

Η σχέση εταιρικού και
πτωχευτικού δικαίου
(ιδίως μετά το νόμο
4738/2020)

Ευάγγελος Περάκης
Ομότιμος Καθηγητής της Νομικής
Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών

The logo for elsa (The European Law Students' Association) features the word 'elsa' in a stylized, blue, lowercase serif font. It is positioned on the right side of the slide, overlaid on a decorative background of overlapping red and pink geometric shapes.

The European Law Students' Association
GREECE

Συνέδριο εταιρικού δικαίου
18-19/12/2020
Υπό την αιγίδα του Συνδέσμου
Ελλήνων Εμπορικολόγων

Η «ενότητα της έννομης τάξης»

- Η ενότητα και η «εσωτερική λογική» της έννομης τάξης (=έλλειψη στεγανών, επικοινωνία, αλληλοσυμπλήρωση των δικαιικών κλάδων) είναι στόχος και όχι δεδομένο.
- Στα σημεία επαφής των δικαιικών κλάδων μπορεί να υπάρχουν εντάσεις που «επικαιροποιούν» σε διαρκή βάση τις σχέσεις τους και αναδιαμορφρώνουν την «εσωτερική» λογική» της έννομης τάξης.
- Η εξέλιξη του εταιρικού και του πτωχευτικού δικαίου (δύο γειτονικών κλάδων) δεν έχουν αφήσει ανεπηρέαστες τις σχέσεις τους.

Στις συγκρούσεις πτωχευτικού και εταιρικού δικαίου συχνά νικητής είναι το ΠτΔ

- Όχι διότι το ΠτΔ είναι αξιολογικά υπέρτερο, απλώς τις τελευταίες δεκαετίες το ΠτΔ καταλαμβάνει το χώρο, που φυσιολογικά του ανήκει. Τελείως παραδειγματικά:
- Το άρθρο 101 του ισχύοντος ΠτωχΚ επιτρέπει την «εισβολή» του ΠτΔ στο ΕτΔ μέσω του «ειδικού εντολοδόχου».
- Μετακόμιση διατάξεων από το εταιρικό στο πτωχευτικό δίκαιο. Στη Γερμανία αυτό έχει συμβεί στα θέματα της παρέλκυσης της πτώχευσης και των εταιρικών δανείων (της «ονομαστικής υποκεφαλαιοδότησης»), όπου οι σχετικές διατάξεις μετακόμισαν από τους εταιρικούς νόμους στον πτωχευτικό νόμο. Όμοιο φαινόμενο στην Ελλάδα, όπου π.χ. η απώλεια των 9/10 του κεφαλαίου (άρθρο 48 κ.ν. 2190/1920) δεν αποτελεί πια λόγο λύσεως της εταιρίας (δεν επαναλήφθηκε στο ν. 4548/2018), αλλά πτωχευτικού χειρισμού της.

Ζήτημα που επιτρέπει τη μακροσκοπική θεώρηση των δύο κλάδων: Η θεώρηση της πτώχευσης ως μιας εναλλακτικής μορφής εταιρικής διακυβέρνησης (bankruptcy corporate governance)

- Όχι με την έννοια των «Κωδίκων Εταιρικής Διακυβέρνησης» (αυτοί δεν περιέχουν διατάξεις για το πώς διοικούνται και ελέγχονται οι πτωχευμένες επιχειρήσεις), αλλά με την έννοια της μεταβολής του μοντέλου διοίκησης, όπου τα εταιρικά όργανα παραχωρούν σε μεγάλο βαθμό τη θέση τους στα πτωχευτικά όργανα.
- Το ζήτημα θα συζητηθεί σε σχέση με τις εμπορικές εταιρίες-οφειλέτες με επιχείρηση. Όχι αστικές εταιρίες, όχι αστική αφερεγγυότητα.
- Η παρουσίαση του θέματος θα γίνει με δύο παραμέτρους:
 - (α) Το «προσωπικό» της πτώχευσης
 - (β) Το εταιρικό συμφέρον

