

Αστική ευθύνη διοικητών έναντι των εταιρικών δανειστών

Στέργιος Φράστανλης

ΔΝ (Αμβούργο), Δικηγόρος, Α.Σ.Παπαδημητρίου και Συνεργάτες

Α. Εισαγωγή

Η προστασία των πιστωτών ως μέτρο αντιστάθμισης της αρχής της περιορισμένης ευθύνης στο δίκαιο των κεφαλαιουχικών εταιριών είναι στόχος κάθε έννομης τάξης. Κοινός στόχος είναι κυρίως η μείωση του κινδύνου της πτώχευσης, ώστε οι συνέπειες για τους πιστωτές να είναι, εφόσον αυτή επέλθει, όσο το δυνατόν μικρότερες. Η προσπάθειά τους αυτή δεν μπορεί να πει κανείς ότι έχει στεφθεί με απόλυτη επιτυχία. Η αποτελεσματικότητα και η ικανότητα των εθνικών νομοθετών να επιτύχουν το στόχο τους έχει κατά καιρούς επικριθεί¹. Ιδιαίτερη δυσκολία έγκειται στο να πετύχει ο νομοθέτης τον κατάλληλο βαθμό προστασίας, λαμβανομένου υπόψη ότι και οι πιστωτές θα πρέπει από την πλευρά τους να αναλαμβάνουν ένα μέρος του επιχειρηματικού κινδύνου.

Ο τρόπος και τα μέσα που χρησιμοποιεί κάθε έννομη τάξη για να πετύχει τον παραπάνω στόχο ποικίλουν. Οι μηχανισμοί εντοπίζονται σε κάθε στάδιο που διανύει μία εταιρία περιορισμένης ευθύνης, από τη στιγμή που είναι απολύτως φερέγγυα και κυρίως όταν αυτή εισέρχεται στο κρίσιμο στάδιο της κρίσης και περαιτέρω της ουσιαστικής πτώχευσης. Εκτός από τους ίδιους τους μηχανισμούς ποικίλει ακόμα και η βαρύτητα που δίνει μία έννομη τάξη στην προστασία των πιστωτών δικαιοπολιτικά. Έτσι, παρατηρείται ότι αλλού η προστασία των πιστωτών έχει μικρότερη και αλλού μεγαλύτερη σημασία ως δικαιοπολιτικός στόχος².

1. *Davies, Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, EBOR 2006, 301, 313 επ.· *Eidenmüller*, EBOR 2006, 301, 313.

2. Πρβλ. *Allen/Kraakman/Subramanian, Commentaries and Cases on the Law of Business Organisation*, 2009, σελ. 142: "If we look elsewhere, we note that, as with minimum capital and capital maintenance requirements, the duties of directors to protect the interests of creditors are more developed in EU jurisdictions than in the United States". Βλ. και *Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht*, Jz 2006, 839, 841 επ.

Η παρούσα μελέτη ασχολείται με την αστική ευθύνη των διοικητών εταιριών περιορισμένης ευθύνης ως μηχανισμού για την προστασία των πιστωτών στο δίκαιο των κεφαλαιουχικών εταιριών. Συγκεκριμένα, αντικείμενο της παρούσας μελέτης είναι η προσωπική ευθύνη των διοικητών έναντι των πιστωτών από παρέλκυση και πρόκληση της πτώχευσης με βάση το άρθρο 98 παρ. 1, 2 του Πτωχευτικού Κώδικα (ΠτΚ). Εκτός από την απαραίτητη ανάλυση και ερμηνεία του πραγματικού της διάταξης, γίνεται και μία αξιολόγηση αυτής από συστηματική και δικαιοπολιτική σκοπιά, η οποία εξυπηρετεί τον σκοπό της βελτίωσης του θεσμού της προστασίας των πιστωτών στην ελληνική έννομη τάξη.

B. Αστική ευθύνη διοικητών έναντι των πιστωτών

Ο διοικητής μίας κεφαλαιουχικής εταιρίας είναι εκ των πραγμάτων το απαραίτητο όργανο διαχείρισής της, αυτός που εκπροσωπεί την εταιρία στο όνομά της τόσο εξωδικαστικά όσο και ενώπιον του δικαστηρίου. Η εταιρία έχει μία σχέση εξάρτησης με το διοικητή, με την έννοια ότι ενεργεί και συναλλάσσεται καθημερινά με τρίτους μέσω αυτού. Συνεπώς, το πρόσωπο του διοικητή είναι άκρως σημαντικό για τους τρίτους που θέλουν να έλθουν σε συναλλαγή με την εταιρία, αφού αυτός είναι η επαφή των πιστωτών με την εταιρία, αυτός που θα πρέπει να εμπιστευτούν και εν τέλει να συναλλαχθούν μαζί του. Παρόλα αυτά η προσωπική ευθύνη των διοικητών έναντι των πιστωτών στο δίκαιο των κεφαλαιουχικών εταιριών δεν θεωρείται αυτονόητη. Αντίθετα, κανόνας είναι η εσωτερική ευθύνη των διοικητών έναντι της εταιρίας για πράξεις ή παραλείψεις τους που ζημίωσαν μόνον έμμεσα τους εταιρικούς πιστωτές.

Από την άλλη, η εξωτερική ευθύνη αποκτά σημασία σε εξαιρετικές περιπτώσεις και κυρίως εκεί που η εσωτερική ευθύνη δεν είναι πλέον επαρκής. Αυτό είναι και το στάδιο της πτώχευσης όπου τα ίδια κεφάλαια της εταιρίας έχουν σε μεγάλο βαθμό εξαντληθεί και οι πιστωτές ψάχνουν να βρουν τον αντικαταστάτη που θα μπορέσει να τους ικανοποιήσει αντί της εταιρίας³. Άλλος παράγοντας που δικαιολογεί την εξωτερική ευθύνη ως μέτρου για τον έλεγχο συμπεριφοράς των διοικητών είναι τα «αντίστροφα κίνητρα» εις βάρος των πιστωτών που αναπτύσσουν οι διοικητές σε περιόδους κρίσης της εταιρείας⁴. Το γεγονός αυτό οδηγεί με τη σειρά του στο φαινόμενο της παρέλκυσης της πτώχευσης από τους διοικητές, με απώτε-

3. Gross, *Deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers*, ZGR 1998, 551.

4. Eidenmüller, *Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, Workouts and the Incentives of Shareholders/Managers*, EBOR 2006, 239, 245 f.· αναφορικά με τα «αντίστροφα κίνητρα» των διοικητών σε περιόδους κρίσης της εταιρίας βλ. Davies, *ό.π.*, EBOR 2006, 301, 306· Hirt, *The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance*, ECFR 2004, 71, 83 επ.· Φράστανλη, *Other People's Money* και προστασία των εταιρικών πιστωτών, ΔΕΕ 2011, 549, 555 επ.

ρη συνέπεια τις εκτεταμένες κατά περίπτωση ζημίες στην περιουσία των εταιρικών πιστωτών.

Προσπαθώντας να εντάξουμε το μέτρο της ευθύνης των διοικητών στο σύστημα προστασίας των πιστωτών του εταιρικού και πτωχευτικού δικαίου, θα λέγαμε ότι, θεωρητικά τουλάχιστον, η σημασία του είναι μεγάλη. Διότι αυτή δεν περιορίζεται μονάχα στην καταστολή της παράνομης πράξης ή παράλειψης των διοικητών με την αντίστοιχη αποζημίωση των εταιρικών πιστωτών για τη ζημία που υπέστησαν αλλά κυρίως μέσω της απειλής μιας προσωπικής ευθύνης για τους διοικητές αποσκοπεί να τους αποτρέψει από τις βλαπτικές ενέργειες για τους πιστωτές. Άρα λοιπόν, η δικαιοπολιτική της σημασία έγκειται περισσότερο στην πρόληψη παρά στην καταστολή, αν αναλογιστεί κανείς ότι σε περίπτωση που οι διοικητές φοβούμενοι την ευθύνη εκπληρώσουν τις υποχρεώσεις τους και δεν θα επέλθει καθόλου η ζημία των πιστωτών⁵. Φαίνεται λοιπόν ότι ο πρωταρχικός σκοπός κάθε μηχανισμού ευθύνης είναι η αποτροπή και αποφυγή του κινδύνου. Στην περίπτωση της ευθύνης του άρθρου 98 ΠτΚ ο δικαιοπολιτικός στόχος είναι η αποφυγή της πτώχευσης μέσω αποτροπής των διοικητών από πράξεις ή παραλείψεις που θα είχαν ζημιολόγο αποτέλεσμα για τους εταιρικούς πιστωτές⁶.

Γ. Άρθρο 98 παρ. 1 ΠτΚ

Ι. Ορισμός - Παρέλκυση της πτώχευσης

Η παρέλκυση της πτώχευσης είναι η πραγματική κατάσταση που δημιουργείται όταν μία εταιρεία περιορισμένης ευθύνης, η οποία αδυνατεί να εκπληρώσει τα ληξιπρόθεσμα χρέη της, συνεχίζει υπαίτια τη λειτουργία της και αναλαμβάνει νέες υποχρεώσεις, τις οποίες δεν είναι σε θέση να εκπληρώσει σε εύλογο χρονικό διάστημα προς βλάβη των εταιρικών πιστωτών. Το γεγονός αυτό συμβάλλει κατά κανόνα στην ύπαρξη ζημιών περιουσιακής φύσης στους τελευταίους, πράγμα το οποίο με τη σειρά του μπορεί να επηρεάσει αρνητικά τη φερεγγυότητα προσώπων, φυσικών και νομικών, όπως πελατών, προμηθευτών και άλλων πιστωτών, που συνδέονται με συμβατική σχέση με τους εταιρικούς πιστωτές, με δυσμενή και ανεπιθύμητα αποτελέσματα όχι μόνο για τους ίδιους αλλά και για την κοινωνική ευημερία.

Για την προστασία των εταιρικών πιστωτών από τις παραπάνω συνέπειες καθιερώνεται σε αρκετές έννομες τάξεις, κυρίως ευρωπαϊκές, η υποχρέωση των δι-

5. *Eckert/Grechenig/Stremitzer* σε: Kalss, *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, 2005, σελ. 100· *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, σελ. 268 επ.· βλ. επίσης *Hopt*, σε: *Großkomm zum AktG*, § 93 Rn 15.

6. Πρβλ. *Thole*, *Vom Totengräber zum Heilsbringer? - Insolvenzkultur und Insolvenzrecht im Wandel*, Jz 2011, 765, 769: "Insolvenzvorsorge ist ohne Zweifel der beste Weg zur Gläubigerbefriedigung".

οικούντων κεφαλαιουχικές εταιρίες να προχωρήσουν χωρίς υπαίτια καθυστέρηση είτε στην εξυγίανση της αφερέγγυας και αδυναμίας να εξοφλήσει τα χρέη της εταιρίας - μέσα σε συγκεκριμένη προθεσμία και με τις κατάλληλες προϋποθέσεις - είτε στο άνοιγμα των διαδικασιών της πτώχευσης. Χρονική αφετηρία για την έναρξη της άνω υποχρέωσης των διοικητών λόγω παρέλκυση της πτώχευσης είναι το χρονικό σημείο, κατά το οποίο, η εταιρεία δεν είναι πλέον σε θέση να ικανοποιήσει τους πιστωτές της⁷. Το σημείο αυτό σηματοδοτεί, επίσης, το από το δίκαιο ανεκτό όριο, πέρα από το οποίο οι διοικητές δεν νομιμοποιούνται για δίχως άλλο συνέχιση της λειτουργίας της εταιρίας.

Δ. Ευθύνη από παρέλκυση πτώχευσης κατ' άρθρο 98 παρ. 1 ΠτΚ

Ι. Γενικές παρατηρήσεις

Κατ' άρθρο 5 παρ. 2 ΠτΚ οι διοικητές είναι υποχρεωμένοι να υποβάλουν αίτηση για πτώχευση, αφότου η εταιρία έρθει σε κατάσταση αδυναμίας πληρωμών (παύση πληρωμών). Η υποβολή της αίτησης για πτώχευση από τους διοικητές θα πρέπει να λάβει χώρα χωρίς υπαίτια βραδύτητα, πάντως το αργότερο μέσα σε 30 μέρες από την παύση πληρωμών. Μάλιστα, πρόκειται για υποχρέωση εξαναγκαστική με την έννοια, ότι αυτή δεν μπορεί να καμφθεί ούτε με τη σύμφωνη γνώμη των εταιρικών πιστωτών, των οποίων τα δικαιώματα θίγονται, αλλά ούτε και την αντίστοιχη των εταίρων⁸. Οι διοικητές έχουν μόνο δικαίωμα και όχι υποχρέωση προς υποβολή αίτησης για πτώχευση, όταν η αδυναμία πληρωμών είναι επαπειλούμενη ή όταν το δικαστήριο κρίνει ότι υπάρχει πιθανότητα αφερεγγυότητας⁹. Είναι φανερό, λοιπόν, ότι η ιδιωτική αυτονομία των διοικητών, ως προς το δικαίωμά τους προς αίτηση για πτώχευση περιορίζεται σαφώς και μεταβάλλεται σε εξαναγκαστική υποχρέωση.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι τα όρια της περιορισμένης ευθύνης και της ελεύθερης διαχείρισης από τους διοικητές τελειώνουν εκεί ακριβώς που ξεκινούν τα όρια της πτώχευσης, με την εμφάνιση της αδυναμίας πληρωμών για την εταιρία¹⁰. Αυτό συμβαίνει διότι με τον ερχομό της ουσιαστικής πτώχευσης οι κίνδυνοι της πε-

7. Στις περισσότερες ευρωπαϊκές χώρες, όπως και στην Ελλάδα, το χρονικό σημείο έναρξης της ευθύνης είναι η παύση πληρωμών της εταιρίας, αντιληπτή ως αδυναμία πληρωμών. Εξαιρέση αποτελούν μεταξύ άλλων το γερμανικό και ελβετικό δίκαιο, στα οποία αρκεί το στάδιο της υπερχρέωσης για την έναρξη της ευθύνης, καθώς και το αμερικάνικο, όπου δεν συναντάται καθόλου η ευθύνη των διοικητών λόγω συνέχισης της εταιρίας στην πτώχευση.

