

ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗ ΑΥΞΗΣΗ ΤΟΥ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥ

Σπύρου Γ. Αλεξανδρή
Απρίλιος 2000

Δ Ι Α Γ Ρ Α Μ Μ Α Υ Λ Η Σ

A. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

- I. Έννοια της αναγκαστικής αυξήσεως του κεφαλαίου – Διάκριση αυτής από της υποχρεωτικής αυξήσεως του κεφαλαίου.
- II. Βασικό νομοθετικό πλαίσιο που αφορά την αναγκαστική αύξηση κεφαλαίου.
- III. Σύντομη ιστορική αναδρομή σ' ότι αφορά την εφαρμογή των διατάξεων περί αναγκαστικής του κεφαλαίου αυξήσεως.

B. ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΠΟΥ ΑΝΕΚΥΨΑΝ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ

ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΠΕΡΙ ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗΣ ΑΥΞΗΣΕΩΣ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥ.

- I Η συνταγματικότητα των διατάξεων περί αναγκαστικής αυξήσεως κεφαλαίου.
- II. Η υπό το πρίσμα του άρθρου 25 παρ.1 της δεύτερης οδηγίας αντιμετώπιση τη αναγκαστικής αυξήσεως κεφαλαίου.
- III. Το άμεσο αποτέλεσμα της δεύτερης οδηγίας και ιδία του άρθρου 25 παρ. 1 (Νομολογία ΔΕΚ –θεωρία).
- IV. Η ένσταση της καταχρηστικής ασκήσεως δικαιώματος που απορρέει από το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. 1 της δεύτερης οδηγίας και η υπέρβαση της δικαιοδοσίας του ΔΕΚ – Πρός μία μεταστροφή στη νομολογία του ΔΕΚ

(απόφαση του έκτου τμήματος της 23.3.2000 στην υπόθεση C-373/97, Διαμαντής κατά Ελληνικού Δημοσίου).

V. Το κύρος των αποφάσεων περί αυξήσεως κεφαλαίου που ελήφθησαν σε αντίθεση προς την διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 της δεύτερης οδηγίας (είτε από εξωεταιρικά όργανα είτε από συνέλευση εταιρείας που δεν διέθετε νόμιμη σύνθεση).

VI. Η αποκατάσταση της ζημίας μετόχων που επλήγησαν από την αναγκαστική αύξηση κεφαλαίου.

Γ. ANTI EΠΙΛΟΓΟΥ:

A. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

I. Έννοια της αναγκαστικής αύξησης του κεφαλαίου – Διάκριση αυτής από της υποχρεωτικής αύξησης του κεφαλαίου.

Η αναγκαστική αύξηση του κεφαλαίου συνίσταται στην αύξηση του κεφαλαίου της εταιρείας ανεξαρτήσεως της βουλήσεώς της, όταν αυτή δηλ. δεν συντελείται από τα προβλεπόμενα στον νόμο και το καταστατικό όργανα της εταιρείας αλλά από κάποιο τρίτο όργανο, που προβλέπει σε ειδικές περιπτώσεις ο νόμος ή απ' αυθείας από τον ίδιο τον νόμο.

Αντίθετα η υποχρεωτική αύξηση του κεφαλαίου να μεν προβλέπεται από το νόμο, στις περιπτώσεις που αυτός ορίζει, πλήν όμως η σχετική απόφαση λαμβάνεται πάντοτε από το αρμόδιο όργανο της εταιρείας. Εξαρτάται δηλ. από τη βούληση του νομικού προσώπου της εταιρείας, όπως αυτή εκφράζεται από τα κατά νόμο καταστατικά της όργανα, να συμμορφωθεί στις εκάστοτε επιταγές του νόμου. Αν δεν το πράξει θα έχει ως συνέπεια την κύρωση που προβλέπει κάθε φορά ο νόμος (π.χ ανάκληση της αδείας της, αποβολή ομάδας αθλητικής ανωνύμου εταιρείας από το πρωτάθλημα και υποβιβασμός της στην αμέσως κατώτερη κατηγορία σύμφωνα με το άρθρο 70 παρ. 2 ν. 2725/1999)

(Για τις εν λόγω διακρίσεις βλ. Κ. Παμπούκης, Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρείας, τεύχος δεύτερο, σελ. 133 επ.).

II.Βασικό νομοθετικό πλαίσιο που αφορά την αναγκαστική αύξηση κεφαλαίου.

Το μέτρο της αναγκαστικής αύξησεως κεφαλαίου ίσχυσε σε δύο βασικές κατηγορίες εταιρειών στα πλαίσια εξυγιάνσεως της οικονομίας σ' ότι αφορά τις προβληματικές επιχειρήσεις και στα πλαίσια εξυγιάνσεως των τραπεζών στις τραπεζικές ανώνυμες εταιρείες

(i.) Στίς τραπεζικές ανώνυμες εταιρείες.

Π.Δ. 861/1975, που κυρώθηκε με τον νόμο 236/1975:

Άρθρο1 παράγραφος 1

Εις ας περιπτώσεις, κατά το άρθρον 8 του Α.Ν. 1665/1951" περί λειτουργίας και ελέγχου Τραπεζών" επιτρέπεται ο υπό της Νομισματικής Επιτροπής διορισμός Επιτρόπου παρά Τραπέζη, δικαιούται η Νομισματική Επιτροπή,άμα τη εισαγωγή παρ' αυτή προς εξέτασιν θέματος δυναμένου να αγάγη εις διορισμόν Επιτρόπου, να διορίση παρά τη Τραπέζη ένα ή πλείονας προσωρινούς Επιτρόπους, αφ' όσον κατά την κρίσιν της , επιβάλλεται τούτο εκ του επείγοντος χαρακτήρος του θέματος ή χάριν του δημοσίου συμφέροντος ή προς συντήρησινσυμφερόντων της Τραπέζης του Δημοσίου ή οιουδήποτε τρίτου ή προς αποφυγήν δυσμενών επιπτώσεων επι της χρηματαγοράς ή της οικονομίας εν γένει.

Άρθρο 1 παράγραφος 3:

Από της δημοσιεύσεως της αποφάσεως ταύτης εις την εφημερίδα της Κυβερνήσεως παύει αυτοδικαίως πάσα εξουσία και αρμοδιότης πάντων των καταστατικών και λοιπών οργάνων της Τραπέζης, περιεχόμενη, μετά της

Διοικήσεως αυτής εις τον προσωρινον Επίτροπον ή Επιτρόπους ενεργούντας από κοινού.

Η Νομισματική Επιτροπή, δια νεωτέρας αποφάσεως της δημοσιευομένης εις την εφημερίδα της Κυβερνήσεως, δύναται να επαναφέρει την παυθείσαν Διοίκησιν, του προσωρινού Επιτρόπου έχοντος εν τη περιπτώσει ταύτη τας εξουσίας, περί των η παρ. 3 του άρθρου 8 του Α.Ν. 1665/1951.

Άρθρο 1 παράγραφος 1 του ν. 431 της 3/4.9.1976

Το μετοχικόν κεφάλαιον Τραπεζών αίτινες ετέθησαν επανειλημμένως υπό Επίτροπον ή Προσωρινόν Επίτροπον, κατά τις διατάξεις του Α.Ν.1665/1951 ή του Ν.236/1975, τελούσι δε νυν ή τεθώσιν εις το μέλλον δια τρίτην φοράν υφ' οιονδήποτε των καθεστώτων τούτων, και των οποίων το μετοχικόν κεφάλαιον πλέον του αποθεματικού των εξ εκδόσεων μετοχών υπερ το άρτιον, είναι, κατά τον χρόνον της τρίτης θέσεως αυτών υπό εν των προαναφερθέντων καθεστώτων, ολιγώτερον του ενός εβδομηκοστού του συνολικού ποσού των πάσης φύσεως παρ' αυταίς καταθέσεων, διπλασιάζεται, δυνάμει του παρόντος, ουδέ μιας άλλης διατυπώσεως ή πράξεως απαιτουμένης, εκδιδομένων προς τούτο νέων μετοχών.

Σημείωση 1.: Ο θεσμός της άνω αναγκαστικής αυξήσεως και του θεσμού του προσωρινού επιτρόπου με ευρείες αρμοδιότητες καταργήθηκε με το άρθρο 3 ν. 2114/1993.

(ii.) Στίς προβληματικές επιχειρήσεις.

Άρθρο 8 παράγραφος 1 του ν.1386/1983

Σε περίπτωση που αποφασίζεται η ανάληψη της διοίκησης της επιχείρησης από τον οργανισμό για ορισμένο χρόνο, ή διοίκηση γίνεται κατά περίπτωση από ένα ή περισσότερα πρόσωπα που διορίζονται από αυτόν. Στην διοίκηση συμμετέχει εκπρόσωπος των εργαζομένων στην επιχείρηση. Κατά τα λοιπά ισχύουν οι κανόνες που διέπουν το συγκεκριμένο εταιρικό τύπο της επιχείρησης.

Με τη δημοσίευση της υπουργικής απόφασης παύει η εξουσία των οργάνων διοίκησης της επιχείρησης. Η γενική συνέλευση των μετόχων ή η συνέλευση των εταίρων διατηρείται αλλά δεν μπορεί να αποφασίζει την ανάκληση της διοίκησης που γίνεται από τα πρόσωπα που διορίζει ο ΟΑΕ. Για τη διάθεση κερδών και τη δημιουργία αποθεματικών απαιτείται έγκριση του υπουργού Εθνικής Οικονομίας.

Άρθρο 8 παράγραφος 8 του ν. 1386/1983

Κατά τη διάρκεια της προσωρινής διοίκησης ο ΟΑΕ μπορεί με απόφαση του, που εγκρίνεται με απόφαση του υπουργού Εθνικής Οικονομίας και δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, κατά παρέκκλιση από τις ισχύουσες για τις ανώνυμες εταιρίες διατάξεις, να αυξάνει το κεφάλαιο της εταιρίας. Η αύξηση του κεφαλαίου μπορεί να γίνει είτε μετρητοίς είτε με εισφορές σε είδος. Η καταβολή της εισφοράς επιτρέπεται να γίνει και με συμψηφισμό. Κάθε σχετική λεπτομέρεια με την αύξηση του κεφαλαίου καθορίζεται με την παραπάνω υπουργική απόφαση.

Οι παλαιοί μέτοχοι διατηρούν το δικαίωμα προτιμήσεως που ασκείται μέσα σε προθεσμία και καθορίζεται με την Υπουργική απόφαση

Άρθρο 10 παράγραφος 1 του ν. 1386/1983

Η αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου ή η κεφαλαιοποίηση των οφειλών της επιχείρησης προς τράπεζες ή πιστωτικούς οργανισμούς, ασφαλιστικούς οργανισμούς κύριας ή επικουρικής ασφάλισης και των κάθε μορφής οφειλών της προς το δημόσιο και τα νομικά πρόσωπα της παρ. 6 του άρθρου 1 του Ν. 1256/1982, γίνεται με απόφαση του Υπουργού Εθνικής Οικονομίας, που εκδίδεται ύστερα από πρόταση του οργανισμού στις περιπτώσεις του άρθρου 8 παρ. 5 και γνώμη της Γνωμοδοτικής Επιτροπής στις περιπτώσεις του άρθρου 7 παρ. 2 και δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως ..

Σημείωση 2: Ο θεσμός της εν λόγω αναγκαστικής αυξήσεως καταργήθηκε με τα άρθρα 47- 49 ν. 1892/1992.

Σημείωση 3: Περισσότερα για το νομοθετικό πλαίσιο αμφοτέρων των κατηγοριών βλ. Σ. Ψυχομάνη, ΕπισκεΔ 1996, σελ. 58.

II. Σύντομη ιστορική αναδρομή σ' ότι αφορά την εφαρμογή των διατάξεων περί αναγκαστικής του κεφαλαίου αυξήσεως.

i.. Οι παλαιοί μέτοχοι των εταιρειών που υπήχθησαν: α) στις ρυθμίσεις του ν. 1386/1983 (με απόφαση υπουργού Εθνικής Οικονομίας) και το μετοχικό τους κεφάλαιο αυξήθηκε σύμφωνα με τις ρυθμίσεις αυτές και β) στις διατάξεις του Π.Δ 861/1975, κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 236/1975 (με απόφαση Νομισματικής Επιτροπής ή Πράξη Διοικητή Τραπέζης Ελλάδος) και το μετοχικό τους κεφάλαιο επίσης αυξήθηκε σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις (αντιστοίχως στις μεν προβληματικές επιχειρήσεις με απόφαση του

ΟΑΕ, εγκριθείσης με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού στις δε τραπεζικές ανώνυμες εταιρείες με απόφαση του προσωρινού επιτρόπου) άσκησαν τόσο αιτήσεις ακυρώσεως, απευθυνόμενες στο ΣΤΕ, προβάλλοντας ζητήματα αντισυνταγματικότητας των διατάξεων αυτών τόσο σ' ότι αφορά την υπαγωγή τους όσο και σ' ότι αφορά τις αποφάσεις περί αυξήσεως κεφαλαίου, όσο και αγωγές περί αναγνώρισεως της ακυρότητας μεταγενεστέρων αποφάσεων περί αυξήσεως κεφαλαίου λόγω μη νομίμου συνθέσεως των γενικών συνελεύσεων. Πρέπει να διευκρινισθεί ότι όλες οι κατηγορίες αποφάσεων που αφορούσαν τις αυξήσεις του μετοχικού κεφαλαίου των εταιρειών, υπεβλήθησαν και στον τύπο που επέβαλαν οι διατάξεις του Κ.Ν 2190/20 πρό της ενσωματώσεως σ' αυτές της πρώτης οδηγίας [Δηλ. έγκριση από τον Υπουργό Εμπορίου και Δημοσίευση στο ΦΕΚ (τ. ΑΕ & ΕΠΕ) με δημιουργική ενέργεια].

ii. Ακόμη και σήμερα εκκρεμούν ενώπιον Διοικητικών και Πολιτικών Δικαστηρίων προσφυγές ή αγωγές με αίτημα την ακύρωση ή την αναγνώριση της ακυρότητας αυξήσεων μετοχικού κεφαλαίου και κεφαλαιοποιήσεων απαιτήσεων που έγιναν με υπουργικές αποφάσεις κατά τις διατάξεις του Ν. 1386/1983 και αφορούσαν επιχειρήσεις που είχαν υπαχθεί στις ρυθμίσεις του ως άνω νόμου, δηλ. τις λεγόμενες προβληματικές επιχειρήσεις, καθώς και αυξήσεων μετοχικού κεφαλαίου τραπεζικών ανωνύμων εταιριών που είχαν υπαχθεί σε καθεστώς προσωρινής επιτροπείας βάσει του Π.Δ. 861/1975, που κυρώθηκε με τον Ν. 236/1975,

που έγιναν με πράξη του προσωρινού Επιτρόπου σύμφωνα με τις αρμοδιότητες που του παρείχαν οι ως άνω διατάξεις.

iii. Κοινό χαρακτηριστικό των ως άνω αυξήσεων μετοχικού κεφαλαίου είναι ότι έγιναν βάσει των άνω ειδικών ρυθμίσεων της τότε ισχύουσας νομοθεσίας και κατά παρέκκλιση ορισμένων ρυθμίσεων του Κ.Ν. 2190/1920 "περί ανωνύμων εταιριών", όπως ίσχυε κατά τα χρονικά σημεία που έλαβαν χώρα οι ως άνω αυξήσεις κεφαλαίου, δηλ. χωρίς να ακολουθηθεί η προβλεπόμενη στο νόμο αυτό διαδικασία σύγκλησης της Γενικής Συνέλευσης, προκειμένου αυτή να λάβει την σχετική απόφαση και, σε ορισμένες περιπτώσεις, χωρίς να παρασχεθεί στους παλαιούς μετόχους δικαίωμα προτίμησης στο σύνολο των νέων μετοχών.