A. Το «πτωχευτικό προσωπικό»

- Ορίζεται όχι από το εταιρικό, αλλά από το πτωχευτικό δίκαιο.
- Δημόσιο λειτούργημα του συνδίκου-πρωταγωνιστή της διαδικασίας.
- Μέσω του συνδίκου το ΠτΔ παρεμβαίνει στη ζωή της οφειλέτριας εταιρίας, έστω και ο σύνδικος δεν είναι όργανο της εταιρίας.
- Η εταιρική διοίκηση παραμερίζεται.
- Περιορισμός της εταιρικής αυτονομίας, που αντικαθίσταται με την αυτονομία των πιστωτών.

B. Το εταιρικό συμφέρον (πριν και μετά την αφερεγγυότητα)

- Έννοια του εταιρικού συμφέροντος = το συμφέρον εκείνου, υπέρ του οποίου η εταιρία υπάρχει και λειτουργεί.
- Ζητήματα εταιρικού συμφέροντος όταν η εταιρία είναι in bonis:

Π.χ. ποια είναι η αποστολή της εταιρείας, το ποιος πρέπει να λαμβάνει τις αποφάσεις και γενικότερα να καθορίζει την πορεία των εταιρικών υποθέσεων, ποια είναι τα καθήκοντα και οι αμοιβές του δ.σ., τα ζητήματα του εσωτερικού ελέγχου, ο ρόλος του προέδρου του δ.σ., το αν η εταιρική διοίκηση οφείλει να επιδιώκει μακροπρόθεσμα θετικά αποτελέσματα ή μπορεί να κερδοσκοπεί σε βραχυπρόθεσμη βάση με άμεσα κέρδη (short-termism) και άλλα πολλά.

Ποιος όμως είναι ο φορέας του εταιρικού συμφέροντος;

-
- Φορέας είναι η ίδια η επιχείρηση ("Unternehmen an sich").
 - Μονιστική θεώρηση: Φορέας είναι οι μέτοχοι («shareholder value»).
 - Πλουραλιστική θεώρηση: Φορέας είναι (εκτός από τους μετόχους, και) τα γύρω από την επιχείρηση συμφέροντα ("stakeholder value").

--- Πολλές άλλες ενδιαμέσες θεωρίες ---

Κρατούσα* άποψη στην Ελλάδα: Εταιρικό συμφέρον = συμφέρον των μετόχων (Α)

Διότι (ιδίως):

- Οι μέτοχοι είναι αυτοί που εκλέγουν και ανακαλούν το δ.σ. Στους μετόχους το δ.σ. λογοδοτεί.
- οι μέτοχοι είναι εκείνοι που έχουν τη λεγόμενη «υπολειμματική αξίωση» που είναι η δυνατότητα ανάκτησης του κεφαλαίου, αφού ικανοποιηθούν όλοι οι πιστωτές (όρος και του νέου ΠτωχΚ, άρθρο 35, «residual claimants»). Εφόσον όμως φέρουν τους επιχειρηματικούς κινδύνους, εύλογο είναι το συμφέρον τους να είναι πρωτεύον.
- Η μέριμνα για την ταυτόχρονη προστασία όλων των συμφερόντων μαζί θα δημιουργούσε αξεπέραστες δυσκολίες στο έργο του δ.σ.

*«Κρατούσα» με ερωτηματικό, λόγω της δυσκολίας ανίχνευσης αν πράγματι είναι κρατούσα.

Κρατούσα άποψη στην Ελλάδα:
Εταιρικό συμφέρον = συμφέρον των μετόχων
(B)

Τα άλλα συμφέροντα προστατεύονται όχι με το εταιρικό δίκαιο, αλλά με βάση τη νομοθεσία που αφορά το καθένα από αυτά. Π.χ. εργατική νομοθεσία, νομοθεσία για την προστασία του περιβάλλοντος, του καταναλωτή, των δανειστών κλπ. Έτσι αφαιρείται από το δ.σ. η ευχέρεια να προστατεύει τα συμφέροντα αυτά επιμεριστικά με βάση τον κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης και με παραλλάσσουσα κατά τις περιστάσεις δοσολογία.

