυτή έχει ως αντικείμενο τον έλεγχο των προϋποθέσεων παραγωγής εννόμων αποτελεσμάτων των αποφάσεων και ορισμένων δημόσιων πράξεων, την οποία και ονομάζουμε μέθοδο αναγνώρισης και εκείνη που επιβεβαιώνει την ύπαρξη μίας έννομης σχέσης, την μέθοδο αναφοράς. Το πεδίο εφαρμογής της μεθόδου αναγνώρισης και της μεθόδου αναφοράς καταλαμβάνει αντίστοιχα όλες τις αποκρυσταλλωμένες δυνάμει αλλοδαπής πράξεως δημόσιας αρχής έννομες σχέσεις, καθώς και εκείνες οι οποίες είναι έστω κατά φαινόμενο ριζωμένες σε δεδομένη έννομη τάξη για κάποιο χρόνο ώστε η έννομη αυτή τάξη να τις θεωρεί υποστατές και να έχουν παράξει έννομα αποτελέσματα, έστω και εάν δεν έχουν αποκρυσταλλωθεί με πράξη δημόσιας αρχής, αλλά απλώς έχουν υποστηριχθεί με πράξη αλλοδαπής δημόσιας αρχής, όπου αυτή έχει διαδραματίσει έναν απολύτως παθητικό ρόλο ως προς τη συγκρότηση της έννομης σχέσης. Σε αυτές τις περιπτώσεις δεν δημιουργείται πλέον μεθοδολογικά θέμα επιλογής εφαρμοστέου δικαίου αφού η εφαρμογή δικαίου έχει ήδη ενσωματωθεί στην απόφαση ή πράξη, αλλά θέμα ελέγχου της προκειμένου να παράξει έννομα αποτελέσματα και στην έννομη τάξη της υποδοχής της¹². Στην εν λόγω μελέτη το ζήτημα αυτό θα

¹¹ A. Nuyts, Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement 'Rome I', *Revue de droit commercial*, 6/2009, σελ. 557.

¹² X. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*ό.π., σελ. 102-103, 106, 393.

συναντηθεί στην περίπτωση των εμπράγματων ασφαλειών που έχουν παγιωθεί με πράξη δημόσιας αρχής.

3. Η άμεση και η έμμεση χρηματοδότηση και ειδικότερες μορφές

Στις οικονομίες της αγοράς καθοριστικός είναι ο ρόλος του χρηματοπιστωτικού συστήματος. Μία από τις βασικές λειτουργίες του χρηματοπιστωτικού συστήματος¹³-και αυτό μέσα από ένα σύνθετο πλέγμα αγορών και φορέων παροχής υπηρεσιών - είναι η διοχέτευση κεφαλαίων από τους φορείς προσφοράς κεφαλαίου -θετικούς αποταμιευτές - προς τους φορείς ζήτησης κεφαλαίου, τους αρνητικούς αποταμιευτές¹⁴. Μία εννοιολογική διευκρίνιση είναι εδώ σημαντική. Ως θετικοί αποταμιευτές νοούνται οι οικονομικές μονάδες, όπως οι επιχειρήσεις, που προσφέρουν την προς αποταμίευση διαθέσιμη περιουσία τους, και ως αρνητικοί αποταμιευτές νοούνται οι οικονομικές μονάδες που αναζητούν είτε δανειακά κεφάλαια για την ικανοποίηση π.χ. επενδυτικών αναγκών είτε στην περίπτωση των επιχειρήσεων με τη μορφή της ανώνυμης εταιρίας συμμετοχή στα ίδια κεφάλαιά τους¹⁵.

Η ανωτέρω λειτουργία και κεφαλαιακή ροή επιτελείται μέσω της άμεσης και της έμμεσης χρηματοδότησης.

(i) Η άμεση χρηματοδότηση

Η άμεση χρηματοδότηση των αρνητικών αποταμιευτών από τους θετικούς αποταμιευτές ενεργοποιείται με τη συνάντηση της προσφοράς και της ζήτησης κεφαλαίων μέσω των χρηματοπιστωτικών αγορών.

Στο πλαίσιο της άμεσης χρηματοδότησης οι αρνητικοί αποταμιευτές εκδίδουν χρηματοπιστωτικά μέσα, για την άντληση δανειακών κεφαλαίων, απευθυνόμενοι στους θετικούς αποταμιευτές, οι οποίοι τα αποκτούν μέσα από τις κεφαλαιαγορές. Στις αγορές αυτές λαμβάνει χώρα και η διαπραγμάτευση των εν λόγω χρηματοπιστωτικών μέσων¹⁶. Οι τράπεζες δραστηριοποιούνται εν προκειμένω, όπως και άλλες κατηγορίες επιχειρήσεων του χρηματοπιστωτικού τομέα, παρέχοντας

¹³ Η δεύτερη λειτουργία του χρηματοπιστωτικού συστήματος είναι η συμβολή στην πραγματοποίηση από φυσικά ή νομικά πρόσωπα πληρωμών χωρίς τη χρήση μετρητών, δηλαδή κεμάτων και τραπεζογραμματίων.

¹⁴ Όπως παραστατικά αναφέρεται «Είναι γνωστό ότι η πίστωση είναι το λάδι της οικονομίας, ιδιαιτέρως της οικονομίας της αγοράς. Όσο περισσότερο εξελίσσεται μια οικονομία αγοράς, τόσο περισσότερο γίνεται οικονομία πιστώσεων» (Ε. Μουσταίρα, Εμπράγματα ασφάλειες και ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, *Κοινοδίκαιον*, 5/1999, σελ. 29).

¹⁵ Χ. Γκόρτσος, *Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ. 23-26, Χ. Γκόρτσος, «Διεθνείς Χρηματοπιστωτικές Συναλλαγές», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...ό.π.*, σελ.63-65

¹⁶ Στον κατάλογο των χρηματοπιστωτικών μέσων διακρίνονται ήδη από την Οδηγία 2004/39/ΕΚ τέσσερις κατηγορίες αντικειμένων επένδυσης: οι κινητές αξίες, τα μέσα της χρηματαγοράς, τα μερίδια οργανισμών συλλογικών επενδύσεων και τα παράγωγα. Αυτό επιβεβαιώνεται και από την Οδηγία 2014/65/ΕΕ (MiFID II), η οποία εμπλούτισε τον κατάλογο των χρηματοπιστωτικών μέσων με νέες μορφές κυρίως παραγώγων, εξαιτίας ακριβώς της εμφάνισης νέων επενδυτικών προϊόντων. Την Οδηγία 2014/65/ΕΕ για τις αγορές χρηματοπιστωτικών μέσων, όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2016/1034/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23ης Ιουνίου 2016, λαμβάνοντας υπόψη την κατ' εξουσιοδότηση Οδηγία (ΕΕ) 2017/593 της Επιτροπής της 7ης Απριλίου 2016 μεταφέρει στην ελληνική έννομη τάξη ο Ν. 4514/2018. Ο σχετικός κατάλογος χρηματοπιστωτικών μέσων περιλαμβάνεται στο Παράρτημα Ι (Τμήμα Γ) του Ν. 4514/2018, κατά παραπομπή του άρθρου 4 παρ. 15, κατά το πρότυπο του Παραρτήματος Ι, Τμήμα Γ της Οδηγίας 2014/65/ΕΕ. Μεταξύ των σημαντικών ορισμών να σημειωθεί ότι ως κινητές αξίες το άρθρο 4 παρ. 44 Ν. 4514/2018 ορίζει ιδίως τις μετοχές και άλλους τίτλους ισοδύναμους με μετοχές εταιρειών καθώς και αποθετήρια έγγραφα για μετοχές, και ομόλογα ή άλλες μορφές τιτλοποιημένου χρέους, καθώς και αποθετήρια έγγραφα για τέτοιες κινητές αξίες. Ως μέσα χρηματαγοράς κατά το άρθρο 4 παρ. 17 ορίζονται μέσα που συνήθως αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης στη χρηματαγορά, όπως τα έντοκα γραμμάτια, τα αποδεικτικά κατάθεσης και τα εμπορικά γραμμάτια, εξαιρουμένων των μέσων πληρωμής.

τις καλούμενες επενδυτικές υπηρεσίες τόσο προς τους αρνητικούς όσο και προς τους θετικούς αποταμιευτές¹⁷.

Στην κεφαλαιαγορά κάθε «πωλητής» κεφαλαίου είναι ταυτόχρονα «αγοραστής» τίτλων και κάθε «πωλητής» τίτλων είναι ταυτόχρονα και «αγοραστής» κεφαλαίου. Ο πωλητής κεφαλαίου και αγοραστής τίτλων είναι γνωστός ως επενδυτής, ενώ αγοραστής κεφαλαίου και πωλητής τίτλων είναι ο χρηματοδοτούμενος εκδότης τους¹⁸.

Η κεφαλαιαγορά συνεπώς διαδραματίζει σημαντικό ρόλο στη χρηματοδότηση των επιχειρήσεων, αποτελώντας ένα εναλλακτικό μοντέλο χρηματοδότησης τους. Το πλεονέκτημά της έναντι της τραπεζικής χρηματοδότησης έγκειται στο ότι δύναται να πραγματώνει επιχειρηματικούς στόχους με υψηλή διακινδύνευση, ακριβώς λόγω της δυνατότητας να διαχέει τον κίνδυνο στους επενδυτές. Τότε ο κίνδυνος απώλειας των επενδεδυμένων κεφαλαίων είναι περισσότερο διαχειρίσιμος όταν στην πρωτογενή αγορά τα απαιτούμενα κεφάλαια αντλούνται από μεγάλο αριθμό επενδυτών, γιατί καθένας από αυτούς έχει τη δυνατότητα να συμμετέχει μόνο στο μέτρο και με τα κεφάλαια που επιθυμεί. Η δυνατότητα αυτή των κεφαλαιαγορών καθίσταται ακόμη πιο ευχερής λόγω της διεθνοποίησής τους, η οποία επιταχύνθηκε με την ελεύθερη κίνηση κεφαλαίων. Αντίθετα στην τραπεζοκεντρική χρηματοδότηση, οι κίνδυνοι συγκεντρώνονται στα χέρια μίας ή περισσότερων τραπεζών¹⁹.

(ii) Η έμμεση χρηματοδότηση (“indirect finance”) ή αλλιώς χρηματοπιστωτική διαμεσολάβηση (“financial intermediation”)

Με την έμμεση χρηματοδότηση επιτυγχάνεται επίσης η διοχέτευση χρηματικών κεφαλαίων από τους θετικούς αποταμιευτές στους αρνητικούς αποταμιευτές, με τη λειτουργία μεσολαβούντων χρηματοπιστωτικών φορέων όπως οι τράπεζες και οι επιχειρήσεις χορήγησης πιστώσεων. Όταν διαμεσολαβητής είναι μία τράπεζα η χρηματοδότηση γίνεται κυρίως μέσω δανείων και άλλων μορφών πιστώσεων, με κεφάλαια που έχουν προσφερθεί με τη μορφή καταθέσεων. Πρόκειται για τις παραδοσιακές μορφές χρηματοδότησης. Βέβαια διαμεσολαβητής μπορεί να είναι και μία επιχείρηση χορήγησης πιστώσεων, όπως μία εταιρία πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων στην περίπτωση του “factoring”²⁰.

II. Το εφαρμοστέο δίκαιο σε βασικές μορφές χρηματοδότησης των επιχειρήσεων στο πλαίσιο των διεθνών συναλλαγών

1. Παραδοσιακές μορφές χρηματοδότησης

Αναφέρθηκε ήδη ότι από τους σημαντικότερους τρόπους χρηματοδότησης, και θα μπορούσε να πει κανείς παροχής ‘οξυγόνου’ στις επιχειρήσεις είναι ο τραπεζικός δανεισμός (“corporate banking”). Ένα κοινό δάνειο αποτελεί σύμβαση μεταξύ πιστωτικού ιδρύματος και πιστολήπτη, με την οποία το πιστωτικό ίδρυμα παραχωρεί στον πιστολήπτη χρήματα, κεφάλαια και η εταιρεία οφείλει να τα επιστρέψει κατά τους όρους του δανείου, συνήθως δε εντόκως, δηλαδή

¹⁷ Χ. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς ...*,ό.π., σελ. 13.

¹⁸ Δ. Αυγητίδης, *Δίκαιο της Κεφαλαιαγοράς*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019,ό.π., σελ. 37.

¹⁹ Ν. Βερβεσός, *Η Αρχή της ίσης μεταχείρισης στο δίκαιο της κεφαλαιαγοράς*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ. 96, Αλ.-Π. Σιβιτανίδης, *Έμμεση κατοχή κινητών αξιών στο Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 3.

²⁰ Χρ. Ταρνανίδου, *Ρυθμίσεις Εμπορικών Εταιριών (Με έμφαση στους χρηματοοικονομικούς θεσμούς)*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2021 σελ. 220, Χ. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς...*,ό.π., σελ. 12, Χ. Γκόρτσος, «Διεθνείς Χρηματοπιστωτικές Συναλλαγές», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών...*,ό.π., σελ.842-847.

καταβάλλοντας πέραν του κεφαλαίου και το συμφωνηθέντα τόκο ως κόστος του δανειολήπτη για τη χρήση των δανειακών κεφαλαίων και αντίστοιχα αντάλλαγμα του δανειοδότη για τη χορήγησή τους²¹.

Μία ειδική μορφή δανείου είναι το κοινοπρακτικό δάνειο. Αυτό συναντάται συχνότερα στη χρηματοδότηση της ναυτιλίας και τη χρηματοδότηση μεγάλων έργων (“project finance”). Παρέχεται από κοινοπραξία τραπεζών, με μία όμως δανειακή σύμβαση με τους ίδιους όρους, όπου κάθε πιστωτικό ίδρυμα που συμμετέχει αναλαμβάνει την χορήγηση μόνο τμήματος του δανείου. Από την πλευρά των επιχειρήσεων η μορφή αυτή δανεισμού επιτρέπει την άντληση μεγαλύτερων κεφαλαίων. Από τη μεριά των εμπλεκόμενων τραπεζών, αποτρέπει τη συγκέντρωση μεγάλου κινδύνου που μπορεί ενδεχομένως να απειλήσει και τη βιωσιμότητα του ίδιου του χρηματοδότη, παρέχει δε τη δυνατότητα ευρύτερης πιστοδοτικής διασποράς. Η πρωτοβουλία αναλαμβάνεται συνήθως από την τράπεζα με την οποία ο δανειολήπτης διατηρεί πελατειακή σχέση. Η προσέγγιση των άλλων πιστωτικών ιδρυμάτων γίνεται με βάση ένα ενημερωτικό δελτίο (term sheet) που ετοιμάζει ο δανειολήπτης. Το πιστωτικό ίδρυμα του δανειολήπτη αναλαμβάνει να διαπραγματευτεί με τα άλλα πιστωτικά ιδρύματα. Οι όροι της συνεργασίας μεταξύ των τραπεζών αποτυπώνονται σε μία διατραπεζική συμφωνία αυτοτελή σε σχέση με τη δανειακή σύμβαση. Με αυτήν ρυθμίζονται ιδίως ο λόγος συμμετοχής στο κοινοπρακτικό δάνειο, το τοκοχρεολύσιο και η κατανομή αυτού. Το πιστωτικό ίδρυμα που ορίζεται ως ‘αντιπρόσωπος’ λειτουργεί κατά κανόνα ειδικής εντολής η οποία περιορίζεται σε συγκεκριμένα καθήκοντα όπως η εκταμίευση του δανείου και η εποπτεία της εκτέλεσης του²².

Ιδιαίτερα σημαντική στον τομέα της χρηματοδότησης είναι και η σύμβαση ανοίγματος πίστωσης. Κατά την κρατούσα άποψη αποτελεί σύμβαση-πλαίσιο και όχι προσύμφωνο δανείου, με την οποία το πιστωτικό ίδρυμα αναλαμβάνει έναντι προμήθειας την υποχρέωση να παρέχει πίστωση στον πελάτη ύστερα από αίτησή του μέχρι του συμφωνηθέντος ποσοτικού και, ενδεχομένως, χρονικού ορίου. Αντικείμενό της μπορεί να είναι κάθε μορφής πιστωτική σύμβαση, όπως τα δάνεια, οι εγγυητικές επιστολές, οι ενέγγυες πιστώσεις ή ο αλληλόχρεος λογαριασμός, ανάλογα με τις ανάγκες του πιστολήπτη²³.

Μία ιδιότυπη σύμβαση της πρακτικής των εμπορικών και τραπεζικών συναλλαγών είναι ο αλληλόχρεος λογαριασμός (revolving credit facility). Πρόκειται για μία παρεπόμενη σύμβαση

²¹ Συνηθίζονται επίσης συμφωνίες κατά τις οποίες θα επιστρέφεται τμηματικά το οφειλόμενο ποσό του δανείου μαζί με τμήμα των αναλογούντων τόκων (τοκοχρεωλυτικό δάνειο). Μπορεί, επίσης, η χορήγηση δανείου να συμφωνηθεί να λάβει την μορφή κάλυψης, μια ή και περισσότερες φορές, του ποσού, κατά το οποίο ο πελάτης υπερέβη το υπόλοιπο του λογαριασμού του που τηρεί στην πιστοδότρια τράπεζα (ανακυκλούμενο δάνειο). Στην περίπτωση αυτή η δανειοδότηση συνδυάζεται κατά κανόνα με σύμβαση αλληλόχρεου λογαριασμού. Μία άλλη ειδική μορφή δανείου είναι τα δάνεια μειωμένης εξασφάλισης. Χαρακτηριστικό τους είναι ότι οι δανειστές υπάγονται εκούσια σε δυσμενέστερο καθεστώς ικανοποίησης σε σχέση με άλλους δανειστές. Δάνεια μειωμένης εξασφάλισης είναι εκείνα, στα οποία συμφωνείται ότι οι δανειστές, σε περίπτωση αναγκαστικής εκτέλεσης, λύσης ή πτώχευσης του δανειολήπτη, ικανοποιούνται μετά από όλες τις άλλες υποχρεώσεις, ακόμα και τις ανασφάλιστες, και προηγούνται μόνο των απαιτήσεων των ιδίων των μετόχων για συμμετοχή στο προϊόν της εκκαθάρισης. Συνήθως τα δάνεια αυτά παρέχονται από τους μετόχους, αντί για συμμετοχή σε αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου. (Χ. Γκόρτσος, *Στοιχεία Τραπεζικού ...*,ό.π., σελ. 554-555,560-561).

²² Ph. Wood, *International Loans, Bonds and Securities Regulation (Law and Practice of International Finance Series)*, Sweet & Maxwell, 1995, σελ. 90-91, Λ. Αθανασίου, *Η διασυννοριακή πτώχευση της ναυτιλιακής επιχείρησης*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 26-27, Χ. Γκόρτσος, *Στοιχεία Τραπεζικού ...*,ό.π., σελ. 559-560.

²³ Χ. Γκόρτσος, *Στοιχεία Τραπεζικού ...*,ό.π., σελ. 580, Α. Γκούσκου, «Διεθνείς Συναλλαγές Χρηματοδότησης και εξασφάλισης», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...*,ό.π., σελ. 922-924.

μεταξύ δύο προσώπων, από τα οποία το ένα τουλάχιστον είναι έμπορος, με την οποία συμφωνείται να μην επιδιώκονται ή διατίθενται μεμονωμένα οι απαιτήσεις των δύο μερών, που προκύπτουν από τις μεταξύ τους συναλλαγές αλλά να φέρονται σε κοινό λογαριασμό με σκοπό να εκκαθαρίζονται και να αποσβέννυνται κατά το κλείσιμο του λογαριασμού, κάτι που θα γίνεται κατά ορισμένα χρονικά διαστήματα, ώστε επιδιώξιμο δικαστικά και απαιτητό να είναι το υπόλοιπο το οποίο προκύπτει από την αντιπαραβολή κατά το κλείσιμο του λογαριασμού^{24 25}.

(i) Η σημασία επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου

Οι ανωτέρω μορφές παραδοσιακής χρηματοδότησης έχουν αποκτήσει μεγάλη σημασία και κυριαρχούν ως συμβατικές μορφές που διαπερνούν τα εθνικά σύνορα στο πλαίσιο της σύγχρονης οικονομίας. Είναι γεγονός ότι τα πιστωτικά ιδρύματα λειτουργούν πλέον σε ένα αρκετά διεθνοποιημένο περιβάλλον όπως αποδεικνύουν η δημιουργία διεθνών χρηματοπιστωτικών ομίλων, η στενή διατραπεζική συνεργασία σε διεθνές επίπεδο -είτε για την μείωση της έκθεσης των τραπεζών στον πιστωτικό κίνδυνο για παράδειγμα μέσω της έκδοσης κοινοπρακτικών δανείων, είτε μέσω των συστημάτων πληρωμών- αλλά και η ανάπτυξη της διασυνοριακής παροχής υπηρεσιών.

Είναι δε πολύ συχνό σε συναλλαγές με μεγάλο χρηματικό αντικείμενο να εμπλέκονται τράπεζες και επιχειρήσεις από διαφορετικές ένομες τάξεις. Στις περιπτώσεις αυτές είναι εξαιρετικά σπάνιο να μην υπάρχει επιλογή εφαρμοστέου δικαίου από τα μέρη²⁶. Συνήθως δε επιλέγεται το δίκαιο της δανειστριάς τράπεζας, με πολλά να είναι τα παραδείγματα από τη διεθνή πρακτική²⁷. Αυτό συμβαίνει γιατί όταν ο δανειστής προωθεί κεφάλαια πέραν των εθνικών συνόρων ο φόβος για το άγνωστο, το αλλοδαπό δίκαιο, την εγκυρότητα, την ερμηνεία και την εκτέλεση της διανεσιακής σύμβασης, καθώς και ο φόβος των διεθνών κινδύνων, που δεν συναντώνται σε εγχώριες δανειακές συμβάσεις, όπως συναλλαγματικοί περιορισμοί και ο κίνδυνος υποτίμησης του νομίσματος τον προτρέπουν να προκρίνει ως εφαρμοστέο το δικό του δίκαιο για να διασφαλίσει την προβλεψιμότητα και τη βεβαιότητα δικαίου που επιθυμεί, πάντα βέβαια με την επιφύλαξη ενεργοποίησης περιορισμών όπως η δημόσια τάξη²⁸. Ακόμα, καθώς της εκταμίευσης του δανείου ακολουθεί η αποπληρωμή του εκταμιευθέντος ποσού και των τόκων από τον δανειολήπτη, η τράπεζα έχει κάθε συμφέρον να διασφαλίσει ότι αυτό θα γίνει σύμφωνα με τους όρους του δανείου

²⁴ N. Βερβενίδης, *Σύμβαση πίστωσης με αλληλόχρεο λογαριασμό*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σελ. 5, Γ. Τρανταφυλλάκης, *Εφαρμογές Εμπορικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σελ. 84-85, Ν. Τριάντος, *Διαταγή πληρωμής, Πιστωτικοί Τίτλοι & Διαταγή Απόδοσης Μισθίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ. 300, Χ. Γκόρτσος, *Στοιχεία Τραπεζικού ...*,ό.π., σελ. 514, Α. Γκούσκου, «Διεθνείς Συναλλαγές Χρηματοδότησης και εξασφαλίσεις», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...*,ό.π., σελ. 922-924

²⁵ Βλ. ακόμα σχετικές διατάξεις για τον αλληλόχρεο λογαριασμό: Εισαγωγικός Νόμος ΑΚ αρ. 112, αρ. 47 και 64-67 ν.δ. 17.07.1923, ΑΚ 874.

²⁶ Για πληρότητα παρατίθεται το λεκτικό ορισμένων χαρακτηριστικών μορφών ρητρών εφαρμοστέου δικαίου από τη διεθνή πρακτική: “*This Agreement and all rights and obligations arising thereunder shall be governed by...*”, “*This loan agreement shall be deemed to be a contract made under the laws of [eg. the State of New York] and for all purposes, shall be construed in accordance with the laws of [said State]*”, “*... shall be construed and determined in accordance with the laws of [eg. the State of New York]*” (D.Sommers/ A. Broches/G. Delaume, *Conflict Avoidance in International Loans and Monetary Agreements, Law and Contemporary Problems*, 21(3)/ 1956, σελ. 468-469)

²⁷ R. Auerback, *Governing Law Issues in International Financial Transactions, The International Lawyer*, 27(2)/ 1993, σελ. 303.

²⁸ D.Sommers/ A. Broches/G. Delaume, *Conflict Avoidance ...*,ό.π., σελ. 463-467 και 475, G. Delaume, *The Proper Law of Loans Concluded by International Persons: A Restatement and a Forecast, The American Journal of International Law*, 56(1)/1962, σελ. 65-66, Κ. Mettala, *Governing-Law Clauses of Loan Agreements in International Project Financing, The International Lawyer*, 20(1)/ 1986, σελ. 236.

κατά το εφαρμοστέο σε αυτό δίκαιο. Συνεπώς αυτό αποτελεί άλλο ένα επιχείρημα προς την κατεύθυνση της προσοχής που θα δώσει μία τράπεζα στην επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου²⁹.

Υπάρχουν βέβαια και περιπτώσεις που προτιμάται και επιλέγεται το δίκαιο της χώρας του δανειολήπτη. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι αυτό των επενδυτικών συμφωνιών του Διεθνούς Οργανισμού Χρηματοδότησης (“International Finance Corporation”, ‘IFC’), του οποίου η έδρα βρίσκεται στην Ουάσινγκτον. Αρχικά, ο IFC, πρόκρινε ως εφαρμοστέο στις πρότυπες συμβάσεις του το δίκαιο της Νέας Υόρκης ως αυτό που θα έπρεπε να διέπει τις επενδύσεις του σε ιδιωτικές ξένες επιχειρήσεις. Στη συνέχεια όμως αξιολόγησε ότι η εφαρμογή του δικαίου της Νέας Υόρκης δεν θα ήταν χρηστική, εκτός εάν συνοδευόταν από συγκεκριμένη υποβολή από τους διαδίκους της υπόθεσης στα δικαστήρια της Νέας Υόρκης, διότι, σε πολλές χώρες, τα δικαστήρια είτε δεν θα εφάρμοζαν το δίκαιο της Νέας Υόρκης είτε θα εφάρμοζαν το δίκαιο της Νέας Υόρκης μόνο στο βαθμό που ήταν σύμφωνο με το εκάστοτε εθνικό δίκαιο. Ένα άλλο παράδειγμα είναι αυτό της Ευρωπαϊκής Τράπεζας Επενδύσεων (ΕΤΕπ), της οποίας οι δανειακές συμβάσεις προβλέπουν γενικά την υποβολή τόσο στο δίκαιο όσο και στα δικαστήρια της χώρας του δανειολήπτη, μάλλον και στο πλαίσιο πρόθεσης να διευκολυνθεί η εκτέλεση μιας απόφασης κατά του δανειολήπτη όπως και η σχετική είσπραξη του ποσού του δανείου³⁰.

Συνολικά, έχει υποστηριχθεί από τη θεωρία ότι παράγοντες που συμβάλλουν στον καθορισμό και την επιλογή εφαρμοστέου δικαίου είναι οι ακόλουθοι: α) η εξοικείωση με συγκεκριμένο δίκαιο και η απλότητα και χρηστικότητά του. Αν τα δύο συμβαλλόμενα μέρη έχουν συνεχή συνεργασία τότε συνηθίζεται και η μεταξύ τους χρήση προτύπων, κάτι που εξοικονομεί χρόνο ενώ οδηγεί και σε προβλέψιμες λύσεις, με τα πιθανά προβληματικά στοιχεία να έχουν μετριαστεί από προηγούμενες διαπραγματεύσεις. Ένα βήμα παρακάτω αποτελεί η περίπτωση ένας συγκεκριμένος τύπος συμβάσεων, προερχόμενος από συγκεκριμένο οργανισμό και αναφερόμενος σε συγκεκριμένη πρακτική να έχει απολύτως τυποποιημένο περιεχόμενο, με επιμέρους ρυθμίσεις που διαπραγματεύονται τα μέρη να περιλαμβάνονται σε παραρτήματα (schedules), όπου και συχνά είναι συγκεκριμένο το δίκαιο που θα εφαρμοστεί λόγω της τυποποιημένης και εξειδικευμένης μορφής των εν λόγω συναλλαγών. Τέτοια είναι η περίπτωση του ISDA Master Agreement^{31 32}, ήτοι της Σύμβασης Αντιστάθμισης Επιτοκιακών Κινδύνων η οποία και συνάπτεται με σκοπό τον μετριασμό των κινδύνων που συνδέονται με διακυμάνσεις των επιτοκίων στο πλαίσιο λειτουργίας, π.χ. ομολογιακών δανείων. Στις περιπτώσεις αυτές το ISDA Master Agreement θα λέει ότι εφαρμοστέο είναι το δίκαιο που ορίζεται στο “Schedule”, όπου και κατά βάση θα ορίζεται ως εφαρμοστέο το αγγλικό δίκαιο με δυνατότητα να προβλεφθεί ότι συγκεκριμένοι όροι θα διέπονται από άλλο δίκαιο, β) η πρόθεση αποφυγής από την πλευρά του δανειστή διαδικασιών μελέτης ενός άγνωστου νομικού συστήματος, γ) λόγοι εμπορικοί καθώς και η προβλεψιμότητα και η βεβαιότητα δικαίου, δ) η επιδίωξη σύμπτωσης εφαρμοστέου δικαίου με το δίκαιο της χώρας όπου ενδέχεται να εκκινήσουν διαδικασίες αναγκαστικής εκτέλεσης, ε) η βούληση επιλογής ενός δικαίου το οποίο έχει υποστεί τριβή ετών αξιοποίησης στον συγκεκριμένο τομέα και παράλληλα

²⁹ K. Mettala, *Governing-Law Clauses of Loan ...*, ό.π., σελ. 220.

³⁰ G. Delaume, *The Proper Law of Loans ...* ό.π., σελ. 67, European Investment Bank, RELEVANT REQUESTS FOR CLARIFICATIONS EIB (JR – 1457), *eib.org*, < <https://www.eib.org/attachments/eoi/jr-1457-questions-answers-en.pdf> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024).

³¹ Το πρότυπο προέρχεται από την International Swaps and Derivatives Association, Inc.

³² Ph. Wood, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 2008, σελ. 507 και 517.

είναι εύπλαστο, προσδίδοντας στα μέρη ιδιαίτερη ευελιξία. Ως τέτοια συχνά λογίζονται τα δίκαια του αγγλοσαξονικού χώρου τα οποία είναι διαρκώς μεταβαλλόμενα λόγω των νομολογιακών εξελίξεων ακολουθώντας έτσι και ταυτόχρονα όλες τις εξελίξεις στον χώρο των χρηματοπιστωτικών συναλλαγών και της οικονομίας. Το μειονέκτημα εφαρμογής αγγλοσαξονικού δικαίου πηγάζει από το ίδιο αυτό στοιχείο που κάποιιοι χαρακτηρίζουν ως πλεονέκτημα του. Καθώς δεν προϋπάρχει κωδικοποίηση του δικαίου ο δικηγόρος που καλείται να συντάξει το δάνειο μπαίνει σε μία διαδικασία και προσπάθεια εντοπισμού κάθε παραμικρού και άγνωστου κινδύνου που θα πρέπει να προβλέψει και να τον διαχειριστεί με τους σωστούς συμβατικούς όρους προς το συμφέρον του πελάτη του³³, στ) νομοθετική σταθερότητα, με την έννοια της αποφυγής νομικών συστημάτων -και δη του δανειολήπτη- όπου είναι πολύ συχνές οι νομοθετικές μεταβολές. Κρίσιμα στοιχεία της τελευταίας παραμέτρου είναι, πέρα από τις αλληπάλληλες νομοθετικές μεταβολές, το κατά πόσο μία νομοθεσία επιβάλλει επιπλέον υποχρεώσεις και δεσμεύσεις στα μέρη σε συμβάσεις με στοιχεία αλλοδαπότητας, η μείωση του επιτοκίου, η απαίτηση αποπληρωμής σε τοπικό νόμισμα σε τοπικό θεματοφύλακα, οι συναλλαγματικοί έλεγχοι. Αναφορικά δε με τις νομοθετικές μεταβολές γίνεται δεκτό ότι δεν είναι δυνατή η με ρήτρα των μερών³⁴ πρόβλεψη ότι εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο μία χώρας όπως είναι διαμορφωμένο κατά το χρονικό σημείο της σύναψης της σύμβασης, ήτοι χωρίς να λαμβάνονται υπόψη νομοθετικές μεταβολές που θα ακολουθήσουν. Εφαρμοστέο θα παραμένει το επιλεγέν δίκαιο αλλά κάθε φορά με την εξέλιξη που λαμβάνει στον χρόνο³⁵. Τέτοιες ρήτρες, “freezing clauses” όπως συνολικά ονομάζονται, το πιθανότερο είναι να μην γίνουν δεκτές από τα δικαστήρια ενώ δείχνουν και μία συνολική δυσπιστία προς την έννομη τάξη το δίκαιο της οποίας προσδιορίζεται ως εφαρμοστέο. Παρά ταύτα μπορεί να προβλεφθεί με όρο στη σύμβαση ότι μία νομοθετική μεταβολή που καθιστά άκυρους συγκεκριμένους όρους της σύμβασης θα αποτελεί γεγονός καταγγελίας της σύμβασης, ανεξάρτητα αν μεσολαβούσης της νομοθετικής αλλαγής δεν υπάρχει πλέον δυνατότητα διεκδίκησης αποζημίωσης και ζ) έτσι ένας ακόμα παράγοντας, μάλιστα, άμεσα συναρτώμενος με τον ακριβώς προηγούμενο, είναι η επιλογή ενός δικαίου που θα επιτελέσει έναν «μονωτικό»³⁶ θα μπορούσαμε να χαρακτηρίσουμε ρόλο. Αυτό θα συμβεί όταν π.χ. επιλέγεται ένα δίκαιο διάφορο από αυτό της χώρας του οφειλέτη ώστε να διασφαλίσει ο δανειστής την αποφυγή κατά το δυνατόν απρόβλεπτων νομοθετικών μεταβολών που μπορεί να έχουν δυσμενή επιρροή στην δανειακή σύμβαση. Χαρακτηριστικό είναι ένα παράδειγμα από την ελληνική πραγματικότητα αν και αρκετά παρελθοντικό. Στην υπόθεση *Metliss v. National Bank of Greece and Athens S.A.* [1957] μεταξύ των ζητημάτων που συζητήθηκαν ήταν και ο προβληματισμός μείωσης του επιτοκίου μέσω ενός ελληνικού προεδρικού διατάγματος όταν στο μεταξύ εφαρμοστέο ήταν το αγγλικό δίκαιο. Τα αγγλικά δικαστήρια έκριναν ότι δεν τυγχάνουν

³³ Βλ. και R. Auerback, *Governing Law ...*, ό.π., σελ. 306 όπου χαρακτηριστικά αναφέρεται: “*The result is that documents sometimes appear, in the words of one recent commentator, to “degenerate into an elaborate enumeration of worst case scenarios”*”

³⁴ Πρόκειται για την λεγόμενη “petrification clause”.

³⁵ Βλ. Χαρακτηριστικά και την ακόλουθη παρατήρηση: “*The parties are subjected to the limits imposed by the current version of the lex causae, since the reference to the lex causae is a dynamic one*” (U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law/Rome I Regulation – Commentary*, Schmidt, Otto, 2016, σελ. 129-130). Να σημειωθεί εδώ ότι διαφορετικό είναι το ζήτημα που τα μέρη επιλέγουν να ενσωματώσουν στη σύμβασή τους, με τη μορφή συμβατικών όρων, κανόνες όπως οι ομοιόμορφοι κανόνες του ΔΕΕ, που αποτελούν προϊόν ιδιωτικών κωδικοποιήσεων. Εκεί είναι δυνατή η παραπομπή σε συγκεκριμένο “version” των κανόνων αυτών.

³⁶ Στα αγγλικά χρησιμοποιείται ο όρος “insulation”.

εφαρμογής οι διατάξεις του ελληνικού δικαίου, έτσι το αγγλικό δίκαιο λειτούργησε «μονωτικά» έναντι της αλλαγής αυτής στο πλαίσιο του ελληνικού δικαίου^{37 38}.

Στο σημείο αυτό χρήζει μία παρενθετική ανάλυση αναφορικά με την έννοια της προβλεψιμότητας. Η θεωρία φαίνεται να προβαίνει σε μία αρχική διάκριση ως προς το πώς και πότε εξασφαλίζεται η προβλεψιμότητα και η βεβαιότητα δικαίου διακρίνοντας ανά νομικό σύστημα. Έτσι λέγεται ότι στα δίκαια του αγγλοσαξονικού χώρου αυτή διασφαλίζεται με τα νομικά προηγούμενα (“judicial precedent”) και τη λογική ότι δικαστήρια κατώτερου βαθμού οφείλουν να ακολουθούν τις αποφάσεις ανώτερων δικαστηρίων ενώ το εκάστοτε Ανώτερο Δικαστήριο μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις ανατρέπει προηγούμενη απόφαση του. Στα δίκαια του λεγόμενου ηπειρωτικού χώρου -με επίκεντρο μελέτης το γαλλικό και το γερμανικό δίκαιο- η βεβαιότητα δικαίου διασφαλίζεται δια των κωδικοποιήσεων. Βέβαια εδώ με την επιφύλαξη της αποφυγής συχνών νομοθετικών μεταρρυθμίσεων. Μία πιο σύγχρονη προσέγγιση του ζητήματος εξετάζει την επίτευξη προβλεψιμότητας και βεβαιότητας δικαίου υπό ένα άλλο πρίσμα, αυτό της λειτουργίας της καλής πίστης στα διάφορα στάδια κατάρτισης της σύμβασης, και ιδίως κατά τη λειτουργία της όπως και την επιρροή που αυτή έχει στις ρήτρες καταγγελίας (“termination clauses”) και στην τυχόν υποχρεωτική δημοσιοποίηση στοιχείων σε προσυμβατικό στάδιο (“compulsory pre-contract disclosure”)³⁹. Έτσι, ειδικά και χαρακτηριστικά στην πρώτη περίπτωση των ρητρών καταγγελίας η πράξη έχει δείξει πως ενώ τα γαλλικά δικαστήρια συχνά -ως πιο παρεμβατικά στη συμβατική σχέση κατά τον χαρακτηρισμό άγγλων θεωρητικών- πιο εύκολα θα ανατρέψουν την ισχύ μίας ρήτρας καταγγελίας με το πρόσχημα παραβίασης των αρχών της καλής πίστης και συνεπώς το γαλλικό δίκαιο εδώ παρέχει χαμηλότερα εγγύα προβλεψιμότητας, την ώρα που ένας άγγλος δικαστής δεν θα ακολουθούσε εύκολα αυτή την οδό, αλλά θα προτιμούσε την, με μεγαλύτερη αυστηρότητα, υλοποίηση των συμβατικών όρων των μερών⁴⁰.

Να τονιστεί στο σημείο αυτό ότι στο πλαίσιο μίας διεθνούς συναλλαγής χρηματοδότησης κύριας σημασίας είναι οι νομικές γνωμοδοτήσεις (“legal opinions”), τόσο αυτές που δίδονται από δικηγόρους της χώρας το δίκαιο της οποίας εφαρμόζεται επί του δανείου και των εξασφαλιστικών εγγράφων όσο και πρωτίστως εκείνες που παρέχονται από δικηγόρους αλλοδαπών εννόμων

³⁷ Ph. Wood, *Law and Practice of ...*, ό.π., σελ. 510-511, M.Mann/L. Hoffmann, England, *The International and Comparative Law Quarterly*, 6(3)/1957, σελ. 548-549.

³⁸ Ph. Wood, *International Loans...*, ό.π., σελ. 62-63, Mettala, *Governing-Law Clauses of Loan ...* ό.π., σελ. 235, R. Auerback, *Governing Law ...*, ό.π., σελ. 306-307, Ph. Wood, *Law and Practice of...*, ό.π., σελ. 506-507.

³⁹ Ph. Wood, *Governing Law Risks in International Business Transactions*, Oxford University Press, 2022, σελ. 74-96.

⁴⁰ Βλ. και Ph. Wood, *Governing Law Risks ...*, ό.π., σελ. 78 όπου αναφέρει το παράδειγμα αυτό: «*The English courts do not intervene to overrule the express terms of contracts between business parties on the grounds of an imposed view of fairness. In principle, the English courts do not believe that it is just that they should overrule and ignore what responsible parties have agreed, whereas the courts of France are interventionist and are prepared to remodel contracts if the court thinks the outcome would otherwise be unfair.*». Σε άλλο έργο ο ίδιος συγγραφέας, μεταφέροντας πάλι την ‘αγγλοσαξονική οπτική’ αναφέρει: “*The English courts enforce the bargain of the parties strictly and, if the parties have agreed that a loan is accelerable on non-payment in full on the due date, it is accelerable even if payment is only a day late or 100 \$ short. It is up to the parties to negotiate their own grace periods if they want. This is not true in all jurisdictions. Courts in some countries apply concepts of good faith or reasonableness*” (Ph. Wood, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 2008, σελ. 508).

τάξεων που εμπλέκονται στη συναλλαγή ως προς την εγκυρότητα και εκτελεστότητα (“validity and enforceability”) των όρων του δανείου και των εξασφαλιστικών εγγράφων της συναλλαγής⁴¹.

Μία ακόμα επισήμανση είναι σημαντική σε αυτό το σημείο και με δεδομένο ότι ως επί το πλείστον σε συμβάσεις διεθνούς χρηματοδότησης τα μέρη επιλέγουν με ρητή ρήτρα στη σύμβασή τους το εφαρμοστέο δίκαιο. Όπως υποστηρίζεται, στην αγγλοσαξωνική ιδίως θεωρία, είναι πολύ σημαντικό, τα νομικά συστήματα που χρησιμοποιούνται ευρέως ως εφαρμοστέο δίκαιο σε διεθνείς επιχειρηματικές συμβάσεις να υπερβαίνουν εγχώριες αγκυλώσεις και σε ένα βαθμό να αποβλέπουν στην εξυπηρέτηση του συμφέροντος των συναλλασσομένων. Και τούτο εκ του γεγονότος ότι όταν ένα νομικό σύστημα χρησιμοποιείται διεθνώς, όπως γίνεται λ.χ. με το αγγλικό δίκαιο, δεν υπάρχει χώρος για εθνικές ιδιαιτερότητες⁴². Έτσι όταν κατά βάση το δίκαιο ενός κράτους χρησιμοποιείται κατά τρόπο γενικό σε ενός συγκεκριμένου τύπου εμπορικές συναλλαγές, τότε και ο εκάστοτε νομοθέτης, τα δικαστήρια, οι δικαστές δεν μπορούν να μην λάβουν υπόψη τους αυτόν το διεθνή χαρακτήρα που έχει αποκτήσει το συγκεκριμένο δίκαιο και προσπαθούν να το καταστήσουν πιο χρηστικό για τον συγκεκριμένο συναλλακτικό κύκλο⁴³. Στο πλαίσιο αυτό είναι καθοριστική η συμβολή, σε παγκόσμια κλίμακα, εξειδικευμένων και ανεξάρτητων φορέων για τον ‘έλεγχο’-‘επίβλεψη’ νομικών συστημάτων με ευρεία χρήση και αποδοχή στις διεθνείς συναλλαγές. Τέτοιες είναι οι περιπτώσεις του “American Law Institute”, του “European Law Institute”, της “Law Commission” στην Αγγλία και ακόμα της Επιτροπής Δικαίου των Χρηματοπιστωτικών Αγορών (“Financial Markets Law Committee”)⁴⁴.

(ii) Η εφαρμογή του Κανονισμού Ρώμη I

Με *forum* -όπως αναφέρθηκε και στην εισαγωγή- την Ελλάδα, όταν στις ανωτέρω παραδοσιακές μορφές χρηματοδότησης υπάρχει το διασυνοριακό στοιχείο, η συμβατική φύση τους υπαγορεύει την εφαρμογή κατ’ αρχήν σε αυτές του Κανονισμού Ρώμη I σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές. Το άρθρο 25 ΑΚ αντικαταστάθηκε ως προς το μεγαλύτερο μέρος του πεδίου εφαρμογής του αρχικά από τη σύμβαση της Ρώμης του 1980 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές, η οποία με τη σειρά της αντικαταστάθηκε από τον Κανονισμό 593/2008 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 17ης Ιουνίου 2008 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές (Κανονισμός Ρώμη I). Η Σύμβαση της Ρώμης εφαρμόζεται στις ενοχές από συμβάσεις που συνήφθησαν από την 1 η Απριλίου 1991 και μέχρι την 16η Δεκεμβρίου 2009, ενώ ο Κανονισμός Ρώμη I στις ενοχές από συμβάσεις που συνάπτονται από 17 Δεκεμβρίου 2009 και στο εξής. Έτσι η ΑΚ 25 εφαρμόζεται μόνο στις συμβατικές ενοχές από συμβάσεις που συνήφθησαν πριν τη 1 Απριλίου 1991 και στις λίγες περιπτώσεις συμβατικών ενοχών που

⁴¹ Βλ. και R. Auerback, *Governing Law ...*, ό.π., σελ. 314 όπου αναφέρει « *A financial transaction is as strong as its weakest link. From a legal view the weakest link is the legal opinion given by lawyers from jurisdictions other than that of the governing law as to the validity and enforceability provisions of the loan and security documentation in those jurisdictions*».

⁴² Βλ. και Ph. Wood, *Governing Law Risks ...*, ό.π., σελ. 294 όπου αναφέρει χαρακτηριστικά: « *Where a legal system is used internationally, there is no room for narrow provincialism, nor some selfish interest or self-regarding insularity, nor is there room for xenophobia*».

⁴³ Ο Philip Wood χαρακτηριστικά αναφέρει “*once a legal systems view itself as international and as being used in major commercial and financial transactions, then the courts, judges and legislators tend to see it as their job to ensure that the legal system meets the requirements of its users. They become aware of their international responsibilities and the confidence and trust reposed in their stability and common sense by international financial community*” (Ph. Wood, *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 2008, σελ. 506).

⁴⁴ Ph. Wood, *Governing Law Risks ...*, ό.π., σελ. 294-298.

εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της Σύμβασης της Ρώμης ή του Κανονισμού Ρώμη I και δεν εμπίπτουν σε άλλο κανόνα σύγκρουσης. Σύμφωνα με το αρ. 1 παρ. 1 εδ. α' ο Κανονισμός διέπει τις συμβατικές ενοχές αστικού και εμπορικού δικαίου σε πεδίο της σύγκρουσης νόμων, ενώ παρατίθενται οι εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής του στο αρ. 1 παρ. 1 εδ. β' και παρ. 2.

Σύμφωνα με το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης με τον όρο «συμβατική ενοχή» νοείται κατά την αυτόνομη ερμηνεία κάθε έννομη υποχρέωση την οποία ένα πρόσωπο ανέλαβε ελεύθερα έναντι άλλου προσώπου⁴⁵. Από άποψη τοπικού πεδίου εφαρμογής ο Κανονισμός Ρώμη I εφαρμόζεται σε όλα τα κράτη μέλη πλην της Δανίας. Επίσης ο Κανονισμός Ρώμη I έχει οικουμενικό χαρακτήρα, δηλαδή εφαρμόζεται ανεξάρτητα από το αν η σύμβαση συνδέεται με ένα ή περισσότερα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ανεξάρτητα από το αν το δίκαιο που προσδιορίζεται ως εφαρμοστέο είναι το δίκαιο κράτους μέλους ή όχι. Η εναρμόνιση των κανόνων ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, ανεξάρτητα αν πρόκειται για ενδοενωσιακές ή εξωενωσιακές διαφορές, κατά τρόπο που να καθορίζονται ομοιόμορφοι κανόνες δικαίου οικουμενικής φύσης, κρίθηκε ότι συνιστούσε μέτρο αναγκαίο για την ομαλή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς⁴⁶.

(iii) Το εφαρμοστέο δίκαιο επί του τύπου

Καθώς η πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη είναι να διασώσει στο βαθμό που αυτό είναι εφικτό το τυπικό κύρος μίας σύμβασης (*favor validitatis*)⁴⁷ ο Κανονισμός Ρώμη I στο άρθρο 11 υιοθετεί ένα διαζευκτικό σύστημα που εκφράζει μία ουσιαστική αξιολόγηση. Έτσι σύμφωνα με το αρ. 11 παρ. 1 η σύμβαση μεταξύ προσώπων που τα ίδια ή οι αντιπρόσωποι τους βρίσκονται στην ίδια χώρα κατά τη σύναψη της σύμβασης είναι έγκυρη ως προς τον τύπο, εφόσον πληροί τις τυπικές προϋποθέσεις είτε του δικαίου που διέπει την ουσία της (*lex contractus*) είτε του δικαίου της χώρας στην οποία συνάπτεται (*lex loci actus*). Το αρ. 11 παρ. 2 ορίζει ότι όταν τα συμβαλλόμενα πρόσωπα ή οι αντιπρόσωποί τους βρίσκονται σε διαφορετικές χώρες, τότε η σύμβαση ως προς το τυπικό κύρος της θα διέπεται διαζευκτικά είτε από την *lex contractus* είτε από τη *lex loci actus* του ενός ή του άλλου μέρους είτε, από το δίκαιο της συνήθους διαμονής ενός των συμβαλλομένων μερών. Αν συντρέχει περίπτωση διαμελισμού (*dépeçage*) το δίκαιο που θα διέπει την τυπική εγκυρότητα του συνόλου της σύμβασης θα είναι κατά μία άποψη αυτό με το οποίο συνδέεται στενότερα η αμφισβητούμενη τυπική προϋπόθεση κατ'εφαρμογή της αρχής της εγγύτητας ή κατ'άλλη άποψη οποιοδήποτε από τα δίκαια που ισχύουν σε τμήματα της σύμβασης προς υλοποίηση της αρχής της εύνοιας⁴⁸.

⁴⁵ C-359/14, *ERGO Insurance v. If P&C Insurance AS*, EU:C:2016:40 και C-475/14, *Gjesidige Baltic AAS v. PZU lietuva UAB DK* (Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις: C-359/14 και C-475/14).

⁴⁶ Α. Μεταλληνός σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα*, Τόμος I, Π.Ν. Σάκκουλας, 2023, αρ. 25, σελ. 5, Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 627-632, Α. Αιμιλιανίδης, *Το νέο Ευρωπαϊκό Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των συμβάσεων*, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2009, σελ. 36-38.

⁴⁷ Βλ. Μ. Giuliano/P. Lagarde, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, EUR-Lex, (OJ C 282, 31.10.1980), σελ. 30. Η έκθεση αυτή για την Σύμβαση της Ρώμης χρησιμοποιείται για ερμηνευτικές διευκολύνσεις και στο πλαίσιο του Κανονισμού Ρώμη I.

⁴⁸ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 633-634, Α. Αιμιλιανίδης, *Το νέο Ευρωπαϊκό...*, ό.π., σελ. 280.

(iv) Το εφαρμοστέο δίκαιο επί του ουσιαστικού περιεχομένου της σύμβασης -η επιλογή δικαίου

Είναι γεγονός πως η αυτονομία των συμβαλλομένων αποτελεί ακρογωνιαίο λίθο στον χώρο των διεθνών συμβατικών ενοχών⁴⁹. Ήδη αποτελούσε κοινό κεκτημένο στα εθνικά δίκαια των κρατών μελών της Ε.Ε. και αναγνωρίζεται και εμφατικά με το αρ. 3 στον Κανονισμού Ρώμη I σε συνέχεια της αναγνώρισής της ήδη από τη Σύμβαση της Ρώμης. Σε επίπεδο ευρωπαϊκού δικαίου η αυτονομία των συμβαλλομένων θεωρείται βασικό δικαίωμα, αναγκαίο για την ορθή λειτουργία της ενιαίας αγοράς⁵⁰. Έτσι και στο πλαίσιο της διεθνούς χρηματοδότησης μία κύρια έκφραση της ελευθερίας της βούλησης των συμβαλλομένων είναι η επιλογή δικαίου που θα διέπει τη σχέση τους. Η επιλογή δικαίου μπορεί να είναι ρητή, άρα προκύπτει άμεσα από τις δηλώσεις των μερών ή σιωπηρή, όταν προκύπτει έμμεσα, με βεβαιότητα όμως από άλλα στοιχεία της σύμβασης, όπως αν τα μέρη με τις προτάσεις τους έχουν χρησιμοποιήσει νομικές βάσεις συγκεκριμένου δικαίου. Ωστόσο η επιλογή δεν μπορεί να είναι υποθετική και σίγουρα δεν μπορεί ο δικαστής να κατασκευάσει τη βούληση των μερών⁵¹. Στις συμβάσεις χρηματοδότησης, και δη τις δανειακές συμβάσεις, το πιο σύνηθες είναι να υπάρχει ρήτρα εφαρμοστέου δικαίου. Με αυτό τα μέρη επιδιώκουν να εξασφαλίσουν προβλεψιμότητα και ασφάλεια δικαίου στη σχέση τους έχοντας επιλέξει ένα δίκαιο και έχοντας αποκλείσει άλλα. Στόχος τους είναι να υπάρχει βεβαιότητα ως προς το ποιο είναι το νομικό καθεστώς που διέπει τη σχέση τους και κυρίως ως προς το ποιο είναι το καθεστώς που θα τη διέπει σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής⁵².

Η ελευθερία των μερών είναι απόλυτη, μπορούν να επιλέξουν δηλαδή οποιοδήποτε αλλοδαπό δίκαιο, με τον περιορισμό που αφορά στην καταστρατηγική διεθνοποίηση δια του εφαρμοστέου δικαίου μίας κατά τα άλλα εσωτερικού δικαίου σχέσης. Τότε, κατά το αρ. 3 παρ. 3, θα τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις αναγκαστικού δικαίου του κράτους στο οποίο εντοπίζονται όλα τα δεδομένα της σύμβασης. Η έννοια των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου είναι αυτή της ΑΚ 3, δηλαδή οι διατάξεις αυτές στις οποίες δεν χωρεί απόκλιση με συμφωνία των μερών⁵³. Κατά τα λοιπά, μπορεί για παράδειγμα μία γερμανική τράπεζα να χορηγήσει δάνειο σε γαλλική επιχείρηση σε αμερικανικά δολάρια και να συμφωνήσουν ότι θα διέπεται από το αγγλικό δίκαιο, χωρίς να έχει καμία σημασία ότι ούτε η γερμανική τράπεζα ούτε η γαλλική εταιρία έχουν δραστηριότητα στην Αγγλία, χωρίς να ενδιαφέρει το είδος του νομίσματος, ούτε ότι η καταβολή σε δολάρια θα γίνεται στη Νέα Υόρκη⁵⁴.

⁴⁹ Βλ. αιτ. σκ. 11 του Προοιμίου του Κανονισμού Ρώμη I.

⁵⁰ C-339/89, *Alsthom Atlantique S.A. v. Compagnie de Construction Mecanique S.A.*, EU:C:1990:4.

⁵¹ Το αγγλικό κείμενο είναι δηλωτικό της παρατήρησης ότι η επιλογή των μερών πρέπει να προκύπτει με τρόπο ξεκάθαρο: «*The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case*».

⁵² Δ. Σταματιάδης, *Η αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης στο πεδίο των διεθνών συμβατικών ενοχών. Έκταση εφαρμογής της και περιορισμοί*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σελ. 2-4 και 164-172, P. Mayer/V. Heuzé/B. Remy, *Droit International Privé*, LGDJ, 2019, σελ. 523-524, F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, sellier. european law publishers, 2009, σελ. 1, Α. Γραμματικάκη-Αλεξίου σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας, κατ' άρθρο ερμηνεία*, Ια Γενικές Αρχές, Π.Ν. Σάκκουλας, 2016, Ερμηνεία κατ' ιδίαν διατάξεων του Κανονισμού 593/2008 και της Σύμβασης της Ρώμης 1980, M. Giuliano/P. Lagarde, Report on the Convention..., ό.π., σελ. 15-16.

⁵³ Για λόγους πληρότητας ακόμα σημειώνεται ότι κατά το αρ. 3 παρ. 4 αν όλα τα δεδομένα μίας σύμβασης εντοπίζονται σε κράτος μέλος και τα μέρη επέλεξαν ως εφαρμοστέο δίκαιο ένα δίκαιο τρίτου κράτους, τότε εφαρμόζονται υποχρεωτικά οι ενωσιακοί κανόνες αναγκαστικού δικαίου (με την έννοια της ΑΚ 3).

⁵⁴ Ph. Wood, *Governing Law Risks...*, ό.π., σελ. 58-59.

Συνοπτικά και για λόγους πληρότητας, σημειώνεται, ότι άλλα όρια στην αυτονομία των μερών θέτουν ο έλεγχος από τη σκοπιά της δημόσιας τάξης του *forum* κατά το αρ. 16 καθώς και τυχόν εφαρμογή κανόνων αμέσου εφαρμογής του *forum* ή υπό όρους και τρίτου κράτους κατά το αρ. 9 παρ. 2 και 3 του Κανονισμού Ρώμη I⁵⁵.

