

Η ΑΝΑΓΝΩΡΙΣΗ ΤΩΝ ΑΛΛΟΔΑΠΩΝ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ

(Με αφορμή την ΑΠ (ΟΛ.) 2/2003- Ανασκόπηση στην θεωρία και εθνική νομολογία)

Σπύρου Γ. Αλεξανδρή

Δικηγόρου

Δημοσίευση: Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών 2003, σελ. 525

I. Εισαγωγικά.

Πρόσφατα δημοσιεύθηκε η η απόφαση της ολομελείας του ΑΠ 2/2003. Η ολομέλεια του ανώτατου ακυρωτικού κλήθηκε, μετά από παραπομπή με την ΑΠ (Τμ.Α) 335/2001, να κρίνει δύο βασικά ζητήματα α) άν οι αλλοδαπές εταιρείες που έχουν εγκαταστήσει γραφεία στην Ελλάδα, σύμφωνα με τον Α.Ν 89/1967 διέπονται ως προς την ικανότητα δικαίου αυτών, από το δίκαιο της έδρας που αναγράφεται στο καταστατικό τους ή από το δίκαιο της πραγματικής τους έδρας και β) άν η εφαρμογή του άρθρου 10 ΑΚ ως προς τη νομιμότητα της συστάσεως της εταιρείας και την ικανότητα δικαίου κρίνεται με βάση τη πραγματική ή καταστατική έδρα της.

Από τη διατύπωση των ανωτέρω ζητημάτων καθίσταται σαφές ότι η Ολομέλεια του ΑΠ κλήθηκε να πάρει θέση ανάμεσα στις δύο αντίπαλες θεωρίες της ιδρύσεως και της έδρας, που αντιμετωπίζουν το πρόβλημα της αναγνώρισεως των αλλοδαπών εταιρειών. Δηλ. την αναγνώριση ή μη μίας εταιρείας, που διαθέτει νομική προσωπικότητα και η οποία έχει ιδρυθεί σύμφωνα με τους νόμους μίας χώρας, από την έννομη τάξη μίας άλλης χώρας, σύμφωνα με το δίκαιο της χώρας που αυτή έχει ιδρυθεί.

Στο σημείο αυτό πρέπει να διευκρινισθεί ότι η αναγνώριση μίας εταιρείας που έχει την καταστατική της έδρα εντός της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (βλ. πλέον ΔΕΚ Υπόθ. C-208/2000, απόφ της 5.11.2002, ΔΕΕ 1/2003, σελ. 61 επ. με παρατηρήσεις Ε. Περάκη) είναι εντελώς διάφορος από την αναγνώριση εταιρείας που έχει την καταστατική της έδρα εκτός της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, πράγμα που διέκρινε και έκρινε η απόφαση της Ολομελείας.

Πρίν προχωρήσουμε στη παράθεση των κρίσεων της σχολιαζομένης αποφάσεως (κατωτέρω υπό III) είναι σκόπιμο να γίνει μία σύντομη αναφορά στις θεωρίες της ιδρύσεως και της έδρας αμέσως κατωτέρω (υπό II).

II. Οι Θεωρίες της ιδρύσεως και της έδρας- Άλλες θεωρίες

Γίνεται δεκτό (βλ. Κ. Παμπούκη, *Ιδρυση και Αναγνώριση των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας*, Ελλ.Δ/νη 1995, σελ. 243, όπως και για όσα ακολουθούν στην παρούσα ενότητα με τις εκεί παραπομπές στη θεωρία και νομολογία) ότι για κάθε πολιτεία υπάρχουν δύο κατηγορίες εταιρειών. Στη πρώτη ανήκουν αυτές (εταιρείες) που έχουν ιδρυθεί σύμφωνα με το δίκαιό της και συνήθως καλούνται ημεδαπές ή διαθέτουσες την αντίστοιχη «εθνικότητα» ή «ιθαγένεια» (για τη χώρα μας την ελληνική) και στη δεύτερη αυτές που έχουν ιδρυθεί σύμφωνα με το δίκαιο κάποιας άλλης πολιτείας και καλούνται αλλοδαπές. Το δίκαιο κάθε πολιτείας αντιμετωπίζει αυτό το δεδομένο με τη θέσπιση δύο βασικών κανόνων δικαίου. Ο πρώτος αντιμετωπίζει το πρόβλημα ορίζοντας ένα συνδετικό στοιχείο, βάσει του οποίου ορίζεται η έννομη τάξη, την οποία οφείλει μία εταιρία να έχει επιλέξει προκειμένου να ιδρυθεί και ο δεύτερος αναγνωρίζει τις εταιρείες σύμφωνα με την έννομη τάξη που έχει ορίσει ο πρώτος.

Διεθνώς έχουν διατυπωθεί δύο θεωρίες που καλούνται κυρίως να δώσουν λύση στο θέμα της αναγνώρισεως κατά την προεκτεθείσα θεώρησή του. Η πρώτη –που απαντάται ίδια στα αγγλοσαξωνικά δίκαια - υποστηρίζει ότι εφαρμοστέο δίκαιο είναι αυτό που η εταιρεία επέλεξε και ετήρησε προκειμένου να ιδρυθεί και να εξασφαλίσει την ενσωμάτωσή της (incorporation). Κατά ταύτα η εν λόγω θεωρία προβάλλει ως συνδετικό στοιχείο την ίδρυση ή ενσωμάτωση και γι' αυτό είναι γνωστή ως η θεωρία της ιδρύσεως ή ενσωματώσεως.

Η δεύτερη θεωρία – που απαντάται στα ηπειρωτικά δίκαια - αντίθετα δέχεται ως συνδετικό στοιχείο για τον καθορισμό του δικαίου αυτό της έδρας όπου ευρίσκεται η εταιρεία και γι' αυτό είναι γνωστή ως η θεωρία της έδρας.

Στο ελληνικό δίκαιο (άρθρο 10 ΑΚ και 58 παρ. 1 ν. 3190/55) ως συνδεδετικό στοιχείο προβάλλει αυτό της έδρας της εταιρείας. Η έδρα λοιπόν της εταιρείας είναι για τη χώρα μας το στοιχείο που συνδέει μία εταιρεία με ορισμένη χώρα και το δίκαιό της, που πλέον είναι αρμόδιο να ορίζει τις μορφές που μπορεί να πάρει και τις προϋποθέσεις που πρέπει να τηρήσει προκειμένου να ιδρυθεί.

Συνακολούθως όμως τίθεται ένα βασικό ερώτημα: Με ποιά έννοια εκλαμβάνεται η έδρα της εταιρείας; Είναι αυτή που ορίζεται στο καταστατικό της (καταστατική έδρα) ; ή αυτή στην οποία ευρίσκεται η διοίκησή της (πραγματική έδρα) ;

Από τη διατύπωση του ερωτήματος αυτού γίνεται ένας υπαινιγμός για μία διάκριση που συντελείται και θα σημειωθεί στη συνέχεια. Δηλ. ότι άλλο είναι το ζήτημα που σχετίζεται με το εφαρμοστέο δίκαιο για την ίδρυση της εταιρείας και άλλο αυτό που αφορά την αναγνώριση μίας αλλοδαπής εταιρείας.

Σ' ότι αφορά το ζήτημα ειδικώς της ιδρύσεως των εταιρειών που εγγράφονται σε μητρώο ή καταχωρούνται σε βιβλία δημοσιότητας και οι δύο θεωρίες παρά την φαινομένη διάστασή τους τελικώς οδηγούνται στο ίδιο αποτέλεσμα. Σ' ότι αφορά όμως το θέμα της αναγνώρισεως των αλλοδαπών εταιρειών, η διαφορετική ερμηνευτική προσέγγιση του συνδεδετικού στοιχείου της έδρας είναι εκείνη που δημιουργεί το χάσμα ανάμεσά τους. Με άλλα λόγια όπως θα διαπιστωθεί στη συνέχεια και οι δύο θεωρίες, όταν καλούνται να λύσουν το θέμα της ιδρύσεως των εταιρειών (εφαρμογή του πρώτου κανόνα που ανεφέρθη ανωτέρω) δέχονται ότι εφαρμόζεται το δίκαιο της έδρας που αναγράφεται στο καταστατικό της εταιρείας (καταστατική έδρα) όταν όμως καλούνται να αναγνωρίσουν μία αλλοδαπή εταιρεία (εφαρμογή του δεύτερου κανόνα), συμβαίνει το παράδοξο στις χώρες όπου ακολουθείται η θεωρία της έδρας η επιστήμη και η νομολογία να απαιτεί από αυτή (αλλοδαπή εταιρεία) να έχει στη χώρα που ιδρύθηκε έκτός από την καταστατική της έδρα και την πραγματική της έδρα (έδρα της διοικήσεως της εταιρείας).