Αυτή λοιπόν είναι η εικόνα της ομαλότητας

Ας υποθέσουμε όμως ότι εταιρεία δεν πηγαίνει καλά, ότι αρχίζει να δημιουργεί ζημίες και να κατατρώνει τα κεφάλαιά της.

➡ “Vicinity of insolvency”, “Insolvenznähe”

Κίνδυνος: Οι μέτοχοι (και η ελεγχόμενη από αυτούς εταιρική διοίκηση) έχουν κίνητρο για κερδοσκοπία και ενδεχομένως ζημιογόνα εκμετάλλευση (αφού πλέον δεν έχουν τίποτε να χάσουν*).

Τότε...

* Αλλά αν η κερδοσκοπία πετύχει, ακόμη καλύτερα!

**... το εταιρικό συμφέρον μετατοπίζεται και από
συμφέρον των μετόχων γίνεται βαθμιαία συμφέρον
των δανειστών**

- Το εταιρικό συμφέρον ως συμφέρον των πιστωτών συνίσταται στην αποφυγή της παραπέρα απομείωσης της περιουσίας της εταιρίας, και, ει δυνατόν, στην αύξησή της, με σκοπό την (κατά το μεγαλύτερο μέρος) ικανοποίησή τους.
- Ανάγκη ελέγχου της κακής διοίκησης και της κερδοσκοπίας, ηθικός κίνδυνος.
- Οι κανόνες της εταιρικής διακυβέρνησης δεν εκτοπίζονται πλήρως, υποβαθμίζεται όμως η σημασία τους.

Εταιρικό συμφέρον = συμφέρον των ΠΙΣΤΩΤΩΝ

Παράμετρος για να κριθούν ζητήματα όπως π.χ.:

- Ο τρόπος διαχείρισης για ανάκαμψη και εξυγίανση της επιχείρησης,
- η έκταση εφαρμογής του κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης (από το σύνδικο πλέον!),
- οι ευθύνες των πτωχευτικών οργάνων (και απέναντι σε ποιους;),
- η δυνατότητα του συνδίκου να συνάπτει συμβάσεις (και πόσου χρόνου;),
- το καθεστώς και ο χρόνος της μετάβασης από την κανονική εταιρική διακυβέρνηση στην πτωχευτική διακυβέρνηση,
- αν ενδείκνυται να ανατεθεί η διοίκηση της πτωχευτικής περιουσίας στον ίδιο τον οφειλέτη,
- η ακρόαση των εργαζομένων,
- ο ρόλος της συνέλευσης των πιστωτών, κ.ά.

Επαλήθευση: άρθρα 1 ΠτΚ και 75 νέου ΠτΚ

Άρθρο 1 ΠτΚ	Άρθρο 75 νέου ΠτΚ
Συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών μέσω:	Συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών μέσω:
1. Ρευστοποίησης της περιουσίας ή* 2. Σχεδίου αναδιοργάνωσης	1. Ρευστοποίησης της περιουσίας και* 2. Της επιστροφής παραγωγικών μέσων σε δυνητικά παραγωγικές χρήσεις το συντομότερο δυνατό.

* Στη μια περίπτωση «ή» στην άλλη «και». Είναι σίγουρο ότι αυτό θα προκαλέσει συζητήσεις.

Παραέρα διατάξεις του ισχύοντος ΠτΚ για το συμφέρον των πιστωτών (παραδείγματα)

Άρθρο ΠτΚ	Περιεχόμενο
18	Η ανάθεση της διοίκησης της εταιρικής περιουσίας στον οφειλέτη αλλά και η ανάκληση της ανάθεσης πρέπει να συμβαδίζουν με το συμφέρον των πιστωτών
33	Η μεταβίβαση συμβατικών σχέσεων από το σύνδικο είναι δυνατή αν είναι συμφέρουσα για τους πιστωτές
78	Η διενέργεια πράξεων διατήρησης της επιχείρησης πρέπει να είναι σύμφωνη με το συμφέρον των πιστωτών
140	Στις εκποιήσεις επιλέγεται η προσφορά που είναι πιο συμφέρουσα για τους πιστωτές