Πρόκειται επομένως για ειδικές περιπτώσεις αυξήσεως μετοχικού κεφαλαίου, που έλαβαν χώρα βάσει ορισμένων ειδικών ρυθμίσεων της τότε ισχύουσας εθνικής νομοθεσίας, οι οποίες όπως αποφάνθηκε πολύ μεταγενέστερα το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ήταν αντίθετες προς ορισμένες διατάξεις της δεύτερης εταιρικής κοινοτικής οδηγίας (οδηγία 77/91/ ΕΟΚ) και ειδικότερα προς το άρθρο 25 παρ.1 εδάφιο 1 και, στις περιπτώσεις που δεν παρασχέθηκε δικαίωμα προτίμησης, και προς το άρθρο 29 παρ. 1 της ως άνω οδηγίας.

iii. Σε πολλές περιπτώσεις, όπως ήδη αναφέρθηκε, μετά τις ως άνω αρχικές αυξήσεις κεφαλαίου, έχουν λάβει χώρα και άλλες μεταγενέστερες μεταβολές μετοχικού κεφαλαίου, που αποφασίστηκαν από τις Γενικές Συνελεύσεις που προέκυψαν από τις ως άνω αρχικές αυξήσεις κεφαλαίου, με αποτέλεσμα σε

ορισμένες περιπτώσεις το σημερινό μετοχικό κεφάλαιο των ως άνω εταιριών να είναι πολλαπλάσιο κατά πολλές δεκάδες φορές του αρχικού μετοχικού κεφαλαίου.

Επιπλέον ορισμένες από τις ως άνω εταιρίες έχουν εισαχθεί στο χρηματιστήριο όπου πολλοί μικροεπενδυτές έχουν αγοράσει μετοχές των ως άνω εταιριών, στις οποίες περιλαμβάνονται και μετοχές που εκδόθηκαν συνεπεία των ως άνω, εκτός της διαδικασίας που προβλέπεται στον Ν.2190/1920 και τη δεύτερη εταιρική οδηγία, αυξήσεων κεφαλαίου ή κατά τις μεταγενέστερες αυξήσεις κεφαλαίου, έτσι ώστε ο αριθμός των σημερινών μετόχων τους να ανέρχεται σε πολλές χιλιάδες. Ολοι αυτοί οι μέτοχοι έχουν ανάγκη προστασίας.

Ανάλογη ανάγκη προστασίας έχουν και όσοι έχουν συναλλαγή με τις ως άνω εταιρίες μετά τις ως άνω αυξήσεις κεφαλαίου, βασιζόμενοι στην κεφαλαιακή κατάσταση των εταιριών αυτών με βάση τα δημοσιευθέντα στοιχεία.

Πρόκειται επίσης για απεριόριστο αριθμό συναλλαγέντων τρίτων, οι οποίοι ως ιδιώτες καλόπιστα στηρίχθηκαν στα ως άνω στοιχεία τα οποία ήταν απολύτως νόμιμα με βάση την τότε ισχύουσα εθνική νομοθεσία, μη έχοντας υποχρέωση να ερευνήσουν, ούτε αν υπάρχουν εκκρεμείς διαφορές, ούτε αν οι ως άνω αυξήσεις κεφαλαίου ήταν σύμφωνες με μια μη μεταφερθείσα στο εσωτερικό δίκαιο, κατά το κρίσιμο χρονικό σημείο των αυξήσεων κεφαλαίου και των σχετικών εγκρίσεων και δημοσιεύσεων, κοινοτική οδηγία, η οποία σημειωτέον, βάσει του άρθρου 189 ΣυνθΕΚ απευθύνεται μόνο στα κράτη μέλη και όχι στους ιδιώτες και δεσμεύει μόνο τα πρώτα. Με την έννοια αυτή,

η ίδια η ύπαρξη και εφαρμογή στην πράξη της ειδικής εθνικής νομοθεσίας αποτέλεσε ένα σημαντικότατο στοιχείο δημιουργίας δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, δεδομένου ότι η αντιθεσή της προς τη δεύτερη εταιρική οδηγία διαπιστώθηκε αυθεντικά από το ΔΕΚ πολύ μεταγενέστερα και συγκεκριμένα ως προς μεν τις κρίσιμες διατάξεις του Ν1386/1983 το έτος 1991 (αποφάσεις Καρέλλα και Σύνδεσμος Μελών Ευαγγελικής Εκκλησίας (ΕΠΑΣ Σωτηρόπουλοι), ως προς δε τις κρίσιμες διατάξεις της ειδικής τραπεζικής νομοθεσίας (ΠΔ 861/1975 και Ν. 236/1975) το έτος 1996 (απόφαση της 12.3.1996 στην υπόθεση Παφίτης κατά Τραπέζης Κεντρικής Ελλάδος)

Εξάλλου σε ορισμένες περιπτώσεις οι υπουργικές αποφάσεις (ατομικές διοικητικές πράξεις) με τις οποίες έγιναν οι ως άνω αυξήσεις κεφαλαίου, είτε δεν έχουν προσβληθεί με προσφυγές, είτε οι ασκηθείσες προσφυγές έχουν αμετάκλητα απορριφθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας ή τα διοικητικά δικαστήρια, οπότε δημιουργείται το ζήτημα αν οι πράξεις αυτές ως ατομικές διοικητικές πράξεις, μπορούν πλέον να αποτελέσουν αντικείμενο παρεμπόπτοντος ελέγχου στα πλαίσια εκδίκασης αγωγών στα πολιτικά δικαστήρια, οι οποίες μάλιστα έχουν ως αποκλειστικό αίτημα την αναγνώριση της ακυρότητας αυξήσεως του μετοχικού κεφαλαίου και όχι, για παράδειγμα, την επιδίκαση αποζημίωσης.

(Για όλα τα ανωτέρω βλ. αιτιολογική έκθεση στο άρθρο 28 ν. 2685/1999)

iii. Εξ όλων όσων αναφέρθηκαν ανωτέρω είναι πασιφανές ότι η εφαρμογή των διατάξεων περί αναγκαστικής αυξήσεως κεφαλαίου προκάλεσε σύνθετα νομικά ζητήματα που απασχόλησαν τόσο τα εθνικά δικαστήρια όσο και το

ΔΕΚ αλλά και αυτό το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων αλλά κυρίως την νομική επιστήμη. Αυτά τα ζητήματα – όσο είναι δυνατό – θα επιχειρήσει να καταγράψει η παρούσα εργασία όπως εκτίθεται αμέσως κατωτέρω και να παραθέσει τις λύσεις που δόθηκαν τόσο από την επιστήμη όσο και από τη νομολογία αλλά και τον νόμο.

Β. ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΠΟΥ ΑΝΕΚΥΨΑΝ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΠΕΡΙ ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗΣ ΑΥΞΗΣΕΩΣ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥ.

Ι Η συνταγματικότητα των διατάξεων περί αναγκαστικής αύξησης κεφαλαίου.

i.. Όπως ήδη αναφέρθηκε οι παλαιοί μέτοχοι των εταιρειών που υπήχθησαν:

α) στις ρυθμίσεις του ν. 1386/1983 (με απόφαση υπουργού Εθνικής Οικονομίας- άρθρο 7) και το μετοχικό τους κεφάλαιο αυξήθηκε σύμφωνα με τις ρυθμίσεις αυτές και β) στις διατάξεις του Π.Δ 861/1975, κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 236/1975 (με απόφαση Νομισματικής Επιτροπής ή Πράξη Διοικητή Τραπέζης Ελλάδος) και το μετοχικό τους κεφάλαιο επίσης αυξήθηκε σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις (αντιστοίχως στις μεν προβληματικές επιχειρήσεις με απόφαση του ΟΑΕ, εγκριθείσης με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού στις δε τραπεζικές ανώνυμες εταιρείες με απόφαση του προσωρινού επιτρόπου) άσκησαν αιτήσεις ακυρώσεως, απευθυνόμενες στο ΣΤΕ, προβάλλοντας ζητήματα αντισυνταγματικότητας των διατάξεων αυτών τόσο σ' ότι αφορά την υπαγωγή τους όσο και σ' ότι αφορά τις αποφάσεις περί αύξησης κεφαλαίου.

ii. Τα πορίσματα τόσο της νομολογίας όσο και θεωρίας μπορούν να

συνοψισθούν στα εξής βασικά θέματα:

1. Ο διορισμός σύμφωνα με τον νόμο και με κρατική παρέμβαση προσωρινής διοικήσεως σε ορισμένες ιδιαίτερης σημασίας (από οικονομική ή κοινωνική άποψη) επιχειρήσεις, ο οποίος σκοπός έχει να καταστήσει δυνατή την επιβίωσή τους και τη συνέχιση της λειτουργίας του για λόγους δημοσίου συμφέροντος (π.χ η προστασία της εθνικής οικονομίας) αποτελεί συνταγματικώς θεμιτό περιορισμό της οικονομικής ελευθερίας.
2. Η αύξηση του κεφαλαίου των επιχειρήσεων αυτών στο στάδιο της προσωρινής διοικήσεως εξυπηρετεί τον δημόσιο σκοπό, που είναι η επιβίωση της επιχειρήσεως.
3. Ωστόσο η αύξηση αυτή του κεφαλαίου μπορεί να προκαλέσει – στην περίπτωση που οι παλαιοί μέτοχοι δεν ασκήσουν το δικαίωμα προτιμήσεως που τους παρέχει ο νόμος – αλλοίωση της θέσεώς των στην μετοχική σύνθεση.
4. Η αύξηση του κεφαλαίου και η εντεύθεν αλλοίωση της θέσεως των μετόχων –που οφείλεται στην παράλειψή τους να ασκήσουν το δικαίωμα προτιμήσεως – συνδέονται με την επιβίωση της επιχειρήσεως για χάρη του δημοσίου συμφέροντος και δεν αντίκεινται στο Σύνταγμα, το οποίο, για λόγους πάντοτε δημοσίου συμφέροντος - δεν εμποδίζει τη λήψη γενικών νομοθετικών μέτρων που θίγουν την θέση της πλειοψηφίας της γενικής συνέλευσης ανώνυμης εταιρείας. Το αποτέλεσμα αυτό δεν το απαγορεύει ούτε το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος, ούτε το άρθρο 17 που προστατεύει την ιδιοκτησία (εμπράγματα δικαιώματα) και όχι δικαιώματα από τη μετοχή

που συνδέονται με την διοίκηση της εταιρείας και γενικώς τα ενοχικά δικαιώματα από τη μετοχή.

5. Η αύξηση του κεφαλαίου της επιχειρήσεως στα πλαίσια της προσωρινής διοικήσεως είναι αύξηση ανοιχτή και προς τα μέσα (αφού καθιερώνεται από το νόμο διακαίωμα προτιμήσεως υπέρ των παλαιών μετόχων) και προς τα έξω (πρός οποιονδήποτε διατιθέμενο να αγοράσει νέες μετοχές). Συνακολούθως δεν αποτελεί αναγκαστική εξαγορά της επιχειρήσεως από το κράτος ή από δημόσιο φορέα ή αναγκαστική συμμετοχή του κράτους ή δημοσίου φορέα στην επιχείρηση. Κατά ταύτα δεν αντίκειται στο άρθρο 106 παρ. 3 – 5, που επιτρέπει την καθολική εξαγορά επιχειρήσεων ή την αναγκαστική σ' αυτές συμμετοχή του κράτους, μετά όμως από καταβολή ανταλλάγματος. [Βλ. ΣΤΕ (ΟΛ) 1095/1987, ΕεμπΔ 1987, σελ. 396 (αφορά τις διατάξεις του ν. 1386/83) – ΣΤΕ (ΟΛ) 2250/1985 (αφορά το π.δ 861/85), ΣΤΕ 771/1988, Αρμενόπουλος 1989, σελ. 284 (αφορά τις διατάξεις του ν. 1386/83) – Γνωμοδότηση Α. Μάνεση, Α. Μανιτάκη, Κρατικός παρεμβατισμός και Σύνταγμα, ΝοΒ 29, σελ. 1199, Κ. Παμπούκη Δίκαιο ανώνυμης εταιρείας τ. Β σελ. 135 (όπου μεταξύ άλλων αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι το ΔΕΚ με την απόφασή του της 30.5.1991 επιχειρεί μία τομή στο άρθρο 106 του Συντάγματος) - πρβλ. Κ. Παμπούκη, Η εταιρική αυτονομία ως αξία που προστατεύεται από το άρθρο 25 της δεύτερης οδηγίας, ΕπισκεΔ 1996, σελ. 342 επ. ιδίως σελ. 346 Contra: Ν. Ρόκας. Δίκαιο Εταιριών ίδια σελ. 21, 22 και 289].

6. Αξίζει να σημειωθεί ότι ένα από τα θέματα που απησχόλησαν το ΣΤΕ είναι και αυτό της νομιμοποίησης μετόχων της μειοψηφίας στην άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως εγκριτικής αποφάσεως αυξήσεως του κεφαλαίου υπό προσωρινού επιτρόπου, οι οποίοι όμως εκπροσωπούν ποσοστό κάτω του 1/20 του εταιρικού κεφαλαίου. Το ΣΤΕ δέχθηκε ότι μόνο οι μέτοχοι που

εκπροσωπούν ποσοστό 1/20 του κεφαλαίου νομιμοποιούνται στην άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, εφαρμόζοντας έτσι ανάλογα το άρθρο 35γ παρ. 1 Κ.Ν 2190/1920 που απαιτεί για την νομιμοποίηση ασκήσεως αγωγής ακυρώσεως αποφάσεως γενικής συνελεύσεως να το ζητούν μέτοχοι που εκπροσωπούν το 1/20 του εταιρικού κεφαλαίου και υπό την προϋπόθεση της παραστάσεως τους σ' αυτήν και της αντιπάζεώς τους στη ληφθείσα απόφαση κλπ.. Οι εκπροσωπούντες ποσοστό κάτω του 1/20 νομιμοποιούνται μόνο αν αποδείξουν ειδικό έννομο συμφέρον [βλ. ΣΤΕ (ΟΛ) 1544/199, ΕεμπΔ 199, σελ. 405 με μειοψ.]

7. Ειδικώς σ' ότι αφορά την συνταγματικότητα των διατάξεων του ν. 431/1976 σύμφωνα με την οποίες επαύετο η διοίκηση τραπεζικής ανωνύμου εταιρείας και αυξανόταν το μετοχικό κεφάλαιο ανωνύμου εταιρείας απ' ευθείας από τον νόμο με σύγχρονο αποκλεισμό του δικαιώματος προτιμήσεως για τα 9/10 των μετοχών, έγινε δεκτό με ανάλογες προς τις προεκτεθείσες σκέψεις, ότι είναι συνταγματικές [βλ. ΑΠ (ΟΛ) 31/1990, ΕΕμπΔ 1991, σελ. 76 Contra: Γν. Α. Γεωργιάδη, Ζητήματα συνταγματικότητας του ν. 431/1976, Το Σύνταγμα 1988, σελ. 482]

8. Τέλος πρέπει να σημειωθεί ότι το θέμα της αναγκαστικής αυξήσεως του μετοχικού κεφαλαίου κρινόμενο στα πλαίσια του άρθρου 1 του Πρωτοκόλλου αριθμ 1 της Συμβάσεως της Ρώμης, με την έννοια του κατά πόσο η αύξηση του κεφαλαίου με διοικητική απόφαση προσβάλλει τα δικαιώματα κυριότητας μετόχων που εκ του λόγου αυτού στερούνται της δυνατότητας να ψηφίσουν πάνω σ' αυτό το θέμα, αντιμετωπίστηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου του Συμβουλίου της Ευρώπης στα

πλαίσια εξετάσεως του παραδεκτού της με αρ. 20323/1992 αιτήσεως (Παφίτης κατά Τραπέζης Κεντρικής Ελλάδος). Η απόφαση της Επιτροπής της 18.1.1996, μεταξύ άλλων, έκανε δεκτά τα εξής: «Η Επιτροπή θεωρεί, από μία πλευρά, ότι το δικαίωμα ενός μετόχου να ψηφίσει για την αύξηση του κεφαλαίου της εταιρείας δεν είναι δικαίωμα κυριότητας με την έννοια του Αρθρου 1 του Πρωτοκόλλου αρ. 1. Από την άλλη πλευρά, η Επιτροπή δεν απέκλεισε στην νομολογία της μία ερμηνεία του Αρθρου 1 του Πρωτοκόλου αριθμ. 1 σύμφωνα με το οποίο οι αιτούντες μπορούσαν να αξιώσουν ένα δικαίωμα κυριότητας να διατηρήσουν αμείωτο το βάρος της ψήφου τους και την δυνατότητά τους να επηρεάζουν την λήψη αποφάσεων στην εταιρεία, αν μπορούσαν να αποδείξουν ότι είχαν μία συμμετοχή που επέτρεπε τον έλεγχο (Αριθ. 11189/84, Dec.11.12.86, D.R.50 σελ. 121)» (βλ. σκέψη 8).