Η ακολουθη ανάλυση είναι σημαντική στο σημείο αυτό, σχετικά με τις ευρέως χρησιμοποιούμενες στην πράξη, στο πλαίσιο χρηματοδοτήσεων και δη δανεισμού, Συμβάσεις Αντιστάθμισης Επιτοκιακών Κινδύνων (ISDA Master Agreements) και τον προβληματισμό που ανέκυψε σε σχέση με το αρ. 3 παρ. 3 του Κανονισμού Ρώμη I. Η περίπτωση των ISDA Master Agreements ανέδειξε τον ισχυρό ρόλο που μπορεί να αποκτήσει η επιλογή ενός συγκεκριμένου δικαίου, εν προκειμένου του αγγλικού, σε συγκεκριμένο είδος συμβάσεων που έχουν ευρεία χρήση αλλά σε τυποποιημένη μορφή στις συναλλαγές, καθώς το περιεχόμενό τους είναι κοινά αποδεκτό και σύμφωνο με τις δικαϊκές τάσεις στον εκάστοτε κλάδο. Στο πλαίσιο αυτό ανέκυψε ο προβληματισμός αν ενεργοποιείται το αρ. 3 παρ. 3 στην περίπτωση του ISDA Master Agreement που ορίζει ότι διέπεται από αγγλικό δίκαιο -και αυτό συμβαίνει κατά την πρότυπη σύμβαση- ενώ όλα τα άλλα σχετικά με την περίπτωση δεδομένα εντοπίζονται σε άλλη χώρα. Έτσι στην υπόθεση *Dexia Crediop SPA v Provincia Di Pesaro E Urbino* [2022] EWHC 2410 (Comm) μία ιταλική τράπεζα και μία ιταλική δημοτική αρχή στο πλαίσιο ενός ISDA Master Agreement και του επακόλουθου Schedule είχαν ορίσει ως εφαρμοστέο το αγγλικό δίκαιο όπως και συνηθίζεται για αυτού του τύπου τις συμβάσεις. Σε σχετικό δικαστικό αγώνα που εκκίνησε, το High Court έκρινε ότι οι ιταλικοί κανόνες αναγκαστικού δικαίου κατά την έννοια του αρ. 3 παρ. 3 του Κανονισμού Ρώμη I δεν μπορούν να καταστήσουν άκυρη την συμφωνία ανταλλαγής επιτοκίων. Στην απόφασή του, το δικαστήριο τόνισε ότι οι συμφωνίες ανταλλαγής επιτοκίων που συνάπτονται κατά το πρότυπο έντυπο ISDA, όταν σχετίζονται με αλληπάληλλες συναλλαγές αντιστάθμισης κινδύνου, αποτελούν μέρος μιας αγοράς που είναι εγγενώς διεθνής. Η χρήση του πρότυπου εντύπου ISDA που χρησιμοποιείται σχεδόν απαραίλακτο σε διασυνοριακό επίπεδο αποτελεί ένδειξη ύπαρξης διασυνοριακού στοιχείου⁵⁶. Έτσι η εν λόγω απόφαση έδειξε ότι για τέτοιες περιπτώσεις, όπου δεν μπορεί να γίνει λόγος για καταστρατηγική διεθνοποίηση καθώς ήδη υπάρχουν διασυνοριακά στοιχεία, το αρ. 3 παρ. 3 δεν τυγχάνει εφαρμογής. Περιορίζεται έτσι ακόμα περισσότερο η εμβέλειά του. Προς την κατεύθυνση ύπαρξης διασυνοριακών στοιχείων συνηγορεί και η επιλογή

⁵⁵ P. Borchers, *Categorical Exemptions in Party Autonomy in Private International Law*, SSRN, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280916> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης 25.08.2024), σελ. 7-8. Βλ. επίσης επ' αυτού V. Marquette, *Le Règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux contrats internationaux*, *Revue de droit commercial* 6/ 2009, σελ. 526. Παρόλο που το άρθρο 9 παρ. 1 του Κανονισμού Ρώμη I αναφέρεται σε υπερισχύουσες διατάξεις αναγκαστικού δικαίου ως «κανόνες η τήρηση των οποίων κρίνεται πρωταρχικής σημασίας από μία χώρα για τη διασφάλιση των συμφερόντων της», προσδίδοντας, επομένως, μία λειτουργική προσέγγιση σε αυτούς, τούτοι δεν εξαιρούνται του ελέγχου του ΔΕΕ ως προς το σεβασμό της κοινοτικής έννομης τάξης, ώστε να μην επιφέρει αδικαιολόγητη παρεμπόδιση στην ελευθερία της κυκλοφορίας, βλ. A. Nuyts, *Les lois de police ...ο.π.*, σελ. 558-559.

⁵⁶ Βλ. και Ph. Wood, *Governing Law Risks...*, ό.π., σελ. 121-122 ο οποίος αναφέρει σχετικά με την αντίστοιχη υπόθεση *Dexia Crediop S.P.A. v. Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428 : “*The effect is that the use of the ISDA cross-border form for a swap will almost invariably mean that the swap is not within article 3(3) and will almost always be an internationally mobile transaction*” και συνεχίζει με τη διαπίστωση ότι: “*The Court of Appeal expressly recognised that the ISDA master agreement is used precisely because it is not intended to be associated exclusively with any country and forms part of an international swaps market*”.

από τα μέρη του “Multi-Cross Border” πρότυπου εντύπου του ISDA Master Agreement αντί του “Local Currency-Single Jurisdiction” εντύπου⁵⁷.

Περαιτέρω, στο σημείο αυτό σημαντική είναι η ακόλουθη διευκρίνιση. Ως εφαρμοστέο δίκαιο υπό τον Κανονισμό Ρώμη I μπορεί να είναι μόνο κρατικό δίκαιο, δηλαδή τα μέρη δεν μπορούν να επιλέξουν μη κρατικό δίκαιο. Η αιτ. σκ. 13 του Προοιμίου αναγνωρίζει τη δυνατότητα στα μέρη να επιλέξουν να ενσωματώσουν στη σύμβασή τους μη κρατικούς κανόνες δικαίου, όπως οι αρχές UNIDROIT, όμως μία τέτοια ενσωμάτωση δεν συνιστά επιλογή δικαίου, αναλύεται δε σε συμβατική ενσωμάτωση των ανεθνικών κανόνων και οδηγεί στη νομική υποτέλειά τους στο εφαρμοστέο δίκαιο, το οποίο θα θέσει τα όρια εφαρμογής τους και τον τρόπο ερμηνείας τους⁵⁸. Να σημειωθεί ωστόσο ότι στην Πράσινη Βίβλο κατά το στάδιο προετοιμασίας του Κανονισμού τέθηκε το ζήτημα αυτό στο 8^ο ερώτημα, με τη διαπίστωση ότι δεν φαίνεται ούτε η Σύμβαση της Ρώμης να υιοθετούσε τη δυνατότητα επιλογής μη κρατικών κανόνων, παρά την όλο και μεγαλύτερη τάση σε επίπεδο διεθνών συναλλαγών τα μέρη να παραπέμπουν σε διεθνή εμπορικά ήθη και πρακτικές⁵⁹ 60. Συναφές είναι το ζήτημα των paramount clauses. Με αυτές τις ρήτρες ενσωματώνονται στη σύμβαση των μερών διατάξεις διεθνών συμβάσεων οι οποίες όμως δεν είναι σε εφαρμογή, π.χ. επειδή δεν έχουν κυρωθεί, όπως η Σύμβαση της Χάγης για το εμπίστευμα. Και αυτή η περίπτωση θα θεωρηθεί ως ενσωμάτωση με ισχύ συμβατικών όρων⁶¹.

Ακόμα, σύμφωνα με το αρ. 3 παρ. 1 εδ. γ' τα μέρη μπορούν να επιλέξουν το εφαρμοστέο δίκαιο στο σύνολο ή σε μέρος της σύμβασης. Πρόκειται για τη λεγόμενη δυνατότητα διαμελισμού⁶² της

⁵⁷ J. Hein, What is an international contract within the meaning of Article 3(3) Rome I? – Dexia Crediop SpA v Provincia di Pesaro e Urbino [2022] EWHC 2410 (Comm), *conflictoflaws.net* < <https://conflictoflaws.net/2022/what-is-an-international-contract-within-the-meaning-of-article-33-rome-i-dexia-crediop-spa-v-provincia-di-pesaro-e-urbino-2022-ewhc-2410-comm/> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 28.09.2024), HERBERT SMITH FREEHILLS, High Court confirms interest rate swaps entered into with Italian municipal authority were valid, lawful and binding on the parties, *herbertsmithfreehills.com* < <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/bankinglitigation/2022-11/high-court-confirms-interest-rate-swaps-entered-into-with-italian-municipal-authority-were-valid-lawful-and-binding-on-the-parties>> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 28.09.2024).

⁵⁸ X. Παμπούκης, Η lex mercatoria..., ό.π., σελ. 216-217. V. Marquette, Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable ... ο.π., σελ.525. Βλ. και αιτ. σκ. 13 Κανονισμού Ρώμη I όπως και P. Lagarde/A. Tenenbaum, De la convention de Rome au règlement Rome I, *Revue critique de droit international privé*, 2008, σελ. 727, παρ. 9.

⁵⁹ European Commission, Green paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, *Publications Office of the European Union*, < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d60386fe-69d4-4846-bf01-b1d23b20e134> >, (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024), σελ. 24-25.

⁶⁰ Άξιο μνείας είναι ακόμα ότι στην αρχική πρόταση του Κανονισμού Ρώμη I, το αρ. 3 παρ. 2, αρκετά επαναστατικό, προέβλεπε τη δυνατότητα επιλογής από τα μέρη των γενικών αρχών και των κανόνων του ουσιαστικού δικαίου που αναγνωρίζονται διεθνώς ή μέσα στην Κοινότητα. Τέτοιες θεωρήθηκαν Αρχές του Ευρωπαϊκού Δικαίου των Συμβάσεων, τις Αρχές της UNIDROIT για τις Διεθνείς Εμπορικές Συμβάσεις και το Σχέδιο Κοινού Πλαισίου Αναφοράς για έναν Ευρωπαϊκό Αστικό Κώδικα. Η πρόταση αυτή δεν υιοθετήθηκε, μεταξύ άλλων γιατί ήταν ασαφείς οι όροι «αναγνωρίζονται» και «διεθνώς». Βλ. και κριτική στην αρχική αυτή επιλογή σε P. Lagarde, Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) *Revue critique de droit international privé*, 2006, σελ. 331, παρ. 8: « *Si désormais ces règles non étatiques pouvaient être choisies « comme loi applicable » , il faudrait les détacher de l’emprise de la loi applicable, mise hors jeu par ce choix de droit international privé, et n’en limiter l’application que dans le cas de contrariété manifeste à l’ordre public international de la loi du for* ».

⁶¹ X. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 637.

⁶² Όρος που προτάθηκε από τον Φ. Φρατζεσκάκη.

σύμβασης (“dépêchage”), που αναγάγει την προέλευσή της στο αγγλικό δίκαιο^{63 64}. Μία από τις βασικές καινοτομίες που εισήγαγε ήδη η Σύμβαση της Ρώμης, το *dépêchage* αποτελεί μία επιπλέον εκδήλωση της αρχής της συμβατικής ελευθερίας και της αυτονομίας της βούλησης των μερών.⁶⁵ Είναι όμως σημαντικό τα διαφορετικά δίκαια που επιλέγουν τα μέρη να μην βρίσκονται μεταξύ τους σε απόλυτη λογική ανακολουθία, γιατί τότε το δικαστήριο, καθώς δεν θα καθίσταται σε θέση να αμβλύνει ερμηνευτικά τις αντιθέσεις του συγκεκριμένου *dépêchage* θα το κρίνει ανίσχυρο και θα επακολουθήσει ο προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου από το *forum*⁶⁶. Πάντως η βούληση των μερών για *dépêchage* πρέπει να διατυπώνεται ρητά⁶⁷. Η διεθνής νομολογία δείχνει ότι το φαινόμενο του *dépêchage* παρουσιάζεται κυρίως όταν η σύμβαση είναι σύνθετη και απαιτεί να γίνουν πολλές ενέργειες ξεχωριστές η μία από την άλλη. Έτσι δίνεται το παράδειγμα να εφαρμόζεται τυχόν διαφορετικό δίκαιο σε ζητήματα που αφορούν την κατάρτιση και σε ζητήματα που αφορούν την εκχώρηση. Στα βασικά μειονεκτήματά του είναι ότι παραβλέπει την αρχή της ενότητας της σύμβασης, αφήνοντάς την στη ρυθμιστική ενέργεια οποιουδήποτε δικαίου επιλέγουν τα μέρη. Ακόμα διαταράσσει την ισορροπία των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων ανάμεσα στους συμβαλλομένους, γιατί η ισορροπία αυτή μόνο στα πλαίσια μιας και της αυτής έννομης τάξης μπορεί να διατηρηθεί. Αυτό οδηγεί σε σκέψεις ότι η εφαρμογή του περιορίζει τη βεβαιότητα δικαίου, κάτι που συνιστά πολύ κρίσιμο παράγοντα ειδικά σε συμβάσεις χρηματοδότησης με στοιχεία αλλοδαπότητας⁶⁸.

Στη θεωρία συζητείται και ως διαμελισμός η περίπτωση που διαφορετικό δίκαιο διέπει την κύρια και την παρεπόμενη σύμβαση⁶⁹. Τέτοιο θα ήταν το παράδειγμα μίας σύμβασης δανείου που ασφαλίζεται με ασφάλεια που βρίσκεται σε άλλο κράτος από αυτό το δίκαιο του οποίου εφαρμόζεται στη δανειακή σύμβαση ή που η σύμβαση εγγύησης διέπεται από διαφορετικό δίκαιο. Σε αυτές τις περιπτώσεις ζητήματα ορθής σύστασης και εγκυρότητας των εν λόγω ασφαλειών θα κριθούν κατά την εκάστοτε εφαρμοστέο δίκαιο⁷⁰.

⁶³ Ph. Wood, *International Loans...*, ό.π., σελ. 68.

⁶⁴ Πέρα από τη δυνατότητα διάσπασης του εφαρμοστέου δικαίου σε ειδικότερα ζητήματα της σύμβασης υπήρξε και το φαινόμενο επιμεριστικής εφαρμογής δικαίων σε ένα συγκεκριμένο ζήτημα/τμήμα της σύμβασης. Πρόκειται για το φαινόμενο “Spaltung” ή “Splitting” που έχει ως αποτέλεσμα οι υποχρεώσεις κάθε συμβαλλόμενου μέρους να διέπονται από ξεχωριστά συστήματα δικαίου όπως π.χ. από το δίκαιο του τόπου όπου εκτελείται η σύμβαση για καθένα από τα μέρη ή από το δίκαιο της κατοικίας εκάστου εξ αυτών. Πλέον οι θεωρητικοί εντάσσουν το φαινόμενο αυτό στην ευρύτερη έννοια του *dépêchage*, ενώ συνολικά να σημειωθεί ότι η επιλογή του είναι σπάνια (Ζ. Παπασιώπη-Πασια, *Dépêchage*, Μια νέα έννοια του κοινοτικού και του ελληνικού ιδιωτικού διεθνούς δικαίου στο πεδίο των συμβατικών ενοχών, *ΕΕΕυρΔ*, 1996, σελ. 743-744).

⁶⁵ V. Marquette, *Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...*, ό.π., σελ. 525.

⁶⁶ Λέγεται ότι το *dépêchage* μπορεί να παραφραστεί στα αγγλικά ως “picking and choosing”. Βλ. S. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014, σελ. 223, όπου ο γράφων αναφέρει χαρακτηριστικά: “the term ‘dépêchage’ can be paraphrased in English as ‘picking and choosing’. Generally speaking, picking and choosing is inappropriate when the rule of the one state that is chosen is so closely interrelated to a rule of the same state that is not chosen that applying the one rule without the other would drastically upset the equilibrium established by the two rules and would distort and defeat the policies of that state. In those cases, *dépêchage* is inappropriate”.

⁶⁷ Α. Μεταλληνός σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη...*, ό.π., σελ. 73-74, Α. Γραμματικάκη-Αλεξίου σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας...*, ό.π., σελ. 470-471.

⁶⁸ Ζ. Παπασιώπη-Πασια, *Dépêchage*, Μια νέα έννοια του κοινοτικού και του ελληνικού ιδιωτικού διεθνούς δικαίου στο πεδίο των συμβατικών ενοχών, *ΕΕΕυρΔ*, 1996, σελ. 749, 757, 766-768.

⁶⁹ *ibid*, σελ. 759.

⁷⁰ K. Mettala, *Governing-Law Clauses of Loan...* ό.π., σελ. 220, υποσέμ. 31, R. Auerback, *Governing Law...*, ό.π., σελ. 305.

Με βάση τα ανωτέρω χρειάζεται να σημειωθεί ότι αφενός στις περιπτώσεις των διεθνών συναλλαγών όπου ο ένας συμβαλλόμενος είναι τράπεζα και ο άλλος συμβαλλόμενος πελάτης της η περίπτωση του *dépeçage* είναι σπάνια, λόγω της συνθετότητας των λύσεων και ενός φόβου αβεβαιότητας με τον οποίο συνδέεται η εφαρμογή του *dépeçage*. Η επιλογή δικαίου συνήθως θα γίνει για το σύνολο της σύμβασης και η πράξη έχει δείξει ότι συνήθως επιλέγεται το δίκαιο της χώρας στην οποία η τράπεζα έχει την κεντρική της διοίκηση. Οι λόγοι είναι νομικοί και οικονομικοί. Ένα πρωτεύον επιχείρημα είναι ότι η ιδιαίτερα έντονη ρυθμιστική παρέμβαση που διέπει τη λειτουργία των πιστωτικών ιδρυμάτων, λόγω του εξαιρετικά σημαντικού ρόλου τους στο οικονομικό σύστημα και των κινδύνων στους οποίους εκτίθενται με τη δραστηριότητα τους, καθιστά εύλογη την εφαρμογή και στις συμβάσεις που καταρτίζουν με τους πελάτες τους, του δικαίου που διέπει το σύνολο της δραστηριότητας και της εποπτείας τους. Ένα ακόμα επιχείρημα αντλείται από την τυποποίηση και την μαζικότητα των σύγχρονων τραπεζικών συναλλαγών είτε αυτές είναι διεθνείς είτε εγχώριες. Τα δύο αυτά χαρακτηριστικά των τραπεζικών συναλλαγών καθιστούν τη χρήση γενικών όρων συναλλαγών αναπόφευκτη υπαγορεύοντας έτσι την εφαρμογή του δικαίου της χώρας στην οποία η τράπεζα έχει την κεντρική της διοίκηση, και αυτό για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλειας των συναλλαγών. Καθότι δε οι σχέσεις τράπεζας - πελάτη συχνά δεν είναι αποσπασματικές και μεμονωμένες αλλά βασίζονται σε μακρόχρονη σχέση και συνεργασία είναι εύλογο πάλι για λόγους προβλεψιμότητας αλλά και ενιαίας αντιμετώπισης, η υπαγωγή των σχέσεων αυτών σε ένα δίκαιο. Τα ανωτέρω συνεπικουρούν και λόγοι οικονομικοί καθώς η λογιστικοποίηση και η καταχώριση των συναλλαγών, καθώς και η τήρηση των λογαριασμών μέσω των οποίων διενεργούνται οι συναλλαγές γίνονται στην έδρα της τράπεζας, η εφαρμογή του δικαίου αυτού διευκολύνει σημαντικά την ενιαία αντιμετώπιση και διαχείρισή τους⁷¹.

Μία ακόμα επισήμανση είναι σημαντική στο σημείο αυτό. Οι συμβάσεις για τις οποίες γίνεται εν προκειμένω λόγος μεταξύ τράπεζας και πελάτη συνήθως είναι συμβάσεις με προδιατυπωμένους όρους⁷², μεταξύ αυτών υπάρχει και η ρήτρα εφαρμοστέου δικαίου και όπως αναφέρθηκε προτιμάται το δίκαιο της χώρας στην οποία η τράπεζα έχει την κεντρική της διοίκηση. Η ισχύς όμως των όρων αυτών θα καθοριστεί όχι από το αρ. 3 παρ. 5 και 10 παρ. 1 του Κανονισμού Ρώμη Ι αλλά από το 3 παρ. 5 και 10 παρ. 2 αυτού⁷³. Σύμφωνα με το αρ. 10 παρ. 2 η συναίνεση των μερών διέπεται κατ' αρχήν από το εφαρμοστέο δίκαιο, αλλά περαιτέρω δίνει σε έκαστο συμβαλλόμενο μέρος τη δυνατότητα να επικαλεστεί το δίκαιο της χώρας της συνήθους διαμονής του για να αποδείξει ότι δεν έχει συναίνεσει. Βέβαια από την άλλη το δίκαιο της συνήθους διαμονής ενός αντισυμβαλλομένου δεν μπορεί να τύχει επίκλησης για τον αντίθετο λόγο, δηλαδή για να αποδειχθεί ότι έχει δοθεί η συναίνεση των μερών και ότι η σύμβαση υπάρχει, παρά το γεγονός ότι αυτή δεν θεωρείται ότι έχει δοθεί σύμφωνα με το εφαρμοστέο δίκαιο⁷⁴.

Σε κάθε περίπτωση η επιλογή εφαρμοστέου δικαίου, όπως σημειώθηκε και σε προγενέστερο σημείο, υπόκειται σε περιορισμούς, όπως αυτός της δημόσιας τάξης (με την έννοια της ΑΚ 33),

⁷¹ J.-P. Mattout, *Droit Bancaire International, Revue Banque*, 1996, σελ. 13.

⁷² Τέτοια πρότυπα δανειακών συμβάσεων παρέχονται για παράδειγμα από τη Loan Market Association (LMA) με πολύ αναλυτικούς όρους ως προς τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών για να αποφεύγονται τυχόν ασάφειες και να περιορίζεται ο κίνδυνος παρερμηνειών από τα μέρη.

⁷³ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ο.π., σελ. 402-403.

⁷⁴ Α. Αμιλιανίδης, *Το νέο Ευρωπαϊκό Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των συμβάσεων*, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2009, σελ. 272-273.

των κανόνων αμέσου εφαρμογής, ή ακόμα στην περίπτωση του αρ. 3 των διατάξεων εκ των οποίων δεν χωρεί παρέκκλιση με συμφωνία (με την έννοια του ΑΚ 3)⁷⁵. Συνεπώς, και προς αποφυγή των «κινδύνων» αυτών ως προς τον περιορισμό της εμβέλειας του επιλεγέντος δικαίου προτείνεται να επιλέγεται δίκαιο με «φιλελεύθερες θέσεις» σε ζητήματα που μπορεί να εντάσσονται στις κατηγορίες αυτές, ύστερα από εξέταση των περιστάσεων της κάθε υπόθεσης και της εγκατάστασης του αντισυμβαλλομένου⁷⁶.

(v) Το εφαρμοστέο δίκαιο επί του ουσιαστικού περιεχομένου της σύμβασης -η περίπτωση της έλλειψης επιλογής δικαίου

(α) Η γενική προσέγγιση

Στην εξαιρετικά σπάνια περίπτωση που δεν υπάρχει ρήτρα επιλογής δικαίου, ο εντοπισμός του εφαρμοστέου δικαίου θα γίνει με προσφυγή στο αρ. 4 του Κανονισμού Ρώμη Ι. Το άρθρο αυτό προβλέπει ειδικούς κανόνες σύνδεσης για συγκεκριμένα είδη συμβάσεων, όπου ο στενός δεσμός ανάμεσα στη σύμβαση και στο δίκαιο μιας πολιτείας οδηγεί σε ειδικό κανόνα. Η γενική αρχή που διέπει το αρ. 4 είναι η αρχή της εγγύτητας, δηλαδή αναζητείται το δίκαιο εκείνο προς το οποίο η σύμβαση συνδέεται στενότερα. Η μεθοδολογική προσέγγιση του άρθρου έχει ως εξής: Αφετηρία αποτελεί ο εντοπισμός του αν μία σύμβαση εμπίπτει σε κάποια από τις ειδικές ρυθμίσεις της παρ. 1, αλλιώς καλείται σε εφαρμογή ο γενικός επικουρικός κανόνας της παρ. 2. Αν δεν τυγχάνουν εφαρμογής τα τεκμήρια των παρ. 1 και 2 τότε εφαρμόζεται η παρ. 4 σύμφωνα με την οποία η σύμβαση διέπεται από το δίκαιο της χώρας με την οποία συνδέεται στενότερα⁷⁷.

Η περίπτωση σύμβασης μεταξύ τράπεζας και πελάτη κατά μία άποψη -που βέβαια αμφισβητείται- μπορεί να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στην περίπτωση του αρ. 4 παρ. 1 περ. β'. Κατά την περίπτωση αυτή ελλείπει επιλογής εφαρμοστέου δικαίου η σύμβαση παροχής υπηρεσιών διέπεται από το δίκαιο της χώρας στην οποία ο πάροχος υπηρεσίας έχει τη συνήθη διαμονή του. Η χορήγηση δανείου, η παροχή πίστωσης, το άνοιγμα αλληλόχρεου λογαριασμού μπορεί να θεωρηθούν υπηρεσίες κατά την έννοια του 4 παρ. 1 περ. β'⁷⁸. Σύμφωνα με την αιτ. σκ. 17 του Προοιμίου η έννοια της «παροχής υπηρεσιών» αναφορικά με το εφαρμοστέο δίκαιο ελλείπει επιλογής, θα πρέπει να ερμηνεύεται με τον ίδιο τρόπο όπως κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 του Κανονισμού 44/2001, στο μέτρο που η παροχή υπηρεσιών καλύπτεται από τον εν λόγω Κανονισμό. Πλέον βέβαια ο Κανονισμός 44/2001 έχει αντικατασταθεί από τον Κανονισμό 1215/2012, η αντίστοιχη διάταξη ωστόσο συναντάται στο αρ. 7 παρ. 1 στοιχείο β' περ. β'⁷⁹. Για τον προσδιορισμό της

⁷⁵ Βλ. και Mettala, *Governing-Law Clauses of Loan ...* ο.π., σελ. 230-232 καθώς και σελ. 227 όπου αναφέρεται «*You don't choose regulatory rules, they choose you*» κανόνας που φαίνεται ορθός στο σύγχρονο οικονομικό περιβάλλον όπου ένας δανειστής που χορηγεί δάνειο σε δανειολήπτη από άλλη χώρα δεν γίνεται να μην λάβει υπόψη κανόνες δέσμευσης ξένων κεφαλαίων, προστασίας εθνικού νομίσματος, αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας, ανάγκη αδειοδότησης από κεντρικές τράπεζες, κανόνες καταπολέμησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες.

⁷⁶ Ph. Wood, *Governing Law Risks ...*, ό.π., σελ. 60.

⁷⁷ F. Ferrari, From Rome to Rome via Brussels: Remarks on the Law Applicable to Contractual Obligations Absent a Choice by the Parties (Art. 4 of the Rome I Regulation), *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, σελ. 762-763, P. Lagarde, *Remarques sur la proposition ...* ο.π., σελ. 331, παρ. 11

⁷⁸ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 363 και 403.

⁷⁹ Να σημειωθεί βέβαια στο σημείο αυτό ότι στο πλαίσιο ερμηνείας του αρ. 7 παρ. 1 στοιχείο β' περ. β' του Κανονισμού 1215/2012 ο όρος «παροχή υπηρεσιών» τονίζεται ότι ερμηνεύεται αυτόνομα, για τους σκοπούς και μόνον του συγκεκριμένου Κανονισμού, για ζητήματα δηλαδή αποκλειστικά καθορισμού της διεθνούς δικαιοδοσίας. Ενδείκνυται, επομένως, η συσταλτική της ερμηνεία έναντι άλλων κανόνων του πρωτογενούς (λχ. άρθρ. 50 ΣΕΚ) ή

έννοιας της υπηρεσίας καθοδηγητικό μπορεί να είναι και το άρθρο 57 ΣΛΕΕ (της Συνθήκης για την Λειτουργία της Ε.Ε., πρώην άρθρο 50 ΣΕΚ -της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Κοινότητα), σύμφωνα με το οποίο: «Κατά την έννοια των Συνθηκών, ως υπηρεσίες νοούνται οι παροχές που κατά κανόνα προσφέρονται αντί αμοιβής, εφόσον δεν διέπονται από τις διατάξεις τις σχετικές με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των κεφαλαίων και των προσώπων. Οι υπηρεσίες περιλαμβάνουν ιδίως: α) βιομηχανικές δραστηριότητες, β) εμπορικές δραστηριότητες, γ) βιοτεχνικές δραστηριότητες, δ) δραστηριότητες των ελεύθερων επαγγελματιών». Η σύμβαση παροχής υπηρεσιών επομένως συνίσταται σε υποχρέωση για παροχή συγκεκριμένης φύσης δραστηριότητας από τον πάροχο των υπηρεσιών προς τον λήπτη των υπηρεσιών έναντι αμοιβής⁸⁰.

Πάροχος υπηρεσίας με την έννοια του 4 παρ. 1 περ. β' είναι το πρόσωπο που παρέχει τη συγκεκριμένη υπηρεσία που είναι η χαρακτηριστική παροχή της σύμβασης. Στην περίπτωση των τραπεζικών συναλλαγών πάροχος υπηρεσίας θα είναι η τράπεζα. Τη δε έννοια της συνήθους διαμονής επιχειρεί να διευκρινίσει το αρ. 19 παρ. 1 κατά το οποίο ως συνήθης διαμονή εταιρείας νοείται ο τόπος της κεντρικής της διοίκησης. Κατά το 19 παρ. 2 εάν η σύμβαση συνάπτεται στο πλαίσιο της λειτουργίας υποκαταστήματος, ή αν, κατά τη σύμβαση, η παροχή οφείλεται από ένα τέτοιο υποκατάστημα, ως τόπος της συνήθους διαμονής θεωρείται ο τόπος όπου ευρίσκεται το υποκατάστημα⁸¹.

Σύμφωνα με άλλη θέση⁸² η χορήγηση δανείου, η παροχή πίστωσης, το άνοιγμα αλληλόχρεου λογαριασμού εμπίπτουν στην περίπτωση του αρ. 4 παρ. 2 σύμφωνα με το οποίο αν την σύμβαση δεν καλύπτει το αρ. 4 παρ. 1 ή αν τα στοιχεία της καλύπτονται από περισσότερες περιπτώσεις του αρ. 4 παρ. 1 η σύμβαση διέπεται από το δίκαιο της χώρας όπου έχει τη συνήθη διαμονή του το μέρος το οποίο οφείλει να εκπληρώσει τη χαρακτηριστική παροχή (“characteristic performance”) της σύμβασης. Ο σύνδεσμος αυτός λειτουργεί ως τεκμήριο του δικαίου προς το οποίο συνδέεται στενότερα η σύμβαση και αποτελεί τον κύριο επικουρικό κανόνα κατά την αρχή της εγγύτητας⁸³. Η χαρακτηριστική παροχή είναι εκείνη που προσδίδει στη σύμβαση την ιδιαιτερότητά της, συνήθως την ονοματοδοτεί και τη διαφοροποιεί από τις άλλες συμβάσεις, λέγεται δε ότι είναι η μη χρηματική παροχή. Βέβαια δεν αποκλείεται η χρηματική παροχή να αποτελεί τη χαρακτηριστική παροχή, όπως και συμβαίνει με τη σύμβαση δανείου, όπου χαρακτηριστική είναι η παροχή του δανειστή⁸⁴. Το επιχείρημα αυτό ενισχύεται ακόμα και από τη θέση ότι χαρακτηριστική είναι η παροχή εκείνου του συμβαλλόμενου που φέρει τη μεγαλύτερη ευθύνη από τη σύμβαση και βρίσκεται στην πιο επικίνδυνη θέση, που δίνει στη σύμβαση τον χαρακτήρα της, που εκφράζει τη λειτουργία της έννομης σχέσης μέσα από μια οικονομικοκοινωνική σκοπιά⁸⁵. Την περίπτωση της χορήγησης δανείου θα μπορούσε ενδεχομένως κάποιος να ερμηνεύσει ως ότι οδηγεί στην εφαρμογή του δικαίου του δανειολήπτη καθώς αυτός οφείλει την έντοκη επιστροφή

του δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου, λχ. δεν ταυτίζεται απαραίτητα με τον αντίστοιχο όρο του Κανονισμού 593/2008 (άρθρ. 4 β' ΚανΡωμ Ι) (Π. Αρβανιτάκης σε Π. Αρβανιτάκη/Ε. Βασιλακάκη, *Κανονισμός (ΕΕ) 1215/2012 - Κανονισμός Βρυξέλλες Ια*, Εκδόσεις Σάκουλα, 2020, άρθ. 7, αρ. 52)

⁸⁰ U. Magnus in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation: The Law Applicable ...*, ό.π., σελ. 38, Α. Αιμιλιανίδης, *Το νέο Ευρωπαϊκό ...*, ό.π., σελ. 145-147.

⁸¹ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 363.

⁸² *ibid*

⁸³ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 642.

⁸⁴ Α. Μεταλληνός σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη ...*, ό.π., σελ. 75, Α. Αιμιλιανίδης, *Το νέο Ευρωπαϊκό ...*, ό.π., σελ.σελ. 162.

⁸⁵ M. Giuliano/P. Lagarde, *Report on the Convention...*, ό.π., σελ. 20.

του δανείου. Ωστόσο, τόσο η επιστροφή του ποσού του δανείου όσο και η καταβολή τόκων επί του δανειζόμενου ποσού προϋποθέτουν τη χορήγησή του, η οποία αποτελεί, συνεπώς, την χαρακτηριστική παροχή⁸⁶.

Γίνεται έτσι αντιληπτό ότι τόσο η εφαρμογή του αρ. 4 παρ. 1 περ. β' όσο και του αρ. 4 παρ. 2 στην ίδια λύση οδηγούν, ήτοι την εφαρμογή του δικαίου της χώρας της συνήθους διαμονής του τραπεζικού ιδρύματος⁸⁷. Η λύση αυτή κρίνεται ότι έχει το πλεονέκτημα ότι κάπως 'εμπεριέχει' παράλληλα τους κανόνες αμέσου εφαρμογής που διέπουν τη λειτουργία και την εποπτεία των τραπεζών, καθώς επίσης και τους κανόνες της χώρας όπου εκτελείται η συναλλαγή, εφόσον η εκτέλεση της συναλλαγής πραγματοποιείται στη χώρα στην οποία η τράπεζα έχει την συνήθη διαμονή της⁸⁸.

Συνολικά η λογική του Κανονισμού Ρώμη I στην περίπτωση της μη επιλογής δικαίου ακολουθεί την αρχή της εγγύτητας στην προσπάθεια να διασφαλιστεί η βεβαιότητα δικαίου. Η λογική αυτή ακολουθείται και εκτός Ε.Ε. με πολλά κράτη να θέτουν σε εφαρμογή τεχνικές εντοπισμού του «κέντρου βάρους» της σύμβασης, του ουσιώδους συνδέσμου, του τόπου της κύριας σύμβασης και γενικότερα του δικαίου που παρουσιάζει τον στενότερο σύνδεσμο με τη σύμβαση⁸⁹.

Ειδικά για την περίπτωση του αλληλόχρεου λογαριασμού πρέπει να σημειωθεί ότι αυτός δεν εμπίπτει στην περίπτωση του αρ. 17 του Κανονισμού Ρώμη I⁹⁰. Είναι γεγονός ότι μία από τις βασικές λειτουργίες του αλληλόχρεου λογαριασμού είναι ότι κλείνει ανά τακτά χρονικά διαστήματα και επέρχεται συμψηφιστική εκκαθάριση των εκατέροθεν απαιτήσεων και καταβολών σε όση έκταση καλύπτονται. Αυτό που συμβαίνει όμως εν προκειμένω εντάσσεται στην έννοια του συμβατικού συμψηφισμού που είναι εκτός του πεδίου ρύθμισης του αρ. 17 που αφορά τον εκ του νόμου συμψηφισμό⁹¹.

Μία διευκρίνιση είναι σημαντική στο σημείο αυτό αναφορικά με τον κανόνα της συνήθους διαμονής στο πλαίσιο συμβάσεων παροχής χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών με καταναλωτές. Λαμβάνοντας υπόψη την ανάγκη προστασίας του καταναλωτή ως ασθενέστερου κατά τεκμήριο μέρους στις συναλλαγές, υιοθετήθηκαν κανόνες σύγκρουσης που είναι ευνοϊκότεροι για τα συμφέροντα τους. Η έννοια του καταναλωτή ορίζεται αυτόνομα και αφορά σε φυσικά πρόσωπα. Οι σχετικές ρυθμίσεις δεν θα εξεταστούν συνεπώς στην παρούσα μελέτη που αναπτύσσει ζητήματα παροχής χρηματοδότησης σε επιχειρήσεις⁹².

(β) Η περίπτωση του κοινοπρακτικού δανείου

Μία ειδικότερη κατηγορία δανείου, για την οποία έγινε μνεία ανωτέρω, και η οποία παρουσιάζει ιδιωτικοδιεθνολογικό ενδιαφέρον -επίσης στην πολύ σπάνια περίπτωση που δεν έχει προηγηθεί

⁸⁶ X. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς ...*,ό.π., σελ. 105

⁸⁷ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 363

⁸⁸ X. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς ...*,ό.π., σελ. 105

⁸⁹ Ph. Wood, *Governing Law Risks...*, ό.π., σελ. 60, Βλ. ακόμα K. Mettala, *Governing-Law Clauses of Loan ...*, ό.π., σελ. 220-221 όπου γίνεται σύντομη μνεία στις θεωρίες "center of gravity", "most significant contracts", "grouping of contracts".

⁹⁰ Σύμφωνα με αρ. 17 Κανονισμού Ρώμη I: «Ελλείψει συμφωνίας των μερών για τη δυνατότητα συμψηφισμού, το δίκαιο το οποίο διέπει τον συμψηφισμό είναι εκείνο που διέπει την αξίωση στην οποία αντιτάσσεται ο συμψηφισμός».

⁹¹ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 788.

⁹² Βλ. αρ. 6 Κανονισμού Ρώμη I καθώς και X. Λιβαδά, «Συνολική επισκόπηση των πηγών του εφαρμοστέου δικαίου στις διεθνείς χρηματοπιστωτικές συναλλαγές», σε X. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...*,ό.π., 887-888.

επιλογή δικαίου από μέρη- είναι αυτή των κοινοπρακτικών δανείων, όταν δηλαδή υπάρχει σύμπραξη και συνεργασία χρηματοδοτικών φορέων από διαφορετικές έννομες τάξεις για τη χρηματοδότηση μίας επιχείρησης. Η δυσχέρεια προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου ελλείπει επιλογής του, εκκινεί από την ίδια τη συμμετοχή περισσότερων τραπεζών καθώς καθίσταται δυσχερής ο προσδιορισμός εκείνου του συμβαλλόμενου που οφείλει την χαρακτηριστική παροχή. Οι σχέσεις εδώ διακρίνονται σε οριζόντιες, πρόκειται για τη σχέση μεταξύ των κοινοπρακτούντων τραπεζικών ιδρυμάτων που οφείλουν τη χαρακτηριστική παροχή και ρυθμίζεται από τη μεταξύ τους σύμβαση και την κάθετη σχέση των τραπεζικών ιδρυμάτων με τον δικαιούχο της χαρακτηριστικής παροχής.

Μία πρώτη σκέψη είναι η προσφυγή στο αρ. 4 παρ. 4 Κανονισμού Ρώμη I, κατά το οποίο αν οι παρ. 1 ή 2 του αρ. 4 δεν μπορούν να καθορίσουν το εφαρμοστέο δίκαιο τότε η σύμβαση θα διέπεται από το δίκαιο της χώρας με την οποία συνδέεται στενότερα. Πάλι όμως το άρθρο αυτό μοιάζει να οδηγεί σε αδιέξοδα, χωρίς να επιλύει εύκολα το πρόβλημα και χωρίς να προάγει την ασφάλεια δικαίου.

Μια πρώτη λύση θα μπορούσε να είναι η εφαρμογή του δικαίου της χώρας στην οποία έχει την κεντρική της διοίκηση η τράπεζα, η οποία λαμβάνει την εντολή από τον πελάτη να αναζητήσει και να έρθει σε επαφή για λογαριασμό του με άλλα πιστωτικά ιδρύματα που θα αναλάβουν την κάλυψη συγκεκριμένων ποσών. Η τράπεζα που λαμβάνει την εντολή αυτή έχει αναμφισβήτητα ηγετικό ρόλο σχετικά με τον επιτυχή σχεδιασμό της κοινοπραξίας, ενώ ταυτόχρονα έρχεται σε άμεση επαφή με τον πελάτη. Θα μπορούσε λοιπόν να θεωρηθεί ότι η εφαρμογή του δικαίου της χώρας στην οποία έχει την συνήθη διαμονή της δίνει λύση στο πρόβλημα του καθορισμού του δικαίου με το οποίο συνδέεται στενότερα η εν λόγω σύμβαση. Ωστόσο αυτή η σκέψη παρουσιάζει διάφορα μειονεκτήματα. Αρχικά δεν είναι λίγες οι φορές που την εντολή από τον πελάτη λαμβάνουν περισσότερες τράπεζες και όχι μία, με αποτέλεσμα εφόσον οι περισσότερες αυτές τράπεζες είναι εγκατεστημένες σε διαφορετικές χώρες, να είναι και πάλι αδύνατο να προσδιοριστεί το εφαρμοστέο δίκαιο με βάση το προτεινόμενο κριτήριο. Ακόμα, ένα άλλο προβληματικό σημείο είναι ότι ο ρόλος της εντολοδόχου τράπεζας εξαντλείται στο προσυμβατικό στάδιο. Ειδικότερα, η τράπεζα που λαμβάνει την εντολή έχει την υποχρέωση να καταβάλει κάθε προσπάθεια για την ανεύρεση των απαιτούμενων κεφαλαίων και τον σχεδιασμό της κοινοπραξίας, δεν υποχρεούται όμως για την τελική χορήγηση του δανείου⁹³.

Μία άλλη θέση, είναι να εφαρμοστεί το δίκαιο του δανειολήπτη. Η προσέγγιση αυτή, εξίσου αν όχι περισσότερο αδύναμη, φαίνεται να έρχεται σε αντίθεση με το τεκμήριο της χαρακτηριστικής παροχής του αρ. 4 παρ. 2 Κανονισμού Ρώμη I. Ακόμα, η λύση αυτή δεν φαίνεται ικανοποιητική για την περίπτωση που οι δανειολήπτες είναι περισσότεροι και δραστηριοποιούνται, επίσης, σε περισσότερα κράτη⁹⁴.

Μία άλλη άποψη που φαίνεται πληρέστερη και ορθότερη στη λογική της είναι να εφαρμοστεί το δίκαιο της τράπεζας που κατά τη σύναψη της σύμβασης του κοινοπρακτικού δανείου, αναλαμβάνει τον συντονισμό των διαδικασιών και την επίβλεψη της κοινοπραξίας. Η τράπεζα αυτή, που θα ενεργεί ως εκπρόσωπος των υπόλοιπων (“agent”) επιλέγεται συνήθως μεταξύ των

⁹³ X. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς ...*,ό.π., σελ. 89-90

⁹⁴ibid, σελ. 90

τραπεζών που είχαν λάβει την εντολή από τον πελάτη για τον σχεδιασμό της κοινοπραξίας. Μεταξύ άλλων, αυτή ιδίως παρακολουθεί λογιστικά το δάνειο, προβαίνει στις αναγκαίες γνωστοποιήσεις στις συμμετέχουσες τράπεζες, παρακολουθεί την χρηματοπιστωτική θέση του πελάτη, χειρίζεται διαχειριστικά θέματα και συχνά αναλαμβάνει τη διασφάλιση της συμμόρφωσης ή την αναδιαπραγμάτευση των όρων της σύμβασης του κοινοπρακτικού δανείου. Καθώς ο ρόλος του εκπροσώπου φαίνεται να είναι πράγματι ηγετικός θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της χώρας στην οποία βρίσκεται η κεντρική του διοίκηση⁹⁵.

Στις σπάνιες περιπτώσεις που η σύμβαση του κοινοπρακτικού δανείου συνάπτεται μεταξύ μιας τράπεζας και του δανειολήπτη με τις λοιπές συμμετέχουσες τράπεζες να συμβάλλονται απευθείας και μόνο με την τράπεζα αυτή χωρίς να συνδέονται με το δανειολήπτη ο προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου ίσως να είναι ευχερέστερος. Εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της χώρας όπου έχει τη συνήθη διαμονή της η τράπεζα που συμβάλλεται απευθείας με τον πελάτη καθώς είναι εκείνη που εκπληρώνει τη χαρακτηριστική παροχή.

Η οριζόντια σύμβαση, αυτή που υπογράφεται μεταξύ των τραπεζών που οφείλουν τη χαρακτηριστική παροχή και ρυθμίζει τις μεταξύ τους σχέσεις και υποχρεώσεις υποστηρίζεται ότι είναι μία *sui generis* σύμβαση, που δεν μπορεί να ενταχθεί σε κάποια από τις κλασικές κατηγορίες συμβάσεων, υπάρχει όμως η θέση ότι προσομοιάζει συχνά στη σύμβαση εντολής. Αυτό γιατί οι συμμετέχουσες τράπεζες αναθέτουν σε μια εξ αυτών τη συνολική διαχείριση της πίστωσης, περιγράφοντας τα καθήκοντα και τις υποχρεώσεις τους. Έτσι υποστηρίζεται ότι εφόσον υπάρχει τέτοια σύμβαση εντολής που διέπει τις σχέσεις μεταξύ των συμμετεχουσών στη χρηματοδότηση της συναλλαγής τραπεζών, τη χαρακτηριστική παροχή οφείλει η τράπεζα στην οποία έχει ανατεθεί η συνολική διαχείριση της πίστωσης⁹⁶.

(vi) Διατάξεις γενικότερης σημασίας

Η έκταση εφαρμογής της *lex contractus* ρυθμίζεται κατά το αρ. 12. Σύμφωνα με αυτό το εφαρμοστέο στη σύμβαση δίκαιο διέπει ειδικότερα: α) την ερμηνεία της, β) την εκπλήρωσή της, γ) τις συνέπειες της μη εκπλήρωσης, δ) τους διάφορους τρόπους απόσβεσης των ενοχών, καθώς και τις παραγραφές και εκπτώσεις λόγω παρόδου προθεσμίας, ε) τις συνέπειες της ακυρότητας της σύμβασης. Ειδικότερα αναφορικά με την ερμηνεία της σύμβασης υποστηρίζεται ότι σε κάποιες σπάνιες βέβαια περιπτώσεις, ενδέχεται να απαιτείται η συνεργασία με τρίτο δίκαιο από το οποίο η σύμβαση έχει ‘δανειστεί’ ειδικούς όρους. Κυρίως πρόκειται για έννοιες του αγγλοσαξονικού δικαίου π.χ. η “frustration” που δεν έχει ακριβώς την ίδια σημασία με τη *force majeure*. Έπειτα η έννοια της εκπλήρωσης της σύμβασης περιλαμβάνει τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών, το μέτρο της επιμέλειας, τον τόπο και τον χρόνο εκπλήρωσης της παροχής, την ενδεχόμενη εκπλήρωσή της από τρίτο, τη δικαστική τροποποίηση της σύμβασης λόγω μεταβολής συνθηκών, το εάν η σύμβαση επιδέχεται αίρεση και τις συνέπειες πλήρωσης ή ματαίωσης της, τα δικαιώματα που αποκτά ο τρίτος από σύμβαση υπέρ τρίτου. Ειδικά για την αξίωση τόκου, γίνεται δεκτό ότι διέπεται επίσης από την *lex contractus*, επισημαίνεται όμως ότι για τον προσδιορισμό του ύψους του επιτοκίου δεν είναι δυνατό να μην λαμβάνεται υπόψη και το δίκαιο του νομίσματος, καθώς η εφαρμογή αποκλειστικά και μόνο της *lex contractus* μπορεί να

⁹⁵ *ibid*, σελ. 90-91, U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 364.

⁹⁶ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 364, X. Λιβαδά, «Συνολική επισκόπηση ...», ό.π., σελ. 889-990

οδηγήσει σε ανεπιεικείς λύσεις. Στις συνέπειες της μη εκπλήρωσης εντάσσονται η υπερημερία του δανειστή και του οφειλέτη, η αδυναμία παροχής, η πλημμελής εκπλήρωση, η υπαναχώρηση και η καταγγελία λόγω μη εκπλήρωσης ή μη προσήκουσας εκπλήρωσης, το θέμα των ρητρών περιορισμού ή και αποκλεισμού της ευθύνης, οι προϋποθέσεις ευθύνης, η υποχρέωση, η φύση και ο υπολογισμός της αποζημίωσης, η τοκοφορία. Να επισημανθεί εδώ ότι κατά το αρ. 12 παρ. 2 - δίνεται η δυνατότητα χωρίς να αποτελεί υποχρέωση του δικαστή- ως προς τους τρόπους εκπλήρωσης και τα μέτρα που έχει τη δυνατότητα να λάβει ο δανειστής σε περίπτωση μη εκπλήρωσης, να λαμβάνεται υπόψη το δίκαιο του τόπου εκπλήρωσης. Η *lex contractus* διέπει ακόμα τους διάφορους εκ του νόμου τρόπους απόσβεσης των ενοχών, τις παραγραφές και εκπτώσεις λόγω παρόδου προθεσμίας. Απόσβεση της ενοχής δια νέας σύμβασης, όπως με άφεση χρέους ή ανανέωση θα διέπεται από τη δική της διάφορη *lex contractus*⁹⁷.

Αναφορικά με ζητήματα που μπορεί να εγερθούν εκ του αρ. 21, δηλαδή την πιθανή σύγκρουση με τη δημόσια τάξη του δικάζοντος δικαστή αυτό που σε δανειακές συμβάσεις εγείρει συζητήσεις είναι το ύψος του επιτοκίου. Έχει κριθεί ότι συμφωνία υπαγόμενη σε αλλοδαπό δίκαιο για το ύψος επιτοκίου μεγαλύτερο από αυτό που ισχύει στην Ελλάδα δεν αντίκειται επί της αρχής στη διεθνή δημόσια τάξη⁹⁸, εκτός εάν υπερβαίνει το μέτρο και την έννοια της εύλογης συμφωνίας και καθίσταται τοκογλυφική αντιτιθέμενη έτσι στα χρηστά ήθη⁹⁹.

2. Εναλλακτικές μορφές χρηματοδότησης (ομολογιακά δάνεια και τιτλοποίηση)

Με επίκεντρο τον εταιρικό τύπο της ανώνυμης εταιρείας δεν μπορεί κανείς να μην αναφερθεί σε έναν από τους πιο δημοφιλείς εναλλακτικούς τρόπους παροχής ρευστότητας με ευρεία χρήση όχι μόνο στην Ελλάδα αλλά και διεθνώς, αυτόν της χρηματοδότησης μέσω ομολογιακών δανείων. Εισαγωγικά να αναφερθεί ότι η χρηματοδότηση μίας Α.Ε. διακρίνεται ως γνωστόν σε εσωτερική, όταν τα κεφάλαια με τα οποία χρηματοδοτείται η επιχείρηση προέρχονται από την ίδια τη λειτουργία αυτής και σε εξωτερική, όταν τα εισφερθέντα κεφάλαια προέρχονται από τρίτους. Μία ακόμα διάκριση που γίνεται έχει ως βάση της την πηγή της χρηματοδότησης, αν δηλαδή προέρχεται από έναν ή πάντως ολιγάριθμους χρηματοδότες, ή από ανώνυμο πλήθος χρηματοδοτών, κατεξοχήν μέσω της κεφαλαιαγοράς¹⁰⁰. Μορφή εξωτερικής χρηματοδότησης όπως είναι και τα κοινά δάνεια, διμερή ή κοινοπρακτικά, είναι και τα ομολογιακά δάνεια σε όλες τις παραλλαγές τους, διμερή, κοινοπρακτικά, εξασφαλισμένα ή μη. Επίσης, μία ακόμα μέθοδος χρηματοδότησης των επιχειρήσεων που θα αναπτυχθεί σε αυτή την ενότητα είναι η χρηματοδότηση με τιτλοποίηση των απαιτήσεων.

⁹⁷ Χ. Λιβαδά, «Συνολική επισκόπηση ...», ό.π., σελ. 894-898, Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 665-666

⁹⁸ Για λόγους πληρότητας αναφέρεται ότι η διεθνής δημόσια τάξη, με την έννοια της ΑΚ 33 είναι μία από τις επιφυλάξεις εφαρμογής του αλλοδαπού κανονικώς εφαρμοστέου δικαίου. Σύμφωνα με την ΑΠ Ολ 6/1990 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ ορίζεται ως η έννοια «... η οποία αποτελείται από θεμελιώδεις κανόνες και αρχές που κρατούν κατά ορισμένο χρόνο στη χώρα και απηχούν τις κοινωνικές, οικονομικές, πολιτειακές, θρησκευτικές, ηθικές και άλλες αντιλήψεις, οι οποίες διέπουν τον βιοτικό ρυθμό αυτής, αποτελούν το φράγμα εφαρμογής στην ημεδαπή κανόνων αλλοδαπού δικαίου οι οποίοι δύνανται να διαταράζουν τον βιοτικό ρυθμό που κυριαρχεί στη χώρα και διέπεται από τις εν λόγω αρχές». Πρόκειται για έννοια συνεχώς εξελισσόμενη στο χώρο και τον χρόνο που έχει υποστεί την επίδραση του ενωσιακού δικαίου και της ΕΣΔΑ.

⁹⁹ Χ. Μειδάνης, *Η δημόσια τάξη στο κοινοτικό ιδιωτικό διεθνές δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2004, σελ. 58-59

¹⁰⁰ Ν. Βερβεσός σε Ε. Περάκη, *Το Δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρείας (Κατ' άρθρο ερμηνεία του ΚΝ 2190/1920 - ΤΟΜΟΣ 1 - Άρθρα 1-35)*, Τόμος Ι, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 161, Ν. Ρόκας, *Εμπορικές Εταιρείες*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σελ. 221-222

(i) Το ομολογιακό δάνειο

Μία εταιρία μπορεί να προβεί στην έκδοση ομολογιακού δανείου είτε με απευθείας συμφωνία με τους δανειστές, είτε με προσφυγή στο κοινό για την εν μέρει ή ολική κάλυψή του με δημόσια εγγραφή, όπου θα πρέπει να τηρηθούν και οι σχετικές κείμενες διατάξεις¹⁰¹. Να αναφερθεί εισαγωγικά ότι η στροφή προς τις εταιρικές ομολογίες ως υποκατάστατα του κοινού τραπεζικού δανεισμού εκκίνησε από τις ΗΠΑ ενώ από το 1980 η χρήση ομολογιακών δανείων επεκτάθηκε και στην Ευρώπη. Αν και η χρήση αυτή εξαπλώνεται, εξακολουθεί να παραμένει μικρότερη της εμβέλειας που έχει γνωρίσει στις ΗΠΑ. Σημειώνεται έτσι ότι με σημείο αναφοράς το έτος 2017, και ενώ η σχετική αγορά είχε γνωρίσει μεγάλη ανάπτυξη στην Ευρώπη σε σχέση με το έτος 2007, πάλι οι εταιρικές ομολογίες εκπροσωπούν μόλις το 4% της χρηματοδότησης των επιχειρήσεων στην Ευρώπη τη στιγμή που στις ΗΠΑ το ποσοστό αυτό ανέρχεται σε 11%¹⁰². Πρόκειται για μία αγορά σε μεγάλο βαθμό διεθνοποιημένη. Αυτό φαίνεται από το γεγονός ότι δεν αποτελεί πρώτη επιλογή των εκδοτών η εισαγωγή των ομολογιών στο εκάστοτε εθνικό χρηματιστήριο, καθώς αυτοί προτιμούν διεθνείς αγορές, με χαρακτηριστικές αυτές του Λουξεμβούργου και της Ιρλανδίας για ομολογίες που εκδίδονται στην Ευρώπη.

