

Εξασφάλιση με κυμαινόμενη επιβάρυνση (floating charge)



Αννα Δημητρίου Χρίστια Μίτλεττον
ΑΝΔΡΕΑΣ ΝΕΟΚΛΕΟΥΣ & ΣΙΑ ΔΕΠΕ

Ένας από τους ιδιαίτερους τρόπους προς εξασφάλιση μιας παρεχόμενης πιστωτικής διευκόλυνσης είναι να επιβαρύνεται το σύνολο των στοιχείων του ενεργητικού (ή επί ορισμένων κατηγοριών του ενεργητικού) της περιουσίας της οφειλέτου εταιρείας με κυμαινόμενη επιβάρυνση (floating charge). Η επιβάρυνση αυτή είναι γενική, δεν αφορά σε συγκεκριμένο περιουσιακό στοιχείο, ούτε αποτελεί «δέσμευση» του συνόλου του ενεργητικού, (η οφειλέτης εταιρεία μπορεί να συνεχίσει να αποξενώνει τα περιουσιακά της στοιχεία) κυμαίνεται μέχρι να παγοποιηθεί ή να αποκρυσταλλωθεί (crystallization) και τότε, με την παγοποίηση, τα εξασφαλισμένα περιουσιακά στοιχεία συγκεκριμενοποιούνται στο σύνολο του ενεργητικού ως έχει κατά τη στιγμή της παγοποίησης και δεσμεύονται (attached).

Μερικές φορές αυτά που ενδυναμώνουν το ενεργητικό ενός νομικού προσώπου δεν είναι η ύπαρξη κάποιας σταθερής και μόνιμης περιουσίας (ακίνητης ή κινητής), αλλά στοιχεία μη επιδεκτικά άλλου είδους επιβάρυνσης, ακόμα και στοιχεία του ενεργητικού προκύπτοντα μετά την εγγραφή της επιβάρυνσης και πριν την παγοποίηση. Η κυμαινόμενη επιβάρυνση περιλαμβάνει όλα αυτά τα στοιχεία που θα μπορούσαν να αποτελούν το κατά καιρούς ενεργητικό της οφειλέτου από την υπογραφή της συμφωνίας μέχρι την παγοποίηση, χωρίς να υφίσταται η ανάγκη να υπογράφεται κάποια περαιτέρω συμφωνία εξασφάλισης προς όφελος του ίδιου πιστωτή αναφορικά με αυτά, την ύπαρξη και αξία των οποίων ο ίδιος ο πιστωτής μπορεί και να αγνοεί. Εννοείται ότι με κυμαινόμενη επιβάρυνση επιβαρύνονται μόνο τα νομικά πρόσωπα, εάν ένα φυσικό πρόσωπο επιχειρήσει να επιβαρύνει το σύνολο του ενεργητικού της περιουσίας του, αυτή η πράξη του λειτουργεί ως γενική εκχώρηση.

Με την εγγραφή αυτής της επιβάρυνσης η οφειλέτης εκδίδει χρεωστικό ομόλογο το οποίο παραδίδει στον πιστωτή. Αυτό το ομόλογο είναι παράλληλα ένα είδος συμφωνίας που περιέχει και υποστηρίζει κάποιους όρους. Από τους συνηθέστερους όρους είναι η παγοποίηση της εξασφάλισης σε περίπτωση που η οφειλέτης τεθεί υπό εκκαθάριση ή έχει διοριστεί παραλήπτης. Άλλοι όροι μπορεί να συνδέονται με τους όρους της δανειοδοτικής ή πιστωτικής συμφωνίας προς εξασφάλιση της οποίας εγγράφεται η εν λόγω επιβάρυνση, οπότε σε περίπτωση που η οφειλή προς τον πιστωτή καθίσταται πληρωτέα ή ζητηθεί, και δεν τιμηθεί, η εξασφάλιση μπορεί και πάλι να παγοποιηθεί. Παρά το ότι θεωρητικά μετά την επέλευση του γεγονότος παγοποίησης η οφειλέτης δεν μπορεί να διαχειρίζεται το δεσμευμένο πλέον ενεργητικό της, εφόσον ο πιστωτής δεν έχει διορίσει παραλήπτη / διαχειριστή να το πράττει, στην ουσία η επιβάρυνση παραμένει κυμαινόμενη μέχρι την πραγματική επέμβαση του πιστωτή. Αντίστοιχα, το στάδιο της παγοποίησης θεωρείται σύνθετο στάδιο.