1. Η φαινομένη (και όχι πραγματική) διάσταση μεταξύ της θεωρίας της ιδρύσεως

και της θεωρίας της έδρας σ' ότι αφορά τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου για την ίδρυση της εταιρείας και η δυσμενής διάκριση αλλά και αντίφαση που υπάρχει στην θεωρία της έδρας όταν πρόκειται για αναγνώριση αλλοδαπής εταιρείας.

Η εταιρεία ως ένωση προσώπων εξατομικεύεται με το καταστατικό της. Σ' αυτό υπάρχουν τα βασικά στοιχεία που ορίζουν την ταυτότητά της. Μεταξύ δε αυτών προέχουσα θέση κατέχει και ο ορισμός της έδρας της, καθόσον αυτή συνδέει την εταιρεία με ορισμένο τόπο. Αναλόγως της μορφής της η εταιρεία υποβάλλεται σε μία διαδικασία ιδρύσεως που τελικό της στάδιο συνήθως είναι είτε η εγγραφή της στο μητρώο είτε η δημοσίευσή της στα βιβλία κάποιας Αρχής. Η τοπική δε αρμοδιότητα του Μητρώου ή της Αρχής καθορίζεται από ένα και μοναδικό στοιχείο. Αυτό της έδρας, που όπως είπαμε, έχει ορισθεί με το καταστατικό της (καταστατική έδρα). Βεβαίως τα πρόσωπα που ιδρύουν μία εταιρεία, το πράττουν βάσει του δικαίου που επιλέγουν και αυτό δεν είναι άλλο από το δίκαιο που συνδέεται με την δηλούμενη καταστατική έδρα της εταιρείας και εφόσον αυτό (δίκαιο) απαιτεί δημοσιότητα επιβάλλεται η τήρησή της για την σύσταση της εταιρείας.

Επομένως σε όλα τα δίκαια είτε ακολουθούν τη θεωρία της ιδρύσεως είτε αυτή της έδρας, όταν πρόκειται να διερευνηθεί η αρμοδιότητα του δικαίου για τη σύσταση των εταιρειών λαμβάνεται υπ' όψιν ένα και μοναδικό στοιχείο. Αυτό της καταστατικής έδρας.

Με άλλες λέξεις η αρχή που ελέγχει τη δημοσίευση της εταιρείας ερευνά μόνο αν έχει την έδρα της βάσει του καταστατικού της στη περιφέρειά της και όχι αν η εταιρεία προτίθεται να εγκαταστήσει τη διοίκησή της στην περιφέρειά της ή σε κάποια άλλη περιφέρεια της ίδιας χώρας. (πρβλ. και Λ. Γεωργακόπουλο, Δίκαιο Α.Ε, σελ. 128)

Αντίθετα, όπως ήδη σημειώσαμε, στις χώρες όπου ακολουθείται η θεωρία της έδρας τόσο η νομολογία όσο και η κρατούσα θέση στην επιστήμη, όταν αντιμετωπίζουν το πρόβλημα της αναγνώρισης μίας αλλοδαπής εταιρείας προβαίνουν σε μία σοβαρή

διάκριση σε βάρος της. Ειδικότερα ενώ όταν πρόκειται για την ίδρυση ημεδαπής εταιρείας δέχονται ότι εφαρμοστέο δίκαιο είναι αυτό της καταστατικής έδρας της εταιρείας ανεξαρτήτως του αν ενδεχομένως η εταιρεία θα εγκαταστήσει στη συνέχεια την έδρα της διοικήσεώς της (πραγματική έδρα) στο εξωτερικό, ενώ όταν πρόκειται για αλλοδαπή εταιρεία, προκειμένου να την αναγνωρίσουν ως τέτοια (αλλοδαπή) απαιτούν επιπροσθέτως αυτή να έχει στην χώρα που ιδρύθηκε όχι μόνο την καταστατική της έδρα αλλά και την πραγματική της έδρα. Σε αντίθετη περίπτωση και όταν μάλιστα συμβαίνει η εταιρεία αυτή που ζητάει αναγνώριση να έχει την πραγματική της έδρα στη χώρα αυτή, όχι μόνο δεν αναγνωρίζεται ως αλλοδαπή, αλλά αντίθετα κρίνεται ότι εφόσον δεν έχει ιδρυθεί κατά το δίκαιο αυτής (πραγματικής έδρας) -καθόσον δεν έχει ακολουθήσει την προβλεπόμενη διαδικασία συστάσεως και δημοσιεύσεως – πρέπει να εκληφθεί ως ανώμαλη ομόρρυθμη εταιρεία ή αφανής εφόσον η όλη δραστηριότητα ασκείται στο όνομα ενός μόνον των εταίρων (εμφανούς).

Ετσι η ερμηνεία αυτή αποδίδει στους δύο κανόνες που σημειώσαμε αντιφατικό περιεχόμενο. (Για την αντίφαση αυτή βλ. Κ. Παμπούκη, *Ίδρυση και Αναγνώριση των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας*, Ελλ.Δ/νη 1995, σελ. 246, ο οποίος σημειώνει επί λέξει: «ο ένας (εννοείται κανόνας) ορίζει ότι η εταιρεία ιδρύεται κατά το δίκαιο της πολιτείας, στην οποία βρίσκεται η καταστατική της έδρα, και ο άλλος ότι η εταιρεία αναγνωρίζεται, αν στην πολιτεία που ιδρύθηκε έχει και την πραγματική της έδρα πέρα από την καταστατική.»

2. Πλεονεκτήματα – Μειονεκτήματα των θεωριών της ιδρύσεως και της έδρας .

Η ως άνω ερμηνεία της θεωρίας της έδρας έχει ένα βασικό σκοπό. Επιδιώκει «να προστατεύσει την εγχώρια έννομη τάξη από την εισβολή αλλοδαπών εταιριών. Ιδίως μάλιστα εταιριών που έχουν ιδρυθεί σε χώρες ευκολίας ή χώρες εξαγωγής εταιριών, σε χώρες δηλαδή των οποίων το δίκαιο δε μεριμνά ή δε μεριμνά επαρκώς για τα συμφέροντα, που άλλα δίκαια επιθυμούν να προστατεύσουν» (βλ. Κ. Παμπούκη, *Ίδρυση*

και Αναγνώριση των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας, Ελλ.Δ/νη 1995, σελ. 247 με τις εκεί παραπομπές ίδια σημ. 18)

Αυτή όμως η θεώρηση που συνιστά και το πλεονέκτημα της θεωρίας της έδρας - γιατί όντως η προστασία της εγχωρίου εννόμου τάξεως είναι σκοπός θεμιτός- καταλήγει να γίνεται και μειονέκτημά της καθόσον ο κανόνας που καθιερώνεται με την ερμηνεία της θα μπορούσε να αντιμετωπισθεί με εξαιρέσεις.

Εξ άλλου το γεγονός ότι η θεωρία της έδρας, όπως ερμηνεύεται, αποβλέπει εκ των υστέρων στην πραγματική έδρα αφ' ενός μεν δημιουργεί ανασφάλεια δικαίου αφ' ετέρου αντιμετωπίζει πάντοτε ένα πραγματικό ζήτημα εντοπισμού της πραγματικής έδρας, ζήτημα όμως σύνθετο και αβέβαιο στον προσδιορισμό του καθόσον είναι δυνατόν η διοίκηση της εταιρείας να μετακινείται συνεχώς ή και να διακλαδίζεται ισοδυνάμως σε περισσότερες χώρες. Τέλος ένα άλλο σημαντικό μειονέκτημα της εν λόγω ερμηνείας της θεωρίας της έδρας είναι ότι εξομοιώνει την κανονικώς ιδρυθείσα εταιρεία σε μία αλλοδαπή χώρα με μία εταιρεία που έχει ιδρυθεί αντικανονικώς