[Για την αντιμετώπιση της αναγκαστικής αυξήσεως κεφαλαίου από τη σκοπιά της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου βλ. Ι. Σχινά ΕΕΕυρΔ 1991, ``Αναγκαστική αύξηση κεφαλαίου «προβληματικών» ανωνύμων εταιριών και ευρωπαϊκή προστασία του δικαιώματος ιδιοκτησίας των παλαιών μετόχων``, σελ. 639 επ.]

II. Η υπό το πρίσμα του άρθρου 25 παρ.1 της δεύτερης οδηγίας αντιμετώπιση της αναγκαστικής αυξήσεως κεφαλαίου (Νομολογία ΔΕΚ – θεωρία). .

i. Στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ. 1 της δεύτερης οδηγίας ορίζεται: «Κάθε αύξηση του κεφαλαίου πρέπει να αποφασίζεται από τη γενική συνέλευση»

Το ΔΕΚ ερευνώντας την έκταση του πεδίου εφαρμογής του εν λόγω άρθρου ερμήνευσε – απαντώντας σε σχετικά προδικαστικά ερωτήματα – κατά πόσον οι νόμοι α) 1386/1983 και β) 236/1975 περί κυρώσεως του Π.Δ 861/1975, που εισάγουν ειδικές ρυθμίσεις στις αυξήσεις κεφαλαίου των εταιρειών και όχι βασικές, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της δεύτερης οδηγίας.

Ετσι στα πλαίσια αυτά το Δικαστήριο, σταθμίζοντας αφ' ενός μεν το σκοπό του άρθρου 25 παρ. 1 της δεύτερης οδηγίας που κατ' αυτό συνίσταται στην εξασφάλιση ενός κατωτάτου επιπέδου προστασίας των συμφερόντων των μετόχων αφ' ετέρου την ανάγκη (σκοπό) εξασφάλισης της επιβιώσεως και συνεχίσεως της δραστηριότητας των εταιρειών που μάλιστα έχουν σημασία για το κοινωνικό σύνολο και εν γένει για το δημόσιο συμφέρον, δέχθηκε ότι η προστασία των μετόχων υπερτερεί έναντι του δευτέρου σκοπού και αυτό προκειμένου να νη τεθεί σε κίνδυνο η ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Συνακολούθως έκρινε ότι οι ρυθμίσεις των άνω διατάξεων έρχονται σε αντίθεση με την δεύτερη οδηγία και επομένως δεν μπορούν να εφαρμοσθούν. [βλ. ΔΕΚ απόφαση της 30.5.1991, ΕΕπΔ 1991, σελ. 342 με παρατηρήσεις Η. Σουφλερού (αφορά τον ν. 1386/1983) – ΔΕΚ απόφαση της 12.3.1996, ΕπισκΕΔ 1996, σελ. 331 με παρατηρήσεις – απόσπασμα γνωμοδοτήσεως Κ. Παμπούκη, Η εταιρική αυτονομία ως αξία που προστατεύεται από το άρθρο 25 της δεύτερης κοινοτικής νομοθεσίας (αφορά το Π.Δ 861/76).]

Μάλιστα το Δικαστήριο τόνισε ότι όπου ο κοινοτικός νομοθέτης ήθελε να κάνει εξαίρεση από τη βασική ρύθμιση αυτό το έπραξε με τρόπο συγκεκριμένο (περί αυτού κατωτέρω υπό ΙΙΙ).

Η άνω κρίση του Δικαστηρίου επικρίθηκε από την επιστήμη που προέβαλε

αντίθετα επιχειρήματα και διетύπωσε θέσεις υπέρ του θεσμού της εξυγιάνσεως τόσο των προβληματικών επιχειρήσεων όσο και των αντιστοίχων τραπεζικών ανωνύμων εταιρειών.[βλ. απόσπασμα γνωμοδοτήσεως Κ. Παμπούκη, Η εταιρική αυτονομία ως αξία που προστατεύεται από το άρθρο 25 της δεύτερης κοινοτικής νομοθεσίας ΕπισκεΔ 1996, σελ. 343 – Σ. Ψυχομάνη, Η νομολογία του ΔΕΚ για την «αναγκαστική» αύξηση μετοχικού κεφαλαίου Α.Ε στα πλαίσια της νομοθεσίας για την εξυγίανση επιχειρήσεων, ΕπισκεΔ 1996, σελ. 57 - Η. Σουφλερό, παρατηρήσεις στην ΔΕΚ απόφαση της 30.5.1991, ΕΕΠΔ 1991, σελ. 735]

Ειδικότερα:

1. Διαπιστώνοντας την αφηρημένη διατύπωση των σκέψεων της αποφάσεως του ΔΕΚ της 12.3.1996 σ' ότι αφορά την έννοια των συμφερόντων και δικαιωμάτων των μετόχων που θέλει να προστατέψει προσδιόρισε το αντικείμενο της προβληματικής σε μια συγκεκριμένη έννοια. Αυτή της εταιρικής αυτονομίας, η οποία ως έννοια πηγάζει από τη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1. Ετσι γίνεται δεκτό στη θεωρία ότι το άρθρο αυτό διώκει την εξασφάλιση της αυτονομίας της εταιρείας, ορίζοντας ως αρμόδια για την αύξηση του κεφαλαίου ορισμένα όργανα που συντίθενται ή αναδεικνύονται από τους ίδιους του μετόχους και κατά συνέπεια διαμορφώνουν αυτόνομη για την εταιρεία βούληση (βλ. Κ. Παμπούκη, ό.π. σελ. 344). Αυτή δε η αυτονομία της εταιρείας δεν είναι παρά μια ειδική εκδήλωση της αυτονομίας του ατόμου. Κατά συνέπεια, αντιστρέφοντας τα πράγματα η αυτονομία του ατόμου συνεχίζεται ως αυτονομία της εταιρείας, η οποία απολαμβάνει την ίδια συνταγματική προστασία αλλά και περιορισμούς (άρθρο 5 παρ. 1), ως δε οικονομική ελευθερία δεν μπορεί να ασκείται σε αντίθεση με το άρθρο 106

παρ. 2 και το άρθρο 17 παρ. 1 του Συντάγματος. (βλ. Κ.Παμπούκη, ό.π. σελ. 346).

Περαιτέρω η αυτονομία της εταιρίας εκδηλώνεται ως αυτονομία του ανωτάτου οργάνου της που δεν είναι άλλο από τη γενική συνέλευση των εταίρων της. Η ανάγκη όμως λειτουργίας της ανώνυμης εταιρείας, νομιμοποιεί μια μικρή αλλά συμπαγή μειοψηφία (μέτοχο ή μέτοχους επιχειρηματίες που χρησιμοποιούν την ανώνυμη εταιρεία ως εργαλείο για τη δουλειά της), που προβάλλει ως πλειοψηφία σε μία συνέλευση. (βλ. Κ.Παμπούκη, ό.π. σελ. 348), που στη πράξη πολλές φορές οδηγεί την εταιρεία στην καταστροφή χάριν σκοπιμοτήτων και δεν λαμβάνει και τα απαιτούμενα από τον νόμο μέτρα για την εξυγίανση της εταιρείας, ακόμη και στις περιπτώσεις που δικαιολογείται η ανάκλησή της. Κατ' αυτό τον τρόπο,, όταν η αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου δεν αποφασίζεται από από τους μετόχους και η επιχείρηση αφήνεται από τους ίδους στο έλεος των πιστωτών και των κανόνων που τους προστατεύουν, χωρίς προοπτική επιβιώσεως λόγω των κάθε λογής επιδιώξεών τους, δεν μπορεί να δικαιολογηθεί, από απόψεως στάθμισης συμφερόντων, π.χ η παρεμπόδιση της ικανοποίησης των εταιρικών δανειστών, η προστασία των αποταμιευτών, κοινωνικού συνόλου, δημοσίου συμφέροντος, η μέσω της διαδικασίας αναγκαστικής αυξήσεως κεφαλαίου εξυγίανση της εταιρείας. (βλ. Σ. Ψυχομάνη, ό.π, σελ. 57 επ. με τις εκεί αναλύσεις, όπου συμπερασματικά καταλήγει ότι «το δίκαιο εξυγιάνσεως των επιχειρήσεων, αποτελεί ουσιαστικά δίκαιο προστασίας των συμφερόντων των δανειστών και δίκαιο νέων επιχειρήσεων με νέα δομή, με νέους στόχους και φορείς. Η νομοθετική επέμβαση και οι αναγκαστικές ρυθμίσεις δεν είναι δυνατόν να θίξουν

την ιδιωτική βούληση, αφού αυτή δεν έχει λόγο έκφρασης ή έχει σιωπηρά παραιτηθεί»)-

Για το ΔΕΚ όμως «η σωτηρία της εταιρίας είναι αγαθό ασήμαντο απέναντι στο υπέρτατο αγαθό της αυτονομίας της – της αυτονομίας η οποία είναι του μετόχου επιχειρηματία που ελέγχει την εταιρία. Για το Δικαστήριο, κατ' ακρίβεια, η αυτονομία της εταιρίας αποτελεί αυτοσκοπό. Και ο εθνικός νομοθέτης δεν μπορεί να την αγγίζει ακόμη και όταν καταστρέφει και αυτοκαταστρέφεται». (βλ. Κ.Παμπούκη, ό.π. σελ. 351 επ. όπου και γίνεται αναφορά στη σχέση εκκαθάρισεως – εξυγιάνσεως στις οποίες δεν υπάρχει «διαχωριστική γραμμή», όπως θέλει το ΔΕΚ. Επίσης τονίζεται ότι η εκκαθάριση δεν οδηγεί στην εκκαθάριση μόνο της εταιρικής επιχειρήσεως, αλλά και στην εξυγιάνσή της στα χέρια ενός νέου επιχειρηματία στα πλαίσια μίας «εξυγιαντικής εκκαθάρισης»)

Ως επιβεβαίωση των ανωτέρω έρχεται και η αιτιολογική έκθεση για την τροπολογία που αφορά το άρθρο 28 ν. 2685/1999, στο σημείο ειδικά που αναφέρονται οι λόγοι καταργήσεως του άρθρου 54 ν. 2000/1991 (περί αυτού κατωτέρω στην οικεία θέση υπό V ν).

ii. Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα, όπως ακριβώς διατυπώνονται στο κείμενο της αιτιολογικής εκθέσεως σ' ότι αφορά το άρθρο 28 ν. 2685/1999 (περί αυτού κατωτέρω):.

Ο νόμος 1386/1983 βάσει του οποίου έγιναν οι αυξήσεις κεφαλαίου προβληματικών επιχειρήσεων, αποτέλεσε τη βάση και το μηχανισμό χορήγησης κρατικών ενισχύσεων εκ μέρους της Ελλάδας στις εν λόγω επιχειρήσεις. Οι ενισχύσεις αυτές εγκρίθηκαν με ρητή Πράξη Κοινοτικού Οργάνου και συγκεκριμένα με την απόφαση 88/167/ΕΟΚ της Επιτροπής της

7.10.87 (ΕΕ αριθ. L 76 της 22.3.88, σελ.18 επ.), εκδοθείσα βάσει του άρθρου 93 παρ.3β ΣυνθΕΚ, στην οποία περιέχεται ρητή παραπομπή και στο Πρωτόκολλο ΑΡΙΘ. 7 της Πράξης Προσχώρησης της Ελλάδος στις Ευρωπαϊκές Κοινότητες, στο οποίο τα Συμβαλλόμενα Μέρη αναγνωρίζουν ότι είναι προς το κοινό συμφέρον τους να επιτευχθούν οι στόχοι της πολιτικής εκβιομηχάνισης, οικονομικής ανάπτυξης και ανύψωσης του βιωτικού επιπέδου της Ελλάδος και επιπλέον ότι, ιδιαίτερα κατά την εφαρμογή των άρθρων 92 και 93 ΣυνθΕΚ (που αφορούν τις κρατικές ενισχύσεις) πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι στόχοι αυτοί.

Η απόφαση αυτή η οποία εξακολουθεί να ισχύει, κάλυψε αναδρομικά και τις προγενέστερες της έκδοσής της ενισχύσεις που χορηγήθηκαν βάση του Ν.1386/1983. Και ναι μεν, όπως αποφάνθηκε το ΔΕΚ στην υπόθεση Kerafina της 12.11.1992 (συνεκδ. Υποθ. C-134/91 και C-135/91, Συλλ.1992, σελ. I-5699), η υποχρέωση που ανέλαβε η Ελλάδα βάση της ίδιας ως άνω απόφασης της Επιτροπής, να τροποποιήσει μέχρι 31.12.1987 τις αντίθετες προς τα άρθρα 25 και 29 της δεύτερης οδηγίας, διατάξεις του Ν. 1386.1983 δεν είχε την έννοια ότι της επιτράπη να τις διατηρήσει σε ισχύ μέχρι 31.12.1987, η αντίθεση όμως των διατάξεων αυτών προς την οδηγία ούτε εμπόδισε την έγκριση των ενισχύσεων ούτε έθιξε τις ενισχύσεις καθεαυτές. Ενόψει αυτού, τυχόν ακύρωση των αυξήσεων κεφαλαίου θα ισοδυναμούσε με πλήρη ανατροπή όλων των αποτελεσμάτων που επιτεύχθηκαν με τις ενισχύσεις αυτές και με de facto ακύρωση της Πράξης του Κοινοτικού Οργάνου που τις ενέκρινε για λόγους που ανταποκρίνονταν στο συμφέρον

όχι μόνο της Ελλάδος αλλά και όλων των κρατών μελών, όπως αναφέρεται στο προαναφερόμενο Πρωτόκολλο αριθμ. 7. Στα συμφέροντα αυτά εντάσσονται και η διατήρηση των σχέσεων εργασίας, η συνέχιση της συνεργασίας με τους προμηθευτές, και γενικότερα το συμφέρον της εθνικής οικονομίας.

Πρόκειται επομένως για συμφέροντα που αναγνωρίζονται ως προστατευτέα από το ίδιο το κοινοτικό δίκαιο και μάλιστα το πρωτογενές, όπως είναι η Πράξη Προσχώρησης της Ελλάδος στις Ευρωπαϊκές Κοινότητες και το συνημένο σ'αυτή Πρωτόκολλο αριθ.7.

Κατά συνέπεια η κρίση του ΔΕΚ είναι εσφαλμένη και από αυτή την άποψη, ερχόμενη σε σύγκρουση με το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο.