Στο στάδιο πριν την παγοποίηση η επιβάρυνση αυτή είναι σαν μια σκιά που στέκει πάνω από το σύνολο του ενεργητικού χωρίς να το αγγίζει και να το επηρεάζει κι αυτό εξακολουθεί να διαμορφώνεται, να αυξάνεται ή να μειώνεται. Πρόκειται όμως για παρούσα εξασφάλιση και όχι μια εξασφάλιση που αφορά στο μέλλον ή που εξαρτάται από συγκεκριμένο γεγονός. Πριν την παγοποίηση είναι μεν ανεπαισθητή για τις συναλλαγές της εταιρείας, που εξακολουθεί να λειτουργεί κατά το συνήθη τρόπο και σαν να μην υπάρχει η εξασφάλιση, αλλά δεν παύει να είναι μια επιβάρυνση που διαμορφώνει τη γενικότερη ικανότητα και εικόνα της οφειλέτου. Προκειμένου η επιβάρυνση να μπορεί να προβληθεί έναντι του εκκαθαριστή ή άλλων πιστωτών θα πρέπει να εγγραφεί χαρτοσημασμένη στον Έγγραφο Εταιρειών μέσα στην ορισμένη προθεσμία του άρθρου 90επ. Κεφ.113.

Παρά το ότι σε τέτοιου είδους συμφωνίες συνήθως προνοείται ότι η οφειλέτης δεν μπορεί να επιβαρύνει περαιτέρω το ενεργητικό ή να δημιουργήσει δικαίωμα επί αυτού ή να το διαθέσει χωρίς την προηγούμενη συγκατάθεση του πιστωτή, πέραν από το αίσημα ενίσχυσης της θέσης του πιστωτή που δημιουργείται, υπάρχει η καλά διαμορφωμένη στο δίκαιο επιφύλαξη υπέρ της ανεμπόδιστης συνήθους πορείας των εργασιών της (ordinary course of business) και η εισαγωγή τέτοιων απαγορευτικών προνοιών στις συμφωνίες θεωρήθηκε απλά μια έμπρακτη αναγνώριση της πρακτικής αδυναμίας της κυμαινόμενης επιβάρυνσης να παρέχει ικανοποιητική εξασφάλιση.

Η διφορούμενη έννοια του «ordinary course of business» και η ανάγκη ερμηνείας του συνιστά ήδη ένα περιορισμό για την οφειλέτη, που εάν ενεργήσει εκτός αυτού του πλαισίου, ο εξασφαλισμένος πιστωτής (στο βαθμό που μπορεί να το παρακολουθεί στην πράξη για να γνωρίζει) μπορεί να αποταθεί στο δικαστήριο για την έκδοση σχετικών διαταγμάτων. Ο βαθμός δυνατότητας της οφειλέτου να διαχειρίζεται το επιβαρυνόμενο ενεργητικό της με τον ίδιο συνήθη τρόπο (που εξετάζεται σε πραγματικό επίπεδο και άσχετα από το πώς τα μέρη έχουν βαπτίσει τη συμφωνία τους), χωρίς την οποιαδήποτε συγκατάθεση του πιστωτή, καθίσταται και η ειδοποιός διαφορά μεταξύ της σταθερής και κυμαινόμενης επιβάρυνσης. Αντίστοιχα, ο τρίτος που θα συμβληθεί για το ενεργητικό της εταιρείας με το νομικό της πρόσωπο, δεν πλήττεται με οποιοδήποτε τρόπο, ούτε τεκμαίρεται πως εάν γνωρίζει την ύπαρξη της εγγεγραμμένης κυμαινόμενης επιβάρυνσης γνωρίζει και το απαγορευτικό περιεχόμενο της (άσχετα εάν είναι πλέον θέμα κοινής πρακτικής όλα τα ομόλογα να περιέχουν αυτούς τους απαγορευτικούς όρους). Το ζήτημα της σειράς προτεραιότητας των εξασφαλίσεων είναι ένα κεφάλαιο στο οποίο θα μπορούσε να συζητηθεί η χρησιμότητα αυτών των απαγορευτικών προνοιών.