Αντιθέτως η θεωρία της ιδρύσεως, απηλλαγμένη από τα μειονεκτήματα και τις αντιφάσεις της θεωρίας της έδρας και αποβλέπουσα πάντοτε στην καταστατική έδρα, δημιουργεί αφ' ενός ασφάλεια δικαίου αφ' ετέρου υπηρετεί με συνέπεια την κινητικότητα της εταιρείας και της παρέχει την δυνατότητα «να μεταφέρει τη διοίκησή της, και μαζί το κέντρο δράσης της, σε άλλη χώρα από εκείνη της ίδρυσης και πιο πέρα, να εγκαταστήσει περισσότερα κέντρα δράσης σε περισσότερες χώρες, με αντίστοιχα πάντα κέντρα διοίκησης». (βλ. Κ. Παμπούκη, Ίδρυση και Αναγνώριση των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας, Ελλ.Δ/νη 1995, σελ. 248 με τις εκεί παραπομπές)

Ό, τι όμως παρουσιάζεται ως πλεονέκτημα για τη θεωρία της έδρας εκλαμβάνεται ως σοβαρό μειονέκτημα για την θεωρία της ιδρύσεως. Πράγματι η θεωρία της ιδρύσεως δεν μπορεί να εξασφαλίσει την εγχώρια έννομη τάξη από την ενεξέλεγκτη είσοδο αλλοδαπών εταιριών που ιδίως έχουν ιδρυθεί στους καλούμενους «φορολογικούς

παραδείσους» και στη συνέχεια εγκαθιστούν τη διοίκησή τους σε άλλη χώρα με προφανή στόχο να αποφύγουν τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις αυτής. (Για τα πλεονεκτήματα και μειονεκτήματα των θεωριών της ιδρύσεως και έδρας βλ. και Χ. Παμπούκη, Νομικά Πρόσωπα και ιδίως εταιρίες στις συγκρούσεις νόμων, σελ. 46 επ.)

Ανοίγοντας μία παρένθεση στο σημείο αυτό θα πρέπει να σημειώσουμε ότι οι θεωρίες που αναφέρονται εν προκειμένω (θεωρία ιδρύσεως και θεωρία της έδρας) παρουσιάζονται αντιστοίχως και ως θεωρία της καταστατικής έδρας και πραγματικής έδρας (βλ. Δ. Τζουγανάτο, Ελευθερία εγκατάστασης νομικών προσώπων κατά τα άρθρα 52, 58 Συνθ.ΕΟΚ και εταιρικό διεθνές δίκαιο, Ενθύμημα Α. Αργυριάδη, σελ. 1025=NoB 1994, 14 επ.). Ο ίδιος συγγραφέας (Δ. Τζουγανάτος) παρατηρεί ότι η αναγκαιότητα της θεωρίας της «πραγματικής έδρας» υφίσταται για να υπηρετήσει τρεις στόχους α) την προστασία των τρίτων (δανειστών νομικού προσώπου) β) την προστασία των εταίρων (της μειοψηφίας) και τη προστασία των εργαζομένων στο νομικό πρόσωπο. Από την εξέτασή τους σημειώνεται (πάντα από τον ίδιο) το συμπέρασμα ότι θα εδικοιοιογείτο η εφαρμογή της θεωρίας της πραγματικής έδρας μόνο σ' ότι αφορά την επίτευξη του τρίτου από αυτούς, ήτοι της συμμετοχής των εργαζομένων στην επιχείρηση και ίσως μερικές ακραίες περιπτώσεις προστασίας εταιρικών δανειστών. Προβάλλοντας όμως και σοβαρές ενστάσεις καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η θεωρία της «πραγματικής έδρας» με το να μη μπορεί να αντιμετωπίσει τις ιδιαιτερότητες της κάθε περίπτωσης μάλλον πρέπει να θεωρηθεί ότι επιβάλλει κατά κανόνα αδικαιολόγητους περιορισμούς στην ελευθερία εγκαταστάσεως των νομικών προσώπων. Επίσης από τον ίδιο (Δ. Τζουγανάτο, ό.π, σελ. 14 επ.) υποστηρίζεται η άποψη ότι η προστασία των δανειστών εντός των πλαισίων της θεωρίας της ιδρύσεως μπορεί να επιτευχθεί με την «άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου». Αυτό όμως θα ήταν εφικτό άν το δίκαιο της ιδρύσεως αποδέχεται την κάμψη της νομικής προσωπικότητας (βλ. Κ. Παμπούκη, ίδρυση και Αναγνώριση των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας, ΕΕΕυρΔ 1994, σελ. 211, σημ.

76)

Αντίθετα υπέρ της θεωρίας της έδρας τάσσονται οι Ι. Παπαγιάννης και Δ. Καλογεράς (βλ. μελέτη των ιδίων, Η μεταφορά της έδρας νομικού προσώπου στο Διεθνές και Ευρωπαϊκό Εταιρικό Δίκαιο, Αρμενόπουλος 1998, σελ. 1458 επ. ιδίως 1465). Τέλος σ' ότι αφορά το κενό που εντοπίστηκε ανωτέρω στην θεωρία της ιδρύσεως, που είναι και το μειονέκτημά της (δηλ. η μη προστασία της εγχωρίας εννόμου τάξεως από την εισβολή αλλοδαπών εταιρειών κλπ.), καλύπτεται σε σημαντικό βαθμό από μία παραλλαγή και βελτίωση της θεωρίας της ιδρύσεως, γνωστής ως θεωρία της επικαλύψεως, περί της οποίας αμέσως κατωτέρω. [Η πατρότητα της θεωρίας της επικαλύψεως ανήκει στον Sandrock (βλ. Κ. Παμπούκη, Οι εταιρίες και η ελευθερία των θαλασσίων ενδομεταφορών στις χώρες της Κοινότητας, ΕΕΕυρΔ 1995, σελ. 533 επ. ιδίως σημ. 8 στη σελ. 539). Στη χώρα μας η σκέψη που συνιστά τον πυρήνα της θεωρίας της επικαλύψεως έχει διατυπωθεί από τον Κ. Παμπούκη. Αναφορά στην ίδια θεωρία κάνουν οι Τζουγανάτος (την αναφέρει ως θεωρία «υπερκαλύψεως») και Ε. Τζίβα (για την τελευταία βλ. παραπομπή Κ. Παμπούκη, Ιδρυση και Αναγνώριση των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας, ΕΕΕυρΔ 1994, σελ. 209 επ. ιδίως σημ. 69, του ιδίου, Ιδρυση και Αναγνώριση των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας, Ελλ.Δ/νη 1995, σελ. 248 με την εκεί παραπομπή στη σημ. 27, όπου γίνεται αναφορά και στους Grosfeld και Lutterman). Επίσης αναφορά στην θεωρία αυτή γίνεται και από τους Ι. Παπαγιάννη και Δ. Καλογερά, Η μεταφορά της έδρας νομικού προσώπου στο Διεθνές και Ευρωπαϊκό Εταιρικό Δίκαιο, Αρμενόπουλος 1998, σελ. 1458 επ. ιδίως 1460. Επίσης βλ. Β. Τουντόπουλο, Ελευθερία εγκατάστασης νομικών προσώπων στο κοινοτικό δίκαιο (σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΔΕΚ της 9.3.1999), ΔΕΕ 1999, 1118 – Κριτική παρουσίαση των θεωριών που αφορούν την αναγνώριση των αλλοδαπών εταιρειών και κατάταξή τους σε απλές και μικτές (αντιστοίχως θεωρίες έδρας και συσσωματώσεως και επικαλύψεως και διακρίσεως) βλ. εις Χ. Παμπούκη, Νομικά Πρόσωπα και ιδίως εταιρίες στις συγκρούσεις νόμων, σελ. 46 επ.)]

3. Η Θεωρία της επικαλύψεως (βλ. ιδίως Κ. Παμπούκη, Ιδρυση και Αναγνώριση

των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας, ΕΕΕυρΔ 1994, σελ. 183 επ., του ιδίου, ίδρυση και Αναγνώριση των εταιριών ιδίως στα όρια της κοινότητας, Ελλ.Δ/νη 1995, σελ. 241 επ., του ιδίου Οι εταιρίες και η Ελευθερία των θαλασσίων ενδομεταφορών στις χώρες της Κοινότητας, ΕΕΕυρΔ 1995, σελ. 533 επ., του ιδίου, Κυπριακές ναυτιλιακές εταιρίες που η διοίκησή τους βρίσκεται στην Ελλάδα, Κυπριακό Νομικόν Βήμα ΙΘ (1992), σελ. 616, του ιδίου, Δίκαιο Α.Ε, Τεύχος 1, σελ. 134, του ιδίου παρατηρήσεις υπό την Εφετείου Αθηνών 7997/1996, ΕπισκεΔ 1997, σελ. 929 επ., του ιδίου, Αλλοδαπές εταιρίες που εγκαθίστανται στην Ελλάδα με βάση το α.ν 89/1967 (γνωμ), ΕπισκεΔ 1998, σελ. 953 επ., του ιδίου Παρατηρήσεις υπό την ΑΠ (ολ) 2/1999, ΕπισκεΔ 1999, σελ. 4554επ.,= Σύμμεικτα, σελ. 418 επ., όπου και η βάση όλων όσων ακολουθούν).