III. Το άμεσο αποτέλεσμα της δεύτερης οδηγίας και ιδία του άρθρου 25 παρ. 1 αυτής .

Το ΔΕΚ κατά παγία αυτού νομολογία έχει κρίνει ότι σε όλες τις περιπτώσεις στις οποίες προκύπτει ότι από απόψεως περιεχομένου, οι διατάξεις μιας οδηγίας δεν περιέχουν αιρέσεις και είναι επαρκώς ακριβείς, είναι δυνατή η επίκληση των διατάξεων αυτών έναντι του κράτους (Βλ. σκέψη 17, απόφαση της 30.5.1991, Καρέλα, Καρέλας, Υπουργ.Βιομηχ., ΟΑΕ, ΕΕΕυρΔ 1991, σελ. 746)

Το ίδιο δικαστήριο κρίνοντας τη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 της δεύτερης οδηγίας, η οποία ορίζει ότι κάθε αύξηση του κεφαλαίου πρέπει να αποφασίζεται από τη γενική συνέλευση, δέχθηκε ότι η εν λόγω διάταξη πληροί τις προϋποθέσεις αυτές. Ειδικότερα δέχθηκε ότι η διάταξη αυτή είναι διατυπωμένη με σαφείς και ακριβείς όρους και θεσπίζει, χωρίς να θέτει

προϋποθέσεις κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο η αύξηση κεφαλαίου πρέπει να αποφασίζεται από τη γενική συνέλευση.(σκέψεις 18 και 19)

Περαιτέρω δέχεται ότι ο ανεπιφύλακτος χαρακτήρας της διατάξεως αυτής δεν αναιρείται τόσο από την παρέκκλιση που προβλέπεται στο άρθρο 25 παρ.2 της ίδιας οδηγίας, σύμφωνα με την οποία η ιδρυτική ή η γενική συνέλευση μπορούν να επιτρέπουν την αύξηση του καλυφθέντος κεφαλαίου με εξουσιοδοτημένο από αυτές όργανο και με τις προϋποθέσεις της διατάξεως αυτής, όσο και από το άρθρο 41 παρ. 1 της οδηγίας, που επιτρέπει στα κράτη μέλη να παρεκκλίνουν από το άρθρο 25 παρ.1, το άρθρο 9 παρ. 1 και το άρθρο 19 παρ. 1, στοιχείο α, πρώτη φράση, και στοιχείο β, κατά το μέτρο που η παρέκκλιση αυτή είναι αναγκαία για τη διευκόλυνση της συμμετοχής των εργαζομένων ή άλλων κατηγοριών προσώπων, που ορίζει η εθνική νομοθεσία, στο κεφάλαιο των επιχειρήσεων (σκέψεις 20 και 21).

Το ανεπιφύλακτο δε του χαρακτήρα του άρθρου 25 παρ.1 επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι ο κοινοτικός νομοθέτης προέβλεψε σαφείς και συγκεκριμένες παρεκλίσεις. (σκέψη 2).

Συνεπώς η θέση που διαμορφώνεται είναι ότι οι ιδιώτες μπορούν να επικαλούνται το άρθρο 25, παρ. 1 ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων έναντι δημοσίων αρχών. (σκέψη 23).

Επομένως η επίκληση της άνω διατάξεως δεν μπορεί να γίνει στις σχέσεις ιδιωτικού δικαίου στο βαθμό που η οδηγία δεν έχει καταστεί εσωτερικό δίκαιο. (Για το άμεσο αποτέλεσμα των κοινοτικών οδηγιών βλ. Η. Σουφλερό, παρατηρήσεις στην ΔΕΚ απόφαση της 30.5.1991, ΕΕΠΔ 1991, σελ. 735 – Σ. Μαθθία, παρατηρήσεις στην Εφ. Αθηνών 9162/1992, ΕλλΔ/νη 1993, σελ. 403)

Συνακολούθως καταλήγουμε ότι τα άμεσα αποτελέσματα αφορούν στην κάθετη σχέση μεταξύ πολίτη και δημοσίων αρχών. Για να έχει εφαρμογή κοινοτική διάταξη, άρα και αυτή του άρθρου 25 παρ., και σε οριζόντια σχέση, δηλ. μεταξύ ιδιωτών, πρέπει να εκδοθεί πράξη του εθνικού νομοθέτη που να καθιστά τους κοινοτικούς κανόνες εσωτερικό δίκαιο (ΔΕΚ απόφαση της 26.2.1986, υπόθεση Marshall, Συλλογή Νομ. σελ.723, απόφαση της 14.7.1994, υπόθεση Dori, Συλλογή 1994 σελ. I-3325, με αντίθετη πρόταση Εισαγγελέα,)

Τα ανωτέρω έχουν σημασία στις επίμαχες αυξήσεις που αφορούν τραπεζικές ανώνυμες εταιρείας, σύμφωνα με τις διατάξεις του Π.Δ 861/75, όπως κυρώθηκε από το άρθρο πρώτο ν. 236/75, οι οποίες λειτουργούν ως νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου. Ετσι απορρίφθηκαν αγωγές μετόχων που ζητούσαν την αναγνώριση ακυρότητας αντικανονικών αποφάσεων (προσωρινού επιτρόπου) αυξήσεως κεφαλαίου με βάση το άρθρο 25 παρ.1 για το λόγο ότι κατά τον χρόνο των αυξήσεων δεν είχε ενσωματωθεί η δεύτερη οδηγία στο εσωτερικό μας δίκαιο (Υπόθεση Τραπεζής Κεντρικής Ελλάδος, ΠΠρΑθ 1500/1997, ΑΠ (Ολ) 23/1998, που όμως, παρόλο που δέχθηκε –κατά πλειοψηφία- ότι η Τράπεζα είναι ιδιώτης και όχι δημόσια αρχή, εν τέλει διευτύωσε προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΚ περί του αν η κρινομένη από το δικαστήριο διαφορά εμπίπτει στη κάθετη σχέση ιδιωτών – Κράτους – κρατικών φορέων).

IV. Η ένσταση της καταχρηστικής ασκήσεως δικαιώματος που απορρέει από το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. 1 της δεύτερης οδηγίας και η υπέρβαση της δικαιοδοσίας του ΔΕΚ – Πρός μία μεταστροφή στη νομολογία του ΔΕΚ (απόφαση του έκτου τμήματος της 23.3.2000 στην υπόθεση C-373/97,

Διαμαντής κατά Ελληνικού Δημοσίου και ΟΑΕ).

i. Μετά από συζήτηση αγωγών ορισμένων μετόχων κατά της Κεντρικής Τραπέζης Ελλάδος κλπ, που είχαν ως αίτημα να αναγνωρισθεί η ακυρότητα αποφάσεως του επιτρόπου περί αυξήσεως του μετοχικού κεφαλαίου της τραπέζης, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 236/75, το Πολλές Πρωτοδικείο Αθηνών με την με αριθμό 5785/1993 απόφασή του, έθεσε προς το ΔΕΚ τρία προδικαστικά ερωτήματα που αφορούσαν την ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 25 και 29 της δεύτερης κοινοτικής οδηγίας και ιδία αν αυτές εκτείνονται και στις τραπεζικές ανώνυμες εταιρείες και έρχονται σε σύγκρουση με τις διατάξεις του ν. 236/1975. Στην προκειμένη δίκη και η εναγομένη τράπεζα προέβαλε την ένσταση εκ του άρθρου 281 ΑΚ προς απόκρουση των αγωγών των εναγόντων.

Το Πολλές Πρωτοδικείο Αθηνών, διέλαβε στις σκέψεις του και το διατακτικό του μετά την διατύπωση των ερωτημάτων και τα εξής: “Πρός το σκοπό αυτό το Δικαστήριο κρίνει ότι πρέπει να αναβληθεί η λήψη οριστικής απόφασης προκειμένου να υποβληθούν προδικαστικά ερωτήματα στο Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο διατακτικό. Και εφόσον τα αγωγικά αιτήματα εδραιωθούν κατ’ αρχή νομικά, τότε θα ερευνηθούν και οι ενστάσεις των εναγομένων και προσθέτως παρεμβάντων, συμπεριλαμβανομένης και της ενστάσεως εκ του άρθρου 281 ΑΚ η οποία εφαρμόζεται και προς απόκρουση δικαιωμάτων που απορρέουν από κανόνες του κοινοτικού δικαίου, αφού είναι δυνατόν τα δικαιώματα αυτά να ασκούνται σε συγκεκριμένη περίπτωση καταχρηστικά, αρμόδιος δε να αποφανθεί περί αυτού είναι ο δικαστής του κράτους μέλους του οποίου ο διοικούμενος παραπονεείται”.

Το ΔΕΚ, με την απόφασή του της 12.3.1996 (υπόθεση C-441/93), απάντησε ευνοϊκά για τους ενάγοντες μετόχους, δεχόμενο ότι οι διατάξεις των άρθρων 25 και 29 της δεύτερης οδηγίας ισχύουν και επί τραπεζικών ανωνύμων εταιρειών. Όμως με την ίδια απόφασή του και χωρίς να του έχει τεθεί σχετικό προδικαστικό ερώτημα, αναφέρθηκε στη στο ζήτημα της καταχρήσεως διακαιώματος, λαμβάνοντας ως αφορμή την ανωτέρω κρίση που διέτύπωσε ο εθνικός Δικαστής, και διέλαβε στις σκέψεις του τα ακόλουθα: 'Ότι βεβαίως δεν είναι αναγκαίο, ελλείψει σχετικού ερωτήματος, να εξετάσει το ζήτημα αν, στο πλαίσιο της κοινοτικής εννόμου τάξεως, είναι επιτρεπτό να εφαρμόζεται ένας εθνικός κανόνας για να εκτιμηθεί αν ένα δικαίωμα που απονέμεται από τις επίμαχες κοινοτικές διατάξεις ασκείται καταχρηστικά όμως «γεγονός παραμένει ότι εν πάση περιπτώσει, η εφαρμογή ενός τέτοιου κανόνα δεν επιτρέπεται να θίγει την πλήρη αποτελεσματικότητα και την ομοιόμορφη εφαρμογή των κοινοτικών διατάξεων εντός των κρατών μελών» (βλ. σκέψη 68). Περαιτέρω με την σκέψη 69 το ΔΕΚ υπενθυμίζει ότι κατά παγία νομολογία «στο Δικαστήριο εναπόκειται, όταν διακυβεύονται διακαιώματα τα οποία επικαλείται ιδιώτης βάσει κοινοτικών διατάξεων, να ελέγχει τον βαθμό επάρκειας της προβλεπόμενης από τις εθνικές έννομες τάξεις ένδικης προστασίας». Η κρίση του ΔΕΚ στο εν λόγω ζήτημα κορυφώνεται με την σκέψη 70, όπου δέχεται «Στην προκειμένη περίπτωση, θα επλήττετο η ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου και η πλήρης ενέργειά του, αν εθεωρείτο ότι ένας μέτοχος, επικαλούμενος το άρθρο 25, παράγραφος 1, της δεύτερης οδηγίας, ασκούσε καταχρηστικά το δικαίωμά του για τον μόνο λόγο

ότι ανήκει στη μειοψηφία των μετόχων μιας εταιρίας που υπήχθη και σε καθεστώς εξυγιάνσεως ή ότι ωφελήθηκε από την εξυγίανση της εταιρίας. Και τούτο διότι, εφόσον το άρθρο 25, παράγραφος 1, εφαρμόζεται σε όλους τους μετόχους αδιακρίτως της εκβάσεως ενδεχομένης διαδικασίας εξυγιάνσεως, ο τυχόν χαρακτηρισμός μιας αγωγής στηριζομένης στο άρθρο 25, παράγραφος 1, ως καταχρηστικής για παρόμοιους λόγους θα ισοδυναμούσε με αλλοίωση του περιεχομένου της διατάξεως αυτής».

ii. Η ανωτέρω απόφαση του ΔΕΚ της 12.3.1996 είχε ως αφορμή να διατυπωθούν εκ μέρους του Εφετείου Αθηνών – που έκρινε επίσης ένσταση καταχρήσεως δικαιώματος που απορρέει από το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. της δεύτερης οδηγίας-, με απόφασή του της 6.6.1996, και πάλι προς το ΔΕΚ δύο προδικαστικά ερωτήματα που αυτή τη φορά αφορούσαν αυτή καθευτή την εφαρμογή της ΑΚ 281. Πιο συγκεκριμένα τα ερωτήματα αυτά έχουν ως εξής:

«1) Αναγνωρίζεται η δυνατότητα στον εθνικό δικαστή να εφαρμόσει διάταξη εσωτερικού του δικαίου (εν προκειμένω του άρθρου 281 του ΑΚ), για να εκτιμηθεί αν ένα δικαίωμα που απονέμεται από τις επίμαχες κοινοτικές διατάξεις ασκείται από τον διακιούχο διάδικο καταχρηστικά, ή υπάρχουν άλλες θεσμοθετημένες ή παγιωμένες αρχές, στο δίκαιο της κοινότητας και ποίες για να μπορεί κατά περίπτωση ο εθνικός δικαστής να στηριχτεί;

2) Σε αρνητική περίπτωση, αν δηλαδή τη δικαιοδοσία αυτή επιφυλάσσει το ΔΕΚ στον εαυτό του, για λόγους π.χ. ομοιόμορφης εφαρμογής των κοινοτικών διατάξεων, μπορούν τα συγκεκριμένα περιστατικά όπως διατυπώθηκαν από το εναγόμενο εφεσίβλητο Δημόσιο ως ενιστάμενοή ορισμένα από αυτά και ποία, να αποτρέψουν την ευδοκίμηση της αγωγής στηριζομένης σε παράβαση του

άρθρου 25, παράγραφος 1,δεύτερης οδηγίας....».

Το ΔΕΚ με την απόφασή του της 12.5.1998 (υπόθεση C-367/1996, Α. Κεφάλας κλπ κατά Ελληνικού Δημοσίου και ΟΑΕ, υποστηριζομένων από την Αθηναϊκή Χαρτοποιία ΑΕ κλπ.) απεφάνθη επί των άνω ερωτημάτων ως εξής: «Το κοινοτικό δίκαιο δεν εμποδίζει τα εθνικά δικαστήρια να εφαρμόσουν διάταξη του εσωτερικού δικαίου προκειμένου να εκτιμήσουν αν ένα δικαίωμα που απορρέει από διάταξη του κοινοτικού δικαίου ασκείται καταχρηστικά. Ωστόσο, κατά την εκτίμηση αυτή, δεν είναι δυνατό να καταλογιστεί σε ένα μέτοχο, επικαλούμενο το άρθρο 25, παράγραφος 1, καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος που απορρέει από τη διάταξη αυτή για τον μοναδικό λόγο ότι με την αύξηση του κεφαλαίου, κατά της οποίας βάλλει, αντιμετωπίστηκαν οικονομικές δυσχέρειες που έθεταν σε κίνδυνο την εταιρία και ο ίδιος προσπορίστηκε προφανή οικονομικά οφέλη ή ότι δεν έκανε χρήση του δικαιώματός του προτιμήσεως, που προβλέπει το άρθρο 29, παράγραφος 1, αυτής της οδηγίας, προς ανάληψη νέων μετοχών οι οποίες εκδόθηκαν επ' ευκαιρία της επίδικης αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου».

Στο σημείο αυτό πρέπει να γίνει μία επισήμανση σ' ότι αφορά τις σκέψεις 20 και 28 της εν λόγω αποφάσεως. Από το συνδυασμό τους προκύπτει ότι οι πολίτες δεν μπορούν να επικαλούνται το κοινοτικό δίκαιο καταχρηστικά ή να το καταστρατηγούν. Αυτό θα συνέβαινε αν ο μέτοχος που επικαλείται το άρθρο 25 παρ.1 της δεύτερης οδηγίας ασκούσε την αγωγή με σκοπό να επιτύχει, εις βάρος της εταιρείας παράνομα οφέλη και προδήλως ξένα προς το σκοπό της εν λόγω διατάξεως, γεγονός που το κοινοτικό δίκαιο επιτρέπει στον εθνικό δικαστή να το εξακριβώσει. Ο σκοπός δε του άρθρου 25 παρ.1 – πάντοτε κατά το ΔΕΚ - «συνίσταται στο να εξασφαλίσει τους μετόχους ότι η

απόφαση περί αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου και, κατά συνέπεια, μεταβολής των ποσοστών των μεριδίων των μετόχων δεν λαμβάνεται χωρίς την συμμετοχή τους στην άσκηση της εξουσίας λήψεως αποφάσεως της εταιρίας»

iii. Αμφότερες οι ως άνω (υπό i και ii) αποφάσεις του ΔΕΚ υπέστησαν από την θεωρία – και δικαίως - δριμυτάτη κριτική (βλ. Κ. Παμπούκη, α) Ενσταση καταχρηστικής ασκήσεως δικαιώματος που απορρέει από το άρθρο 25 παρ. 1 εδ.1 της δεύτερης οδηγίας, ΕπισκΕΔ, 1996, σελ. 582, που αφορά την πρώτη απόφαση β) Και πάλι για την κατάχρηση δικαιώματος που απορρέει από κοινοτική οδηγία, ΕπισκΕΔ, 1998, σελ. 388, που αφορά την δεύτερη απόφαση και γ) Η Αριστοτελική επιείκεια και το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ΕπισκΕΔ, 1998, σελ. 293). Εν προκειμένω ο συγγραφέας κρίνοντας τις σκέψεις αυτές, που αφορούν κατ' αρχάς την πρώτη απόφαση, τόσο από την άποψη της κοινοτικής εννόμου τάξεως (ερμηνεύοντας τις οικείες διατάξεις της Συνθήκης για την ίδρυση της ΕΟΚ, παλαιά άρθρα 164, 4 παρ. 1, 177) όσο και από την άποψη του ορθού δικαίου και με φιλοσοφική προσέγγιση και αναφορά στην αριστοτελική σκέψη (βλ. ΕπισκΕΔ, 1996, σελ. 584 επ. και 595 επ. με τις εκεί παραπομπές) καταλήγει ίδια στα εξής:

1. Οτι το σύστημα παραπομπής προς έκδοση προδικαστικής αποφάσεως βασίζεται σε μιάν αυστηρή κατανομή των καθηκόντων (ή ρόλων) ανάμεσα στα εθνικά δικαστήρια και το Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Μια κατανομή που δεν καθιερώνει σχέση ιεραρχίας ανάμεσα στα πρώτα και το τελευταίο που δεν υποβάλλει τις αποφάσεις εκείνων στη κρίση του τελευταίου.
2. Τα εθνικά δικαστήρια παραμένουν κυρίαρχα στη διαδικασία της προδικαστικής παραπομπής. Συγκεκριμένα προσδιορίζουν το αντικείμενο της διαδικασίας με την έννοια ότι διατυπώνουν το ερώτημα και αυτό δεσμεύει το Δικαστήριο (ΔΕΚ).