Ορισμένες επισημάνσεις

1. Κατά τους εταιρικούς κανόνες, η εταιρική διοίκηση ευθύνεται «εσωτερικά» απέναντι στην εταιρία (π.χ. άρθρο 102 § 1 ν. 4548/2018). Στο πτωχευτικό δίκαιο ο σύνδικος ευθύνεται «εσωτερικά» απέναντι στον οφειλέτη και τους πιστωτές (άρθρα 80 ΠτΚ, 259 νέου ΠτΚ). Στην εταιρία που έχει πτωχεύσει, προβλήματα σύγκρουσης συμφερόντων εταιρίας και πιστωτών θα επιλύονται με καταρχήν επικράτηση εκείνων των πιστωτών.
2. Η ανάδυση μιας άλλης μορφής εταιρικής διακυβέρνησης, όπου υπερέχουν τα συμφέροντα των πιστωτών, δεν θα αντικαταστήσει την κανονική εταιρική διακυβέρνηση από τη μια μέρα στην άλλη, αλλά βαθμιαία, ανάλογα με την πορεία της κρίσης. Δυσκολίες στην εξεύρεση της σωστής δοσολογίας.

Ερώτημα: Μήπως η έννοια της πτωχευτικής εταιρικής διακυβέρνησης έχει σήμερα αποσιλωθεί από το περιεχόμενό της, αφού κατά το νέο ΠτΚ η εκποίηση είναι μονόδρομος, πράγμα που δεν αφήνει πολλά περιθώρια επιχειρηματικής διαχείρισης;

Η απάντηση στο ερώτημα συνδέεται με το βασικότερο χαρακτηριστικό του νέου ΠτΚ: Πράγματι, στη νέα πτωχευτική διαδικασία η εκποίηση της περιουσίας είναι μονόδρομος και το ζήτημα είναι μόνο αν η επιχείρηση θα εκποιηθεί ολόκληρη ή χωριστά, κατά περιουσιακά στοιχεία. Η διατήρηση όμως της επιχείρησης χρησιμεύει, ώστε να είναι δυνατή και συμφέρουσα η εκποίησή της. Ο νέος ΠτΚ σε διάφορες διατάξεις επιδιώκει τη διατήρηση.

Παραδείγματα διατάξεων του νέου ΠτωχΚ που αποσκοπούν στη διατήρηση της επιχείρησης