Η εν λόγω θεωρία προβαίνει στη διάκριση δύο βασικών εννοιών. Αφ' ενός μεν αυτής της αναγνώρισεως των αλλοδαπών εταιρειών αφ' ετέρου δε αυτής της προσωπικής καταστάσεως των αλλοδαπών εταιρειών. Ειδικότερα:

α) Για την αναγνώριση των αλλοδαπών εταιρειών, όπως εξ άλλου και για την σύσταση των ημεδαπών εταιρειών εφαρμόζεται αποκλειστικώς το δίκαιο της ιδρύσεως της εταιρείας. Η ικανότης λοιπόν δικαίου της εταιρείας κρίνεται σύμφωνα με το δίκαιο της καταστατικής της έδρας. Αυτό δηλ. που οι ιδρυτές της εταιρείας επέλεξαν για να συστήσουν την εταιρεία και δεν είναι άλλο από το δίκαιο της καταστατικής της έδρας. Κατά ταύτα μία εταιρεία ιδρύεται χωρίς κανένα πρόβλημα στην αλλοδαπή και στη συνέχεια αναλόγως των επιχειρηματικών της επιλογών εγκαθιστά την έδρα της διοικήσεώς της στην ημεδαπή.

β) Τώρα όταν γίνεται λόγος για προσωπική κατάσταση της εταιρείας εννοείται το δίκαιο που διέπει τις εσωτερικές σχέσεις (σχέσεις των εταίρων με την εταιρεία και μεταξύ τους) και εξωτερικές σχέσεις (σχέσεις δανειστών με την εταιρεία και τους εταίρους αλλά και των εργαζομένων με την εταιρεία όταν αναγνωρίζεται σ' αυτούς δικαίωμα συμμετοχής στη διοίκηση) της εταιρείας.

Στο σημείο αυτό πρέπει να γίνει μία διευκρίνιση. Η θεωρία της επικαλύψεως αναφέρεται

στο δίκαιο που διέπει τις σχέσεις της αλλοδαπής εταιρείας με τα μέλη της και τους δανειστές της. Ομως από την ελληνική θεωρία και επιστήμη η εν λόγω θεωρία εξελίσσεται. Συγκεκριμένα έχει διατυπωθεί η αρχή η οποία αναφέρεται στην εφαρμογή του δικαίου εν γένει που περιβάλλει την αλλοδαπή εταιρεία στην χώρα της πραγματικής της έδρας. Αυτή δε η αρχή λειτουργεί προς κάθε κατεύθυνση με την έννοια ότι τίθεται τόσο σε βάρος της εταιρείας όσο και υπέρ αυτής. Τούτο δε δικαιολογείται καθόσον βάσει της εν λόγω αρχής αλλά και της θεωρίας της επικαλύψεως, είναι δικαίωμα της εταιρείας να εγκαταστήσει στη χώρα που θέλει την πραγματική της έδρα (βλ. Κ. Παμπούκη, Παρατηρήσεις υπό την ΑΠ (ολ) 2/1999, ΕπισκεΔ 1999, σελ. 454επ.,= Σύμμεικτα, σελ. 418 επ.,)

Κατά τη θεωρία της επικαλύψεως λοιπόν η προσωπική κατάσταση δεν διέπεται αποκλειστικώς από ένα δίκαιο. Διέπεται κατά βάση από το δίκαιο της ιδρύσεως το οποίο όμως επικαλύπτεται από τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις του δικαίου της πραγματικής έδρας και συγκεκριμένα από τις διατάξεις που προστατεύουν τα έννομα συμφέροντα των προσώπων σε αμφότερες τις σχέσεις της εταιρείας (εσωτερικές και εξωτερικές). Στο σημείο αυτό και πάλι είναι αναγκαία μία διευκρίνηση. Οι αναγκαστικού δικαίου διατάξεις του δικαίου της πραγματικής έδρας δεν εφαρμόζονται σωρευτικώς με τις αντίστοιχες του δικαίου της ιδρύσεως. Εφαρμόζονται εναλλακτικώς και παραμερίζουν – εκτοπίζουν τις διατάξεις του δικαίου της ιδρύσεως. Προϋπόθεση όμως για την εφαρμογή τους σε κάθε περίπτωση είναι ότι θα το ζητήσουν τα πρόσωπα που έχουν έννομο συμφέρον. Επομένως η θεωρία της επικάλυψης φέρει σε πλήρη αρμονία το ιδιωτικό διεθνές προς το ουσιαστικό δίκαιο. (βλ. Κ. Παμπούκη, Παρατηρήσεις υπό την ΑΠ (ολ) 2/1999, ό.π.).

Ως μειονεκτήματα της θεωρίας της επικαλύψεως προβάλλονται η αβεβαιότητα δικαίου που προκαλεί η δυσκολία χαρακτηρισμού των διατάξεων δικαίου της έδρας ως αναγκαστικού δικαίου και η δυσκολία εφαρμογής της δεδομένου προϋποτίθεται σύγκριση διατάξεων δύο διαφορετικών δικαίων, το πρόβλημα της μη επιλύσεως της

συγκρούσεως ιδιωτικής φύσεως συμφερόντων (π.χ ομάδα πιστωτών με αντικρουόμενα συμφέροντα), η έλλειψη συνοχής του συστήματος δικαίου που καλείται σε εφαρμογή (βλ. Χ. Παμπούκη, Νομικά Πρόσωπα και ιδίως εταιρίες στις συγκρούσεις νόμων, σελ. 56)

Στην ελληνική επιστήμη (βλ. Χ. Παμπούκη, Νομικά Πρόσωπα και ιδίως εταιρίες στις συγκρούσεις νόμων, σελ. 230 και τις εκεί παραπομπές 45 και 46) έχει διατυπωθεί και η ακόλουθη πρόταση:α) Σ' ότι αφορά την αναγνώριση της νομικής προσωπικότητας αυτή να κρίνεται κατά το δίκαιο της συσσωματώσεως (ιδρύσεως) και β) Σ' ότι αφορά το εφαρμοστέο δίκαιο να γίνεται δεκτό ότι το νομικό πρόσωπο πρέπει να διέπεται από το δίκαιο της συσσωματώσεως εκτός «άν δεν παρουσιάζει διαρκή, σοβαρό και χαρακτηριστικό δεσμό με το δίκαιο αυτό, οπότεν θα διέπεται από το δίκαιο προς το οποίο συνδέεται στενότερα. Ως τέτοιο τεκμαίρεται το δίκαιο της πραγματικής έδρας του». Η πρόταση αυτή σ' ότι αφορά το πρώτο σκέλος της αποδέχεται τη θεωρία της ιδρύσεως ή συσσωματώσεως. Σ' ότι αφορά όμως το δεύτερο σκέλος της συνδυάζει τα μειονεκτήματα τόσο της θεωρίας της έδρας όσο και της ιδρύσεως καθόσον είναι δυνατόν η διοίκηση της εταιρείας να μετακινείται συνεχώς ή και να διακλαδίζεται ισοδυνάμως σε περισσότερες χώρες οπότε είναι εξαιρετικά δύσκολο να διακριβωθεί ο σταθερός – διαρκής δεσμός είτε με το δίκαιο του τόπου της ιδρύσεως είτε με δίκαιο άλλου τόπου, εάν δε γίνει δεκτό ότι παρουσιάζει σταθερό δεσμό με τον τόπο της ιδρύσεως τότε δεν μπορεί να εξασφαλίσει την εγχώρια έννομη τάξη από το ενεδεχόμενο της καταστρατηγήσεως των αναγκαστικού δικαίου διατάξεων αυτής.