Αναγνωρίζεται δε στο τελευταίο να θέτει ζητήματα και να διατυπώνει υποδείξεις προς τα εθνικά χωρίς όμως να υποβάλει την κρίση τους.

3. Το ερώτημα προς το ΔΕΚ πρέπει να αφορά μόνο την ερμηνεία κοινοτικού κανόνα δικαίου. Αντίθετα δεν μπορεί να αφορά την ερμηνεία εθνικού κανόνα δικαίου αλλά ούτε και την αρμονία του κανόνα αυτού προς το δίκαιο της Κοινότητας. Η αρμονία του εθνικού δικαίου προς το κοινοτικό εμμέσως μόνο μπορεί να αχθεί στο ΔΕΚ, με συνέπεια να αποκλεισθεί ενδεχομένως η εφαρμογή του εθνικού (βλ. ΕπισκεΔ, 1996, σελ. 586 με το εκεί παράδειγμα που αφορά την εξαίρεση).
4. Στο ΔΕΚ ανήκει μόνο η ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου και εφόσον του έχει ζητηθεί και όχι η εφαρμογή του. Πολύ δε περισσότερο δεν του ανήκει η εφαρμογή του εθνικού δικαίου. Ειδικότερα σ' ότι αφορά την ερμηνεία του κοινοτικού κανόνα δικαίου, το ΔΕΚ πρέπει να επιτελεί το έργο αυτό τηρώντας ορισμένες αρχές. Οφείλει δηλ. να ερμηνεύει τον κανόνα γενικά και αφηρημένα χωρίς αναφορά στα συγκεκριμένα περιστατικά της υπόθεσης. Εν πάση δε περιπτώσει οφείλει ν' απόσχει από κάθε ενέργεια, που θα μπορούσε να θεωρηθεί ως παρέμβαση στην αποκλειστική αρμοδιότητα του εθνικού δικαστηρίου που είναι να αποφασίσει επί της συγκεκριμένης υποθέσεως.
5. Έτσι το ΔΕΚ είναι προφανές ότι υπερβαίνει την αρμοδιότητά του καθόσον με την απόφασή του της 12.3.1996 παραβιάζει τόσο την υπό 3 εκτεθείσα αρχή όσο και την υπό 4 δεδομένου ότι μεριμνά για την εφαρμογή κοινοτικού κανόνα δικαίου και όχι για την ερμηνεία του. Κατά τον τρόπο αυτό το ΔΕΚ παραβιάζει το δίκαιο της Κοινότητας. Το ΔΕΚ λοιπόν υπεισέρχεται στην εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ, διατυπώνει γενικά και αφηρημένα ένα ειδικό κανόνα - λέγοντας ότι τα περιστατικά που δέχθηκε ως αληθινά το ελληνικό δικαστήριο δεν στοιχειοθετούν κατάχρηση δικαιώματος - ως συναγόμενο δήθεν από το άρθρο

αυτό, τον οποίο όμως αρμόδιος να διατυπώσει είναι ο εθνικός δικαστής που εφαρμόζει το άρθρο αυτό.

6. Αρμόδιος να εφαρμόσει το άρθρο 281 ΑΚ είναι ο εθνικός δικαστής και αυτό είναι απολύτως σύμφωνο με το κοινοτικό δίκαιο.

Με αφορμή και την δεύτερη απόφαση του ΔΕΚ της 12.5.1998 και τις παρατηρήσεις που έγιναν σ' αυτήν από τον ίδιο συγγραφέα (βλ. Κ. Παμπούκη, ΕπισκεΔ, 1998, σελ. 389επ.) μπορούμε -με τις διατυπώσεις που παρατίθενται σ' αυτές - να αντλήσουμε και τα ακόλουθα συμπεράσματα:

1. Το εθνικό δικαστήριο στην προκειμένη περίπτωση με την διατύπωση των ερωτημάτων του «εκχώρησε» την δικαιοδοσία του στο ΔΕΚ. Αντ' αυτού το εθνικό δικαστήριο όφειλε να λάβει ως δεδομένη και τη θέση του ΔΕΚ, ότι δηλ. η γενική περί καταχρήσεως δικαιώματος ρήτρα λειτουργεί ακόμη και εναντίον δικαιωμάτων που απορρέουν από το κοινοτικό δίκαιο. Και στη συνέχεια, προκειμένου να εφαρμόσει τη γενική αυτή ρήτρα, που παραπέμπει στον οικονομικό και κοινωνικό σκοπό του δικαιώματος, όφειλε να ρωτήσει το ΔΕΚ για το σκοπό που υπηρετεί το δίκαιωμα του άρθρου 25 παρ. 1 εδ. 1 της δεύτερης οδηγίας.
2. Η εφαρμογή μιας γενικής ρήτρας, επομένως και αυτής που αφορά την κατάχρηση δικαιώματος που απορρέει και από το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. 1 της δεύτερης οδηγίας, δεν μπορεί να ενταχθεί στη διαδικασία της προδικαστικής παραπομπής. Αυτή (εφαρμογή) ανήκει αποκλειστικά στα εθνικά δικαστήρια, τα οποία καλούνται να εφαρμόσουν το δίκαιο, το εθνικό και το κοινοτικό. Το κοινοτικό δε όπως το ερμηνεύει το ΔΕΚ.
3. Η εφαρμογή μιας γενικής ρήτρας προϋποθέτει εξειδίκευση της γενικής ρήτρας. Δηλ, την συναγωγή απ' αυτή ενός ειδικού κανόνα, ενός κανόνα που, ειδικά στην

γενική περί καταχρήσεως ρήτρα, ν' αρνείται την άσκηση δικαιώματος στη συγκεκριμένη περίπτωση. Καί η συναγωγή του ειδικού αυτού κανόνα δεν μπορεί να γίνει εκ των προτέρων, γενικά και αφηρημένα. Μπορεί να γίνει μόνο εν όψει των περιστάσεων της συγκεκριμένης κάθε φορά περιπτώσεως και μόνο έπειτα από αξιολόγησή της.

4. Η εφαρμογή μίας ρήτρας από τον δικαστή της ουσίας δεν είναι ανέλεγκτη. Ως νομική κρίση ελέγχεται από τον Αρειο Πάγο. Το έργο αυτό του ανωτάτου δικαστηρίου δεν μπορεί να το αναλάβει το ΔΕΚ.
5. Η επιείκεια ως τελική μορφή της δικαιοσύνης και στην οποία στοχεύει η γενική περί καταχρήσεως δικαιώματος ρήτρα, δεν απερρίφθη από το ΔΕΚ. Αυτό απλώς επεδίωξε την αποδυνάμωσή της με την χειραγώγηση των ηθικών αξιών που οδηγούν προς αυτή και την αναγόρευση σε υπέρτατη αξία, σε αξία τελειωτική, τη δικαιοσύνη που πραγματώνουν οι κανόνες του κοινοτικού δικαίου. Έτσι το ΔΕΚ αγνόησε την ποιοτική διαφορά που διακρίνει την επιείκεια απέναντι στη δικαιοσύνη. Δηλ. ως είδος υπέρτερο αυτής (δικαιοσύνης) καθόσον αποτελεί δικαιοσύνη στη τελική της μορφή και σύμφωνα με την αποστολή της παρίσταται ως αποκατάσταση (επανόρθωση) της δικαιοσύνης στην κατ' ιδίαν περίπτωση (βλ. Κ. Παμπούκη, ΕπισκεΔ, 1998, σελ. 293 επ.- Πρβλ. και τα αναφερθέντα ανωτέρω –υπό II περί εταιρικής αυτονομίας και την στάθμιση των συμφερόντων των μετόχων με αυτή του δημοσίου συμφέροντος)

Εν συνεχεία των ανωτέρω πρέπει να σημειωθεί ότι η δυνατότητα θεμελιώσεως από τον εθνικό δικαστή της καταχρήσεως δικαιώματος σε διάταξη του εθνικού δικαίου και δη αυτής του άρθρου 281 ΑΚ αιτιολογείται και εκ του γεγονότος ότι το άρθρο αυτό (281 ΑΚ) αποτυπώνει γενική αρχή του δικαίου, διατυπωμένη και στο άρθρο 25 παρ. 3 του Συντάγματος η οποία

είναι κοινή στο εσωτερικό δίκαιο των περισσότερων κρατών μελών, αν και δεν καθιερώνεται ρητά από κάποια διάταξη του κοινοτικού δικαίου. (βλ. Καράκωστα, Κοινοτικοί κανόνες και Εθνικό Αστικό δίκαιο, σελ. 42 με τις εκεί παραπομπές υπό 35, εις Σημαντήρα, Λίποβατς και Παπαδημητρίου). Αλλά και αν ακόμη θεωρηθεί ότι η διάταξη 281 ΑΚ καθιερώνει αποκλειστικά εθνικό κανόνα, η αρχή της απαγορεύσεως της καταχρηστικής ασκήσεως δικαιώματος εφαρμόζεται και στην περίπτωση δικαιώματος απορρέοντος από το κοινοτικό δίκαιο, και για τον λόγο ότι το κοινοτικό δίκαιο δεν προβλέπει τους όρους και τις προϋποθέσεις αποδυναμώσεως του δικαιώματος. Η αρχή δε της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου δεν αποκλείει την εφαρμογή των διατάξεων του εθνικού δικαίου προκειμένου να καλυφθεί κενό της κοινοτικής εννόμου τάξεως (βλ. Μαθθία, παρατηρήσεις στην με αρ. 9162/1992 απόφαση Εφετείου Αθηνών, ΕλλΔ/νη 1993, σελ. 403).

Αντίθετα προς τα ανωτέρω έχει διατυπωθεί και η άποψη (βλ. Καράκωστα, Κοινοτικοί κανόνες και Εθνικό Αστικό δίκαιο, σελ. 43 επ.) ότι στις περιπτώσεις εφαρμογής εκ μέρους του εθνικού δικαστή της ΑΚ 281 σε κανόνα κοινοτικού δικαίου, ενδέχεται να ανακύψει ζήτημα υπεροχής του κοινοτικού δικαίου, για την επίλυση του οποίου να απαιτείται η διατύπωση προδικαστικού ερωτήματος προς το ΔΕΚ, καθόσον ο εθνικός δικαστής θα μπορεί επικαλούμενος μία αρχή του εθνικού δικαίου να θέτει εκποδών μια κοινοτική διάταξη που απονέμει δικαιώματα στους ιδιώτες. Η ίδια άποψη δέχεται ότι ο εθνικός δικαστής, ως κατ' αρχήν αρμόδιος να κρίνει τη λυσιτέλεια των επιχειρημάτων περί καταχρήσεως δικαιώματος, θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να λαμβάνει υπ' όψιν του την επίδραση της εν λόγω ενστάσεως

στην ομοιόμορφη εφαρμογή και πλήρη αποτελεσματικότητα των κοινοτικών διατάξεων εντός των κρατών – μελών και να υποβάλει σχετικά προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΚ, όταν από την εφαρμογή ενός εθνικού κανόνα διακυβεύεται η υπεροχή του κοινοτικού δικαίου, ενόψει του ότι το ΔΕΚ επιφυλάσσει στον εαυτό του τον έλεγχο του βαθμού επάρκειας της προβλεπόμενης από τις εθνικές έννομες τάξεις ένδίκου προστασίας.

iv. Η απόφαση του έκτου τμήματος της 23.3.2000 στην υπόθεση C-373/97(Διαμαντής κατά Ελληνικού Δημοσίου).

Η προκειμένη απόφαση μας επιτρέπει ορισμένες πρώτες σκέψεις, με τις οποίες ενδεχομένως να καταστεί πλέον ευχερής η άμβλυση του προβλημάτων που ανέκυψαν από την εφαρμογή των διατάξεων της εθνικής νομοθεσίας περί αναγκαστικής αύξησης κεφαλαίου, και η εντεύθεν οριστική επίλυσή τους και θα χρησιμεύσουν και στην εξέταση των ζητημάτων που ακολουθούν (υπό V και VI). Η εξέτασή τους γίνεται στο παρόν κεφάλαιο γιατί πρώτα θα επιχειρηθεί να καταδειχθεί μία διαφοροποίηση του ΔΕΚ σ' ότι αφορά την εκ μέρους του ερμηνεία – καθ' υπέρβαση πάντοτε της δικαιοδοσίας του – της διατάξεως 281 ΑΚ.

Πρίν όμως προχωρήσουμε στη διαπίστωσή τους είναι σκόπιμη μία σύντομη αναφορά στην ίδια την απόφαση και παράθεση των σκέψεών της: Πιο συγκεκριμένα:

- Με αγωγή που άσκησε μέτοχος προβληματικής ανώνυμης εταιρείας το έτος 1991 κατά του Ελληνικού Δημοσίου και ΟΑΕ, απευθυνόμενη ενώπιον του

Πολλους Πρωτ/κείου Αθηνών, ζήτησε να αναγνωρισθεί η ακυρότητα των μεταβολών –δυνάμει των διατάξεων του ν. 1383/86 - του του μετοχικού της κεφαλαίου (δύο αυξήσεων και μίας μειώσεως) για τον λόγο ότι ήταν αντίθετες προς το άρθρο 25 παρ. 1 της δεύτερης οδηγίας. Στη δίκη οι εναγόμενοι (Ελληνικό Δημόσιο και ΟΑΕ) προέβαλαν την ένσταση καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος του ενάγοντος και ζήτησαν την απόρριψη της αγωγής (Τα πραγματικά περιστατικά της ενστάσεως παρατίθενται στη σκέψη 28 της αποφάσεως).

-Το εθνικό δικαστήριο έκρινε τόσο την αγωγή όσο και την προβληθείσα ένσταση ως νόμω βάσιμη, επιπροσθέτως δε την ένσταση και ως ουσία βάσιμο. Ομως εν όψει των της θέσεως που έλαβε το ΔΕΚ με την απόφασή του της 12.3.1996 (σκέψεις 68 έως 70) έκρινε ότι τίθεται θέμα ερμηνείας των διατάξεων των άρθρων 25 παρ. 1 και 29 παρ. 1 της δεύτερης οδηγίας σε σχέση με την ένσταση καταχρήσεως δικαιώματος. Ετσι ανέβαλε τη λήψη οριστικής αποφάσεώς του και υπέβαλε στο ΔΕΚ τα εξής προδικαστικά ερωτήματα:

«1. Αν, υπό τα συγκεκριμένα και εκτιθέμενα στο σκεπτικό της παρούσας πραγματικά περιστατικά, τίθεται θέμα τόσο νομικής όσο και ουσιαστικής εφαρμογής του άρθρου 281 του ελληνικού Αστικού Κώδικα περί καταχρηστικής ασκήσεως δικαιώματος του ενάγοντος σε σχέση με τα άρθρα 25, παράγραφος 1, και 29, παράγραφος 1, της δεύτερης οδηγίας.