8. Βλ. στο γερμανικό δίκαιο *Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 64 Rn 1-Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 13 Rn 95*.

9. Άρθρο 3 παρ. 3 ΠτΚ.

10. Βλ. *Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz: Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel, 2009, σελ. 319 επ.*

ριορισμένης ευθύνης γίνονται πραγματικότητα και εξωτερικεύονται στο πρόσωπο των εταιρικών πιστωτών. Οι διοικητές διαχειρίζονται πλέον χρήματα όχι της εταιρείας αλλά των πιστωτών. Προς το συμφέρον των τελευταίων δεν είναι η δίκως άλλο συνέχιση της συναλλακτικής ζωής της εταιρείας αλλά η δέσμευση της περιουσίας της για την καλύτερη δυνατή ικανοποίησή τους. Τα όρια της πτώχευσης με την αδυναμία πληρωμών αποτελούν, συνεπώς, και τα αντικειμενικά χρονικά όρια, πέρα από τα οποία η ελεύθερη επιχειρηματική δραστηριότητα των διοικητών δεν είναι πλέον ανεκτή από το δίκαιο¹¹. Μένει στη διακριτική ευχέρεια των διοικητών να αποφασίσουν αν η εταιρεία έχει βάσιμες πιθανότητες διάσωσης ή πρέπει αμέσως να κηρύξει την πτώχευση. Επίσης, η υποχρέωση για αίτηση πτώχευσης διακρίνεται και από την υποχρέωση για εξυγίανση της εταιρείας. Εν προκειμένω, πρόκειται για δύο διαφορετικές υποχρεώσεις των διοικητών οι οποίες λαμβάνουν χώρα σε διαφορετικές χρονικές περιόδους και υπό διαφορετικές προϋποθέσεις³¹.

Τέλος, αξίζει να σημειωθεί, ότι η υποχρέωση των διοικητών για έγκαιρη υποβολή αίτησης για πτώχευση αλλά και η ευθύνη, η οποία έρχεται ως επακόλουθο της αθέτησής της, πηγάζουν απευθείας εκ του νόμου (*ex lege*). Αυτό είναι σε κάθε περίπτωση μία θετική εξέλιξη, αφού από τη μία επιτρέπει την εφαρμογή της ευθύνης χωρίς να είναι απαραίτητη η προσφυγή σε άλλου είδους διατάξεις³². Από την άλλη, συμβάλλει αποφασιστικά στη διαφάνεια και ασφάλεια του δικαίου. Ο έλληνας νομοθέτης διαγράφει με καθαρές γραμμές τα όρια πέρα από τα οποία, η προστασία των πιστωτών αποκτά προτεραιότητα έναντι των ενδιαφερόντων της εταιρείας, αλλά και τον τρόπο με τον οποίο αυτή εξασφαλίζεται. Η διαφάνεια αυτή που εγγυάται ο νομοθέτης λειτουργεί και προς το συμφέρον των διοικητών με την έννοια, ότι τους δίνει ξεκάθαρες κατευθύνσεις ως προς τα συμφέροντα που πρέπει πρωτίστως να προσπίσουν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους. Τους απαλλάσσει, λοιπόν, από μία προσπάθεια ερμηνείας του κανόνα δικαίου και τους δίνει με αυτόν τον τρόπο τη δυνατότητα να κινηθούν γρήγορα και αποφασιστικά στην κρίσιμη χρονική περίοδο της πτώχευσης της εταιρείας, η οποία εκ των πραγμάτων δε συγχωρεί καθυστερήσεις και δισταγμούς³².

Για την αρχή της περιορισμένης ευθύνης βλ. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2009, σελ. 15 επ.· *Φράστανλης*, ό.π., ΔΕΕ 2011, 549, 552 επ. με περαιτέρω παραπομπές.

11. *K. Schmidt*, Insolvenzgründe und Haftung für Insolvenverschleppung. Notwendige Ergänzung des Kapitalschutzes, σε: *Lutter* (επιμ.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, ZGR-Sonderheft 17, 2006, 188, 205· *Schall*, ό.π., σελ. 320.
12. Γενικά για τη ρύθμιση συμπεριφοράς των διοικητών μέσω επακριβών και ασπίστων κανόνων δικαίου (*rules and standarts*) βλ. *Ulen*, Standards und Direktiven im Lichte begrenzter Rationalität, σε: *Ott/Schäfer* (εκδ.), *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, σελ. 347 επ.· *Kaplow*, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 *Duke Law Journal* (1993), 557 επ.

II. Σκοπός της διάταξης

Η διάταξη κατ' άρ. 98 παρ. 1 ΠτΚ αποσκοπεί πρωτίστως στην προστασία των εταιρικών πιστωτών¹³. Η εταιρία και οι εταίροι-μέτοχοι δεν συμπεριλαμβάνονται στο πλαίσιο προστασίας της ρύθμισης. Σκοπός της είναι η διατήρηση της εναπομείνουσας εταιρικής περιουσίας και η αποφυγή της περαιτέρω ελάττωσής της. Στη θεωρία έχει γίνει αποδεκτό και άλλωστε προκύπτει και από την Αιτιολογική Έκθεση του Ν 3588/2007, ότι στο πλαίσιο προστασίας του άρ. 98 παρ. 1 ΠτΚ δεν ανήκουν μόνο οι παλαιοί αλλά και οι νέοι πιστωτές¹⁴. Συνάγεται, λοιπόν, εύλογα, ότι σκοπός της διάταξης είναι και η προστασία της συναλλακτικής ζωής και της γενικότερης ασφάλειας των συναλλαγών¹⁵. Η υποχρέωση, λοιπόν, των διοικητών προς έγκαιρη αίτηση για πτώχευση συμβάλλει στη συντομότερη δυνατή απομάκρυνση από τη συναλλακτική ζωή εταιρειών αδύναμων να εκπληρώσουν τα χρέη τους και γι' αυτό επικίνδυνων και ακατάλληλων προς συναλλακτική επαφή.

III. Υπαιτιότητα και βάρος απόδειξης

Η ύπαρξη ευθύνης για τους διοικητές κατ' άρ. 98 παρ. 1 ΠτΚ προϋποθέτει την υπαίτια καθυστέρηση υποβολής αίτησης για πτώχευση. Σύμφωνα με την απόλυτα κρατούσα γνώμη στη θεωρία, αρκεί από την πλευρά των διοικητών ελαφρά αμέλεια¹⁶. Επομένως, δεν ενδιαφέρει, αν ο διοικητής είχε θετική γνώση της κατάστασης παύσης πληρωμών ή όχι. Αρκεί, αντίθετα, η αντικειμενική δυνατότητα γνώσης της παύσης πληρωμών και το, ότι ο διοικητής όφειλε να τη γνωρίζει. Αυτό απαιτεί από το διοικητή την ανάληψη όλων των απαραίτητων μέτρων που θα τον οδηγήσουν εύλογα στο συμπέρασμα, ότι η εταιρία κινδυνεύει να καταστεί αφερεγγυα και συνεπώς είναι ανίκανη να εκπληρώνει τις ληξιπρόθεσμες υποχρεώσεις της. Για να είναι σε θέση ο διοικητής να ανταποκριθεί στην ως άνω υποχρέωση θα πρέπει να ελέγχει τακτικά την οικονομική κατάσταση της εταιρίας ήδη από το χρονικό σημείο που αυτή είναι ακόμη φερέγγυα και κάνει τα πρώτα βήματά της προς το στάδιο της αφερεγγυότητας¹⁷.

13. Ν. Ρόκας, Ευθύνη για παρέλκυση της πτώχευσης, ΕΕμπΔ 2008, 1.

14. Ν. Ρόκας, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 16· Σωτηρόπουλος, Η ευθύνη των διοικητών κεφαλαιουχικών εταιριών για παρέλκυση της πτώχευσης, ΔΕΕ 2008, 503, 505· Κοκκίνης, Η αποκαταστάση ζημιά στην παρέλκυση της πτώχευσης (άρθρο 98 παρ. 1 εδ. 1 ΠτΚ), ΔΕΕ 2009, 299, 305 επ· Αιτιολογική Έκθεση της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής του ν. 3588/2007, ΚΝομΒ 2007, σελ. 1569.

15. Κοκκίνης, ό.π., ΔΕΕ 2009, 299, 305 επ· στο γερμανικό δίκαιο Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn 1· Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, Anhang zu § 64 Rn 64.

16. Ν. Ρόκας, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 13· Περάκης, Πτωχευτικό Δίκαιο, 2017, σελ. 384· Σωτηρόπουλος, ό.π., ΔΕΕ 2008, 503, 505· Κοκκίνης, Ο νόμιμος λόγος ευθύνης στην παρέλκυση της πτώχευσης (άρθρο 98 παρ. 1 εδ. 1 ΠτΚ), ΔΕΕ 2009, 36, 40 επ.

17. Πρόκειται για την υποχρέωση των διοικούντων κεφαλαιουχική εταιρεία προς επίβλεψη και έλεγχο των οικονομικών καταστάσεων της εταιρείας, η οποία προέρχεται

Ο διοικητής μπορεί να αποφύγει την ευθύνη μόνο όταν αποδείξει ότι αντικειμενικοί λόγοι, όπως π.χ. αρρώστεια ή μακρά και δικαιολογημένη απουσία, τον εμποδίζουν να λάβει γνώση του λόγου πτώχευσης, και μάλιστα όταν ο ίδιος έκανε ό,τι μπορούσε και έλαβε όλα τα απαραίτητα μέτρα για τη σύννομη και έγκαιρη εκπλήρωση των υποχρεώσεων που τον βαρύνουν¹⁸. Τότε, έχει ο ίδιος το βάρος απόδειξης και θα πρέπει ενώπιον του δικαστηρίου να υποβάλει τα απαραίτητα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα οποία η συνέχιση της λειτουργίας της επιχείρησης, λαμβάνοντας υπόψη τα υπάρχοντα δεδομένα κατά το χρόνο λήψης της απόφασης, ήταν δικαιολογημένη. Τέτοια θα ήταν και η περίπτωση που ο διοικητής είχε στηρίξει την απόφασή του για συνέχιση της λειτουργίας της εταιρίας ως επί το πλείστον σε γνωμοδότηση ειδικού εξωτερικού συμβούλου, σύμφωνα με την οποία η ικανότητα επιβίωσης της εταιρίας και η αποφυγή της πτώχευσης ήταν το πλέον πιθανό ενδεχόμενο. Διαφορετική είναι η περίπτωση όσον αφορά το βάρος απόδειξης της υφιστάμενης ζημίας και της κατάστασης της παύσης πληρωμών, καθώς αυτό βαρύνει τους ζημιωθέντες, δηλαδή τους κατά περίπτωση εταιρικούς πιστωτές και το σύνδικο πτώχευσης.

IV. Αποδέκτες της ευθύνης

Υποχρέωση για αίτηση πτώχευσης κατ' άρ. 5 παρ. 2 ΠτΚ έχουν κατά κανόνα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου της κεφαλαιουχικής εταιρίας. Θα πρέπει, περαιτέρω, να γίνει δεκτό, ότι η υποχρέωση αίτησης για πτώχευση βαρύνει κάθε ξεχωριστό μέλος του διοικητικού συμβουλίου, ανεξαρτήτως από οποιαδήποτε κατάταξη αρμοδιοτήτων έλαβε χώρα μεταξύ τους¹⁹. Το γεγονός, ότι ένα μέλος του διοικητικού συμβουλίου δεν είναι αρμόδιο για τα οικονομικά θέματα της εταιρίας, δεν το απαλλάσσει από την υποχρέωση παρακολούθησης της εταιρικής δράσης και γενικότερης εποπτείας των άλλων διοικητικών οργάνων, η οποία, μάλιστα, βαρύνει ολόκληρο το διοικητικό συμβούλιο ως συλλογικό όργανο διοίκησης²⁰. Επειδή,

από τη γενικότερη υποχρέωσή τους για επιμελή και συνετή διαχείριση. Στο γερμανικό δίκαιο βλ. BGH GmbHR 1994, 539, 545· Lutter, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2000, 301, 305· Haas, Aktuelle Rechtsprechung zur Insolvenzantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Abs. 1 GmbHG, DStR 2003, 423, 424· στο ελληνικό δίκαιο βλ. Κοκκίνη, ό.π., ΔΕΕ 2009, 299, 307.

18. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn 48· βλ. και Κοκκίνη, ό.π., ΔΕΕ 2009, 36, 40.

19. Στο γερμανικό δίκαιο βλ. BGH, DB 1994, 1351· Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 15a Rn 7· Ulmer/Casper, GmbHG, § 64 Rn 36.

20. βλ. Τέλλη, Εκτελεστικά και μη εκτελεστικά μέλη στο διοικητικό συμβούλιο της εισηγμένης ανώνυμης εταιρίας, ΕπισκΕΔ 2004, 5, 15 επ.· Ν. Ρόκα, Εμπορικό Δίκαιο, 6η έκδ., σελ. 327· Κατσά, Η υποχρέωση του Διοικητικού Συμβουλίου ανώνυμης εταιρίας προς άσκηση εποπτείας και ελέγχου επί της λειτουργίας της εταιρικής επιχειρήσεως, ΧρΙΔ 2011, 538, 541 με περαιτέρω παραπομπές, ο οποίος αναφέρεται στην υποχρέωση του μέλους ΔΣ προς άσκηση του δικαιώματος πληροφόρησης αλλά και στην υποχρέωση παρεμβάσεώς του, ιδίως όταν πρόκειται για παράβαση που θεμελιώνει προσωπική ευθύ-

άλλωστε, πρόκειται για εξαναγκαστική υποχρέωση, που αφορά τα συμφέροντα όχι της εταιρείας αλλά των εταιρικών πιστωτών, και η αθέτησή της γεννά εκ του νόμου εξωτερική ευθύνη των διοικητών, είναι ορθότερο να υποχρεούνται προς αίτηση πτώχευσης όλα τα εκτελεστικά μέλη του διοικητικού συμβουλίου, ακόμη δηλαδή και αυτά που έχουν την επιμέλεια θεμάτων, άσχετα με τα οικονομικά της επιχείρησης²¹. Εξαιρέση θα πρέπει να αποτελούν τα μη εκτελεστικά και μόνο εποπτικά μέλη του διοικητικού συμβουλίου, των οποίων όμως ευθύνη λόγω ελλειπούς εποπτείας δεν αποκλείεται²².

Κατ' άρ. 98 παρ. 1 εδ. 2 ΠτΚ: «Την ίδια ευθύνη υπέχει και αυτός που προέτρεψε το μέλος ή τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου να μην υποβάλουν εγκαίρως την αίτηση». Ο λόγος εδώ είναι για τους «εν τοις πράγμασι» διοικητές, δηλαδή για εκείνους, οι οποίοι χωρίς να έχουν διοριστεί από τη γενική συνέλευση και δίχως, άρα, να κατέχουν τα τυπικά προσόντα ενός διοικητή ασκούν «εν τοις πράγμασι» τη διαχείριση της επιχείρησης²³. Στην πράξη πρόκειται συνήθως για πρόσωπα, τα οποία είτε είναι μεγαλομέτοχοι είτε οικογενειακά μέλη είτε σημαντικοί σύμβουλοι και χρηματοδότες της εταιρίας. Το φαινόμενο των «εν τοις πράγμασι» διοικητών επιτείνεται σε περιόδους κρίσης της εταιρίας. Τη στιγμή αυτή οι παραδοσιακοί κύριοι της εταιρίας αντιλαμβάνονται, ότι τα επιχειρηματικά τους σχέδια και οι οικονομικές τους προσδοκίες κάθε άλλο παρά εύκολο είναι να πραγματοποιηθούν. Έτσι, προσπαθούν με κάθε τρόπο να κρατήσουν την εταιρία ζωντανή προκειμένου να μπορέσουν να πάρουν τα χρήματά τους πίσω. Το μέγεθος του ρίσκου που αναλαμβάνουν οι διοικητές δεν τους φοβίζει ιδιαίτερα, καθώς τα χρήματα της επένδυσης δεν ανήκουν πλέον στους ίδιους αλλά στους εταιρικούς πιστωτές. Έτσι, λοιπόν, ευρισκόμενοι συνήθως στο παρασκήνιο και μή θέλοντας να κάνουν φανερή την παρουσία τους για ευνόητους λόγους, ασκούν πίεση στους διοικητές με αποτέλεσμα οι ίδιοι να καταφέρνουν να επιβάλλουν τους όρους τους, ενώ οι διοικητές να μετατρέπονται σε απλές μαριονέτες τους. Άμεσος στόχος τους είναι η πρόσπιση των προσωπικών τους συμφερόντων και γι' αυτό πρωταρχικό τους μέλημα είναι η συνέχιση της λειτουργίας της επιχείρησης. Για να το πετύχουν επιβάλλονται στους διοικητές, απαιτώντας από αυτούς να μην καθυστερήσουν την αίτηση για πτώχευση.

νη των μελών του ΔΣ, σελ. 542 επ.· πρβλ. και Σωτηρόπουλο, Η ευθύνη των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου για επιχειρηματικές επιλογές, ΔΕΕ 2008, 773, 782 επ., ο οποίος επισημαίνει, ότι εάν η παράνομη συμπεριφορά συνίσταται στην παράλειψη λήψης κάποιας απόφασης, τότε ευθύνονται όλα τα μέλη του ΔΣ, ανεξαρτήτως κατάτμησης αρμοδιοτήτων.

21. Α.ά. Κοκκίνης, ό.π., ΔΕΕ 2009, 36, 40.

22. Ν. Ρόκας, Εμπορικές εταιρίες, 2008, σελ. 327· για τον εποπτικό ρόλο των μη εκτελεστικών μελών του ΔΣ βλ. Λιβαδά, ΔικΑΕ, τ. Ι, άρ. 18 πλαγιαρ. 32 με περαιτέρω παραπομπές.

23. Στο αγγλικό δίκαιο αποκαλούνται *de facto* και *shadow directors*, ενώ στο γερμανικό δίκαιο *faktische Geschäftsführer*.

V. Προθεσμία για την υποβολή αίτησης

Κατ' άρ. 5 παρ. 2 ΠτΚ ο οφειλέτης υποχρεούται να υποβάλει αίτηση για πτώχευση μέσα σε 30 μέρες από την παύση των πληρωμών. Η προθεσμία αυτή δεν έχει το νόημα μιας τυπικής, απλής διαδικαστικής προθεσμίας. Έτσι, δεν αρκεί για την αποφυγή της ευθύνης από τους διοικητές η αίτηση πτώχευσης οποιαδήποτε στιγμή ή απλά την τελευταία μέρα με μόνη την προϋπόθεση, ότι αυτή έλαβε χώρα μέσα στα πλαίσια της ως άνω προθεσμίας. Αντίθετα, πρόκειται για μία ουσιαστική προθεσμία, η οποία δεν επιτρέπεται σε καμία περίπτωση να εξαντληθεί από τους διοικητές, εφόσον κάποιες ελπιδοφόρες πιθανότητες εξυγίανσης για την εταιρία δεν είναι αντικειμενικά ορατές.

Σύμφωνα με τα παραπάνω θα μπορούσε κανείς να κάνει λόγο για μία προθεσμία εξυγίανσης, η οποία θα αποτελούσε και την τελευταία ελπίδα εξωδικαστικής εξυγίανσης για την εταιρία, αφού μετά το πέρας της - το αργότερο μετά το τέλος της 30 μέρας - θα πρέπει η εταιρία να εισέλθει στη πτωχευτική διαδικασία²⁴. Αν αποτύχουν, λοιπόν, οι προσπάθειες εξυγίανσης ήδη στο προστάδιο της πτώχευσης, η προθεσμία των 30 ημερών αποτελεί το τελευταίο χρονικό περιθώριο που έχουν οι διοικητές για να εξαλείψουν την κατάσταση παύση πληρωμών και να αποφύγουν την πτώχευση²⁵. Μάλιστα οι διοικητές θα πρέπει να υποβάλουν την αίτηση οπωσδήποτε μέχρι το τέλος της προθεσμίας και δεν τους επιτρέπεται σε καμία περίπτωση να τη ξεπεράσουν, ακόμη και αν οι προσπάθειες εξυγίανσης που ήδη έχουν αρχίσει έχουν κάποια προοπτική²⁶.

Η χρονική στιγμή, κατά την οποία η εν λόγω προθεσμία ξεκινά είναι η παύση πληρωμών της εταιρίας, η οποία συμπίπτει χρονικά και με την αντίστοιχη θετική γνώση της από τον διοικητή²⁷. Και αυτό διότι η κατάσταση της παύσης πληρωμών γίνεται συνήθως γνωστή στους διοικητές με τρόπο αντικειμενικό και φανερό. Θα πρέπει, από την άλλη, να τονιστεί ότι η προθεσμία των 30 ημερών δεν είναι σε καμία περίπτωση αρκετή για μία επιτυχή διεξαγωγή και ολοκλήρωση διεργασιών εξυγίανσης²⁸. Στο γερμανικό δίκαιο, όπου προβλέπεται αντίστοιχη προθεσμία τριών εβδομάδων, έχει ασκηθεί σφοδρή κριτική όσον αφορά το χρονικό αυτό περιθώριο καταλήγοντας στο συμπέρασμα, ότι είναι υπερβολικά μικρό και ανεπαρ-

24. Βλ. *Περάκη*, ό.π., σελ. 385· *Κοκκίνη*, ό.π., ΔΕΕ 2009, 36, 39 επ.

25. *Bayer/Schmidt*, Die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführung nach §§ 92 Abs. 2 AktG, 64 Abs. 1 GmbHG, AG 2005, 644, 648· *Κοκκίνης*, ό.π., ΔΕΕ 2009, 36, 40 υποσ. 41.

26. Βλ. *Κοκκίνη*, ό.π., ΔΕΕ 2009, 36, 40· Βλ και *Uhlenbruck/Hirte/Vallender*, InsO, § 15a Rn 16· Βλ. και τελευταία το Γερμανικό Ακυρωτικό BGH NZG 2007, 396, 398.

27. *Uhlenbruck/Hirte/Vallender*, InsO, § 15a Rn 14· *Poertzgen*, Der 3-Wochen Zeitraum im Rahmen der Antragspflicht (§ 15a InsO), ZInsO 2008, 944, 947.

28. Πρβλ. *Περάκη*, ό.π., σελ. 385.

κές για σοβαρές προσπάθειες εξυγίανσης²⁹. Είναι αλήθεια, ότι η προετοιμασία και η διεξαγωγή ενός ολοκληρωμένου και σοβαρού προγράμματος εξυγίανσης απαιτεί κατά κανόνα διάστημα αρκετών μηνών³⁰. Κλασικά μέτρα εξυγίανσης, όπως για παράδειγμα η αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου μετά από προηγούμενη μείωσή του, είναι αδύνατον να ολοκληρωθούν με επιτυχία μέσα σε διάστημα 30 ημερών. Μόνη η αναφορά στις προθεσμίες κλήσης προς γενική συνέλευση αρκεί για την υποστήριξη του παραπάνω επιχειρήματος.

Όλα αυτά οδηγούν εύλογα στο συμπέρασμα, ότι η προθεσμία των 30 ημερών είναι ακατάλληλη για τη διεξαγωγή μιας λειτουργικής εξυγίανσης. Αντίθετα, μία προσπάθεια εξυγίανσης για να έχει πιθανότητες επιτυχίας θα πρέπει να έχει ξεκινήσει ήδη στο προστάδιο της πτώχευσης, πριν δηλαδή την εμφάνιση της παύσης πληρωμών³¹. Στην περίπτωση αυτή η προθεσμία των 30 ημερών θα είναι το τελευταίο χρονικό περιθώριο, μέσα στο οποίο η εξυγίανση θα πρέπει να ολοκληρωθεί.

Συμπερασματικά, συνάγεται, ότι η προθεσμία των 30 ημερών έχει μικρή σημασία για μία προσπάθεια λειτουργικής εξυγίανσης³². Αντίθετα, η σημασία της περιορίζεται περισσότερο είτε στην τελειωτική φάση μιας ήδη σε εξέλιξη σοβαρής προσπάθειας εξυγίανσης είτε σε μία έσχατη προσπάθεια συνεννόησης με τους πιστωτές με σκοπό την υποβολή ενός σχεδίου αναδιοργάνωσης. Αυτό άλλωστε δείχνει και η μέχρι τώρα εμπειρία στην πράξη της αντίστοιχης γερμανικής διάταξης, όπου η εν λόγω προθεσμία εξυπηρετεί ως επί το πλείστον είτε την προετοιμασία αίτησης για πτώχευση είτε συμβουλευτικές διεργασίες για την υποβολή ενός σχεδίου αναδιοργάνωσης³³. Κάτι διαφορετικό δε θα μπορούσε να ισχύσει και στην ελληνική πρακτική. Ενόψει μάλιστα και του γεγονότος, ότι η προθεσμία ξεκινά με την

29. Uhlenbruck/Hirte/Vallender, *InsO*, § 15a Rn 16 επ.: Eidenmüller, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, 1999, σελ. 691· Uhlenbruck, *Gesetzliche Konkursantragspflichten und Sanierungsbemühungen*, ZIP 1980, 76, 78; *o idios*, *Die Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH oder GmbH&Co. KG in der Krise des Unternehmens*, BB 1985, 1277, 1282· Jaffe/Friedrich, *Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Insolvenzstandorts Deutschland*, ZIP 2008, 1849, 1857· Kübler, *Die Konkursverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach der „Wende“ des Bundesgerichtshofes - Bedeutung für die Praxis - Besprechung der Entscheidung BGHZ, 126, 181, ZGR 1995, 481, 496· Picoth/Aleth, Unternehmenskrise und Insolvenz*, 1999, Rn 634.