III. Η απόφαση ΑΠ (ΟΛ.) 2/2003

Η σχολιαζόμενη απόφαση κρίνοντας τα δύο ζητήματα που παρεπέμφθησαν με την ΑΠ 335/2001 (ανωτέρω υπό Ι) επιβεβαίωσε πάγιες θέσεις που είχαν διαμορφωθεί στη νομολογία από πολλών ετών [βλ. ενδεικτικώς ΑΠ (ΟΛ.) 471/1978, ΝοΒ 27, 211 και Πολ.ΠρΠειρ 1903/1979 ΕΕΔ 1980, 238 (Σχόλια γι' αυτές βλ. Κ. Παμπούκη, Κυπριακές

ναυτιλιακές εταιρίες που η διοίκησή τους βρίσκεται στην Ελλάδα, Κυπριακό Νομικόν Βήμα ΙΘ (1992), σελ. 616)- Εφ.Αθ. 117/1982, ΕΝΔ 1982, 70 - Εφ.Αθ. 3839/1983, ΕΝΔ 1983, 301 - Εφ.Πειρ. 65/1988, ΕΝΔ 1988, 130 - Πολ.ΠρΠειρ 494/1987, ΕΝΔ 1988, 266 = ΕΕΔ 1987, 408 – ΑΠ 59/1989, Ελλ.Δ/νη 1990, 333 - Εφ.Πειρ. 1633/1989, Πειρ.Νομ. 1989, 476 - Πολ.ΠρΠειρ 1593/1990, ΕΝΔ 1991, 308 - Μον.ΠρΠειρ 788/1993, ΕΝΔ 1993, 332 - Εφ.Πειρ. 990/1993, ΕΝΔ 1994, 165 - ΑΠ (τμ. Α') 796/1994, ΔΕΕ 1995, 281 = ΕΕΔ 1996, 140 - Πολ.ΠρΑθ 3419/1995, ΕΕΔ 1995, 469 - Πολ.ΠρΠειρ 512/1995, ΕΝΔ 1996, 24 – ΕφΑθ. 7689/1995, ΕπισκεΔ 1996, 672 - ΕφΑθ. 12643/1995, ΔΕΕ 1996, 162 - ΕφΠειρ. 1096/1995, ΕΕΔ 1996, 86 - ΕφΠειρ. 1165/1996, ΔΕΕ 1997, 281 – ΑΠ 515/1996, ΕΕΝ 1997, 647 – ΕφΘεσ. 1491/1997, Αρμ.1997, 1148 – Εφ.Αθ. 7997/1996, ΕπισκεΔ 1997, 925 (βλ. και σχόλια Κ. Παμπούκη σελ. 929) - ΑΠ 975/1997, ΔΕΕ 1997, 1083 – Μον.ΠρΑθ. 543/1998, ΔΕΕ 1998, 715 – ΠολΠρΑθ 1774/1998 και 1775/1998 επί των οποίων εξεδόθη η Εφ.Αθ 2735/2000, μετά δε από αίτηση αναιρέσεως της η ΑΠ 335/2001 που παρέπεμψε τα ζητήματα στην Ολομέλεια του ΑΠ και εξεδόθη η 2/2003 απόφαση αυτής (για τις πρωτόδικες βλ. γνωμοδότηση Κ. Παμπούκη, Αλλοδαπές εταιρίες που εγκαθίστανται στην Ελλάδα με βάση το α.ν 89/1967, ΕπισκεΔ 1998, σελ. 953 επ, επίσης για την ΑΠ 335/2001 βλ. παρατηρήσεις του ιδίου, ΕπισκεΔ 2001, σελ. 453 – Επίσης για τα θέματα πτωχευτικού και δικονομικού δικαίου κλπ βλ. για την πρώτη πρωτόδικη απόφαση βλ. γνωμοδότηση Λ. Κοτσιρή, Εξουσία δικαστηρίου επί πτωχευτικής ανακοπής, παύση πληρωμών και υπερχρέωση, ΔΕΕ, 1999, 678) – ΕφΑθ. 3865/1998, ΔΕΕ 1999, 726 (βλ. και σχόλια Λ. Αθανασίου σελ. 727) – ΑΠ (Ολ.) 2/1999, ΕπισκεΔ 1999, 451 = ΕλλΔ/νη 1999, 272 = Αρχ.Νομ. 1999, 351= ΔΕΕ 1999, 605 = Δίκη 2000, 210 (βλ. και σχόλια Κ. Παμπούκη, ΕπισκεΔ 1999, σελ. 460 επ.) -ΜονΠρΠειρ. 3433/2000, ΔΕΕ 2000, 983. (βλ. επίσης σημ. 8 εις Κ. Παμπούκη, Κυπριακές ναυτιλιακές εταιρίες που η διοίκησή τους βρίσκεται στην Ελλάδα, Κυπριακό Νομικόν Βήμα ΙΘ (1992), σελ. 628, όπου και γίνεται παραπομπή στη νομολογία εθνικών δικαστηρίων)]-

Ειδικότερα σ' ότι αφορά τα κρίσιμα ζητήματα η εν λόγω απόφαση της Ολομελείας έκανε δεκτά τα ακόλουθα:

1. Η εφαρμογή της ΑΚ 10

Σύμφωνα με το άρθρο 10 ΑΚ η ικανότητα του νομικού προσώπου ρυθμίζεται από το δίκαιο της

έδρας του. Η απόφαση δέχεται ότι ως έδρα του νομικού προσώπου νοείται ο τόπος όπου πράγματι ασκείται η διοίκηση του νομικού προσώπου και όχι η καταστατική. Διαφορετική εκδοχή θα καθιστούσε συνδετικό στοιχείο, για το προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου τη θέληση των ενδιαφερομένων. Η λύση αυτή ενώ υιοθετείται προκειμένου περί συμβατικών ενοχών (ΑΚ 25) δεν αρμόζει προκειμένου να κριθεί η σύσταση και λειτουργία του νομικού προσώπου, καθόσον αυτό ως υποκείμενο δικαίου ενεργεί έναντι όλων (μετόχων, δανειστών). Αντίθετη παραδοχή (επιλογή του συνδεκτικού στοιχείου της θελήσεως των ιδρυτών) θα κατέληγε στον παραμερισμό στην εγχώρια τάξη, κανόνων δημοσίας τάξεως που είναι αντίθετο στην ΑΚ 3. Εξάιρεση από τον κανόνα της πραγματικής έδρας του άρθρου 10 ΑΚ εισάγεται με το άρθρο 24 Ν. 2893/1954 που κύρωσε διμερή Συνθήκη μεταξύ Ελλάδος – ΗΠΑ και άρθρο 1 ν. 791/1978 και αφορά τις ναυτιλιακές εταιρείες.

Η κρίση αυτή της αποφάσεως εμφανίζει σοβαρές αδυναμίες και μας επιτρέπει να διατυπώσουμε τις ακόλουθες σκέψεις:

Α. Η παραδοχή ότι κατά την ΑΚ 10 ως έδρα της εταιρείας νοείται η πραγματική και όχι η καταστατική δεν λαμβάνει υπ' όψιν της το σύστημα κανόνων του ΑΚ. Και τούτο γιατί η έννοια της έδρας ορίζεται στην ΑΚ 64, σύμφωνα με την οποία «το νομικό πρόσωπο αν στη συστατική πράξη ή στο καταστατικό δεν ορίζεται διαφορετικά, έχει ως έδρα τον τόπο όπου λειτουργεί η διοίκησή του», η δε σχολιαζόμενη απόφαση παραλείπει να αιτιολογήσει με τις σκέψεις της γιατί δεν εφαρμόζεται αυτός ο κανόνας δικαίου, ο οποίος διατυπώνει την αρχή ότι έδρα του νομικού προσώπου είναι αυτή που ορίζεται στο καταστατικό του.