2) Σε περίπτωση που το Δικαστήριο κρίνει βάσιμη κατά τον νόμο και την ουσία της την ανωτέρω ένσταση, ποιό θα είναι το αποτέλεσμα επί του κύρους των υπουργικών αποφάσεων περί αυξήσεως και μειώσεως του κεφαλαίου της ένδικης

εταιρίας, της οποίας μέτοχος τυγχάνει ο ενάγων, και κατ' επέκταση αν οι διατάξεις των άρθρων 8, παράγραφος 8, και 10, παράγραφος 1, του νόμου 1386/1983 είναι συμβατές προς το κοινοτικό δίκαιο, ενόψει του ότι χωρίς τη συνδρομή της διατάξεως του άρθρου 281 ΑΚ έχει κριθεί κατά τα ανωτέρω ότι αυτές αντίκεινται στις ρυθμίσεις της οδηγίας 77/91/ΕΟΚ»

Στο σημείο αυτό πρέπει να σημειώσουμε ότι –εξ όσων είναι γνωστό – για πρώτη φορά τίθεται προς το ΔΕΚ ερώτημα από εθνικό δικαστή που αφορά το κύρος των υπουργικών αποφάσεων .

- Το ΔΕΚ απάντησε μόνο στο πρώτο από τα δύο ως άνω τεθέντα προδικαστικά ερωτήματα. Για το δεύτερο είπε (βλ. σκέψη 45) ότι δεν χρειάζεται να δοθεί απάντηση λόγω των σκέψεων που προηγήθηκαν. Η απόφασή του επί του πρώτου ερωτήματος είναι η ακόλουθη: «Το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει στα εθνικά δικαστήρια να εφαρμόζουν διάταξη του εθνικού δικαίου βάσει της οποίας μπορούν να εκτιμούν κατά πόσον ένα δικαίωμα που απορρέει από κοινοτική διάταξη ασκείται καταχρηστικά. Κατά την εκτίμηση αυτή πάντως, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ένας μέτοχος, επικαλούμενος το άρθρο 25, παράγραφος 1, της δεύτερης οδηγίας, ασκεί καταχρηστικά το δικαίωμα που απορρέει από τη διάταξη αυτή για το λόγο ότι ανήκει στη μειοψηφία των μετόχων, ότι ωφελήθηκε από την εξυγίανση της εταιρίας που είχε υπαχθεί σε καθεστώς εξυγιάνσεως, ότι δεν άσκησε το δικαίωμα προτιμήσεως που είχε, ότι ήταν ένας από τους μετόχους που είχαν ζητήσει την υπαγωγή της εταιρίας στο καθεστώς που εφαρμόζεται στις επιχειρήσεις που αντιμετωπίζουν σοβαρές οικονομικές δυσχέρειες ή ότι άφησε να παρέλθει κάποιο χρονικό διάστημα πριν ασκήσει αγωγή ή προσφυγή. Ωστόσο, το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει στα εθνικά δικαστήρια να εφαρμόσουν την εν λόγω διάταξη του εθνικού δικαίου, αν ο μέτοχος έχει επιλέξει,

μεταξύ των προβλεπόμενων μέσων παροχής έννομης προστασίας πρὸς ανόρθωση της καταστάσεως που έχει δημιουργηθεί κατά παράβαση της οδηγίας, το μέσο εκείνο που προξενεί τόσο σοβαρή βλάβη στα έννομα συμφέροντα τρίτων, ώστε να αποδεινύεται προδήλως δυσανάλογο.»

Το ΔΕΚ με την άνω απόφασή του αρχικώς επαναλαμβάνει – και πάλι καθ' υπέρβαση της διακααιοδοσίας τους - τις πάγιες θέσεις του για τις οποίες και επικρίθηκε έντονα όπως ήδη έχει εκτεθεί (βλ. υπό iii) “εμπλουτίζοντας” αυτές και με την συναγωγή και νέων ειδικών κανόνων γενικά και αφηρημένα.

Πιο συγκεκριμένα την απόφαση αυτή του ΔΕΚ μπορούμε να την χωρίσουμε σε τρία μέρη. Στο πρώτο επαναλαμβάνει την πάγια πλέον θέση του ότι «Το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει στα εθνικά δικαστήρια να εφαρμόζουν διάταξη του εθνικού δικαίου βάσει της οποίας μπορούν να εκτιμούν κατά πόσον ένα δικαίωμα που απορρέει από κοινοτική διάταξη ασκείται καταχρηστικά.»

Στό δεύτερο αφ' ενός μεν επαναλαμβάνει τις κρίσεις του – υποκαθιστώντας έτσι σ' αυτό και πάλι τον εθνικό δικαστή – και ορίζει σε ποιές περιπτώσεις το δικαίωμα που απορρέει από την διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 της δεύτερης οδηγίας δεν ασκείται καταχρηστικά, όπως όταν αυτός που το ασκεί «ανήκει στη μειοψηφία των μετόχων, ωφελήθηκε από την εξυγίανση της εταιρίας που είχε υπαχθεί σε καθεστώς εξυγιάνσεως, δεν άσκησε το δικαίωμα προτιμήσεως που είχε» αφ' ετέρου δε προσθέτει και νέες κρίσεις που αφορούν και πάλι τη μη καταχρηστική άσκηση, όπως όταν αυτός που το ασκεί «ήταν ένας από τους μετόχους που είχαν ζητήσει την υπαγωγή της εταιρίας στο καθεστώς που εφαρμόζεται στις επιχειρήσεις που αντιμετωπίζουν σοβαρές οικονομικές δυσχέρειες ή άφησε να παρέλθει κάποιο χρονικό διάστημα πρὶν ασκήσει αγωγή ή προσφυγή.»

Στό τρίτο όμως πλέον – σε αντίθεση με προηγούμενες αποφάσεις του και αδιακρίτως του γεγονότος ότι ενεργεί πάντοτε καθ’ υπέρβαση της δικαιοδοσίας του - δείχνει να “κατανοεί” «την ποιοτική διαφορά που διακρίνει την επιείκεια απέναντι στη δικαιοσύνη» και να εγκαταλείπει τη δογματική του προσήλωση στο σκοπό – που το ίδιο όρισε στα πλαίσια της δικαιοδοσίας του - της διατάξεως του άρθρου 25 παρ. 1 της δεύτερης οδηγίας και το «ομοιόμορφο της εφαρμογής των κοινοτικών διατάξεων». Με τον τρόπο αυτό αναγνωρίζει στον εθνικό δικαστή την δυνατότητα να εφαρμόσει την ΑΚ 281 στην περίπτωση που εκείνος που το ασκεί (εν προκειμένω ο μέτοχος) «έχει επιλέξει, μεταξύ των προβλεπομένων μέσων παροχής έννομης προστασίας προς ανόρθωση της καταστάσεως που έχει δημιουργηθεί κατά παράβαση της οδηγίας, το μέσο εκείνο που προξενεί τόσο σοβαρή βλάβη στα έννομα συμφέροντα τρίτων, ώστε να αποδεινύεται προδήλως δυσανάλογο.» (η υπογράμμιση είναι δική μας).

Ας δούμε όμως τώρα με ποιές κυρίως σκέψεις οδηγήθηκε το ΔΕΚ στην άνω απόφασή του αλλά και απέφυγε να απαντήσει ευθέως (γιατί εμμέσως μάλλον απαντά) στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα και τί αρχικά συμπεράσματα μπορούμε να αντλήσουμε από αυτές.

1. Με τις σκέψεις του 5 και 11 επισημαίνει ότι τόσο η δεύτερη οδηγία όσο και η εθνική νομοθεσία (αναφέρεται στο νόμο 1882/90) δεν προβλέπουν καμία ειδική κύρωση για την περίπτωση παραβάσεως μιάς των διατάξεών τους, πράγμα που σημαίνει ότι θα μπορούσαν να έχουν εφαρμογή οι συνήθεις κυρώσεις που προβλέπει το ιδιωτικό δίκαιο.

2. Ομως στη σκέψη 12 αναφέρει ότι ο νόμος 2685/1999 με το άρθρο 28

προβλέπει ένα μόνο μέσο παροχής έννομης προστασίας σε περίπτωση αυξήσεως κεφαλαίου που αποφασίζεται κατά παράβαση των διατάξεων της δεύτερης οδηγίας και δη του άρθρου 25 παρ.1. Αυτό της αξιώσεως πλήρους αποζημιώσεως για τις τυχόν ζημίες που έχουν προκληθεί από την αύξηση αυτή.

3. Δεν παραλείπει στην σκέψη 39 να κρίνει, γενικά και αφηρημένα, και να διαπιστώσει – ως εθνικό δικαστήριο - ότι η άσκηση της αγωγής, μετά την παρέλευση έστω κάποιου χρονικού διαστήματος, εντός της προβλεπόμενης από το εθνικό δίκαιο προθεσμίας παραγραφής της σχετικής αξιώσεως δεν μπορεί να θεωρηθεί καθαυτή ως σοβαρή και επαρκής ένδειξη καταχρήσεως δικαιώματος. Θέση που επαναλαμβάνει και στο διατακτικό του. (Αυτό όμως χρήζει ιδιαίτερων σχολίων με αντιπαράθεση της νομολογίας των εθνικών δικαστηρίων).

4. Στην σκέψη 40 αναφερόμενο στην περί παραπομπής απόφαση δέχεται ότι αν γινόταν δεκτό το αίτημα του ενάγοντος περί αναγνώρισεως της ακυρότητας των μεταβολών που επήλθαν στο κεφάλαιο της εταιρείας κατά τη διάρκεια της υπαγωγής της στο καθεστώς της προσωρινής διοικήσεως, θα μπορούσε να τεθεί ζήτημα κύρους διαφόρων πράξεων που διενεργήθηκαν κατά το χρονικό αυτό διάστημα όπως π.χ της συγχωνεύσεως της εταιρείας με άλλη. Και συμπληρώνει ότι δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η ακυρότητα των μεταβολών αυτών θα έθιγε αναπόφευκτα τα δικαιώματα καλόπιστων τρίτων. .

5. Στην σκέψη 41 επαναλαμβάνει τα περί μη προβλέψεως στην δεύτερη

οδηγία ειδικής κυρώσεως για την περίπτωση της παραβάσεως των διατάξεών της και δέχεται κατά συνέπεια ότι μπορούν να έχουν εφαρμογή οι συνήθεις κυρώσεις που προβλέπει το ιδιωτικό δίκαιο. Αναγνωρίζει δε ως τέτοια (ειδική κύρωση) - μεταξύ των μέσων παροχής εννόμου προστασίας που προβλέπονται στο εθνικό μας δίκαιο κατά της παραβάσεως του άρθρου 25 παρ.1 της δεύτερης οδηγίας – την αγωγή περί ακυρώσεως των μεταβολών του αρχικού κεφαλαίου.

6. Τέλος μετά τον προβληματισμό που διατυπώνει στην σκέψη 42 καταλήγει με την σκέψη 43 ότι στην κρινόμενη υπόθεση «δεν θα θίγονταν η ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου και η πλήρης αποτελεσματικότητά του, αν γινόταν δεκτό ότι ένας μέτοχος, επικαλούμενος το άρθρο 25ασκεί, κατά τεκμήριο, καταχρηστικά το δικαίωμά του, για τον λόγο ότι επιλέγει, μεταξύ των προβλεπόμενων μέσων παροχής έννομης προστασίας προς ανόρθωση της καταστάσεως που έχει δημιουργηθεί κατά παράβαση της εν λόγω διατάξεως, το μέσο εκείνο που προξενεί τόσο σοβαρή βλάβη στα έννομα συμφέροντα τρίτων, ώστε να αποδεικνύεται προδήλως δυσανάλογο. Ειδικότερα, η εκτίμηση αυτή δεν θα αλλοίωνε το περιεχόμενο της εν λόγω διατάξεως ούτε θα έθετε σε κίνδυνο την επίτευξη των σκοπών της».

ν. Από τις ως άνω (υπό iv) σκέψεις του ΔΕΚ, και ανεξαρτήτως αν αυτές γίνονται καθ' υπέρβαση της διακααιοδοσίας του, μπορούμε να διακρίνουμε μία ποιοτική μεταβολή στις διατυπωθείσες μέχρι σήμερα θέσεις του και να αντλήσουμε τα πρώτα συμπεράσματα:

1. Το ΔΕΚ αναγνωρίζει για πρώτη φορά ότι η ακυρότητα των μεταβολών στις αντικανονικές κατ' αυτό αποφάσεις αυξήσεως κεφαλαίου θα έθιγε αναπόφευκτα τα δικαιώματα καλόπιστων τρίτων.

2. Συνακολούθως και προκειμένου να προστατευθούν αυτά τα δικαιώματα από την ενδεχόμενη ακύρωση των αντικανονικών αποφάσεων, αναγκάζεται να δεχθεί ότι η επιλογή -εκ μέρους του ασκούντος το δικαίωμα μετόχου – ενδίκου μέσου που θα οδηγούσε στην ακύρωση αυτή με την εντεύθεν συνέπεια της προκλήσεως σοβαρής βλάβης στα έννομα συμφέροντα τρίτων, καθίσταται καταχρηστική και τούτο μάλιστα κατά τεκμήριο.

Κατά τον τρόπο αυτό προτάσσει ότι η προστασία εννόμων συμφερόντων τρίτων ως αξία είναι υπέρτερη από το σκοπό της διατάξεως του άρθρου 25 παρ. 1 εδ. 1 που γι' αυτό (το Δικαστήριο) «συνίσταται στο να εξασφαλίσει του μετόχους ότι η απόφαση περί αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου και, κατά συνέπεια, μεταβολής των ποσοστών των μεριδίων των μετόχων δεν λαμβάνεται χωρίς την συμμετοχή τους στην άσκηση της εξουσίας λήψεως αποφάσεως της εταιρίας» (βλ. σκέψη 28 αποφάσεως ΔΕΚ της 12.5.1998 στην οποία η κρινόμενη απόφαση αναφέρεται στη σκέψη 33 αλλά και 43)

3. Στη συνέχεια αποφεύγει να απαντήσει ευθέως στο δεύτερο ερώτημα. Ομως στις σκέψεις του διακρίνεται η έμμεση παραδοχή ότι θέλει τις αντικανονικές γι' αυτό αποφάσεις, απρόσβλητες (βλ. ίδια σκέψεις 40 και 43) . Διακρίνεται λοιπόν να προκρίνει τη λύση του άρθρου 28 ν. 2685/1999. Αυτή δε η διάκριση προκύπτει από δύο στοιχεία: Τό πρώτο είναι ότι λαμβάνει υπ' όψιν του την εν λόγω διάταξη (βλ. σκέψη 12) με την αναγνώριση ότι για την ελληνική έννομη τάξη είναι πλέον το μοναδικό μέσο παροχής εννόμου

προστασίας σε περίπτωση αύξησης του κεφαλαίου κατά παράβαση της δεύτερης οδηγίας. Το δεύτερο είναι ότι αυτή ακριβώς την αναγνώριση την αποδέχεται σιωπηρώς με το να μη εκφράσει εναντίον της έστω και ένα αντίθετο υπαινιγμό, πράγμα που αν επιθυμούσε θα έπραττε αδιακρίτως αν του ετίθετο σχετικό προδικαστικό ερώτημα, όπως εξ άλλου το έπραξε με την απόφασή του της 12.3.1996 (Παφίτης – ΤΚΕ)..

Υ. Το κύρος των αποφάσεων περί αύξησης κεφαλαίου που ελήφθησαν σε αντίθεση προς την διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 της δεύτερης οδηγίας (είτε από εξωεταιρικά όργανα είτε από συνέλευση εταιρείας που δεν διέθετε νόμιμη σύνθεση).