30. K. Schmidt/Uhlenbruck/Wittig, *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 2003, Rn 488· Eidenmüller, *ό.π.*, σελ. 691.

31. Βλ. Uhlenbruck/Hirte/Vallender, *InsO*, § 15a Rn 16· K. Schmidt/Uhlenbruck/Wittig, *ό.π.*, Rn 488.

32. Πρβλ. Περάκη, *ό.π.*, σελ. 385· Κοκκίνη, *ό.π.*, ΔΕΕ 2009, 36, 40 υποσ. 41.

33. Uhlenbruck, *ό.π.*, ZIP 1980, 73, 76· Richter, *Der Konkurs der GmbH aus Sicht der Strafrechtspraxis*, GmbHG 1984, 112, 119· Schluck-Amend/Walker, *Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer durch Pflicht zur Erstellung eines Insolvenzplans*, GmbHR 2001, 375, 381.

παύση πληρωμών και όχι νωρίτερα με την υπερχρέωση όπως στη Γερμανία, σοβαρές δυνατότητες εξυγίανσης σε αυτό το στάδιο λόγω της προχωρημένης οικονομικής δυσχέρειας της εταιρείας και της αντίστοιχης ζημίας των πιστωτών δεν αναμένεται να υπάρχουν.

VI. Αποκαταστατέα ζημία των εταιρικών πιστωτών

Ανάλογα με τη χρονική στιγμή και το είδος της ζημίας που υφίστανται οι εταιρικοί πιστωτές μεταχειρίζονται διαφορετικά από το δίκαιο. Έτσι, υπάρχουν δύο κατηγορίες εταιρικών πιστωτών, οι παλαιοί και οι νέοι πιστωτές. Καθοριστικό κριτήριο για αυτόν τον ποιοτικό διαχωρισμό παίζει το χρονικό σημείο, κατά το οποίο αυτοί απέκτησαν την ιδιότητα του εταιρικού πιστωτή. Σημασία, δηλαδή, έχει αποκλειστικά ο χρόνος, κατά τον οποίο γεννήθηκε η αξίωσή τους κατά της εταιρείας και όχι ο χρόνος που έγινε αυτή ληξιπρόθεσμη³⁴. Ο χρόνος αυτός είναι κατά κανόνα ο χρόνος της σύναψης της σύμβασης μεταξύ των δύο μερών³⁵. Παλιός πιστωτής λοιπόν είναι αυτός, ο οποίος, όταν έπρεπε να υποβληθεί από τους διοικητές η αίτηση για πτώχευση, είχε ήδη γεννημένη αξίωση κατά της εταιρείας. Αντίθετα, νέος πιστωτής είναι εκείνος, που απέκτησε την αξίωσή του κατά της εταιρείας ύστερα από το χρονικό αυτό σημείο. Ιδιαίτερη προσοχή ως προς το διαχωρισμό των δύο κατηγοριών εταιρικών πιστωτών απαιτούν εκείνες οι περιπτώσεις, κατά τις οποίες ο χρόνος της σύμβασης και αυτός της γέννησης της αξίωσης δεν συμπίπτουν χρονικά. Όταν δηλαδή ο πιστωτής συμβάλλεται μεν πριν την παύση των πληρωμών με την εταιρεία, εκπληρώνει όμως την παροχή του σε μεταγενέστερο στάδιο, δηλαδή μετά την παύση των πληρωμών³⁶. Τότε θα πρέπει ο εν λόγω πιστωτής να μεταχειριστεί από το δίκαιο ως νέος πιστωτής. Σημαντικός, λοιπόν, σε αυτήν την περίπτωση θα είναι ο χρόνος εκπλήρωσης της παροχής και όχι αυτός της σύμβασης.

1. Παλαιοί πιστωτές

Η ζημία των παλαιών πιστωτών συνίσταται στη μείωση του πτωχευτικού μέρισματος που θα τους αναλογούσε, σε περίπτωση έγκαιρης υποβολής της αίτησης για πτώχευση³⁷. Με άλλα λόγια, η ζημία τους προκύπτει από τη διαφορά ανάμεσα στο υποθετικό πτωχευτικό μέρος και στο λόγω της καθυστερημένης αίτησης για πτώχευση μειωμένο πραγματικό μέρος που τους αναλογεί. Μάλιστα, η εν λόγω αναλογική ζημία είναι τόσο μεγαλύτερη, όσο περισσότερο η ποσοστιαία σχέ-

34. Haas, ό.π., DStR 2003, 423, 427· Κοκκίνης, ό.π., ΔΕΕ 2009, 299, 300.

35. Wagner, Grundfragen der Insolvenzverschleppungshaftung nach der MoMiG-Reform, Festschrift für K. Schmidt, 2009, 1665, 1676.

36. Σωτηρόπουλος, ό.π., ΔΕΕ 2008, 503, 506· Για το γερμανικό δίκαιο βλ. OLG Celle, NZG 2002, 730, 732· Haas, ό.π., DStR 2003, 423, 427· Wagner, ό.π., σελ. 1677.

37. Στο γερμανικό δίκαιο γίνεται λόγος για αναλογική ζημία „Quotenschaden“, βλ. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn 16.

ση μεταξύ ενεργητικού και παθητικού της εταιρείας αυξάνεται δυσανάλογα. Για την ανάδειξη του τρόπου υπολογισμού της αναλογικής ζημίας των παλαιών πιστωτών παρατίθεται το ακόλουθο παράδειγμα: Ας υποθέσουμε, ότι η εταιρεία Α έχει ενεργητικά στοιχεία αξίας 60 εκ. Ευρώ και υποχρεώσεις αξίας 100 εκ. Ευρώ. Αυτό σημαίνει, ότι το υποθετικό πτωχευτικό μέρισμα για τους παλαιούς πιστωτές ανέρχεται στο ποσοστό του 60%. Κατά το άνοιγμα της πτωχευτικής διαδικασίας, όμως, η αξία του ενεργητικού της εταιρείας είναι σαφώς μειωμένη και ανέρχεται μόλις σε 30 εκ. Ευρώ, ενώ οι υποχρεώσεις εμφανίζονται κατά πολύ αυξημένες στο ποσό των 140 εκ. Ευρώ. Το πραγματικό πτωχευτικό μέρισμα σε αυτήν την περίπτωση ανέρχεται σε ποσοστό 21,4%. Η αναλογική ζημία των παλαιών πιστωτών, η οποία αποτελεί αντανάκλαση και της αντίστοιχης ζημίας της εταιρικής περιουσίας, συνίσταται στο ποσό των 54 εκ. Ευρώ³⁸.

2. Νέοι πιστωτές

Η ζημία είναι διαφορετική τόσο ως προς τη φύση όσο και προς την έκτασή της στους νέους πιστωτές, των οποίων η αξίωση γεννήθηκε μετά το χρονικό σημείο, κατά το οποίο θα έπρεπε να υποβληθεί από τους διοικητές η αίτηση για πτώχευση. Οι πιστωτές αυτοί δεν βιώνουν μία αναλογική ζημία στην περιουσία τους, η οποία θα είναι τόσο μεγαλύτερη όσο πιο μεγάλη θα είναι και η καθυστέρηση υποβολής της αίτησης για πτώχευση. Αντίθετα, ζημιώνονται, επειδή συναλλάχθηκαν με μία ώριμη προς πτώχευση εταιρεία, χωρίς να έχουν νωρίτερα ενημερωθεί ως προς την αδυναμία της να εκπληρώνει τις υποχρεώσεις της. Αν οι διοικητές είχαν εκπληρώσει σύννομα τις υποχρεώσεις τους, οι εν λόγω πιστωτές δε θα είχαν συναλλαχθεί με την εταιρεία και δε θα είχαν υποστεί οποιαδήποτε ζημία στην περιουσία τους³⁹.

Έτσι, λοιπόν, ο διοικητής ευθύνεται για την αποκατάσταση του ενδιαφέροντος εμπιστοσύνης των νέων πιστωτών⁴⁰. Με άλλα λόγια, ο διοικητής πρέπει να φροντίσει, ώστε ο νέος πιστωτής να έρθει στη θέση που θα βρισκόταν, σε περίπτωση που ο τελευταίος δεν ερχόταν ποτέ σε επαφή με τη συγκεκριμένη εταιρεία. Θα πρόκειται, έτσι, για την αποκατάσταση της πλήρους ζημίας των νέων πιστωτών, η

38. Για τον τρόπο υπολογισμού της αναλογικής ζημίας των παλαιών πιστωτών βλ. *K. Schmidt*, Kein Abschied von „Quotenschaden“ bei der Insolvenzverschleppungshaftung! Altgläubigerschutz, Neugläubigerschutz und § 92 InsO, NZI 1998, 9, 13: $x = ((\text{υποθετική πτωχευτική περιουσία} \times \text{πραγματικές υποχρεώσεις}) \% \text{υποθετικές υποχρεώσεις}) - \text{πραγματική πτωχευτική περιουσία}$. Στο παράδειγμά μας αυτό σημαίνει: $(60 \times 140) \% 100) - 30 = 54$, το οποίο είναι το ποσό της αναλογικής ζημίας.

39. *N. Ρόκας*, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 17.

40. *N. Ρόκας*, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 17· *Σωτηρόπουλος*, ό.π., ΔΕΕ 2008, 503, 505 επ.· *Κοκκίνης*, ό.π., ΔΕΕ 2009, 299, 305 επ.· βλ. και *Τριανταφυλλάκη*, Ζητήματα από παρέλευση της πτώχευσης (άρθρ. 98 παρ. 1 ΠτΚ), σε: *Μαρίνος* (επιμ.), *Η ανώνυμη εταιρία μεταξύ εταιρικού και πτωχευτικού δικαίου και δικαίου κεφαλαιαγοράς*, 2011, 485, 494 επ., ο οποίος είναι της άποψης, ότι όλοι οι πιστωτές θα πρέπει να ικανοποιηθούν συλλογικά μέχρι το ύψος της αναλογικής τους ζημίας.

οποία θα συνίσταται σε κάθε είδους παροχή και άλλα έξοδα του πιστωτή που έλαβαν χώρα μέσα στα πλαίσια της εν λόγω σύμβασης (*αρνητικό διαφέρον*). Αποζημίωση για διαφυγόντα κέρδη δε θα πρέπει να αποκλείεται, αν ο πιστωτής είναι σε θέση να τα αποδείξει. Ως νομικό θεμέλιο της διαφορετικής μεταχείρισης των νέων πιστωτών προτίθεται ο σκοπός της εν λόγω διάταξης, ο οποίος συνίσταται στην προστασία δυναμικών πιστωτών από ζημίες που προέρχονται από συναλλαγές με αφερέγγυες εταιρίες. Εξάλλου, ο περιορισμός των νέων πιστωτών στην αποκατάσταση μόνο μιας αναλογικής ζημίας θα τους έθετε σε μειονεκτική θέση απέναντι στους παλαιούς πιστωτές, καθώς οι τελευταίοι θα απολάμβαναν αδικαιολόγητα μία ευνοϊκή μεταχείριση (*windfall profit*) μέσω του εμπλουτισμού της πτωχευτικής περιουσίας, και άρα μεγαλύτερο πτωχευτικό μέρισμα, από την παροχή των νέων πιστωτών⁴¹.

Διαφορετική είναι η περίπτωση των νέων πιστωτών από αδικοπραξία. Οι πιστωτές από αδικοπραξία δικαιούνται μόνο την αναλογική ζημία, αντίστοιχη με αυτήν των παλαιών πιστωτών⁴². Η ζημία τους είναι άλλης φύσεως και η περίπτωσή τους τελείως διαφορετική από αυτήν των νέων πιστωτών εκ συμβάσεως. Οι τελευταίοι δικαιούνται πλήρους αποζημίωσης, επειδή συναλλάχθηκαν με ώριμη προς πτώχευση εταιρεία σε χρόνο, που αυτή θα έπρεπε να έχει αποσυρθεί από τη συναλλακτική ζωή. Γι' αυτό πρέπει να έρθουν στη θέση που θα είχαν, αν δεν είχαν συναλλαχθεί με αυτήν. Από την άλλη, οι πιστωτές από αδικοπραξία αποκτούν αξίωση κατά της εταιρείας σε χρόνο που δε βρίσκεται σε κανενός είδους συνάφεια με τα όρια της πτώχευσης⁴³. Το αν ζημιώθηκαν αμέσως πριν ή λίγο μετά από την εμφάνιση της παύσης πληρωμών είναι ξεκάθαρα ένα ζήτημα τύχης. Με άλλα λόγια η ζημία αυτού του είδους πιστωτών αποτελεί ένα τυχαίο περιστατικό που δεν έχει καθόλου να κάνει με την εμπιστοσύνη που δείχνει ο συμβατικός πιστωτής στην φερεγγυότητα της εταιρείας, η οποία είναι και άξια προστασίας από το δίκαιο. Συνεπώς, θα πρέπει να αντιμετωπίζονται ως παλαιοί πιστωτές.