Βέβαια η νομολογία στο παρελθόν [βλ. ενδεικτικώς ΑΠ (Ολ.) 461/1978, ό.π, Εφ.Αθ. 3865/1998, ΔΕΕ 1999, ΣΕΛ. 726, με παρατηρήσεις Λ. Αθανασίου], ερμηνεύοντας την ΑΚ 64, την αντιμετωπίζει ως διάταξη εφαρμοζόμενη αποκλειστικά στις ημεδαπές εταιρείες προκειμένου να εξευρεθεί η έδρα αυτών στην Ελλάδα (Βλ. όμως γνώμη της μειοψηφίας οκτώ μελών του δικαστηρίου της Ολ.του ΑΠ 461/78, σύμφωνα με την οποία «ο όρος «έδρα» εις το άρθρ. 10 του ΑΚ ετέθη υπ' ήν έννοιαν και εις το άρθρο 64 του αυτού Κώδικος και επομένως ως έδρα του νομικού προσώπου νοείται η εν τω καταστατικώ

οριζομένη ήτοι ο τόπος ένθα λειτουργεί κατά τούτο η διοίκησης αυτού». Έτσι όμως εισάγεται μία ανεπίτρεπτη διάκριση και διασπά την ενότητα του δικαίου μας. Διάκριση μάλιστα που αντιβαίνει και στην αρχή της ισότητας που θεσπίζει ο κανόνας της ΑΚ 4, σύμφωνα με τον οποίο «Ο αλλοδαπός απολαμβάνει τα αστικά δικαιώματα του ημεδαπού»

β. Επιπροσθέτως πρέπει να σημειώσουμε ότι το δίκαιο πρέπει να χαρακτηρίζεται από την ενότητά του και την ομοιόμορφη εφαρμογή του. Έτσι σ' ότι αφορά την ερμηνεία του άρθρου 10 ΑΚ για την έννοια της έδρας μπορούμε να αντλήσουμε επιχειρήματα και από το δίκαιο που αφορά τις ανώνυμες εταιρείες και συγκεκριμένα από τις διατάξεις του Κ.Ν 2190/1920, όπως ισχύουν, και αφορούν την δυνατότητα που παρέχεται τόσο στο διοικητικό συμβούλιο της εταιρείας όσο και στη γενική συνέλευση να συνέρχονται και να συνεδράζουν εκτός έδρας της εταιρείας. Δυνατότητα που στην ουσία επιτρέπει στην ανώνυμο εταιρεία να εγκαταστήσει ελεύθερα τη διοίκησή της εκτός της καταστατικής της έδρας είτε στην Ελλάδα είτε στο εξωτερικό, θέση που πρέπει να είναι αμφίδρομα συνεπής. (βλ. άρθρο 20 παρ. 2 και 3 Κ.Ν 2190/1920, ίδια παρ. 3, όπως αυτή προσετέθη με το άρθρο 10 παρ.. 2 Ν. 2239/1995. Για τη Γ.Σ βλ. άρθρο 25 παρ. 2 Κ.Ν 2190/1920, ίδια εδάφιο β` παρ. 2, όπως αυτή προσετέθη με το άρθρο 11 παρ. 1 Ν. 2239/1995.). Η τροποποίηση αυτή του Κ.Ν 2190/20, που έγινε το 1995, δείχνει και την τάση προσαρμογής του δικαίου στην αδήρητη ανάγκη της απρόσκοπτης κινητικότητας της εταιρείας με τη μεταφορά της πραγματικής της έδρας. Μία ανάγκη που δεν πρέπει να την παραβλέπει η νομολογία.

Μόνο που η αναγνωριζόμενη εταιρεία δεν μπορεί να δρά ασύδοτα, προσβάλλοντας έτσι την εγχώρια έννομη τάξη. Φραγμό σε μία τέτοια λειτουργία θα βάζουν οι κανόνες αναγκαστικού δικαίου της ελληνικής εννόμου τάξεως. (βλ. Κ. Παμπούκη, Κυπριακές ναυτιλιακές εταιρίες που η διοίκησή τους βρίσκεται στην Ελλάδα, Κυπριακό Νομικόν Βήμα ΙΘ (1992), σελ. 621 επ. ιδίως 624 επ.). Με το τρόπο αυτό δεν καταστρατηγείται η ΑΚ 3,

ούτε βεβαίως επιφυλάσσεται δυσμενής αντιμετώπιση του νομικού προσώπου της αλλοδαπής εταιρείας με την μη αναγνώρισή του και εξομοίωσή του με «εν τοις πράγμασι» ημεδαπή ομόρρυθμη εταιρεία, που ως κύρωση παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας (περί αυτής κατωτέρω).

γ. Σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να προστεθεί ότι η σύσταση και η ικανότητα δικαίου των ανωνύμων εταιρειών της Νορβηγίας και νομικών προσώπων της Κύπρου θα κρίνονται σύμφωνα με το δίκαιο της καταστατικής έδρας τους, καθόσον αυτό υπαγορεύεται αντιστοίχως α) από το άρθρο 3 ν. 3574/1927 περί κυρώσεως της Συνθήκης εμπορίου Ελλάδος και Νορβηγίας και β) από το άρθρο 1 ν. 1548/1985 που αφορά τη διμερή συμβαση μεταξύ Ελλάδος και Κύπρου. (Ειδικά για τη σύμβαση μεταξύ Ελλάδος –Κύπρου βλ. Κ. Παμπούκη, Κυπριακές ναυτιλιακές εταιρίες που η διοίκησή τους βρίσκεται στην Ελλάδα, Κυπριακό Νομικόν Βήμα ΙΘ (1992), σελ. 618 επ.). Ανάλογο ζήτημα γεννάται και όταν οι εταιρείες αυτές υποβάλλουν αίτημα στην αρμόδια Νομαρχία για την έγκριση ίδρύσεως υποκαταστήματος, σύμφωνα με τις διατάξεις του Κ.Ν 2190/1920 ή Ν. 3190/55, όποτε η αρμόδια αρχή τους ζητά πιστοποιητικό σύμφωνα με το οποίο να προκύπτει ότι διαθέτουν μετοχικό κεφάλαιο αντίστοιχο με αυτό της ΑΕ ή ΕΠΕ κατά περίπτωση. Διαφορετικά αρνούνται την χορήγηση της σχετικής αδείας, πράγμα αντίθετο όχι μόνο στις διμερείς συμβάσεις αλλά και σε άλλες σχετικές διατάξεις της ελληνικής εννόμου τάξεως. [Πρβλ. σχετικώς γνωμοδότηση Νομικού Συμβούλου Υπ. Εμπορίου της 7.12.1967 αρ. 70, ΕΕΔ 1969, 126, σύμφωνα με την οποία γίνεται δεκτό ότι ανώνυμος εταιρεία νομίμως ιδρυθείσα στην αλλοδαπή, δύναται να ιδρύσει υποκατάστημα στην Ελλάδα και άν ακόμη το κεφάλαιό της είναι κατώτερο του υπό του ελληνικού νόμου οριζομένου ως ελαχίστου κεφαλαίου για την ίδρυση α.ε (η εν λόγω γνωμοδότηση αντιμετώπισε περίπτωση α.ε που είχε ιδρυθεί και διέθετε καταστατική έδρα στη Βηρυττό του Λιβάνου. Μάλιστα με τη γνωμοδότηση αυτή γίνεται δεκτό ότι έδρα της α.ε κατά την έννοια της ΑΚ 10 είναι η καταστατική)].

δ. Η σχολιαζόμενη απόφαση της ολομελείας παραπέμπει σε δύο αποφάσεις της (2/1999 και 461/1978). Σ' ότι αφορά την ΑΠ (Ολ.) 461/1978 αυτή αντιμετώπισε την περίπτωση μετόχου ανωνύμου αλλοδαπής εταιρείας με κατασταστική έδρα στον Παναμά και πραγματική στον Πειραιά, ο οποίος ζήτησε από το Πρωτοβάθμιο δικαστήριο (τμήμα Έκουσίας) να διατάξει έλεγχο σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 40 Κ.Ν 2190/1920, όπως ισχύει. Και ναί μεν η ολομέλεια (κατά πλειοψηφία) έλαβε τη θέση που διατυπώθηκε ανωτέρω σ' ότι αφορά την ερμηνεία των άρθρων 10 και 64 ΑΚ, όμως δεν επέβαλε ως κύρωση σ' αυτήν - για την παράλειψη της αλλοδαπής εταιρείας να τηρήσει τον ελληνικό νόμο σ' ότι αφορά την ίδρυσή της- τον χαρακτηρισμό της ως «εν τοις πράγμασι» ομμορρυθμού εταιρείας. Αντιθέτως δεν έθεσε καν τέτοιο ζήτημα. Αυτό που έκανε ήταν να εφαρμόσει την διάταξη του άρθρου 40 Κ.Ν 2190/1920 και να διατάξει τον έλεγχο στην αλλοδαπή ανώνυμο εταιρεία. Πράγμα όμως που σημαίνει ότι για να εφαρμόσει διάταξη του Κ.Ν 2190, ανεγνώρισε την αλλοδαπή εταιρεία ως εγκύρωσ ιδρυθείσα ανώνυμο εταιρεία κατά το δίκαιο του Παναμά. Και τούτο γιατί αν την θεωρούσε άκυρη και ανωμάλως ιδρυθείσα ομμόρρυθμο, θα έπρεπε να εφαρμόσει τις διατάξεις περί προσωπικών εταιρειών και όχι του δικαίου της ανωνύμου εταιρείας. Παρατηρούμε λοιπόν ότι ο ΑΠ με την απόφασή του αυτή κατ' αποτέλεσμα και αυθόρμητα εφήρμοσε τις αρχές της θεωρίας της επικαλύψεως, χωρίς όμως να λάβει υπ' όψιν του τη θεωρία αυτή, γιατί αν το έπραττε συνειδητά τότε όφειλε να εξετάσει πρώτα την εφαρμογή του δικαίου περί ανωνύμων εταιρειών του Παναμά και αν αυτό ήταν απρόσφορο στο να διασφαλίσει τα συμφέροντα του μετόχου τότε με εμπεριστατωμένη αιτιολογία να εφαρμόσει το ελληνικό δίκαιο. (βλ. Κ. Παμπούκη, Κυπριακές ναυτιλιακές εταιρίες που η διοίκησή τους βρίσκεται στην Ελλάδα, Κυπριακό Νομικόν Βήμα ΙΘ (1992), σελ. 618 επ., επίσης βλ. του ίδιου παρατηρήσεις υπό την Εφ.Αθ. 7997/1996, ΕπισκεΔ 1997, όπου διαπιστώνεται ότι η εκεί σχολιαζόμενη απόφαση του Εφετείου έκρινε ακριβώς όπως και Ολ. ΑΠ 461/1978.)