Μια άλλη ένδειξη της διεθνοποιημένης αγοράς των ομολογιακών δανείων είναι η προτίμηση που δίνεται σε επίπεδο επιλεγόμενου εφαρμοστέου δικαίου στο αγγλικό δίκαιο και στο δίκαιο της Νέας Υόρκης ακόμα και στην περίπτωση που οι ομολογίες εκδίδονται στην Ευρώπη. Είναι γεγονός ότι τα αγγλοσαξονικά δίκαια παρουσιάζουν μία σειρά από στοιχεία, τα οποία αναπτύχθηκαν και ανωτέρω, που τα καθιστούν ελκυστικά, όπως η ευρύτατη συμβατική ελευθερία που καταλείπεται στα μέρη τα οποία μπορούν να διαμορφώνουν έτσι τη σχέση τους χωρίς πολλούς κανόνες αναγκαστικού δικαίου και ιδίως χωρίς την ύπαρξη γενικών ρητρών, καθώς είναι γεγονός ότι τέτοιες ρήτρες προκαλούν γενικότερη ανασφάλεια μεταξύ των συναλλασσομένων. Η ανάπτυξη προτύπων ως απόρροια της ευρείας χρήσης των ομολογιακών δανείων επίσης εξυπηρετεί αυτή την ασφάλεια δικαίου που τόσο επιζητούν τα συμβαλλόμενα μέρη.

Χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι το αγγλικό δίκαιο είναι το κυρίαρχο δίκαιο σε ομολογίες που εκδίδονται από τράπεζες, σε ομολογίες τιτλοποίησης, στις μετατρέψιμες και ανταλλάξιμες ομολογίες. Το δίκαιο της Νέας Υόρκης είναι περισσότερο διαδεδομένο σε ομολογίες υψηλής απόδοσης και ιδιαίτερα στις ομολογίες που χρησιμοποιούνται για την χρηματοδότηση εξαγορών με χρήση δανεισμού, γνωστές ως μοχλευμένες εξαγορές (“leveraged buy-outs”). Στο πλαίσιο αυτών μάλιστα αναπτύχθηκε και η ειδική ορολογία των “con-lite” ή “covenant light bond loans” που δεν περιείχαν τους κλασικούς όρους προστασίας του δανειστή, ενώ παραχωρούσαν πολύ μεγάλη ευελιξία στην δανειζόμενη εταιρεία.

Από την πλευρά της Ελλάδας στην διάδοση αυτή των ομολογιακών δανείων συνέβαλαν σε μεγάλο βαθμό τα φορολογικά κίνητρα που παρείχε ο Ν. 3156/2003¹⁰³, ενώ σε κάθε περίπτωση η μέριμνα

¹⁰¹ Α. Σινανιώτη-Μαρουδή, *Εμπορικό Δίκαιο-Εταιρίες*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2021, σελ. 310.

¹⁰² Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, Frequently asked questions on corporate bonds, *europa.eu*, < https://finance.ec.europa.eu/document/download/e92a7400-17be-485f-bbb1-598ebe32f499_en?filename=171120-memo-corporate-bonds_en.pdf > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 15.09.2024).

¹⁰³ Α. Μεταλληνός, ‘Τα ομολογιακά δάνεια κατά το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο’ σε Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικόλογων, *Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο του Εμπορίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, σελ.117-118.

του νομοθέτη του Ν. 3156/2003 και πλέον του Ν. 4548/2018 για τα ομολογιακά δάνεια καταδεικνύει ότι αυτά έχουν επαρκή σημασία και για την ελληνική πρακτική.

Στο πλαίσιο της παρούσας ανάλυσης θα εξεταστούν διάφοροι κανόνες του ιδ.δ.δ. που διέπουν τη λειτουργία των ομολογιακών δανείων.

(α) Η λειτουργία της *lex societatis*

Σύμφωνα με την ΑΚ 10 η ικανότητα του νομικού προσώπου ρυθμίζεται από το δίκαιο της έδρας του. Ενώ έχουν αναπτυχθεί διάφορες θεωρίες, η κρατούσα γνώμη είναι ότι όταν η ΑΚ 10 αναφέρεται στην έδρα του νομικού προσώπου εννοεί την πραγματική του έδρα, εκεί που πράγματι ασκεί τη διοίκησή του το νομικό πρόσωπο¹⁰⁴. Η *lex societatis* ρυθμίζει την εσωτερική λειτουργία του νομικού προσώπου¹⁰⁵. Συνεπώς η *lex societatis* διέπει το ζήτημα κατά πόσο ένα νομικό πρόσωπο μπορεί να εκδώσει ομολογίες ή όχι. Η έκδοση τίτλων προσιδιάζει στη φύση ορισμένων μόνο νομικών προσώπων. Έτσι για να μπορεί ένα νομικό πρόσωπο να εκδώσει μετοχές, ομολογίες, ιδρυτικούς τίτλους αυτό πρέπει να προβλέπεται από το νόμο ή και το καταστατικό του. Η ικανότητα έκδοσης αποτελεί συνεπώς ζήτημα που αφορά τον τρόπο οργάνωσης και λειτουργίας του και ρυθμίζεται από το δίκαιο που διέπει το νομικό πρόσωπο. Συνεπώς για νομικό πρόσωπο με έδρα την Ελλάδα η ικανότητά του να εκδίδει ομολογίες θα καθορίζεται με βάση το ελληνικό δίκαιο, ως το δίκαιο της πραγματικής έδρας¹⁰⁶.

Η *lex societatis* θα ρυθμίζει ακόμα το ζήτημα του ποιο όργανο αποφασίζει για την έκδοση και τους όρους του ομολογιακού δανείου καθώς και τις προϋποθέσεις λήψης της απόφασης αυτής, ήτοι την διαδικασία σύγκλισης, την απαρτία, την πλειοψηφία¹⁰⁷. Ακόμα, η *lex societatis* διέπει τις προϋποθέσεις ακύρωσης των παλιών και έκδοσης νέων ομολογιών σε περίπτωση κλοπής ή απώλειας αυτών. Οποιοδήποτε άλλο δίκαιο μπορεί να διατάξει τη θέση των τίτλων εκτός κυκλοφορίας, την κατάθεση ή κατάσχεσή τους, όχι όμως την ακύρωσή τους¹⁰⁸.

Η *lex societatis* διέπει και την έκδοση μετατρέψιμων ομολογιών. Αυτό προκύπτει με τη συλλογιστική ότι οι ομολογιούχοι των μετατρέψιμων ομολογιών έχουν το δικαίωμα προαίρεσης να τις μετατρέψουν σε μετοχές και η έκδοση μετοχών διέπεται γενικότερα από τη *lex societatis*. Συνεπώς οι προϋποθέσεις έκδοσης μετατρέψιμου ομολογιακού δανείου, η ύπαρξη ή μη δικαιώματος προτίμησης των παλαιών μετόχων, οι προϋποθέσεις και οι συνέπειες άσκησης του δικαιώματος μετατροπής διέπονται από τη *lex societatis*, όπως κατά μία άποψη διέπεται και το

¹⁰⁴ Στον αντίποδα της θεωρίας της πραγματικής έδρας βρίσκεται η θεωρία της σύστασης, σύμφωνα με την οποία το νομικό πρόσωπο διέπεται από το δίκαιο της χώρας, στην οποία συστάθηκε, χωρίς να απαιτείται να έχει οποιονδήποτε άλλο σύνδεσμο με τη χώρα αυτή. Υπάρχει ακόμα η θεωρία της επικάλυψης κατά την οποία η αναγνώριση του νομικού προσώπου διέπεται αποκλειστικά από το δίκαιο της χώρας σύστασης, ενώ το ίδιο κατ' αρχήν ισχύει και για τα λοιπά ζητήματα με δυνατή τη διορθωτική παρέμβαση αναγκαστικών κανόνων του δικαίου της πραγματικής έδρας. Τέλος υπάρχει και η θεωρία της διάκρισης κατά την οποία η *lex societatis* ρυθμίζει μόνο τις εσωτερικές σχέσεις του νομικού προσώπου, ενώ οι εξωτερικές σχέσεις ρυθμίζονται είτε από τη *lex loci actus*, είτε από τη *lex causae* της οικείας σχέσης (Α. Μεταλληνός, «Τα νομικά πρόσωπα (ιδιωτικά πρόσωπα)- Εφαρμοστέο δίκαιο», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...*, ό.π., σελ. 77-81).

¹⁰⁵ Γ. Μαριδάκης, *Ιδιωτικών Διεθνές Δίκαιον (Πρώτος Τόμος)*, Εκδόσεις Σάκκουλας, 1967, σελ. 446

¹⁰⁶ Π. Μπερνίτσα, Τίτλοι επενδύσεως, μετοχάι, ομολογίαι και συναφείς τίτλοι, *Εθνικό Αρχείο Διδακτορικών Διατριβών*, < <https://www.didaktorika.gr/eadd/handle/10442/11658> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 14.09.2024), αρ. 131 και 252.

¹⁰⁷ Γ. Σωτηρόπουλος σε Γ. Σωτηρόπουλο, *Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρείας, Ερμηνεία κατ' άρθρο του Ν 4548/2018*, 1^{ος} Τόμος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2023, άρθρο 74, αρ. 2.

¹⁰⁸ Π. Μπερνίτσα, Τίτλοι επενδύσεως..., ό.π., αρ. 253.

ζήτημα του κατά πόσον επιτρέπεται οι μετατρέψιμες ομολογίες να είναι ανώνυμες ή όχι. Αναφορικά με τις ρήτρες αναπροσαρμογής της τιμής ή του λόγου μετατροπής έχουν διατυπωθεί δύο απόψεις. Σύμφωνα με την πρώτη, συμβατικές ρυθμίσεις που αφορούν την αναπροσαρμογή του λόγου μετατροπής των ομολογιών πρέπει να θεωρηθεί ότι διέπονται από τη *lex contractus* καθώς μία τέτοια λύση εξυπηρετεί τα συμφέροντα των συναλλαγών επιτρέποντας την επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου στα ζητήματα αυτά. Σημειώνεται βέβαια ότι η επιλογή εφαρμοστέου δικαίου στο ζήτημα της αναπροσαρμογής του λόγου μετατροπής δεν καλύπτει ζητήματα τα οποία αφορούν στο συμφέρον των μετόχων και των δανειστών του εκδότη, όπως ιδίως ο κανόνας της μη έκδοσης μετοχών υπό το άρτιο¹⁰⁹. Κατά άλλη θέση ορθότερο είναι να εφαρμόζεται η *lex societatis*, καθώς η αναπροσαρμογή επηρεάζει και τη θέση των λοιπών μετόχων και αντιμετωπίζεται ως εταιρικό ζήτημα από το νόμο, καθώς κατά το αρ. 71 παρ. 2 εδ. β' του Ν. 4548/2018 η θέση πρόβλεψης σχετικών ρητρών δεν βρίσκεται στο πρόγραμμα, αλλά στην ίδια την απόφαση του εταιρικού οργάνου για την έκδοση¹¹⁰.

(β) Η εφαρμογή της *lex contractus*

Καθώς το ομολογιακό δάνειο αποτελεί συμβατική ενοχή μεταξύ του εκδότη και των ομολογιούχων, βρίσκει εφαρμογή σε αυτό ο Κανονισμός Ρώμη I για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές.

Στην πράξη, προβληματισμό είχε δημιουργήσει η ρύθμιση του άρθρου 1 παρ. 2 περ. δ' του Κανονισμού Ρώμη I που προβλέπει ότι «Αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Κανονισμού [...] (δ) οι ενοχές που προκύπτουν από συναλλαγματικές, επιταγές, γραμμάτια σε διαταγή και άλλα αξιόγραφα, στο μέτρο που οι ενοχές απορρέουν από το χαρακτήρα τους ως αξιόγραφων». Είναι γεγονός ότι η εξαίρεση αυτή θεσπίστηκε κατά κύριο λόγο για τις συναλλαγματικές, τις επιταγές και τα γραμμάτια σε διαταγή, για τα οποία υπάρχουν ειδικοί κανόνες σύγκρουσης. Καταλαμβάνει ωστόσο και τα λοιπά αξιόγραφα, περιλαμβανομένων των ομολογιών. Έχει έτσι υποστηριχθεί ότι το ζήτημα του χαρακτήρα της αξιογραφικής ενσωμάτωσης, και η αποκοπή ενστάσεων του εκδότη έναντι του μεταβιβάζοντος ομολογία από αιτίες που δεν προκύπτουν από το ομολογιακό δάνειο, εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού. Μία τέτοια προσέγγιση όμως οδηγεί σε αποκοπή τμήματος μιας ενιαίας έννομης σχέσης από το εφαρμοστέο σε αυτή δίκαιο και δεν θα πρέπει να γίνει δεκτή. Ακόμη πάντως και αν γινόταν δεκτή αυτή η άποψη δεν θα είχε πρακτική συνέπεια καθώς θα οδηγούσε στην εφαρμογή του άρθρου 25 ΑΚ που με τη σειρά του σχεδόν σε κάθε περίπτωση θα οδηγούσε στην εφαρμογή του ίδιου ουσιαστικού δικαίου. Στην ελληνική πρακτική ωστόσο, αυτό που συνηθίζονταν ήταν όταν επιλεγόταν αλλοδαπό δίκαιο ως εφαρμοστέο να ορίζεται ότι ορισμένα ζητήματα συναφή με τον αξιογραφικό χαρακτήρα των ομολογιών, αλλά και με τον ορισμό εκπροσώπου ομολογιούχων να διέπονται από το ελληνικό δίκαιο¹¹¹. Υπάρχει από την άλλη πλευρά η θέση ότι προκειμένου να μην διασπαστεί το ενιαίο εφαρμοστέο στη σχέση δίκαιο και λόγω των δυσχερειών προσδιορισμού των ενοχών που απορρέουν από τον αξιογραφικό χαρακτήρα των ομολογιών να εφαρμοστεί

¹⁰⁹ Α. Μεταλληνός, 'Τα ομολογιακά δάνεια...', ό.π., σελ. 120-121.

¹¹⁰ Γ. Σωτηρόπουλος σε Γ. Σωτηρόπουλο, *Δίκαιο Ανώνυμης ...*, ό.π., άρθρο 74, αρ. 2.

¹¹¹ Α. Μεταλληνός, 'Ομόλογα και ομολογίες' σε Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικόλογων, *Οι αναμορφώσεις του Εταιρικού Δικαίου 2018-2019 (28 Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου)*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ. 201-202.

αδιακρίτως ο Κανονισμός Ρώμη I¹¹². Συνεπώς εν τέλει και το ζήτημα της αξιογραφικής ενσωμάτωσης πρέπει να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της *lex contractus*. Από αυτή δε εξαρτάται και ο τρόπος μεταβίβασης της ομολογίας καθώς και το ζήτημα της αποκοπής των ενστάσεων του εκδότη έναντι του μεταβιβάζοντα ομολογιούχου.

Το άρθρο 74 παρ. 1 του Ν. 4548/2018 διευκρινίζει το ζήτημα αυτό ορίζοντας ότι «*Το εφαρμοστέο δίκαιο επί των συμβατικών ενοχών που προκύπτουν από ομολογιακά δάνεια προσδιορίζεται, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 593/2008 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 17ης Ιουνίου 2008 (L 177) για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές («Ρώμη I») και, για ζητήματα που τυχόν εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του, κατά το στοιχείο δ' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 του Κανονισμού αυτού, σύμφωνα με το άρθρο 25 ΑΚ*». Στην Ελλάδα έχει διατυπωθεί η θέση¹¹³, που ήδη έχει σημειωθεί στη διεθνή βιβλιογραφία, περί επέκτασης της εφαρμογής του Κανονισμού Ρώμη I και στα ζητήματα που εξαιρούνται κατά το αρ. 1 παρ. 2 περ. δ'. Υποστηρίχθηκε ειδικότερα ότι η λύση αυτή δεν θα προσέκρουε στο δίκαιο της Ε.Ε. αφού τίποτα δεν εμποδίζει τον εθνικό νομοθέτη να εφαρμόσει μια ρύθμιση του ενωσιακού δικαίου πέραν του πεδίου εφαρμογής της, εφόσον το σχετικό ζήτημα εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του εθνικού δικαίου. Σε κάθε περίπτωση τα πρακτικά αποτελέσματα της υιοθέτησης μιας τέτοιας πρότασης δεν θα ήταν ουσιωδώς διαφορετικά σε σχέση με εκείνα της ρύθμισης που υιοθετήθηκε¹¹⁴.

Αναφορικά με το εφαρμοστέο στη σύμβαση ομολογιακού δανείου δίκαιο, ισχύουν και εδώ όσα αναπτύχθηκαν ανωτέρω στην ενότητα II.1 στο βαθμό που γίνεται αναφορά στα σχετικά άρθρα. Στην πράξη πάντα υπάρχει ρήτρα επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου κατά το αρ. 3 παρ. 1. Ο ορισμός του εφαρμοστέου δικαίου μπορεί να γίνει και μονομερώς από τον εκδότη με τον καθορισμό των όρων του ομολογιακού δανείου στους οποίους περιλαμβάνεται κατά κανόνα και η ρήτρα περί εφαρμοστέου δικαίου¹¹⁵.

Όπως επιτρέπει το αρ. 3 παρ. 1 εδ. γ' είναι δυνατό και εδώ το *dépeçage*. Στο πλαίσιο της ελληνικής δικηγορικής πρακτικής αυτό παρουσιάστηκε κυρίως με αφορμή την ιδιαίτερη φορολογική μεταχείριση των ομολογιακών δανείων και την βασικά εσφαλμένη ερμηνεία του αρ. 14 του Ν. 3156/2003. Το άρθρο αυτό παρέχει φορολογικά κίνητρα για την έκδοση ομολογιακών δανείων, με το γράμμα της διάταξης να αναφέρεται στα «ομολογιακά δάνεια του νόμου αυτού». Η προφανής ερμηνεία της διάταξης είναι ότι αναφέρεται στα ομολογιακά δάνεια που εκδίδονται από ανώνυμες εταιρείες κατ' αντιδιαστολή από τα ομολογιακά δάνεια εκδόσεως του δημοσίου. Ωστόσο στην δικηγορική πρακτική είχε γεννηθεί το ερώτημα κατά πόσο μπορούν να θεωρηθούν ως «ομολογίες του νόμου αυτού», οι ομολογίες που διέπονται από αλλοδαπό δίκαιο, ιδίως ως προς ζητήματα που διέπονται από τον Ν. 3156/2003. Έτσι ακολουθήθηκε η έγκυρη, αλλά δυσχερής στην πρακτική εφαρμογή από άποψη ερμηνείας, λογική του *dépeçage* με τη λογική οι όροι που διέπονταν από τον Ν. 3156/2003 να υπόκεινται στο ελληνικό δίκαιο, ενώ οι λοιποί όροι να διέπονται από το

¹¹² U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 365.

¹¹³ Η θέση αυτή διατυπώθηκε από την καθηγήτρια κ. Αθανασίου.

¹¹⁴ Α. Μεταλληνός, 'Ομόλογα και ομολογίες'...ό.π., σελ. 202

¹¹⁵ M. Lehmann, *Financial Instruments, Bonds & Loans, Cheques, Bills of Exchange and Guarantees in Private International Law*, SSRN, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849363 > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 15.09.2024)

δίκαιο που επέλεγαν τα μέρη, κατά κανόνα το αγγλικό¹¹⁶. Συναντήθηκε έτσι συχνά το παράδειγμα ομολογιακού δανείου μεγάλου ποσού, σύμφωνο με τις διατάξεις των άρθρων 4 και 14 του Ν. 3156/2003, όπου λόγω της συμμετοχής αλλοδαπών τραπεζών ως ομολογιούχων, συμφωνήθηκε ότι η σύμβαση ομολογιακού δανείου θα διέπεται από αγγλικό δίκαιο με την εξαίρεση όρων που αφορούσαν τον αξιολογικό χαρακτήρα των ομολογιών, τον διορισμό του εκπροσώπου των ομολογιούχων και τη συνέλευση των ομολογιούχων οι οποίοι θα διέπονταν από το ελληνικό δίκαιο.

Περαιτέρω, αναφορικά με το αρ. 3 παρ. 3 που ορίζει ότι όταν «όλα τα σχετικά με την περίπτωση δεδομένα εντοπίζονται σε χώρα διαφορετική από εκείνη της οποίας το δίκαιο επελέγη, η επιλογή των μερών δεν θίγει την εφαρμογή των διατάξεων του δικαίου αυτής της άλλης χώρας από τις οποίες δεν επιτρέπεται παρέκκλιση με συμφωνία» υποστηρίζεται η άποψη ότι σπάνια θα πρέπει να εφαρμόζεται λόγω της διεθνούς φύσης της αγοράς των ομολογιακών δανείων. Έτσι όταν τόσο ο εκδότης όσο και όλοι οι αρχικοί ομολογιούχοι και τα τυχόν άλλα πρόσωπα που εμπλέκονται στη συναλλαγή εδρεύουν στο ίδιο κράτος αρκεί να υπάρχει η πρόθεση, έστω και εν δυνάμει, να διατεθούν οι ομολογίες σε άλλες χώρες, ώστε να θεωρηθεί ότι δεν εφαρμόζεται η διάταξη αυτή¹¹⁷.

Στην σχεδόν απίθανη περίπτωση να μην υπάρξει επιλογή δικαίου, εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της συνήθους διαμονής του εκδότη. Αναφορικά με το αρ. 4 είναι ανοιχτό το ζήτημα αν έρισμα θα αποτελέσει η παρ. 1 (το δίκαιο της χώρας που ο πάροχος της υπηρεσίας έχει τη συνήθη διαμονή του), η παρ. 2 (το δίκαιο της χώρας που το μέρος που οφείλει να εκπληρώσει την χαρακτηριστική παροχή έχει τη συνήθη διαμονή του) ή η παρ. 4 (το δίκαιο της χώρας με την οποία συνδέεται στενότερα η σύμβαση). Σίγουρα η δράση του ομολογιούχου δανειστή είναι παρόμοια αυτής του δανειστή ενός κοινού δανείου, ωστόσο στην περίπτωση του ομολογιακού δανείου ορθότερο είναι να θεωρηθεί ότι η δράση του εκδότη είναι αυτή που χαρακτηρίζει την σύμβαση και της προσδίδει τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της. Βέβαια ένας στενότερος σύνδεσμος με δίκαιο άλλης χώρας μπορεί να θέσει σε δεύτερη μοίρα το δίκαιο του τόπου της συνήθους διαμονής του εκδότη. Τέτοια θα ήταν η περίπτωση επικράτησης της εφαρμογής του δικαίου της χώρας έκδοσης των ομολογιών εφόσον έχουν ειδικά σχεδιαστεί για αυτή τη χώρα^{118 119}.

Για την έκταση του εφαρμοστέου δικαίου ισχύουν όσα αναπτύχθηκαν ανωτέρω για το αρ. 12 του Κανονισμού Ρώμη Ι. Άξια μνείας όμως στο σημείο αυτό είναι κάποια ειδικά ζητήματα που χαρακτηρίζουν ένα ομολογιακό δάνειο και τα οποία ρυθμίζονται από τη *lex contractus*. Έτσι το πολύ σημαντικό ζήτημα της οργάνωσης των ομολογιούχων διέπεται από τη *lex contractus*. Συνεπώς η *lex contractus* επεκτείνεται σε μία σειρά από επιμέρους σχετικά με την οργάνωση των ομολογιούχων θέματα, όπως ο τρόπος λήψης απόφασης της συνέλευσης των ομολογιούχων (π.χ. το αν απαιτείται να λάβει χώρα συνέλευση ή αρκεί η συναίνεση ορισμένου ποσοστού των ομολογιούχων για να ληφθεί απόφαση), ποια είναι η σχετική πλειοψηφία και απαρτία που

¹¹⁶ Α. Μεταλληνός, *Τα ομολογιακά δάνεια...*, ό.π., σελ. 128

¹¹⁷ *ibid*, σελ. 122.

¹¹⁸ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 365.

¹¹⁹ Βλ. όμως και Γ. Σωτηρόπουλος σε Γ. Σωτηρόπουλο, *Δίκαιο Ανώνυμης ...*, ό.π., άρθρο 74, αρ. 1 ο οποίος αναφερόμενος στη *lex contractus* και αποδεχόμενος την εφαρμογή του δικαίου της εκδότης χρησιμοποιεί ως έρισμα το αρ. 4 παρ. 3 του Κανονισμού Ρώμη Ι, σύμφωνα με το οποίο «όταν από το σύνολο των περιστάσεων της υπόθεσης προκύπτει ότι η σύμβαση συνδέεται προδήλως στενότερα με χώρα άλλη από εκείνη στην οποία αναφέρονται οι παράγραφοι 1 ή 2, εφαρμόζεται το δίκαιο αυτής της άλλης χώρας».

απαιτείται, ποιες είναι οι αρμοδιότητες της συνέλευσης, αν το πρώτον είναι υποχρεωτικό να υπάρχει οργάνωση των ομολογιούχων σε ομάδα ή όχι, αν είναι αναγκαίος ή όχι ο διορισμός εκπροσώπου των ομολογιούχων και ποιες είναι οι αρμοδιότητές του. Η λογική πίσω από την εφαρμογή της *lex contractus* σε όλα τα ανωτέρω ζητήματα βρίσκεται στη σκέψη ότι η οργάνωση των ομολογιούχων αφορά την εκπλήρωση των υποχρεώσεων από το ομολογιακό δάνειο, ενδεχομένως τις συνέπειες της μη εκπλήρωσης αν η καταγγελία του ομολογιακού δανείου γίνεται με απόφαση της συνέλευσης των ομολογιούχων μέσω του εκπροσώπου ή ακόμη και τη σύναψη σύμβασης με την οποία τροποποιούνται οι όροι του ομολογιακού δανείου εφόσον αυτή γίνεται με σύμβαση που συνάπτεται από τον εκδότη και τον εκπρόσωπο, συνήθως κατόπιν απόφασης της συνέλευσης των ομολογιούχων¹²⁰.

Ακόμα, η *lex contractus* θα διέπει το πολύ σημαντικό ζήτημα της συμβατικής ευθύνης του εκπροσώπου των ομολογιούχων έναντι των λοιπών ομολογιούχων. Συνεπώς αν η *lex contractus* είναι το ελληνικό δίκαιο θα εφαρμόζεται το αρ. 66 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4548/18 το οποίο ορίζει ότι οι όροι του ομολογιακού δανείου μπορεί να προβλέπουν ότι ο εκπρόσωπος δεν θα ευθύνεται για ελαφρά αμέλεια. Πρόκειται για σημαντική βελτιωτική παρέμβαση του Έλληνα νομοθέτη με τον νέο νόμο περί ανωνύμων εταιρειών, καθώς η πρόβλεψη του αρ. 4 παρ. 9 του Ν. 3156/2003, αρκετά δυσμενής και μην προβλέποντας δυνατότητα περιορισμού της ευθύνης, δημιουργούσε αντικίνητρα για την ανάληψη του ρόλου του εκπροσώπου των ομολογιούχων, λόγω και της δυσαναλογίας του αναλαμβανόμενου κινδύνου του εκπροσώπου των ομολογιούχων και της συνήθους αμοιβής του. Για τη ρύθμιση του παλαιού καθεστώτος είχαν υποστηριχθεί δύο απόψεις. Μία ότι έπρεπε να θεωρηθεί ρύθμιση αναγκαστικού δικαίου, με αποτέλεσμα να επιδιώκεται η επιλογή αλλοδαπού δικαίου προκειμένου να μπορεί να περιοριστεί η ευθύνη των ομολογιούχων, και μία ότι ήταν επιτρεπτές τυχόν απαλλακτικές ρήτρες υποκειμένες όμως στον έλεγχο της ΑΚ 332 και του Ν. 2251/1994. Πάντως πλέον η διάταξη του αρ. 66 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4548/18 ως ειδική διάταξη πρέπει να γίνει δεκτό ότι εφαρμόζεται ακόμη και αν η σχετική σύμβαση δεν αποτέλεσε αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης, συνιστώντας έτσι παρέκκλιση από την ΑΚ 332 παρ. 2¹²¹.

Επιπλέον η *lex contractus* διέπει και το ζήτημα κατά πόσο υπάρχει ανώτατο δικαιοπρακτικό επιτόκιο, το ύψος του επιτοκίου υπερημερίας, τη δυνατότητα ή μη συμβατικού καθορισμού του και το κατά πόσο επιτρέπεται ο ανατοκισμός. Η σημασία του ζητήματος εντοπίζεται κυρίως στις ομολογίες μειωμένης εξασφάλισης, οι οποίες λόγω του αυξημένου κινδύνου που αναλαμβάνουν οι ομολογιούχοι, συχνά έχουν επιτόκιο ανώτερο του κατά το ελληνικό δίκαιο δικαιοπρακτικού επιτοκίου. Γεννάται το ζήτημα -στο οποίο έγινε μνεία και ανωτέρω- κατά πόσο συμφωνία για δικαιοπρακτικό τόκο ανώτερο του προβλεπόμενου από το ουσιαστικό ελληνικό δίκαιο ή συμφωνία για ανατοκισμό αντίθετη με την ΑΚ 296 αντίκειται στην ελληνική δημόσια τάξη σύμφωνα το αρ. 21 του Κανονισμού Ρώμη Ι. Τόσο η νομολογία¹²² όσο και η θεωρία¹²³ έχουν απαντήσει αρνητικά. Η θέσπιση ανώτατου δικαιοπρακτικού τόκου εμφανίζεται ολοένα και πιο έντονα ως αναχρονισμός στο πλαίσιο της ελεύθερης οικονομίας, στην οποία ο κρατικός έλεγχος των τιμών των υπηρεσιών και των εμπορευμάτων καθίσταται η εξαίρεση. Σε επίπεδο κρατών

¹²⁰ Α. Μεταλληνός, 'Τα ομολογιακά δάνεια...', ό.π., σελ. 123.

¹²¹ Α. Μεταλληνός, 'Ομόλογα και ομολογίες' ..., ό.π., σελ. 208.

¹²² ΑΠ 1710/1997 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Εφ.Θεσσαλονίκης 2805/2018 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹²³ Χ. Μειδάνης, *Η δημόσια τάξη* ..., ό.π., σελ. 58-59

μελών δε οι κοινοτικές ελευθερίες και η αρχή της κοινοτικής πίστης επιβάλλουν να γίνεται επίκληση της επιφύλαξης της δημόσιας τάξης με εξαιρετική φειδώ, κάτι που επιβεβαιώνει και η χρήση από τον ενωσιακό νομοθέτη στο αρ. 21 του Κανονισμού Ρώμη Ι της φράσης «η εφαρμογή αυτή [να] είναι προδήλως ασυμβίβαστη με τη δημόσια τάξη του δικάζοντος δικαστή». Η ένταση της πρόσκουρης που απαιτείται είναι συνεπώς μεγάλη, περιορίζοντας τις περιπτώσεις που η διάταξη θα αναπτύξει εφαρμογή¹²⁴.

Να σημειωθεί ότι συχνά οι αναζητούσες χρηματοδότηση εταιρίες με έδρα στην Ελλάδα επιλέγουν να ορίσουν αλλοδαπό εφαρμοστέο δίκαιο, ως πιο οικείο και έτσι δημοφιλέστερο σε αλλοδαπούς επενδυτές, στους οποίους συχνά απευθύνονται και περαιτέρω επιλέγουν να μην εκδώσουν καν οι ίδιες το ομολογιακό δάνειο, παρά να εκδοθεί αυτό από θυγατρική τους εταιρία ειδικού σκοπού (SPV) με έδρα στην αλλοδαπή¹²⁵.

(γ) Το αρ. 74 παρ. 2 Ν. 4548/2018: Η έκδοση ομολογιακού δανείου του Ν. 4548/2018 από αλλοδαπό εκδότη

Παρόλο που το αρ. 1 παρ. 1 εδ. α' του Ν. 3156/2003 στον ορισμό του ομολογιακού δανείου έκανε ειδικώς λόγο για εδρεύουσα στην Ελλάδα εκδότρια ο Ν. 4548/ 2018 δεν συμπεριέλαβε αυτό τον ορισμό. Μάλιστα το αρ. 74 παρ. 2 του Ν. 4548/ 2018 ορίζει ότι: «Οι διατάξεις του παρόντος τίτλου εφαρμόζονται και επί ομολογιακών δανείων που εκδίδονται από αλλοδαπούς εκδότες, στο μέτρο που το ελληνικό δίκαιο είναι εφαρμοστέο, σύμφωνα με τις διατάξεις του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου».

Συνεπώς αλλοδαπός εκδότης μπορεί να εκδώσει ομολογιακό δάνειο του Ν. 4548/2018 αρκεί να έχει επιλεγεί ή να υποδεικνύεται ως εφαρμοστέο το ελληνικό δίκαιο και η εκδότρια να μπορεί κατά τη *lex societatis* να εκδώσει ομολογίες για τις οποίες και να έχει λάβει τις αναγκαίες με βάση το εκάστοτε δίκαιο εταιρικές αποφάσεις. Η ικανότητα της αλλοδαπής εταιρίας να εκδώσει ομολογίες κατά τη *lex societatis* θα επιβεβαιωθεί με νομική γνωμοδότηση του οικείου αλλοδαπού νομικού συμβούλου της χρηματοδότης τράπεζας (“capacity legal opinion”).

Ένας άλλος προβληματισμός ανακύπτει στο σημείο αυτό με αφορμή το αρ. 59 του Ν. 4548/2018, το οποίο αναφέρει ως εκδότρια ομολογιακού δανείου την ανώνυμη εταιρεία. Συγκεκριμένα ανακύπτει η σκέψη αν πρέπει ο αλλοδαπός εκδότης ομολογιακού δανείου του Ν. 4548/2018 να έχει τη μορφή κεφαλαιουχικής εταιρίας ισοδύναμης της ελληνικής ανώνυμης εταιρίας¹²⁶. Βέβαια, μπορεί να υποστηριχθεί ότι αφετηρία για την αναφορά του άρθρου 59 του Ν. 4548/2018 στην ανώνυμη εταιρία αποτελεί ο περιορισμός του ελληνικού εταιρικού δικαίου που δεν επιτρέπει σε εταιρίες που δεν έχουν τη μορφή ανώνυμης εταιρίας (π.χ. ΕΠΕ, ΙΚΕ) να εκδώσουν ομολογίες. Θα μπορούσε έτσι να υποστηριχθεί ότι το άρθρο 74 παρ. 2 του Ν. 4548/2018 εισάγει μία ειδική και επεξηγηματική διάταξη σε σχέση με το άρθρο 59 Ν. 4548/2018 επιτρέποντας σε αλλοδαπό εκδότη να εκδίδει ομολογιακό δάνειο με βάση τις διατάξεις του Ν. 4548/2018 και του αρ. 14 του Ν. 3156/2003 χωρίς να περιορίζει την ειδικότερη μορφή του εκδότη. Χαρακτηριστικό είναι ένα παράδειγμα από τη δικηγορική πρακτική με σημείο αναφοράς εταιρικούς τύπους του δικαίου του

¹²⁴ *ibid*, σελ. 330.

¹²⁵ Γ. Σωτηρόπουλος σε Γ. Σωτηρόπουλο, *Δίκαιο Ανώνυμης ...*, ό.π., άρθρο 74, αρ. 3.

¹²⁶ Για τις μορφές κεφαλαιουχικών εταιριών ανά χώρα της Ε.Ε. που ισοδυναμούν με την ελληνική Α.Ε. βλ. το Παράρτημα 1 της Οδηγίας 2017/1132 όπου παρατίθεται η μορφή κεφαλαιουχικής εταιρίας που ισοδυναμεί με την ελληνική ανώνυμη εταιρία.

Λουξεμβούργου. Με βάση το εκεί εταιρικό δίκαιο τόσο οι εταιρίες με τη μορφή *société anonyme* (S.A.) που είναι η αντίστοιχη της ελληνικής Α.Ε. όσο και οι εταιρίες με τη μορφή *société à responsabilité limitée* (SARL, S.à r.l.), μορφή που αντιστοιχεί με την ελληνική ΕΠΕ δύνανται να εκδώσουν ομολογίες¹²⁷. Έτσι κατά τα ανωτέρω και μία εταιρία υπό τη μορφή S.à r.l. μπορεί να λειτουργήσει ως εκδότρια ομολογιακού δανείου του Ν. 4548/2018. Τα ανωτέρω -πάλι στο πλαίσιο της δικηγορικής πρακτικής- έχουν επιβεβαιωθεί σε νομικές γνωμοδοτήσεις δικηγορικών γραφείων του Λουξεμβούργου στο πλαίσιο ελληνικών τραπεζικών χρηματοδοτήσεων.

(δ) Η ειδική περίπτωση του αρ. 73 παρ. 3 Ν. 4548/2018 για τις εμπράγματα ασφάλειες

Το αρ. 73 παρ. 3 θέτει έναν ιδ.δ.δ. κανόνα ορίζοντας ότι «*Σε περίπτωση ομολογιακού δανείου που διέπεται από αλλοδαπό δίκαιο, οι εμπράγματα ασφάλειες και εγγυήσεις παραχωρούνται στο όνομα προσώπου που, κατά το δίκαιο που διέπει το ομολογιακό δάνειο, μπορεί να κατέχει εμπράγματα ασφάλειες και εγγυήσεις στο όνομά του για λογαριασμό των ομολογιούχων*». Διευκρινίζεται έτσι, για την περίπτωση του ομολογιακού δανείου αλλοδαπού δικαίου, η δυνατότητα προσώπου που έχει εξουσίες ανάλογες με αυτές του εκπροσώπου των ομολογιούχων σύμφωνα με οποιαδήποτε αλλοδαπή νομική κατασκευή να λαμβάνει εμπράγματα ασφάλειες που διέπονται από ελληνικό δίκαιο στο όνομά του για λογαριασμό των ομολογιούχων. Σε μία τέτοια περίπτωση όμως θα πρέπει να εφαρμοστεί η μέθοδος της προσαρμογής. Αυτό θα συμβεί γιατί το αλλοδαπό δίκαιο μπορεί να περιέχει διαφορετική ρύθμιση από το ελληνικό, όπως να επιτρέπει άλλο πρόσωπο να εκπροσωπεί τους ομολογιούχους έναντι του εκδότη και άλλο να λαμβάνει τις εμπράγματα ασφάλειες. Η μέθοδος της προσαρμογής χρειάζεται ώστε να μπορέσει το πρόσωπο που λαμβάνει τις εμπράγματα ασφάλειες κατά την αλλοδαπή *lex contractus* για λογαριασμό των ομολογιούχων, να αποκτήσει στο όνομά του τέτοιες ασφάλειες κατά το ελληνικό δίκαιο ως *lex rei sitae*¹²⁸.

(ε) Ο προβληματισμός της ύπαρξης ή όχι κανόνων αμέσου εφαρμογής

Είναι γεγονός ότι σε ζητήματα δικαίου επιχειρήσεων, όπου κυριαρχεί βασικά η έννοια της συμβατικής ελευθερίας και αυτονομίας της βούλησης των μερών με βασική της έκφραση τη δυνατότητα των μερών να επιλέγουν το δίκαιο που θεωρούν ότι προσιδιάζει καλύτερα στη σχέση τους η εμφάνιση και δράση των κανόνων αμέσου εφαρμογής¹²⁹ είναι περιορισμένη.

Έτσι ούτε από τη νομολογία, ούτε από το γράμμα των διατάξεων του παλαιού Ν. 3156/2003 και του εν ισχύ Ν. 4548/2018 (βλ. τις διατάξεις περί ομολογιακών δανείων δηλ. αρ. 59-74) δεν φαίνεται να προκύπτει η βούληση απόδοσης σε κάποια διάταξη της έννοιας του κανόνα αμέσου εφαρμογής. Η διαπίστωση αυτή στηρίζεται και από εύλογα επιχειρήματα από την πλευρά της θεωρίας, κατά την οποία αν οι κανόνες του ελληνικού δικαίου εφαρμόζονταν σε κάθε περίπτωση που ο ομολογιούχος έχει τη συνήθη διαμονή του στην Ελλάδα αυτό θα ήταν προδήλως αντίθετο με τη φύση των ομολογιακών δανείων και ειδικά τη δυνατότητα μεταβίβασής τους. Αν πάλι οι κανόνες του ελληνικού δικαίου εφαρμόζονταν σε κάθε περίπτωση που εκδότης εδρεύει στην Ελλάδα αυτό θα είχε ως αποτέλεσμα την παροχή σε αλλοδαπούς ομολογιούχους προστασίας που πιθανόν δεν απολάμβαναν από το δίκαιο της χώρας τους, ενώ θα έθετε σε ανταγωνιστικό

¹²⁷ Πάντα υπό την προϋπόθεση ότι δεν υπάρχει κάποιος περιορισμός στο καταστατικό τους και εφόσον έχουν λάβει τις αναγκαίες με βάση το δίκαιο του Λουξεμβούργου εγκριτικές εταιρικές αποφάσεις.

¹²⁸ Α. Μεταλληνός, 'Ομόλογα και ομολογίες'...,ό.π., σελ. 202, Γ. Σωτηρόπουλος σε Γ. Σωτηρόπουλο, *Δίκαιο Ανώνυμης ...*, ό.π., άρθρο 73., Μεταλληνός, 'Τα ομολογιακά δάνεια...', ό.π., σελ. 130-131.

¹²⁹ Η έννοια αναπτύχθηκε συνοπτικά για λόγους πληρότητας στην ενότητα I.2 (ii).

μειονέκτημα τις ελληνικές επιχειρήσεις, καθώς δεν θα μπορούσαν να διαπραγματευτούν ελεύθερα τις συμβατικές τους σχέσεις¹³⁰.

Ένας προβληματισμός είχε δημιουργηθεί ήδη από το προηγούμενο καθεστώς με το αρ. 4 παρ. 2 Ν. 3156/2003 που καθόριζε το ποια πρόσωπα μπορούν να αποκτήσουν την ιδιότητα του εκπροσώπου των ομολογιούχων, διάταξη που έχει πλέον διευρυνθεί με την 64 παρ. 2 Ν. 4548/2018. Ο προβληματισμός σχετικά με τον ενδεχόμενο χαρακτηρισμό του ως κανόνα αμέσου εφαρμογής εκκινεί από τη βάση ότι συνήθως οι κανόνες σχετικά με τη δυνατότητα ορισμένης κατηγορίας προσώπων να παρέχουν ορισμένες υπηρεσίες είναι συνήθως κανόνες αμέσου εφαρμογής. Είναι γεγονός ότι σκοπός των σχετικών διατάξεων είναι η διασφάλιση της προστασίας του εκπροσώπου των ομολογιούχων (βλ. και την πρόβλεψη για περιορισμό της ευθύνης του). Θα ήταν συνεπώς παράδοξο το πεδίο εφαρμογής μίας διάταξης που κατατείνει στην προστασία των ομολογιούχων να καθορίζεται από την έδρα του εκδότη. Προς επίρρωση αυτού αναφέρεται και ότι στη διεθνή πρακτική τον ρόλο του εκπροσώπου των ομολογιούχων αναλαμβάνουν συχνά εξειδικευμένες εταιρίες για καλύτερη εξασφάλιση των ομολογιούχων που μπορεί να μην εμπίπτουν στην έννοια -ακόμα και πλέον διευρυμένη- του εκπροσώπου κατά τον ελληνικό νόμο. Έτσι τυχόν χαρακτηρισμός της 64 παρ. 2 ως κανόνα αμέσου εφαρμογής μάλλον θα μείωνε την προστασία των ομολογιούχων¹³¹.

(στ) Τα φορολογικά κίνητρα του αρ. 14 Ν. 3156/2003 και ο προβληματισμός για την εφαρμογή της διάταξης και σε αλλοδαπούς εκδότες.

Μεταξύ των ολιγάριθμων άρθρων του Ν. 3156/2003 που διατηρήθηκαν σε ισχύ είναι το αρ. 14, το οποίο παρέχει σημαντικά φορολογικά κίνητρα για έκδοση ομολογιακών δανείων^{132 133}. Κατά το αρ. 188 Ν. 4548/2018 «όπου στο Ν. 3156/2003 γίνεται αναφορά σε ομολογιακό δάνειο του νόμου αυτού [Ν. 3156/2003] νοείται ομολογιακό δάνειο του παρόντος νόμου [Ν. 4548/2018]». Το ίδιο και ρητά για το αρ. 14 Ν. 3156/2003 προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4548/2018¹³⁴. Γίνεται αντιληπτό ότι ούτε από το γράμμα του νόμου ούτε από την αιτιολογική έκθεση προκύπτει κάποια διάκριση ως προς την εφαρμογή του άρθρου 14 παρ. 1 του Ν. 3156/2003 αναλόγως της

¹³⁰ Α. Μεταλληνός, *Τα ομολογιακά δάνεια...*, ό.π., σελ. 126.

¹³¹ *ibid*

¹³² Βλ. αρ. 14 παρ. 1 Ν. 3156/2003: «*Η έκδοση ομολογιακού δανείου του νόμου αυτού, η παροχή κάθε είδους ασφαλειών, όλες οι συμβάσεις που προβλέπονται στον νόμο αυτόν, καθώς και κάθε σχετική ή παρεπόμενη σύμβαση ή πράξη και η καταχώριση αυτών σε δημόσια βιβλία όπου απαιτείται, οι προσωρινοί και οριστικοί τίτλοι ομολογιών, η διάθεση και κυκλοφορία αυτών, η εξόφληση του κεφαλαίου από ομολογίες και από επιχειρηματικές απαιτήσεις που τις καλύπτουν και εν γένει η άσκηση δικαιωμάτων που απορρέουν από ομολογίες που εκδίδονται σύμφωνα με τον νόμο αυτόν και από επιχειρηματικές απαιτήσεις που τις καλύπτουν, η μεταβίβαση ομολογιών εντός ή εκτός οργανωμένης αγοράς ή χρηματιστηρίου απαλλάσσονται από κάθε άμεσο ή έμμεσο φόρο περιλαμβανομένου και του φόρου υπεραξίας, τέλος, ανταποδοτικό ή μη, τέλος χαρτοσήμου, εισφορά, εισφορά του ν. 128/1975 (Α' 178), προμήθεια, δικαίωμα ή άλλη επιβάρυνση υπέρ του Δημοσίου ή τρίτων, με την επιφύλαξη των διατάξεων που αφορούν το Κεντρικό Αποθετήριο Αξιών*».

¹³³ Βλ. ακόμα σχόλια επί του αρ. 8 του σχεδίου νόμου Υπουργείου Εθνικής Οικονομίας και Οικονομικών με τίτλο: «Ψηφιακό Τέλος Συναλλαγής και άλλες Διατάξεις» που είχε κατατεθεί προς διαβούλευση, όπου στο εν λόγω άρθρο 8 εντάσσονταν και τα ομολογιακά δάνεια στο τέλος αυτό, διασπώντας τον κανόνα και 'την παράδοση' του αρ. 14 Ν. 3156/2003. Εν τέλει, μετά από πολύ έντονες συζητήσεις, το σχέδιο νόμου που εισήχθη στη Βουλή και υπερψηφίστηκε στις 13.09.2024 επανέφερε την εξαίρεση των ομολογιακών δανείων από το τέλος αυτό. Για τον σχολιασμό επί της διαβούλευσης βλ. και <<http://www.opengov.gr/minfin/?p=12896>> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 14.09.2024).

¹³⁴ Βλ. Αιτιολογική έκθεση στο σχέδιο νόμου «Αναμόρφωση του δικαίου των ανωνύμων εταιρειών» όπου στη σελ. 33 επί του αρ. 189 αναφέρει: «ενδεικτικά, το άρθρο 14 του ν. 3156/2003 που αναφέρεται σε «ομολογιακά δάνεια του νόμου αυτού» θα νοείται ότι αναφέρεται σε ομολογιακά δάνεια των άρθρων 59-74 του παρόντος νομοσχεδίου».

έδρας του εκδότη του ομολογιακού δανείου. Η σύνδεση της φορολογικής μεταχείρισης με την έδρα του εκδότη μπορεί να θεωρηθεί σε μεγάλο βαθμό προβληματική ιδίως αν ο αλλοδαπός εκδότης είναι εταιρεία με έδρα την Ε.Ε.. Τυχόν μη εφαρμογή του αρ. 14 Ν. 3156/2003 σε εταιρείες με έδρα κράτος μέλος θα αντέβαινε στις κοινοτικές ελευθερίες της παροχής υπηρεσιών και της κίνησης κεφαλαίων. Αυτό θα συνέβαινε γιατί θα δημιουργούνταν δυσμενής διάκριση σε βάρος μίας εταιρείας με έδρα κράτος μέλος της Ε.Ε. που εκδίδει ομολογιακό δάνειο με βάση τις διατάξεις του Ν. 4548/2018 σε σχέση με μία ελληνική εταιρία που θα απολάμβανε τα προνόμια του Ν. 4548/2018 και του άρθρου 14 του Ν. 3156/2003. Να σημειωθεί ακόμα η σκέψη ότι όταν με το αρ. 41 του Ν. 4745/2020 ο Έλληνας νομοθέτης τροποποίησε το αρ. 14 παρ. 1 Ν. 3156/2003 είχε την ευκαιρία εφόσον το ήθελε, να εξαιρέσει -αν είχε αυτό τον σκοπό- από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 14 Ν. 3156/2003 τα ομολογιακά δάνεια έκδοσης αλλοδαπών εταιριών του Ν. 4548/2018, κάτι που όμως δεν έκανε.

Τη θέση αυτή μέχρι τώρα φαίνεται να επιβεβαιώνει η πρακτική εφαρμογή του άρθρου όπου καταγράφονται περιπτώσεις αλλοδαπών εταιριών να εκδίδουν εξασφαλισμένα ομολογιακά δάνεια του Ν. 4548/2018 που καλύπτονται από ελληνικά πιστωτικά ιδρύματα ή/και έχουν αποτελέσει αντικείμενο δημόσιας προσφοράς σε επενδυτές στην Ελλάδα και διαπραγματεύονται στην ΕΧΑΕ, καθώς επίσης σε αντίστοιχα ενδοομιλικά ομολογιακά δάνεια αλλοδαπών εκδοτών που καλύπτονται από συνδεδεμένες εταιρίες αυτών. Σε συναλλαγές όπως οι ανωτέρω, φορολογικοί σύμβουλοι των εκδοτριών επιβεβαιώνουν την φορολογική αντιμετώπιση των εν λόγω δανείων.

(ii) Η τιτλοποίηση απαιτήσεων

Μία άλλη ιδιαίτερα διαδεδομένη στις διεθνείς αγορές μέθοδος χρηματοδότησης των επιχειρήσεων, είναι η χρηματοδότηση με τιτλοποίηση των απαιτήσεων (“securitisation”). Η μέθοδος αυτή ρυθμίζεται στο ελληνικό δίκαιο από το αρ. 10 του Ν. 3156/2003. Σύμφωνα με την παραπάνω ρύθμιση, μια επιχείρηση (μεταβιβάζων) μπορεί να μεταβιβάσει λόγω πώλησης σε εταιρία ειδικού σκοπού (Special Purpose Vehicle - SPV)(αποκτών) απαιτήσεις που έχει έναντι τρίτων από την άσκηση της δραστηριότητάς της. Η εταιρία ειδικού σκοπού καταβάλλει το τίμημα για την αγορά των απαιτήσεων αυτών στην επιχείρηση και στη συνέχεια τιτλοποιεί τις εν λόγω απαιτήσεις, εκδίδοντας ομολογίες. Ο αποκτών τις ομολογίες μπορεί να αποκομίσει κέρδη από την εμπορία των ομολογιών, ειδικά όταν αυτές είναι εισηγμένες σε οργανωμένη αγορά¹³⁵. Η τιτλοποίηση χρησιμοποιείται ευρύτατα ως μέσο χρηματοδότησης αλλά και ως μέσο διασποράς κινδύνων σε επενδυτές που, λόγω της ικανότητάς τους να επενδύουν σε ένα ποικίλο χαρτοφυλάκιο δύνανται, θεωρητικά τουλάχιστον, να αντιμετωπίζουν τους κινδύνους αυτούς καλύτερα. Αποτελεί δε έναν κλάδο με ταχύτατη πλέον ανάπτυξη στην Ευρώπη¹³⁶. Τα πλεονεκτήματα της τιτλοποίησης για τον μεταβιβάζοντα είναι πολλαπλά. Αρχικά με το τίμημα που αποκτά μπορεί πιο εύκολα να αποπληρώσει δανειακές του υποχρεώσεις και να δημιουργήσει τις προϋποθέσεις για νέο δανεισμό. Ακόμα η τιτλοποίηση συμβάλει στη βελτίωση της διάρθρωσης του ισολογισμού του καθώς του επιτρέπει να αποκτά χρηματοδότηση, χωρίς να εμφανίζει τη χρηματοδότηση αυτή με τη μορφή

¹³⁵ Α. Πολυχρονόπουλος, *Πρακτικά και νομολογία εμπορικού δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2022, σελ. 275-276, Ελ. Αλεξανδρίδου, *Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών (Προσωπικές & Κεφαλαιουχικές Εταιρίες, Εταιρικοί Μετασχηματισμοί)*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ. 277-278.

¹³⁶ J. Krupski, Cross-Border Receivables Financing at the Crossroads of Legal Traditions, Capital Markets, Uniform Law and Modernity, *Uniform Law Review*, Vol.12/2007, σελ. 58

δανείου ή πίστωσης στον ισολογισμό του, ενώ ακόμα καρπώνεται την υπεραξία από τη διαχείριση των μεταβιβαζόμενων απαιτήσεων¹³⁷.

Το μόρφωμα της τιτλοποίησης και η λειτουργία της για τη χρηματοδότηση των επιχειρήσεων πρωτοεμφανίστηκε στις ΗΠΑ το 1970 σε μία περίοδο κρίσης για τις τράπεζες οπότε και δεν επιτελούσαν τον ρόλο του ενδιάμεσου (“intermediaries”) ικανοποιητικά. Οι ομολογίες που εκδίδονται στο πλαίσιο της τιτλοποίησης λειτουργούν ως μέσο κατάργησης των ενδιάμεσων, δηλαδή κατά κανόνα της τράπεζας, ανάμεσα στον τελικό χρήστη των κεφαλαίων και τον τελικό επενδυτή (“disintermediation”). Η κατάργηση των ενδιάμεσων έχει το πλεονέκτημα ότι ο κίνδυνος αφερεγγυότητας του τελικού χρήστη των κεφαλαίων αναλαμβάνεται από επενδυτές, όπως ιδίως κεφάλαια αντιστάθμισης (“hedge funds”)¹³⁸. Στατιστικά του έτους 2024 αποτυπώνουν τα ακόλουθα: Ο αγοραίος όγκος της έκδοσης πράξεων τιτλοποίησης ανήλθε σε 60,7 δισ. ευρώ στην Ε.Ε. το πρώτο τρίμηνο του 2024, που αποτελεί κατά 43,8% αύξηση σε σχέση με το τελευταίο τρίμηνο του 2023 και 69,2% σε σχέση με το πρώτο τρίμηνο του ίδιου έτους. 1,162 τρισ. ευρώ παρέμεναν ανεξόφλητα στο τέλος του πρώτου τριμήνου του 2024¹³⁹.

Σημειώθηκε ανωτέρω ότι η αγορά των ομολογιακών δανείων είναι σε πολύ μεγάλο βαθμό διεθνής, το ίδιο και αυτή της τιτλοποίησης καθώς εξάλλου η δεύτερη εμπεριέχει στη λειτουργία της την πρώτη, με την έννοια ότι στο πλαίσιο τιτλοποίησης θα εκδοθεί και ομολογιακό δάνειο. Ο διασυνοριακός χαρακτήρας μίας τιτλοποίησης αναδεικνύεται από διάφορα στοιχεία. Χαρακτηριστικά, το πιο πιθανό είναι ο μεταβιβάζων να έχει την έδρα του σε μία χώρα, π.χ. στην Ελλάδα και ο αποκτών, δηλαδή η εταιρία ειδικού σκοπού, στην αλλοδαπή. Στην περίπτωση που η τιτλοποίηση έχει διασυνοριακό χαρακτήρα, με επίκεντρο την Ε.Ε. ή και το Ηνωμένο Βασίλειο, τότε παρατηρείται συχνά στην πράξη η εταιρεία ειδικού σκοπού να έχει την εγκατάστασή της στην Ιρλανδία, το Λουξεμβούργο ή την Ολλανδία. Αυτό οφείλεται στην ύπαρξη σε αυτά τα κράτη ευνοϊκότερων φορολογικών καθεστώτων, στις ειδικές νομοθετικές προβλέψεις, στο χαμηλότερο κόστος ίδρυσης και διατήρησης ενός SPV. Το SPV ιδρύεται αποκλειστικά για τους σκοπούς της τιτλοποίησης ώστε να περιορίζεται κατά το δυνατόν ο όποιος κίνδυνος αφερεγγυότητας. Αν η τιτλοποίηση έχει ως επίκεντρο τις ΗΠΑ, τότε το SPV συμβαίνει να είναι συνήθως μία εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με έδρα το Delaware που θα αποτελεί εξ ολοκλήρου θυγατρική ενός (ή περισσότερων) εκ των εκχωρητών των απαιτήσεων¹⁴⁰. Ακόμα σχεδόν πάντα οι επενδυτές θα έχουν την έδρα τους στην αλλοδαπή.