ι. Από το ιστορικό των υποθέσεων που απησχόλησαν τόσο τα εθνικά δικαστήρια όσο και το ΔΕΚ αλλά ιδίως από την εξέτασή τους, και σ' ότι αφορά το κύρος τους, από την θεωρία (βλ. Κ. Παμπούκης, *Αυξήσεις του κεφαλαίου τραπεζικής ανώνυμης εταιρείας που στηρίχθηκαν σε αντικανονικές αποφάσεις*, ΚριΤΕ, 1996/2, σελ. 207 επ.), μπορούμε να διαπιστώσουμε, σ' ότι αφορά το συγκεκριμένο ζήτημα, ότι η εξέτασή του αναφέρεται σε δύο κατηγορίες αποφάσεων που αύξησαν, στα πλαίσια των οικείων και επίμαχων διατάξεων, το κεφάλαιο των εταιρειών.

Η πρώτη κατηγορία αφορά αποφάσεις αύξησης (αναγκαστικής) κεφαλαίου ανωνύμων εταιρειών που ελήφθησαν από αναρμόδιο όργανο, διορισμένο με πράξη της κρατικής εξουσίας.

Η δεύτερη κατηγορία αφορά αποφάσεις αύξησης κεφαλαίου που έγιναν από αρμόδιο όργανο, δηλ. την γενική συνέλευση της εταιρείας, η οποία όμως

δεν είχε νόμιμη σύνθεση γιατί συμμετείχαν σ' αυτή νέοι μέτοχοι που είχαν αναλάβει και καλύψει μετοχές από αντικανονικές αυξήσεις.

Εν προκειμένω υπενθυμίζεται ότι ζήτημα του κύρους των άνω αποφάσεων και ο χαρακτηρισμός τους ως αντικανονικών, έχει ως βάση του την κρίση του ΔΕΚ, σύμφωνα με την οποία οι επίμαχες αυξήσεις κεφαλαίου έγιναν κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων της δεύτερης οδηγίας (άρθρο 25 παρ. 1), κρίση που προέκυψε μετά από υποβολή στο ΔΕΚ σχετικών προδικαστικών ερωτημάτων εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων.

Συνακολούθως—ανεξαρτήτως της ορθότητας της άνω κρίσεως που επέβαλε το ΔΕΚ - ανέκυψαν δύο ερωτήματα, τα οποία απησχόλησαν τόσο την επιστήμη (βλ. Κ. Παμπούκης, Αυξήσεις του κεφαλαίου τραπεζικής ανώνυμης εταιρίας που στηρίχθηκαν σε αντικανονικές αποφάσεις, ΚριτΕ, 1996/2, σελ. 208, 209), όσο και τα εθνικά δικαστήρια αλλά και το ΔΕΚ, ήτοι:

- «αν τα ελαττώματα, από τα οποία πάσχουν οι εν λόγω αυξήσεις κεφαλαίου καθιστούν τις αυξήσεις όντως άκυρες
- «σε καταφατική περίπτωση, αν οι αυξήσεις είναι σαν να μη έγιναν, με την έννοια του άρθρου 180 ΑΚ» (Τα ερωτήματα μεταφέρονται όπως ακριβώς διατυπώνονται στην άνω παραπομπή)

i.i. Η επιστήμη, έδωσε τεκμηριωμένη απάντηση στα άνω ανακύψαντα ερωτήματα και υπέδειξε την πρέπουσα λύση (βλ. Κ. Παμπούκης, Αυξήσεις του κεφαλαίου τραπεζικής ανώνυμης εταιρίας που στηρίχθηκαν σε αντικανονικές αποφάσεις, ΚριτΕ, 1996/2, σελ. 207 επ.), την οποία μάλιστα στη συνέχεια υιοθέτησε τόσο η νομολογία (υπό iii), όσο και ο έλληνας νομοθέτης (υπό iv). Για τον λόγο αυτό κρίνεται σκόπιμη ειδική αναφορά στις θέσεις που

διετυπώθησαν συμπερασματικώς,

Πιο συγκεκριμένα:

1. Γίνεται δεκτό ότι λόγω των ομοιοτήτων που υφίστανται στην ίδρυση και στην αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου, επιβάλλεται να εφαρμόζονται και στην αύξηση οι ρυθμίσεις που αφορούν την ίδρυση. Ειδικότερα: «Με την ίδρυση παράγονται οι πρώτες μετοχές και η εταιρία αποκτά τους πρώτους μετόχους. Με την αύξηση του κεφαλαίου, εξάλλου, παράγονται νέες μετοχές και στην εταιρία εισέρχονται νέοι μέτοχοι (ή σε σπάνιες περιπτώσεις, μεγαλώνουν απλά οι μετοχές που υπάρχουν, χωρίς συνεπώς να εισέρχονται στην εταιρία νέοι μέτοχοι)» (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 213 επ., 225)

2. Ετσι στην περίπτωση της αντικανονικής αύξησης κεφαλαίου, λόγω του κενού που υφίσταται στην νομοθεσία για την αντιμετώπισή του, συντρέχει περίπτωση αναλόγου εφαρμογής του θεσμικού πλαισίου για την ανώμαλη ίδρυση της εταιρείας, το οποίο και λειτουργεί ως πρότυπο για την αντιμετώπιση της ανώμαλης αύξησης του κεφαλαίου. (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 214 επ., 221, 222)

3. Σε συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις τη πρώτης οδηγίας, ισχύουν στο εθνικό μας δίκαιο δύο συστήματα για την ίδρυση της ανωνύμου εταιρείας:

Αυτό της καταχώρησης σε μητρώο με το σύστημα της δεσμίας παραχώρησης (άρθρα 7α έως και 7ε Κ.Ν 2190) ως και το σύστημα του περιορισμού των ακυροτήτων και της επενέργειάς των (άρθρο 4α Κ.Ν 2190). (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 217)

Εν προκειμένω πρέπει να επισημανθεί ότι το άρθρο 4α, που αφορά την αντικανονικώς ιδρυθείσα εταιρία, καταλαμβάνει τα ελαττώματα της ιδρυτικής διαδικασίας από τη στιγμή που καταχωρείται στο μητρώο η απόφαση του Υπ. Εμπορίου, που εγκρίνει το καταστατικό και παρέχει την άδεια για τη ίδρυση της

εταιρείας (άρθρο 7β παρ. 10). (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 222 επ.)

4. Περαιτέρω από το άρθρο 4α προκύπτουν δύο αρχές, διαφορετικής εμβλείας εκάστη. Σύμφωνα με την πρώτη τα περισσότερα ελαττώματα ατονούν, χωρίς βεβαίως να εξαλείφονται. Δηλ. αποδυναμώνονται εντελώς χωρίς να αγγίζουν την υπόσταση της εταιρείας. Σύμφωνα με τη δεύτερη αντιθέτως, ορισμένα ελαττώματα – όσα περιοριστικά απαριθμεί ο νόμος – αποβάλλουν ένα μέρος από τη δραστικότητά τους. Συγκεκριμένα, αντί να είναι λόγοι ακυρότητας για την εταιρεία (με την έννοια του άρθρου 180 ΑΚ), καθίστανται λόγοι που επιτρέπουν τη λύση της εταιρείας με δικαστική απόφαση. Αυτές οι αρχές ισχύουν κατ' αναλογία και στην αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου. (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 222 επ.)

5. Ο νόμος (Κ.Ν. 2190), σ' ότι αφορά την ίδρυση, κατ' επιταγήν της πρώτης κοινοτικής οδηγίας, υιοθέτησε τις αρχές που εξετέθησαν αμέσως ανωτέρω (υπό 4) και απορρίπτει κατηγορηματικά την αρχή του ανισχύρου των δικαιοπραξιών, ως τρίτη αρχή που θα μπορούσε να εφαρμοσθεί ενδεχομένως στη θέση των δύο άλλων. Κατ' αναλογία το ίδιο ισχύει και για την αύξηση. (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 225.)

Επίσης το ανίσχυρο απορρίπτεται και στις περιπτώσεις μετασχηματισμού εταιρείας, συγχωνεύσεως και διασπάσεως. (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 220.)

Εν προκειμένω δίδεται απάντηση (αρνητική) στο δεύτερο των ερωτημάτων που ετέθη ανωτέρω (υπό i)

6. Η άνω όμως ρύθμιση ισχύει από 1.1.1987. Για το πρό της 1.1.1987 διάστημα, που ανατρέχει μέχρι την 1.1.1981, εφαρμόζονται, κατ' αναλογία δικαίου, τα άρθρα 11 και 12 της πρώτης οδηγίας, που καθιέρωσαν στη Χώρα μας το σύστημα του περιορισμού των ακυροτήτων και της επενέργειάς των. Και τούτο γιατί η προσαρμογή του δικαίου μας στις οδηγίες που υπήρχαν τότε, έπρεπε να γίνει μέχρι την 1.1.1981, ημέρα εισόδου της Χώρας μας στην Κοινότητα. (βλ. Κ. Παμπούκης,

ό.π, σελ. 230 με τις εκεί παραπομπές, σημ. 52)

7. Οπως ήδη αναφέρθηκε η εναρμόνιση του δικαίου μας με την πρώτη οδηγία έγινε την 1.1.1987. Πρό της 1.1.1987 ίσχυε ένα σύστημα ανάλογο με αυτό της καταχωρήσεως στο μητρώο μετά από έλεγχο, το οποίο προσέφερε στους μετόχους και τρίτους ισοδύναμες προς αυτό εγγυήσεις. Ειδικότερα σ' ότι αφορά την αύξηση κεφαλαίου, αυτή έπρεπε, ως καταστατική τροποποίηση να εγκριθεί με απόφαση Υπ. Εμπορίου όπως και σήμερα (άρθρα 4 παρ. 2 και 34 παρ. 1 περ. α εδ. 1), ρύθμιση αποδεκτή από το άρθρο 10 της πρώτης οδηγίας. Στη συνέχεια η εγκριτική του Υπουργού απόφαση, έπρεπε να δημοσιευθεί, με δημιουργική ενέργεια στο ΦΕΚ (τ. ΑΕ & ΕΠΕ), επίσημο δηλ. έντυπο που από την άποψη αυτή ανταποκρινόταν στην απαίτηση του άρθρου 2 παρ. 1 περ. β της πρώτης οδηγίας. (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 230)

8. Σ' ότι αφορά την πρώτη κατηγορία αποφάσεων αυξήσεως (αναγκαστικής) κεφαλαίου ανωνύμων εταιρειών που ελήφθησαν από αναρμόδιο όργανο, διορισμένο με πράξη της κρατικής εξουσίας, λεκτέα τα ακόλουθα:

Μία απόφαση αυξήσεως κεφαλαίου για να είναι υποστατή απαιτείται αν έχει ληφθεί υπό οργάνου, αρμοδίου από το νόμο ή το καταστατικό για την αύξηση και να φέρει τα εξωτερικά στοιχεία του οργάνου αυτού. Στις επίμαχες αυξήσεις, ορισμένες αποφάσεις ελήφθησαν και από προσωρινό επίτροπο κατά του ορισμούς του Π.Δ 861/1975, που κυρώθηκε από το άρθρο πρώτο του ν. 236/1975. Επομένως οι σχετικές αυξήσεις ελήφθησαν από αρμόδιο κατά νόμο όργανο που υπεκατέστησε τόσο το διοικητικό συμβούλιο της εταιρείας όσο και την γενική συνέλευση στη λειτουργία τους. Επιπροσθέτως η απόφαση του εν λόγω οργάνου, ως ασκούντος και δημόσια λειτουργία, είναι και πράξη διοικητική, καλυπτομένη και από το τεκμήριο νομιμότητας που συνοδεύει τις διοικητικές πράξεις. Επομένως η καταχώρησή τους στο μητρώο ή η υποβολή τους σε ανάλογο τύπο δημοσιότητας (υπό 7) τις καθιστά

απρόσβλητες.(βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 229 επ.).

Τα ανάλογα ισχύουν για τις αυξήσεις με αποφάσεις του ΟΑΕ που εγκρίθηκαν υπό του Υπουργού Εθνικής Οικονομίας κατά τους ορισμούς των διατάξεων των άρθρων 8 και 10 ν. 1386/1983.

9. Σ' ότι αφορά το κύρος της δεύτερης κατηγορίας αποφάσεων αυξήσεως κεφαλαίου που έγιναν από αρμόδιο όργανο, δηλ. την γενική συνέλευση της εταιρείας, η οποία όμως δεν είχε νόμιμη σύνθεση γιατί συμμετείχαν σ' αυτή νέοι μέτοχοι που είχαν αναλάβει και καλύψει μετοχές από αντικανονικές αυξήσεις και οι οποίες καταχωρήθηκαν νομίμως στο Μητρώο, είναι έγκυρες καθόσον: Το ελάττωμα που τους καταλογίζεται υπάγεται στην πρώτη από τις δύο αρχές που καθιερώνει το άρθρο 4α. Δηλ. υπάγεται στην αρχή η οποία αποδυναμώνει τελείως τα ελαττώματα της οικείας διαδικασίας, από τη στιγμή που λαμβάνει χώρα η καταχώρηση στο μητρώο. Και τούτο διότι η καταχώρηση στο μητρώο θεραπεύει την αύξηση που έχει στηριχθεί σ' ελαττωματική απόφαση της γενικής συνέλευσης και την καθιστά απρόσβλητη ανεξαρτήτως του ελαττώματος που ενυπάρχει στη σχετική απόφαση. Αρκεί μόνο, ως προϋπόθεση που ήδη αναφέρθηκε, να έχει (η απόφαση) τα εξωτερικά γνωρίσματα αποφάσεως εταιρικού οργάνου, αρμοδίου από το νόμο ή το καταστατικό για την αύξηση (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 226, 227). Κατά συνέπεια είναι έγκυρες αμφότερες οι κατηγορίες των επίμαχων αποφάσεων αυξήσεως κεφαλαίου.

10. Ακυρη αύξηση του κεφαλαίου υφίσταται μόνο στην περίπτωση του άρθρου 13α παρ.2, σύμφωνα με την οποία «Με ποινή ακυρότητας της πιο πάνω αύξησης, πρέπει να ακολουθήσει, μέσα σε δύο μήνες από την πιστοποίηση που προβλέπεται στο άρθρο 11, απόφαση για τροποποίηση του καταστατικού από την οποία να φαίνεται το ποσό της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου που καλύφθηκε». Στην παρ. δε 1 του αυτού άρθρου ορίζεται «Αν η κάλυψη του ποσού της αύξησης του

μετοχικού κεφαλαίου δεν είναι πλήρης, το μετοχικό κεφάλαιο αυξάνεται μέχρι το ποσό της κάλυψης, μόνο εφόσον στην απόφαση για αύξηση προβλέπεται ρητά αυτή η δυνατότητα». Η ακυρότητα του άρθρου 13α παρ. 2 δεν σημαίνει ανίσχυρο της αύξησης με την έννοια του άρθρου 180 ΑΚ. Με βάση τη δεύτερη από τις αρχές που συνάγονται από το άρθρο 4α, η ακυρότητα σημαίνει δυνατότητα να λυθούν και να τεθούν σε εκκαθάριση οι μετοχές που παρήχθησαν από άκυρη αύξηση. Και αυτό με διαπλαστική δικαστική απόφαση. (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 234 επ.)

11. Με την υπόθεση ότι οι επίμαχες αυξήσεις κεφαλαίου είναι άκυρες θα πρέπει να εφαρμοσθεί αναλόγως η αμέσως προεκτεθείσα διαδικασία. Στην πράξη όμως αυτή είναι ανεφάρμοστη.