Η εγγραφή κυμαινόμενης επιβάρυνσης στηρίζεται κατά πολύ στην καλή πίστη των συμβαλλόμενων μερών, παράλληλα ιδεολογικά προϋποθέτει συγκεκριμένο κοινωνικο-οικονομικό υπόβαθρο που να την ανέχεται και που δεν είναι διαθέσιμο σε όλες τις χρονικές περιόδους.

Η φύση της κυμαινόμενης επιβάρυνσης και των δικαιωμάτων των συμβαλλόμενων μερών αναφορικά με αυτήν απασχολούν τα δικαστήρια εδώ και εκατοντάδες χρόνια, χωρίς όμως ποτέ να έχει επιτευχθεί μέχρι σήμερα η δημιουργία ενός διασαφηνισμένου δόγματος. Η κυμαινόμενη επιβάρυνση είναι ένα δημιούργημα του δικαίου της επείκειας (παρόλο που κατά μία άλλη άποψη έχει τις ρίζες της στο αρχαίο Ρωμαϊκό Δίκαιο), αλλά και ένα εμπορικά εμπνευσμένο «νομικό τερατούργημα» των αυτόφωτων, νομικίστικων, συμφωνιών που συνέταξαν τραπεζικοί και πιστωτικοί οργανισμοί προκειμένου να επιλύσουν τα τρέχοντα συναλλακτικά ζητήματά, στις παράλληλες δόξες της ελευθερίας των συμβάσεων και της γρήγορης και απότομης βιομηχανικής ανάπτυξης, και που τα δικαστήρια αναγκάστηκαν να πλαισιώσουν νομικά όταν κλήθηκαν να αποφανθούν επί του περιεχομένου τους απονέμοντας δίκαιο. Ιστορικά για να ξεπεραστεί ο φόβος της εξαπάτησης, λόγω της μη ύπαρξης απτής συναλλαγής και αισθητής εξασφάλισης κατά το χρόνο υπογραφής της συμφωνίας, και για να λυθεί η αδυναμία νομικής σύλληψης της δυνατότητας επιβάρυνσης μη συγκεκριμένης περιουσίας, και για να κατανοηθεί το παράδοξο της δυνατότητας επιβάρυνσης χωρίς δέσμευση, χρειάστηκε να περάσουν πολλές νομικές εποχές, να παρεμβληθούν κάποιες δικαστικές αποφάσεις αναγνωριστικοί «σταθμοί» αυτής της επιβάρυνσης, παρά την πενιχρή επίδειξη θεωρητικού νομικού ενδιαφέροντος.

Η ιστορική δυσκολία νομικής αναγνώρισης και αποδοχής της κυμαινόμενης επιβάρυνσης οδήγησε στη δημιουργία διαφόρων θεωρητικών προσεγγίσεων αναφορικά με την πραγματική φύση της κυμαινόμενης επιβάρυνσης. Υπάρχει η θεωρία που θέλει την κυμαινόμενη επιβάρυνση να είναι μια σταθερή επιβάρυνση στην οποία ο πιστωτής δίδει συμβατικά την άδεια του στην οφειλέτη να διαχειρίζεται το ενεργητικό της (license theory) και η περισσότερο

προτιμώμενη στην Αγγλία θεωρία που αποδέχεται την κυμαινόμενη επιβάρυνση ως ενός ξεχωριστού τύπου επιβάρυνσης, μιας σκιά που στέκεται πάνω από το συνεχώς διαμορφούμενο ενεργητικό της εταιρείας χωρίς να δεσμεύει συγκεκριμένα περιουσιακά στοιχεία, μέχρι την στιγμή της παγοποίησης (theory of future assets).