¹³⁷ Γ. Λέκκας, ‘Τρόποι εταιρικής χρηματοδότησης (ιδίως η τιτλοποίηση) και η οικονομική κρίση’ σε Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικόλογων, *Το Εμπορικό Δίκαιο και η Οικονομική Κρίση*, 19ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 315-316.

¹³⁸ T. Fasel, Cross-Border Securitization: Without Law, But Not Lawless, SSRN < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10599 > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 15.09.2024), σελ. 259, Μεταλληνός, ‘Τα ομολογιακά δάνεια...’, ό.π., σελ. 116.

¹³⁹ Association for Financial Markets in Europe – AFME, AFME Q1 2024 Securitisation Data Report, *afme/finance for europe* < <https://www.afme.eu/publications/data-research/details/afme-q1-2024-securitisation-data-report> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 16.09.2024).

¹⁴⁰ afme/ Finance for Europe, Securitisation 2020, A practical cross-border insight to securitisation work, 13th Edition, ICLG.com < https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2020/05/securitisation-article_may2020_various.pdf?%3Frev=86ea02961a544a2da12c80c5b2f054f7 > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024), σελ. 4. X. de Kergommeaux, Titrisation, *Répertoire de droit commercial* (Dalloz), παρ. 49, ιδίως σε σχέση με την αποφυγή διπλής φορολογίας με την εφαρμογή σχετικών διμερών συμβάσεων, T. Fasel, Cross-Border Securitization..., ό.π., σελ. 255.

Το αρ. 10 παρ. 2 του Ν. 3156/2003 επιτρέπει το νομικό πρόσωπο ειδικού σκοπού που αποκτά τις απαιτήσεις να είναι είτε ημεδαπό είτε αλλοδαπό νομικό πρόσωπο. Στην πλειοψηφία αν όχι σε όλες τις συναλλαγές τιτλοποίησης τα μέρη επιλέγουν ωστόσο να χρησιμοποιούν αλλοδαπά νομικά πρόσωπα με αποτέλεσμα οι διατάξεις του ελληνικού δικαίου που αναφέρονται σε ελληνικά νομικά πρόσωπα ειδικού σκοπού να καθίστανται νεκρό γράμμα. Αναφορικά με το πρόσωπο του μεταβιβάζοντος αυτός πρέπει να έχει κατοικία ή έδρα στην Ελλάδα ή και στην αλλοδαπή, εφόσον έχει εγκατάσταση στην Ελλάδα.

Μία παρατήρηση είναι σημαντική στο σημείο αυτό. Σύμφωνα με το αρ. 14 παρ. 13 Ν 3156/2003 οι διατάξεις του αρ. 10 του ίδιου νόμου για την τιτλοποίηση απαιτήσεων με την εξαίρεση της παρ. 3 εφαρμόζονται και όταν το νομικό πρόσωπο ειδικού σκοπού που αποκτά τις τιτλοποιούμενες απαιτήσεις εδρεύει στην αλλοδαπή. Αυτό σημαίνει ότι κατά τη διάταξη αυτή το ελάχιστο ύψος ονομαστικής αξίας της ομολογίας που προέρχεται από ελληνική τιτλοποίηση διέπεται από το ελληνικό δίκαιο και ειδικότερα τα οριζόμενα στο αρ. 10 παρ. 5 Ν. 3156/2003¹⁴¹. Παρά τον παράδοξο χαρακτήρα της ρύθμισης που απαιτεί την εφαρμογή ελληνικού κανόνα δικαίου για την ονομαστική αξία ομολογιών που εκδίδονται από αλλοδαπό εκδότη και καλύπτονται από αλλοδαπούς επενδυτές, το σαφές γράμμα της διάταξης επιβάλλει -κατά την άποψη της θεωρίας- να θεωρηθεί ότι ο συγκεκριμένος κανόνας είναι κανόνας αμέσου εφαρμογής¹⁴².

(α) Η έκταση εφαρμογής του Κανονισμού Ρώμη I σε ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου στην εκχώρηση απαιτήσεων

Καθώς οι παράγοντες που εμπλέκονται σε μία τιτλοποίηση το πιο πιθανό είναι να αγγίζουν περισσότερες έννομες τάξεις έτσι και στα συμβατικά έγγραφα της συναλλαγής δεν θα συναντήσει κανείς ένα μόνο δίκαιο¹⁴³.

Με αφετηρία τον Κανονισμό Ρώμη I, χρήζει στο σημείο αυτό μία ανάλυση του αρ. 14 του Κανονισμού αναφορικά με την εκχώρηση απαιτήσεων. Η εκχώρηση απαίτησης επιτελεί χρηματοδοτικούς και εξασφαλιστικούς ρόλους, στο πλαίσιο δε μίας τιτλοποίησης βρίσκει έδαφος εφαρμογής σε διάφορα στάδια, με αρκετά χαρακτηριστική τη σχέση μεταβιβάζοντος -αποκτώντος (SPV) ως σχέση εκχωρητή και εκδοχέα¹⁴⁴. Το αρ. 14 του Κανονισμού Ρώμη I αφορά την συμβατική εκχώρηση απαιτήσεων. Εισαγωγικά να αναφερθεί ότι σε μία εκχώρηση μπορούμε να διακρίνουμε τρία είδη σχέσεων: α) τη σχέση μεταξύ εκχωρητή και οφειλέτη, β) τη σχέση μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα και γ) τη σχέση μεταξύ εκδοχέα και οφειλέτη. Η πρώτη περίπτωση, δηλαδή η σχέση εκχωρητή-οφειλέτη δεν ρυθμίζεται από το αρ. 14 αλλά διέπεται από τις σχετικές διατάξεις του Κανονισμού Ρώμη I, ανάλογα με τη φύση της σύμβασης. Η δεύτερη περίπτωση, δηλαδή η

¹⁴¹ Βλ. αρ. 10 παρ. 5 Ν. 3156/2003: «Οι αποφάσεις για την έκδοση και το είδος των ομολογιών λαμβάνονται από το Διοικητικό Συμβούλιο της εταιρείας ειδικού σκοπού. Με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου μπορεί να παρέχεται περαιτέρω εξουσιοδότηση για τον καθορισμό επί μέρους λεπτομερειών, όπως αυτών που αναφέρονται στον αριθμό και τη συνολική ονομαστική αξία των ομολογιών που πρόκειται να εκδοθούν, τον τρόπο και την προθεσμία διάθεσης τους, τον τρόπο καθορισμού της τιμής διάθεσης τους, το πρόσωπο που αναλαμβάνει την είσπραξη και διαχείριση των μεταβιβαζόμενων απαιτήσεων, καθώς και τον εκπρόσωπο των ομολογιούχων. Η ονομαστική αξία κάθε ομολογίας πρέπει να είναι τουλάχιστον εκατό χιλιάδες (100.000) ευρώ».

¹⁴² Μεταλληνός, 'Τα ομολογιακά δάνεια...', ό.π., σελ. 126-127.

¹⁴³ Βλ. χαρακτηριστικά σε T. Fabel, Cross-Border Securitization..., ό.π., σελ. 257, όπου σημειώνεται: "Because securitization is an intermediation system combining different components, linked together through markets, actors can pick and choose legal systems in the global "market for laws."

¹⁴⁴ F. Alferes in F. Ferrari/St. Leible, Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, sellier. european law publishers, 2009, art. 14, σελ. 217.

σχέση εκχωρητή - εκδοχέα, ρυθμίζεται ρητά από το άρθρο 14 παρ.1 του Κανονισμού Ρώμη I, το οποίο προβλέπει πως η σύμβαση μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα διέπεται από το δίκαιο που εφαρμόζεται σύμφωνα με τον Κανονισμό Ρώμη I σε μια τέτοια σύμβαση. Συνεπώς, ο καθορισμός του εφαρμοστέου δικαίου στη σύμβαση μεταξύ εκχωρητή -εκδοχέα θα γίνει στη βάση των άρθρων 3, αν υπάρχει επιλογή δικαίου ή 4 σε περίπτωση έλλειψης επιλογής δικαίου. Έτσι το καθοριζόμενο κατά το αρ. 14 παρ. 1 και έπειτα τα αρ. 3 ή αρ. 4 εφαρμοστέο δίκαιο, ήτοι το δίκαιο της εκχωρητικής σύμβασης, θα καλύπτει την εγκυρότητα της εκχώρησης, το είδος της εκχωρητικής σύμβασης εάν π.χ. είναι εκπονητική μόνο δικαιοπραξία ή υπόσχεση προς εκχώρηση, τα δικαιώματα του εκχωρητή, την υποχρέωση αναγγελίας από το ένα μέρος ή το άλλο στον οφειλέτη καθώς και τις συνέπειες εκχώρησης ανεκχώρητης κατά νόμο ή σύμφωνα με προηγούμενη συμφωνία απαίτησης, μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα.

Αντίθετα, η σχέση εκδοχέα-οφειλέτη διέπεται από το δίκαιο που διέπει την απαίτηση σύμφωνα με το αρ. 14 παρ. 2. Γίνεται έτσι αντιληπτό ότι το δίκαιο που διέπει την αρχική σύμβαση μεταξύ εκχωρητή - οφειλέτη είναι επίσης το δίκαιο που διέπει τις σχέσεις μεταξύ εκδοχέα – οφειλέτη. Η ρύθμιση αυτή διασφαλίζει ότι ο οφειλέτης δεν θα βρεθεί σε χειρότερη θέση απέναντι στον εκδοχέα, σε σχέση με τη θέση που είχε απέναντι στον εκχωρητή. Να σημειωθεί ακόμα ότι κατά το αρ. 14 παρ. 2 το δίκαιο που διέπει την εκχωρούμενη απαίτηση καθορίζει ακόμα το εκχωρητό της, τους όρους με τους οποίους μπορεί να γίνει επίκληση της εκχώρησης έναντι του οφειλέτη (τύπος, γλώσσα, χρόνος) και το εξοφλητικό αποτέλεσμα της παροχής του οφειλέτη¹⁴⁵.

Στο πλαίσιο αυτό, και έχοντας κατά νου και τη δομή της τιτλοποίησης, εκχωρητής και εκδοχέας το πιθανότερο είναι να έχουν καθορίσει το δίκαιο της μεταξύ τους σύμβασης εκχώρησης.

Λόγω της προαναφερθείσας δραστηριότητας αλλοδαπών επενδυτικών σχημάτων (SPVs), τα συμβαλλόμενα μέρη επιλέγουν συχνά ως εφαρμοστέο συνήθως αλλοδαπό δίκαιο και ως επί το πλείστον το αγγλικό δίκαιο. Το αγγλικό δε δίκαιο θα προτιμηθεί για μία σειρά από έγγραφα της συναλλαγής. Έτσι στη σύμβαση πώλησης των απαιτήσεων (“Loan Sale Agreement”), στο πρόγραμμα του ομολογιακού δανείου, στη σύμβαση διαχείρισης των μεταβιβασθέντων απαιτήσεων (“Servicing Agreement”) συχνά θα υπάρχει ρήτρα επιλογής αγγλικού δικαίου. Αντίθετα, το ελληνικό δίκαιο διατηρεί την σημασία του ως προς τις δημιουργούμενες στην Ελλάδα εμπράγματα σχέσεις, γι’ αυτό και χαρακτηριστικά η εμπράγματη δικαιοπραξία (“Assignment Agreement”) θα διέπεται από ελληνικό δίκαιο. Η σημασία του ελληνικού δικαίου έγκειται ακόμα στον έλεγχο της συμφωνίας των συμβατικών ρυθμίσεων αλλοδαπού δικαίου με την ελληνική διεθνή δημόσια τάξη, με την έννοια της ΑΚ 33, καθώς τόσο η εκτελεστότητα των αποφάσεων που έχουν εκδοθεί από αλλοδαπά δικαστήρια όσο και η ίδια η εφαρμογή του αλλοδαπού δικαίου θα εξαρτώνται από την μη αντίθεσή τους στην ελληνική διεθνή δημόσια τάξη¹⁴⁶.

Στην σχεδόν απίθανη περίπτωση που τα μέρη δεν έχουν επιλέξει δίκαιο, η σύμβαση εκχώρησης απαιτήσεων θα διέπεται από το δίκαιο της χώρας στην οποία το μέρος το οποίο οφείλει να εκπληρώσει τη χαρακτηριστική παροχή έχει τη συνήθη διαμονή του κατά το αρ. 4 παρ. 2. Στην περίπτωση της τιτλοποίησης χαρακτηριστική θα είναι η παροχή του μεταβιβάζοντος το

¹⁴⁵ Ε. Δρούγκα, *Η εκχώρηση κατά το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2022, σελ. 46-60, Α. Αμιλιανίδης, *Το νέο Ευρωπαϊκό...*, ό.π., σελ. 297-298, F. Alferez in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation ...*, ό.π., σελ. 225.

¹⁴⁶ Κ. Καραγιάννης, Συμψηφισμός οφειλής τράπεζας από σύμβαση κατάθεσης με οφειλή τουκαταθέτη στην τράπεζα από πιστωτική σύμβαση επί τιτλοποιήσεως της απαιτήσεως της τράπεζας, *ΧρηΔικ*, 3/2008, σελ. 311

χαρτοφυλάκιο των απαιτήσεων και όχι εκείνη του SPV. Συνεπώς εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της κεντρικής διοίκησης του μεταβιβάζοντος. Βέβαια τυχόν ενεργοποίηση του αρ. 4 παρ. 3 μπορεί να οδηγήσει σε διαφορετικά αποτελέσματα¹⁴⁷.

Αυτό που δεν ρυθμίζεται από τον Κανονισμό Ρώμη I είναι τα έναντι τρίτων, αποτελέσματα της εκχώρησης καθώς και τα ζητήματα προτεραιότητας μεταξύ πολλαπλών εκδοχέων ή μεταξύ εκδοχέων και άλλων δικαιούχων π.χ. δανειστών. Ειδικότερα ο προβληματισμός έγκειται στο πώς θα προσδιοριστεί και ποιο θα είναι το δίκαιο με βάση το οποίο θα καταρτιστεί η εμπράγματη δικαιοπραξία της εκχώρησης και ποιες προϋποθέσεις πρέπει να υλοποιηθούν ώστε η εκχώρηση να έχει ισχύ *erga omnes*. Έτσι όταν στην κυκλοφορία απαιτήσεων υπάρχει το διασυνοριακό στοιχείο καθότι ο εκχωρητής, ο εκδοχέας ή και ο οφειλέτης είναι εγκατεστημένοι σε διαφορετικές χώρες, τα αποτελέσματά της εκχώρησης έναντι τρίτων δυνητικά υπάγονται σε περισσότερα του ενός εθνικά δίκαια. Καθίσταται επομένως αναγκαίος ο ορισμός του εφαρμοστέου εθνικού δικαίου το οποίο θα θέσει τις προϋποθέσεις, όπως αναγγελία στον οφειλέτη ή καταχώρηση σε δημόσιο βιβλίο, ώστε να διασφαλισθεί η εγκυρότητα της κτήσης της εκχωρηθείσας απαίτησης¹⁴⁸.

Ειδικά στο πλαίσιο της τιτλοποίησης, ζητήματα ανακύπτουν τόσο στη σχέση μεταβιβάζοντος-αποκτώντος το χαρτοφυλάκιο απαιτήσεων, όπως προειπώθηκε, αλλά και στο πλαίσιο της σχέσης των ομολογιούχων δανειστών-επενδυτών που αποκτούν νόμιμο ενέχυρο στις μεταβιβαζόμενες στο SPV απαιτήσεις προς εξασφάλιση των δικών τους απαιτήσεων¹⁴⁹. Η σημασία προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου στα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης αποτυπώνεται και μέσα από την έμμεση σημασία που τους αποδίδεται στην αξιολόγηση των ομολογιών που εκδίδονται στο πλαίσιο της τιτλοποίησης. Εκεί ιδιαίτερα σημαντικοί είναι οι εξής δύο παράγοντες: α) αξιολογείται η «αντοχή»¹⁵⁰ της εκχωρούμενης απαίτησης, με την έννοια της έγκυρης σύστασης της, της αντιταξιμότητάς της καθώς και της σειράς κατάταξης που θα έχει ο κύριος αυτής αν εκκινήσει διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης και β) αξιολογείται η εγκυρότητα του ενεχύρου που συστήνεται επί των απαιτήσεων που εκχωρούνται υπέρ των ομολογιούχων έναντι οποιουδήποτε τρίτου μέρους, συνήθως πιστωτή του εκχωρητή ή πιστωτή της εταιρείας ειδικού σκοπού¹⁵¹.

Μεταβαίνοντας χρονικά ένα βήμα πριν, αξίζει να αναφερθεί ότι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην Πρότασή της για τον Κανονισμό Ρώμη I, είχε συμπεριλάβει ρύθμιση για τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου στα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης, με αναφορά στο δίκαιο της χώρας της συνήθους διαμονής του εκχωρητή, η οποία όμως τελικά διαγράφηκε από το τελικό κείμενο. Υποστηρίχθηκε, και από την ακαδημαϊκή κοινότητα και από το χώρο της πρακτικής, το επιχείρημα ότι άλλες λύσεις θα ήταν δύσκολο να εφαρμοστούν σε περιπτώσεις συλλήβδην εκχώρησης απαιτήσεων (“bulk assignments”), που είναι ο κανόνας στις τιτλοποιήσεις, και αυτό γιατί τυχόν επιλογή δικαίου από τα μέρη θα ενείχε το παράδοξο αποτέλεσμα τα μέρη να επιλέγουν το δίκαιο που θα διέπει τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης. Επίσης τυχόν εφαρμογή

¹⁴⁷ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 753-755, F. Alferes in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation ...*, ό.π., σελ. 224-225.

¹⁴⁸ Δ. Σταματιάδης, Η πρόταση Κανονισμού για το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα των εκχωρήσεων απαιτήσεων, *ΕφαΑΔΠολΔ*, 12/2018, σελ. 1261.

¹⁴⁹ Βλ. και αρ. 10 παρ. 18 Ν. 3156/2003.

¹⁵⁰ Στα αγγλικά διατυπώνεται ως “resistance”.

¹⁵¹ F. Alferes in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation ...*, ό.π., σελ. 234.

του δικαίου της κάθε απαίτησης δεν κρίθηκε ικανοποιητική καθώς θα οδηγούσε στην εφαρμογή πολλών διαφορετικών δικαίων¹⁵². Σημειώθηκε επίσης, ως ένα ακόμα θετικό στοιχείο της χρήσης του δικαίου της χώρας του εκχωρητή, η διευκόλυνση της διαδικασίας του νομικού ελέγχου με την οποία εντοπίζονται τυχόν βάρη επί των απαιτήσεων. Αντίθετη λύση θα ήταν οικονομικά μη συμφέρουσα, να πρέπει δηλαδή ο εκδοχέας να κάνει νομικό έλεγχο για κάθε απαίτηση υπό διαφορετικό δίκαιο προκειμένου να εκτιμήσει την αποτελεσματικότητα της εκχώρησης έναντι τρίτων¹⁵³. Πάντως μεγάλη ήταν και η μερίδα ειδικών που θεωρούσαν τον κανόνα της συνήθους διαμονής του εκχωρητή ως ακατάλληλο για την περίπτωση της τιτλοποίησης, με χαρακτηριστική την αντίδραση της City of London Law Society, της οποίας τα 14.000 μέλη παρέχουν νομικές συμβουλές σε σχεδόν όλες τις τιτλοποιήσεις απαιτήσεων αγγλικού δικαίου, καθώς και του γερμανικού δικηγορικού συλλόγου ο οποίος αριθμούσε τότε 68.000 μέλη¹⁵⁴. Από την πλευρά τους και αυτοί υποστήριζαν ότι θα ήταν αδικαιολόγητα αυξημένα τα κόστη ενός νομικού ελέγχου όπου τα αποτελέσματα της εκχώρησης θα διέπονταν από το δίκαιο της χώρας της συνήθους διαμονής του εκχωρητή και αυτό γιατί θα κατέληγε η σχέση της εκχώρησης να ρυθμίζεται από πιθανότατα τρία διαφορετικά δίκαια, με δεδομένο ότι η σχέση εκχωρητή και εκδοχέα διέπεται από το δίκαιο που εφαρμόζεται στην μεταξύ τους σύμβαση, κατά το αρ. 14 παρ. 1, και η σχέση εκχωρητή-οφειλέτη από το δίκαιο που διέπει την απαίτηση¹⁵⁵.

Στο κείμενο του ίδιου του Κανονισμού Ρώμη I προβληματισμό δημιουργεί η αιτ. σκ. 38 του Προοιμίου, η οποία είναι μάλλον ανεπιτυχής¹⁵⁶. Από κάποιους υποστηρίχθηκε ότι η σκέψη αυτή περιλαμβάνει έναν λανθάνοντα κανόνα ρύθμισης των έναντι τρίτων δικαιωμάτων. Παρά ταύτα, η ιστορική εξέλιξη της νομοθετικής διαδικασίας στο πλαίσιο σύνταξης του Κανονισμού Ρώμη I, η μη συμπερίληψη ρητού κανόνα σύγκρουσης στο ίδιο το κείμενο του Κανονισμού αλλά και ο σαφής διαχωρισμός στον οποίο προβαίνει το άρθρο 27 παρ. 2 σε σχέση με «*την αποτελεσματικότητα της εκχώρησης προκειμένου για απαίτηση έναντι τρίτων*» και «*την προτεραιότητα της εκχωρούμενης απαίτησης έναντι δικαιώματος άλλου προσώπου*» φαίνεται να δηλώνουν την πρόθεση του κοινοτικού νομοθέτη να μην περιλάβει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 14 το συγκεκριμένο ζήτημα, καταλείποντας στο εκάστοτε εθνικό σύστημα ιδιωτικού διεθνούς δικαίου την αρμοδιότητα της ρύθμισής του¹⁵⁷. Την ανωτέρω ερμηνεία ήρθε να επιβεβαιώσει και το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης σημειώνοντας ότι «*το άρθρο 14 του Κανονισμού 593/2008 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν προσδιορίζει ευθέως ή κατ'*

¹⁵² European Financial Markets Lawyers Group, EFMLG Working group on securitization Legal Obstacles to Cross-Border Securitizations in the Eu, *efmlg.org* < <http://www.efmlg.org/documents.htm> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024), σελ. 57. P. Lagarde/A. Tenenbaum, De la convention ... ο.π., σελ. 727, παρ. 46.

¹⁵³ J. Perkins, A question of priorities: choice of law and proprietary aspects of the assignment of debts, *Law and Financial Markets Review*, 2008, σελ. 239-240.

¹⁵⁴ British Institute of International and Comparative Law, Study on the question of effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person final report, *europa.eu* < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fd808b79-725d-4ce3-95b0-599119e7fb8f> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024), σελ. 394.

¹⁵⁵ J. Perkins, A question of priorities..., ό.π., σελ. 241.

¹⁵⁶ Ειδικότερα αναφέρει «*Στο πλαίσιο της εκχώρησης απαιτήσεων, ο όρος «σχέσεις» θα πρέπει να καθιστά σαφές ότι το άρθρο 14 παράγραφος 1 εφαρμόζεται και στις περιουσιακές πτυχές μιας εκχώρησης μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα στις έννομες τάξεις, στις οποίες οι πτυχές αυτές αντιμετωπίζονται αυτοτελώς σε σχέση με τις πτυχές που εμπίπτουν στο ενοχικό δίκαιο. Εντούτοις, ο όρος «σχέσεις» δεν θα πρέπει να θεωρηθεί ότι αναφέρεται σε οποιαδήποτε ενδεχόμενη σχέση μεταξύ εκχωρητή και εκδοχέα.*»

¹⁵⁷ F. Alferes in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation ...*, ό.π., σελ. 235. P. Lagarde/A. Tenenbaum, De la convention ... ο.π., σελ. 727, παρ. 46

αναλογίαν το εφαρμοστέο δίκαιο όσον αφορά τη δυνατότητα επίκλησης έναντι τρίτων της εκχώρησης μιας απαίτησης σε περίπτωση πολλαπλών εκχωρήσεων απαίτησης από τον ίδιο δανειστή σε διαδοχικούς εκδοχείς»¹⁵⁸.

(β) Η Πρόταση Κανονισμού σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα των εκχωρήσεων απαιτήσεων

Στις 12.03.2018 η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υπέβαλε Πρόταση Κανονισμού σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα των εκχωρήσεων απαιτήσεων (η «Πρόταση Κανονισμού»)¹⁵⁹. Στο πλαίσιο αυτό η Επιτροπή ανέθεσε μία μελέτη, την οποία εκπόνησε το Βρετανικό Ινστιτούτο Διεθνούς και Συγκριτικού Δικαίου (BIICL). Αυτή έδειξε ότι το εφαρμοστέο δίκαιο ως προς την επίλυση της σύγκρουσης νόμων σχετικά με τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης απαιτήσεων είναι συνήθως το δίκαιο της συνήθους διαμονής του εκχωρητή (για παράδειγμα, στο Βέλγιο, τη Γαλλία και το Λουξεμβούργο ως προς την τιτλοποίηση)¹⁶⁰, το δίκαιο που διέπει την εκχωρηθείσα απαίτηση (για παράδειγμα, στην Ισπανία και στην Πολωνία) και το δίκαιο που διέπει τη σύμβαση μεταξύ του εκχωρητή και του εκδοχέα (για παράδειγμα, στις Κάτω Χώρες). Έτσι, με τα σημερινά δεδομένα, οι κανόνες σύγκρουσης νόμων που διέπουν τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης απαιτήσεων υφίστανται σε επίπεδο κρατών μελών και βασίζονται σε διαφορετικά συνδετικά στοιχεία. Στο πλαίσιο των διαφορετικών αυτών πρακτικών αξιολογείται ως μεγάλης σημασίας η θέσπιση, σε ενωσιακό επίπεδο, ενιαίων κανόνων σύγκρουσης ως προς τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης απαιτήσεων για λόγους πρωτίστως προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου. Ακόμα, μία ενιαία ρύθμιση σε επίπεδο εφαρμοστέου δικαίου, αξιολογείται ότι θα αποφέρει σημαντική προστιθέμενη αξία στις χρηματοπιστωτικές αγορές, ενθαρρύνοντας τις διασυνοριακές επενδύσεις καθώς θα μειώνει τη ζημία που ενδέχεται να προκύψει αν οι συμμετέχοντες στην αγορά δεν έχουν επίγνωση του νομικού κινδύνου που απορρέει από την ανασφάλεια δικαίου¹⁶¹.

Η εξασφάλιση της απόκτησης νόμιμου τίτλου επί της εκχωρηθείσας απαίτησης είναι σημαντική για τον εκδοχέα γιατί αλλιώς τρίτοι θα μπορούσαν να διεκδικήσουν τον νόμιμο τίτλο επί της ίδιας απαίτησης. Ενδέχεται να ανακύψει έτσι σύγκρουση προτεραιότητας μεταξύ του εκδοχέα της απαίτησης ή των απαιτήσεων τρίτου, με αποτέλεσμα να εμφιλοχωρεί κίνδυνος μεγάλης οικονομικής ζημίας. Δύο είναι οι χαρακτηριστικές περιπτώσεις: α) η περίπτωση που μία απαίτηση έχει εκχωρηθεί δύο φορές από τον εκχωρητή σε διαφορετικούς εκδοχείς και β) η περίπτωση που αν συντρέξει αφερεγγυότητα του εκχωρητή, οι δανειστές του θα επιθυμούν να γνωρίζουν αν η

¹⁵⁸ C-548/18 *BGL BNP Paribas SA v TeamBank AG Nürnberg*, EU:C:2019:848. Το ΔΕΕ στην ίδια απόφαση σημείωσε ακόμα στη σκέψη 37 «στο παρόν στάδιο εξελίξεως του δικαίου της Ένωσης, η απουσία κανόνων σύγκρουσης που να αφορούν ρητώς τη δυνατότητα επίκλησης έναντι τρίτων της εκχώρησης μιας απαίτησης αποτελεί επιλογή του νομοθέτη της Ένωσης». Βλ. σχολιασμό Απόφασης από F. Mélin, *Cession de créances: loi applicable aux tiers*, *Dalloz Actualité*, 24 octobre 2019. S. Clavel/F. Jault-Seseke, *Droit international privé*, Recueil Dalloz 2020, σελ. 951, παρ. ΙΑ3

¹⁵⁹ βλ. G. Cuniberti, *La proposition de règlement de la Commission sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances*, *Revue critique de droit international privé*, 2018, σελ. 793

¹⁶⁰ X. de Kergommeaux, *Titrisation*, *Répertoire de droit commercial* (Dalloz), παρ.130. Παρόμοια φαίνεται να είναι η προτιμητέα λύση και στη Γερμανία, *Conseil allemand pour le droit international privé*, *Commission spéciale «opposabilité aux tiers de la cession de créance»*, *Revue critique de droit international privé*, 2012 σελ. 676.

¹⁶¹ Βλ. και σκέψεις 5, 6 και 20 της Πρότασης Κανονισμού.

εκχωρηθείσα απαίτηση αποτελεί μέρος της πτωχευτικής περιουσίας, δηλαδή αν η εκχώρηση παράγει αποτελέσματα και ο εκδοχέας έχει αποκτήσει νόμιμο τίτλο επί της απαίτησης¹⁶².

Μεταξύ των πολλών ζητημάτων που εξετάστηκαν στο πλαίσιο διατύπωσης της Πρότασης Κανονισμού, εκτενής ήταν και η συζήτηση ειδικά για το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης στο πλαίσιο τιτλοποιήσεων. Στην αρχική πρόταση του Κανονισμού το αρ. 4 παρ. 1 ορίζει ότι αν δεν προβλέπεται διαφορετικά τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης απαιτήσεων διέπονται από το δίκαιο της χώρας στην οποία έχει τη συνήθη διαμονή του ο εκχωρητής κατά τον κρίσιμο χρόνο. Και ενώ αυτός είναι ο γενικός κανόνας, η περίπτωση των τιτλοποιήσεων αποκτά μία επιπλέον δυνατότητα-ευελιξία. Έτσι σύμφωνα με την Πρόταση Κανονισμού στο αρ. 4 παρ. 3 προβλέπεται μία περιορισμένη ελευθερία επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου από την μεταβιβάζουσα επιχείρηση και την εταιρία ειδικού σκοπού, οι οποίες εν προκειμένου δύνανται να επιλέξουν το δίκαιο της εκχωρηθείσας απαίτησης. Μία τέτοια επιλογή πρέπει να γίνεται ρητά στη σύμβαση εκχώρησης ή σε χωριστή συμφωνία. Το ουσιαστικό και τυπικό κύρος της πράξης με την οποία πραγματοποιήθηκε η επιλογή δικαίου θα διέπεται από το δίκαιο που επελέγη.

Ο συνδυασμός των αρ. 4 παρ. 1 και 3 της Πρότασης Κανονισμού παρέχει στους φορείς τιτλοποιήσεων την ευελιξία είτε να επιλέξουν το δίκαιο της εκχωρηθείσας απαίτησης είτε να εξακολουθήσουν να υπόκεινται στον γενικό κανόνα, δηλαδή την εφαρμογή του δικαίου της συνήθους διαμονής του εκχωρητή, ανάλογα με τη δομή της τιτλοποίησής τους, και συγκεκριμένα ανάλογα με το κατά πόσον οι εκχωρηθείσες απαιτήσεις υπόκεινται στο δίκαιο μίας ή περισσοτέρων χωρών, αν υπάρχει ένας ή περισσότεροι μεταβιβάζοντες, αν αυτοί βρίσκονται σε μία ή περισσότερες χώρες.

Η λογική πίσω από την πρόταση παροχής της ευελιξίας αυτής ερείδεται στην παρατήρηση της πράξης, σύμφωνα με την οποία οι μεγάλοι φορείς τιτλοποιήσεων εφαρμόζουν το δίκαιο της εκχωρηθείσας απαίτησης στα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης. Αυτό σημαίνει ότι ο εκδοχέας (το SPV), για να διασφαλίσει ότι αποκτά νόμιμο τίτλο, θα πρέπει να συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις του δικαίου που διέπει τις εκχωρηθείσες απαιτήσεις, ήτοι με το δίκαιο της σύμβασης μεταξύ του αρχικού δανειστή και οφειλέτη. Αυτό παρουσιάζει δύο πλεονεκτήματα. Αφενός μειώνει το κόστος για τον μεταβιβάζοντα ο οποίος θα διαμορφώσει μία τιτλοποίηση τέτοιας δομής ώστε όλες οι απαιτήσεις που θα συμπεριληφθούν στο χαρτοφυλάκιο που θα εκχωρηθεί στο SPV να υπόκεινται στο δίκαιο της ίδιας χώρας. Αφετέρου, το SPV, για να διασφαλίσει ότι αποκτά νόμιμο τίτλο επί της δέσμης των απαιτήσεων αυτών θα πρέπει να συμμορφωθεί με τις εκάστοτε προϋποθέσεις του δικαίου μίας μόνο χώρας. Συνεπώς, στο πλαίσιο διασυνοριακών τιτλοποιήσεων στις οποίες οι μεταβιβάζοντες βρίσκονται σε διαφορετικά κράτη μέλη, η εφαρμογή του δικαίου της συνήθους διαμονής του εκχωρητή θα ήταν επαχθέστερη για

¹⁶² European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims {SWD(2018) 52 final} - {SWD(2018) 53 final}, *Official Journal of the European Union* < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0096> >, (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024), σελ. 4-5, 13. Ομοίως, Conseil allemand pour le droit international privé, ... ο.π. σελ. 676.

τον εκδοχέα, καθώς θα έπρεπε να συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις της νομοθεσίας διαφόρων χωρών, της χώρας δηλαδή στην οποία βρίσκεται κάθε μεταβιβάζων¹⁶³.

Υποστηρίζεται ακόμα ότι τα έξοδα ενός νομικού ελέγχου είναι χαμηλότερα καθότι όταν μεταβιβάζεται χαρτοφυλάκιο απαιτήσεων στο SPV οι συμμετέχουσες στην συναλλαγή πλευρές διενεργούν σε κάθε περίπτωση νομικό έλεγχο επί των εκχωρούμενων απαιτήσεων υπό έκαστο εφαρμοστέο επ' αυτών δίκαιο, τόσο για να εντοπιστούν πιθανά βάρη όσο και για να διακριβωθεί το εκχωρητό και η εγκυρότητα της εκχώρησης της κάθε απαίτησης προς τον σκοπό απόκτησης της κατάλληλης πιστοληπτικής διαβάθμισης για τους εκδοθέντες στη συνέχεια τίτλους. Δεν αμφισβητείται ότι ο νομικός αυτός έλεγχος όπως προελέχθη θα γίνει υπό το δικαιο που διέπει την κάθε απαίτηση καθώς αυτό είναι το δίκαιο που και κατά το αρ. 14 παρ. 2 του Κανονισμού Ρώμη I καθορίζει το εκχωρητό ή όχι αυτής. Ανάγκη περαιτέρω νομικού ελέγχου για τον προσδιορισμό των έναντι τρίτων αποτελεσμάτων της εκχώρησης και της προτεραιότητας μεταξύ περισσότερων εκχωρήσεων κατά το δίκαιο της συνήθους διαμονής του εκχωρητή θα αποτελούσε μία και χρονοβόρα και αυξημένου κόστους διαδικασία¹⁶⁴. Από την άλλη, αν στα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης απαιτήσεων εφαρμοστέο είναι το δίκαιο της συνήθους διαμονής του εκχωρητή το κόστος του νομικού ελέγχου θα είναι αυξημένο ειδικά στην περίπτωση απαιτήσεων που προκύπτουν από συμβάσεις με καταναλωτές. Τότε θα πρέπει και υπ' αυτό το δίκαιο να γίνει νομικός έλεγχος και να ελεγχθεί κατά πόσο έχουν εγκύτως δημιουργηθεί οι εν λόγω απαιτήσεις με πάντα ενδεχόμενη και πολύ πιθανή την εφαρμογή κανόνων αμέσου εφαρμογής αυτής της πολιτείας, όπως συνήθως χαρακτηρίζονται οι διατάξεις για την προστασία των καταναλωτών.

Εδώ έχει σημασία να τονιστεί ότι η εφαρμογή του δικαίου της εκχωρούμενης απαίτησης θα είχε το πλεονέκτημα ακόμα εξοικονόμησης χρόνου μέσω της μείωσης της ανάγκης νομικού χαρακτηρισμού σχέσεων καθώς δεν θα ήταν πλέον αναγκαίο να εξεταστούν ποια ζητήματα εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου που διέπει την εκχωρούμενη απαίτηση και ποια στο πεδίο εφαρμογής του δικαίου που διέπει τα αποτελέσματα της εκχώρησης έναντι τρίτων μερών, αφού και τα δύο ζητήματα θα καλύπτονταν από το ίδιο δίκαιο. Ένα ακόμα επιχείρημα, αντλούμενο και αυτό από την πράξη, υπέρ της εφαρμογής του δικαίου της εκχωρούμενης απαίτησης, είναι ότι αν δε εφαρμόζεται αυτό και για το έγκυρο και το εκχωρητό της απαίτησης και παράλληλα και για τα έναντι τρίτων αποτελέσματα αυτής δεν θα μπορεί να δοθεί μία μόνο νομική γνωμοδότηση (legal opinion) που να αξιοποιηθεί για την πιστοληπτική αξιολόγηση των εκδοθέντων ομολογιών. Συνεπώς αν τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης διέπονται από το δίκαιο της συνήθους διαμονής του εκχωρητή τότε θα απαιτούνταν νομικές γνωμοδοτήσεις από δικηγόρους δύο διαφορετικών δικαιοδοσιών. Τότε θα ανέκυπτε το ερώτημα, ποιος και κατά πόσο θα αναλάμβανε την ευθύνη μέσω της νομικής αυτής γνωμοδότησης για τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης που όμως προϋποθέτουν ότι ορθά εφαρμόστηκε προηγουμένως άλλο δίκαιο άλλης δικαιοδοσίας, αυτό ως προς το εκχωρητό της. Τέλος, τυχόν εφαρμογή του δικαίου της συνήθους διαμονής του εκχωρητή θα κατέλυε την προβλεψιμότητα δικαίου στην περίπτωση που

¹⁶³ European Commission, Proposal for a Regulation..., ό.π., σελ. 18-19, 22-25, βλ. και σκ. 28 του Προοιμίου της Πρότασης Κανονισμού. Βλ. εμμέσως Conseil allemand ..., ο.π. σελ. 676: «*Toutefois, au cas où la cession est intégrée dans des opérations juridiques plus vastes entre le cédant et le cessionnaire, ce rattachement [siège du cédant] peut le cas échéant, entraver l'opération dans son ensemble*»

¹⁶⁴ F. Alferez in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation* ..., ό.π., σελ. 247.

μεταβαλλόταν η συνήθης διαμονή του εκχωρητή, π.χ. αυτό θα συνέβαινε συχνότερα σε υπεράκτιες εταιρείες. Είναι γεγονός ότι ένας σύνδεσμος που μετακινείται θα προκαλούσε ανησυχία σε εκδοχείς και πρόσωπα που έχουν λάβει εξασφάλιση πάνω στην απαίτηση προκειμένου να παράσχουν χρηματοδότηση. Την ίδια στιγμή δε θα ήταν δυνατό να δοθεί μία ξεκάθαρη νομική γνωμοδότηση, αν εμφιλοχωρεί δηλαδή πάντα η πιθανότητα μεταβολής του συνδέσμου, που να αξιοποιηθεί στην πιστοληπτική αξιολόγηση των εκδοθέντων ομολογιών¹⁶⁵.

Από την άλλη πλευρά, μικρότεροι φορείς τιτλοποίησης χρειάζεται να εφαρμόσουν το δίκαιο της συνήθους διαμονής του εκχωρητή καθώς οι απαιτήσεις που περιλαμβάνονται στο προς εκχώρηση χαρτοφυλάκιο θα διέπονται από το δίκαιο διαφόρων χωρών. Πρόκειται για την περίπτωση όπου οι μικρότεροι εκδοχείς δεν θα μπορούσαν να εφαρμόσουν το δίκαιο της εκχωρηθείσας απαίτησης γιατί δεν θα είχαν τα εφόδια να συμμορφωθούν με τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για να αποκτήσουν νόμιμο τίτλο επί των εκχωρηθεισών απαιτήσεων σύμφωνα με το κάθε δίκαιο που διέπει την καθεμία από τις απαιτήσεις που συμπεριλαμβάνεται στο χαρτοφυλάκιο¹⁶⁶. Ένα ακόμα επιχείρημα υπέρ της λειτουργικότητας της εφαρμογής του δικαίου της συνήθους διαμονής του εκχωρητή είναι ότι παρέχει μία βεβαιότητα στην περίπτωση εκχώρησης μελλοντικών απαιτήσεων. Αυτό γιατί εφόσον οι απαιτήσεις αυτές δεν έχουν γεννηθεί, πιθανό είναι -και εξαρτάται από την επιλογή του εκάστοτε νομοθετικού συστήματος- να μην έχει ακόμη προσδιοριστεί και το εφαρμοστέο σε αυτές δίκαιο. Στην πραγματικότητα, το εν λόγω πρόβλημα δεν αφορά τις απαιτήσεις των οποίων τα δικαιοπαραγωγικά αίτια υπάρχουν κατά τον χρόνο της εκχώρησης, αυτές δηλαδή που θα προκύψουν από υφιστάμενη σύμβαση. Σε αυτές, το εφαρμοστέο δίκαιο της εκχωρούμενης απαίτησης θα μπορεί να εντοπιστεί ήδη κατά τον χρόνο της εκχώρησης, ακόμη και εάν η απαίτηση δεν έχει γεννηθεί¹⁶⁷. Αυτή είναι και η λογική του ελληνικού δικαίου όπου το αρ. 10 παρ. 5 Ν. 3156/2003 αναφέρει ότι «οι απαιτήσεις που μεταβιβάζονται με σκοπό την τιτλοποίηση μπορεί να είναι απαιτήσεις κατά οποιουδήποτε τρίτου, ακόμη και των καταναλωτών, υφιστάμενες ή μελλοντικές, εφόσον αυτές προσδιορίζονται ή είναι δυνατόν να προσδιορισθούν με οποιονδήποτε τρόπο». Συνεπώς μάλλον είναι σχετικά αδύναμο το εν λόγω επιχείρημα υπέρ του δικαίου της συνήθους διαμονής τους εκχωρητή.

Σε κάθε περίπτωση, και δεδομένης της δυνατότητας παροχής της ανωτέρω ευελιξίας, φαίνεται ο ορισμός του κατάλληλου δικαίου να αποτελεί συνάρτηση κατά κύριο λόγο της δομής και των χαρακτηριστικών της διενεργούμενης συναλλαγής καθώς και του προκύπτοντος κατά περίπτωση κόστους. Έτσι αν ο εκδοχέας, δηλαδή το SPV, αποκτά από έναν μόνο εκχωρητή μια δέσμη απαιτήσεων που υπάγονται σε διαφορετικά δίκαια, ο σύνδεσμος της συνήθους διαμονής του εκχωρητή παρουσιάζει από πλευράς ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, περισσότερα πλεονεκτήματα δεδομένου ότι τελικά οδηγεί στην εφαρμογή και συνάμα στη διακρίβωση του περιεχομένου ενός

¹⁶⁵ J. Perkins, *A question of priorities...*, ό.π., σελ. 241-242, T. Hartley, Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations under the Rome I Regulation, *International & Comparative Law Quarterly*, 6 / 2011, σελ. 54. Βλ. όμως, G. Cuniberti, La proposition de règlement ... ο.π., παρ. I.B.: «*L'article 4 paragraphe 1, alinéa second, prévoit alors une solution innovante au conflit mobile. L'opposabilité de chacune des deux cessions demeurera régie par sa propre loi, mais le conflit entre les deux cessionnaires sera réglé en préférant celui qui, le premier, aura accompli les formalités nécessaires pour rendre la cession opposable aux tiers prévue par sa propre loi*».

¹⁶⁶ European Commission, Proposal for a Regulation..., ό.π., σελ. 18-19, 22-25, βλ. και αιτ. σκ. 28 του Προοιμίου της Πρότασης Κανονισμού.

¹⁶⁷ T. Hartley, Choice of Law Regarding ..., ό.π., σελ. 53-54.

μόνον δικαίου μειώνοντας παράλληλα το κόστος των νομικών υπηρεσιών. Αν από την άλλη το SPV αποκτά από πλείονες εκχωρητές, με διαφορετική χώρα εγκατάστασης, απαιτήσεις που υπάγονται στο ίδιο δίκαιο τότε αναμφίβολα η εφαρμογή του δικαίου της εκχωρηθείσας απαίτησης παρουσιάζεται ως προσφορότερη λύση, καθώς ο σύνδεσμος της συνήθους διαμονής του εκχωρητή θα παρέπεμπε σε περισσότερες εθνικές έννομες τάξεις¹⁶⁸.

Περαιτέρω, σύντομου σχολιασμού χρήζει και το αρ. 4 παρ. 4 της Πρότασης Κανονισμού που αναφέρεται στην περίπτωση σύγκρουσης προτεραιότητας μεταξύ εκδοχέων, π.χ. στην περίπτωση που έγινε μία πρώτη τιτλοποίηση, για την οποία δεν έγινε επιλογή δικαίου και ακολούθησε εκχώρηση στο πλαίσιο δεύτερης τιτλοποίησης στην οποία τα μέρη επέλεξαν ως εφαρμοστέο το δίκαιο της εκχωρηθείσας απαίτησης. Η λύση που δίνει η Πρόταση Κανονισμού είναι η εφαρμογή, στη σύγκρουση προτεραιοτήτων, του δικαίου που διέπει τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης απαιτήσεων η οποία παρήγαγε πρώτη αποτελέσματα έναντι τρίτων δυνάμει του εφαρμοστέου σε αυτήν δικαίου. Πρόκειται για κανόνα σύμφωνο με τον κανόνα που εφαρμόζεται στη μεταβλητή σύγκρουση (conflict mobile) του αρ. 4 παρ. 1.

Στο νομοθετικό του ψήφισμα (“legislative resolution”) της 13ης Φεβρουαρίου 2019 σχετικά με την Πρόταση Κανονισμού το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο στο πλαίσιο των τροπολογιών του απέλειψε την αιτ. σκ. 28 του Προοιμίου και την παρ. 3 του αρ. 4 σχετικά με την περιορισμένη δυνατότητα επιλογής δικαίου στις τιτλοποιήσεις¹⁶⁹. Στη συνέχεια το Συμβούλιο επανέφερε την αιτ. σκ. 28 του Προοιμίου που εισάγει τη λογική περί δυνατότητας επιλογής δικαίου της εκχωρούμενης απαίτησης, την οποία και συμπλήρωσε με τις σκέψεις 28α και 28β επεκτείνοντας παράλληλα την περιορισμένη δυνατότητα επιλογής δικαίου και στην περίπτωση των καλυμμένων ομολογιών, εκτός της τιτλοποίησης. Στο δε αρ. 4 της Πρότασης του Κανονισμού που αναφέρεται στο εφαρμοστέο δίκαιο ειδικά, επαναφέρει την παρ. 3, όπου πλέον υπάρχει η δυνατότητα επιλογής μεταξύ του δικαίου της χώρας της συνήθους διαμονής του εκχωρητή ή του δικαίου της εκχωρούμενης απαίτησης, και με τη σημείωση ότι επεκτείνει ρητά πλέον την ευχέρεια αυτή και στην περίπτωση των καλυμμένων ομολογιών. Προσθέτει ακόμα ότι η επιλογή αυτή μπορεί να γίνει και με συμφωνία με ηλεκτρονικά μέσα εφόσον υπάρχει καταγραφή της δήλωσης των μερών που ενέχει στοιχεία μονιμότητας¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Δ. Σταματιάδης, Η πρόταση Κανονισμού για το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα των εκχωρήσεων απαιτήσεων, *ΕφΑΔΠολΔ*, 12/2018, σελ. 1267, J. Perkins, A question of priorities..., ό.π., σελ. 240. Παρόμοια προσέγγιση ακολουθεί και το Conseil allemand ..., ο.π. σελ. 676: « *Il faut réfléchir à d'éventuelles exceptions. Selon la deuxième conception les effets de disposition sont régis par la loi du contrat de cession. La conséquence positive est que les obligations contractuelles et les effets de disposition entre le cédant et le cessionnaire peuvent être soumis à une loi uniforme* ». Βλ. επίσης G, Cuniberti, La proposition de règlement ...ο.π. παρ. II.B.

¹⁶⁹ European Parliament, European Parliament legislative resolution of 13 February 2019 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third party effects of assignments of claims (COM(2018)0096 — C8-0109/2018 — 2018/0044(COD)), *Official Journal of the European Union* < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019AP0086&qid=1726520584204> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024), αρ. 4 και αιτ.σκ. 28 Προοιμίου.

¹⁷⁰ Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims - General approach, *data.consilium.europa.eu* < <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9050-2021-INIT/en/pdf> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024), σελ. 30-31,43, βλ. ακόμα: European Parliament, Law applicable to the third-party effects of assignments of claims, *Think Tank European Parliament* < [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2018\)623546](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2018)623546) > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024) όπου παρατίθεται συνολικά η εξέλιξη της νομοθετικής διαδικασίας μέχρι το 2022 .

Οι παλινδρομήσεις στον συγκεκριμένο τομέα φαίνονται από την ποικιλία απόψεων που προβάλλονται και τα θεσμικά όργανα της Ε.Ε. που υιοθετούν διαφορετικές προσεγγίσεις. Ίσως σε αυτό και να οφείλεται και η καθυστέρηση στην υιοθέτηση του εν λόγω Κανονισμού. Στο πλαίσιο αυτό σε κοινή δήλωσή τους τα θεσμικά όργανα της Ε.Ε. καθόρισαν κοινές νομοθετικές προτεραιότητες για τα έτη 2023 - 2024, στις οποίες θέλουν να εξασφαλίσουν ουσιαστική πρόοδο. Σε αυτές συμπεριλαμβάνεται και το ζήτημα του καθορισμού του εφαρμοστέου δικαίου στα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης απαιτήσεων¹⁷¹. Βέβαια υπάρχει και η θέση ότι η επίτευξη ασφάλειας δικαίου και η προβλεψιμότητα της λειτουργίας των διαφόρων πτυχών της εκχώρησης θα μπορούσε να γίνει ίσως με μία αποτελεσματική τροποποίηση του αρ. 14 του Κανονισμού Ρώμη I, με στόχο τη δημιουργία ενός κανόνα ευέλικτου και απλού ως προς τη δομή και το περιεχόμενό του ώστε να επιτυγχάνεται μία ενιαία σύνδεση των συναφών ζητημάτων της εκχώρησης χωρίς να χρειάζεται ένας δεύτερος Κανονισμός. Η λύση του δεύτερου Κανονισμού, που φαίνεται βέβαια να προκρίνεται, αποτυπώνει περισσότερο έναν συμβιβασμό, αν εν τέλει επιτευχθεί ο συμβιβασμός, αντιτιθέμενων συμφερόντων συγκεκριμένων οικονομικών παραγόντων της ενωσιακής αγοράς, με διαφορετικούς κλάδους στους οποίους η σχέση της εκχώρησης έχει καθοριστική και λειτουργική σημασία να προκρίνουν την ευχερέστερη για αυτούς λύση, με την τιτλοποίηση να είναι ένας από αυτούς και τον τομέα του factoring ένας άλλος. Βέβαια ισχύει ότι μια περίπλοκη λύση είναι καλύτερη από την ανυπαρξία οποιασδήποτε λύσης¹⁷².

(γ) Η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για την Εκχώρηση απαιτήσεων στο διεθνές εμπόριο

Μία σύντομη μνεία θα γίνει στο σημείο αυτό για την Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για την Εκχώρηση απαιτήσεων στο διεθνές εμπόριο που άνοιξε για υπογραφή στη Νέα Υόρκη στις 12 Δεκεμβρίου του 2001¹⁷³. Ο κύριος στόχος της ως άνω Σύμβασης είναι να συμβάλει στην εναρμόνιση του δικαίου στο πεδίο των διεθνών συναλλαγών και να προωθήσει τις διασυνοριακές εκχωρήσεις απαιτήσεων και την ελεύθερη διακίνηση κεφαλαίων και υπηρεσιών μέσω της θέσπισης στέρεων διεθνών αρχών και κανόνων, οι οποίοι θα ρυθμίζουν μια πληθώρα σύνθετων έννομων σχέσεων όπως π.χ οι τιτλοποιήσεις¹⁷⁴.

Η μνεία θα είναι συνοπτική γιατί η σύμβαση δεν έχει τεθεί σε ισχύ, καθώς ενώ απαιτείται να επικυρωθεί από τουλάχιστον πέντε κράτη, μόλις τρία την έχουν υπογράψει, και δύο την έχουν επικυρώσει, και συγκεκριμένα η Λιβερία και το 2019 οι ΗΠΑ (ενώ απαιτούνται πέντε επικυρώσεις για να τεθεί διεθνώς σε ισχύ). Φαίνεται συνεπώς να παρουσιάζει περιορισμένη δυναμική σε επίπεδο αποδοχής από την διεθνή κοινότητα. Παρόλ' αυτά η Πρόταση Κανονισμού αναφέρεται σε αυτή στην αιτ. σκ. 23 του Προοιμίου της. Η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών υιοθετεί στο αρ. 22 και 30 παρ. 1 τον σύνδεσμο της συνήθους διαμονής του εκχωρητή για τα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης και τη σύγκρουση προτεραιοτήτων και αυτό αποτελεί και το γενικό

¹⁷¹ European Parliament, Joint Declaration 2023-24, *European Parliament Legislative Observatory* < <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/thematicnote.do?id=41380&l=en> >(ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024)

¹⁷² Δ. Σταματιάδης, Η πρόταση Κανονισμού για το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα των εκχωρήσεων απαιτήσεων, *ΕφΑΔΠολΔ*, 12/2018, σελ. 1270.

¹⁷³ Βλ. στα αγγλικά ως «*United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 2001)*»

¹⁷⁴ Secretariat of the United Nations Commission on International Trade Law, Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, *uncitral.un.org* < <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ctc-assignment-convention-e.pdf> >.(ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024), σελ. 28

κριτήριο της Πρότασης Κανονισμού¹⁷⁵. Ακόμα στην αιτ. σκ. 23 του Προοιμίου της η Πρόταση Κανονισμού αναφέρει «*Η συμβατότητα μεταξύ των ενωσιακών κανόνων σύγκρουσης νόμων που ορίζονται στον παρόντα Κανονισμό και της λύσης που έχει προκριθεί σε διεθνές επίπεδο από την προαναφερόμενη σύμβαση αναμένεται να διευκολύνει την επίλυση διεθνών διαφορών*». Μία ρύθμιση άξια σχολιασμού είναι αυτή αφενός του αρ. 23 παρ. 1 κατά την οποία η εφαρμογή κανόνων της δημόσιας τάξης του *forum* είναι πολύ περιορισμένη¹⁷⁶, αφετέρου, αναφορικά με τις διατάξεις υποχρεωτικού χαρακτήρα του *forum* (“mandatory rules”) ή τρίτου κράτους σημειώνεται ότι δύναται να μην μπορούν να εμποδίσουν την εφαρμογή του δικαίου του κράτους της εγκατάστασης του εκχωρητή¹⁷⁷. Να σημειωθεί ακόμα ότι τα αρ. 26-32 της Σύμβασης περιέχουν αυτόνομους κανόνες σύγκρουσης. Έτσι για παράδειγμα το αρ. 27 προβλέπει ότι στην περίπτωση σύμβασης εκχώρησης που συνάπτεται μεταξύ προσώπων που βρίσκονται στο ίδιο κράτος, το κύρος της σύμβασης υπόκειται στο δίκαιο του κράτους το οποίο διέπει τη σύμβαση ή του κράτους στο οποίο συνάπτεται η σύμβαση¹⁷⁸.

3. Σύγχρονες μορφές χρηματοδότησης (factoring και forfeiting)

Με τη γενικότερη θεματική της εκχώρησης απαιτήσεων παρουσιάζουν κοινά στοιχεία δύο ακόμα ‘νέες’ όπως χαρακτηρίζονται μορφές χρηματοδότησης, που στην πράξη εδώ και αρκετά χρόνια συναντώνται στη διεθνή συναλλακτική ζωή. Πρόκειται για τη σύμβαση πρακτορείας και τη σύμβαση πώλησης επιχειρηματικών απαιτήσεων. Καθώς παρουσιάζουν αρκετά κοινά -από άποψη εφαρμοστέου δικαίου στοιχεία- με ζητήματα που αναπτύχθηκαν ήδη, η αντιμετώπισή τους στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης θα είναι πιο συνοπτική.