Η προσήκουσα λύση με την εφαρμογή της θεωρίας της έδρας μόνο ως εξαίρεση μπορεί

να σημειωθεί. Τέτοια περίπτωση είναι και η ΑΠ (ολ.) 2/1999 (βλ. Κ. Παμπούκη, σχόλια υπό την ΑΠ (Ολ.) 2/1999, ΕπισκεΔ 1999, σελ. 460 επ. – Πρβλ και ΑΠ (Τμ.Α`), 796/1994, ό.π, όπου η εφαρμογή του δικαίου της πραγματικής έδρας λειτουργεί υπέρ της εταιρείας).

2. Η ικανότητα δικαίου αλλοδαπών εταιρειών που έχουν εγκαταστήσει γραφεία στην Ελλάδα σύμφωνα με το Α.Ν 89/1967

Εν προκειμένω η απόφαση της ολομελείας δέχθηκε ότι οι διατάξεις των άρθρων 1 και 2 του α.ν νόμου 89/1967 δεν εισάγουν απόκλιση από τον κανόνα της πραγματικής έδρας του νομικού προσώπου του άρθρου 10 ΑΚ. Η έννοια της πραγματικής έδρας στην Ελλάδα και η δημιουργία εγκαταστάσεως στην Ελλάδα δεν ταυτίζονται. Αλλοδαπές εταιρείες κατά την έννοια του α.ν 89/1967 είναι αυτές που έχουν την πραγματική τους έδρα στο εξωτερικό σύμφωνα με το κριτήριο της ΑΚ 10 και δεν πρόκειται να τη μεταφέρουν στην Ελλάδα αλλά θα εγκαταστήσουν απλώς υποκαταστήματα, πρακτορεία ή γραφεία. Με την εγκατάσταση αυτή η αλλοδαπή εταιρεία αποκτά περιορισμένη διακαιοδοτική ικανότητα δυνάμει του δικαίου της καταστατικής της έδρας μόνο ως προς την κήση εγκαταστάσεως στην Ελλάδα και όχι γενική, που ρυθμίζεται από το δικαίο της πραγματικής έδρας. Ο α.ν 89/1967 δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως λάμβάνων κανόνας ιδιωτικού διεθνούς δικαίου. Επομένως σύμφωνα με το άρθρο 10 ΑΚ αλλοδαπή εταιρεία που έχει την καταστατική της έδρα στο εξωτερικό, η πραγματική της έδρα όμως ευρίσκεται στην Ελλάδα, θεωρείται ημεδαπή και ως εκ τούτου είναι άκυρη λόγω τη μη τηρήσεως των διατυπώσεων συστάσεως, εγκρίσεως και δημοσιότητας κατά το ελληνικό δίκαιο, οπότε στη περίπτωση αυτή, εφόσον είναι δεδομένο ότι λειτουργεί ή ότι λειτούργησε πραγματικά, συναλλασσόμενη και εμφανιζόμενη ως εμπορική εταιρεία, αποτελεί «εν τοις πράγμασι» ομόρρυθμη προσωπική εταιρεία. Αυτό δε ισχύει και για την «αλλοδαπή» (κατά το καταστατικό της) εμποροβιομηχανική εταιρεία του α.ν 89/1967, η οποία εκτός από την «εγκατάστασή της» έχει και την πραγματική της έδρα στην ελληνική επικράτεια και θεωρείται ημεδαπή, διέπεται δε ως προς τη σύστασή της κλπ. από το Ελληνικό δίκαιο.

Η κρίση αυτή της σχολιαζομένης αποφάσεως μας επιτρέπει να προβούμε στις ακόλουθες διαπιστώσεις:

α. Εν πρώτοις η θέση αυτή στην ουσία προβάλλει μία όχι συνετή αξίωση: να λυθεί η εταιρεία στη χώρα ιδρύσεώς της και να επανασυσταθεί στη χώρα όπου εγκαθιστά την έδρα της διοικήσεώς της. Η αλλοδαπή εταιρία, η οποία εγκαθίσταται στην Ελλάδα με βάση τον α.ν 89/1967, διατηρεί την ιθαγένεια της χώρας από την οποία προέρχεται και τον τύπο που έχει περιβληθεί κατά το δίκαιο της χώρας αυτής. Αυτό ισχύει, ανεξάρτητα από το είδος της εγκατάστασης που η εταιρία αποκτά στην Ελλάδα, αφού ο νόμος δεν κάνει καμιά απολύτως διάκριση. Αντίθετη παραδοχή θα εμφάνιζε την Ελληνική Πολιτεία να εξαπατά τις αλλοδαπές εταιρίες. Θα την εμφάνιζε να προσελκύει τις εταιρίες αυτές με τη νομοθετική εξουσία, υποσχόμενη ότι θα τις εντάξει στην έννομη τάξη της; να υλοποιεί την υπόσχεσή της με την εκτελεστική εξουσία; και, τέλος, με τη δικαστική εξουσία να διαψεύδει την υπόσχεση αυτή και να «κολάζει» τις εταιρίες που την πίστευσαν. (βλ. γνωμοδότηση Κ. Παμπούκη, Αλλοδαπές εταιρίες που εγκαθίστανται στην Ελλάδα με βάση το α.ν 89/1967, ΕπισκεΔ 1998, σελ. 953 επ.)

Η ανάγνωση των διατάξεων του α.ν 89/1967 επιτρέπει να αντιληφθούμε ότι ο νόμος αναφέρεται σε αλλοδαπές εταιρείες που επιθυμούν να εγκατασταθούν στην Ελλάδα. Από καμία διάταξη του νόμου δεν προκύπτει η «περιορισμένη και ειδική δικαιοδοτική ικανότητα». Η θέση αυτή υπερακοντίζει τη βούληση του νομοθέτη καθόσον αυτός θέλησε την προσέλκυση των εταιρειών, οι οποίες σε κάθε περίπτωση, εάν γνώριζαν τη μεταχείρισή τους αυτή δεν θα εγκαθίσταντο στην Ελλάδα. Βέβαια το ζήτημα αυτό ειδικά για τα γραφεία του α.ν. 89/1967 έχει πλέον περιορισμένη αξία καθόσον οι διατάξεις του καταργήθηκαν και προβλέπεται με μεταβατικές διατάξεις η αντιμετώπιση των υφισταμένων γραφείων.(βλ. _____)

β. Οι αλλοδαπές εταιρείες που έχουν εγκατασταθεί στην Ελλάδα, δυνάμει των διατάξεων του α.ν 89/67, έχουν λάβει άδεια εγκαταστάσεως παρά του αρμοδίου Υπουργού. Αυτό σημαίνει ότι έχει εκδοθεί υπέρ τους μία νόμιμη ατομική διοικητική πράξη, με την οποία της παρέχεται άδεια εγκαταστάσεως, προεχόντως δε αναγνωρίζεται η εταιρεία

αυτή από αρμόδια διοικητική αρχή ως αλλοδαπή.