Ο διορισμός παραλήπτη / διαχειριστή (άρθρο 97 / 337επ. Κεφ.113) μπορεί να γίνει από τον πιστωτή στη βάση της υφιστάμενης συμφωνίας (in rem), και χωρίς να προηγηθεί δικαστική απόφαση για τα οφειλόμενα ποσά ή μέτρα εκτέλεσης της δικαστικής απόφασης μέσω των οποίων να μην εισπραχθούν τα οφειλόμενα ποσά. Ο παραλήπτης / διαχειριστής δεν καθίσταται διευθυντής της οφειλέτου εταιρείας, αλλά διευθύνει την περιουσία της, και οι εξουσίες των υπολοίπων περιορίζονται σε βαθμό που να μπορεί να εκτελέσει τα καθήκοντά του. Ο παραλήπτης είναι πλέον και διαχειριστής και, μεταξύ άλλων, ασκεί πλήρη έλεγχο επί του ενεργητικού και μπορεί να αιτείται δικαστικά διάφορα διατάγματα σχετικά με την εκτέλεση των καθηκόντων του, είναι όμως και δεσμευμένος απέναντι στο νομικό πρόσωπο της οφειλέτου, όταν πωλεί ενεργητικό, να ασκεί την εύλογη φροντίδα και να εξασφαλίζει την εύλογα αναμενόμενη κατά το δυνατόν καλύτερη τιμή κατά τη στιγμή της πώλησης, χωρίς να είναι υποχρεωμένος να αναβάλει μια πράξη για να κυνηγήσει καλύτερη τιμή. Ενώ διορίζεται από συγκεκριμένο πιστωτή και ενεργεί με πρωταρχικό σκοπό να πληρωθεί το χρέος προς το συγκεκριμένο πιστωτή, δεν είναι το κοράκι που θα καθίσει πάνω στο εταιρικό κουφάρι να ψάξει να φάει ό,τι έχει απομείνει προς όφελος του συγκεκριμένου πιστωτή και δεν μπορεί να βλάπτει τα δικαιώματα των άλλων εξασφαλισμένων πιστωτών, περαιτέρω για τους σκοπούς του νόμου θεωρείται αντιπρόσωπος της οφειλέτου εταιρείας (in personam). Συμβαίνει φυσικά συχνά όταν επέρχεται το γεγονός παγοποίησης η οφειλέτης να έχει ήδη βουλώσει και να μην υπάρχει ουσιαστικός λόγος ο εξασφαλισμένος πιστωτής

να μπει σε αυτή την «ακριβή» και μάταιη διαδικασία να διορίσει παραλήπτη / διαχειριστή, εκτός εάν έχει ενδείξεις ότι η αδυναμία της οφειλέτου να ανταποκριθεί στο συγκεκριμένο χρέος σχετίζεται με την προβληματική διαχείριση της περιουσίας της, την οποία ο ίδιος μπορεί να εντοπίσει και να διορθώσει.

Η εγγραφή κυμαινόμενης επιβάρυνσης στηρίζεται κατά πολύ στην καλή πίστη των συμβαλλομένων μερών, παράλληλα ιδεολογικά προϋποθέτει συγκεκριμένο κοινωνικο-οικονομικό υπόβαθρο που να την ανέχεται και που δεν είναι διαθέσιμο σε όλες τις χρονικές περιόδους. Προϋποθέτει η οφειλέτης εταιρεία να έχει ορατή εμπορική συνέχεια, ώστε αμφότερα τα μέρη να επενδύουν κατά κάποιο τρόπο στην ευρωστία της, να επιθυμούν την επιτυχία της, ώστε να τους βολεύει διαδικαστικά αυτό το είδος εξασφάλισης, να αναμένουν με εμπιστοσύνη ότι οι οφειλές θα εξοφληθούν και θα ληφθούν φρέσκα δάνεια, αφού με αυτό τον τρόπο λειτουργούν οι περισσότερες επιχειρήσεις. Σπάνια ο διορισμός ενός ικανού (ικανότερου του οφειλέτη) παραλήπτη / διαχειριστή θα μπορούσε να είναι πραγματικά προς το συμφέρον τόσο του πιστωτή όσο και της οφειλέτου και να έχει υπολογίσιμες πιθανότητες επανόρθωσης της εταιρείας και είσπραξης του λαβείν του πιστωτή μέσα από αυτή την επανορθωτική διαδικασία. Ειδικότερα, ενδεχομένως όσο περισσότερο εξασφαλισμένος είναι ένας πιστωτής τόσο λιγότερο να υποστηρίζει την επανόρθωση της οφειλέτου, ενώ σχετική επίδραση μπορεί να ασκεί και το μέγεθος και το είδος της οφειλέτου εταιρείας.