(i) Η σύμβαση πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων – σύμβαση ‘factoring’

Το άρθρο 1 του Ν. 1905/1990 δίνει ορισμό του ‘factoring’¹⁷⁹. Στο πλαίσιο όμως της παρούσας εργασίας αντικείμενο εξέτασης θα αποτελέσει το διεθνές factoring. Ως διεθνές factoring νοείται η σχέση κατά την οποία ο προμηθευτής (δανειστής) και ο αγοραστής (οφειλέτης) έχουν την εγκατάστασή τους σε διαφορετικά κράτη, και ο προμηθευτής εκχωρεί τις απαιτήσεις του κατά του οφειλέτη, σε πράκτορα (‘export factor’) στην ημεδαπή ο οποίος, στην περίπτωση που η σχέση είναι τετραγωνική και όχι απλά τριγωνική, απευθύνεται σε έναν (επίσης) πράκτορα (‘import

¹⁷⁵ European Financial Markets Lawyers Group, EFMLG Working group ..., ό.π., σελ. 58.

¹⁷⁶ Το αρ. 23 παρ. 1 αναφέρει «*if the application of that provision is manifestly contrary to the public policy of the forum State*»

¹⁷⁷ Βλ. αρ. 23 παρ. 2 και 30 παρ. 2 της Σύμβασης των Ηνωμένων Εθνών για την Εκχώρηση απαιτήσεων στο διεθνές εμπόριο, S. Bazinas, Multi-jurisdictional receivables financing: Uncitral’s impact on securitization and cross-border perfection, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 2/2002, σελ. 382-383.

¹⁷⁸ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ.751, Ε. Δρούγκα, *Η εκχώρηση κατά το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2022, σελ. 108-112,

¹⁷⁹ Το άρθρο 1 παρ. του Ν. 1905/1990 παραθέτει τον ορισμό του factoring, ειδικότερα ορίζεται: «*Η σύμβαση πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων καταρτίζεται εγγράφως μεταξύ ενός κατά κύριο επάγγελμα προμηθευτή αγαθών ή υπηρεσιών και ενός πράκτορα επιχειρηματικών απαιτήσεων, ο οποίος αναλαμβάνει να παρέχει στον προμηθευτή, για το διάστημα που συμφωνείται, έναντι αμοιβής, υπηρεσίες σχετικές με την παρακολούθηση και είσπραξη μιας ή μέρους ή του συνόλου των απαιτήσεων του προμηθευτή, ιδίως από συμβάσεις πώλησης αγαθών, παροχής υπηρεσιών σε τρίτους ή εκτέλεση έργων. Περιεχόμενο της πρακτορείας αποτελεί ιδίως η εκχώρηση απαιτήσεων στον πράκτορα με ή χωρίς δικαίωμα αναγωγής, η εξουσιοδότηση για την είσπραξή τους, η χρηματοδότηση του προμηθευτή με προεξόφληση των απαιτήσεων, η λογιστική ή νομική παρακολούθηση των απαιτήσεων, η διαχείρισή τους, η ολική ή μερική κάλυψη του πιστωτικού κινδύνου του προμηθευτή*». Ενώ η παρ. 2 του ίδιου άρθρου προσθέτει ότι: «*Η σύμβαση πρακτορείας είναι δυνατό να αφορά και σε μη γεννημένες κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης απαιτήσεις, όπως επίσης και στον καθορισμό, με μορφή ειδικού ανοικτού λογαριασμού, του ύψους του πιστωτικού κινδύνου, που ο πράκτορας αναλαμβάνει κάθε φορά να καλύψει*».

factor'), ανταποκριτή του στη χώρα εγκατάστασης του οφειλέτη, για την είσπραξη της απαίτησης¹⁸⁰. Το 'factoring', όπως εμφανίζεται στην επιχειρηματική πρακτική αφορά βραχυπρόθεσμες (ή ακόμη και μεσοπρόθεσμοι χαρακτήρα) απαιτήσεις που αρμολούν περισσότερο σε εκείνες μικρομεσαίων επιχειρήσεων¹⁸¹.

Μία από τις λειτουργίες του factoring, με ιδιαίτερη σημασία για τη συγκεκριμένη μελέτη, είναι ο χρηματοδοτικός σκοπός που μπορεί να επιτελεί, με τον προμηθευτή να εκχωρεί όπως προειπώθηκε απαιτήσεις του στον factor, οι οποίες μπορεί να είναι και μη ληξιπρόθεσμες ή ακόμα και μη γεννημένες, και αφού μεσολαβήσει αξιολόγηση της πιστοληπτικής ικανότητας τους, ο πράκτορας καταβάλλει την αξία των απαιτήσεων¹⁸². Αυτό βελτιώνει την εικόνα του ισολογισμού του προμηθευτή, την ρευστότητα και την αποδοτικότητά του.

Στο όλο το σχήμα που χτίζεται στο πλαίσιο αυτής της μεθόδου χρηματοδότησης διακρίνονται κάποιες βασικές συμβατικές σχέσεις. Στο πλαίσιο κάθε μίας θα εξεταστεί το ποιο θα είναι το τυχόν εφαρμοστέο δίκαιο.

Καίριος είναι και εδώ ο ρόλος του Κανονισμού Ρώμη I και δη οι διατάξεις του για την εκχώρηση απαιτήσεων¹⁸³. Με αφετηρία τη σχέση προμηθευτή (εκχωρητή) και οφειλέτη σημειώνεται ότι αυτή θα ρυθμίζεται από το δίκαιο που διέπει την απαίτηση, κατά το αρ. 14 παρ. 2 του Κανονισμού Ρώμη I. Το δίκαιο της απαίτησης θα ρυθμίζει μεταξύ άλλων το έγκυρο ή μη της ρήτηρας μη εκχώρησης¹⁸⁴, το εξοφλητικό αποτέλεσμα της παροχής του οφειλέτη, τους όρους που μπορεί να γίνει επίκληση της εκχώρησης. Παρέχεται έτσι ένα ελάχιστο όριο προστασίας στον οφειλέτη καθώς διασφαλίζεται ότι ορισμένα κρίσιμα σημασίας για αυτόν ζητήματα, όπως το εκχωρητό της απαίτησης θα διέπονται από το δίκαιο της^{185 186}.

Η συμβατική σχέση μεταξύ δανειστή (προμηθευτή) και 'export factor' θα ρυθμίζεται από το δικό της δίκαιο κατά τον συνδυασμό των αρ. 14 παρ. 1 και αρ. 3 και 4 του Κανονισμού Ρώμη I.

¹⁸⁰ X. Παμπούκης, Τα διάφορα είδη διεθνούς factoring και η ρύθμιση νομικών ζητημάτων ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, *ΝοΒ*, 46/1998, σελ. 920, 922-923, Α. Γεωργιάδης, Νέες μορφές συμβάσεων, *Leasing / Factoring / Franchising / Consulting / Know-how / Time-sharing / Forfaiting*, Νομική βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 150-151.

¹⁸¹ Ε. Δρούγκα: *Η εκχώρηση κατά το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα 2022, σελ. 92-93, Παμπούκης, ο.π. σελ. 924.

¹⁸² Χ. Γκόρτσος, *Στοιχεία Τραπεζικού ...*, ό.π., σελ. 636,

¹⁸³ Σημειώνεται ότι στο πλαίσιο νομικών ρυθμίσεων για το διεθνές factoring υπάρχει και η Σύμβαση της Οττάβα του 1988, η οποία όμως δεν έχει κυρωθεί από την Ελλάδα και ισχύει διεθνώς μεταξύ πολύ περιορισμένου αριθμού Συμβαλλομένων Κρατών, μόλις 11. Ακόμα ο Κανονισμός Ρώμη I στο αρ. 25 αυτού ορίζει ότι δεν θίγει την εφαρμογή διεθνών συμβάσεων στις οποίες είναι μέλη ένα ή περισσότερα κράτη μέλη κατά τον χρόνο υιοθέτησης του Κανονισμού. Συνεπώς, λόγω και του περιορισμένου αριθμού των μελών της, είναι ο Κανονισμός Ρώμη I ως επί το πλείστον, και όχι η Σύμβαση της Οττάβα, το κείμενο που παρέχει τον ρυθμιστικό άξονα για τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου στις σχέσεις των μερών.

¹⁸⁴ Στο πλαίσιο συγκριτικής επισκόπησης, αξίζει να παρατηρηθεί ότι η Σύμβαση της Οττάβα του 1988 προβλέπει στο άρθρο 6 αυτής ότι παρά την απαγόρευση στη σύμβαση μεταξύ δανειστή και οφειλέτη της εκχώρησης, η πρόβλεψη ρήτηρας εκχώρησης στη σύμβαση μεταξύ δανειστή και export factor παραμένει έγκυρη, εκτός εάν το Συμβαλλόμενο κράτος στη Σύμβαση της Οττάβα έχει διατυπώσει σχετική επιφύλαξη, κάτι που επιτρέπει η παρ. 2. (X. Παμπούκης, *Τα διάφορα είδη διεθνούς...*, ό.π., σελ. 927).

¹⁸⁵ F. Alferes in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation ...*, σελ. 227 και 229, X. Παμπούκης, *Τα διάφορα είδη διεθνούς...*, ό.π., σελ. 927.

¹⁸⁶ Βλ. ακόμα την ακόλουθη σημείωση στη θεωρία: "An assignment is *res inter alios acta* from the point of the debtor; and therefore an assignment cannot oblige the debtor to do something different from what he was obliged to do, in particular, in relation to his defenses and the payment terms. Article 14 (2) mirrors this principle at the PIL level and lays down a sort of "hold harmless clause" from a conflict-of-laws standpoint" (F. Alferes in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation ...*, σελ. 228).

Συνεπώς αν δεν υπάρχει επιλογή δικαίου θα κληθεί ως εφαρμοστέο το δίκαιο του τόπου όπου το μέρος που οφείλει να εκπληρώσει τη χαρακτηριστική παροχή έχει τη συνήθη διαμονή του κατά το αρ. 4 παρ. 2 του Κανονισμού Ρώμη I¹⁸⁷. Η δε χαρακτηριστική παροχή, θα είναι αυτή που ονοματοδοτεί τη σύμβαση, εν προκειμένω αυτή του ‘factor’. Σύμφωνα με άλλη γνώμη εφαρμόζεται το αρ. 4 παρ. 1 εδ. β’ του Κανονισμού Ρώμη I, αλλά και αυτό στην εφαρμογή του ίδιου δικαίου οδηγεί. Διατυπώνεται ακόμα η άποψη ότι στην περίπτωση του γνήσιου factoring, όταν ο κίνδυνος μη φερεγγυότητας αναλαμβάνεται από τον factor τότε την χαρακτηριστική παροχή εκπληρώνει ο προμηθευτής ως ‘πωλητής’. Από την άλλη πλευρά οι λοιπές υπηρεσίες για τις οποίες μεριμνά η τράπεζα επίσης χαρακτηρίζουν την παροχή¹⁸⁸. Συνεπώς, μάλλον η άποψη αυτή εκκινεί ένα άσκοπο κυκλικό σχήμα αναζήτησης του εφαρμοστέου δικαίου.

Τέλος η συμβατική σχέση μεταξύ των ‘interfactors’ επίσης θα ρυθμίζεται από το δίκαιο που προβλέπουν τα άρθρα 3 και 4 του Κανονισμού Ρώμη I. Στο πλαίσιο αυτό υποστηρίζονται δύο απόψεις. Σύμφωνα με την πρώτη ο προσδιορισμός του ποιος από τους δύο παρέχει την χαρακτηριστική παροχή είναι αρκετά δύσκολος και τα όρια δυσδιάκριτα, συνεπώς η λύση θα πρέπει να αναζητηθεί με προσφυγή στο αρ. 4 παρ. 4 του Κανονισμού Ρώμη I, ήτοι το δίκαιο της χώρας με την οποία η σύμβαση συνδέεται στενότερα. Σύμφωνα με δεύτερη άποψη υποστηρίζεται ότι εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της συνήθους διαμονής του ‘import factor’ ως του μέρους που εκπληρώνει την χαρακτηριστική παροχή¹⁸⁹. Μία τέτοια εκτίμηση όμως θα εξαρτηθεί από το προς τα πού κλίνει το βάρος της σχέσης και τις αναλαμβανόμενες υπηρεσίες. Κρίσιμο στοιχείο πάντως φαίνεται να είναι το ποιος αναλαμβάνει τον κίνδυνο αφερεγγυότητας του οφειλέτη¹⁹⁰.

Το ζήτημα των έναντι τρίτων αποτελεσμάτων της εκχώρησης, όπως σημειώθηκε και ανωτέρω, δεν ρυθμίζεται στον Κανονισμό Ρώμη I. Στην Πρόταση όμως Κανονισμού σημειώνεται ότι το δίκαιο του τόπου της συνήθους διαμονής του εκχωρητή είναι μάλλον αυτό που ταιριάζει καλύτερα στην περίπτωση του ‘factoring’ καθώς είναι το μοναδικό δίκαιο που καθιστά δυνατό τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου όταν εκχωρούνται μελλοντικές απαιτήσεις, κάτι που στο ‘factoring’ αποτελεί συνήθη πρακτική^{191 192}.

Η Σύμβαση UNIDROIT της Οττάβα του 1988 θεσπίζει ομοιόμορφο δίκαιο. Αξίζει να σημειωθεί ότι δεν ρυθμίζει το εφαρμοστέο δίκαιο στη σχέση των ‘interfactors’, όπως και δεν ρυθμίζει καθόλου τα πιο περίπλοκα ζητήματα των έναντι τρίτων αποτελεσμάτων της εκχώρησης κάτι που μειώνει την αξία της από πλευράς ομοιομορφοποίησης του δικαίου για το factoring.

¹⁸⁷ F. Alferez in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation ...*, σελ. 224

¹⁸⁸ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 406.

¹⁸⁹ *ibid*

¹⁹⁰ X. Παμπούκης, *Τα διάφορα είδη διεθνούς...*, ό.π., σελ. 928-929.

¹⁹¹ European Commission, *Proposal for a Regulation...*, ό.π., σελ. 19 και αιτ. σκ. 21 του Προοιμίου της Πρότασης Κανονισμού.

¹⁹² Την ίδια οδό, αυτή του κράτους που ο εκχωρητής έχει την εγκατάστασή του, ακολουθεί για την προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου στα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης και ο Πρότυπος Νόμος της UNIDROIT για το ‘factoring’. Αυτός υιοθετήθηκε το 2023 και αναδημοσιεύθηκε το 2024 με κάποιες διορθώσεις. Η εν λόγω ρύθμισή του βρίσκεται στο αρ. 37 αυτού. (UNIDROIT, UNIDROIT MODEL LAW ON FACTORING, unidroit.org < <https://unidroit.org/wp-content/uploads/2024/08/UNIDROIT-Model-Law-on-Factoring-Modification-2024-for-website.pdf>> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024))

(ii) Η σύμβαση πώλησης επιχειρηματικών απαιτήσεων – σύμβαση ‘forfaiting’

Ειδικότερη μορφή σύμβασης πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων και μία ακόμα μορφή χρηματοδότησης των επιχειρήσεων είναι η σύμβαση ‘forfaiting’. Η σύμβαση αυτή αφορά την πώληση και εκχώρηση, κυρίως αξιογραφικά ενσωματωμένων απαιτήσεων, συνήθως σε γραμμάτια εις διαταγή ή συναλλαγματικές¹⁹³, χωρίς δικαίωμα αναγωγής του εκδοχέα (πράκτορα, ‘forfaiter’) ο οποίος τις προεξοφλεί αναλαμβάνοντας παράλληλα έναντι του ‘forfaitist’ μία σειρά κινδύνων (εμπορικών, πολιτικών επιχειρηματικών)¹⁹⁴.

Ο προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου στη σύμβαση ‘forfaiting’ ομοιάζει αρκετά με εκείνον της σύμβασης ‘factoring’. Ακολουθώντας είτε τη μέθοδο του αρ. 4 παρ. 2 του Κανονισμού Ρώμη I (σε σχέση με την αναζήτηση του τόπου όπου οφείλει να εκπληρωθεί η χαρακτηριστική παροχή) είτε του αρ. 4 παρ. 1 περ. β’ αυτού (εντοπισμό της χώρας που ο πάροχος της υπηρεσίας έχει τη συνήθη διαμονή του) στο ίδιο αποτέλεσμα καταλήγει κανείς. Αν ακολουθηθεί η πρώτη οδός, τότε ως χαρακτηριστική παροχή λογίζεται αυτή του ‘forfaiter’. Κρίσιμη ενέργεια δεν είναι αυτή της πώλησης της απαίτησης από τον προμηθευτή, αλλά η αγορά της από τον ‘forfaiter’ η οποία συνεπάγεται και την ανάληψη του οικονομικού κινδύνου και την χορήγηση του τιμήματος αγοράς. Ακόμα η παραίτηση του ‘forfaiter’ από το δικαίωμα αναγωγής, θεωρούμενη αυτή ως σύμβαση άφεσης χρέους (βλ. αντίστοιχα στον ΑΚ αρ. 454) θα διέπεται από τη *lex contractus*¹⁹⁵. Αξίζει στο σημείο αυτό να γίνει μία ακόμα παρατήρηση. Όταν η απαίτηση είναι εξασφαλισμένη, για παράδειγμα με υποθήκη, αυτό το στοιχείο από μόνο του δεν επαρκεί ώστε να δημιουργήσει τον ‘προδήλωσ στενότερο’ σύνδεσμο του αρ. 4 παρ. 3 του Κανονισμού Ρώμη I και να κληθεί σε εφαρμογή εκείνο το δίκαιο που διέπει την εμπράγματα ασφάλεια¹⁹⁶.

Ζητήματα εφαρμοστέου δικαίου μπορεί να προκύψουν και αναφορικά με τη χρήση αξιογράφων στο ‘forfaiting’. Αυτό συμβαίνει όταν η χρηματική απαίτηση του forfaitist’ (εξαγωγή) ενσωματώνεται σε γραμμάτιο εις διαταγή, που εκδίδεται από τον αλλοδαπό εισαγωγέα σε διαταγή του εξαγωγέα, ή σε συναλλαγματική εις διαταγή του εξαγωγέα, συνοδευόμενα δε συχνά από εγγύηση τράπεζας. Ειπώθηκε ανωτέρω ότι κατά το αρ. 1 παρ. 2 περ. δ’ του Κανονισμού Ρώμη I αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής του οι ενοχές που προκύπτουν από συναλλαγματικές, επιταγές, γραμμάτια σε διαταγή και άλλα αξιόγραφα, στο μέτρο που οι ενοχές απορρέουν από το χαρακτήρα τους ως αξιόγραφων. Η επιλογή αυτή του ενωσιακού νομοθέτη ερείδεται στην ύπαρξη συμβάσεων ομοιόμορφου δικαίου που ρυθμίζουν τα σχετικά ζητήματα και οι οποίες έχουν

¹⁹³ Πρόκειται συνήθως για απαιτήσεις μεσοπρόθεσμου ή μακροπρόθεσμου χαρακτήρα (κατά το χρόνο που καθίστανται ληξιπρόθεσμες, συνήθως για διάστημα από 6 μήνες έως 10 χρόνια) προερχόμενες από εξαγωγική δραστηριότητα του πωλητή (προμηθευτή/ εξαγωγέα - ‘forfaitist’).

¹⁹⁴ Χ. Παμπούκης, *Τα διάφορα είδη διεθνούς...*, ό.π., σελ.σελ. 924. Συγκεκριμένα ως ‘forfaiting’ ορίζεται: “Η σύμβαση, που καταρτίζεται, εγγράφως, μεταξύ ενός προμηθευτή αγαθών ή υπηρεσιών (forfaitist) και ενός πράκτορα επιχειρηματικών απαιτήσεων (forfaiter) με αντικείμενο την πώληση μεμονωμένης χρηματικής απαίτησεως, που καθίσταται ληξιπρόθεσμη, μετά από σχετικά μακρύ χρονικό διάστημα, και είναι ενσωματωμένη, κατά κανόνα, σε αξιόγραφο η πληρωμή της είναι εγγυημένη από άλλη τράπεζα, έναντι πληρωμής της τρέχουσας αξίας της, αμέσως, από τον αγοραστή-πράκτορα, ο οποίος αναλαμβάνει όλους τους κινδύνους μη πληρωμής της απαίτησης (εμπορικούς, οικονομικούς, πολιτικούς, κοινωνικούς, πολεμικούς), στερούμενος του δικαιώματος αναγωγής κατά του προμηθευτή, στις περιπτώσεις αυτές, με εξαίρεση την περίπτωση της ίδιας του προμηθευτή ευθύνης για την ύπαρξη της απαίτησεως, που εξακολουθεί να βαρύνει τον προμηθευτή” (βλ. Σ. Ψυχομάνης, *Εμπορικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ. 384-385).

¹⁹⁵ Α. Γεωργιάδης, *Νέες μορφές συμβάσεων...*, ό.π., σελ. 217-218.

¹⁹⁶ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries...*, ό.π., σελ. 407.

επικυρωθεί από πολλά κράτη¹⁹⁷. Ισχύουν συνεπώς στην περίπτωση αυτή οι δύο Συμβάσεις της Γενεύης του 1930 σχετικά με τις συναλλαγματικές και τα γραμμάτια εις διαταγή (και παρά τα κενά που ενδεχομένως εμφανίζονται εκ του γεγονότος ότι και οι δύο αυτές συμβάσεις προβλέπουν τη διατύπωση συγκεκριμένων επιφυλάξεων εκ μέρους των συμβαλλομένων σε αυτές κρατών)¹⁹⁸.

Τα σχετικά με τον τύπο της συναλλαγματικής και του γραμματίου εις διαταγή διέπονται από τη *lex loci actus*, δηλαδή από το δίκαιο της πολιτείας στην οποία ο υποχρεούμενος υπογράφει τον τίτλο (άρθρο 91 Ν. 5325/1932, που ενσωματώνει κανόνα σύγκρουσης της αντίστοιχης Σύμβασης της Γενεύης). Η *lex loci actus* καθορίζει εάν για την έκδοση, αποδοχή, οπισθογράφηση και τριτεγγύηση συναλλαγματικής και γραμματίου εις διαταγή απαιτείται έγγραφο, όπως και τον τύπο αυτού (ιδιωτικού ή συμβολαιογραφικού)¹⁹⁹.

Τα αποτελέσματα των υποχρεώσεων του αποδέκτη της συναλλαγματικής και του γραμματίου εις διαταγή ρυθμίζονται στο αρ. 92 του Ν. 5325/1932 (που επίσης ενσωματώνει κανόνα σύγκρουσης της αντίστοιχης Σύμβασης της Γενεύης του 1930). Προβλέπει επίσης ότι η *lex loci actus* ρυθμίζει τις υποχρεώσεις όσων έχουν υπογράψει τη συναλλαγματική ή το γραμμάτιο εις διαταγή.

Σημειώνεται ακόμα, ότι η ευρεία χρήση του ‘forfaiting’ στην πράξη ως τρόπου χρηματοδότησης είχε ως αποτέλεσμα την ανάληψη της πρωτοβουλίας από το ΔΕΕ να υιοθετήσει σύνολα κανόνων για να διευκολύνει τις συναλλαγές. Έτσι υιοθετήθηκαν οι ICC Uniform Rules for Forfaiting - URF 800. Για την ιδιαίτερη νομική φύση τέτοιων κανόνων ακολουθεί ειδικότερη ανάλυση στο κομμάτι για την τραπεζική ενέγγυο πίστωση.

ΜΕΡΟΣ Β΄: Βασικές μορφές εξασφάλισης των διεθνών συναλλαγών

Κάθε μορφή παροχής χρηματοδότησης, παροχής πίστωσης, συνδέεται και με την επιδίωξη του πιστοδότη για την απόκτηση εξασφάλισης. Αυτό δικαιολογείται από τη δυσπιστία του δανειστή ως προς τη φερεγγυότητα του οφειλέτη και από την επιθυμία του να διασφαλίσει κατά το δυνατόν ότι θα εισπράξει το ποσό της πίστωσης. Η σημασία της παροχής ασφάλειας για τον δανειστή έγκειται ακόμα στην δυνατότητα προνομιακής ικανοποίησής του και την διασφάλιση, ανάλογα με το είδος της παρεχόμενης ασφάλειας, της προτεραιότητάς του έναντι άλλων δανειστών που έχουν προβεί και εκείνοι στη σύσταση εξασφαλίσεων. Σε όλο αυτό το σχήμα μεγάλη σημασία έχει η διασφάλιση της προβλεψιμότητας. Γι’ αυτό και ο εκάστοτε δανειστής θα φροντίσει να επιλέξει τις πιο αποτελεσματικές για την περίπτωση του εξασφαλίσεις, θα φροντίσει να τους δώσει την μεγαλύτερη έκταση που μπορεί, π.χ. επιδίωξη χορήγησης εγγυήσεων, αλλά και σύστασης υποθήκης και ενεχύρων μεταξύ άλλων επί κινητών, απαιτήσεων, μετοχών, λογαριασμών, να διασφαλίσει ότι κατά το εκάστοτε εφαρμοστέο δίκαιο έχουν συσταθεί σωστά, ότι είναι αντιτάξιμες έναντι τρίτων, ότι μπορεί όταν χρειαστεί να εκκινήσει διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης, ειδικά

¹⁹⁷ Χ. Λιβαδά, «Συνολική επισκόπηση ...», ό.π., σελ. 874, 898-899.

¹⁹⁸ βλ. Convention destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change et de billets à ordre ; Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre, Genève, 7 juin 1930, που κυρώθηκαν με τον ν. 5280/1931 και οι διατάξεις τους ενσωματώθηκαν στο Ν. 5325/1932 «περί συναλλαγματικής και γραμματίου εις διαταγήν». (ΦΕΚ Α΄69). Τα κείμενα των Συμβάσεων της Γενεύης της 7^{ης} Ιουνίου 1930 είναι διαθέσιμα στον ιστότοπο του Ελβετικού Υπουργείου Εξωτερικών: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/53/380_381_392/fr και https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/53/351_351_363/fr

¹⁹⁹ Α. Γραμματικάκη /Ζ. Παπασιώπη Πασιά/Ε. Βασιλακάκης, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017 σελ. 159.

στο σύνθετο επίπεδο των διασυνοριακών συναλλαγών. Είναι φορές, ίσως οι περισσότερες, που η παροχή χρηματοδότησης εξελίσσεται ομαλά, δηλαδή ο οφειλέτης ανταποκρίνεται στις υποχρεώσεις του. Τότε η αναδρομή στη δοθείσα εξασφάλιση δεν καθίσταται αναγκαία. Καθώς όμως πάντα μπορεί να ανακύψει το ενδεχόμενο ανώμαλης εξέλιξης μιας πιστωτικής σύμβασης, ο δανειστής θα επιδιώξει την απόκτηση κατάλληλων και επαρκών ασφαλειών, οι οποίες θα αποτρέψουν ή θα μειώσουν τον πιθανό κίνδυνο ζημίας του. Η σύσταση εξασφαλίσεων για την παρασχεθείσα πίστωση αποτελεί συνεπώς βοηθητική ή παρεπόμενη σύμβαση, η οποία προϋποθέτει μία κύρια σύμβαση παροχής πίστωσης. Έτσι, ως ασφάλεια νοείται η θέση στη διάθεση του δανειστή περιουσιακών στοιχείων, στα οποία θα μπορέσει αυτός να ανατρέξει για να ικανοποιηθεί, αν ο οφειλέτης δεν εξοφλήσει το ποσό της πίστωσης. Η ασφάλεια μπορεί να συνίσταται σε δικαίωμα ενοχικό ή εμπράγματο. Η εξασφάλιση του δανειστή με τη σύσταση εμπράγματος δικαιώματος αποτελεί τον σπουδαιότερο τρόπο εξασφάλισης και γι' αυτό η εξέταση της, και των θεμάτων εφαρμοστέου δικαίου που ανακύπτουν, θα προηγηθεί στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης²⁰⁰.

I. Το εφαρμοστέο δίκαιο σε εμπράγματα εξασφαλίσεις

Η εμπράγματη εξασφάλιση συνίσταται στην απόκτηση εμπράγματος δικαιώματος σε ακίνητο, κινητό πράγμα ή δικαίωμα. Στο πλαίσιο αυτό γίνεται λόγος για σύσταση υποθήκης επί ακινήτου, για σύσταση ενεχύρου επί κινητών πραγμάτων π.χ. κάποιου εξοπλισμού, για σύσταση ενεχύρου επί δικαιωμάτων και απαιτήσεων με τη μορφή π.χ. σύστασης ενεχύρου επί απαιτήσεων από μία σύμβαση. Οι εξελίξεις στην οικονομία, με τη συγχώνευση μεγάλων χρηματοπιστωτικών οργανισμών διαφορετικών κρατών και η χρηματοδότηση από αυτούς δανείων και αναπτυξιακών προγραμμάτων και έργων τόσο μεγάλων που να μην μπορούν να αναληφθούν από πιστωτικά ιδρύματα ενός μόνο κράτους, η διεθνοποίηση των χρηματιστηριακών αγορών, που είχε ως αποτέλεσμα οι χρησιμοποιούμενοι προς εξασφάλιση τίτλοι να είναι διασκορπισμένοι στα οικονομικά κέντρα του κόσμου και ακόμα η ανάπτυξη πολυεθνικών εταιρειών και ομίλων με περιουσιακά στοιχεία διασκορπισμένα ανά την υφήλιο είναι μερικά από τα χαρακτηριστικά στοιχεία των σύγχρονων διασυνοριακών συναλλαγών. Η δε αύξηση των διασυνοριακών συναλλαγών ως αποτέλεσμα, μεταξύ άλλων, των ανωτέρω λόγων, οδήγησε και σε αύξηση σύστασης εμπράγματος εξασφαλίσεων αλλά και στην ανάγκη διασφάλισης ότι μία ασφάλεια συσταθεί σε ένα κράτος έχει συσταθεί σωστά και ακόμα θα μπορεί να αναγνωριστεί και σε άλλα κράτη²⁰¹.

1. Η θεμελιώδης αρχή της *lex rei sitae*

Στα κράτη του ευρωπαϊκού ηπειρωτικού χώρου²⁰² κυριαρχεί ένας παλαιός κανόνας ιδ.δ.δ., αυτός της *lex rei sitae*, ότι δηλαδή τα εμπράγματα δικαιώματα διέπονται από το δίκαιο της τοποθεσίας

²⁰⁰ O. Akseli, International Secured Transactions Law Facilitation of credit and international conventions and instruments, Routledge, 2011, σελ. 33-34, Α. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των πιστώσεων, Π.Ν.Σάκκουλας, 2008, σελ. 11-14.

²⁰¹ Ε. Μουσταίρα, Εμπράγματα ασφάλειες ..., ό.π., σελ. 32-33.

²⁰² Οι ΗΠΑ αρχικά ακολουθούσαν τον κανόνα της *lex rei sitae* στη ρύθμιση των εμπράγματος ασφαλειών, όμως το αναθεωρημένο αρ. 9 του Ομοιόμορφου Εμπορικού Κώδικα (Uniform Commercial Code) ορίζει ότι η ολοκλήρωση/τελειοποίηση ("perfection") ή μη μιας εμπράγματης ασφάλειας επί αγαθών ρυθμίζεται από το δίκαιο του τόπου στον οποίον είναι η κατοικία-έδρα του οφειλέτη (Legal Information Institute, § 9-301. Law governing perfection and priority of security interests, law.cornell.edu < <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-301> >(ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024)).

του πράγματος²⁰³. Στην ελληνική έννομη τάξη την αρχή αυτή καθιερώνει η ΑΚ 27, κατά την οποία η νομή και τα εμπράγματα δικαιώματα σε κινητά ή ακίνητα, σε κάθε περίπτωση ενσώματα, πράγματα ρυθμίζονται από το δίκαιο της χώρας όπου βρίσκονται. Η ΑΚ 12 καθιερώνει το ίδιο δίκαιο στον τύπο της εμπράγματης δικαιοπραξίας. Να σημειωθεί ότι ο Κανονισμός Ρώμη Ι δεν ρυθμίζει ζητήματα εμπράγματων δικαιοπραξιών και συνεπώς οι ΑΚ 12 και 27 δεν επηρεάζονται από τις ρυθμίσεις του. Αναφορικά με τα ακίνητα θεωρείται ότι βάση του κανόνα της *lex rei sitae* αποτελεί η αρχή της χωρικότητας όπως αυτή συνδέεται με το δημόσιο διεθνές δίκαιο θεωρούμενη πλέον ως διεθνές έθιμο. Από τα βασικά πλεονεκτήματα της αρχής αυτής είναι η απλότητα στην εφαρμογή της και η μεγάλη βεβαιότητα δικαίου που εξασφαλίζει. Ακόμα αξίζει να σημειωθεί ότι η *lex rei sitae* έχει νομιμοποιητική βάση εφαρμογής κυρίως ως λειτουργία κανόνων αμέσου εφαρμογής, αναφορικά ιδίως με την προστασία της πίστης και δημοσιότητας, η οποία επιβάλλεται με την ισχύ της χωρικότητας²⁰⁴.

(i) Η φύση των ΑΚ 12 και 27 ως κανόνων *ius cogens* και η σύγχρονη τάση επέκτασης της αυτονομίας της βούλησης

Οι ΑΚ 12 και 27 είναι κανόνες από τους οποίους κατ' αρχήν δεν επιτρέπεται απόκλιση από αυτούς με συμφωνία των μερών περί επιλογής άλλου δικαίου ως εφαρμοστέου αντί της *lex rei sitae*. Η *lex rei sitae* θεωρείται ως το αρμόζον δίκαιο για να διέπει αναγκαστικά αυτές τις σχέσεις. Υποστηρίζεται ότι, αν επιτρέπονταν επιλογή εφαρμοστέου δικαίου δια συμφωνίας των μερών θα υπήρχε κίνδυνος να καταστρατηγηθεί η αρχή του περιορισμένου αριθμού των εμπραγμάτων δικαιωμάτων στην έννομη τάξη που βρίσκεται το πράγμα. Έτσι, με σημείο αναφοράς ιδίως τα ακίνητα, ενδεχομένως μια εμπράγματη αξίωση που στηρίζεται σε δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη άλλο από αυτό που ισχύει στο κράτος της τοποθεσίας του πράγματος δεν θα μπορούσε να ικανοποιηθεί εκεί, δηλαδή στον τόπο που θα είχε κυρίως σημασία η ικανοποίησή της, καθώς το κράτος αυτό μπορεί να αγνοεί την εν λόγω εμπράγματη αξίωση, ενδεχομένως και λόγω προσβολής της δημόσιας τάξης του. Έτσι περαιτέρω θα διακινδυνευόταν η αναγνώριση και εκτέλεση αλλοδαπών αποφάσεων και θα δυσχεραίνονταν η κυκλοφορία τους. Σχολιάζεται δε ότι η διαφορά στη ρύθμιση του εφαρμοστέου δικαίου επί ενοχικών και επί εμπράγματων δικαιωμάτων εκκινεί από τον διαφορετικό χαρακτήρα αυτών. Πιο συγκεκριμένα η ενοχή ισχύει *inter partes* ενώ τα εμπράγματα δικαιώματα λόγω ακριβώς του απόλυτου χαρακτήρα τους έχουν μία *erga omnes* λειτουργία. Η εφαρμογή της *lex contractus* στις εμπράγματες σχέσεις θα έθετε σε κίνδυνο την προστασία των τρίτων ακριβώς επειδή οι μη μετέχοντες στην ενοχική συμφωνία και άρα και στην εκεί επιλογή δικαίου δεν θα μπορούσαν να γνωρίζουν το εφαρμοστέο δίκαιο. Ακόμα, και στο ίδιο πλαίσιο θα κλονιζόταν η ασφάλεια των συναλλαγών καθώς θα δημιουργούνταν προβλήματα, ιδίως ως προς την έλλειψη τήρησης των διατυπώσεων δημοσιότητας του εφαρμοστέου δικαίου. Αυτό θα συνεπαγόταν τη νομική αβεβαιότητα για τις εμπράγματες σχέσεις στην έννομη τάξη της τοποθεσίας του πράγματος.²⁰⁵

²⁰³ P. Mayer/V. Heuzé/B. Remy, *Droit International* ..., ό.π., σελ. 471.

²⁰⁴ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές*..., ό.π., σελ. 703-704.

²⁰⁵ Δ. Σταματιάδης, Η αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης στο διεθνές εμπράγματο δίκαιο, *Αρμενόπουλος*, 2/1997, σελ. 196-199, Γ. Νικολαΐδης σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας, κατ' άρθρο ερμηνεία*, Ια Γενικές Αρχές, Π.Ν. Σάκκουλας, 2016, άρθρο 12, αρ. 3

Πρέπει στο σημείο αυτό να σημειωθεί μία σύγχρονη τάση στο ιδ.δ.δ. που είναι η επέκταση της αυτονομίας της βούλησης και εκτός των συμβατικών ενοχών²⁰⁶. Στο εμπράγματο δίκαιο, κατ' αρχήν η αυτονομία της βούλησης των συμβαλλομένων φαίνεται να συνίσταται στην σύσταση, μετάθεση, αλλοίωση ή κατάργηση κάποιου εμπράγματος δικαιώματος. Πληθώρα λόγων ωστόσο αναδεικνύουν μία τάση επέκτασης της αυτονομίας της βούλησης στον χώρο αυτό. Ίσως μία από τις αφετηρίες του προβληματισμού αυτού να υπήρξε το γεγονός ότι κάποια κράτη δεν γνωρίζουν τη διάκριση ενοχικής και εμπράγματης δικαιοπραξίας με αποτέλεσμα σε αυτά να δίνεται μεγάλη βαρύτητα στην *lex contractus*. Ένας άλλος εξίσου σημαντικός παράγοντας είναι η ανάπτυξη των συναλλαγών, η οποία λέγεται ότι έχει επιφέρει ρωγμές στην κυριαρχία του κανόνα της *lex rei sitae*, που στηρίζεται στην αρχή της χωρικότητας, η οποία μάλλον έχει εν μέρει ξεπεραστεί ως νομική πραγματικότητα. Η «σύγκρουση» μεταξύ *lex causae*, και ιδίως *lex contractus*, με τη *lex rei sitae* εντοπίζεται κυρίως στα κινητά. Σε αυτά, από την ίδια τη φύση τους, αλλά και από τον πιο χαλαρό σύνδεσμο που μπορεί να έχουν με μία συγκεκριμένη έννομη τάξη, φαίνεται να νομιμοποιείται λιγότερο ο σύνδεσμος της *lex rei sitae* με βάση την αρχή της εγγύτητας²⁰⁷. Αντίθετα, *de lege ferenda*, φαίνεται προτιμητέα η ρύθμιση από την *lex contractus*. Υποστηρίζονται έτσι από τη θεωρία απόψεις υπέρ της αναγνώρισης της δυνατότητας επιλογής δικαίου, ή και επιμεριστικής επιλογής δικαίου, που να διέπει τα εμπράγματα δικαιώματα, τις εμπράγματες δικαιοπραξίες και τον τύπο τους σε περιπτώσεις στις οποίες οι λόγοι που επιβάλλουν την απαγόρευση της επιλογής δικαίου και επιβάλλουν την εφαρμογή της *lex rei sitae*, οι οποίοι συνοπτικά αναφέρθηκαν ανωτέρω, εμφανίζονται ανύπαρκτοι ή εξασθενημένοι. Η εξασθένιση αυτή θα οφείλεται στην εξέλιξη του διεθνούς εμπορίου που οδήγησε στην μετακίνηση κινητών από τόπο σε τόπο, στην αποϋλοποίηση δικαιωμάτων, στις ασώματες αξίες, στην κατοχή τίτλων που τηρούνται λογιστικά από ενδιάμεσους, όπου η *lex rei sitae* υφίσταται τον ανταγωνισμό των συμβατικών δικαιωμάτων που αποτελούν την πηγή γέννησης εμπράγματος δικαιώματος²⁰⁸. Έτσι υποστηρίζεται ότι η εμπράγματη προστασία που συνδέεται με την απαίτηση τήρησης ιδιαίτερου τύπου και διατυπώσεων δημοσιότητας πρέπει να περιορίζεται μόνο στην προστασία των αγαθών που εμπεριέχονται στον σκοπό της χωρίς να ανάγεται σε γενικό σύστημα σύγκρουσης νόμων²⁰⁹. Αναφέρεται συνεπώς μία τάση επέκτασης της *lex causae* του δικαιώματος και δυνατότητας επιλογής δικαίου με έναν παράλληλο περιορισμό εφαρμογής της *lex rei sitae* σε οριοθετημένες

²⁰⁶ Βλ. αρ. 14 του Κανονισμού 864/2007 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές (Ρώμη II) και αρ. 5 παρ. 1 του Κανονισμού 1259/2010 για τη θέσπιση ενισχυμένης συνεργασίας στον τομέα του δικαίου που είναι εφαρμοστέο στο διαζύγιο και τον δικαστικό χωρισμό.

²⁰⁷ Έτσι στη γαλλική βιβλιογραφία σημειώνεται: “*la valeur localisatrice du rattachement du régime des biens a la loi de leur situation physique ou fictive est en perte de vitesse. On le voit essentiellement dans les domaines ou pareil rattachement est en toute hypothèse le plus fragile*” (D. Bureau/M. Watt, *Droit International Privé, Tome 2*, LGDJ, 2017, σελ. 49).

²⁰⁸ Βλ. D.Bureau/M. Watt, *Droit International ...*, ό.π., σελ. 49 όπου παρατίθεται το ακόλουθο σχόλιο “*Le dogme de la territorialité du statut réel tend désormais à faire place à la recherche d’une adéquation fonctionnelle entre le rattachement choisi et les intérêts mis en cause par la circulation internationale des richesses. Acquis désormais pour les biens incorporels, le même mouvement atteint le noyau dur de la catégorie, à savoir les biens corporels.*”

²⁰⁹ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 703-704, 711-712 και , Γ. Νικολαΐδης σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας...*, ό.π., άρθρο 12, αρ. 3 (υποσημ. 8 και 11).

περιπτώσεις. Στην περίπτωση επικράτησης ενός τέτοιου σεναρίου υποστηρίζεται ότι ζητήματα τύπου και δημοσιότητας θα ρυθμίζονται μέσω κανόνων αμέσου εφαρμογής του *forum*²¹⁰.

Από τα ανωτέρω μπορεί να συναχθεί ότι η εφαρμογή ενός επιλεγμένου δικαίου συνδέεται με μία σειρά από πλεονεκτήματα, στην περίπτωση των εμπραγμάτων δικαιωμάτων επί κινητών. Αρχικά ρυθμίζεται κατά τρόπο ενιαίο μία έννομη σχέση, που όπως αποδεικνύει η σύγχρονη τάση των διεθνών συναλλαγών, θα είναι ανεξάρτητη πιθανότατα από την τοποθεσία του πράγματος. Στο ίδιο πλαίσιο κινείται και το επιχείρημα ότι με την εφαρμογή ενιαίου δικαίου, στην περίπτωση πράγματος υπό διαμετακόμιση, θα αποφευχθεί η διαδοχική εφαρμογή ενός νέου δικαίου, με ό,τι αυτό συνεπάγεται, ήτοι ότι το περιεχόμενο και η άσκηση των εμπράγματων δικαιωμάτων θα διέπονται από τη νέα *lex rei sitae*. Τέλος, έτσι μάλλον αποκλείεται το ενδεχόμενο να καταστεί αρμόδια μία έννομη τάξη που αφενός η σύνδεσή της με τη δικαιοπραξία είναι πολύ μικρή, αφετέρου δεν παρουσιάζει ενδιαφέρον για τα μέρη. Όλα τα ανωτέρω ενισχύουν το αίσθημα βεβαιότητας δικαίου²¹¹.

Συναφώς, μπορεί να λεχθεί, ότι στον χώρο των εμπράγματων εξασφαλίσεων συναντάται πλέον ένας ανταγωνισμός εννόμων τάξεων που διεκδικούν, θα μπορούσαμε να πούμε με ίσους όρους, το προνόμιο της καλύτερης ρύθμισης της εν λόγω δικαιοπραξίας. Πρόκειται για τον ανταγωνισμό μεταξύ *lex causae*, και ιδίως *lex contractus*, με τη *lex rei sitae*. Επιβάλλεται έτσι μία στάθμιση μεταξύ της *lex causae*, που διέπει την ενοχή, ήτοι την πηγή της ασφαλιστέας απαίτησης και προστατεύει τον δανειστή, και της *lex rei sitae*, που αφορά την προστασία της εμπράγματης πίστης. Πιθανώς αυτός ο ανταγωνισμός να μπορούσε να αντιμετωπιστεί με ένα σύστημα που θυμίζει τη θεωρία της επικάλυψης για τα νομικά πρόσωπα, δηλαδή με την κατ' αρχήν εφαρμογή της *lex causae* και την διορθωτική παρέμβαση των αναγκαστικών διατάξεων της *lex rei sitae*, όπως προτάθηκε και ακριβώς παραπάνω²¹².

(ii) Ο τύπος της εμπράγματης δικαιοπραξίας

Ως τύπος εδώ νοείται η εξωτερική μορφή, το νομικό ένδυμα εμπράγματων δικαιοπραξιών, μονομερών, όπως η συναίνεση για παραχώρηση υποθήκης ή η παραίτηση από εμπράγματο δικαίωμα, ή συμβατικών, όπως η σύμβαση σύστασης ενεχύρου. Ο τύπος θα είναι έτσι το τυχόν συμβολαιογραφικό ή ιδιωτικό, με ή χωρίς βέβαιη χρονολογία, έγγραφο περιλαμβανομένου και του ατύπου της δήλωσης βούλησης. Ως δε εμπράγματη δικαιοπραξία λογίζεται εκείνη με την οποία συνίσταται, αλλοιώνεται, μετατίθεται ή καταργείται εμπράγματο δικαίωμα σε πράγμα, κινητό ή ακίνητο. Το αν μια δικαιοπραξία έχει ενοχική μόνο ή εμπράγματη ενέργεια καθώς και το ποιο δικαίωμα είναι εμπράγματο δικαίωμα κρίνεται *lege rei sitae*. Συνεπώς, στο στάδιο του κατά το ιδ.δ.δ. νομικού χαρακτηρισμού, η έννοια εμπράγματη δικαιοπραξία που υπάγεται στην ΑΚ 12 πρέπει να νοηθεί με ευρύτητα ώστε να καταλαμβάνει όλα τα δικαιώματα που μία ακόμα αλλοδαπή έννομη τάξη, όπου και βρίσκεται ένα πράγμα, εξοπλίζει με άμεση επί του πράγματος εξουσία και

²¹⁰ P. Mayer/V. Heuzé/B. Remy, *Droit International ...*, ό.π., σελ. 472 όπου και σημειώνεται: “*Cette dernière justification de la compétence de la loi réelle est à retenir parce qu'elle subsiste lorsque le droit réel est soumis, ce qui est parfois regardé comme indispensable, à la loi du contrat qui lui a donné naissance ou qui la transfère, ou à la loi de la situation antérieure du bien; la loi de la situation actuelle, ainsi écartée en principe, est susceptible d'intervenir en tant que loi de police*”

²¹¹ Δ. Σταματιάδης, Η αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης στο διεθνές εμπράγματο δίκαιο, *Αρμενόπουλος*, 2/1997, σελ. 200.

²¹² Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 712.

erga omnes ισχύ. Στο πλαίσιο αυτό θα νοείται ως εμπράγματο δικαίωμα για παράδειγμα και η αγγλοσαξονικής προέλευσης κυμαινόμενη ασφάλεια (“floating charge”) που στο ελληνικό δίκαιο ρυθμίζεται στα αρ. 16-18 του Ν. 2844/2000 και για τη σύσταση τέτοιου εμπράγματου δικαιώματος θα πρέπει να τηρηθεί η *lex rei sitae*. Ζήτημα ωστόσο ουσίας και όχι τύπου του εμπράγματου δικαιώματος είναι το αν ένα εμπράγματο δικαίωμα που συστάθηκε κατά τη *lex rei sitae* είναι άγνωστο στο *forum*. Αυτό θα εμπίπτει στην έννοια της ΑΚ 27 και πιθανόν να θέτει θέματα προσαρμογής ή αντίθεσης στη δημόσια τάξη του *forum*²¹³. Η ΑΚ 12 θα διέπει ακόμα και το σύμφωνο προαίρεσης αλλά και τη σύσταση, αλλοίωση, κατάργηση δικαιοπραξιών με τις οποίες τίθενται κατά τη *lex rei sitae* αιρέσεις ή ρήτρες που αναπτύσσουν εμπράγματα ισχύ.

Δεν συνιστούν τύπο η παράδοση της νομής του πράγματος και οι διατυπώσεις δημοσιότητας που τυχόν πρέπει να τηρηθούν όπως μεταγραφή, εγγραφές σε δημόσια βιβλία. Αυτά αφορούν την ουσία της εμπράγματης δικαιοπραξίας και ρυθμίζονται από την ΑΚ 27 που βασικά στο ίδιο δίκαιο οδηγεί. Τύπο δεν αποτελεί ούτε η ελληνική φορολογική νομοθεσία²¹⁴.

Στο εύρος της ΑΚ 12 δεν εμπίπτουν ακόμα το προσύμφωνο, η πληρεξουσιότητα και οι ενοχικές δικαιοπραξίες που αποτελούν την αιτία της εμπράγματης δικαιοπραξίας, είτε αυτή είναι υποσχετική όπως η πώληση είτε εκποιητική όπως η εκχώρηση. Αυτές διέπονται από το αρ. 11 του Κανονισμού Ρώμη Ι αλλιώς από την ΑΚ 11. Κατά το υποδεικνυόμενο από τα άρθρα αυτά δίκαιο μπορεί να μην προβλέπεται ο τύπος του συμβολαιογραφικού εγγράφου για τις ίδιες δικαιοπραξίες που αυτός θα απαιτούνταν αν εφαρμοζόταν στον τύπο το ελληνικό δίκαιο²¹⁵. Συνεπώς αν εφαρμοστέο στον τύπο των ενοχικών αυτών δικαιοπραξιών είναι αλλοδαπό δίκαιο, και ακόμα και αν αυτές αποτελούν την αιτία κατάρτισης εμπράγματης δικαιοπραξίας που αφορά ακίνητο στην Ελλάδα, η μη περιβολή του τύπου του συμβολαιογραφικού εγγράφου δεν τις καθιστά άκυρες. Αυτό μάλιστα κρίθηκε ότι δεν θίγει την ελληνική δημόσια τάξη με την έννοια της ΑΚ 33, γιατί οι ΑΚ 369, 166 και 217 παρ. 2 ανήκουν στις εσωτερικής δημοσίας τάξεως διατάξεις με την έννοια της ΑΚ 3 και όχι στις δημοσίας τάξεως διατάξεις με την έννοια της ΑΚ 33²¹⁶.

Η ΑΚ 12 εφαρμόζεται σε δικαιοπραξίες που αφορούν εμπράγματα δικαιώματα μόνο σε ενσώματα αντικείμενα, κινητά ή ακίνητα. Εκτός του πεδίου εφαρμογής της βρίσκονται συνεπώς εμπράγματα δικαιώματα σε δικαιώματα όπως το ενέχυρο ή επικαρπία απαίτησης, σε άυλα, ασώματα αγαθά, στη διανοητική και βιομηχανική ιδιοκτησία και τους άυλους τίτλους και στις άλλες άυλες κινητές αξίες²¹⁷. Η ΑΚ 12 εφαρμόζεται επίσης σε δικαιοπραξίες που αφορούν τα εμπράγματα δικαιώματα επί του χαρτιού των ανωνύμων χρεογράφων, καθώς σε αυτά υπάρχει καταρχήν πλήρης αξιολογική ενσωμάτωση με την έννοια ότι τα δικαιώματα εκ του χαρτιού ακολουθούν τα

²¹³ Γ. Νικολαΐδης σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας...*, ό.π., άρθρο 12, αρ. 7, Ε. Μουσταΐρα, *Εμπράγματα ασφάλειες ...*, ό.π., σελ. 35-36, Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 707- 708 καθώς και σελ. 707 (υποσήμ. 1894).

²¹⁴ ΑΠ Ολ 28/2004, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²¹⁵ Βλ. ΑΚ 369, ΑΚ 166 για το προσύμφωνο και 217 παρ. 2 για την παροχή πληρεξουσιότητας για τη μεταβίβαση κυριότητας ακινήτου.

²¹⁶ Γ. Νικολαΐδης σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας...*, ό.π., άρθρο 12, αρ. 33-34.

²¹⁷ Για λόγους πληρότητας αναφέρεται επίσης ότι η ΑΚ 12 δεν εφαρμόζεται σε εμπράγματα δικαιοπραξίες σε πλοία και αεροσκάφη. Στα εμπράγματα δικαιώματα επί πλοίων θα εφαρμοστεί το δίκαιο της σημαίας του πλοίου σύμφωνα με τα αρ. 47 παρ. 1 και 16 του Ν. 5020/2023. Εμπράγματα δικαιώματα επί αεροσκαφών θα διέπονται από το δίκαιο της Πολιτείας στα δημόσια βιβλία της οποίας καταχωρίστηκε το αεροσκάφος, ήτοι τη *lex registri* που υιοθετεί και η Σύμβαση της Γενεύης 1948.

δικαιώματα επί του χαρτιού και συνεπώς αντιμετωπίζονται ως κινητά πράγματα. Συνολικά, η ΑΚ 12 εφαρμόζεται σε όλες τις περιπτώσεις που δικαίωμα ενσωματώνεται σε πιστοποιητικό ή τίτλο ακόμη και εάν αυτός τηρείται σε άυλη μορφή, εφόσον το πιστοποιητικό έχει καταστεί στην ουσία του ανώνυμο χρεόγραφο²¹⁸.

Πιο σύνθετος είναι ο προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου επί των εμπραγμάτων δικαιωμάτων σε κινητό που βρίσκεται υπό διαμετακόμιση (*res in transitu*). Υποστηρίζεται ότι ο τύπος της εμπράγματης δικαιοπραξίας θα κρίνεται διαζευκτικά είτε με βάση το δίκαιο του τόπου αποστολής, πριν το πράγμα βρεθεί δηλαδή σε καθεστώς μετακόμισης, είτε με βάση το δίκαιο του οποιουδήποτε τόπου από όπου διήλθε το πράγμα, είτε με βάση το δίκαιο του τόπου προορισμού (*lex loci futuri*), είτε με βάση το δίκαιο του τόπου που ρυθμίζει τη δικαιοπραξία, με την οποία αναλήφθηκε η υποχρέωση για σύσταση, αλλοίωση, μετάθεση ή κατάργηση του εμπράγματου δικαιώματος. Αν ένα από αυτά τα δίκαια τηρείται ως προς τον τύπο της εμπράγματης δικαιοπραξίας, υποστηρίζεται πως αυτή είναι έγκυρη. Πάντως η λύση της εφαρμογής του δικαίου του τόπου προορισμού δεν φαίνεται να είναι πάντα ασφαλής καθώς ο τόπος προορισμού μπορεί να μεταβάλλεται, πόσο μάλλον η εφαρμογή του δικαίου του κράτους όπου στιγμιαία βρέθηκε το πράγμα²¹⁹. Μία τέτοια λύση θα δημιουργούσε μεγάλη ανασφάλεια στις συναλλαγές και θα άφηνε έκθετο σε πολλούς κινδύνους και απρόβλεπτες συνέπειες τον δανειστή που έχει συστήσει την όποια εμπράγματη ασφάλεια σε κινητό καθώς θα ήταν αβέβαιο ή και ρευστό ποια είναι τα δικαιώματά του. Πιθανώς ορθότερη να φαίνεται η λύση του δικαίου του τόπου αποστολής για λόγους βεβαιότητας δικαίου²²⁰.

Στο σημείο αυτό μία ακόμα ανάλυση είναι σημαντική αναφορικά με την «ισοδυναμία» του συμβολαιογραφικού εγγράφου με άλλα δημόσια έγγραφα αλλά και την σχέση του συμβολαιογράφου στην Ελλάδα συγκριτικά με τον ρόλο του “notary public” κατά το αγγλοσαξονικό δίκαιο. Ισχύει ότι για τη σύσταση, μεταβίβαση, τροποποίηση ή κατάργηση εμπραγμάτων δικαιώματος επί ακινήτου που βρίσκεται στην Ελλάδα απαιτείται ο τύπος του συμβολαιογραφικού εγγράφου. Δεν είναι όμως απαραίτητο αυτό να συνταχθεί ενώπιον συμβολαιογράφου στην Ελλάδα ή ενώπιον ελληνικής προξενικής αρχής. Αρκεί και η υπογραφή εγγράφου ενώπιον αλλοδαπού συμβολαιογράφου και αλλοδαπής δημόσιας αρχής ενώ ακόμα ο χαρακτήρας της αλλοδαπής αρχής ως δημόσιας αρχής κρίνεται κατά το δίκαιο της πολιτείας της δικαιοπραξίας²²¹. Επίσης πρέπει να βεβαιώνεται από την αλλοδαπή αρχή το περιεχόμενο του

²¹⁸ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*,ό.π., σελ. 709, Γ. Νικολαΐδης σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας...*, ό.π. άρθρο 12, αρ. 16-23.