Ως ανίσχυρο της αύξησης, η ακυρότητα αποκαλύπτεται άδικη, αφού κολάζει πρόσωπα αμέτοχα της παρανομίας, τους δανειστές και μεταγενεστέρους μετόχους. Και ως λύση και εκκαθάριση των οικείων μετοχών, αποκαλύπτεται ανεφάρμοστη, αφού δεν είναι δυνατό στη πράξη να διαχωρισθεί το μέρος της εταιρικής επιχειρήσεως που θα εκκαθαρισθεί από εκείνο που θα συνεχίσει να λειτουργεί παραγωγικά. (βλ. Κ. Παμπούκης, ό.π, σελ. 236 επ.)..

iii. Σε συνέχεια των άνω αποδοχών και ιδία αυτών που θέλουν τις επίμαχες αποφάσεις περί αναγκαστικής του κεφαλαίου αυξήσεως έγκυρες, ο Αρειος Πάγος (Ολ.), κρίνοντας αγωγή μετόχων με την οποία αυτοί αξίωσαν αποζημίωση, κατ' άρθρο 914 ΑΚ, για ζημία που υπέστησαν από αντικανονικές (πρός το άρθρο 25 παρ. 1 δεύτερης οδηγίας) αυξήσεις, κατά τις διατάξεις του ν. 1386/1983, χωρίς συγχρόνως να τους επιτραπεί η άσκηση του δικαιώματος προτιμήσεως, και η οποία ζημία συνίστατο σε μείωση της εσωτερικής αξίας των μετοχών τους, δέχθηκε (εμμέσως) με την

υπ' αριθμ. 14/1999 απόφασή του (βλ. ΕπισκεΔ 1999, σελ. 738 με παρατηρήσεις Κ. Παμπούκη = ΕΕμπΔ 1999, σελ. 501) ότι τόσο οι αυξήσεις όσο και οι μετοχές που εκδόθηκαν βάσει αυτών είναι έγκυρες. Και τούτο διότι οι μετοχές των εν λόγω μετόχων δεν θα είχαν χάσει από την εσωτερική τους αξία – επομένως δε θα ετίθετο ζήτημα αποζημιώσεως - αν γινόταν δεκτό ότι οι επίμαχες αυξήσεις και οι επ' αυτών εκδοθείσες μετοχές ήσαν άκυρες (βλ. Κ. Παμπούκης, Εισαγωγικό σημείωμα στην ΑΠ (Ολ) 14/1999, ΕπισκεΔ 1999, σελ. 735 επ., Πρβλ. ΑΠ (Ολ) 31/1990, ΕΕμπΔ 1991, σελ. 76 Contra: ΠπρΑθ 1194/1998, ΔΕΕ 1998, σελ. 712)

iv. Ο ν. 2685/1999. Ο έλληνας νομοθέτης υιοθετώντας τις επισημάνσεις της επιστήμης (βλ. αιτιολογική έκθεση που αφορά το άρθρο 28 ν. 22685/99, ίδια σελ. 7 και 8) και θέλοντας να διασφαλίσει έννομα συμφέροντα τρίτων, εψήφισε τη διάταξη του άρθρου 28 ν. 2685/1999 (ΦΕΚ Α' 35/18.2.1999), σύμφωνα με την οποία:

1. Θεωρούνται έγκυρες και δεν θίγονται τα πάσης φύσεως δικαιώματα των κυρίων τους, μετοχές οι οποίες προήλθαν από αύξηση μετοχικού κεφαλαίου ανωνύμων εταιρειών, οι οποίες είχαν υπαχθεί στις ρυθμίσεις του ν. 1386/1983, δυνάμει υπουργικών αποφάσεων κλπ και οι οποίες αποφάσεις κηρύχθηκαν ή αναγνωρίστηκαν με αμετάκλητη δικαστική απόφαση άκυρες εφόσον ισχύουν σωρευτικά (βλ. σχετικώς αιτιολογική έκθεση που αφορά το άρθρο 28 ν. 22685/99, σελ. 6), οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

- α) Οι σχετικές με τις ανωτέρω αυξήσεις, τροποποιήσεις του καταστατικού έχουν εγκριθεί από τις κατά περίπτωση αρμόδιες αρχές εποπτείας
- β) Οι σχετικές εγκριτικές αποφάσεις του Υπουργού Εμπορίου ή του Νομάρχη

έχουν δημοσιευθεί, σύμφωνα με την τότε ισχύουσα νομοθεσία στο ΦΕΚ (τ. ΑΕ & ΕΠΕ) και

γ) Οι ανωτέρω δημοσιευθείσες εγκριτικές αποφάσεις παραμένουν σε ισχύ κατά την έναρξη της ισχύος του παρόντος νόμου. (παρ. 1)

2. Οι θιγόντες μέτοχοι από τις επίμαχες αυξήσεις ως και οι καθολικοί διάδοχοί τους, διατηρούν μόνο αξίωση πλήρους αποζημιώσεως κατά τις περι αδικοπραξιών διατάξεις για τις τυχόν ζημίες που υπέστησαν συνεπεία των επίμαχων αυξήσεων (παρ. 1 εδ. 2)

3. Για την αποζημίωση νομιμοποιείται παθητικά αποκλειστικά το ελληνικό δημόσιο (παρ. 2 εδ. 1) ,

4. Η αγωγή – αν δεν έχει ασκηθεί – πρέπει να ασκηθεί εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα οκτώ (18) μηνών από την έναρξη της ισχύος του νόμου (δηλ. εντός 18 μηνών από της 18.2.1999) υπό την προϋπόθεση ότι την 31.12.1998:

α) είτε εκκρεμούσε αίτηση ή προσφυγή ακυρώσεως ή αγωγή αναγνώρισεως της ακυρότητας της αυξήσεως του κεφαλαίου που ασκήθηκε από τα πρόσωπα της παρ. 1 εδ. 2

β) είτε είχε εκδοθεί αμετάκλητη απόφαση με την οποία έγινε δεκτή τέτοια αίτηση ή προσφυγή ή αγωγή των άνω προσώπων (παρ. 2 εδ. 2).

5. Με την παρ. 3 δημιουργείται εξ αναγωγής ευθύνη των πιστωτών των εταιρειών που απέκτησαν μετοχές που προήλθαν από τις επίμαχες αυξήσεις έναντι του Ελληνικού Δημοσίου επί της αποζημιώσεως της παρ. 2 και σε ποσοστό ίσο με την αναλογία των μετοχών που συνεπεία των αυξήσεων

Το άρθρο 54 Ν.2000/91 προσπάθησε να αντιμετωπίσει τα προβλήματα που ανέκυψαν μετά την απόφαση του ΔΕΚ της 30.5.1991 (Υπόθεση Καρέλλα).

Στο άρθρο αυτό προβλεπόταν για κάθε περίπτωση παράβασης του κοινοτικού δικαίου, ακόμα και μιας κοινοτικής οδηγίας που δεν προέβλεπε συγκεκριμένες κυρώσεις για την παράβαση των διατάξεων της, η αναδρομική ακυρότητα πράξεων που έλαβαν χώρα κατά παράβαση των διατάξεων της, δηλ. προβλεπόταν ως κύρωση η αποκατάσταση της προηγούμενης κατάστασης.(status quo ante)

Η αναδρομική ακυρότητα ως κύρωση καθιερωνόταν ανεξάρτητα από τα τυχόν σοβαρότατα προβλήματα που αυτή θα δημιουργούσε και την αντίθεσή της προς ρητά αναγνωρισμένες και σε κοινοτικό επίπεδο γενικές αρχές του δικαίου όπως η αρχή της αναλογικότητας, της ασφάλειας του δικαίου και η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης.Το άρθρο 54 δεν καθιέρωνε υποχρέωση του κράτους να αποκαθιστά ζημιές που υπέστησαν οι ιδιώτες από την εκ μέρους του κράτους παράβαση του κοινοτικού δικαίου, ούτε ως αυτοτελή κύρωση ούτε καν ως εναλλακτική κύρωση υπό την μορφή επιδίκασης πλήρους αποζημίωσης.

Μεταγενέστερα το ΔΕΚ σε μια σειρά αποφάσεων, με πρώτη την απόφαση Francovich, αναγνώρισε "την αρχή της ευθύνης του κράτους" η οποία πλέον μέσα από τη νομολογία του ΔΕΚ έχει αποκτήσει γενικότερη σημασία και εμβέλεια. Ειδικότερα στην υπόθεση Marshall II της 2.8.1993, το ΔΕΚ ρητά αναγνώρισε ότι σε περίπτωση που μια οδηγία δεν προβλέπει συγκεκριμένες κυρώσεις για την παράβαση των διατάξεων της, δίδεται η δυνατότητα στα

εθνικά δίκαια της εναλλακτικής πρόβλεψης ως κύρωσης είτε της επαναφοράς των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση είτε της επιδίκασης πλήρους αποζημίωσης, η οποία θεωρείται ως ισοδύναμη κύρωση.

Στην περίπτωση μάλιστα οδηγιών που προβλέπουν κυρώσεις για την παράβαση των διατάξεων τους, η δυνατότητα εναλλακτικής πρόβλεψης έχει αναγνωρισθεί και από τον ίδιο τον κοινοτικό νομοθέτη. (οδηγίες 89/665/ΕΟΚ της 21.12.1989 και 92/13/ΕΟΚ της 25.2.1992). Από τις δύο κοινοτικές οδηγίες που παρατίθενται, προκύπτει ιδίως ότι ο κοινοτικός νομοθέτης θεωρεί την "καταβολή αποζημίωσης " απολύτως επαρκή μορφή ένδικης προστασίας, ιδίως όταν η ανατροπή μιας υπάρχουσας κατάστασης δημιουργηθείσας λόγω αντίθετων προς τις διατάξεις των οδηγιών ενεργειών, έρχεται σε προφανή αντίθεση προς την αρχή της αναλογικότητας και το δημόσιο συμφέρον.

Τέλος είναι χαρακτηριστικό ότι η ρύθμιση του άρθρου 54 του Ν.2000/1991 δεν εφαρμόστηκε ποτέ στην πράξη, ακόμα και σε συγκεκριμένες υποθέσεις επί των οποίων αποφάνθηκε το ΔΕΚ. Η μη εφαρμογή του αρθ. 54 οφείλεται αποκλειστικά στη συνειδητή παράλειψη των παλαιών μετόχων να επανενεργοποιήσουν τις σχετικές δίκες ενώπιον των ελληνικών δικαστηρίων μετά τις σχετικές αποφάσεις του ΔΕΚ, φοβούμενοι τις συνέπειες που θα είχε και για τους ίδιους η αποκατάσταση της προτέρας κατάστασης. Αυτή θα είχε ως αποτέλεσμα τη αναβίωση των χρεών των εταιριών ταυτόχρονα όμως για πολλούς από αυτούς που στην προτέρα κατάσταση είχαν και την ιδιότητα των διοικούντων τις εν λόγω εταιρίες θα σήμαινε και αναβίωση της

προσωπικής και συλλογικής τους ευθύνης. Αντ' αυτού οι παλαιοί μέτοχοι προτίμησαν να εκμεταλευτούν τις σχετικές αποφάσεις του ΔΕΚ ως μέσο εξαναγκασμού προκειμένου να αποκομίσουν άλλα οφέλη και ανταλλάγματα, τα οποία υπό κανονικές προϋποθέσεις δεν θα εδικαιούντο, κατά τρόπο αντίθετο προς τον σκοπό των σχετικών διατάξεων της δεύτερης κοινοτικής οδηγίας. Συνέπεια της συμπεριφοράς αυτής των παλαιών μετόχων ήταν να διαιωνίζεται η μετέωρη και αβέβαιη κατάσταση που είχε ήδη δημιουργηθεί, με προφανείς αρνητικές επιπτώσεις για την ομαλή επιχειρηματική πορεία των ως άνω εταιριών, αλλά και η σημαντικότερη δυσχέραση λήψης αποφάσεων για την τύχη τους στο μέλλον.

vi. Τέλος σ' ότι αφορά τη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 28 πρέπει να σημειωθεί ότι μας αφήνει να εννοήσουμε ότι όλοι οι πιστωτές των εταιριών, οι οποίοι απέκτησαν μετοχές που προήλθαν από τις επίμαχες αυξήσεις κεφαλαίου ευθύνονται αναγωγικώς έναντι του Ελληνικού Δημοσίου επί της αποζημιώσεως της παρ. 2 και μάλιστα σε ποσοστό ίσο με την αναλογία των μετοχών που περιήλθαν στην κυριότητά τους συνεπεία των αυξήσεων του κεφαλαίου. Εν προκειμένω, όπως διατυπώνεται η διάταξη, φαίνεται να περιλαμβάνει κάθε περίπτωση αυξήσεως του κεφαλαίου επομένως και αυτής που έγινε με την καταβολή μετρητών από πιστωτή της εταιρείας σε συνδυασμό ενδεχομένως και με συμψηφισμό απαιτήσεώς του. Ομως μία τέτοια παραδοχή μάλλον αδικεί τον νέο μέτοχο – πιστωτή που κατέβαλε και μετρητά για την συμμετοχή του σε επίμαχη αύξηση κεφαλαίου.

VI. Η αποκατάσταση της ζημίας μετόχων που επλήγησαν από την αναγκαστική αύξηση κεφαλαίου.

Πλέον με την ισχύ του νόμου 2685/1999 (άρθρο 28 παρ. 1 και 2) οριοθετείται το μέσο με το οποίο παλαιοί μέτοχοι έχουν την δυνατότητα να ικανοποιήσουν αξιώσεις τους από αντικανονική αύξηση του κεφαλαίου στις οποίες μετείχαν. Και αυτό δεν είναι άλλο πλέον παρά η αγωγή αποζημιώσεως με βάση τις διατάξεις περί αδικοπραξιών, η οποία όμως ασκείται με τους όρους και προϋποθέσεις του άρθρου 28. Λύση, που όπως ήδη αναφέρθηκε είναι σύμφωνη και προς τα νομολογιακά δεδομένα του Αρείου Πάγου.

Εν προκειμένω ένα βασικό ζήτημα μπορεί να ανακύψει. Κατά πόσον η διάταξη του άρθρου 28 είναι σύμφωνη ή έρχεται σε αντίθεση με την κοινοτική νομοθεσία. Με μία πρώτη προσέγγιση στο θέμα αυτό μπορούμε να κάνουμε δεκτό ότι η εν λόγω διάταξη προβλέπει και ορίζει τις κυρώσεις στις περιπτώσεις αντικανονικής αυξήσεως κεφαλαίου.

Με τα όσα ήδη αναφέρθηκαν και ανωτέρω μπορούμε να καταλήξουμε ότι η κρινόμενη διάταξη δεν έρχεται σε αντίθεση με την σχετική κοινοτική νομοθεσία (βλ. σχετικώς αιτιολογική έκθεση) ούτε όμως και προς την λίαν πρόσφατη νομολογία του ΔΕΚ, όπως ήδη εκτέθηκε στην οικεία θέση. Επομένως βαίνουμε προς μία οριστική λύση πλέον του προβλήματος που απησχόλησε επί μακρόν τόσο τα εθνικά δικαστήρια όσο και το ΔΕΚ.

Ακριβώς αυτό τονίζεται και στην αιτιολογική έκθεση του άρθρου 28, σύμφωνα με την οποία «Η προτεινόμενη τροπολογία έχει ως στόχο την οριστική ρύθμιση ενός σημαντικότερου θέματος που έχει αποτελέσει αντικείμενο έντονων δικαστικών αντιπαραθέσεων κατά την τελευταία δεκαετία, πολλές από τις οποίες

βρίσκονται ακόμα σε εκκρεμότητα , και έχει προκαλέσει την έκδοση πολυάριθμων δικαστικών αποφάσεων τόσο των ελληνικών δικαστηρίων, όσο και του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ), η δε οριστική διευθέτησή του έχει γενικότερη σημασία για την εθνική οικονομία και την απρόσκοπτη υλοποίηση της κυβερνητικής πολιτικής στον τομέα των αποκρατικοποιήσεων.»

Γ. ANTI ΕΠΙΛΟΓΟΥ:

Επιδίωξη της παρούσης εργασίας ήταν η καταγραφή των ζητημάτων και συνοπτική παρουσίασή τους με μία ιστορική αναδρομή που διαπερνά την ουσία του προβλήματος από την γένεσή του έως και την λύση του με οριστικές ρυθμίσεις από τον έλληνα νομοθέτη αλλά και την νομολογία των δικαστηρίων (εθνικών και ευρωπαϊκών).