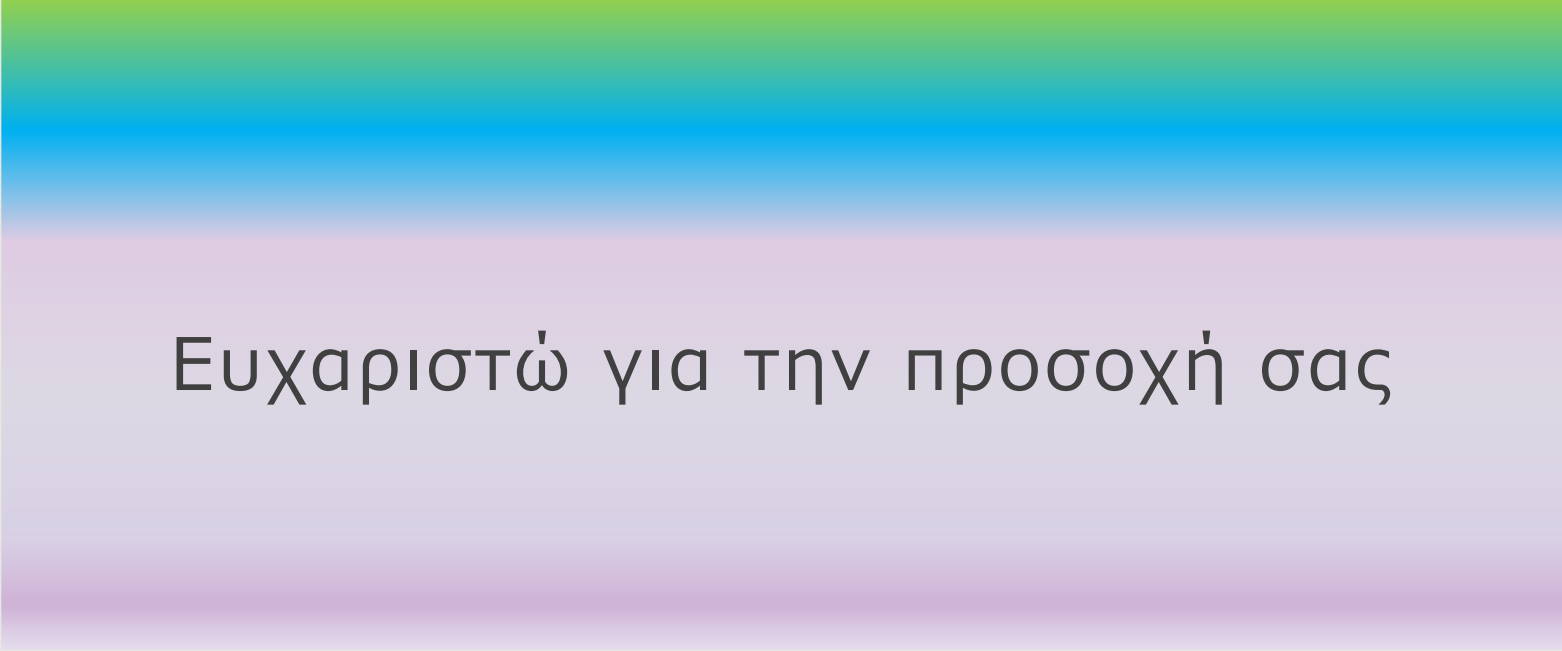
Άρθρο νέου ΠΚ	Περιεχόμενο
100 § 3	Επιτρέπει ασφαλιστικά μέτρα για την αποτροπή του κινδύνου απαξίωσης της επιχείρησης
101 § 2	Αναστέλλει τις ατομικές διώξεις ενέγγυου πιστωτή επί βεβαρημένου πράγματος, αν αυτό αποτελεί μέρος υπό εκποίηση περιουσιακού συνόλου
103 § 3	Επιτρέπει τη σύναψη νέων συμβάσεων
158 § 3	Επιτρέπει στο σύνδικο να λάβει χρηματοδότηση ή εισφορές αγαθών, προκειμένου να διατηρήσει τη λειτουργία της επιχείρησης.

Η πτώχευση = «επιχειρηματική δράση par excellence» (Lutter)

Επομένως η «πτωχευτική» εταιρική διακυβέρνηση είναι
απολύτως νοητή και υπό το νέο ΠτΚ.

Συμπεράσματα

- Η πτώχευση μπορεί να ιδωθεί κατά την ουσία της ως μια εναλλακτική μορφή εταιρικής διακυβέρνησης.
- Βασικό χαρακτηριστικό της είναι η υποκατάσταση του εταιρικού συμφέροντος, ως συμφέροντος προεχόντως των μετόχων, με το συμφέρον των πιστωτών.
- Η ενεργοποίηση του νέου συστήματος διακυβέρνησης γίνεται αυτόματα, αλλά προοδευτικά, ανάλογα με το βαθμό και το βάθος της αφερεγγυότητας, μέχρι να κηρυχθεί η πτώχευση. Τότε, η διοίκηση της περιουσίας περιέρχεται στον σύνδικο και το προβάδισμα του συμφέροντος των πιστωτών οριστικοποιείται.
- Έτσι το εταιρικό δίκαιο αντικαθίσταται σε μεγάλο βαθμό από το πτωχευτικό. Είναι η περίπτωση όπου το εταιρικό δίκαιο έχει φανεί ανεπαρκές (ή έχει αποτύχει, λένε ορισμένοι)!



Ευχαριστώ για την προσοχή σας