²¹⁹ Σ. Βρέλλης, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλα, 2001, σελ. 260-261

²²⁰ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*,ό.π., σελ. 714

²²¹ ΑΠ 617/1980, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 589/2009 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ και Εφ. Λάρισας 57/2020 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ όπου και σημειώνεται «Από το συνδυασμό του άρθρου 12 ΑΚ που ορίζει ότι ο τύπος της εμπράγματης δικαιοπραξίας ρυθμίζεται από το δίκαιο της τοποθεσίας του πράγματος με την προαναφερόμενη του άρθρου 1033 ΑΚ συνάγεται ότι η δικαιοπραξία μεταβίβασης ακινήτων κειμένων στην Ελλάδα πρέπει να γίνει με δημόσιο έγγραφο της κατά τόπο και χρόνο δημόσιας αρχής αν η δικαιοπραξία γίνεται στην Ελλάδα, είναι ο συμβολαιογράφος, αν δε τελείται στην αλλοδαπή καθορίζεται από το εσωτερικό δίκαιο της πολιτείας στην οποία ενεργείται η δικαιοπραξία. Για να κριθεί αν ένα έγγραφο φέρει τον χαρακτήρα δημοσίου εγγράφου θα εφαρμοστούν οι διατάξεις του δικαίου του τόπου εκδόσεως του (αρθ. 439 ΚΠολΔ). Συνεπώς έγγραφο που συντάχθηκε κατά τις διατυπώσεις που προβλέπονται από το αλλοδαπό δίκαιο λογίζεται και στην Ελλάδα ως δημόσιο έγγραφο που παρέχει πλήρη απόδειξη ως προς γεγονότα που βεβαιώνεται σ' αυτό».

εγγράφου και όχι μόνο οι υπογραφές των συμβαλλομένων^{222 223}. Αμφισβητήθηκε ακόμα, με καταφατική εν τέλει επίλυση του προβληματισμού, η ισοδυναμία του Έλληνα συμβολαιογράφου με τον “notary public” που απλά επικύρωνε την εμπράγματη συμφωνία και δεν ήταν εξοπλισμένος με τις εγγυήσεις λατινογενούς συμβολαιογράφου αφού αυτός μπορεί να μην ήταν καν νομικός και απλώς να έθετε την υπογραφή και σφραγίδα του σε ένα ιδιωτικό έγγραφο που προσκόμιζαν οι συμβαλλόμενοι²²⁴. Τέτοια ζητήματα επιλύονται δια του ελέγχου της ισοδυναμίας εγγυήσεων και έννομων αποτελεσμάτων. Έτσι στην περίπτωση του “notary public” αυτός μπορεί να θεωρηθεί ισοδύναμος ως προς τον τίτλο για εγγραφή σε δημόσια βιβλία αλλά δεν θα έχει το έγγραφο το οποίο βεβαιώνει αυξημένη αποδεικτική ισχύ²²⁵.

Τέλος να σημειωθεί ότι υποστηρίζεται πως οι περί τύπου διατάξεις δεν συγκαταλέγονται στη δημόσια τάξη κατά την ΑΚ 33 καθώς οι σχετικές ρυθμίσεις δεν παρουσιάζουν μεγάλες διαφορές ανά τα επιμέρους εθνικά δίκαια. Να σημειωθεί δε ότι αυτές τάσσονται κυρίως για την προστασία των συμβαλλομένων από βεβιασμένες κινήσεις σε ζητήματα με μεγάλη σημασία καθώς και για τη διαπίστωση της αυθεντικότητας της βούλησης τους. Ωστόσο οι περί τύπου διατάξεις για εμπράγματες δικαιοπραξίες του αλλοδαπού δικαίου, θα αντιβαίνουν στην ΑΚ 33 στις εξαιρετικές περιπτώσεις που, είτε η αλλοδαπή διάταξη θα θέτει κάποιον απλό τύπο όπως ιδιωτικό έγγραφο ή το άτυπο για εμπράγματη δικαιοπραξία που το ελληνικό δίκαιο προβλέπει συμβολαιογραφικό έγγραφο ή επιβάλλει υπέρμετρα αυστηρό ή δαπανηρό τύπο για μία εμπράγματη δικαιοπραξία του καθημερινού βίου²²⁶.

(iii) Το εφαρμοστέο δίκαιο στην ουσία των εμπράγματων δικαιωμάτων

Σύμφωνα με την ΑΚ 27 τα εμπράγματα δικαιώματα επί κινητών και ακινήτων ρυθμίζονται από το δίκαιο της πολιτείας όπου βρίσκονται. Επαναλαμβάνεται συνεπώς η αρχή της *lex rei sitae*. Κατά την ΑΚ 27 ως εμπράγματα δικαιώματα νοούνται αυτά που δίνουν εξουσία επί πράγματος με ισχύ *erga omnes*, δηλαδή αναπτύσσουν απόλυτη ισχύ με εξουσία δίωξης και παρακολούθησης.

Η ΑΚ 27 όπως η ΑΚ 12 εφαρμόζεται μόνο επί ενσώματων πραγμάτων κατά την ανάπτυξη που έγινε ανωτέρω. Καλύπτει συνεπώς περιπτώσεις ακινήτων και κινητών, ανεξάρτητα από το αν είναι αυθύπαρκτα ή όχι. Ο χαρακτηρισμός ενός πράγματος ως κινητού ή ακινήτου, αν ανήκει σε κάποια ειδική κατηγορία όπως δημόσιες γαίες, αν είναι διαιρετό ή αδιαίρετο, αδέσποτο, εκτός συναλλαγής, απαλλοτριωτό ή όχι, γίνεται από τη *lex rei sitae*. Ακόμα κατά τη *lex rei sitae* κρίνεται η εξουσία διαθέσεως ορισμένου πράγματος, πόσα και ποιά είναι τα εμπράγματα δικαιώματα, η σύσταση, μετάθεση και κατάργησή τους καθώς και ο χρόνος διάρκειας τους, τα ζητήματα τα σχετικά με την ένωση και τη συνάφεια, αν μία δικαιοπραξία έχει ενοχική μόνο ή και εμπράγματη δύναμη, αν η πλήρωση της αίρεσης υπό την οποία τελεί η υποχρέωση που αναλήφθηκε για εμπράγματη μεταβολή έχει ή όχι αναδρομική δύναμη, τα ζητήματα προσβολής και προστασίας των εμπραγμάτων δικαιωμάτων, η κτήση, η απώλεια και η προστασία της νομής, ανεξάρτητα από

²²² ΑΠ 589/2009 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ Ολ.37/1996 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²²³ Α. Μεταλληνός σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα*, Τόμος Ι, Π.Ν. Σάκκουλας, 2023, άρθρο 12, αρ. 2.

²²⁴ Γ. Νικολαΐδης σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας...*, ό.π. άρθρο 12, αρ. 32.

²²⁵ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 712

²²⁶ Γ. Νικολαΐδης σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας...*, ό.π. άρθρο 12, αρ. 35-37.

το αν η νομή είναι ή όχι εμπράγματο δικαίωμα²²⁷. Ακόμα η *lex rei sitae* θα κρίνει επίσης την εμπράγματη ή όχι ενέργεια τυχόν περιορισμών στη διάθεση εμπράγματων δικαιωμάτων. Οι ίδιοι οι περιορισμοί βέβαια θα διέπονται από τη *lex causae* βάσει της οποίας συστάθηκαν. Στο πλαίσιο αυτό παρατίθεται το παράδειγμα της σύμβασης δανείου στην οποία περιλαμβάνεται όρος για την μη σύσταση εμπράγματης ασφάλειας υπέρ άλλων δανειστών. Ο όρος αυτός διέπεται από την *lex contractus* του δανείου. Το αν όμως ο περιορισμός αυτός έχει εμπράγματη ή μόνο ενοχική ισχύ κρίνεται κατά τη *lex rei sitae*²²⁸.

Έτσι, ειδικά για τις εμπράγματες ασφάλειες, όπως η υποθήκη και το ενέχυρο, σημειώνεται ότι αυτές διέπονται από τη *lex rei sitae*. Αυτή θα καθορίσει τις προϋποθέσεις σύστασης, τη λειτουργία και τα αποτελέσματα της εμπράγματης ασφάλειας. Από την άλλη η ύπαρξη εξασφαλιζόμενης απαίτησης θα διέπεται από την οικεία *lex causae*. Υποστηρίζεται ότι τίτλος σύστασης υποθήκης από τον νόμο πρέπει να προβλέπεται σωρευτικά από τη *lex causae* της ασφαλιζόμενης απαίτησης και από τη *lex rei sitae*²²⁹. Στο σημείο αυτό χρήζει σύντομης μνείας ένα ζήτημα που εξετάστηκε και ανωτέρω, αυτό της ισοδυναμίας των δημόσιων αρχών, που θα επιλυθεί με τον έλεγχο της ισοδυναμίας εγγυήσεων και έννομων αποτελεσμάτων. Αυτό έχει ακόμα μεγαλύτερη σημασία για τις εμπράγματες ασφάλειες ώστε να έχουν συσταθεί εγκύτως και να παράγουν όλα τα έννομα αποτελέσματά τους παρέχοντας πλήρη προστασία στον εκάστοτε δανειστή. Σημαντικό είναι έτσι να εξακριβωθεί τι συνιστά τίτλο για την εγγραφή υποθήκης και από ποια αρχή πρέπει αυτό να προέρχεται. Στο πλαίσιο των ενδοευρωπαϊκών σχέσεων ο Κανονισμός 805/2004 προβλέπει ότι συμβολαιογραφικό έγγραφο που έχει βεβαιωθεί ως εκτελεστός ευρωπαϊκός τίτλος αρκεί για την εγγραφή υποθήκης, αφού θα είναι ισοδύναμος προς τον ημεδαπό εκτελεστό τίτλο ακόμα και αν το έγγραφο περιβλήθηκε τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου σε χώρα άλλη από αυτή της *lex rei sitae*²³⁰.

Έπειτα, άπαξ και έχει πλέον συσταθεί η εμπράγματη ασφάλεια κατά το δίκαιο της *lex rei sitae* αποκτά υπόσταση στον νομικό κόσμο και αναπτύσσει τα έννομα αποτελέσματά της. Εφόσον τα δικαιώματα που απορρέουν από τη σύσταση της εμπράγματης ασφάλειας έχουν παγιωθεί σε κάποιο τόπο δια της εγγραφής σε δημόσια βιβλία ή μέσω της σύμπραξης δημόσιας αρχής θα γίνεται πλέον λόγος για αναγνώριση της *lex auctoris*, η οποία θα συμπίπτει με την *lex rei sitae*. Δεν θα τίθεται συνεπώς θέμα εφαρμοστέου δικαίου αλλά αναγνώρισης τους εμπράγματης ασφάλειας και των εξουσιών που απορρέουν από αυτή²³¹.

Τώρα αν πρόκειται για κινητό και αυτό μετατοπιστεί σε άλλο κράτος αυτό θα καταλαμβάνεται από τη νέα *lex rei sitae*. Τότε ανακύπτει το σύνθετο ζήτημα των μεταβλητών συγκρούσεων (*conflicts mobiles*). Αυτό προκύπτει από την μεταβολή του συνδέσμου του κανόνα σύγκρουσης του *forum*, όπως της τοποθεσίας του κινητού πράγματος, εν προκειμένω για τα εμπράγματα δικαιώματα και δη τις εμπράγματες ασφάλειες επ' αυτού. Στη πράξη τίθενται έτσι διάφορα ερωτήματα. Έστω ότι έχει συσταθεί ενέχυρο σε κινητό που βρίσκεται στην Γαλλία και στη

²²⁷ Σ. Βρέλλης, *Ιδιωτικό Διεθνές ...*, ό.π., σελ. 262-265, P. Mayer/V. Heuzé/B. Remy, *Droit International ...*, ό.π., σελ. 477.

²²⁸ Α. Μεταλληνός σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα*, Τόμος Ι, Π.Ν. Σάκκουλας, 2023, άρθρο 27, αρ. 7

²²⁹ Α. Μεταλληνός σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη Ερμηνεία ...*, ό.π., άρθρο 27, αρ. 10.

²³⁰ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές ...*, ό.π., σελ. 712.

²³¹ *ibid*, σελ. 714.

συνέχεια το κινητό μεταφέρεται στην Αγγλία. Ερωτάται τότε ποια θα είναι η τύχη του ενεχύρου καθώς και αν θα εφαρμοστεί ως *lex rei sitae* το γαλλικό δίκαιο ή το αγγλικό, σε ποιες πτυχές της σχέσης ή και κυρίως αν πρόκειται για ζήτημα εφαρμοστέου δικαίου ή αναγνώρισης. Ακόμα στην περίπτωση του πλασματικού ενεχύρου, όταν μετακινείται το πράγμα σε άλλη χώρα, ερωτάται ποια θα είναι η τύχη της εμπράγματης αυτής ασφάλειας, και εάν πρέπει να γίνει εγγραφή στο μητρώο της άλλης χώρας πριν από τη μετακίνηση, με την τυχόν καταφατική απάντηση εδώ να προσδίδει το πλεονέκτημα διασφάλισης της βεβαιότητας του δικαίου θέτοντας ακόμα έμμεσα και ζήτημα αναγνώρισης της εγγραφής²³².

Συχνά τα προβλήματα των *conflicts mobiles* επιλύονται νομοθετικά. Στον χώρο του εμπραγμάτου δικαίου το πιο πιθανό είναι ότι δεν θα υπάρχει σε κάθε κράτος ένας ειδικός κανόνας ιδ.δ.δ. για την αναγνώριση αλλοδαπών εμπράγματων ασφαλειών. Τότε οι κανόνες του ουσιαστικού εμπράγματου δικαίου του κράτους υποδοχής, ως *lex rei sitae*, θα αποφασίσουν για την ισχύ στο εσωτερικό του κράτους αυτών των ασφαλειών.

Θεμέλιο του περαιτέρω συλλογισμού θα αποτελέσει η προσπάθεια επίτευξης ουσιαστικής δικαιοσύνης στο ιδ.δ.δ.. Στο πλαίσιο αυτό δε θα μπορούσε να αγνοηθεί ένα εμπράγματο δικαίωμα, όπως μία εμπράγματη ασφάλεια, ακόμα και αν πρόκειται για θεσμό παντελώς άγνωστο στο *forum*, μόνο και μόνο επειδή δεν υφίσταται αντίστοιχο δικαίωμα στην έννομη τάξη της νέας τοποθεσίας του κινητού. Αυτό θα δημιουργούσε ανεπίτρεπτη για τους ενδιαφερομένους χωλή σχέση και πλήρη ανασφάλεια στον δανειστή ο οποίος θα βρισκόταν ξαφνικά έκθετος στον κίνδυνο μη αποπληρωμής τυχόν δανείου που έχει χορηγήσει χωρίς να μπορεί να βασιστεί στις εξασφαλίσεις που είχε συστήσει για να αποφύγει τις δυσμενείς συνέπειες αφερεγγυότητας ή μη πλημμελούς εκπλήρωσης από τον οφειλέτη του.

Στο πλαίσιο αναζήτησης λειτουργικών λύσεων μπορεί να επιστρατευτεί αρχικά η μέθοδος της προσαρμογής δια της τεχνικής της ισοδυναμίας εννόμων αποτελεσμάτων. Εφόσον μία εμπράγματη ασφάλεια έχει συσταθεί υπό την παλιά *lex rei sitae* αυτή θα εξακολουθεί να υφίσταται και στο νέο κράτος σε περίπτωση μετατόπισης του πράγματος. Σε αυτή την περίπτωση θα είναι αδιάφορο αν η νέα *lex rei sitae* υπό τα ίδια πραγματικά περιστατικά δεν θα συνιστούσε εμπράγματο δικαίωμα. Θα πρέπει βέβαια στο νέο κράτος να υπάρχει θεσμός με λειτουργικά ανάλογο περιεχόμενο. Σε διαφορετική περίπτωση το εμπράγματο δικαίωμα καταλύεται και δεν ανασυνιστάται αυτομάτως στην περίπτωση που το πράγμα ξαναβρεθεί στο κράτος προέλευσης²³³. Η κατάλυση της εμπράγματης ασφάλειας σε μία τέτοια περίπτωση θεμελιώνεται στη λογική επιθυμία κάθε έννομης τάξης να προστατέψει τη δικαϊκή ασφάλεια στον τομέα των εσωτερικών πιστώσεων και να αποφύγει την προνομιακή μεταχείριση των αλλοδαπών πιστωτών. Ίσως αυτός να είναι ένας τρόπος τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης²³⁴.

Στο πλαίσιο αυτό έχει υποστηριχθεί και η θεωρία της «μετάθεσης». Πρόκειται για έναν έλεγχο συμβατότητας της εμπράγματης ασφάλειας που προέρχεται από μία άλλη έννομη τάξη προς το εμπράγματο δίκαιο του κράτους υποδοχής και εν τέλει προς τη διεθνή δημόσια τάξη αυτού, μέρος της οποίας συχνά είναι και οι διατυπώσεις δημοσιότητας των εμπραγμάτων δικαιωμάτων. Η θεωρία αυτή προσπαθεί να συντονίζει δύο αντιτιθέμενα συμφέροντα, αφενός αυτό της

²³² *ibid*, σελ. 195-199.

²³³ Σ. Βρέλλης, *Ιδιωτικό Διεθνές ...*, ό.π., σελ. 258.

²³⁴ Ε. Μουσταϊρα, *Εμπράγματα ασφαλείες ...*, ό.π., σελ. 38.

εμπιστοσύνης του δανειστή ότι δεν θα αρθεί η ισχύς της εμπράγματης ασφάλειας που έχει συστήσει και αφετέρου την διασφάλιση της εμπιστοσύνης περί της ακεραιότητας της κατάταξης των δανειστών στο κράτος υποδοχής. Έτσι κατ' επέκταση στη θεωρία αυτή διακρίνονται τα εξής τρία στάδια ελέγχου: α) αρχικά θα πρέπει να διαπιστωθεί αν η νέα *lex rei sitae* αναγνωρίζει ως συνεχιζόμενο νομικό γεγονός την συσταθείσα στο κράτος προέλευσης εμπράγματη ασφάλεια, β) στη συνέχεια θα εξετάζεται αν στο κράτος υποδοχής υπάρχει αντίστοιχο ή λειτουργικά όμοιο δικαίωμα ώστε να γίνει μετατροπή του αλλοδαπού εμπράγματου δικαιώματος στο αντίστοιχο ημεδαπό και τέλος γ) εξετάζεται η έκταση των αποτελεσμάτων της μετατραπείσας εξασφάλισης στα πλαίσια της έννομης τάξης του κράτους υποδοχής²³⁵.

Σε ορισμένα δίκαια, όπως στις ΗΠΑ προβλέπεται μία «προθεσμία χάριτος» ή «προθεσμία προσαρμογής» όπως λέγεται. Στην περίοδο αυτή μπορεί να ληφθεί μέριμνα να τηρηθούν οι όροι που απαιτούνται για τη σύσταση της εμπράγματης ασφάλειας κατά το δίκαιο του κράτους υποδοχής. Η σύσταση της εμπράγματης ασφάλειας στις περιπτώσεις αυτές συνδέεται με την υποχρέωση εγγραφής της σε σχετικό μητρώο εμπράγματων ασφαλειών. Αυτό αποτελεί και το μειονέκτημα της λύσης αυτής καθώς τις περισσότερες φορές, για διάφορες εμπράγματες ασφάλειες, μπορεί να μην προβλέπεται καταχώριση τους σε κάποιο μητρώο. Πρόκειται έτσι για μία προσωρινή αναγνώριση του δικαιώματος που όμως θα αποδυναμώνεται από τους υφιστάμενους κανόνες περί προστασίας των καλόπιστων τρίτων²³⁶.

Μία άλλη μέθοδος για την προσέγγιση του προβλήματος των *conflicts mobiles* είναι αυτή της αναγνώρισης. Έτσι δικαίωμα που έχει συσταθεί κατά την παλαιά *lex rei sitae* θα εξακολουθεί να υφίσταται εφόσον και η νέα *rei sitae* το αναγνωρίζει ή αναγνωρίζει λειτουργικά όμοιο δικαίωμα. Πρόκειται δηλαδή περί επιμεριστικής όπως θα λέγαμε αναγνώρισης²³⁷. Η θέση αυτή στηρίζεται στην παραδοχή ότι έχει συσταθεί η έννομη σχέση της εμπράγματης ασφάλειας στο κράτος προέλευσης και η ουσιαστική δικαιοσύνη, η προστασία των τρίτων και του δανειστή, η διεθνής ομοιογένεια των διεθνών ιδιωτικών εννόμων σχέσεων επιτάσσουν τη διεύρυνση της έννομης ισχύος που έχει η εν λόγω ασφάλεια στη χώρα καταγωγής στην έννομη τάξη υποδοχής, πάντα με μία στάθμιση με βάση την αρχή της αναλογικότητας.

Γίνεται έτσι αντιληπτό ότι στο σύνθετο πρόβλημα των εμπραγμάτων ασφαλειών επί κινητού αν αυτό μετακινηθεί, οι δύο μέθοδοι του ιδ.δ.δ. που αναφέρθηκαν, ήτοι η τεχνικής της προσαρμογής με την μέθοδο της ισοδυναμίας και από την άλλη πλευρά, ίσως πλέον περισσότερο λειτουργική, η μέθοδος της αναγνώρισης, οδηγούν σε δίκαιες λύσεις, πάντα με γνώμονα την διατήρηση και την αποκατάσταση της ουσιαστικής δικαιοσύνης.

Πάντως η νέα *lex situs* θα διέπει μια μεταβίβαση, κατάσχεση ή πτώχευση που συντελείται στην νέα έννομη τάξη όπου βρίσκεται το κινητό²³⁸.

Μία άλλη πιθανή λύση ίσως να δινόταν μέσω του ανταγωνισμού της *lex contractus* και της *lex rei sitae* για τον οποίο έγινε λόγος και πιο πάνω. Η αλήθεια είναι ότι ο προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου επί των εμπραγμάτων δικαιωμάτων κινητού πράγματος το οποίο

²³⁵ *ibid*, σελ. 35-36.

²³⁶ Ε. Μουσταϊρά, *Εμπράγματες ασφάλειες ...*, ό.π., σελ. 39.

²³⁷ Βλ. Εφ.Πειρ. 852/2013, *Δ.Ε.Ε* 2013, σελ.1192, Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 199, 713, 394-395.

²³⁸ Ε. Μουσταϊρά, *Εμπράγματες ασφάλειες ...*, ό.π., σελ. 34.

μετακινείται διασυνοριακά, ή ακόμα και συνολικά η νομική αντιμετώπιση των έννομων αποτελεσμάτων του εμπράγματος δικαιώματος από την έννομη τάξη υποδοχής αποδεικνύονται σύνθετες διαδικασίες. Αυτό επιβεβαιώνεται και από το ότι στα περισσότερα διεθνή κείμενα για πώληση κινητών αποφεύγονται ρυθμίσεις αναφορικά με τη μεταβίβαση της κυριότητας επ' αυτών. Παράδειγμα αποτελεί και η Σύμβαση της Βιέννης για τις διεθνείς πωλήσεις κινητών πραγμάτων²³⁹. Προτάθηκε έτσι, σε περίπτωση πώλησης αντικείμενου που θα εξαχθεί στην αλλοδαπή, η υποβολή και της εμπράγματος δικαιοπραξίας στη *lex contractus* μέσω ομοιομόρφου σχετικού κανόνα σύγκρουσης. Πρόκειται για μία λύση που πιθανόν να έλυε το πρόβλημα, άλλως θα έπρεπε, ερμηνεύοντας το δίκαιο κτήσης κυριότητας του κράτους εισαγωγής, να λαμβάνονται υπόψη τα επελθόντα στο κράτος προέλευσης περιστατικά²⁴⁰.

Τέλος, ένα ακόμα ζήτημα που χρήζει ανάπτυξης σε αυτήν την ενότητα είναι αυτό του εφαρμοστέου δικαίου στα εμπράγματα δικαιώματα επί αξιογράφων. Εδώ αρχικά χρειάζεται να γίνει μία διάκριση που θα χρησιμεύσει και για τα επόμενα θέματα εξέτασης της παρούσας εργασίας. Πρόκειται για την διάκριση ενσώματων και άυλων αξιογράφων.

Αρχικά έτσι να σημειωθεί ότι η ανάπτυξη του εμπορίου και της οικονομίας είχε ως αποτέλεσμα την θα λέγαμε «αξιογραφοποίηση» έννομων σχέσεων. Έτσι εκκίνησε η αξιολογική κυκλοφορία των τίτλων η οποία βασίζεται στην κατά πλάσμα δικαίου ενσωμάτωση των απαιτήσεων ή των συμμετοχικών δικαιωμάτων σε έγγραφο, σε χαρτί, δηλαδή σε ενσώματο αντικείμενο. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα τα ενσώματα αξιόγραφα να αντιμετωπίζονται ως κινητά πράγματα και όχι ως έννομες σχέσεις. Οι έννομες σχέσεις έτσι έλαβαν παρακολουθηματικό χαρακτήρα σε σχέση με το έγγραφο, δηλαδή, με άλλα λόγια τα εκ του εγγράφου δικαιώματα ακολουθούσαν πλέον τα επί του εγγράφου δικαιώματα. Κατά τον παραδοσιακό τρόπο κυκλοφορίας των ενσώματων αξιογράφων, ο δανειστής καθίσταται και κάτοχος του τίτλου και νομιμοποιείται ως δικαιούχος όλων γενικά των δικαιωμάτων που απορρέουν εκ του εγγράφου, ο δε εκδότης οφείλει να αναγνωρίζει την ιδιότητά του αυτή και να επιτρέπει στον κάτοχο του αξιογράφου, και μόνο, να ασκεί όλα τα ερειδόμενα στον τίτλο δικαιώματα. Έτσι μπορεί να παρατηρηθεί μια άμεση σχέση μεταξύ εκδότη και δανειστή, με την έννοια της ευθείας αξίωσης του κατόχου του τίτλου έναντι του εκδότη για εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την εκάστοτε έννομη σχέση. Στην περίπτωση αυτή γίνεται λόγος για άμεση κατοχή τίτλων²⁴¹.

Στο πλαίσιο αυτό τα εμπράγματα δικαιώματα, και δη οι εξασφαλίσεις επί του χαρτιού διέπονται από τη *lex rei sitae*, που ειδικώς για τα αξιόγραφα, επειδή πρόκειται για έγγραφα, ονομάζεται συνήθως ειδικότερα *lex cartae sitae*, δηλαδή από το δίκαιο του τόπου όπου βρίσκεται το αξιόγραφο²⁴².

Για λόγους πληρότητας σημειώνεται ότι η μορφή και τα αποτελέσματα της αξιολογικής ενσωμάτωσης, αλλά και η άρση αυτής λόγω κλοπής, απώλειας ή καταστροφής του αξιογράφου όπως και η δυνατότητα ή μη του κυρίου ανωνύμου αξιογράφου να το διεκδικήσει από τον καλόπιστο κάτοχο, διέπονται από τη *lex causae* του δικαιώματος που ενσωματώνεται στο

²³⁹ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*,ό.π., σελ.713.

²⁴⁰ Σ. Βρέλλης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*,ό.π.,σελ. 259-260 (υποσημ. 6).

²⁴¹ Αλ.-Π. Σιβιτανίδης, *Έμμεση κατοχή κινητών...*, ό.π., σελ. 7-10.

²⁴² Σ. Βρέλλης, Το εφαρμοστέο δίκαιο σε κινητές αξίες που κατέχονται από ενδιάμεσα πρόσωπα - Εισαγωγή στο σχετικό προβληματισμό, *ΔΕΕ*, 3/2006, σελ. 229.

αξιόγραφο. Επομένως, τα αποτελέσματα της αξιογραφικής ενσωμάτωσης επί μετοχής θα καθορίζονται από τη *lex societatis* ενώ στην περίπτωση των ομολογιών από τη *lex contractus*.

Έτσι, στο μέτρο που η *lex causae* προβλέπει ότι το δικαίωμα εκ του χαρτιού ακολουθεί το δικαίωμα επί του χαρτιού τίθεται πρόκριμα από τη *lex causae* σε σχέση με το ποιος έχει εμπράγματα δικαιώματα επί του ενσώματου αξιογράφου. Για τον εντοπισμό του εφαρμοστέου δικαίου στο πρόκριμα είναι δύο οι θεωρίες που μπορούν να ακολουθηθούν, αυτή της *lex causae* και αυτή της *lex fori*. Σύμφωνα με τη θεωρία της *lex causae* για τα προκρίματα το ποιος είναι ο δικαιούχος του αξιογράφου θα κριθεί κατά το δίκαιο που είναι εφαρμοστέο σε σχέση με τα εμπράγματα δικαιώματα επί των αξιογράφων σύμφωνα με το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο της *lex causae*. Η λύση αυτή προασπίζει την διεθνή αρμονία των λύσεων. Από την άλλη αν ακολουθηθεί η θεωρία της *lex fori*, και *forum* είναι η Ελλάδα, τότε το ποιος έχει εμπράγματο δικαίωμα επί του ενσώματου αξιογράφου θα κριθεί κατά το ελληνικό ιδιωτικό διεθνές δίκαιο. Σε αυτή την περίπτωση θα εφαρμοστεί η *lex rei sitae* που εν προκειμένω ονομάζεται *lex cartae sitae*²⁴³. Η εφαρμογή της *lex fori* στα προκρίματα προασπίζει την νομική ομοιογένεια του *forum*. Κατά κανόνα βέβαια προτιμητέα φαίνεται να είναι η θεωρία της *lex causae*. Στη περίπτωση αυτή ο δικαστής του *forum* θα υπεισέλθει στη θέση του δικαστή της *lex causae* και θα επιλύσει το ζήτημα με βάση το σύστημα κανόνων σύγκρουσης αυτής²⁴⁴.

Ειδικά για την φορτωτική τα εμπράγματα δικαιώματα επί αυτής, λογιζόμενης αυτής ως πράγμα, θα διέπονται από το δίκαιο της χώρας που βρίσκεται *corpore* η φορτωτική, δηλαδή, και λογικό, κατά την ανωτέρω ανάλυση, από τη *lex cartae sitae*. Οι ενοχικές σχέσεις που απορρέουν από τη φορτωτική θα ρυθμίζονται από τη δική τους *lex causae*. Τέλος, το αν ο νόμιμος κομιστής της φορτωτικής αποκτά εμπράγματα δικαιώματα στα πράγματα που αναφέρονται στη φορτωτική και ποια είναι αυτά τα δικαιώματα θα κριθεί κατά το δίκαιο του τόπου που ο μεταφορέας οφείλει με την εμφάνιση της φορτωτικής να παραδώσει τα πράγματα²⁴⁵.

2. Εμπράγματα δικαιώματα επί άυλων αξιογράφων

Αναφέρθηκε ανωτέρω ότι η ΑΚ 27 και ο εξ αυτής κανόνας της *lex rei sitae* εφαρμόζεται μόνο επί ενσώματων πραγμάτων. Τα εμπράγματα δικαιώματα σε άυλα αγαθά διέπονται από ειδικούς κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου²⁴⁶. Γενικότερα πάντως και με την επιφύλαξη των ειδικότερων διατάξεων γίνεται δεκτό ότι τα εμπράγματα δικαιώματα επί δικαιώματος διέπονται από τη *lex causae* του δικαιώματος²⁴⁷.

Η εξέλιξη των συναλλακτικών πρακτικών, ο μεγάλος όγκος των διασυνοριακών συναλλαγών και οι τεχνολογικές εξελίξεις έδειξαν ότι η χρήση ενσώματων αξιογραφικών τίτλων καθιστά τις συναλλαγές χρονοβόρες και αυξάνει το κόστος τους ενώ παράλληλα γεννιάται ευκολότερα ο κίνδυνος απώλειας, κλοπής ή παραχάραξης των αξιογράφων. Έτσι έγινε η μετάβαση στην αποϋλοποίηση των τίτλων. Οι άυλοι τίτλοι ταυτίζονται εννοιολογικά με τους λεγόμενους τίτλους

²⁴³ Α. Μεταλληνός σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη ...*,ό.π., άρθρο 27, αρ. 12, Α. Μεταλληνός, *Τα ομολογιακά δάνεια...*, ό.π., σελ. 129.

²⁴⁴ Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές ...*,ό.π., σελ.188.

²⁴⁵ Σ. Βρέλλης, *Ιδιωτικό Διεθνές ...*,ό.π.,σελ. 261.

²⁴⁶ Εν προκειμένω δεν θα εξεταστούν ζητήματα εμπραγμάτων δικαιωμάτων συνολικά επί των άυλων αγαθών λ.χ. επί σήματος λόγω των αρκετά πιο ειδικών και επιμέρους ρυθμίσεων που συναντώνται ανά περίπτωση σε αυτά.

²⁴⁷ Σ. Βρέλλης, *Ιδιωτικό Διεθνές ...*,ό.π.,σελ. 261-262.

τηρούμενους σε λογιστική μορφή. Αυτοί προϋποθέτουν την τήρηση αρχείου - μητρώου δικαιούχων, το οποίο, ανάλογα με την κείμενη νομοθεσία, συνήθως τηρεί ο εκδότης των τίτλων ή εξουσιοδοτημένος σχετικά αντιπρόσωπος του. Οι λογιστικές αυτές εγγραφές σήμερα γίνονται κατά κανόνα με ψηφιακό τρόπο, σε αρχείο τηρούμενο σε ηλεκτρονική μορφή. Εφόσον το προβλέπει η σχετική νομοθεσία, οι καταχωρίσεις στους λογαριασμούς τίτλων αποκτούν συστατικό χαρακτήρα για την κτήση δικαιωμάτων επί των τίτλων και ισχύουν έναντι όλων²⁴⁸.

Στο πλαίσιο συνεπώς χρηματοδότησης μίας επιχείρησης, μία μορφή ασφάλειας που μπορεί να παράσχει ο δανειολήπτης είναι η σύγχρονη μορφή της χρηματοοικονομικής ασφάλειας (“financial collateral”). Ως ασφάλεια με τη μορφή αυτή μπορεί να παρέχονται μετρητά ή και μετοχές ή άλλοι τίτλοι που έχει στο χαρτοφυλάκιό της η εταιρεία. Στο πλαίσιο αυτό, τα εμπράγματα δικαιώματα επί άυλων αξιογράφων στην περίπτωση που παρέχεται χρηματοοικονομική ασφάλεια επί άυλων τίτλων διέπονται από το άρθρο 9 του Ν. 3301/2004 που ενσωματώνει την Οδηγία 2002/47/ ΕΚ για τη χρηματοοικονομική ασφάλεια.

Σημασία στο σημείο αυτό έχει ο σύντομος προσδιορισμός του υποκειμενικού πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας και του Ν. 3301/2004. Έτσι ο Ν. 3301/2004 εφαρμόζεται μόνο όταν τόσο ο ασφαλειοδότης όσο και ο ασφαλειολήπτης είτε φέρουν κάποια από τις ιδιότητες που ορίζονται στο αρ. 1 του νόμου, είναι δηλαδή μεταξύ άλλων δημόσιες αρχές, κεντρικές τράπεζες, πιστωτικά ιδρύματα, επιχειρήσεις παροχής επενδυτικών υπηρεσιών, ή όταν ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη φέρει αυτή την ιδιότητα και το άλλο είναι νομικό πρόσωπο. Επομένως, οι διατάξεις αυτές μπορούν να εφαρμοσθούν και σε κάθε περίπτωση ενεχυρίασης ή εκχώρησης απαιτήσεων του ασφαλειοδότη προς τον ασφαλειολήπτη ακόμα και αν πρόκειται για απαιτήσεις κατά του ίδιου του ασφαλειολήπτη, πράγμα που λ.χ. συμβαίνει στην περίπτωση που ενεχυριάζεται υπέρ της τράπεζας η απαίτηση του νομικού προσώπου από κατάθεση που τηρείται στην ίδια την τράπεζα²⁴⁹.

Στο σημείο αυτό πρέπει να γίνει η διάκριση μεταξύ συμφωνίας παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας, κατά το αρ. 2 παρ. 1 περ. γ’, και της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας με μεταβίβαση τίτλου, κατά το αρ. 2 παρ. 1 περ. β’. Η δεύτερη προσιδιάζει στην καταπιστευτική εκχώρηση απαιτήσεων. Μαζί χαρακτηρίζονται ως συμφωνία παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας κατά το αρ. 2 παρ. 1 περ. α’.

Μεταβαίνοντας στο εφαρμοστέο εν προκειμένω δίκαιο στο πλαίσιο παροχής εμπράγματης χρηματοοικονομικής ασφάλειας το αρ. 9 ορίζει ότι για τα ζητήματα τα οποία και απαριθμεί, και αφορούν την ασφάλεια τίτλων σε λογιστική μορφή, ως εφαρμοστέο δίκαιο καλείται το δίκαιο της χώρας όπου τηρείται ο σχετικός λογαριασμός.

Κάποιες περαιτέρω εννοιολογικές διευκρινήσεις είναι απαραίτητες στο σημείο αυτό. Σύμφωνα με το αρ. 2 παρ. 1 περ. ζ’ ως ασφάλεια επί τίτλων σε λογιστική μορφή ορίζεται η χρηματοοικονομική ασφάλεια που παρέχεται στο πλαίσιο συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας και η οποία συνιστάται επί χρηματοπιστωτικών μέσων. Εγγραφές σε μητρώο ή λογαριασμό που τηρείται από ενδιάμεσο ή εν ονόματι αυτού αποδεικνύουν το δικαίωμα ασφάλειας επί των

²⁴⁸ Αλ.-Π. Σιβιτανίδης, *Έμμεση κατοχή κινητών ...*, ό.π., σελ. 11-13.

²⁴⁹ Π. Γεωργάκη, *Η ευθύνη του εκχωρητή απαίτησης κατά τα άρθρα 467-468 ΑΚ*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2022, σελ. 37, Δ. Τσιμπανούλης, *Οι επενδυτικοί άυλοι τίτλοι στην τομή εμπραγμάτου και ενοχικού δικαίου*, *ΕπισκευΔ*, 2/2009, σελ. 378.

χρηματοπιστωτικών τίτλων. Ως δε χρηματοπιστωτικοί τίτλοι λογίζονται κατά κύριο λόγο οι μετοχές καθώς και άλλοι τίτλοι που ισοδυναμούν με μετοχές και ομολογίες αλλά ακόμα και άλλα είδη χρεωστικών μέσων, εφόσον αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης στην κεφαλαιαγορά, με τον πλήρη ορισμό να βρίσκεται στο αρ. 2 παρ. 1 περ. ε'. Πάντως ο ορισμός φαίνεται στενότερος από τον αντίστοιχο ορισμό χρηματοπιστωτικών μέσων όπως αυτά απαριθμούνται στον κατάλογο χρηματοπιστωτικών μέσων που περιλαμβάνεται στο Παράρτημα Ι (Τμήμα Γ) του Ν. 4514/2018 και ο οποίος ενσωματώνει την Οδηγία 2014/65/ΕΕ όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει σήμερα (MiFID II).

Μετά τις ανωτέρω εννοιολογικές διευκρινίσεις και επανερχόμενοι στο σκέλος του εφαρμοστέου δικαίου, το αρ. 9 του Ν. 3301/2004 αναγνωρίζει ότι το δίκαιο της χώρας όπου τηρείται ο σχετικός λογαριασμός διέπει τα ακόλουθα ζητήματα που προκύπτουν σε σχέση με την παροχή χρηματοοικονομικής ασφάλειας επί τίτλων σε λογιστική μορφή: α) τη νομική φύση και τα περιουσιακά αποτελέσματα της ασφάλειας επί τίτλων σε λογιστική μορφή, β) την πλήρωση των τυπικών και διαδικαστικών προϋποθέσεων της συμφωνίας παροχής χρηματοοικονομικής ασφάλειας, την παροχή ασφάλειας επί τίτλων σε λογιστική μορφή στο πλαίσιο μίας τέτοιας συμφωνίας και γενικότερα, την ολοκλήρωση των αναγκαίων όρων ώστε η εν λόγω συμφωνία να είναι ανταντάξιμη στους τρίτους, γ) το κατά πόσον το δικαίωμα ιδιοκτησίας ή άλλο δικαίωμα ενός προσώπου σχετικά με ασφάλεια επί τίτλων σε λογιστική μορφή προηγείται ή έπεται ανταγωνιστικού δικαιώματος ιδιοκτησίας ή άλλου δικαιώματος τρίτου ή έχει επέλθει απόκτηση με καλή πίστη, δ) οι ενέργειες, που απαιτούνται για τη ρευστοποίηση της εν λόγω ασφάλειας ως αποτέλεσμα επέλευσης γεγονότος που συνεπάγεται αναγκαστική εκτέλεση.

Η διάταξη του αρ. 9 Ν. 3301/2004 αναφέρεται μόνο στην περίπτωση που παρέχεται χρηματοοικονομική ασφάλεια επί άυλων τίτλων. Ωστόσο σύμφωνα με άποψη της επιστήμης που παρουσιάζεται ως ορθότερη ο κανόνας αυτός θα πρέπει να τύχει αναλογικής εφαρμογής σε άλλες όμοιες περιπτώσεις και να γενικευθεί. Διαφορετικά ενυπάρχει ο κίνδυνος να γεννώνται δυσεπίλυτα προβλήματα, αν σε ορισμένες περιπτώσεις τα εμπράγματα δικαιώματα επί του ίδιου άυλου αξιογράφου διέπονται από έναν κανόνα σύγκρουσης και από άλλο κανόνα σύγκρουσης σε άλλες. Υπέρ της συλλογιστικής αυτές τάσσεται κανείς και ύστερα από μία επισκόπηση αντίστοιχων του αρ. 9 Ν. 3301 /2004 διατάξεων, όπως του αρ. 9 παρ. 4 του Ν. 2789/2000, ο οποίος εισάγει στην ελληνική έννομη τάξη το άρθρο 9 παρ. 2 της Οδηγίας 98/26/ΕΚ και το αρ. 26 του Ν. 3458/2006 με το οποίο ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο το αρ. 24 της Οδηγίας 2001/24/ΕΚ²⁵⁰.

3. Οι πιο πρόσφατες προσπάθειες ενοποίησης στον τομέα των εμπραγμάτων ασφαλειών με κατάληξη τον Πρότυπο Νόμο της UNCITRAL για τις Εξασφαλισμένες Συναλλαγές

Στον χώρο των εμπραγμάτων ασφαλειών το εγχείρημα της εναρμόνισης και της ενοποίησης σε διεθνές επίπεδο μοιάζει αρκετά σύνθετο και δύσκολο στην υλοποίησή του. Αυτό φαίνεται μέσα από μία σειρά προσπαθειών και συζητήσεων να τεθούν σε εφαρμογή διεθνείς συμβάσεις που ενώ συντάσσεται ύστερα από πολύπρονες διαπραγματεύσεις ένα τελικό κείμενο, οι συμβιβασμοί μάλλον είναι τόσο μεγάλοι που τα κράτη εν τέλει δεν προσχωρούν σε αυτές. Ακόμα, αν πρόκειται

²⁵⁰ Α. Μεταλληνός σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη Ερμηνεία ...*, ό.π., άρθρο 27, αρ. 16-17, Χ. Παμπούκης, *Ιδιωτικό Διεθνές...*, ό.π., σελ. 716.

για εκπόνηση Προτύπων Νόμων πάλι φειδωλά παρατηρούνται χώρες να αναλαμβάνουν την πρωτοβουλία θα υιοθετήσουν στο εσωτερικό τους δίκαιο νομοθετικά πλαίσια σύμφωνα με τους Πρότυπους αυτούς νόμους.

Η ταχύτητα των συναλλαγών, η παγκοσμιοποίηση των αγορών και η ανάγκη προβλεψιμότητας ειδικά στο επίπεδο των εμπράγματων εξασφαλίσεων αποτέλεσαν τη βάση διαφόρων προσπαθειών εναρμόνισης. Αφενός οι μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις προσδοκούν διευκολύνσεις στη χορήγηση πιστώσεων αφετέρου σε επίπεδο διασυνοριακών συναλλαγών οι δανειστές αποβλέπουν μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου αναφορικά με τις εμπράγματες εξασφαλίσεις που συστήνουν για να περιορίσουν τον κίνδυνο πλημμελούς εκπλήρωσης του οφειλέτη τους. Η καλύτερη λύση διασφάλισης της βεβαιότητας δικαίου και της προβλεψιμότητας θα ήταν μέσω ενοποιημένων κανόνων, χρηστικών και γνωστών σε όλους, ώστε να μην εξαρτώνται τα δικαιώματα του δανειστή και η προτεραιότητα ικανοποίησης του από πολλές διαφορετικές ρυθμίσεις των εθνικών δικαίων. Έτσι θα αποφεύγονταν και η προσφυγή σε μεθόδους που μπορεί να μην εξασφαλίζουν την καλύτερη ισοδύναμη λύση για τον δανειστή, όπως η μέθοδος της προσαρμογής, και που παρουσιάζονται αρκετά σύνθετες στην εφαρμογή τους στην πράξη, καθώς απαιτούν λεπτομερειακή μελέτη δικαστικών προηγούμενων των δύο κρατών, μελέτη ακαδημαϊκών μελετών, εκτενούς βιβλιογραφίας και γνωμοδοτήσεων για τον προσδιορισμό των ισοδύναμων εννόμων συνεπειών. Έτσι υποστηρίζεται ότι ανάμεσα στο να επιχειρείται να ενταχθεί ένας νομικός θεσμός εντελώς άγνωστος σε μία αλλοδαπή έννομη τάξη είναι προτιμότερο εξ αρχής να υπάρχουν ομοιόμορφοι κανόνες που να θέτουν κοινές προϋποθέσεις και να οδηγούν σε κοινά αποτελέσματα. Από την άλλη βέβαια πλευρά η εναρμόνιση, πολύ περισσότερο δε η ενοποίηση, συναντούν την κριτική ότι είναι λύσεις ουτοπικές που στερούνται συνοχής ή που παρουσιάζουν μεταξύ τους ασυνέπειες ανάλογα με το από ποιον φορέα εκπονούνται οι σχετικές προσπάθειες κάθε φορά²⁵¹.

Προκρίνεται έτσι ως αποτελεσματικότερη λύση για την εξασφάλιση της διασυνοριακής κινητικότητας των εμπράγματων ασφαλειών ειδικά επί κινητών η ενοποίηση ή έστω η εναρμόνιση του εθνικού ουσιαστικού δικαίου σε παγκόσμια βάση. Η πιο εύκολη οδός για αυτό θα ήταν η απάλειψη όλων των τυπικών προϋποθέσεων για τη σύστασή τους. Τότε όμως θα κλονιζόταν η εμπιστοσύνη των τρίτων. Προτείνεται ακόμα η δημιουργία ενός κοινού διακρατικού μητρώου καταχώρισης εμπραγμάτων δικαιωμάτων²⁵². Μία άλλη λύση, ίσως αρκετά ρηξικέλευθη, θα ήταν μια άμεση σφαιρική ρύθμιση η οποία θα αντικαθιστούσε όλες τις διαφορετικές μορφές εθνικών εμπράγματων ασφαλειών με μία μοναδική εμπράγματη ασφάλεια. Καμία φυσικά από τις λύσεις αυτές δεν φαίνεται να έχει πιθανότητες να υιοθετηθεί, είτε σε παγκόσμιο είτε σε περιφερειακό επίπεδο²⁵³.

²⁵¹ O. Akseli, *International Secured Transactions Law Facilitation of credit and international conventions and instruments*, Routledge, 2011, σελ. 57-60, C. Mooney, *Choice-of-Law Rules for Secured Transactions: An Interest-Based and Modern Principles-Based Framework for Assessment*, SSRN <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3000566>, (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024) σελ. 847-850.

²⁵² N. Cohen, *The Private International Law of Secured Transactions: Rules in Search of harmonization*, *Law and Contemporary Problems*, 81(1)/2018, σελ. 206.

²⁵³ E. Μουσταϊρα, *Εμπράγματα ασφαλείες ...*, ό.π., σελ. 42.

Οι προσπάθειες που γίνονται σε διεθνές συνεπές επίπεδο, σε μία προσπάθεια αποφυγής της προσφυγής στους εκάστοτε αρμόδιους εθνικούς κανόνες σύγκρουσης, σχετίζονται κυρίως είτε με τη δημιουργία ομοιόμορφων ουσιαστικών κανόνων είτε με τη δημιουργία ομοιόμορφων κανόνων σύγκρουσης. Στο ίδιο πλαίσιο υποστηρίζεται ότι η ρύθμιση του ζητήματος της αναγνώρισης αλλοδαπών εμπράγματων ασφαλειών δεν θα πρέπει να γίνεται μέσω κανόνων σύγκρουσης, δηλαδή έμμεσα, είτε πρόκειται για εθνικούς είτε για ομοιόμορφους κανόνες. Η σκέψη αυτή ερείδεται στο ότι τα διάφορα εθνικά ουσιαστικά συστήματα έχουν μεταξύ τους θεμελιώδεις διαφορές, κυρίως ως προς τις διατυπώσεις δημοσιότητας, κάτι που έχει ως συνέπεια να μην αναγνωρίζονται αλλοδαπές εμπράγματες ασφάλειες που είναι ασύμβατες με το σύστημα των ημεδαπών εμπράγματων ασφαλειών²⁵⁴.

Κεντρικό ρόλο στις προσπάθειες εναρμόνισης έχει η Επιτροπή του Ο.Η.Ε. για το Δίκαιο του Διεθνούς Εμπορίου (“UNCITRAL”). Στο πλαίσιο αυτό η UNCITRAL εκπόνησε έναν νομοθετικό οδηγό το 2007, τον Νομοθετικό Οδηγό της UNCITRAL για την Εμπράγματη Ασφάλεια, ο οποίος συμπληρώθηκε το 2010 από τον Οδηγό σχετικά με τα δικαιώματα ασφάλειας στην πνευματική ιδιοκτησία. Ακολούθησε ένας οδηγός για την εφαρμογή ενός μητρώου δικαιωμάτων ασφαλείας το 2013. Το 2016 η UNCITRAL συνέταξε έναν Πρότυπο Νόμο για τις εμπράγματες ασφάλειες. Από χώρες με σημαντική συνεισφορά στις διεθνείς αγορές, η Αυστραλία και η Νέα Ζηλανδία φαίνεται να έχουν υιοθετήσει εσωτερικές ρυθμίσεις αντίστοιχες του Προτύπου Νόμου, αν και προγενέστερες αυτού²⁵⁵. Σε κάθε περίπτωση ο Πρότυπος Νόμος υιοθετεί ένα σύνολο αρχών και πρακτικών γενικά παραδεκτών στις διεθνείς συναλλαγές, αποβλέποντας να διευκολύνει την πράξη ως ήπιο μέσο διεθνούς ενοποίησης.

Το προτέρημα, και συνάμα μπορεί να πει κανείς και μειονέκτημα, ενός Πρότυπου Νόμο συνίσταται στην ιδιαίτερη «νομική» του φύση ως «soft law», η οποία επιτρέπει στα κράτη που ενδιαφέρονται να υιοθετήσουν τις ρυθμίσεις του να αποκλίνουν ολικώς ή μερικώς από διατάξεις του κατά τρόπο σαφώς ευχερέστερο συγκριτικά με τη δυνατότητα διατύπωσης επιφυλάξεων κατά την προσχώρησή τους σε Διεθνείς Συμβάσεις. Η ιδιαιτερότητα και ουσιαστικά ευελιξία του Πρότυπου Νόμου ευελπιστεί να λειτουργήσει υπέρ της ενσωμάτωσης των ρυθμίσεων που προτείνει στο εθνικό δίκαιο αριθμητικά περισσότερων κρατών. Βέβαια αυτό έχει ως αποτέλεσμα να μην επιτυγχάνεται απόλυτη και πλήρης ομοιομορφία των εθνικών ρυθμίσεων καθώς κάθε κράτος όπως αναφέρθηκε μπορεί να παρεκκλίνει. Οι δε νομοθετικοί οδηγοί, όπως ο Νομοθετικός Οδηγός της UNCITRAL για τις εμπράγματες ασφάλειες, επίσης μη νομικά δεσμετικό κείμενο, προβαίνουν απλώς σε συστάσεις προς τους εθνικούς νομοθέτες παρέχοντας μία πιθανή κατεύθυνση για τυχόν μελλοντικές νομοθετικές μεταβολές²⁵⁶.

Ειδικότερα, ο Πρότυπος αυτός Νόμος της UNCITRAL στα 107 άρθρα του παρουσιάζει ένα συνολικό ρυθμιστικό πλαίσιο για τις εμπράγματες ασφάλειες που συναντώνται συχνότερα στις συναλλαγές. Στα δε άρθρα 84-100 περιλαμβάνει προτεινόμενες ρυθμίσεις ιδιωτικού διεθνούς δικαίου για την περίπτωση των διασυνοριακών συναλλαγών. Κρίσιμος εν προκειμένω είναι ο

²⁵⁴ *ibid*, σελ. 41.

²⁵⁵ United Nations Commission on International Trade Law, Status: UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016), *uncitral.un.org* <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions/status>. (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

²⁵⁶ Α. Κονταξή, Το δίκαιο εμπράγματης εξασφάλισης των πιστώσεων υπό το πρίσμα των δράσεων της UNCITRAL, *ΕφΑΔΠολΔ*, 5/2016, σελ. 441-443.

καθορισμός του εφαρμοστέου δικαίου στη σύσταση του εμπράγματος δικαιώματος, στα έναντι τρίτων αποτελέσματά του, στην προτεραιότητα μεταξύ περισσότερων δανειστών και σε ζητήματα αναγκαστικής εκτέλεσης.

Πριν εξεταστούν εκτενέστερα οι διατάξεις στο πεδίο σύγκρουσης νόμων που εμπεριέχει ο Πρότυπος Νόμος, κάποια εισαγωγικά και γενικά στοιχεία για τις λοιπές ρυθμίσεις του αξίζει να αναφερθούν. Πρόκειται λοιπόν για έναν Πρότυπο Νόμο που περιλαμβάνει γενικούς κανόνες για τη σύσταση δικαιωμάτων ασφάλειας επί υφιστάμενων ή και μελλοντικών κινητών, δικαιωμάτων, αλλά και επί ιδιαίτερων κατηγοριών υπέγγυων αντικειμένων στα οποία συγκαταλέγονται, μεταξύ άλλων απαιτήσεις, αξιόγραφα, τραπεζικοί λογαριασμοί.

Οι ρυθμίσεις που προτείνει αποβλέπουν στην απλοποίηση της σύστασης εμπράγματων ασφαλειών και την αποσύνδεσή τους από πρόσθετες πολυδάπανες διαδικασίες. Στόχος είναι να προστατευθεί επαρκώς ο οφειλέτης και να διευκολυνθεί ο δανειστής στην παροχή ασφάλειας και ακολούθως την κατάρτιση πιστωτικών συμβάσεων. Οι τρίτοι προστατεύονται δια της καταχώρισης μιας ειδοποίησης στο μητρώο που δημιουργείται κατά το αρ. 28, είτε εναλλακτικώς δια της παράδοσης της κατοχής του επιβαρυσμένου με εμπράγματη ασφάλεια ενσώματου αντικειμένου στον δανειστή. Το αρ. 28 περιλαμβάνει ένα σύνολο από υπό-ρυθμίσεις αναφορικά με το Μητρώο, στο οποίο η πρόσβαση είναι ελεύθερη και δυνατή και με ηλεκτρονικά μέσα.

Ακολούθως, προβαίνοντας σε μία σύντομη επισκόπηση των προτεινόμενων σε επίπεδο σύγκρουσης νόμων ρυθμίσεων τα ακόλουθα μπορούν να παρατηρηθούν. Το άρθρο 84 ορίζει ότι τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις μεταξύ δανειστή και του προσώπου που παραχωρεί την εμπράγματη ασφάλεια διέπονται από το δίκαιο της επιλογής τους, αλλιώς ελλείπει επιλογή από το δίκαιο που διέπει την μεταξύ τους εξασφαλιστική σύμβαση. Ωστόσο αναφορικά με τα ζητήματα σύστασης, αντιταξιμότητας έναντι τρίτων και προτεραιότητας των εμπραγμάτων ασφαλειών τα μέρη δεν μπορούν να επιλέξουν δίκαιο διαφορετικό από το οριζόμενο κατά τον Πρότυπο Νόμο καθώς πρόκειται για διατάξεις αναγκαστικού δικαίου²⁵⁷. Η ρύθμιση αυτή ενέχει τον κίνδυνο εφαρμογής διαφορετικών δικαίων στις σχέσεις των μερών και στα κρίσιμα ζητήματα αναφορικά με τη σύσταση και τη λειτουργία της εμπράγματης ασφάλειας. Το ζήτημα θα καθίσταται πιο περίπλοκο στην περίπτωση που συστήνεται ασφάλεια στο σύνολο των εμπορευμάτων του ασφαλειοδότη, οπουδήποτε και αν βρίσκονται αυτά, με αποτέλεσμα αν καλούνται σε εφαρμογή πολλά διαφορετικά δίκαια να μην είναι αρκετή η σύνταξη μίας και μόνο εξασφαλιστικής σύμβασης²⁵⁸.