3. Ενάσκηση των αξιώσεων των πιστωτών

α. Παλαιοί πιστωτές

Την αξίωση προς αποκατάσταση της αναλογικής ζημίας των παλαιών πιστωτών μπορεί σύμφωνα με το άρ. 98 παρ. 1 εδ. 3 ΠτΚ να ασκήσει μόνο ο σύνδικος ως μή

41. Ν. Ρόκας, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 17· Κοκκίνης, ό.π., ΔΕΕ 2009, 299, 305 επ· *Fleischer*, *Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, ZGR 2004,

437, 451· *Wagner*, ό.π., σελ. 1684.

42. *Σωτηρόπουλος*, ό.π., ΔΕΕ 2008, 503, 505 επ· στο γερμανικό δίκαιο BGHZ 164, 50, 60 επ· OLG Jena, ZIP 2002, 631, 632· *Ulmer/Casper*, GmbHG, § 64 Rn 135· *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, 18. Auflage, § 64 Rn 92· *Haas*, ό.π., DStR 2003, 423, 429; *Bork*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen verspäteten Konkursantrags, ZGR 1995, 505, 518 επ.

43. Έτσι και *Σωτηρόπουλος*, ό.π., ΔΕΕ 2008, 503, 506.

δικαιούχος διάδικος⁴⁴. Φυσικά, δικαιούχοι της αξίωσης παραμένουν οι παλαιοί πιστωτές, οι οποίοι χάνουν, όμως, τη νομιμοποίηση προς άσκησή της. Με τον τρόπο αυτό αποτρέπεται το ενδεχόμενο, κάποιος πιστωτής να προσφύγει ατομικά κατά του συνδίκου, και να ικανοποιήσει την απαίτησή του θέτοντας, έτσι, σε κίνδυνο την αρχή της ίσης μεταχείρισης των πιστωτών. Διότι, σκοπός της άνω διάταξης είναι αυτή καθ' εαυτή η διατήρηση της αρχής της ισότητας των πιστωτών⁴⁵. Ο σκοπός αυτός θεμελιώνεται στο επιχείρημα, ότι οι πιστωτές, των οποίων η αξίωση γεννήθηκε πριν την παύση των πληρωμών της εταιρείας, υφίστανται εξαιτίας της μείωσης του πτωχευτικού τους μερίσματος συλλογική ζημία. Ορθότερο, λοιπόν, είναι να έχουν και ίση μεταχείριση, η οποία εξασφαλίζεται με τον καλύτερο τρόπο μέσω της νομιμοποίησης του συνδίκου για την άσκηση των απαιτήσεών τους. Αυτή ακριβώς ήταν και η βούληση του νομοθέτη ο οποίος πρόσφατα τροποποίησε το λεκτικό του άρθρου 98 και μετέφερε την αρμοδιότητα του συνδίκου στην παρ. 1 αυτού, κάνοντας σαφές ότι ο σύνδικος νομιμοποιείται για την άσκηση της αξίωσης αποκλειστικά και μόνο στην περίπτωση ζημίας των παλαιών πιστωτών η οποία προκύπτει από τη μείωση του πτωχευτικού μερίσματος που επήλθε λόγω της καθυστερήσεως.

Β. Νέοι πιστωτές

Ως προς τους νέους πιστωτές και το ερώτημα, αν για την επιδίωξη των απαιτήσεών τους νομιμοποιείται και πάλι ο σύνδικος, η απάντηση θα πρέπει να είναι αρνητική⁴⁶. Διότι, εδώ, δεν πρόκειται για μία συλλογική ζημία εξαιτίας της μείωσης της εταιρικής περιουσίας όπως στην περίπτωση των παλαιών πιστωτών. Αντίθετα, η ζημία των νέων πιστωτών είναι ατομική και συνίσταται στο διαφέρον εμπιστοσύνης τους, καθώς δεν θα είχαν έρθει σε συναλλακτική επαφή με την εταιρεία, σε περίπτωση που γνώριζαν την οικονομική της δυσχέρεια⁴⁷. Συνεπώς, για την άσκηση των απαιτήσεών τους θα πρέπει να νομιμοποιούνται αποκλειστικά οι ίδιοι. Όσον αφορά τη νομική βάση της ευθύνης των διοικητών, υποστηρίζεται ορθά ότι το άρθρο 98 παρ. 1 ΠτΚ καλύπτει μόνο τους παλαιούς πιστωτές και άρα βάση της ευθύνης των διοικητών έναντι των νέων πιστωτών δεν είναι το άρ. 98 αλλά εκείνη των άρθρων 5 παρ. 2 ΠτΚ σε συνδυασμό με το άρ. 914 ΑΚ⁴⁸. Η άποψη σχετικά με την ίδια νομιμοποίηση των νέων πιστωτών είναι σύμφωνη και με την αρχή της οικονομίας της δίκης και γενικότερα συμβάλλει στην απλούστευση της όλης διαδικα-

44. Ν. Ρόκας, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 18.

45. Ν. Ρόκας, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 18.

46. Έτσι και Περάκης, ό.π., σελ. 387· Σωτηρόπουλος, ό.π., ΔΕΕ 2008, 503, 506· βλ. όμως και Ν. Ρόκα, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 19 επ., ο οποίος προβάλλει την αρχή της ισότητας των πιστωτών ως λόγο για την άσκηση των αξιώσεων και των νέων πιστωτών από το σύνδικο· Τριανταφυλλάκη, ό.π., σελ. 494 επ.

47. Έτσι και το Γερμανικό Ακυρωτικό BGH, GmbHR 1994, 539, 543.

48. Έτσι Περάκης, ό.π., σελ. 387 επ.

σίας καθώς διευκολύνει τον τρόπο επιβολής των αξιώσεων των πιστωτών. Σε αντίθετη περίπτωση η αποκατάσταση της ζημίας κάθε νέου πιστωτή θα γινόταν από δύο διαφορετικά πρόσωπα, δηλαδή το σύνδικο μέχρι το ποσό της αναλογικής του ζημίας και από τον ίδιο τον πιστωτή για το υπόλοιπο ποσό, πράγμα που θα σήμαινε αυτόματα και τον πολλαπλασιασμό των απαραίτητων δικών⁴⁹.

Από την άλλη, η δυνατότητα των νέων πιστωτών να ασκούν οι ίδιοι τις αξιώσεις τους απαλλάσσει το σύνδικο από την υποχρέωση σχηματισμού δύο ξεχωριστών ομάδων περιουσίας για κάθε μία ομάδα πιστωτών⁵⁰. Κάτι τέτοιο θα ήταν ιδιαίτερα χρονοβόρο, και με υψηλό το ενδεχόμενο λαθών στον υπολογισμό των ζημιών από το σύνδικο. Διότι, κατ' αρχήν, το ύψος του αρνητικού διαφέροντος κάθε νέου πιστωτή εξαρτάται από παράγοντες καθαρά ατομικούς και μη προσβάσιμους στο γνωστικό πεδίο του συνδίκου⁵¹. Εξάλλου, ο σύνδικος θα πρέπει να υπολογίσει το πτωχευτικό μέρος των νέων πιστωτών για κάθε έναν ξεχωριστά, ώστε αυτό να αφαιρεθεί από το ποσό της αποκαταστάσεως ζημίας τους (*αρνητικό διαφέρον*). Ενόψει των αντικειμενικών δυσκολιών που ενέχει η διαδικασία υπολογισμού της αναλογικής ζημίας, κάτι τέτοιο θα ήταν για το σύνδικο πρακτικά αδύνατο⁵². Από την άλλη, οι νέοι πιστωτές θα ήταν αναγκασμένοι να περιμένουν για τον υπολογισμό του πτωχευτικού μερίσματος μέχρι το τέλος της πτωχευτικής διαδικασίας με τον κίνδυνο να μη λάβουν τελικά τίποτα, πράγμα που θα τους έφερνε ξεκάθαρα σε μειονεκτική θέση σε σχέση με τους παλαιούς. Έτσι, λοιπόν, θα πρέπει να γίνει δεκτό, ότι οι νέοι πιστωτές δικαιούνται να ζητήσουν οι ίδιοι την αποκατάσταση της ζημίας τους από τους διοικούντες και μάλιστα στο σύνολό της. Οι τελευταίοι θα έχουν βέβαια το δικαίωμα να ζητήσουν την εκχώρηση της απαίτησης που είχε ο πιστωτής κατά της εταιρείας⁵³.

Ε. Ευθύνη από πρόκληση πτώχευσης κατ' άρθρο 98 παρ. 2 ΠτΚ

Το δεύτερο πραγματικό ευθύνης των διοικητών εισάγει το άρθρο 98 παρ. 2 ΠτΚ για την πρόκληση της πτώχευσης που προκλήθηκε με δόλο ή βαρεία αμέλεια. Στην περίπτωση αυτή οι διοικητές ευθύνονται έναντι των εταιρικών πιστωτών προσωπικά και εις ολόκληρον για τη ζημία που τους προκλήθηκε. Στα υπόχρεα προς αποζημίωση πρόσωπα περιλαμβάνονται και αυτοί που άσκησαν επιρροή στους διοικητές με αποτέλεσμα την πρόκληση της πτώχευσης για την εταιρία. Το πραγματικό

49. Έτσι το Γερμανικό Ακυρωτικό BGHZ, 138, 211, 215.

50. Πρβλ. Ν. Ρόκας, ό.π., ΕΕμπΔ 2008, 1, 20.

51. Έτσι το Γερμανικό Ακυρωτικό BGHZ 171, 46, 55.

52. Γενικά για τις δυσκολίες υπολογισμού της αναλογικής ζημίας βλ. μόνο *Dauer-Lieb*, Die Berechnung des Quotenschadens - Besprechung des Urteils BGH ZIP 1997, 1542, ZGR 1998, 617 επ.· *K. Schmidt*, ό.π., NZI 1998, 9, 10 επ.

53. *Περάκης*, ό.π., σελ. 387.

της ευθύνης του άρ. 98 παρ. 2 ΠτΚ δημιουργεί ευθύνη προσωπική των διοικητών έναντι των εταιρικών πιστωτών σε στάδιο πριν την έλευση της πτώχευσης, δηλαδή ήδη στο στάδιο της αφερεγγυότητας της εταιρίας. Στο χρονικό αυτό στάδιο συνεχίζει να ισχύει ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης για τους διοικητές (Business Judgment Rule), ο οποίος πλησιάζοντας στο στάδιο της αφερεγγυότητας αρχίζει να εξασθενεί κάνοντας έτσι πιο ξεκάθαρο για τους διοικητές ότι κατά τη διαχείριση των υποθέσεων τους πρωταρχικό ρόλο έχει το συμφέρον των πιστωτών και όχι το συμφέρον της εταιρίας. Αυτό σημαίνει για τους διοικητές ότι πρέπει να απέχουν από πράξεις που θα μπορούσαν να οδηγήσουν στην πτώχευση της εταιρίας και αντίστοιχα να μεριμνούν για την αποφυγή της πτώχευσης πάντα με γνώμονα την κατά το δυνατόν μικρότερη ζημία των πιστωτών.

Ο νομοθέτης με τις πρόσφατες αλλαγές στον Πτωχευτικό Νόμο έκανε ξεκάθαρο ότι η τυπική πτώχευση με το άνοιγμα της πτωχευτικής διαδικασίας δεν είναι απαραίτητη. Αντίθετα, η πρόκληση της ουσιαστικής πτώχευσης, δηλαδή της παύσης πληρωμών για την εταιρία είναι η πράξη των διοικητών που αποδοκιμάζεται από το δίκαιο⁵⁴. Αυτό δείχνει της θέληση του νομοθέτη να βελτιώσει την αποτελεσματικότητα της προληπτικής και κατασταλτικής ισχύος της διάταξης, αφού πλέον η επιβολή ευθύνης στους διοικητές δεν θα εξαρτάται από το αβέβαιο του ανοίγματος της πτωχευτικής διαδικασίας. Αυτή η αβεβαιότητα ήταν μέχρι τώρα σίγουρα ένας παράγοντας που αποδυνάμωνε την αποτρεπτική ισχύ της διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 98 ΠτΚ για τους διοικητές και μάλιστα σε μεγάλο βαθμό. Από την άλλη, ο κανόνας του άνω άρθρου με την σημερινή της μορφή προσθέτει στην προληπτική προστασία των πιστωτών, αφού κινητοποιεί τους διοικητές, κάθε φορά που ασκούν μία πράξη διαχείρισης να κάνουν και μία οικονομική πρόβλεψη που τους ενημερώνει για το εάν η συγκεκριμένη πράξη θα έχει ως αποτέλεσμα την παύση πληρωμών για την εταιρία (solvency test).