Οι ατομικές διοικητικές πράξεις μπορούν να απωλέσουν την ισχύ τους είτε με τη κατάργησή τους είτε με την ανάκλησή τους –υπό προϋποθέσεις - με νεότερη διοικητική πράξη. Η κατάργηση ατομικής πράξεως με την έκδοση νεότερης ατομικής διοικητικής πράξεως επιτρέπεται εφόσον η σχετική αρμοδιότητα για την έκδοση της νέας πράξεως προβλέπεται από τις διατάξεις ή σαφώς συνάγεται από αυτές. Η ανάκληση μίας ατομικής διοικητικής πράξεως ρυθμίζεται κατά βάση από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου. Με τις αρχές αυτές «επιδιώκεται η σταθερότητα των νομικών και πραγματικών καταστάσεων που δημιουργούνται με τις διοικητικές πράξεις, προς χάρη της εύρυθμης και χρηστής διοίκησης και για τη προστασία των διοικουμένων και την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος» (βλ. ενδεικτικώς Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Γενικού Διοικητικού Δικαίου, σελ. 179 επ.). Τέλος πρέπει να σημειωθεί ότι μία ατομική διοικητική πράξη μπορεί να ακυρωθεί με απόφαση του αρμοδίου Δικαστηρίου μετά από προσφυγή του έχοντος έννομο συμφέρον. Ακόμη το αρμόδιο διοικητικό δικαστήριο μπορεί να κρίνει την ορθότητα της καταργήσεως ή της ανακλήσεως μίας ατομικής διοικητικής πράξεως εκ μέρους της διοικήσεως, μετά από προσφυγή (ή αίτηση ακυρώσεως) του θιγομένου με αυτή διοικουμένου.

Η κρίση των πολιτικών δικαστηρίων σ' ότι αφορά το κύρος της διοικητικής πράξεως είναι παρεμπόδιση. Αυτό σημαίνει έλεγχος άν υφίσταται ουσιαστικός νόμος που επιτρέπει την έκδοση της διοικητικής πράξεως, άν η διοικητική πράξη εξεδόθη από τα αρμόδια διοικητικά όργανα, άν η διοικητική πράξη έχει όλα τα εξωτερικά στοιχεία της νομιμότητας. Έτσι είναι ανεπίτρεπτη εκ μέρους του πολιτικού δικαστηρίου η υπεισέλευση στον ουσιαστικό έλεγχο της κρίσεως της διοικήσεως. (βλ. _____)

Κατά συνέπεια η άδεια εγκαταστάσεως στη Ελλάδα, σύμφωνα με τις διατάξεις του α.ν 89/67, μπορεί να καταργηθεί ή ανακληθεί εκ μέρους της αρμοδίας διοικητικής αρχής με νεότερη απόφασή της ή κατά περίπτωση να ακυρωθεί ή να διαπιστωθεί το σύννομο και

αιτιολογημένο της ανακλήσεώς της από το αρμόδιο διοικητικό δικαστήριο με την προϋπόθεση βεβαίως εν πάση περιπτώσει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις του νόμου για μία τέτοια κύρωση.

Συνακολούθως το Δικαστήριο της Ολεμελείας του ΑΠ, πέραν του ότι εσφαλμένως ερμήνευσε τις διατάξεις του α.ν 89/67, υπερέβη και την εξουσία - δικαιοδοσία του με το να «ανακαλέσει» ή να «καταργήσει» ουσιαστικώς την χορηγηθείσα από τον Υπουργό Εθνικής Οικονομίας άδεια εγκαταστάσεως στην αλλοδαπή εταιρεία, με την οποία είχε αναγνωρισθεί ότι αυτή είναι αλλοδαπή. Ιδία η κρίση περί του άν η αλλοδαπή εταιρεία, που εγκαθίσταται στην Ελλάδα, σύμφωνα με τις διατάξεις του α.ν 89/1967, αποκτά περιορισμένη και ειδική δικαιοδοτική ικανότητα δυνάμει του δικαίου της καταστατικής της έδρας μόνο ως προς την κτήση εγκαταστάσεως στην Ελλάδα και όχι γενική, που ρυθμίζεται από το δίκαιο της πραγματικής της έδρας, με άλλες λέξεις άν η ατομική διοικητική πράξη της αδειάς εγκαταστάσεως παρέχει στην αλλοδαπή εταιρεία περιορισμένη δικαιοδοτική ικανότητα δυνάμει του δικαίου της καταστατικής της έδρας μόνο ως προς την κτήση εγκαταστάσεως στην Ελλάδα και όχι γενική, αυτό πρέπει να κριθεί από τη Διοικητική Δικαιοσύνη και όχι την Πολιτική.

δ. Περαιτέρω η κρίση αυτή της σχολιαζομένης αποφάσεως προσβάλλει την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, που κρατεί τόσο στο κοινοτικό όσο και εθνικό δίκαιο, σύμφωνα με την οποία μία έννομη κατάσταση, την διατήρηση της οποίας εμπιστεύεται ευλόγως (ο διοικούμενος), δεν μπορεί να μεταβληθεί με αιφνίδια μέτρα, εκτός άν αυτό επιτάσσει υπερέχον δημόσιο συμφέρον. Παράδειγμα τέτοιας κακόπιστης συμπεριφοράς είναι η παροχή κινήτρων που προβλέπει ο νόμος για να προσελκύσει επενδυτές και εν συνεχεία η άρση τους (βλ. Δαγτόγλου _____).

ε. Τέλος η σχολιαζόμενη απόφαση σε κάθε περίπτωση παραβιάζει και την αρχή της αναλογικότητας (25 παρ. 1Σ) σύμφωνα με την οποία πρέπει να υπάρχει εύλογη σχέση μεταξύ συγκεκριμένου εφαρμοζομένου μέσου και του επιδιωκόμενου σκοπού. Έτσι η

παραδοχή της ότι προκειμένου να μη παραμερισθούν στην εγχώρια έννομη τάξη οι κανόνες δημοσίας τάξεως, δεν αναγνωρίζονται οι αλλοδαπές εταιρείες που έχουν την καταστατική τους έδρα στο εξωτερικό, την πραγματική τους δε στην ημεδαπή, παραβιάζει την αναλογία μεταξύ μέσου και σκοπού, καθόσον οι κανόνες δημοσίας τάξεως μπορούν να εφαρμοσθούν και με την αναγνώριση της αλλοδαπής εταιρείας από την εγχώρια έννομη τάξη, σύμφωνα με τη θεωρία της επικαλύψεως, που δεν τις αποκελεύει.

IV. Συμπεράσματα

Από τα όσα εξετάθησαν στις οικείες θέσεις της παρούσης και λαμβάνοντας υπ' όψιν τις ορθότερες ερμηνευτικές προσεγγίσεις της θεωρίας της ιδρύσεως υπό την παραλλαγή της ως θεωρίας της επικαλύψεως θα μπορούσαμε να καταλήξουμε στα ακόλουθα συμπεράσματα:

1. Με το άρθρο 10 ΑΚ θεσπίζονται δύο κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου (βλ. σχετικώς Κ. Παμπούκη, Η αναγνώριση των Αλλοδαπών εταιρειών ιδίως στα πλαίσια της Κοινότητας, ΕΕΕυρ.Δ 1994, σελ. 190). Ο πρώτος επιλέγει την έννομη τάξη, που είναι αρμόδια για την ίδρυση μίας εταιρείας ως νομικού προσώπου και την επιλέγει ορίζοντας ως στοιχείο συνδέσεως εκείνο που συνδέει την εταιρεία με την έννομη τάξη και που κατ' ορθήν ερμηνεία είναι αυτό της καταστατικής της έδρας. Ο δεύτερος αναγνωρίζει αυτοδικαίως σ' ότι αφορά την δική μας έννομη τάξη, τις εταιρείες που έχουν ιδρυθεί κατά την έννομη τάξη και οι οποίες συνδέονται με το στοιχείο της καταστατικής τους έδρας. Και εδώ το ζήτημα της προσωπικής καταστάσεως των εταιρειών θα αντιμετωπισθεί με επιτυχία μόνο σύμφωνα με την θεωρία της επικαλύψεως. Κάτι που κατ' αποτέλεσμα εφαρμόσθηκε και με την απόφαση ΑΠ 461/1978 αλλά και με την ΕφΑθ 7997/1996.
2. Η μη αναγνώριση των εγκατεστημένων εταιρειών στην Ελλάδα, σύμφωνα με τις διατάξεις του α.ν 89/1967, είναι αντίθετη τόσο προς τις διατάξεις των άρθρων 10 και

64 ΑΚ Όσο και προς αυτές τις ίδιες τις διατάξεις του α.ν 89/1967. Περαιτέρω τα πολιτικά Δικαστήρια υπερβαίνουν τη δικαιοδοσία τους