Έπειτα, αναφορικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στις εμπράγματες ασφάλειες πρέπει να λεχθεί ότι ο Πρότυπος Νόμος διατηρεί τη διάκριση που συναντάται σε πολλά εθνικά δίκαια μεταξύ

²⁵⁷ UNCITRAL, UNCITRAL Practice Guide to the Model Law on Secured Transactions, [uncitral.un.org <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10910_e.pdf>](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10910_e.pdf), (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024) σελ. 93.

²⁵⁸ N. Cohen, The Private International Law of Secured Transactions: Rules in Search of harmonization, *Law and Contemporary Problems*, 81(1)/2018, σελ. 207-208 όπου συγκεκριμένα αναφέρεται “the mandatory choice of law rule in the Model Law for determining the law that governs creation of a security right in tangible assets can lead to situations in which creation issues in a single transaction are governed by the laws of different States with different, and possibly inconsistent, requirements. Consider, for example, a grantor that grants a security right in all of its inventory, wherever located, to a secured party. If that inventory is located in more than one State, the law of different States will govern the creation issue, depending on State in which a particular item of inventory is located. A single security agreement may not suffice if the formal requirements in one State differ from those in another”.

ενσώματων και άυλων αντικειμένων. Έτσι στην πρώτη περίπτωση, και σύμφωνα με το αρ. 85, το δίκαιο που θα διέπει την έγκυρη σύσταση δικαιώματος εμπράγματης ασφάλειας, τα έναντι τρίτων αποτελέσματά του καθώς και ζητήματα προτεραιότητας σε περίπτωση σύγκρουσης περισσότερων ασφαλειών, θα είναι εκείνο του τόπου όπου βρίσκεται το πράγμα. Για την περίπτωση ενσώματου αγαθού που χρησιμοποιείται συνήθως σε περισσότερα του ενός κράτη καλείται ως εφαρμοστέο το δίκαιο του κράτους στο οποίο είναι εγκατεστημένο το πρόσωπο που χορηγεί την εμπράγματη ασφάλεια, ο ασφαλειοδότης. Περαιτέρω αν ένα ενσώματο αντικείμενο βρίσκεται υπό διαμετακόμιση κατά τη στιγμή της δημιουργίας της εμπράγματης ασφάλειας ή που πρόκειται να μετακινηθεί σε κράτος άλλο από το κράτος στο οποίο βρίσκεται τότε για τη σύσταση εμπράγματης ασφάλειας θα εφαρμοστεί το δίκαιο του κράτους του τελικού προορισμού του περιουσιακού στοιχείου, υπό τον όρο ότι το περιουσιακό στοιχείο θα βρεθεί εν τέλει στο εν λόγω κράτος εντός συγκεκριμένου χρόνου από τη σύσταση της ασφάλειας.

Το αρ. 86 ορίζει ότι με την επιφύλαξη των αρ. 87 και 97-100 η έγκυρη σύσταση δικαιώματος εμπράγματης ασφάλειας επί άυλων, ασώματων αγαθών, τα έναντι τρίτων αποτελέσματά καθώς και ζητήματα προτεραιότητας θα καθορίζονται από το δίκαιο του τόπου όπου έχει την εγκατάστασή του ο ασφαλειοδότης. Ως δε εγκατάσταση του ασφαλειοδότη ορίζεται ο τόπος άσκησης της επιχειρηματικής του δραστηριότητας, αλλιώς και αν η επιχειρηματική δραστηριότητα εκτείνεται σε περισσότερα κράτη, ο τόπος της κεντρικής διοίκησης ή της κατοικίας του αν δεν υπάρχει τόπος άσκησης επιχειρηματικής δραστηριότητας.

Αξίζει να αναφερθεί ακόμα η ρύθμιση του αρ. 97 για τη σύσταση εμπράγματης ασφάλειας επί απαιτήσεων πληρωμής χρηματικών ποσών που πιστώνονται σε τραπεζικό λογαριασμό. Το άρθρο δίνει δύο επιλογές στον εκάστοτε εθνικό νομοθέτη προς υιοθέτηση. Σύμφωνα με την πρώτη θα εφαρμοστεί το δίκαιο του κράτους όπου το πιστωτικό ίδρυμα που διατηρεί τον εν λόγω λογαριασμό έχει την εγκατάστασή του. Αν έχει εγκατάσταση σε περισσότερες χώρες τότε θα λαμβάνεται υπόψη το υποκατάστημα που διατηρεί τον συγκεκριμένο λογαριασμό. Το προσδιοριστέο κατά τον τρόπο αυτό δίκαιο θα εφαρμόζεται όσον αφορά τη σύσταση της εμπράγματης ασφάλειας, την αντιταξιμότητα στους τρίτους, την προτεραιότητα, καθώς και στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις μεταξύ του πιστωτικού ιδρύματος και του δανειστή. Η δεύτερη επιλογή προς υιοθέτηση που δίνει ο Πρότυπος Νόμος είναι να εφαρμοστεί το δίκαιο του κράτους που ρητά ορίζεται στη σύμβαση ανοίγματος λογαριασμού ως το δίκαιο που διέπει τη σύμβαση²⁵⁹.

Τα αναφορικά με τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου άρθρα του Πρότυπου Νόμου σκοπό έχουν να θέσουν τα όρια εφαρμογής των ουσιαστικών εθνικών διατάξεων στον βαθμό που αυτό είναι εφικτό, να δημιουργήσουν ασφάλεια δικαίου σε σχέση με το εφαρμοστέο δίκαιο αλλά και να διευκολύνουν τη διασυνοριακή αναγνώριση δικαιωμάτων εμπράγματης ασφάλειας²⁶⁰.

Ο Πρότυπος Νόμος προσπαθεί να συντονίσει τα συχνά αντιτιθέμενα συμφέροντα των μερών. Προβαίνει έτσι σε μία λεπτομερή επισκόπηση θεμάτων εφαρμοστέου δικαίου ανά το είδος του

²⁵⁹ UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, [uncitral.un.org < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf >](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf), (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024), σελ. 69-74.

²⁶⁰ Σ. Μπαζίνας, 'Οι εμπορικές ασφάλειες και η οικονομική κρίση: Νομοθετικός Οδηγός της UNCITRAL για την Εμπράγματη Ασφάλεια' σε Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικόλογων, *Το Εμπορικό Δίκαιο και η Οικονομική Κρίση, 19ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 117.

κινητού ή της απαίτησης και ανάλογα με το θέμα που εξετάζεται κάθε φορά. Έτσι ένας σύνδεσμος για μία κατηγορία δεν είναι απαραίτητα κατάλληλος για μία άλλη.

II. Το εφαρμοστέο δίκαιο σε μορφές εξασφάλισης ενοχικής φύσεως

Πέρα από τις εμπράγματα εξασφαλίσεις, αυτές δηλαδή που συνέχονται με τη σύσταση εμπράγματος δικαίωματος που παρέχει άμεση και απόλυτη εξουσία στον δικαιούχο του, υπάρχουν και μορφές εξασφάλισης ενοχικής φύσεως. Αυτές ναι μεν δεν παρέχουν στον δικαιούχο τους δικαίωμα προνομιακής ικανοποίησης από το πράγμα, τον εξοπλίζουν ωστόσο με συγκεκριμένες ενοχικές αξιώσεις. Στις διάφορες μορφές χρηματοδότησης θα συναντήσει κανείς έναν συνδυασμό τρόπων εξασφάλισης καθώς ο δανειστής θα προσπαθήσει με όλους τους δυνατούς τρόπους να περιορίσει τον κίνδυνο που επάγεται τυχόν αφερεγγυότητα ή πλημμελής εκπλήρωση της ενοχής από τον οφειλέτη.

Οι εξασφαλίσεις ενοχικής φύσεως είναι επίσης πολύ διαδεδομένες στις τραπεζικές συναλλαγές, ειδικά με την εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση και την τραπεζική ενέγγυο πίστωση, οι βασικοί όροι των οποίων γνωρίζουν μεγάλη διάπλαση στην πράξη. Δεν είναι τυχαίο που το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο έχει εκδώσει ενιαίους τυποποιημένους κανόνες και για τις δύο συμβάσεις αυτές, τους οποίους και τροποποιεί ανά διαστήματα ώστε να ανταποκρίνονται στις ανάγκες των καιρών και την εξέλιξη των διασυνοριακών συναλλαγών. Η προσφυγή και σε αυτές τις μορφές εξασφάλισης δικαιολογείται από το γεγονός ότι σε χρηματοδοτήσεις με διασυνοριακά στοιχεία είναι πάντοτε βέβαιο ότι το ύψος των συναλλαγών θα είναι πολύ μεγάλο, με αντίστοιχα μεγάλους τους κινδύνους που αναλαμβάνουν τα μέρη και δη ένας δανειστής. Ακόμα, είναι πιθανό τα μέρη να μην γνωρίζονται επαρκώς, άρα η σύσταση και προσωπικών ασφαλειών συμβάλει ακριβώς στην ενίσχυση της εικόνας αξιοπιστίας και φερεγγυότητας του ασφαλειοδότη.

1. Η εγγύηση, η εγγυητική επιστολή, η εγγυητική επιστολή με ρήτρα πληρωμής σε πρώτη ζήτηση, το “stand-by letter of credit”

Μεταβαίνοντας στο πεδίο ανάπτυξης των ειδικότερων συμβάσεων θα προηγηθεί μία σύντομη ανάπτυξη της έννοιας και της λειτουργίας της εγγύησης και των βασικών μορφών εγγυητικής επιστολής και στη συνέχεια θα ακολουθήσει η ανάπτυξη ζητημάτων του εφαρμοστέου δικαίου στις σχέσεις που προκύπτουν από αυτές. Προκαταβολικά να σημειωθεί ότι οι μορφές προσωπικής εξασφαλιστικής σύμβασης που θα αναπτυχθούν αποτελούν συμβατικές ενοχές άρα κατ' αρχήν θα εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού Ρώμη I. Την ίδια στιγμή όμως η ευρεία χρήση τους στις συναλλαγές έχει οδηγήσει στην διαμόρφωση ομοίμορφων κανόνων για κάποιες από αυτές που η ενσωμάτωσή τους στη σύμβαση καθιστά ευχερέστερη την λειτουργία τους καθώς πρόκειται για κανόνες που αποτυπώνουν γνωστές από την πρακτική συνήθειες.

Οριοθετώντας εννοιολογικά τις βασικές συμβάσεις της ενότητας, εκκινεί η παρούσα μελέτη από την έννοια της εγγύησης. Με την σύμβαση εγγύησης ο εγγυητής αναλαμβάνει απέναντι στον δανειστή του πρωτοφειλέτη την υποχρέωση να εκπληρώσει την οφειλή του (του πρωτοφειλέτη). Συχνά, στο πεδίο των διασυνοριακών συναλλαγών, η εγγύηση θα δοθεί όχι από φυσικά πρόσωπα αλλά είτε από νομικά πρόσωπα, π.χ. από την μητρική στη θυγατρική εταιρεία και το αντίστροφο ή και σε μεγάλο βαθμό από πιστωτικά ιδρύματα στους πελάτες τους έναντι τρίτων. Διακρίνεται στο σημείο αυτό η μετεγγύηση και η αντεγγύηση. Στην πρώτη περίπτωση υπάρχουν δύο διαδοχικές εγγυήσεις. Ο μετεγγυητής αναλαμβάνει την ευθύνη απέναντι στον δανειστή ότι ο

πρώτος εγγυητής θα εκπληρώσει την υποχρέωσή του από τη σύμβαση εγγυήσης. Συνεπώς πρόκειται για σύμβαση μεταξύ δεύτερου εγγυητή και δανειστή. Στην αντεγγύηση ο αντεγγυητής αναλαμβάνει απέναντι σε άλλον εγγυητή την υποχρέωση να ευθύνεται για την εκπλήρωση των αξιώσεων αναγωγής που έχει ο πρώτος εγγυητής κατά του πρωτοφειλέτη²⁶¹.

Με την εγγυητική επιστολή ένα πρόσωπο, συνήθως πιστωτικό ίδρυμα, υπόσχεται εγγράφως στον δανειστή ενός τρίτου, του λήπτη της εγγυητικής επιστολής, κατόπιν εντολής του τρίτου, ότι θα του καταβάλει ορισμένη χρηματική παροχή. Σε αυτή την περίπτωση εντάσσεται και η εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση, δηλαδή σε αυτή την περίπτωση η καταβολή του χρηματικού ποσού θα γίνει με μόνη την υποβολή σχετικού αιτήματος του λήπτη της εγγυητικής επιστολής. Η εγγυητική επιστολή αναπτύχθηκε λόγω της ανάγκης αυτόνομων μορφών εξασφάλισης του δανειστή που οδηγούν σε άμεση και χωρίς προσφυγή στα δικαστήρια ικανοποίησή του.

Με το “stand-by letter of credit” η τράπεζα αναλαμβάνει υποχρέωση καταβολής έναντι του λήπτη της επιστολής από τη στιγμή που αυτός θα προσκομίσει συγκεκριμένα έγγραφα που απαριθμούνται στην επιστολή, χωρίς να δικαιούται να ελέγξει τη νομική και ουσιαστική βασιμότητα του περιεχομένου των εγγράφων²⁶².

(i) Η επιλογή δικαίου από τα μέρη

Αναφέρθηκε ανωτέρω ότι οι μορφές αυτές προσωπικής εξασφαλιστικής σύμβασης εμπίπτουν στον χώρο των συμβατικών ενοχών. Συνεπώς όταν σε αυτές υπάρχουν στοιχεία αλλοδαπότητας, π.χ. με την τράπεζα, εκδότη της εγγυητικής επιστολής, και τον δανειστή του πελάτη της τράπεζας, ήτοι τον λήπτη της εγγυητικής επιστολής, να βρίσκονται σε διαφορετικές χώρες καλείται σε εφαρμογή ο Κανονισμός Ρώμη I, εφόσον φυσικά πληρούνται και το χρονικό πεδίο εφαρμογής του.

Έτσι σύμφωνα με το αρ. 3 παρ. 1 εδ. α' του Κανονισμού Ρώμη I η σύμβαση εγγυήσης, η εγγυητική επιστολή και οι αντίστοιχες υποκατηγορίες θα διέπονται από το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη. Η ελευθερία των μερών είναι απόλυτη, αίροντας έτσι κάθε, έστω και περιθωριακή σκέψη περί υιοθέτησης της θεωρίας του εξαρτημένου προσδιορισμού της *lex fideiussionis* από το δίκαιο που διέπει την κύρια ενοχή, προς εξασφάλιση της οποίας δίνεται η εγγύηση. Νομολογία αλλοδαπών δικαστηρίων, ήδη και πριν τη Σύμβαση της Ρώμης αποδεικνύει την σημασία της αυτονομίας της βούλησης των μερών, τα οποία μη θέλοντας να αφήσουν έκθετη, λόγω έλλειψης επιλογής δικαίου, τη σύμβαση εγγυήσης, περιελάμβαναν σχετικές ρήτρες επιλογής δικαίου. Αναφέρονται έτσι παραδείγματα από τη δεκαετία του 1970 όπου σε εγγυήσεις ομολογιακών δανείων, που εξέδιδαν διάφορες Ελβετικές επιχειρήσεις, περιέχονταν ρήτρες υποβολής της εγγυήσης σε ορισμένο δίκαιο, εκεί το ελβετικό.

Με αφορμή την πρακτική αυτή ανακύπτει ένας ακόμα προβληματισμός. Είναι γεγονός πώς τα μέρη δεν έχουν άμεσα υποχρέωση να επιλέξουν ως εφαρμοστέο στην εγγύηση δίκαιο το δίκαιο της κύριας ενοχής. Έχουν όμως έμμεση υποχρέωση ως προς αυτό; Βάσει της προσέγγισης πρέπει να είναι οι αρχές του Κανονισμού Ρώμη I όπως έχουν εξελιχθεί στο πλαίσιο των σύγχρονων διασυνοριακών συναλλαγών. Πράγματι δεν είναι λίγες οι φορές που επιλέγεται ως δίκαιο που θα διέπει την εγγύηση το δίκαιο που π.χ. διέπει το πρώτον τη σύμβαση δανείου. Μπορεί όμως να επιλεγεί και ένα τελείως άλλο δίκαιο. Η επιλογή θα γίνει ύστερα από διαπραγματεύσεις και

²⁶¹ Α. Γεωργιάδης, *Η εξασφάλιση των ...*, ό.π., σελ. 17-18, 86-88.

²⁶² *ibid*, 130-137.

σταθμίσεις των συμφερόντων των μερών. Υπάρχει έτσι αφενός το επιχείρημα ότι για την επίτευξη της τυχόν μεγαλύτερης βεβαιότητας δικαίου στο πεδίο του ιδ.δ.δ. και με στόχο την αποφυγή σύνθετων καταστάσεων η επιλογή της *lex obligationis* ως *lex fideiussionis* θα ήταν μία αρκετά θεμιτή επιλογή. Αυτή, εξάλλου, εξασφαλίζει μία πρόσθετη ασφάλεια δικαίου στον δανειστή, καθώς υπό τη λογική αυτή, ένα μόνο δίκαιο θα ρυθμίζει την κύρια και την παρεπόμενη ενοχή. Ακόμα μία τέτοια λύση φαίνεται ίσως η πιο πρακτική, ενώ εξοικονομεί χρόνο και χρήματα από επιπλέον νομικούς ελέγχους. Αυτό φυσικά με την πρόσθετη προϋπόθεση ότι δεν υπάρχουν ανασταλτικοί παράγοντες προς το να γίνει μία τέτοια επιλογή, όπως ότι το δίκαιο της κύριας ενοχής αγνοεί την εγγύηση. Τότε σίγουρα η επιλογή αυτού του δικαίου δεν θα ήταν ενδεδειγμένη.

Από την άλλη πλευρά, τα μέρη δεν επιλέγουν πάντα τη *lex obligationis* ως το δίκαιο που θα διέπει τη σύμβαση εγγύησης. Την επιλογή τους αυτή μπορεί να μην υπαγορεύει τόσο η αποφυγή περιπλοκών γύρω από την επίλυση νομικών ζητημάτων, αλλά ως πρότερο βήμα η επιθυμία επιλογής εκείνου του δικαίου που ανταποκρίνεται περισσότερο στα συμφέροντά τους και κυρίως στα συμφέροντα του μέρους που μπορεί να 'επιβάλει' τη θέλησή του στο άλλο. Το μέρος αυτό δεν είναι απαραίτητα πάντα ο δανειστής αλλά μπορεί ανάλογα με τις περιστάσεις να είναι και ο εγγυητής, όπως όταν το Κράτος δίνει εγγύηση για ομολογιακά δάνεια ή όταν μία τράπεζα εγγυάται για το χρέος πελάτη της²⁶³.

Στο σημείο αυτό να σημειωθεί ότι καθώς ο Κανονισμός Ρώμη I επιτρέπει την επιλογή διαφορετικού δικαίου ανά τμήμα της σύμβασης κατά το αρ. 3 παρ. 1 εδ. γ' τίποτα δεν φαίνεται να εμποδίζει τα μέρη να προσφύγουν στην τεχνική του *dépeçage*, επιλέγοντας διαφορετικό δίκαιο να διέπει τμήματα της σύμβασής τους. Βέβαια μία τέτοια επιλογή δεν πρέπει να οδηγεί σε αντιφατικά αποτελέσματα ως προς την ενιαία και συστηματική αντιμετώπιση της σύμβασης, να οδηγεί σε ακυρότητες ή να περιπλέκει τις σχέσεις των μερών. Κάτι που μπορεί να συμβεί αν επιλεγεί διαφορετικό δίκαιο να διέπει τα δικαιώματα του δανειστή και διαφορετικό τις υποχρεώσεις του εγγυητή.

Ακόμα, σύμφωνα με το αρ. 3 παρ. 1 εδ. β' η επιλογή πρέπει να γίνεται ρητά ή να συνάγεται σαφώς από τις διατάξεις της σύμβασης ή τα δεδομένα της υπόθεσης²⁶⁴. Ανακύπτει έτσι, ίσως μάλλον θεωρητικά μόνο, το ερώτημα, αν δεν υπάρχει ρητή επιλογή δικαίου, κατά πόσο μπορεί να συναχθεί άμεσα ότι τα μέρη επιθυμούν την υποβολή της σύμβασης εγγύησης στο δίκαιο της κύριας ενοχής. Ή μήπως ένα τέτοιο συμπέρασμα μπορεί να φτάσει μέχρι μόνο μία υποθετική ή ακόμα και «κατασκευασμένη» από το δικαστή του *forum* βούληση των μερών. Σίγουρα το δικαστήριο δεν πρέπει να προσπαθεί να εντοπίσει επιλογή δικαίου εκεί που επιλογή δικαίου δεν υπάρχει. Η πιθανότητα να ήθελαν τα μέρη να επιλέξουν ένα δίκαιο δεν οδηγεί στο συμπέρασμα και ότι το επέλεξαν. Ο δε προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου δια της υποθετικής βούλησης των μερών εν τέλει αντιστρατεύεται την ίδια την αρχή της αυτονομίας της βούλησης των μερών. Εξωτερικά συνδετικά στοιχεία όπως η γλώσσα, η εθνικότητα, η έδρα των μερών δεν θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν στο πλαίσιο του αρ. 3 παρ. 1 εδ. β', παρά μόνο μαζί όμως και με άλλους παράγοντες, στο πλαίσιο του αρ. 4 παρ. 3. Ωστόσο συναντάται στη θεωρία η θέση ότι η σιωπηρή επιλογή δικαίου θα μπορούσε να διαπιστωθεί όταν μία σύμβαση εντάσσεται στο πλαίσιο μίας ευρύτερης συναλλαγής, όπου πολλά σχετικά συμβατικά έγγραφα διέπονται από το ίδιο

²⁶³ Σ. Βρέλλης, *Η εγγύηση κατά το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, 1983, σελ. 50-51 και 55, βλ. και υποσημ. 5-7 στη σελ. 51.

²⁶⁴ Η δεύτερη περίπτωση είναι αυτή που στο αγγλικό κείμενο αναφέρεται ως "clearly demonstrated".

δίκαιο. Και πάλι όμως τίποτα δε θα εμπόδιζε τα μέρη να επιλέξουν άλλο δίκαιο, ακόμα και μόνο για τη σύμβαση εγγύησης²⁶⁵. Λέγεται ακόμα ότι σε συγγενικές συμβάσεις ίσως και να μπορούσε να συναχθεί ότι η επιλογή δικαίου στη μία ισχύει ως επιλογή και για την άλλη, ειδικά αν υπάρχει κάποια κοινή κύρια σύμβαση. Αυτό βέβαια δεν είναι απόλυτο, γιατί μπορεί να μην δικαιολογείται σύνδεσμος μεταξύ των δύο. Τούτο ενισχύεται από το γεγονός ότι μπορεί να μην έχουν τα ίδια συμβαλλόμενα μέρη. Βέβαια ειδικά για τη σύμβαση εγγύησης έχει υποστηριχθεί ότι μπορεί να γίνει λόγος για σιωπηρή επιλογή από τα μέρη ως εφαρμοστέου του δικαίου της κύριας σύμβασης, όπως μίας σύμβασης δανείου^{266 267}. Πρέπει ωστόσο να σημειωθεί ότι μία τέτοια συλλογιστική μάλλον απομακρύνεται από το γράμμα του Κανονισμού αλλά και από τη λογική του, που ασφαλώς δεν συνίσταται στο να αναθέτει στον δικαστή του *forum* να επιχειρεί να συμπεράνει την υποθετική βούληση των μερών. Είναι δε αποτυπωμένη και στη βιβλιογραφία η θέση ότι, ειδικά για την εγγυητική επιστολή, αποτελεί συνέπεια της αρχής της αυτονομίας της εν λόγω σύμβασης ότι το εφαρμοστέο σε αυτή δίκαιο προσδιορίζεται αυτόνομα και ανεξάρτητα από το δίκαιο που διέπει τη σχέση αξίας, τη σχέση δανειστή και οφειλέτη, αλλά και ανεξάρτητα από τη σχέση κάλυψης, τη σχέση δηλαδή της τράπεζας και του εντολέα της²⁶⁸.

(ii) Η απουσία επιλογής δικαίου

Αν στη σύμβαση εγγύησης ή την εγγυητική επιστολή δεν υπάρχει ρήτρα επιλογής δικαίου τότε αυτό θα προσδιοριστεί με βάση το αρ. 4 παρ. 2. Η παρ. 1 του αρ. 4 δεν θα εφαρμοστεί εν προκειμένω. Έτσι κατά το αρ. 4 παρ. 2 σε συνδυασμό με το αρ. 19 η σύμβαση εγγύησης θα διέπεται από το δίκαιο της χώρας στην οποία το μέρος που οφείλει να εκπληρώσει την χαρακτηριστική παροχή έχει τη συνήθη διαμονή του. Στη σύμβαση εγγύησης τη χαρακτηριστική παροχή εκπληρώνει ο εγγυητής, συνεπώς εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της συνήθους διαμονής αυτού, και αν ο εγγυητής είναι τράπεζα, θα εφαρμόζεται το δίκαιο του τόπου που βρίσκεται η κεντρική της διοίκηση. Σε περίπτωση που πρόκειται για υποκατάστημα θα εφαρμοστεί το δίκαιο της χώρας του υποκαταστήματος. Με τον ίδιο τρόπο θα προσδιοριστεί και το δίκαιο που εφαρμόζεται στην περίπτωση της μετεγγύησης και της αντεγγύησης, όπου το μέρος που οφείλει να εκπληρώσει την χαρακτηριστική παροχή είναι αντίστοιχα ο μετεγγυητής και ο αντεγγυητής²⁶⁹.

²⁶⁵ Από τον ίδιο συγγραφέα λέγεται εξάλλου ότι “*But not each and every connection between two or more contracts carries such assumption and allows an exception to the rule that generally every single contract has its own lex causae which has to be determined on its own merits.*” (U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 161).

²⁶⁶ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 133-140, 160-165.

²⁶⁷ Στο πλαίσιο θεωρητικής εξέτασης του ζητήματος αξίζει να αναφερθεί μία παλιά τουλάχιστον θέση, δηλαδή πριν την θέση σε ισχύ της Σύμβασης της Ρώμης, των Γάλλων θεωρητικών αλλά και της γαλλικής νομολογίας που είχε ταχθεί υπέρ του μαχητού τεκμηρίου της βούλησης των μερών ως προς την επιλογή της *lex fideiussionis*. Η προσέγγιση αυτή είχε ως εξής: Αφού τίποτα δεν εμποδίζει τα μέρη να επιλέξουν δίκαιο που να διέπει την εγγύηση και αυτό μπορούσε να είναι διάφορο από εκείνο της κύριας ένοχης, έπρεπε αντίστοιχα να γίνει δεκτό ότι, σε περίπτωση που δεν είχε με σαφήνεια εκδηλωθεί η βούληση των μερών, ότι αυτά σιωπηρά συμφώνησαν την υποβολή της σύμβασης εγγύησης στο δίκαιο της κύριας ένοχης. Έτσι μία απόφαση του Γαλλικού Ακυρωτικού του 1976 σημείωνε ότι «καταρχήν και αν λείπει αντίθετη πρόθεση εκδηλούμενη με σαφήνεια η εγγύηση υπόκειται στο δίκαιο που είναι εφαρμοστέο στην κύρια ενοχή». Σε αντίστοιχη μεταγενέστερη απόφαση του 1981 ο Lagarde σημείωσε ότι «το τεκμήριο δεν είναι απόλυτο και ότι υποχωρεί στην περίπτωση τραπεζικής εγγύησης η οποία θα έπρεπε να τεκμαίρεται ότι διέπεται από το δίκαιο της τράπεζας». (Σ. Βρέλλης, *Η εγγύηση ...*, ό.π., σελ. 54 και υποσημ. 17).

²⁶⁸ Α. Γεωργιάδης, *Η εξασφάλιση των ...*, ό.π., σελ. 186, Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 395

²⁶⁹ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 394-398.

Είναι γεγονός ότι ο Κανονισμός Ρώμη I χωρίς να ενδιαφέρεται για την κατηγοριοποίηση των συμβάσεων στην οποία προβαίνει το εκάστοτε δίκαιο, διαμορφώνει τις δικές του κατά κάποιο τρόπο ευρύτερες κατηγορίες. Πρόκειται για αυτό που στην ελληνική βιβλιογραφία ονομάζουμε ρυθμισμένες ή επώνυμες συμβάσεις, δηλαδή αυτές των οποίων τα κύρια γνωρίσματα προσδιορίζονται από τον νόμο, ενώ εκείνες των οποίων τα χαρακτηριστικά δεν προσδιορίζονται ρητά χαρακτηρίζονται ανώνυμες ή μη ρυθμισμένες συμβάσεις²⁷⁰. Μπορεί μία σύμβαση να είναι μη ρυθμισμένη κατά το εθνικό δίκαιο όμως από τα χαρακτηριστικά της να καλύπτεται από ειδικές κατηγορίες που διαμορφώνονται εντός του Κανονισμού Ρώμη I. Υπό αυτή τη λογική υποστηρίζεται ότι στην περίπτωση της εγγυητικής επιστολής σε πρώτη ζήτηση, αν και συχνά σύμβαση μη ρυθμιζόμενη στα εθνικά δίκαια, στο πλαίσιο του Κανονισμού και για την περίπτωση που δεν εμπεριέχει ρήτρα επιλογής δικαίου, θα εφαρμοστεί το αρ. 4 παρ. 1 περ. β' του Κανονισμού Ρώμη I, καθώς πρόκειται μάλλον σαφώς για σύμβαση παροχής υπηρεσιών. Σε αυτή την περίπτωση εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της χώρας που ο πάροχος της υπηρεσίας, δηλαδή η τράπεζα, έχει τη συνήθη διαμονής του²⁷¹. Στην ίδια λύση βέβαια οδηγεί και η εφαρμογή του αρ. 4 παρ. 2. Συνεπώς η ανωτέρω προσέγγιση του ζητήματος έχει μόνο θεωρητικό ενδιαφέρον.

Στην λιγότερο πιθανή περίπτωση να προκύπτει από το σύνολο των περιστάσεων της υπόθεσης ότι η σύμβαση εγγύησης συνδέεται προδήλως στενότερα με άλλη χώρα από αυτή στην οποία αναφέρεται το 4 παρ. 2 θα εφαρμοστεί το δίκαιο της άλλης αυτής χώρας. Στην περίπτωση αυτή, και μέσω του αρ. 4 παρ. 3 του Κανονισμού, διεκδικεί εφαρμογή ο τόπος της συνήθους διαμονής του δανειστή, αν για παράδειγμα, είναι ο τόπος που εκδίδεται η εγγυητική επιστολή, η γλώσσα της σύμβασης είναι η γλώσσα αυτού του κράτους και εφόσον η σύμβαση εγγύησης συνδέεται στενά με την κύρια σύμβαση, μάλιστα δε προς εξασφάλιση εκείνης καταρτίζεται το πρώτον, την χαρακτηριστική παροχή της οποίας παρέχει ο δανειστής, π.χ. στη σύμβαση δανείου. Σχετική κατεύθυνση για την ανωτέρω λογική δίνει και η αιτ. σκ. 20 του Προοιμίου του Κανονισμού Ρώμη I σύμφωνα με την οποία *«προκειμένου να καθορισθεί η εν λόγω χώρα [με την οποία η σύμβαση είναι προδήλως στενότερα συνδεδεμένη], θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, μεταξύ άλλων, κατά πόσον η σχετική σύμβαση παρουσιάζει πολύ στενή σχέση με άλλη σύμβαση ή συμβάσεις»*. Βέβαια η προσφυγή στο δίκαιο της χώρας με την οποία η σύμβαση συνδέεται *«προδήλως στενότερα»* πρέπει να γίνεται με μεγάλη φειδώ και ακόμα μεγαλύτερη προσοχή. Συχνά για την ενεργοποίηση του *«προδήλως στενότερου συνδέσμου»* θα πρέπει, στο πλαίσιο σύναψης περισσότερων συμβάσεων, με μία κύρια βασική σύμβαση να έχει 'πρωτεύοντα ρόλο', τα συμβαλλόμενα μέρη να ταυτίζονται. Διαφορετικά το τρίτο μέρος μπορεί να βρεθεί σε μειονεκτική θέση. Γι' αυτό και στη σύμβαση εγγύησης που καταρτίζεται μεταξύ του δανειστή της κύριας οφειλής και του εγγυητή ο προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου θα γίνεται κατά κύριο λόγο χωριστά²⁷².

(iii) Η έκταση του εφαρμοστέου δικαίου

Το εφαρμοστέο δίκαιο θα καταλαμβάνει ζητήματα όπως η σύσταση της εγγύησης, αν και σε ποιο βαθμό η δια της εγγύησης ενοχή εξαρτάται από την ύπαρξη κύριας οφειλής, λεπτομέρειες σχετικά με την έκταση της ευθύνης του εγγυητή, τις ενστάσεις που μπορεί να προβάλλει έναντι του δανειστή και ακόμα, αν σε περίπτωση ικανοποίησης του δανειστή υπάρχει δικαίωμα

²⁷⁰ Στην αγγλική ορολογία γίνεται διάκριση μεταξύ "typical" και "atypical contracts".

²⁷¹ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 79.

²⁷² *ibid*, σελ. 321-323, 398.

υποκατάστασης στη θέση του δανειστή έναντι του αρχικού οφειλέτη. Ζητήματα τύπου θα ρυθμίζονται σύμφωνα με το αρ. 11 του Κανονισμού Ρώμη I, επομένως από τη *lex causae* της σύμβασης εγγύησης ή της εγγυητικής επιστολής ή κατά τη *lex loci actus*²⁷³.

Ειδική μνεία πρέπει να γίνει για το ζήτημα της υποκατάστασης. Στη βιβλιογραφία προτείνεται ότι είναι από τα ζητήματα που θα κριθούν από το δίκαιο που διέπει τη σύμβαση εγγύησης. Αυτό το επιβεβαιώνει και ο Κανονισμός Ρώμη I, με ειδικό άρθρο για τη νόμιμη υποκατάσταση, το αρ. 15²⁷⁴. Το άρθρο αυτό λαμβάνει ως αφετηρία το σκεπτικό ότι η σχέση αξίας, μεταξύ δηλαδή δανειστή και οφειλέτη, διέπεται από διαφορετικό δίκαιο από εκείνο που διέπει τη σύμβαση δανειστή και εγγυητή, ήτοι την εξασφαλιστική σύμβαση. Μία παρατήρηση είναι σημαντική εδώ εν προκειμένω. Ειδικότερα προβλέπει ότι το δίκαιο που διέπει παραδείγματος χάρη τη σύμβαση εγγύησης θα καθορίσει συγκεκριμένα, τις προϋποθέσεις και το βαθμό που μπορεί ο εγγυητής ικανοποιώντας τον δανειστή να υποκατασταθεί στα δικαιώματα του (του δανειστή) έναντι του πρωτοφειλέτη²⁷⁵. Το δίκαιο ωστόσο που διέπει την απαίτηση κατά του πρωτοφειλέτη θα πρέπει να παραμένει το ίδιο, ως είχε δηλαδή και πριν χωρήσει υποκατάσταση. Η νομική θέση του οφειλέτη δεν θα πρέπει να επηρεάζεται και επομένως το δίκαιο που διέπει αρχικά την απαίτηση (στη σχέση αξίας) θα συνεχίζει να διέπει μεταξύ άλλων ζητήματα σχετικά με τις ενστάσεις του οφειλέτη, την προθεσμία παραγραφής, το δικαίωμα συμψηφισμού, τις κοινοποιήσεις ή τους τυχόν περιορισμούς²⁷⁶. Σε σχετικό σχολιασμό που είχε γίνει επί της πρότασης του Κανονισμού Ρώμη I είχε επισημανθεί η ανάγκη να προστεθεί ένα δεύτερο εδάφιο στο αρ. 15 που να ορίζει ότι ο πρωτοφειλέτης θα συνεχίσει να απολαμβάνει την ίδια προστασία έναντι του τρίτου (εγγυητή) με αυτή που είχε το πρώτον σύμφωνα με το δίκαιο που διέπει την εν λόγω απαίτηση. Χωρίς να γίνεται κάποια απαρίθμηση του τι άμυνες θα μπορούσε να προβάλλει ο πρωτοφειλέτης η βασική σκέψη ήταν να αφηθεί το εύρος αυτής της προστασίας σε μελλοντικό προσδιορισμό από τα δικαστήρια. Βέβαια σε αυτές τις άμυνες δε θα μπορούσαν να συμπεριληφθούν κανόνες του δικαίου της απαίτησης που απαγορεύουν την υποκατάσταση, καθώς το αν αυτή μπορεί να γίνει ή όχι είναι κάτι που όπως προειπώθηκε καθορίζεται από το δίκαιο που διέπει την σύμβαση εγγύησης²⁷⁷.

Τέλος, ένα ακόμα ζήτημα χρήζει σχολιασμού εδώ αναφορικά με την περίπτωση εκχώρησης της ασφαλιζόμενης απαίτησης και το ποια θα είναι τότε η τύχη της εγγύησης. Στην περίπτωση αυτή το αν και υπό ποιες προϋποθέσεις θα μεταβιβαστεί και η εγγύηση θα καθοριστεί κατά το δίκαιο που υποδεικνύεται ως εφαρμοστέο από το αρ. 14 παρ. 1 σε συνδυασμό με το αρ. 14 παρ. 3 και θα είναι το δίκαιο που κατά τον Κανονισμό Ρώμη I διέπει τη σχέση εκχωρητή και εκδοχέα. Από την άλλη το εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις η εκχώρηση της απαίτησης από την κύρια σχέση και η

²⁷³ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 394-395

²⁷⁴ Βλ. αρ. 15 του Κανονισμού Ρώμη I: «Όταν, δυνάμει μιας συμβατικής ενοχής, ένα πρόσωπο («ο δανειστής») έχει απαίτηση έναντι άλλου προσώπου («ο οφειλέτης»), και ένα τρίτο πρόσωπο έχει την υποχρέωση να ικανοποιήσει τον δανειστή, ή τον έχει πράγματι ικανοποιήσει εκπληρώνοντας την υποχρέωση αυτή, το δίκαιο που διέπει την υποχρέωση του τρίτου να ικανοποιήσει τον δανειστή καθορίζει αν και σε ποιο βαθμό αυτός ο τρίτος δικαιούται να ασκήσει κατά του οφειλέτη τα δικαιώματα που είχε ο δανειστής κατά του οφειλέτη σύμφωνα με το δίκαιο που διέπει τη σχέση τους».

²⁷⁵ European Commission, Green paper on the conversion of the Rome Convention ..., ό.π., σελ. 47, Α. Αμιλιανίδης, *Το νέο Ευρωπαϊκό...*, ό.π., σελ. 303-304.

²⁷⁶ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 769.

²⁷⁷ Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *pure.mpg.de* < https://pure.mpg.de/rest/items/item_828795_4/component/file_3559295/content> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024), σελ. 326-328.

μεταβίβαση της εγγύησης μπορούν να προβληθούν έναντι του εγγυητή θα καθορίζονται από το δίκαιο που υποδεικνύει το αρ. 14 παρ. 2, ήτοι από το δίκαιο που είναι εφαρμοστέο στην εγγύηση²⁷⁸. Για να γίνει πιο ευχερώς αντιληπτό το ανωτέρω παρατίθεται το ακόλουθο παράδειγμα: Έστω ότι ο Α έχει μία απαίτηση κατά του Β που εξασφαλίζεται με μία εγγύηση που έχει δοθεί από τον Γ. Η κύρια απαίτηση διέπεται από αγγλικό δίκαιο αλλά η εγγύηση από το γερμανικό. Ο Α μεταβιβάζει την απαίτηση στην γαλλική τράπεζα Τ. Η σύμβαση εκχώρησης διέπεται από το γαλλικό δίκαιο. Το αν η πρόθεση των Α (εκχωρητής) και Τ (εκδοχέας) είναι να μεταβιβαστεί και η εγγύηση μαζί με την κύρια απαίτηση θα καθοριστεί από το δίκαιο που διέπει τη σύμβαση εκχώρησης δηλαδή το γαλλικό. Το αν η μεταβίβαση της εγγύησης μπορεί να προταθεί κατά του εγγυητή Γ θα κριθεί κατά το γερμανικό δίκαιο.

(iv) Οι ομοιόμορφοι κανόνες του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου: URCB – 524, URCG-325, URDG-458 και URDG-758

Η πράξη έδειξε ότι η εγγυητική επιστολή αποτελεί ένα από τα πιο διαδεδομένα μέσα παροχής προσωπικής εξασφάλισης σε επίπεδο διασυνοριακών συναλλαγών. Για τον λόγο αυτό το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο εκκίνησε προσπάθειες ώστε να καταστούν ομοιόμορφες οι πρακτικές ως προς τη χρήση των εγγυητικών επιστολών και των ζητημάτων που τίθενται. Το ΔΕΕ ανέκαθεν είχε κεντρικό ρόλο στην διαμόρφωση ήπιου ομοιόμορφου δικαίου και οι προσπάθειές του κατατείνουν προς την υιοθέτηση κανόνων που αποτελούν κοινά αποδεκτές λύσεις. Οι κανόνες του μπορούν είτε να ενσωματώνονται στο εσωτερικό δίκαιο των κρατών, είτε να υιοθετούνται συμβατικά.

Αναφορικά με τις εγγυητικές επιστολές το ΔΕΕ προέβη στη διατύπωση σχετικών ομοιόμορφων κανόνων για πρώτη φορά το 1978 (Uniform Rules for Contract Guarantees - URCG 325), έπειτα το 1991 (Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG 458), το 1994 (ICC Uniform Rules for Contract Bonds- URCB 524) και το 2010 (Uniform Rules for Demand Guarantees (2010 Revision) – URDG 758). Οι κανόνες URDG 758 για την εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση αντικατέστησαν τους URDG 458 και είναι και αυτοί που χρησιμοποιούνται περισσότερο στην πράξη, με τους υπόλοιπους να χρησιμοποιούνται σπάνια, κάτι που αποδεικνύει την περιορισμένη αποδοχή τους²⁷⁹. Η αξιοποίησή τους γίνεται με την επιλογή των μερών να τους ενσωματώσουν στη σύμβασή τους παραπέμποντας ρητά σε αυτούς μέσω σχετικής ρήτρας. Δεν πρόκειται συνεπώς για επιλογή δικαίου αλλά για επιλογή όρων με συμβατική ισχύ που θα τελεί υπό τον έλεγχο των κανόνων αναγκαστικού δικαίου της *lex contractus* (βλ. εκτενέστερη ανάπτυξη της λειτουργίας των όρων αυτών αμέσως παρακάτω, στο τμήμα για την τραπεζική ενέγγυα πίστωση). Όταν τα μέρη δεν έχουν προσδιορίσει συγκεκριμένη έκδοση τότε θα εφαρμόζεται η τελευταία²⁸⁰.

Αναφορικά με το περιεχόμενο των ομοιόμορφων αυτών κανόνων, είναι έντονη η προσπάθεια συμβιβασμού των αντιτιθέμενων συμφερόντων, από τη μία του λήπτη της εγγυητικής επιστολής που αποβλέπει στον κατά το δυνατόν εντονότερα αυτόνομο χαρακτήρα της απαίτησής του από την εγγυητική επιστολή και από την άλλη του οφειλέτη. Οι URCG 325 περιείχαν ρυθμίσεις που περισσότερο ευνοούσαν τον οφειλέτη και γι' αυτό εν τέλει δεν αξιοποιήθηκαν στην πράξη.

²⁷⁸ F. Alferéz in F. Ferrari/St. Leible, *Rome I Regulation* ..., ό.π., σελ. 232.

²⁷⁹ Trade Finance Global, Guarantees: Rules, Practices, Conventions and Laws, *tradefinanceglobal.com* < <https://www.tradefinanceglobal.com/guarantees/rules-practices-conventions-and-laws/> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024).

²⁸⁰ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries* ..., ό.π., σελ. 397.

Ειδικότερα σε αυτούς προβλεπόταν ότι για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής ο λήπτης έπρεπε να αποδείξει τη συνδρομή ουσιαστικού λόγου κατάπτωσης, δηλαδή της μη εκπλήρωσης της παροχής από τον οφειλέτη, μέσω της προσκόμισης δικαστικής ή διαιτητικής απόφασης ή δήλωσης του οφειλέτη. Έτσι σίγουρα η ικανοποίησή του δια της εγγυητικής επιστολής καθίστατο δυσχερέστατη²⁸¹. Οι επόμενοι ομοιόμορφοι κανόνες κινήθηκαν προς την κατεύθυνση ενίσχυσης της θέσης του λήπτη. Πλέον σύμφωνα με τους κανόνες URDG 758 και το αρ. 15 αυτών, ο λήπτης δεν απαιτείται να αποδείξει τον λόγο κατάπτωσης. Απαιτείται όμως να προσκομίσει δήλωση στην οποία να αναφέρει ότι επήλθε λόγος κατάπτωσης και να περιγράψει τον τρόπο που ο οφειλέτης παραβίασε τις υποχρεώσεις του. Σύμφωνα δε με το αρ. 35 για το εφαρμοστέο δίκαιο, αυτό είναι το δίκαιο της χώρας που βρίσκεται το γραφείο ή το υποκατάστημα του εκδότη, με το ίδιο σκεπτικό να ισχύει και για την αντεγγυητική επιστολή²⁸². Βέβαια ελλείπει επιλογής δικαίου στην ίδια λύση οδηγεί και ο Κανονισμός Ρώμη I με εφαρμοστέο δίκαιο να είναι το δίκαιο του τόπου εγκατάστασης του εκδότη, ενόψει του ότι η έκδοση της εγγυητικής επιστολής αποτελεί την χαρακτηριστική παροχή, κατά την απαίτηση του αρ. 4 παρ. 2 του Κανονισμού.

(v) Η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για τις αυτόνομες εγγυήσεις και εγγυήσεις τύπου stand-by letter of credit

Η ευρεία χρήση των τραπεζικών εγγυητικών επιστολών και των αυτόνομων εξασφαλιστικών συμβάσεων γενικότερα σε διεθνές επίπεδο και η διαμόρφωση διεθνών συναλλακτικών συνηθειών σχετικά με αυτές, είχε ως αποτέλεσμα την έναρξη προσπάθειας κωδικοποίησης κανόνων που χρησιμοποιούνταν ευρέως στις διεθνείς συναλλαγές σε διεθνή σύμβαση. Έτσι στις 11 Δεκεμβρίου 1995 υιοθετήθηκε από τη Γενική Συνέλευση των Ηνωμένων Εθνών η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για τις αυτόνομες εγγυήσεις και τις εγγυήσεις τύπου standby letter of credit (UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit). Αν και η Σύμβαση επιδοκιμάστηκε ως προς το περιεχόμενό της από το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο, το οποίο αναγνώρισε ότι η Σύμβαση αποτυπώνει τους διάφορους κανόνες που έχει υιοθετήσει το ΔΕΕ μέσα από την πράξη για τον συγκεκριμένο τομέα²⁸³, αυτή μέχρι σήμερα αριθμεί μόλις οκτώ συμβαλλόμενα μέλη, κυρίως αναπτυσσόμενες χώρες, γεγονός που δείχνει την περιορισμένη απήχηση της σε σχέση με ό,τι αρχικώς προσδοκούσαν.

Η Σύμβαση προσδοκά να ρυθμίσει όλες τις μορφές αυτόνομων εγγυοδοτικών συμβάσεων, μεταξύ αυτών την εγγυητική επιστολή σε πρώτη ζήτηση και την εγγύηση τύπου “stand-by letter of credit”. Κατά το αρ. 3 της Σύμβασης αυτόνομη είναι μια εγγυοδοτική σύμβαση όταν η ευθύνη του εγγυοδότη ή εκδότη της εγγυητικής επιστολής δεν εξαρτάται ούτε από την ύπαρξη και το κύρος της υποκείμενης εξασφαλιζόμενης απαίτησης, ούτε από οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, που δεν αναφέρεται ρητά στο κείμενο της ίδιας της σύμβασης ή της εγγυητικής επιστολής.

²⁸¹ Α. Γεωργιάδης, Η εξασφάλιση των ..., ό.π., σελ. 162.

²⁸² International Chamber of Commerce, ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758), *cipcic-bragadin* < <https://www.cipcic-bragadin.com/wp-content/uploads/2015/09/ICC-URDG-758.pdf> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024).

²⁸³ International Chamber of Commerce, ICC endorsement of the UNCITRAL Convention on independent guarantees and stand-by letters of credit, *iccwbo.org* < <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-endorsement-of-the-uncitral-convention-on-independent-guarantees-and-stand-by-letters-of-credit/> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024)

Η Σύμβαση εφαρμόζεται όταν ο εκδότης της εγγυητικής επιστολής έχει την κατοικία ή την έδρα του σε συμβαλλόμενο κράτος ή όταν η εγγυητική επιστολή διέπεται καθ' υπόδειξη των κανόνων ιδ.δ.δ. από τους κανόνες συμβαλλόμενου κράτους. Το αρ. 13 αναφέρει επίσης ότι θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι γενικώς παραδεδεδεγμένες βασικές αρχές και τα συναλλακτικά ήθη που έχουν αναπτυχθεί διεθνώς για τις εγγυητικές επιστολές. Αξίζει να αναφερθεί ότι στο αρ. 19 η Σύμβαση περιέχει αναλυτική ρύθμιση σχετικά με την καταχρηστική κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, απαριθμώντας μάλιστα διάφορα περιστατικά που μπορεί να συνθέσουν την έννοια αυτή. Τα άρθρα 21 και 22 αναφέρονται στο εφαρμοστέο δίκαιο στην εγγύηση. Σύμφωνα με τις διατάξεις αυτές, τα μέρη επιλέγουν το εφαρμοστέο δίκαιο με ρήτρα στη σύμβαση ή ρήτρα που μπορεί να έχει συμφωνηθεί αλλού μεταξύ του εγγυοδότη και του δανειστή. Αν δεν έχει επιλεγεί δίκαιο τότε θα εφαρμόζεται το δίκαιο της χώρας όπου ο εγγυητής ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα στην οποία και εκδόθηκε η εγγυητική επιστολή.

2. Η τραπεζική ενέγγυα πίστωση (letter of credit, documentary credit, LC, D/c ή L/c)

Η τραπεζική ενέγγυα πίστωση συναντάται συχνά στο διεθνές εμπόριο και κυρίως σε διεθνείς πωλήσεις. Στο πλαίσιο της σύμβασης αυτής μια τράπεζα, πιο συχνά μία τράπεζα του τόπου προορισμού εμπορευμάτων, η εκδότρια τράπεζα, συμφωνεί με πελάτη της, που θα είναι αγοραστής των εμπορευμάτων, να ανοίξει έναντι αμοιβής πίστωση υπέρ ορισμένου τρίτου προσώπου, του δικαιούχου-πωλητή των εμπορευμάτων, αναλαμβάνοντας την υποχρέωση να καταβάλει ορισμένο χρηματικό ποσό στο τρίτο πρόσωπο, όταν της παραδοθούν από το τελευταίο ορισμένα εκ των προτέρων καθορισμένα φορτωτικά έγγραφα. Στο σχήμα αυτό μπορεί να συμμετέχει μία δεύτερη τράπεζα, η ενδιάμεση τράπεζα, με την οποία συναλλάσσεται συνήθως ο δικαιούχος και η οποία συνήθως έχει την έδρα της στον τόπο κατοικίας του δικαιούχου. Η τράπεζα αυτή, είτε διαμεσολαβεί μεταξύ δικαιούχου και πιστώτριας τράπεζας ως απλή ανταποκρίτρια της τελευταίας, είτε βεβαιώνει την ενέγγυα πίστωση, οπότε και ευθύνεται για την εκπλήρωσή της όπως και η πιστώτρια²⁸⁴.

(i) Ο καθορισμός του εφαρμοστέου δικαίου στις επιμέρους σχέσεις της τραπεζικής ενέγγυας πίστωσης

Αρχικά τα μέρη σε κάθε μία από τις επιμέρους σχέσεις μπορούν να επιλέξουν το εφαρμοστέο δίκαιο σύμφωνα με το αρ. 3 παρ. 1 εδ. α' του Κανονισμού Ρώμη I.

Αν δεν υπάρχει επιλογή δικαίου τα πράγματα καθίστανται πιο περίπλοκα, λόγω της εμπλοκής περισσότερων μερών και την ύπαρξη περισσότερων επιμέρους σχέσεων. Η συμβατική σχέση μεταξύ εκδότη και αγοραστή θα διέπεται από το δίκαιο του τόπου της έδρας της εκδότριας τράπεζας, καθώς είναι ο τόπος όπου αυτός που παρέχει την εν λόγω υπηρεσία, ήτοι η εκδότρια τράπεζα, έχει την κεντρική της διοίκηση κατά το αρ. 4 παρ. 1 περ. β' και σε κάθε περίπτωση είναι ο τόπος εκπλήρωσης της χαρακτηριστικής παροχής. Ο ίδιος κανόνας ισχύει και για το εφαρμοστέο δίκαιο στη σχέση της εκδότριας με τον δικαιούχο, όταν δεν παρεμβάλλεται άλλη τράπεζα. Αν στο όλο σχήμα της παροχής ενέγγυας πίστωσης διαμεσολαβεί ενδιάμεση τράπεζα τότε στη σχέση ενδιάμεσης τράπεζας και δικαιούχου εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της χώρας όπου η ενδιάμεση τράπεζα έχει την κεντρική της διοίκηση, ειδικά αν αυτή προέβη σε βεβαίωση της ενέγγυας

²⁸⁴ Α.-Α. Τερτιμέλη, *Τραπεζική Ενέγγυα Πίστωση*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σελ. 15, Α. Γεωργιάδης, *Η εξασφάλιση των ...*, ό.π., σελ. 135-136.

πίστωσης. Υπό το καθεστώς της Σύμβασης της Ρώμης υπήρξε αμφιβολία για το αν το δίκαιο της χώρας της ενδιάμεσης τράπεζας πρέπει να διέπει και τη σχέση εκδότη – δικαιούχου ή αν η κάθε σύμβαση θα ακολουθούσε το δικό της δίκαιο, ή ακόμα αν η σχέση ενδιάμεσης τράπεζας-δικαιούχου διέπεται από το δίκαιο της χώρας της εκδότριας τράπεζας, λαμβάνοντας το σχήμα ως οικονομική ενότητα και με τη λογική ότι η χαρακτηριστική παροχή συνίσταται στην παροχή πίστωσης, που είναι και η υποχρέωση που έχει αναλάβει η εκδότρια απέναντι στον δικαιούχο. Με βάση ωστόσο τον Κανονισμό Ρώμη I και με δεδομένο το αυστηρό κριτήριο που θέτει το αρ. 4 παρ. 3 του «προδήλως στενότερου» συνδέσμου του συνόλου των περιστατικών της υπόθεσης με άλλη χώρα ίσως προτιμητέο να είναι κάθε επιμέρους σχέση να διέπεται από το δικό της δίκαιο. Τέλος στη σχέση μεταξύ εκδότριας και ενδιάμεσης τράπεζας, ανεξάρτητα αν η τελευταία ενεργεί ως ανταποκρίτρια, αναγγέλουσα, πληρώτρια ή βεβαιούσα, εφαρμοστέο θα είναι το δίκαιο της χώρας όπου η ενδιάμεση τράπεζα έχει την κεντρική της διοίκηση. Αυτό συμβαίνει γιατί η ενδιάμεση τράπεζα με το να αναγγέλλει ή να βεβαιώνει την ενέγγυα πίστωση εκπληρώνει τη λεγόμενη χαρακτηριστική παροχή²⁸⁵.

Γίνεται έτσι αντιληπτό ότι για κάθε επιμέρους σχέση ο Κανονισμός Ρώμη I υποδεικνύει και διαφορετικό εφαρμοστέο δίκαιο. Θα μπορούσε να υποστηρίξει κανείς ότι με τον τρόπο αυτό διασπάται η οικονομική ενότητα της συναλλαγής. Όμως αυτό δεν είναι κάτι που απαγορεύεται. Εξάλλου ο ίδιος ο Κανονισμός στο αρ. 3 παρ. 1 εδ. γ' προβλέπει ότι ακόμα και στην ίδια σύμβαση τα μέρη θα μπορούσαν να επιλέξουν διαφορετικό δίκαιο εφόσον βέβαια κάτι τέτοιο δεν καταλήγει σε αντιφάσεις.