Στην πράξη οι πιστωτές, ειδικά εν καιρώ οικονομικής κρίσης, δεν έχουν τέτοιο μέγεθος εμπιστοσύνης στις οικονομικές δυνατότητες μιας οφειλέτου εταιρείας και επιδιώκουν περαιτέρω σταθερές εξασφαλίσεις για να επαναφέρουν τις δικές τους ισορροπίες, κάτι που, ενώ αποτελεί τέλειο εξασφαλιστικό συνδυασμό, πρακτικά παραγκωνίζει το σύγχρονο αυτόνομο ρόλο και τη σημασία της κυμαινόμενης επιβάρυνσης, η οποία φαίνεται απλά να χρησιμοποιείται επειδή υπάρχει. Είναι γνωστό ότι ο πιστωτής που είναι εξασφαλισμένος με κυμαινόμενη επιβάρυνση προηγείται έναντι των μη εξασφαλισμένων πιστωτών, αν και η κλασική νομική προσέγγιση είναι ότι μια σταθερή επιβάρυνση, που δημιουργήθηκε επί συγκεκριμένου περιουσιακού στοιχείου πριν την εγγραφή της κυμαινόμενης επιβάρυνσης προηγείται, ενώ δεν επηρεάζεται και η σειρά των χρεών στα οποία ο νόμος δίνει αναγκαστική προτεραιότητα.

Συνοψίζοντας, τα χαρακτηριστικά της κυμαινόμενης επιβάρυνσης είναι:

- Αφορά στο παρόν και μέλλον ενεργητικό της εταιρείας.
- Μπορεί να μετατραπεί σε σταθερή επιβάρυνση εάν επέλθει ένα εκ των προβλεπόμενων γεγονότων παγοποίησης και όταν ο πιστωτής διορίσει παραλήπτη / διαχειριστή.

- Μέχρι τη στιγμή της παγοποίησης, η εταιρεία λειτουργεί ανεμπόδιστα με το συνήθη τρόπο.

Εάν στον ευρύτερο χώρο του κοινοδικαίου η νομική θεωρία της κυμαινόμενης επιβάρυνσης πάσχει, στην Κύπρο χρειάζεται ακόμα μεγαλύτερη προσπάθεια κατανόησης και εξοικείωσης με τη χρήση αυτής της παλαιάς και ίσως αναχρονιστικής (μα νομικά σχεδόν άγνωστης) εξασφάλισης, αλλά και των δικαστικών ή εξωδικαστικών διαδικασιών που επιβοηθούν στην καλύτερη ανάδειξη της και στην ομαλότερη ολοκλήρωση της εκτέλεσής της. ●●●



www.ikypros.com

Όλη η κύπρος σε ένα κλικ!



ΣΥΝΕΧΗΣ ΡΟΗ ΕΙΔΗΣΕΩΝ * Ο,ΤΙ ΣΥΜΒΑΙΝΕΙ ΣΤΗΝ ΚΥΠΡΟ ΚΑΙ ΣΤΟΝ ΚΟΣΜΟ * ΟΛΑ ΤΑ ΧΩΡΙΑ ΤΗΣ ΚΥΠΡΟΥ ΜΕ ΧΑΡΤΕΣ ΚΑΙ ΧΡΗΣΙΜΕΣ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΕΣ * ΣΥΝΤΑΓΕΣ * ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΓΙΑ ΤΑΞΙΔΙΑ * ΠΑΡΑΞΕΝΑ * ΕΠΙΣΤΗΜΗ * ΥΓΕΙΑ * ΠΑΙΧΝΙΔΙΑ ΓΙΑ ΜΙΚΡΟΥΣ ΚΑΙ ΜΕΓΑΛΟΥΣ * Η ΚΥΠΡΟΣ ΟΠΩΣ ΔΕΝ ΤΗΝ ΕΧΕΤΕ ΞΑΝΑΔΕΙ!