Το πραγματικό της διάταξης της παρ. 2 του άρ. 98 ΠτΚ δυστυχώς δεν έχει μέχρι και σήμερα εξειδικευθεί από τη νομολογία. Παρόλα αυτά υποστηρίζεται στη θεωρία ότι αυτό περιλαμβάνει κατά κανόνα την κακοδιαχείριση από τους διοικητές εις βάρος της εταιρίας και των πιστωτών της. Τέτοιες περιπτώσεις είναι η εσφαλμένη λήψη αποφάσεων που οδηγούν στην παύση των πληρωμών, όπως συμβάσεις με τρίτους που έχουν ως αποτέλεσμα τη μείωση του ενεργητικού και την αύξηση του παθητικού για την εταιρία, την καταγγελία ζωτικών για την εταιρία συμβάσεων αλλά και την απιστία και εν γένει την κακή διαχείριση⁵⁵. Ζωτικής σημασίας είναι βέβαια η πράξη των διοικητών που έχει ως συνέπεια την έλλειψη της απαραίτητης ρευστότητας η οποία θα οδηγήσει τελικά στην παύση των πληρωμών. Συνεπώς πρά-

54. Οι πρόσφατες αλλαγές του Ν. 4446/2016 τροποποίησαν την παρ. 2 του άρθρου 98 ΠτΚ έτσι, ώστε ευθύνη για τους διοικητές γεννάται όταν αυτοί με πράξη ή παράλειψή τους προκάλεσαν την παύση πληρωμών για την εταιρία.

55. Περράκης, ό.π., σελ. 391· Ν. Ρόκας, ΕΕμπΔ 2008, 1, 2.

ξεις των διοικητών που δεν ζημιώνουν άμεσα την εταιρική περιουσία διότι συγχρόνως με την μείωση της ρευστότητας μειώθηκε και το παθητικό της εταιρίας θα πρέπει να καλύπτονται από το πραγματικό της εν λόγω διάταξης. Βέβαια, θα πρέπει η μείωση της ρευστότητας να βρίσκεται σε αιτιώδη συνάφεια με την πρόκληση της παύσης πληρωμών καθώς και την πρόκληση ζημίας των εταιρικών πιστωτών.

Όσον αφορά το ερώτημα ποιά ζημία καλύπτει το άρθρο 98 παρ. 2 ΠτΚ, από τα παραπάνω φαίνεται αυτή να είναι ζημία που κατά κύριο λόγο αφορά στην ίδια την εταιρία προκαλώντας την παύση πληρωμών για αυτήν και ενδεχομένως και το τυπικό άνοιγμα της πτωχευτικής διαδικασίας. Κατά την άποψη αυτή η ζημία των πιστωτών έρχεται μόνο έμμεσα και αντακακλάται στη ζημία στην εταιρική περιουσία⁵⁶. Σε αυτήν την περίπτωση οι διοικητές θα ευθύνονται εσωτερικά απέναντι στην εταιρία και όχι εξωτερικά έναντι των πιστωτών, κάτι που βρίσκεται σε αρμονία με την εταιρική αρχή της εσωτερικής ευθύνης των διοικητών για διαχειριστικές πράξεις που έχουν ως αποτέλεσμα τη ζημία της εταιρίας. Σύμφωνα με αντίθετη άποψη που φαίνεται να είναι ορθότερη, η ευθύνη του άρ. 98 παρ. 2 ΠτΚ είναι εξωτερική απευθείας έναντι των πιστωτών και άρα καλύπτει περιπτώσεις που η ζημία των εταιρικών πιστωτών είναι άμεση. Διότι στην περίπτωση της έμμεσης ζημίας των πιστωτών εφαρμόζονται ούτως ή άλλως οι κοινές διατάξεις του εταιρικού δικαίου περί ευθύνης των διοικητών με βάση τα άρθρα 22α του Ν 2190/1920, 26 του Ν 3190/1955 και 67 του Ν 4072/2012, όπου υπάρχει ευθύνη των διοικητών για κάθε πταίσμα⁵⁷. Έτσι το πραγματικό της άνω διάταξης θα πρέπει να καλύπτει περιπτώσεις ευθύνης όπου οι εταιρικοί πιστωτές ζημιώθηκαν ευθέως χωρίς όμως να ζημιώθηκε πρωτίστως η ίδια εταιρία, όπως για παράδειγμα λόγω της παύσης πληρωμών οδηγήθηκε και σε πτώχευση και ο πιστωτής ή όταν ο πιστωτής έχασε την ευκαιρία άλλης επικερδούς συναλλαγής.

Η αποτρεπτική ισχύ της εν λόγω διάταξης φαίνεται να ενισχύεται στην περίπτωση που γίνει δεκτό ότι η ευθύνη που εισάγει είναι εξωτερική έναντι των εταιρικών πιστωτών. Εξάλλου, πρόκειται για ζημία που είναι εξατομικευμένη και για κάθε πιστωτή ξεχωριστή και άρα θα πρέπει να υπολογιστεί κάθε φορά σε διαφορετική βάση⁵⁸. Αυτό ακριβώς επιβεβαιώνει και η αιτιολογική έκθεση του Ν 4446/2016 κατά την οποία η εν λόγω αξίωση θα ασκείται απευθείας από τους εταιρικούς πιστωτές και όχι από το σύνδικο της πτώχευσης. Πάντως, δεν θα πρέπει να δημιουργούνται μεγάλες προσδοκίες καθώς η ευθύνη αφορά πράξεις των διοικητών που βαρύνο-

56. Ν. Ρόκας, ΕΕμπΔ 2008, 1, 2· Τριανταφυλλάκης, Ευθύνη για πρόκληση αφερεγγυότητας - Εταιρικό και πτωχευτικό δίκαιο, ΕΕμπΔ 2010, 801, 819 επ.· Καραγκουνίδης, σε: Μαρίνος (επιμ.), Η ανώνυμη εταιρία μεταξύ εταιρικού και πτωχευτικού δικαίου και δικαίου της κεφαλαιαγοράς, 2011, σελ. 471 επ.

57. Περάκης, ό.π., σελ. 391· Ελευθεριάδης, Η προστασία των δανειστών κεφαλαιουχικής εταιρίας ως πρόβλημα ευθύνης των εταίρων, 2012, σελ. 50 επ.

58. Περάκης, ό.π., σελ. 393 επ.· Ελευθεριάδης, ό.π., σελ. 61 επ.· Μικρουλέα, Όρια δράσης και ευθύνη των εταιρικών διοικητών, 2013, σελ. 233.

νται αποκλειστικά με δόλο ή βαρειά αμέλεια. Επίσης, θα είναι ιδιαίτερα δύσκολο για το δικαστήριο να δεχθεί άμεση βλάβη των πιστωτών χωρίς πρωταρχική ζημία της ίδιας της εταιρίας καθώς θα πρέπει να αποδειχθεί κάθε φορά η συνδρομή διπλής αιτιώδους συνάφειας που να συναρτά τόσο την πρόκληση της παύσης πληρωμών με την πράξη ή παράλειψη του διοικητή όσο και την παύση πληρωμών με την άμεση ζημία των πιστωτών⁵⁹.

ΣΤ. Ένταξη στο σύστημα προστασίας των πιστωτών

Ο Έλληνας νομοθέτης έχει φροντίσει για ένα ολοκληρωμένο σύστημα προστασίας των εταιρικών πιστωτών το οποίο αποσκοπεί κυρίως προληπτικά να παρέχει τα κατάλληλα κίνητρα που θα οδηγήσουν και θα κατευθύνουν το διοικητή στις σωστές ενέργειες προς αποφυγή μιας ενδεχόμενης ζημίας των πιστωτών. Για αυτό έχει εξοπλίσει το ελληνικό εταιρικό - πτωχευτικό δίκαιο με κανόνες που σκοπό έχουν να παροτρύνουν το διοικητή, ανάλογα με την οικονομική κατάσταση της εταιρίας, να δρουν προς εξυπηρέτηση και του ανάλογου συμφέροντος, εκείνου δηλαδή που έχει τη μεγαλύτερη ανάγκη για προστασία.

Έτσι για παράδειγμα αξίζει να αναφερθούν κάποιοι από τους μηχανισμούς που σκοπό έχουν να παρακινήσουν το διοικητή να ενεργήσει προς το συμφέρον των πιστωτών, όταν η εταιρία αρχίζει ήδη να μπαίνει σε κρίση. Μεταξύ αυτών είναι για παράδειγμα η υποχρέωση πληροφόρησης των μετόχων και η σύγκληση γενικής συνέλευσης σε περίπτωση που το σύνολο των ιδίων κεφαλαίων της εταιρίας γίνει κατώτερο από το μισό του μετοχικού κεφαλαίου (άρ. 47 2190/1920), όπως και η γενική υποχρέωση του διοικητή να παρακολουθεί σταθερά την οικονομική κατάσταση και τη ρευστότητα της εταιρίας με βάση το άρ. 22α 2190/2910. Επίσης, άξια αναφοράς είναι η υποχρέωση του να εφαρμόσει τα απαραίτητα μέτρα για την εξυγίανση και διάσωση της εταιρίας με βάση το άρ. 22α 2190/2910, καθώς επίσης και η υποχρέωσή του για αίτηση για πτώχευση και αποφυγή πρόκλησης της παύσης πληρωμών με βάση τη διάταξη του άρ. 98 παρ. 1, 2 ΠτΚ, όπως εκτέθηκαν παραπάνω.

Συνάγεται από τα παραπάνω, λοιπόν, ότι ήδη από το στάδιο της κρίσης και αρκετά πριν από την είσοδο της ουσιαστικής πτώχευσης, ο Έλληνας νομοθέτης προσπαθεί με σαφείς και ακριβείς κανόνες να ελέγξει τη συμπεριφορά του διοικητή με τέτοιον τρόπο που να αποφύγει την πτώχευση και να προλάβει οποιαδήποτε τυχόν ζημία στο πρόσωπο των πιστωτών. Αυτό προσπαθεί να το πετύχει ακριβώς με κανόνες που έχουν προληπτική δράση, ακόμη και αν αυτοί δεν έχουν πάντα άμεσο στόχο την προστασία των πιστωτών αλλά μόνο έμμεσο και ακόμη δεν είναι υποχρεώσεις

59. *Ελευθεριάδης, ό.π.*, σελ. 56 επ.

απευθείας απέναντι στους πιστωτές αλλά στην ίδια την εταιρία⁶⁰. Την προληπτική δράση ο έλληνας νομοθέτης επιλέγει να την ενισχύσει με κανόνες συμπεριφοράς, οι οποίοι είναι κατά κύριο λόγο κατανοητοί, σαφείς και ακριβείς. Στόχος του είναι να ξεκάθαρη εικόνα στο διοικητή για τις υποχρεώσεις του κατά τη διάρκεια της κρίσης και έτσι να του προσφέρει σαφείς κατευθυντήριες γραμμές για το πώς θα πρέπει να αντιδράσει σε περίπτωση που η εταιρία οδεύει προς την κρίση⁶¹.

Το ίδιο ισχύει και για την περίοδο της ουσιαστικής πτώχευσης, όπου ο διοικητής ακόμη και πριν την είσοδό της ευθύνεται για την πρόκληση της πτώχευσης, εφόσον ενεργήσει με δόλο ή βαριά αμέλεια εις βάρος των πιστωτών. Επίσης, ευθύνεται για παρέλκυση της πτώχευσης προσωπικά απέναντι στους πιστωτές αν δεν υποβάλλει έγκαιρα την αίτηση πτώχευσης αμέσως μετά την είσοδο της παύσης των πληρωμών. Αυτό είναι και το σημείο που ο νομοθέτης βάζει φρένο στην ελεύθερη διαχείριση από τους διοικητές και σηματοδοτεί το τέλος της προς όφελος των εταιρικών πιστωτών. Για τις αποφάσεις τους αυτές ο διοικητής δεν προστατεύεται από τον κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης (Business Judgment Rule), ο οποίος ήδη αμέσως πριν την ουσιαστική πτώχευση παύει σταδιακά να ισχύει και εξασθενεί τόσο περισσότερο όσο η εταιρία πλησιάζει στην παύση πληρωμών⁶². Αυτό γίνεται σαφές από το ότι ο διοικητής είναι υποχρεωμένος να ακολουθήσει συγκεκριμένα βήματα τα οποία έχει αποφασίσει ο νομοθέτης και δεν έχει περιθώρια να ασκήσει τη διακριτική του ευχέρεια για να αποφύγει την ευθύνη έναντι των εταιρικών πιστωτών.

Συμπερασματικά, προκύπτει ότι ο έλληνας νομοθέτης επιλέγει να προστατεύσει τους εταιρικούς πιστωτές προληπτικά μέσω της εταιρικής - πτωχευτικής ευθύνης των διοικητών. Συγκεκριμένα, ο νομοθέτης ορίζει σαφείς, ακριβείς και κατανοητούς κανόνες συμπεριφοράς για να ελέγξει τους διοικητές και να τους κατευθύνει σε ενέργειες που δεν θα βλάψουν τα συμφέροντα των πιστωτών. Με τον τρόπο αυτό επιδιώκει την αποφυγή της γέννησης του ζημιολογικού γεγονότος, δηλαδή την αποφυγή της πτώχευσης (Insolvenzvermeidung), χωρίς όμως ακόμη να επεμβαίνει με αντίστοιχους κανόνες αντιμετώπισης αυτής (Insolvenzabwicklung). Από τη στιγμή που ο κίνδυνος πραγματοποιηθεί ο νομοθέτης έχοντας εξαντλήσει τα προληπτικά μέτρα αντιμετώπισης επεμβαίνει κατασταλτικά υποχρεώνοντας τους διοικητές να καταβάλλουν αποζημίωση στους εταιρικούς πιστωτές για τη ζημία τους.