(ii) Η λειτουργία των Ομοιόμορφων Κανόνων και Συνηθειών για τις Ενέγγυες Πιστώσεις

Στον χώρο της ενέγγυας πίστωσης έχει υπάρξει επίσης έντονη η δράση του ΔΕΕ ακριβώς επειδή και αυτή η μέθοδος εξασφάλισης γνώρισε μεγάλη ανάπτυξη στην πράξη. Έτσι με σκοπό να διευκολύνει την τραπεζική διαμεσολάβηση στο διεθνές εμπόριο το ΔΕΕ ξεκίνησε να υιοθετεί ομοιόμορφους κανόνες στον χώρο αυτό ήδη από το 1933. Υποκείμενοι σε συνεχή επεξεργασία οι κανόνες αυτοί καταλήγουν στην μορφή που ισχύει σήμερα και ήδη από το 2007, τους «Ομοιόμορφους Κανόνες και Συνήθειες για τις Ενέγγυες Πιστώσεις, UCP 600» (“Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, UCP 600”). Ως συμπλήρωμα τους το ΔΕΕ υιοθέτησε ακόμα τους eUCP (“eUCP VERSION 2.1 – ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits”), κανόνες οι οποίοι εφαρμόζονται όταν αντί για έντυπα έγγραφα ο δικαιούχος οφείλει να προσκομίσει στην τράπεζα αρχεία σε ηλεκτρονική μορφή. Η τελευταία έκδοσή τους υιοθετήθηκε το 2023, πρόκειται για τους eUCP version 2.1. Οι ανωτέρω κανόνες έχουν υιοθετηθεί από τραπεζικές ενώσεις και μεμονωμένες τράπεζες σε περισσότερες από 179 χώρες μεταξύ των οποίων και η Ελληνική Ένωση Τραπεζών. Ακόμα το ΔΕΕ υιοθέτησε ένα κείμενο με τίτλο «Διεθνείς Τυποποιημένες Τραπεζικές Πρακτικές (“International Standard Banking Practices, ISBP”), στα πλαίσια του οποίου παρέχονται ερμηνευτικές κατευθύνσεις και οδηγίες για την πρακτική εφαρμογή των ανωτέρω κανόνων. Η έκδοση που ισχύει σήμερα είναι οι ISBP 821. Στόχος τους, όπως και των αναθεωρημένων κανόνων ήταν να συμβάλλουν στην

²⁸⁵ U. Magnus/P. Mankowski, *European Commentaries ...*, ό.π., σελ. 410-411, X. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς ...*, ό.π., σελ. 93-95.

αντιμετώπιση του προβλήματος να απορρίπτονται από τις τράπεζες μεγάλη πλειοψηφία εγγράφων ως μη συμμορφούμενα με τους όρους της πίστωσης²⁸⁶.

Ως προς τη νομική φύση των κανόνων έχουν διατυπωθεί διάφορες απόψεις. Ομοφωνία υπάρχει ως προς το ότι αυτοί δεν θεσπίζουν κανόνες δικαίου. Εξάλλου το ΔΕΕ δεν έχει νομοθετικής φύσεως αρμοδιότητες. Συνεπώς η συμπερίληψή τους στη σύμβαση των μερών δεν έχει την έννοια της επιλογής εφαρμοστέου δικαίου και όπως προελέχθη θα υπόκεινται στον έλεγχο των διατάξεων αναγκαστικού δικαίου της *lex contractus*. Συνεπώς, και όπως έχει διατυπωθεί και για αντίστοιχης μορφής κανόνες του ΔΕΕ όπως οι INCOTERMS, δεν πρέπει να θεωρηθεί ότι ισχύουν ανεξάρτητα από κάποιο εθνικό δίκαιο, ως υπερισχύουσες συναλλακτικές συνήθειες και ως ένα αυτόνομο δεσμευτικό σύστημα κανόνων δικαίου που θα πρέπει να εφαρμόζεται, ακόμη και αν τα μέρη δεν έχουν ρητά παραπέμψει σε αυτό²⁸⁷. Οι ομοιόμορφοι αυτοί κανόνες του ΔΕΕ δεν αποτελούν θετικό δίκαιο, αλλά ούτε και εθιμικό δίκαιο κρίνεται ότι θα μπορούσαν να αποτελούν²⁸⁸. Και τούτο επειδή δεν φαίνεται να πληρούν τις προϋποθέσεις δημιουργίας εθίμου. Αυτές είναι αφενός η μακροχρόνια και ομοιόμορφη άσκηση και η βραδύτητα στο σχηματισμό του εθίμου, η οποία κρίνεται ότι δεν πληρούται και δεν συμβαδίζει με την διαρκή ανάγκη για εκσυγχρονισμό των κανόνων, κάτι που επιτυγχάνεται μέσω των επανειλημμένων αναθεωρήσεων του κειμένου τους. Αφετέρου, αλλά και κυριότερο, ελλείπει η πεποίθηση δικαίου (*opinio juris*), καθώς οι κανόνες αυτοί δεν φαίνεται να γίνονται αποδεκτοί ως κανόνες δικαίου ούτε από την επιστήμη, ούτε από τη νομολογία, ούτε από τα συμβαλλόμενα μέρη, που μεριμνούν να συμπεριληφθεί στη σύμβασή τους σαφής ρήτρα περί εφαρμογής τους. Βέβαια μεμονωμένες διατάξεις των κανόνων αυτών που έχουν συμπεριληφθεί καθ' όμοιο τρόπο στις διαδοχικές αναθεωρήσεις μπορεί να θεωρηθεί ότι έχουν προσλάβει ήδη ή θα προσλάβουν στο μέλλον χαρακτήρα εθίμου. Πρόκειται κυρίως για διατάξεις που προσδίδουν συγκεκριμένο περιεχόμενο σε αόριστους συμβατικούς όρους π.χ. ανάκληση, βεβαίωση ή αυτές που αναφέρονται στην αρχή της αυτονομίας και την αρχή της συναλλαγής των μερών μόνο βάσει εγγράφων^{289 290}.

Στην ελληνική νομολογία επικρατούν δύο κυρίως απόψεις. Σύμφωνα με την πρώτη, που δεν φαίνεται να επαναλαμβάνεται στην πιο πρόσφατη νομολογία, οι ομοιόμορφοι κανόνες του ΔΕΕ για την ενέγγρα πιστωση αποτελούν «γενικούς όρους των συναλλαγών και εφαρμόζονται, κατά την ερμηνεία της συμβάσεως τραπεζικής ενεργού πιστώσεως, κατά τα αρ. 200 και 288 ΑΚ, *ίδια*²⁹¹ δε όταν τα συμβαλλόμενα μέρη παραπέμπουν ρητά στους κανόνες αυτούς»²⁹². Με την νομολογία να

²⁸⁶ Trade Finance Global, Letters of Credit Rules, *tradefinanceglobal.com* < <https://www.tradefinanceglobal.com/letters-of-credit/letters-of-credit-rules/> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024).

²⁸⁷ Δ. Φλάμπουρας, 'Η διεθνής πώληση' σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...ό.π.*, σελ. 561.

²⁸⁸ Στην ελληνική νομολογία επαναλαμβάνεται σταθερά το λεκτικό «δεν έχουν ισχύ εξ αντικειμένου κανόνων δικαίου, αφού προέρχονται από όργανο που δεν έχει νομοθετική εξουσία, αλλ' ούτε και εθίμου». Βλ. έτσι ΑΠ 394/2006 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²⁸⁹ Α.-Α. Τερτιμέλη, *Τραπεζική Ενέγγρα ...*, ό.π., σελ. 26-27, Χ. Χρυσάνθης, ΠΠρΑθ 10862/1995 [Τραπεζική ενέγγρα πιστωση] (Σημ. Χρ. Χρυσάνθης), *ΔΕΕ*, 4/1996, σελ. 399, Α. Γεωργιάδης, *Η εξασφάλιση των ...*, ό.π., σελ. 245.

²⁹⁰ Βλ. ακόμα Δ. Φλάμπουρας, 'Η διεθνής πώληση' σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών ...ό.π.*, σελ. 563 ο οποίος αναφέρει «*ειδικότερα έχει κριθεί ότι οι Ομοιόμορφοι Κανόνες του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου που αφορούν τις Εισπράξεις Αξιών δεν αποτελούν θετικό ή εθιμικό δίκαιο*».

²⁹¹ Η φράση «*ίδιας όταν τα μέρη παραπέμπουν ρητά σε αυτούς*» θα αναλυθεί λίγο παρακάτω.

²⁹² ΠΠρ Θεσσαλονίκης 1096/1994 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

κινείται και μετά²⁹³ την ανωτέρω απόφαση στην ίδια κατεύθυνση η ΑΠ 394/2006 αναφέρει χαρακτηριστικά: «Όμως, οι ομοιόμορφοι αυτοί Κανόνες και Συνθήκες δεν έχουν ισχύ εξ αντικειμένου κανόνων δικαίου, αφού προέρχονται από όργανο που δεν έχει νομοθετική εξουσία, αλλ' ούτε και εθίμου, αλλ' απλώς αποτελούν γενικούς επαγγελματικούς όρους ή όρους συναλλαγών. Η συμβατική δε ρήτρα, ότι η συγκεκριμένη σύμβαση ενέγγυας πίστωσης διέπεται από τους Κανόνες αυτούς, τους καθιστά συμβατικούς όρους της σύμβασης αυτής, οι οποίοι, συνακόλουθα, ερμηνεύονται και εκτελούνται, σύμφωνα με τα άρθρα 200 και 288 ΑΚ, όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη. Επομένως, η παραβίασή τους δεν ιδρύει τον από το άρθρο 559 αριθ. 1 Κ.Πολ.Δ λόγο αναίρεσης»²⁹⁴.

Σύμφωνα με άποψη της θεωρίας²⁹⁵ αποτελούν πράγματι γενικούς όρους συναλλαγών (ΓΟΣ) αν λάβει κανείς υπόψη ότι ως ΓΟΣ λογίζονται οι εκ των προτέρων και κατά τρόπο γενικό και ενιαίο καθοριζόμενοι συμβατικοί όροι που αποτελούν τυπικό και ομοιόμορφο περιεχόμενο περισσότερων συμβάσεων, που προορίζονται να ενταχθούν σε ακαθόριστο και άγνωστο εκ των προτέρων αριθμό συμβάσεων, τίθενται δε μονομερώς, από τον ένα συμβαλλόμενο στον άλλον²⁹⁶ σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο αρ. 1 των UCP 600 που προϋποθέτει την ενσωμάτωσή τους στη σύμβαση προκειμένου να τύχουν εφαρμογής²⁹⁷. Υποστηρίζεται δε ακόμα ότι τον χαρακτηρισμό τους ως ΓΟΣ δεν εμποδίζει το γεγονός ότι αυτοί προδιατυπώνονται όχι από τον ίδιο τον χρήστη, ήτοι την τράπεζα, αλλά από έναν τρίτον, δηλαδή το ΔΕΕ²⁹⁸. Να σημειωθεί, επιπλέον των ανωτέρω, ότι υπάρχει και η θέση κατά την οποία λόγω του χαρακτήρα της ενέγγυας πίστωσης ως τυπικής δικαιοπραξίας²⁹⁹ οι ομοιόμορφοι κανόνες του ΔΕΕ για την ενέγγυα πίστωση δεν καθίστανται περιεχόμενο της σχετικής σύμβασης με μόνη την παραπομπή σε αυτούς, γιατί έτσι δεν καλύπτονται από τον έγγραφο τύπο, αλλά απαιτείται ρητή ενσωμάτωσή τους στο περιεχόμενο της έγγραφης σύμβασης³⁰⁰.

Από την άλλη πλευρά θα μπορούσε κανείς να αντιτείνει ότι οι ομοιόμορφοι κανόνες του ΔΕΕ για την ενέγγυα πίστωση δεν είναι κατά ακριβολογία ΓΟΣ. Ένα πρώτο επιχείρημα προς αυτή την κατεύθυνση θα ήταν ότι οι ομοιόμορφοι κανόνες του ΔΕΕ δεν επιβάλλονται από τον ένα συμβαλλόμενο στον άλλο, αλλά επιλέγονται από τα μέρη με τη σκέψη ότι προσδίνουν μεγαλύτερη βεβαιότητα στη συναλλαγή τους. Χαρακτηριστικό των ΓΟΣ είναι ότι εισάγονται από τον οικονομικά ισχυρότερο συμβαλλόμενο που επιχειρεί να εκμεταλλευτεί την οικονομική του υπεροχή. Όμως οι ομοιόμορφοι κανόνες για την ενέγγυα πίστωση έχουν συνταχθεί από το ΔΕΕ, οργανισμό στον οποίο δεν μπορεί να καταλογιστεί κάποια μεροληψία και μάλιστα έχουν συνταχθεί με διαδικασία που εγγυάται την ουδετερότητα των κανόνων. Εξάλλου, στις εν λόγω ρυθμίσεις δύσκολα θα βρεθεί ζήτημα ανισομέρειας των μερών. Συνεπώς, οι ομοιόμορφοι κανόνες για τις ενέγγυες πιστώσεις δεν προέρχονται από μία επιχείρηση, όπως συμβαίνει στην περίπτωση

²⁹³ Βλ. με ίδια λεκτικά και τις ΠΠρ. Καβάλας 220/1997 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜΠρ Χαλκίδας 3007/2005 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Εφ.Αθηνών 2134/2001 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

²⁹⁴ ΑΠ 394/2006 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

²⁹⁵ Τόσο μέρος της ελληνικής αλλά και της γαλλικής και της γερμανικής θεωρίας υποστηρίζουν την άποψη αυτή.

²⁹⁶ Χ. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς ...*, ό.π., σελ. 123.

²⁹⁷ Βλ. ICC Publication no. 600 ("UCP"), αρ. 1 "are rules that apply to any documentary credit when the text of the credit expressly indicates that it is subject to these rules. They are binding on all parties thereto unless expressly modified or excluded by the credit".

²⁹⁸ Α. Γεωργιάδης, *Η εξασφάλιση των ...*, ό.π., σελ. 243 (υποσέμ. 54).

²⁹⁹ Βλ. αρ. 25 παρ. 3 ν.δ. 13.08.1923.

³⁰⁰ Α. Γεωργιάδης, *Η εξασφάλιση των ...*, ό.π., σελ. 244.

των ΓΟΣ, που αποβλέπει στην επέκταση της δράσης της αλλά από έναν ιδιωτικό φορέα που μέσα από σύνολα διεθνών κανόνων προσπαθεί να βοηθήσει την προώθηση του διεθνούς εμπορίου. Ένα άλλο χαρακτηριστικό των ΓΟΣ είναι ότι χρησιμοποιούνται στη σύμβαση ως έχουν, δεν είναι δεκτικοί τροποποίησης. Αντίθετα τα μέρη όταν επιλέγουν να αξιοποιήσουν τους ομοιόμορφους κανόνες του ΔΕΕ διαπλάθουν αυτοί την σύμβασή τους χρησιμοποιώντας τους κανόνες που εξυπηρετούν τα συμφέροντά τους³⁰¹.

Εδώ αξίζει να σχολιαστεί η φράση «*ιδιαίτερα μάλιστα όταν τα συμβαλλόμενα μέρη παραπέμπουν ρητά στους κανόνες αυτούς*». Πρόκειται για μία φράση που επαναλαμβάνεται στη νομολογία και είναι σαν να αφήνει να εννοηθεί ότι οι κανόνες αυτοί θα εφαρμοστούν ακόμα και αν τα μέρη δεν έχουν ρητά παραπέμψει σε αυτούς. Σύμφωνα με μία άποψη ο χαρακτηρισμός των κανόνων αυτών ως ΓΟΣ -που κατά τη θέση αυτή είναι και ο ορθότερος χαρακτηρισμός- σημαίνει ότι και για να ισχύουν στη σύμβαση των μερών πρέπει να υπάρχει ρητή παραπομπή σε αυτούς³⁰². Σύμφωνα με μία διαφορετική προσέγγιση, η φράση «*ιδιαίτερα μάλιστα*» μπορεί να ερμηνευθεί ως ότι η ελληνική νομολογία δέχεται, έστω και ως λιγότερο επιτακτική, την ετερόνομη δράση των κανόνων αυτών. Έτσι αυτοί εν τέλει θα εφαρμοστούν είτε τα μέρη το επέλεξαν είτε όχι, με την έννοια ότι μάλλον τα ελληνικά δικαστήρια αποδίδουν μία κεκρυμμένη κανονιστική δράση στους κανόνες αυτούς, είτε από την τεκμαιρόμενη σιωπηρή αναφορά των μερών, είτε από την κατασκευή ότι ως ΓΟΣ εφαρμόζονται ερμηνευτικά³⁰³.

Η δεύτερη θέση που παίρνει η ελληνική νομολογία αναφορικά με την νομική φύση των κανόνων αυτών είναι να τους χαρακτηρίζει ως εμπορικές συνήθειες και μάλιστα ως «*τραπεζικές συνήθειες*». Αυτή η θέση εμφανίστηκε ήδη από αρκετά χρόνια πριν³⁰⁴ αλλά και ειδικά στην πιο πρόσφατη νομολογία. Έτσι σύμφωνα με την ΑΠ 1739/2014 «*δεν αποτελούν νομικούς κανόνες [...], ούτε συνιστούν εθιμικό δίκαιο, αλλά, σε περίπτωση που τα μέρη παραπέμπουν συμβατικά σ' αυτούς, λαμβάνονται υπόψη ως "τραπεζικές συνήθειες", κατά την ερμηνεία της σύμβασης, για τη συμπλήρωση των κενών της (ΑΚ 200), καθώς και για τον καθορισμό του τρόπου εκπλήρωσης της παροχής*»³⁰⁵. Σημειώνεται ότι στη γαλλική νομολογία³⁰⁶ υπήρξαν αποφάσεις που αντιμετώπισαν ως διεθνείς εμπορικές συνήθειες τους κανόνες του ΔΕΕ καθώς και άλλους ουσιαστικούς κανόνες ανειθικής προέλευσης, για τους οποίους δεν υπήρχε παραπομπή σε αυτούς από τα μέρη. Η προσέγγιση αυτή προβληματίζει. Κύριο χαρακτηριστικό των εμπορικών συνηθειών είναι η επικουρικότητα της ρύθμισής τους, δηλαδή καλούνται σε εφαρμογή για να καλύψουν τα κενά της συμβατικής βούλησης των μερών. Τα μέρη με τους ειδικότερους όρους τους μπορούν να

³⁰¹ Χ. Παμπούκης, *H lex mercatoria...*,ό.π., σελ. 262, Α. Αιγυπτιάδης, Ομοιόμορφοι κανόνες και συνήθειες του διεθνούς εμπορικού επιμελητηρίου για τις ενέγγυες πιστώσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2002, σελ. 151-152

³⁰² Χ. Χρυσάνθης, ΠΠρΑθ 10862/1995 [Τραπεζική ..., ό.π., σελ. 399, ο οποίος και επισημαίνει «*η διατύπωση της νομολογίας ... ιδίως όταν τα μέρη παραπέμπουν σε αυτούς.. δεν είναι ακριβής*».

³⁰³ Χ. Παμπούκης, *H lex mercatoria...*,ό.π., σελ. 260-261.

³⁰⁴ Ήδη σε νομολογία από το 1959 συναντάται το λεκτικό «*οι κανόνες ούτοι, και αν έτι δεν αποτελούν δίκαιον εθιμικόν, απηχούσι πάντως τας συνήθειας και αρχάς...*» (Χ. Παμπούκης, *H lex mercatoria...*,ό.π., σελ. 259 (υποσημ. 413) με αναφορά σε λεκτικό της ΠρΠειρ 3038/1959, ΕΕμπΔ 1959, 406).

³⁰⁵ ΑΠ 1739/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Βλ. ακόμα και ΑΠ 1738/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ και ΑΠ 38/2006 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Σε αυτές γίνεται αναφορά μόνο στον όρο «*τραπεζικές συνήθειες*» και όχι στην έννοια των «*γενικών όρων συναλλαγών*».

³⁰⁶ Στην ίδια κατεύθυνση κινείται και η γαλλική θεωρία αλλά και η γερμανική, η θεωρία των ΗΠΑ αλλά και της Αγγλίας η οποία μάλιστα φαίνεται να εγκαταλείπει την παραδοσιακή συμβατική άποψη υπό το φως της θέσης ότι «*ενόψει της έκτασης εφαρμογής των ομοιόμορφων αυτών κανόνων ο όρος πληρωμής σε σύμβαση πώλησης μπορεί να φέρει τη σιωπηρή πρόβλεψη (implication) ότι πληρωμή με πίστωση έναντι εγγράφων σημαίνει πληρωμή με πίστωση υποκείμενη στους ομοιόμορφους κανόνες του ΔΕΕ*» (Α. Αιγυπτιάδης, *Ομοιόμορφοι κανόνες...*, ό.π., σελ. 152)

παραβλέψουν τις συνήθειες. Ακόμα οι εμπορικές συνήθειες αποτελούν δημιούργημα της επανάληψης μίας πρακτικής στο χρόνο, δεν θεσπίζονται. Αντίθετα, οι ομοιόμορφοι κανόνες του ΔΕΕ υιοθετούνται από αυτό, μπορεί να κωδικοποιούν πρακτικές που έχουν σε ένα βαθμό καθιερωθεί, μπορεί όμως να αποτυπώσουν και κανόνες που καταργούν υφιστάμενες μέχρι την έκδοσή τους πρακτικές, ιδίως όταν πρόκειται για διαφορετικές πρακτικές που υιοθετούνταν ανά χώρα. Σκοπός δε του ΔΕΕ είναι να διαμορφώσει κανόνες που συμβιβάζουν κοινά αποδεκτές λύσεις³⁰⁷. Ίσως να μπορούσε να λεχθεί ότι πρόκειται για σύνολο συνηθειών «εν τω γεννάσθαι». Κάποιοι κανόνες πράγματι μπορεί να αποτυπώνουν εμπορικές συνήθειες, αλλά μάλλον αυτό δεν επαρκεί για τον χαρακτηρισμό όλης της κωδικοποίησης ως σύνολο «εμπορικών συνηθειών». Έτσι ως γενικό σχόλιο στο σημείο αυτό, και με αφορμή τα ανωτέρω, μέρος της θεωρίας υποστηρίζει πως η προσέγγιση του Έλληνα δικαστή να αποδέχεται την εφαρμογή των κανόνων αυτών ως εμπορικές συνήθειες και χωρίς να υπάρχει ρητή παραπομπή των μερών, ενδέχεται να μην ανταποκρίνεται στη βούληση των μερών³⁰⁸.

Να προστεθεί εδώ ότι υπάρχει νομολογία που αναφέρεται στους ομοιόμορφους κανόνες του ΔΕΕ για τις ενέγγυες πιστώσεις τόσο ως γενικούς όρους συναλλαγών όσο και ως εμπορικές συνήθειες³⁰⁹.

Ενδεχομένως η ακόλουθη παρατήρηση να έχει το μεγαλύτερο ενδιαφέρον, ότι στον χώρο των διεθνών συναλλαγών, σημασία για τον επακριβή προσδιορισμό της νομικής φύσης και λειτουργίας των ομοιόμορφων αυτών κανόνων έχει να ερευνείται κατ' ιδίαν ο κάθε κανόνας και το περιεχόμενό του. Και τούτο γιατί οι ομοιόμορφοι κανόνες του ΔΕΕ πρέπει να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνουν τόσο ερμηνευτικές διατάξεις που σκοπό έχουν να διευκρινίσουν τη βούληση των μερών όσο και κανονιστικές διατάξεις που έχουν ως σκοπό να δημιουργήσουν δικαιώματα και υποχρεώσεις. Στο πλαίσιο αυτό μία in globo ανάλυση των κανόνων, ένα γενικό για όλους τους κανόνες αυτούς συμπέρασμα, όπως επιχειρείται με τις παραπάνω μεθόδους, θα εγκυμονούσε κινδύνους λόγω της γενικότητάς της³¹⁰. Να σημειωθεί επίσης ότι πρόκειται για διατάξεις που δεν είναι ομοιογενείς ως προς την προέλευσή τους ούτε εξυπηρετούν ομοιόμορφες λειτουργίες. Ένα μέρος τους μπορεί να θεωρηθεί ότι πράγματι κωδικοποιεί υπάρχουσες εμπορικές συνήθειες και πρακτικές, ένα άλλο αποτελεί τη συνισταμένη απόψεων τραπεζικών και εμπορικών κύκλων και ένα τρίτο μέρος μπορούμε να πούμε ότι εκφράζει την τεχνοκρατική άποψη του ΔΕΕ για τον τρόπο εφαρμογής ορισμένων διαδικασιών και την μελλοντική προοπτική τους. Έτσι κάποιοι από τους κανόνες έχουν πιο επιτακτική λειτουργία, κάποιοι λειτουργούν ως κατευθυντήριες γραμμές, κάποιες ως ερμηνευτικοί κανόνες, κάποιοι ως γενικές αρχές³¹¹. Σε αυτό το πλαίσιο μία

³⁰⁷ Χ. Λιβαδά, «Συνολική επισκόπηση ...», ό.π., 910.

³⁰⁸ Α. Αιγυπτιάδης, *Ομοιόμορφοι κανόνες...*, ό.π., σελ. 152-156, Χ. Λιβαδά, *Εισαγωγή στις διεθνείς ...*, ό.π., σελ. 124.

³⁰⁹ Έτσι η Εφ. Αθηνών 5603/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ η οποία αναφέρει: «Ως προς τη νομική φύση των ομοιόμορφων κανόνων και συνηθειών έχουν διατυπωθεί κατά καιρούς διαφορετικές απόψεις με κρατούσα την άποψη ότι πρόκειται για γενικούς επαγγελματικούς όρους ή όρους συναλλαγών, οι οποίοι, σε περίπτωση που τα μέρη παραπέμπουν ρητά σε αυτούς, λαμβάνονται υπόψη ως «τραπεζικές συνήθειες» κατά την ερμηνεία της συμβάσεως τραπεζικής ενέγγυας πιστώσεως προς συμπλήρωση των κενών της (αρ. 200 ΑΚ) και προς καθορισμό του τρόπου εκπληρώσεως της παροχής (288 ΑΚ). Πάντως οι εν λόγω κανόνες δεν αποτελούν νομικούς κανόνες (ούτε καν με ισχύ κανόνων ενδοτικού δικαίου), αφού προέρχονται από όργανο που δεν έχει νομοθετική εξουσία, ούτε συνιστούν εθιμικό δίκαιο, αλλά συλλογή διεθνώς ισχυουσών συνηθειών, η δε συμβατική ρήτρα ότι η συγκεκριμένη σύμβαση ενέγγυας πίστωσης διέπεται από τους όρους αυτούς, καθιστά αυτούς όρους της συμβάσεως και έχει τις προπαρατεθείσες συνέπειες».

³¹⁰ Χ. Παμπούκης, *Η lex mercatoria...*, ό.π., σελ. 259 και 262.

³¹¹ Α. Αιγυπτιάδης, *Ομοιόμορφοι κανόνες...*, ό.π., σελ. 168.

εξατομικευμένη προσέγγιση μοιάζει η καλύτερη δυνατή λύση. Πάντως αναμφίβολα οι κανόνες αυτοί είναι μέρος της *lex mercatoria*, τη μορφή αυτή ήπιου δικαίου που απαρτίζεται από σύνολα κανόνων που προέρχονται από την πράξη.

Συμπεράσματα

Οι παρούσα μελέτη έχει ως κεντρικό της άξονα τον εντοπισμό των πηγών και τον συνδυασμό των μεθόδων προσδιορισμού του εφαρμοστέου δικαίου, την έκταση του κάθε φορά, με αναφορά σε δύο χωριστές αλλά και αλληλένδετες θεματικές. Από τη μία πλευρά αυτή των πιο κοινών συμβάσεων χρηματοδότησης μίας επιχείρησης, και από την άλλη αυτή των βασικών εξασφαλίσεων που τη συνοδεύουν, όταν σε αυτές υπάρχει το διασυνοριακό στοιχείο. Στους τομείς λοιπόν αυτούς, της χρηματοδότησης και των εξασφαλίσεων, ο ρόλος του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου είναι πιο αναδεικνυόμενος από ποτέ. Τράπεζες και επιχειρήσεις συναντώνται σε συναλλαγές σύνθετες, που υπερβαίνουν τα εθνικά σύνορα, που τα εμπλεκόμενα μέρη είναι πολλά και συνεπώς ακόμα μεγαλύτερα οικονομικά συμφέροντα και περισσότεροι κίνδυνοι βρίσκονται εξ αρχής στον χάρτη της συναλλαγής τους.

Το διεθνοποιημένο αυτό περιβάλλον διαπλάθει μαζί του και το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, το οποίο πλέον ξεφεύγει κατά μεγάλο μέρος από τα πλαίσια ρύθμισής του από τον εθνικό νομοθέτη. Αποκτά έτσι διεθνή χαρακτήρα, τόσο οικουμενικό, όσο και περιφερειακό. Με *forum* την Ελλάδα πρωταρχικής σημασίας είναι οι ρυθμίσεις του Κανονισμού Ρώμη I για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές. Στη θεματική που αφορά τις συμβάσεις χρηματοδότησης, αλλά και τις εξασφαλίσεις ενοχικής φύσεως, καθοριστικός είναι ο ρόλος της αυτονομίας της βούλησης. Δεν θα μπορούσε εξάλλου να είναι διαφορετικά, αφού η αυτονομία της βούλησης αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο των συμβατικών ενοχών. Έτσι τα μέρη ως επί το πλείστον θα έχουν προεπιλέξει το δίκαιο που θα διέπει τη σχέση τους, σταθμίζοντας τις επιμέρους δυναμικές, τα διάφορα συμφέροντα, με γνώμονα ίσως την οικονομική ενότητα της συναλλαγής, την εξοικονόμηση κατά κύριο λόγο χρόνου και κόστους, τη διεθνή πρακτική αλλά και την αποτελεσματική προστασία κάθε μέρους. Στην επιλογή αυτή δικαίου καίριο ρόλο παίζει η διασφάλιση της προβλεψιμότητας και της βεβαιότητας δικαίου, στοιχεία στα οποία πρωτίστως αποβλέπει ο δανειστής που επιχειρεί να εξασφαλιστεί έναντι πιθανής ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής.

Την απόλυτη ελευθερία επιλογής δικαίου δίνει στα μέρη ο Κανονισμός Ρώμη I μέσα από το αρ. 3 παρ. 1 αυτού αλλά και με την δυνατότητα να επιλέξουν διαφορετικά δίκαια για τμήματα της σύμβασης τους, αν αυτό εξυπηρετεί καλύτερα τη σχέση τους. Η σύγχρονη τάση είναι υπερ της φιλελευθεροποίησης και της ουσιαστικής δικαιοσύνης, όπως δείχνει ο αναδεικνυόμενος 'ανταγωνισμός' της *lex contractus* και της *lex rei sitae* στα εμπράγματα δικαιώματα επί κινητών ή η πρόβλεψη για περιορισμένη επιλογή δικαίου στην Πρόταση Κανονισμού σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο, στα έναντι τρίτων αποτελέσματα της εκχώρησης απαιτήσεων αναφορικά με τις τιτλοποιήσεις. Πάντως, στα ζητήματα που αφορούν τις εμπράγματες εξασφαλίσεις, ο ρόλος της *lex rei sitae* φαίνεται να διατηρεί τις βαθιές του ρίζες ως προς τη βεβαιότητα δικαίου που εξασφαλίζει και την προστασία των τρίτων. Στην αυτονομία των μερών όρια θέτουν οι κανόνες αμέσου εφαρμογής, η δημόσια τάξη του *forum* και οι κανόνες αναγκαστικού δικαίου στην περίπτωση καταστρατηγικής διεθνοποίησης, με περιορισμένη βέβαια έκταση, ειδικά όσον αφορά

συμβάσεις που χρησιμοποιούνται ευρέως στις διεθνείς αγορές κατά τρόπο τυποποιημένο, όπως δείχνει η περίπτωση των ISDA Master Agreements.

Στην σπάνια περίπτωση που τα συμβαλλόμενα μέρη δεν έχουν επιλέξει το δίκαιο που θα διέπει την σχέση τους, το ιδ.δ.δ. έχει αναπτύξει μηχανισμούς εντοπισμού του εφαρμοστέου δικαίου που φαίνεται ως πιο αρμόζον να ρυθμίσει τον συγκεκριμένο τύπο σχέσης. Κάποιες φορές, ιδίως όταν τα συμβαλλόμενα μέρη είναι περισσότερα από δύο ή αν πρόκειται για σχέσεις τριγωνικές και σίγουρα πιο σύνθετες, ο προσδιορισμός του εφαρμοστέου δικαίου θα είναι πιο περίπλοκος, όπως κατέδειξε η περίπτωση των κοινοπρακτικών δανείων αλλά και της τραπεζικής ενέγγυας πίστωσης στην περίπτωση εμπλοκής και ενδιάμεσης τράπεζας. Τότε ο νομοθέτης, η θεωρία και η νομολογία καλούνται να συνεργαστούν για τον προσδιορισμό των πιο αποτελεσματικών και λιγότερο περίπλοκων λύσεων που σε κάθε περίπτωση θα διασφαλίζουν την προστασία όλων των μερών, χωρίς κάποιος να καθίσταται σε αυτομάτως δυσμενέστερη θέση.

Στον εντοπισμό, κατά τα ανωτέρω του εφαρμοστέου δικαίου, στις διάφορες σχέσεις χρηματοδότησης και εξασφάλισης που εξετάστηκαν στην παρούσα μελέτη, το ιδ.δ.δ. συνεισφέρει μέσω πολλών διαφορετικών οδών. Πρωταγωνιστικός είναι ο ρόλος του κανόνα σύγκρουσης, ακόμα σε επίπεδο κατ' αρχήν εθνικού κανόνα σύγκρουσης αναφορικά με τα εμπράγματα δικαιώματα, αλλά και σε επίπεδο ενιαίων κανόνων σύγκρουσης στο πλαίσιο περιφερειακής ρύθμισης αναφορικά με τις συμβατικές ενοχές μέσω της καίριας συμβολής του Κανονισμού Ρώμη I.

Παράλληλα και την ίδια στιγμή σημαντικές στα παραπάνω θέματα φαίνονται οι προσπάθειες δημιουργίας ομοιόμορφων ουσιαστικών κανόνων μέσω διεθνών συμβάσεων. Και ενώ οι διαπραγματεύσεις είναι πολυετείς και συνεχείς και οι τομείς που προσδιορίζονται προς ρύθμιση κατά τον τρόπο αυτό επίσης σε μεγάλο βαθμό εντοπισμένοι, οι μέχρι τώρα είτε περιορισμένη υιοθέτηση τέτοιων κειμένων είτε ακόμα η μη θέση τους σε ισχύ λόγω έλλειψης του απαιτούμενου ελάχιστου αριθμού επικυρώσεων (αλλά και σε ορισμένες περιπτώσεις, έτι περαιτέρω, υπογραφών του διεθνούς συμβατικού κειμένου) από τα κράτη, μάλλον δείχνουν ότι οι συμβιβασμοί ήταν τόσο μεγάλοι που εν τέλει τα κράτη δεν θεωρούν ότι η προσχώρησή τους σε αυτές θα οδηγήσει στα επιθυμητά για αυτά αποτελέσματα. Χαρακτηριστικά είναι εδώ τα παραδείγματα της Σύμβασης των Ηνωμένων Εθνών για την Εκχώρηση απαιτήσεων στο διεθνές εμπόριο και της Σύμβασης των Ηνωμένων Εθνών για τις αυτόνομες εγγυήσεις και εγγυήσεις τύπου 'stand-by letter of credit'. Αντίστοιχη είναι και η τύχη Προτύπων Νόμων που έχουν εκπονηθεί σε επιμέρους σχετικά αντικείμενα, όπου πάλι τα κράτη φαίνονται διστακτικά να υιοθετήσουν αντίστοιχες ρυθμίσεις.

Ακόμα, στον χώρο αυτό των χρηματοδοτήσεων και παροχής εξασφαλίσεων σε διασυνοριακή κλίμακα, ιδιωτικοί φορείς αναπτύσσουν έντονη δράση, με χαρακτηριστικό τον ρόλο του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου που υιοθετεί ομοιόμορφους κανόνες τους οποίους τα μέρη μπορούν να υιοθετήσουν στη σύμβασή τους, κάτι το οποίο και συνηθίζεται σε πολύ μεγάλο βαθμό ιδίως στον χώρο των εγγυητικών επιστολών και της τραπεζικής ενέγγυας πίστωσης.

Στις διεθνείς αγορές τα δεδομένα συνεχώς αλλάζουν και εξελίσσονται βεβαίως ανάλογα με τις ανάγκες της. Ο χρόνος θα δείξει αν οι προσπάθειες ενοποίησης μέσω ομοιόμορφων ουσιαστικών κανόνων θα μπορέσουν τελικά να ευοδωθούν ανοίγοντας τον δρόμο για την απευθείας ρύθμιση των διεθνών σχέσεων χωρίς την ανάγκη προσφυγής στην πιο αποσπασματική και σίγουρα πιο

ουδέτερη μέθοδο του κανόνα σύγκρουσης καθώς και κατά πόσο χώρος θα δοθεί στη *lex contractus* να προσφέρει ευρύτητα επιλογών στους συμβαλλόμενους σε σχέση με τον μέχρι τώρα μονοπωλιακό χώρο της *lex rei sitae* αναφορικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στα εμπράγματα δικαιώματα.

Βιβλιογραφία

Ελληνική βιβλιογραφία

- Αθανασίου Λ., *Η διασυννοριακή πτώχευση της ναυτιλιακής επιχείρησης*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015.
- Αιγυπτιάδης Α., *Ομοιόμορφοι κανόνες και συνήθειες του διεθνούς εμπορικού επιμελητηρίου για τις ενέγγυες πιστώσεις*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2002.
- Αιμιλιανίδης Α., *Το νέο Ευρωπαϊκό Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο των συμβάσεων*, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2009.
- Αλεξανδρίδου Ελ., *Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών (Προσωπικές & Κεφαλαιουχικές Εταιρίες, Εταιρικοί Μετασχηματισμοί)*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019.
- Αρβανιτάκης Π. σε Αρβανιτάκη Π./Βασιλακάκη Ε., *Κανονισμός (ΕΕ) 1215/2012 - Κανονισμός Βρυξέλλες Ια*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020.
- Αυγητίδης Δ., *Δίκαιο της Κεφαλαιαγοράς*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019.
- Βερβενίδης Ν., *Σύμβαση πίστωσης με αλληλόχρεο λογαριασμό*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2009.
- Βερβεσός Ν., *Η Αρχή της ίσης μεταχείρισης στο δίκαιο της κεφαλαιαγοράς*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016.
- Βερβεσός Ν. σε Ε. Περάκη, *Το Δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρίας (Κατ' άρθρο ερμηνεία του ΚΝ 2190/1920 - ΤΟΜΟΣ Ι - Άρθρα 1-35γ)*, Τόμος Ι, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013.
- Βρέλλης Σ., *Η εγγύηση κατά το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, 1983.
- Βρέλλης Σ., *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2001.
- Βρέλλης Σ., *Το εφαρμοστέο δίκαιο σε κινητές αξίες που κατέχονται από ενδιάμεσα πρόσωπα - Εισαγωγή στο σχετικό προβληματισμό*, ΔΕΕ, 3/2006.
- Γεωργάκη Π., *Η ευθύνη του εκχωρητή απαίτησης κατά τα άρθρα 467-468 ΑΚ*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2022.
- Γεωργιάδης Α., *Νέες μορφές συμβάσεων, Leasing / Factoring / Franchising / Consulting / Know-how / Time-sharing / Forfaiting*, Νομική βιβλιοθήκη, 2015.
- Γεωργιάδης Α. *Η εξασφάλιση των πιστώσεων*, Π.Ν.Σάκκουλας, 2008.
- Γκόρτσος Χ., *Στοιχεία Τραπεζικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016.
- Γραμματικάκη Αλεξίου/ Παπασιώπη Πασιά Ζ./ Βασιλακάκης Ε., *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017.
- Γραμματικάκη-Αλεξίου Α., σε Α. Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας, κατ' άρθρο ερμηνεία*, Ια Γενικές Αρχές, Π.Ν. Σάκκουλας, 2016, Ερμηνεία κατ' ιδίαν διατάξεων του Κανονισμού 593/2008 και της Σύμβασης της Ρώμης 1980.
- Δρούγκα Ε., *Η εκχώρηση κατά το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2022.

Καραγιάννης Κ., Συμψηφισμός οφειλής τράπεζας από σύμβαση κατάθεσης με οφειλή του καταθέτη στην τράπεζα από πιστωτική σύμβαση επί τιτλοποίησης της απαιτήσεως της τράπεζας, *ΧρηΔικ*, 3/2008.

Κονταξή Α., Το δίκαιο εμπράγματης εξασφάλισης των πιστώσεων υπό το πρίσμα των δράσεων της UNCITRAL, *ΕφαΔΠολΔ*, 5/2016.

Λέκκας Γ., 'Τρόποι εταιρικής χρηματοδότησης (ιδίως η τιτλοποίηση) και η οικονομική κρίση' σε Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικολόγων, *Το Εμπορικό Δίκαιο και η Οικονομική Κρίση*, 19ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010.

Λιβαδά Χ., *Εισαγωγή στις διεθνείς τραπεζικές συναλλαγές*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008.

Μαριδάκης Γ., *Ιδιωτικόν Διεθνές Δίκαιον (Πρώτος Τόμος)*, Εκδόσεις Σάκκουλας, 1967.

Μειδάνης Χ., *Η δημόσια τάξη στο κοινοτικό ιδιωτικό διεθνές δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2004.

Μεταλληνός Α., 'Ομόλογα και ομολογίες' σε Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικολόγων, Οι αναμορφώσεις του Εταιρικού Δικαίου 2018-2019 (28 Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου), Νομική Βιβλιοθήκη, 2019.

Μεταλληνός Α., 'Τα ομολογιακά δάνεια κατά το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο' σε Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικολόγων, *Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο του Εμπορίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008.

Μεταλληνός Α., σε Α. Γεωργιάδη, *Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα*, Τόμος Ι, Π.Ν. Σάκκουλας, 2023.

Μουσταϊρά Ε., Εμπράγματες ασφάλειες και ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, *Κοινοδίκαιον*, 5/1999.

Μπαζίνας Σ., 'Οι εμπορικές ασφάλειες και η οικονομική κρίση: Νομοθετικός Οδηγός της UNCITRAL για την Εμπράγματη Ασφάλεια' σε Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικολόγων, *Το Εμπορικό Δίκαιο και η Οικονομική Κρίση*, 19ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010.

Μπερνίτσα Π., Τίτλοι επενδύσεως, μετοχαί, ομολογία και συναφείς τίτλοι, *Εθνικό Αρχείο Διδακτορικών Διατριβών*, < <https://www.didaktorika.gr/eadd/handle/10442/11658> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 14.09.2024).

Νικολαΐδη Γ., σε Α.Γεωργιάδη/Μ. Σταθόπουλο, *Αστικός Κώδικας, κατ' άρθρο ερμηνεία*, Ια Γενικές Αρχές, Π.Ν. Σάκκουλας, 2016.

Παμπούκης Χ., *Η lex mercatoria ως εφαρμοστέο δίκαιο στις διεθνείς συμβατικές ενοχές*, Νομική Βιβλιοθήκη, 1996.

Παμπούκης Χ. «Εισαγωγή», σε Χ. Παμπούκη, *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010.

Παμπούκης Χ., *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, Γενικό μέρος - Ειδικό μέρος - Δικονομικό διεθνές*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2020.

Χ. Παμπούκης, Τα διάφορα είδη διεθνούς factoring και η ρύθμιση νομικών ζητημάτων ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, *ΝοΒ*, 46/1998.

Παπασιώπη-Πασια Ζ., *Dépeçage*. Μια νέα έννοια του κοινοτικού και του ελληνικού ιδιωτικού διεθνούς δικαίου στο πεδίο των συμβατικών ενοχών, *ΕΕΕυρΔ*, 1996.

Πολυχρονόπουλος Α., *Πρακτικά και νομολογία εμπορικού δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2022.

Ρόκας Ν., *Εμπορικές Εταιρείες*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012.

Σιβιτανίδης Αλ.-Π., *Έμμεση κατοχή κινητών αξιών στο Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015.

Σινανιώτη-Μαρουδή Α., *Εμπορικό Δίκαιο-Εταιρίες*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2021.

Σταματιάδης Δ., *Η αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης στο διεθνές εμπράγματο δίκαιο*, *Αρμενόπουλος*, 2/1997.

Σταματιάδης Δ., *Η αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης στο πεδίο των διεθνών συμβατικών ενοχών. Έκταση εφαρμογής της και περιορισμοί*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011.

Σταματιάδης Δ., *Η πρόταση Κανονισμού για το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα των εκχωρήσεων απαιτήσεων*, *ΕφΑΔΠολΔ*, 12/2018.

Σωτηρόπουλος Γ. σε Γ. Σωτηρόπουλο, *Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρείας, Ερμηνεία κατ' άρθρο του Ν 4548/2018*, 1^{ος} Τόμος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2023.

Ταρνανίδου Χρ., *Ρυθμίσεις Εμπορικών Εταιριών (Με έμφαση στους χρηματοοικονομικούς θεσμούς)*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2021.

Τερτιμέλη Α., *Τραπεζική Ενέγγυα Πίστωση*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012.

Τρανταφυλλάκης Γ., *Εφαρμογές Εμπορικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014.

Τριάντος Ν., *Διαταγή πληρωμής, Πιστωτικοί Τίτλοι & Διαταγή Απόδοσης Μισθίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016.

Τσιμπανούλης Δ., *Οι επενδυτικοί άυλοι τίτλοι στην τομή εμπραγμάτου και ενοχικού δικαίου*, *ΕπισκεΔ*, 2/2009.

Χρυσάνθης Χ., ΠΠρΑθ 10862/1995 [Τραπεζική ενέγγυα πίστωση] (Σημ. Χρ. Χρυσάνθης), *ΔΕΕ*, 4/1996.

Σ. Ψυχομάνης, *Εμπορικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018.

Ξενόγλωσση βιβλιογραφία

Afme/ Finance for Europe, *Securitisation 2020*, A practical cross-border insight to securitisation work, 13th Edition, *ICLG.com* < https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2020/05/securitisation-article_may2020_various.pdf%3Frev=86ea02961a544a2da12c80c5b2f054f7 > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

Akseli O., *International Secured Transactions Law Facilitation of credit and international conventions and instruments*, *Routledge*, 2011.

Association for Financial Markets in Europe – AFME, AFME Q1 2024 Securitisation Data Report, *afme/finance for europe* < <https://www.afme.eu/publications/data-research/details/afme-q1-2024-securitisation-data-report> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 16.09.2024).

Auerback R., Governing Law Issues in International Financial Transactions, *The International Lawyer*, Vol. 27, No. 2, 1993.

Bazinas S., Multi-jurisdictional receivables financing: Uncitral’s impact on securitization and cross-border perfection, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 2/2002.

British Institute of International and Comparative Law, Study on the question of effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person final report, *europa.eu* < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fd808b79-725d-4ce3-95b0-599119e7fb8f> >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

Bureau D./ Watt M., *Droit International Privé, Tome 2*, LGDJ, 2017.

Clavel S. / Jault-Seseke F., *Droit international privé*, Recueil Dalloz 2020.

Cohen N, The Private International Law of Secured Transactions: Rules in Search of harmonization, *Law and Contemporary Problems*, 81(1)/2018.

Conseil allemand pour le droit international privé, Commission spéciale « opposabilité aux tiers de la cession de créance », *Revue critique de droit international privé*, 2012

Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims - General approach, *data.consilium.europa.eu* < <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9050-2021-INIT/en/pdf>>> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

Cuniberti G., La proposition de règlement de la Commission sur la loi applicable à l’opposabilité des cessions de créances, *Revue critique de droit international privé*, 2018

Delaume G., The Proper Law of Loans Concluded by International Persons: A Restatement and a Forecast, *The American Journal of International Law*, Vol. 56, No. 1, Jan. 1962.

Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, Frequently asked questions on corporate bonds, *europa.eu*, < https://finance.ec.europa.eu/document/download/e92a7400-17be-485f-bbb1-598ebe32f499_en?filename=171120-memo-corporate-bonds_en.pdf >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 15.09.2024).

European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the law applicable to the third-party effects of assignments of claims {SWD(2018) 52 final} - {SWD(2018) 53 final}, *Official Journal of the European Union*, < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0096> >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

European Commission, Green paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization,

Publications Office of the European Union, < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d60386fe-69d4-4846-bf01-b1d23b20e134> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024).

European Financial Markets Lawyers Group, EFMLG Working group on securitization Legal Obstacles to Cross-Border Securitizations in the Eu, *efmlg.org* < <http://www.efmlg.org/documents.htm> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024).

European Investment Bank, RELEVANT REQUESTS FOR CLARIFICATIONS EIB (JR – 1457), *eib.org*, < <https://www.eib.org/attachments/eoi/jr-1457-questions-answers-en.pdf>> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024).

European Parliament, European Parliament legislative resolution of 13 February 2019 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third party effects of assignments of claims (COM(2018)0096 — C8-0109/2018 — 2018/0044(COD)), *Official Journal of the European Union* < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019AP0086&qid=1726520584204> >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024).

European Parliament, Joint Declaration 2023-24 , European Parliament Legislative Observatory < <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/thematicnote.do?id=41380&l=en> >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024).

European Parliament, Law applicable to the third-party effects of assignments of claims, *Think Tank European Parliament* < [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2018\)623546](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2018)623546) >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 10.09.2024).

Fakel T., Cross-Border Securitization: Without Law, But Not Lawless, *SSRN* < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10599 > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 15.09.2024).

Ferrari F., From Rome to Rome via Brussels: Remarks on the Law Applicable to Contractual Obligations Absent a Choice by the Parties (Art. 4 of the Rome I Regulation), *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009.

Ferrari F./Leible St., *Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, sellier. european law publishers, 2009.

Giuliano M./Lagarde P., Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, *EUR-Lex*, (OJ C 282, 31.10.1980).

Hartley T., Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations under the Rome I Regulation, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 6 Issue 1, 2011.

Hein J., What is an international contract within the meaning of Article 3(3) Rome I? – *Dexia Crediop SpA v Provincia di Pesaro e Urbino* [2022] EWHC 2410 (Comm), *conflictoflaws.net* < <https://conflictoflaws.net/2022/what-is-an-international-contract-within-the-meaning-of-article->

33-rome-i-dexia-crediop-spa-v-provincia-di-pesaro-e-urbino-2022-ewhc-2410-comm/>
(ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 28.09.2024)

HERBERT SMITH FREEHILLS, High Court confirms interest rate swaps entered into with Italian municipal authority were valid, lawful and binding on the parties, *herbertsmithfreehills.com* < <https://www.herbertsmithfreehills.com/notes/bankinglitigation/2022-11/high-court-confirms-interest-rate-swaps-entered-into-with-italian-municipal-authority-were-valid-lawful-and-binding-on-the-parties>> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 28.09.2024).

International Chamber of Commerce, ICC endorsement of the UNCITRAL Convention on independent guarantees and stand-by letters of credit, *iccwbo.org* < <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-endorsement-of-the-uncitral-convention-on-independent-guarantees-and-stand-by-letters-of-credit/> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024)

International Chamber of Commerce, ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758), *cipcic-bragadin* < <https://www.cipcic-bragadin.com/wp-content/uploads/2015/09/ICC-URDG-758.pdf> >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024).

de Kergommeaux, X. , Titrisation, *Répertoire de droit commercial* (Dalloz),

Krupski J., Cross-Border Receivables Financing at the Crossroads of Legal Traditions, Capital Markets, Uniform Law and Modernity, *Uniform Law Review*, Vol.12/2007.

Lagarde P., Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) *Revue critique de droit international privé*, 2006.

Lagarde P. / Tenenbaum A., De la convention de Rome au règlement Rome I, *Revue critique de droit international privé*, 2008,

Legal Information Institute, § 9-301. Law governing perfection and priority of security interests, *law.cornell.edu* < <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-301> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

Lehmann M., Financial Instruments, Bonds & Loans, Cheques, Bills of Exchange and Guarantees in Private International Law, *SSRN*, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849363 > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 15.09.2024).

Magnus U./Mankowski P., *European Commentaries on Private International Law/Rome I Regulation – Commentary*, Schmidt, Otto, 2016.

Marquette V., Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux contrats internationaux, *Revue de droit commercial* 6/ 2009.

Mattout J.-P., *Droit Bancaire International*, Le Revue Banque Edition, 1996.

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *pure.mpg.de* < <https://pure.mpg.de/>

[rest/items/item_828795_4/component/file_3559295/content](#)> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024).

Mayer P./Heuzé V./Remy B., *Droit International Privé*, LGDJ, 2019.

Mélin F., Cession de créances: loi applicable aux tiers, *Dalloz Actualité*, 24 octobre 2019.

Mettala K., Governing-Law Clauses of Loan Agreements in International Project Financing, *The International Lawyer*, Vol. 20, No. 1, 1986.

Mooney C., Choice-of-Law Rules for Secured Transactions: An Interest-Based and Modern Principles-Based Framework for Assessment, SSRN < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3000566 >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

Nuyts A., Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement 'Rome I', *Revue de droit commercial* 6/2009,

Perkins J., A question of priorities: choice of law and proprietary aspects of the assignment of debts, *Law and Financial Markets Review*, 2008.

Secretariat of the United Nations Commission on International Trade Law, Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, *uncitral.un.org* < <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ctc-assignment-convention-e.pdf> >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

Sommers D./Broches A./Delaume G., Conflict Avoidance in International Loans and Monetary Agreements, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 21, No. 3.

Symeonides S., *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014.

Trade Finance Global, Guarantees: Rules, Practices, Conventions and Laws, *tradefinanceglobal.com* < <https://www.tradefinanceglobal.com/guarantees/rules-practices-conventions-and-laws/> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024).

Trade Finance Global, Letters of Credit Rules, *tradefinanceglobal.com* < <https://www.tradefinanceglobal.com/letters-of-credit/letters-of-credit-rules/> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 22.09.2024).

UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, *uncitral.un.org* < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

UNCITRAL, UNCITRAL Practice Guide to the Model Law on Secured Transactions, *uncitral.un.org* < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10910_e.pdf > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

UNIDROIT, UNIDROIT MODEL LAW ON FACTORING, *unidroit.org* < <https://unidroit.org/wp-content/uploads/2024/08/UNIDROIT-Model-Law-on-Factoring-Modification-2024-for-website.pdf> > (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024)

United Nations Commission On International Trade Law, Status: UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016), *uncitral.un.org* < https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions/status >> (ημερομηνία τελευταίας επίσκεψης: 20.09.2024).

Wood Ph., *Governing Law Risks in International Business Transactions*, Oxford University Press, 2022.

Wood Ph., *International Loans, Bonds and Securities Regulation (Law and Practice of International Finance Series)*, Sweet & Maxwell, 1995.

Wood Ph., *Law and Practice of International Finance*, Sweet & Maxwell, 2008.

Mann M./ Hoffmann L., England, *The International and Comparative Law Quarterly*, 6(3)/1957.

NΟΜΟΛΟΓΙΑ

I. ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ

C-339/89, *Alsthom Atlantique S.A. v. Compagnie de Construction Mecanique S.A.* EU:C:1990:4

C-359/14, *ERGO Insurance v. If P&C Insurance AS*, EU:C:2016:40

C-548/18 *BGL BNP Paribas SA v TeamBank AG Nürnberg*, EU:C:2019:848

II. ΑΛΛΟΔΑΠΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

Dexia Crediop SPA v. Provincia Di Pesaro E Urbino, [2022] EWHC 2410 (Comm)

Dexia Crediop S.P.A. v. Comune di Prato [2017] EWCA Civ 428

III. ΕΛΛΗΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

A. Αρείου Πάγου

ΑΠ Ολ 6/1990, ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ Ολ.37/1996 ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ Ολ 28/2004, ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ 617/1980, ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ 1710/1997 ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ 38/2006 ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ 394/2006, ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ 589/2009 ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ 1738/2014 ΤΝΠ Νόμος

ΑΠ 1739/2014 ΤΝΠ Νόμος

B. Εφετείων Εφ.Αθηνών 2134/2001 ΤΝΠ Νόμος Εφ. Αθηνών 5603/2012, ΤΝΠ Νόμος

Εφ.Πειρ. 852/2013, ΔΕΕ 2013

Εφ.Θεσσαλονίκης 2805/2018 ΤΝΠ Νόμος

Εφ. Λάρισας 57/2020 ΤΝΠ Νόμος

Γ. Πρωτοδικείων

ΠΠρ. Καβάλας 220/1997 ΤΝΠ Νόμος

ΜΠρ Χαλκίδας 3007/2005 ΤΝΠ Νόμος