60. Για παράδειγμα η υποχρέωση εξυγίανσης έχει πρωταρχικό στόχο την εξυγίανση και διάσωση της επιχείρησης, ενώ σκοπεύει μόνο έμμεσα στην προστασία των πιστωτών.

61. Γενικά για ακριβείς και μη ακριβείς κανόνες και μηχανισμούς *Ulen*, ό.π., σελ. 347 επ.· βλ. επίσης *Ulmer*, KTS 1981, 469, 481.

62. Αντίθετα ο κανόνας της επιχειρηματικής κρίσης συνεχίζει να ισχύει ακόμα και μέσα στην πτώχευση σε άλλες δικαιοδοσίες όπως αυτή των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής, βλ. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)· *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 928 (Del. 2003).

Ζ. Επίτευξη στόχου και αποτελεσματικότητα του μέτρου

Ι. Καταλληλότητα του μέτρου

Από μία πρώτη θεώρηση, τουλάχιστον θεωρητικά - κανονιστικά, φαίνεται ότι ο έλληνας νομοθέτης για την εισαγωγή του άρθρου 98 ΠτΚ περί της ευθύνης των διοικητών από παρέλκυση και πρόκληση της πτώχευσης θέλησε να λάβει υπόψη του βασικά στοιχεία της ελληνικής οικονομικής πραγματικότητας και να προσαρμοστεί σε αυτά. Συγκεκριμένα, δείχνει να έλαβε υπόψη του ότι η ελληνική κοινωνία απαρτίζεται ως επί το πλείστον από κλειστές και οικογενειακές επιχειρήσεις, με την έννοια ότι αυτές έχουν περιορισμένο αριθμό εταίρων - μετόχων και διοικούνται από πρόσωπα τα οποία συχνά είναι οι ίδιοι και εταίροι⁶³. Σε αυτές τις εταιρίες είναι εμπειρικά αποδεδειγμένο ότι η ψυχολογική πίεση στους διοικητές για παρέλκυση της πτώχευσης είναι ιδιαίτερα έντονη, ακριβώς επειδή τα ενδιαφέροντα τους να συγκλίνουν σε μεγάλο βαθμό με εκείνα των μετόχων-εταίρων. Οι διοικητές τέτοιων εταιριών αναπτύσσουν σε μεγάλο βαθμό τα λεγόμενα αντίστροφα κίνητρα να καθυστερήσουν την αίτηση για πτώχευση και να κάνουν τα πάντα για να σώσουν την εταιρία. Επίσης, χαρακτηριστικό των εν λόγω εταιριών είναι ότι πολλές φορές τα στελέχη και τα πρόσωπα που τις διοικούν δεν διαθέτουν την απαραίτητη επιστημονική γνώση και αντίληψη για να αντιδράσουν σωστά και έγκαιρα στην εμφάνιση των πρώτων στοιχείων της κρίσης με αποτέλεσμα πολύ συχνά να αντιδρούν μόλις την τελευταία στιγμή με το να προσλαμβάνουν κάποιον ειδικό αμέσως πριν ή και μετά την εμφάνιση της κρίσης. Ακόμη, συμβαίνει οι εταιρίες αυτές να μην έχουν και την οικονομική δυνατότητα να επενδύσουν σε ακριβούς - αλλά και απαραίτητους - μηχανισμούς αντιμετώπισης μιας οικονομικής κρίσης, με αποτέλεσμα να αδυνατούν να την προλάβουν ή να την αντιμετωπίσουν έγκαιρα, όταν ακόμη υπάρχει χρόνος για αυτό.

Όλα τα παραπάνω στοιχεία οδηγούν εύλογα στο συμπέρασμα ότι η διάταξη του άρθρου 98 παρ. 1, 2 ΠτΚ είναι, θεωρητικά τουλάχιστον, κατάλληλη για την αντιμετώπιση του προβλήματος που καλείται να επιλύσει. Διότι, καταρχήν εισάγει μία εξωτερική ευθύνη των διοικητών έναντι των εταιρικών πιστωτών με αυξημένη αποτρεπτική ισχύ για τους διοικητές, αφού οι πιστωτές έχουν στα χέρια τους αυτοτελή αξίωση για αποζημίωση την οποία μπορούν να ασκήσουν και εκτός της πτωχευτικής διαδικασίας⁶⁴. Αυτό σε κάθε περίπτωση συμβάλλει κατά κανόνα στην

63. Στην Ελλάδα τον εταιρικό αυτό τύπο αντιπροσωπεύει τόσο η ΑΕ όσο και η ΕΠΕ και ΙΚΕ. Στη Γερμανία το πρότυπο αυτό αποτελεί η γερμανική GmbH, ενώ στην Αμερική ο άνω τύπος αντιστοιχεί στην αμερικάνικη close corporation. Για τη γερμανική GmbH βλ. *Fleischer*, σε: *MünchKomm zum GmbHG*, Einl. Rn 277, ενώ για την αμερικάνικη close corporation βλ. *Donahue v. Rodd Electrotype Co.*, 328 N. E.2d 505, 511 (Mass. 1975) · *Merkel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn 195.

64. Βλ. μόνο *Eckert/Grechenig/Stremitzer*, ό.π., σελ. 10· για το ότι οι νέοι πιστωτές απολαμβάνουν το προνόμιο αυτό βλ. *Thole*, Die US-amerikanische Neuschöpfung des „Tort of Deepening Insolvency“ - ein Vorbild für den deutschen Gläubigerschutz?, ZIP 2007,

αποτρεπτική ισχύ του μέτρου καθώς οι διοικητές αντιλαμβάνονται ότι η πιθανότητα να ασκηθεί η αξίωση από τους ίδιους τους πιστωτές είναι μεγαλύτερη από την περίπτωση που το δικαίωμα αυτό θα ήταν στα χέρια της εταιρίας και του συνδίκου. Επίσης, πρόκειται, όπως ειπώθηκε και παραπάνω, για έναν κανόνα που είναι σαφής, ακριβής και κατανοητός για τους διοικητές με την έννοια ότι τους υποδεικνύει με την απαραίτητη διαφάνεια τον τρόπο με τον οποίο πρέπει να ενεργήσουν για να αποφύγουν την ευθύνη λόγω ζημίας των εταιρικών πιστωτών. Αυτή η μέθοδος βρίσκεται σε αρμονία και καλύπτει το κενό που δημιουργεί η έλλειψη ειδικής γνώσης και επαγγελματισμού ως προς τον τρόπο αντίδρασης καθώς και η έλλειψη επενδυτικής ικανότητας, στοιχεία που χαρακτηρίζουν κατά κανόνα την ελληνική κλειστή και οικογενειακή επιχείρηση. Διότι οι διοικητές τέτοιων εταιριών δεν είναι σε θέση κατά κανόνα να επενδύσουν και να καταναλώσουν χρόνο και χρήμα για να ερμηνεύσουν έναν κανόνα συμπεριφοράς που είναι μάλλον αόριστος και ασαφής ως προς τις υποχρεώσεις και κατευθύνσεις που τους επιβάλλει για την αποφυγή της ζημίας των πιστωτών⁶⁵. Τέλος, τα αντίστροφα κίνητρα των διοικητών να κρατήσουν πάση θυσία την εταιρία ζωντανή και να μην υποβάλουν την αίτηση για πτώχευση φαίνεται, τουλάχιστον θεωρητικά - ότι θα πρέπει να αντιμετωπιστούν με ένα ισχυρό αντίμετρο - αυτό της εξωτερικής ευθύνης - έτσι ώστε η αποτρεπτική της ισχύς για τους διοικητές να είναι όσο το δυνατόν πιο μεγάλη και άρα αποτελεσματική.

Η. Έλλειψη αποτελεσματικότητας του μηχανισμού ευθύνης

Σύμφωνα με όλα τα παραπάνω και τουλάχιστον από κανονιστική σκοπιά, φαίνεται ότι η διάταξη του άρθρου 98 ΠτΚ είναι σε θέση να ανταποκριθεί στις ανάγκες του νομοθέτη και να συμβάλει θετικά στο πρόβλημα της καθυστερημένης αίτησης για πτώχευση και της περαιτέρω ζημίας των εταιρικών πιστωτών. Αυτό τουλάχιστον υποδεικνύει η αυξημένη - από θεωρητική και κανονιστική σκοπιά πάντα - αποτρεπτική ισχύ της αντίστοιχης ευθύνης που έχει εισαγάγει ο νομοθέτης. Στη πραγματικότητα όμως δεν αρκεί απλά η άριστη κανονιστική διαμόρφωση της διάταξης για να αντιμετωπίσει το πρόβλημα που καλείται κάθε φορά αυτή να αντιμετωπίσει. Με άλλα λόγια, υπάρχουν άλλοι παράγοντες που μπορεί να επηρεάζουν αρνητικά την αποτελεσματικότητα της διάταξης και να την εξασθενούν, ακόμη και αν αυτή φαίνεται να είναι πολλά υποσχόμενη. Ειδικότερα, όσον αφορά την ευθύνη ως μηχανισμού με προληπτική δράση, δεν αρκεί αυτή να εμπεριέχει μία βαριά απειλή για τους διοικητές, ώστε να είναι τόσο πιο αποτελεσματική όσο πιο βαριά είναι αυτή η

1590, 1593· Haas, Ist das Trihotel-Haftungsmodell Vorbild auch für andere dem Schutz der Gläubigersamtheit dienende Haftungsansprüche?, ZIP 2009, 1257, 1260.

65. Korobkin, Cap. U. L. Rev. 1994, 413, 427.

απειλή. Τουναντίον, πρέπει από άλλους παράγοντες να εξασφαλίζεται ότι η ευθύνη αυτή στην πράξη μπορεί πράγματι να επιβληθεί⁶⁶.

Ειπώθηκε και παραπάνω, ότι από οικονομική σκοπιά πιο σημαντική φαίνεται να είναι η προληπτική δράση της ευθύνης παρά η κατασταλτική της. Αυτό γιατί αν αποφευχθεί ο κίνδυνος σε πρώτο στάδιο δεν εμφανίζεται καθόλου η ζημία και ακόμη βελτιώνονται οι συνθήκες εξυγίανσης της επιχείρησης. Για τη βελτίωση και αύξηση της προληπτικής δράσης της ευθύνης ως μηχανισμού ελέγχου της συμπεριφοράς των διοικητών, σημαντικά είναι τα στοιχεία του ύψους της ευθύνης όσο και της πιθανότητας η ευθύνη αυτή να στην πράξη πραγματοποιηθεί⁶⁷. Θα πρέπει δηλαδή ο διοικητής να θεωρεί ως πιθανό ότι η αξίωση αποζημίωσης, σε περίπτωση που η ζημία επέλθει, όχι μόνο θα ασκηθεί αλλά και ότι θα ασκηθεί με επιτυχία, δηλαδή ότι πράγματι το ποσό της αποζημίωσης θα εκταμιευθεί προς όφελος των ζημιωθέντων πιστωτών.

Το πρόβλημα που εδώ δημιουργείται είναι ότι η αποτρεπτική αυτή ισχύς του μηχανισμού της ευθύνης μπορεί υπό την επιρροή συγκεκριμένων παραγόντων πολύ εύκολα να εξασθενήσει μέχρι και να εξαφανιστεί, για αυτό και σε κάθε περίπτωση δεν θα πρέπει να υπερεκτιμηθεί⁶⁸. Έτσι για παράδειγμα, εάν η προσωπική παρουσία του διοικητή δεν επαρκεί για την ικανοποίηση των ζημιωθέντων πιστωτών, τότε η απειλή της ευθύνης παύει να ισχύει ως αποτρεπτικός παράγοντας για το διοικητή⁶⁹. Αυτό γιατί ο διοικητής ακόμα και αν τελικά είναι υπόλογος για την πράξη του, δεν θα μπορεί να έρθει σε χειρότερη θέση από αυτήν που ήδη βρίσκεται⁷⁰. Το πρόβλημα αυτό γίνεται καλύτερα αντιληπτό όταν σκεφτεί κανείς τη δομή μιας κλειστής οικογενειακής επιχείρησης στην Ελλάδα, όπου βασικό στοιχείο της, μεταξύ άλλων, είναι ότι οι εταίροι - διοικητές έχουν εισφέρει το σύνολο της προσωπικής τους περιουσίας στην εταιρία τους με αποτέλεσμα αυτοί να μη διαθέτουν επαρκή περιουσιακά στοιχεία έξω από αυτήν⁷¹. Σε αυτήν την περίπτωση λοιπόν, είναι προφανές, ότι ένα μεγάλο κομμάτι της αποτρεπτικής ισχύος του μηχανισμού της ευθύνης χάνεται, σε σημείο που θα μπορούσε κανείς να κάνει λόγο για ανοσία των διοικητών, αφού γνωρίζουν εξ' αρχής ότι ακόμα και αν καταδικαστούν σε

66. Βλ. *Eckert/Grechenig/Stremitzer*, ό.π., σελ. 101· *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 2011, σελ. 552.

67. *Eckert/Grechenig/Stremitzer*, ό.π., σελ. 101.

68. *Goette*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, σελ. 123, 124.

69. *Shavell*, ό.π., σελ. 518 επ.· Βλ. επίσης *Klöhn*, σε: MünchKomm zur InsO, § 15a Rn 39.

70. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, ZGR Sonderheft 18, 2012, σελ. 93.

71. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, ό.π., σελ. 93, 105· *Schall*, ό.π., σελ. 103, „Denn gerade die Betreiber kleinerer Unternehmen haben regelmäßig längst „das letzte Hemd“ in ihr Unternehmen gesteckt“.

αποζημίωση, δεν θα την καταβάλλουν ποτέ λόγω μη επαρκούς προσωπικής τους περιουσίας.

Σε αυτό δεν αλλάζει κάτι ούτε και το γεγονός ότι η ευθύνη των διοικητών για παρέλκυση πτώχευσης κατ' άρθρο 98 παρ. 1 ΠτΚ, είναι εξωτερική ευθύνη, με την έννοια ότι, τουλάχιστον όσον αφορά τους νέους πιστωτές, ασκείται από τους ίδιους και όχι από το σύνδικο. Διότι εδώ δεν έχει σημασία τόσο η διαδικαστική πράξη της άσκησης της αξίωσης για αποζημίωση από το νέο πιστωτή αλλά η πιθανότητα πραγματικής ικανοποίησης του πιστωτή μέσω της πραγματικής καταβολής της αποζημίωσης από το διοικητή. Σημαντικό ρόλο λοιπόν για την αποτρεπτική ισχύ του μηχανισμού ευθύνης για το διοικητή έχει το πώς αυτός αντιλαμβάνεται τις πραγματικές πιθανότητες πραγματοποίησής και επιβολής της⁷².

Σημαντικό ρόλο παίζει επίσης και η υπεραισιοδοξία (*overconfidence-bias*) που χαρακτηρίζει τους διοικητές και την ανθρώπινη φύση γενικότερα, ώστε να αντιδρούν με υπερβολική αισιοδοξία και υπέρμετρη αυτοπεποίθηση στις αποφάσεις τους⁷³. Το φαινόμενο της υπεραισιοδοξίας στηρίζεται κυρίως στην προσωπική αντίληψη, ότι ο ίδιος αξίζει περισσότερο από ότι οι άλλοι συνήθως πιστεύουν γι' αυτόν (*self-serving bias*)⁷⁴. Μάλιστα, τα παραπάνω γνωρίσματα συμπεριφοράς αποτελούν κοινά χαρακτηριστικά της ιδιοσυγκρασίας κυρίως ανθρώπων, οι οποίοι θεωρούνται ιδιαίτερα επιτυχημένοι επαγγελματικά και κοινωνικά⁷⁵. Ο λόγος είναι, ότι οι άνθρωποι αυτοί έχουν προφανώς ιδιαίτερη εμπιστοσύνη στον εαυτό τους και στην ικανότητά τους να λαμβάνουν τις σωστές αποφάσεις. Το παραπάνω φαινόμενο σε συνδυασμό και με τα αντίστροφα κίνητρα που αναπτύσσουν οι διοικητές από την εμφάνιση της κρίσης και έπειτα συνηγορούν στο συμπέρασμα, ότι η απειλή αστικής ευθύνης για αποζημίωση - μετά τα όσα ειπώθηκαν και παραπάνω για την ανοσία των διοικητών λόγω έλλειψης περιουσίας - μάλλον τους αφήνει αδιάφορους. Τα στοιχεία της ψυχοσύνθεσης και των αντίστροφων κινήτρων είναι τόσο ισχυρά που φαίνεται ότι δεν αντιμετωπίζονται με το αρνητικό κίνητρο της ευθύνης. Με άλλα λόγια το πρόβλημα σχετικά με την παρέλκυση την πρόκληση της πτώχευσης από τους διοικητές είναι πρόβλημα ψυχολογικό το οποίο πολύ δύσκολα αντιμετωπίζεται με νομικούς κανόνες⁷⁶.

72. Steffek, ό.π., σελ. 542.

73. Sunstein, Behavioral Analysis of Law, 64 University of Chicago Law Review (1997), 1175, 1182 επ.

74. Sunstein, ό.π., University of Chicago Law Review (1997), 1175, 1182 επ. · Dickerson, A Behavioral Approach to Analyse Corporate Failures, 38 Wake Forest Law Review (2003), 101, 104 επ.

75. Dickerson, ό.π., 38 Wake Forest Law Review (2003), 101, 105.

76. Έτσι και Bork, Sanierungsrecht in Deutschland und England, 2011, Rn 7.29.

Αυτό φαίνεται να το έχουν καταλάβει από νωρίς στην άλλη μεριά του Ατλαντικού, στην Αμερική, όπου υποχρέωση των διοικητών να υποβάλουν αίτηση για πτώχευση όταν η εταιρία είναι στο στάδιο της πτώχευσης δεν υπάρχει. Αντίθετα, ακόμα και τότε ο διοικητής προστατεύεται από τον κανόνα της επιχειρηματικής κρίσης και μπορεί ακόμα και να συνεχίσει τη λειτουργία της επιχείρησης χωρίς να ευθύνεται απέναντι στους εταιρικούς πιστωτές. Αντί της ευθύνης λοιπόν, ο αμερικανός νομοθέτης επέλεξε να ελέγξει τη συμπεριφορά των διοικητών όχι με αρνητικά αλλά με θετικά κίνητρα όπως αυτό της εξυγίανσης και της ίδιας διαχείρισης. Εκεί μάλλον επικρατεί η αντίληψη, ότι οι κανόνες συμπεριφοράς όσο σαφείς και ακριβείς και αν είναι, δεν μπορούν να κινήσουν το διοικητή πάντα προς την επιθυμητή κατεύθυνση⁷⁷. Διότι ακόμη και αν ο διοικητής είναι αντικειμενικά ικανός να εφαρμόσει τους επιβαλλομένους κανόνες, αυτό δεν αρκεί. Με άλλα λόγια, ο αποτελεσματικός έλεγχος της συμπεριφοράς των διοικητών μέσω εξαναγκαστικών κανόνων συμπεριφοράς μόνο σε περιορισμένο βαθμό μπορεί να επιτευχθεί. Αιτία για αυτό είναι μεταξύ άλλων και το γεγονός ότι οι κανόνες αυτοί δεν περιέχουν θετικά κίνητρα⁷⁸.

Τέλος, στοιχείο που συμβάλει στην έλλειψη αποτελεσματικότητας της διάταξης του άρθρου 98 περί εξωτερικής ευθύνης των διοικητών έναντι των πιστωτών - εκτός της δυσκολίας υπολογισμού της ζημίας από το σύνδικο αλλά και των λόγων που εκτέθηκαν αμέσως παραπάνω - είναι και το ότι επιβάλλοντας την άμεση διακοπή της λειτουργίας της επιχείρησης και της άμεσης αίτησης για πτώχευση εμποδίζει την εξυγίανση για την εταιρία με ότι συνεπάγεται αυτό σχετικά με την περαιτέρω ζημία και την καταστροφή αξίας που μακροπρόθεσμα συντελείται. Η προθεσμία των 30 ημερών για την αίτηση πτώχευσης από την παύση πληρωμών είναι δυστυχώς ανεπαρκής για να επιτρέψει οποιαδήποτε προσπάθεια εξυγίανσης, ακόμη και αν η τελευταία είχε καλές πιθανότητες επιτυχίας. Ναι μεν η παύση πληρωμών είναι στάδιο προχωρημένο και ίσως σε αυτό το σημείο θα ήταν αργά για μία εξυγίανση, όμως κανείς δεν μπορεί να είναι σίγουρος για το πώς θα μπορούσε να εξελιχθεί το μέλλον της επιχείρησης ακόμη και στο προχωρημένο αυτό χρονικά στάδιο και έτσι να αποκλείσει ότι η εξυγίανση και η διάσωση της επιχείρησης τελικά θα επιτευχθεί⁷⁹. Υπάρχουν λοιπόν θεωρητικά περιπτώσεις όπου η υποχρέωση αίτησης για πτώχευση σε συνδυασμό με την έλλειψη ευελιξίας και τη στενή προθεσμία που η διάταξη του άρθρου 98 παρ. 1 ΠτΚ εισάγει, οδηγούν ή εξαναγκάζουν σε

77. *Laux*, Risiko, Anreiz und Kontrolle, 1990, σελ. 4.

78. *Ebers/Gotsch* εις: *Kieser/Ebers*, Organisationstheorien, 2006, σελ. 266. Βλ. επίσης *Baird*, 11 *Inter. Rev. L. & Econ.* (1991), 223, 229.

79. *Hirte*, FS Schäfer, 2008, σελ. 609. *Hirte/Schall*, 22 *The Journal of Interdisciplinary Economics* (2010), 73, 76. *Bork*, ό.π., Rn 4.7. Βλ. επίσης, BGHZ 164, 50. *Schall*, ό.π., σελ. 329. *Wüst*, Jz 1985, 817, 819.

πτώχευση ακόμη και εταιρίες που θα μπορούσαν υπό τις κατάλληλες συνθήκες να διασωθούν.

Θ. Συμπερασματικές σκέψεις

Παρά τις φιλόδοξες προσπάθειες του νομοθέτη να ενισχύσει το υπάρχον σύστημα προστασίας των πιστωτών με τους μηχανισμούς προσωπικής ευθύνης των διοικητών στην πτώχευση και πριν από αυτήν, το πρόβλημα της παρέλκυσης της πτώχευσης, της καθυστερημένης αίτησης από τους διοικητές και περιπτώσεις πρόκλησης της παύσης των πληρωμών και κακοδιαχείρισης σε περιόδους κρίσης παραμένει ζωντανό και μάλιστα σε μεγάλη κλίμακα. Δυστυχώς, μέχρι και σήμερα δεν έχει καταγραφεί ούτε μία καταδικαστική απόφαση διοικητών για παρέλκυση ή πρόκληση πτώχευσης. Το πρόβλημα είναι πολυδιάστατο και η αντιμετώπισή του έχει παρουσιάσει σοβαρές δυσκολίες και επιφυλάξεις σε παγκόσμιο επίπεδο. Αφετηρία του προβλήματος θα λέγαμε ότι είναι ένα σύνολο παραγόντων που επηρεάζουν τη ψυχοσύνθεση του προσώπου του διοικητή με συνέπεια η αποτελεσματικότητα του μηχανισμού ευθύνης σε περιόδους κρίσης και σε εταιρίες με τα χαρακτηριστικά κλειστών και οικογενειακών εταιριών να χωλαίνει σημαντικά. Η παρέλκυση λοιπόν της πτώχευσης και η κακοδιαχείριση σε περιόδους κρίσης από εταιρους - διοικητές φαίνεται να είναι μάλλον ψυχολογικό παρά νομικό πρόβλημα. Αυτό από μόνο του κάνει την αντιμετώπισή του με τυπικές νομικές μεθόδους και εργασία πράγματι δύσκολη υπόθεση.

Η έλλειψη αποτελεσματικότητας ως μέσου αντιμετώπισης της παρέλκυσης της πτώχευσης και της κακοδιαχείρισης των διοικητών μας οδηγεί να σκεφτούμε άλλους τρόπους αντιμετώπισης των άνω προβλημάτων που ενδεχομένως θα μπορούσαν να έχουν καλύτερα αποτελέσματα στο στάδιο της κρίσης και πτώχευσης μιας εταιρίας σχετικά με την προστασία των πιστωτών της μέσω μιας πιο γρήγορης και άρα αποτελεσματικής αντίδρασης στο πρόβλημα. Στο προσκήνιο έρχεται η κινητοποίηση των διοικητών μέσω θετικών κινήτρων και κατά κύριο λόγο μέσω του κινήτρου της εξυγίανσης⁸⁰. Δίνοντας στο διοικητή, ο οποίος είναι και εταίρος, το κίνητρο να διασώσει την επιχείρησή του μέσω μιας έγκαιρης εξυγίανσης, την ίδια στιγμή αντιμετωπίζεται και το πρόβλημα της παρέλκυσης της πτώχευσης καθώς η έγκαιρη αντίδραση θέτει την εταιρία σε μια διαδικασία εξυγίανσης, η επιτυχία της οποίας σημαίνει και αποτροπή της ζημίας των εταιρικών πιστωτών ή τουλάχιστον τον ελαχιστοποίησή της, δεδομένου ότι η εταιρία παραμένει ζωντανή όπως και η συμβατική σχέση με τους πιστωτές της. Εξάλλου ο καλύτερος τρόπος για την προ-

80. Βλ. *Haarmeyer*, Gläubigerrechte in Krise und Insolvenz - Vom rechtlichen Können zur praktischen Umsetzung, ZInsO 2010, 1978, 1982.

στασία των πιστωτών μιας εταιρίας είναι η αποφυγή της πτώχευσης⁸¹. Στην προσπάθειά του αυτή ο νομοθέτης θα πρέπει να εισάγει στην κουλτούρα του οφειλέτη, ώστε ο ίδιος να το αντιληφθεί και να το πιστέψει, ότι η εξυγίανση με τα πολλά οφέλη της είναι από μόνη της αρκετό και επαρκές κίνητρο για να τον κινητοποιήσει σε έγκαιρο χρόνο για να δράσει. Με αυτόν τον τρόπο εξασφαλίζεται και επαρκής προστασία για τους εταιρικούς πιστωτές.

Αθήνα, 29.12.2017

81. Πρβλ. *Thole*, ό.π., Jz 2011, 765, 769, "Insolvenzvorsorge ist ohne Zweifel der beste Weg zur Gläubigerbefriedigung".