

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

της 4ης Δεκεμβρίου 2001¹

Εισαγωγή

1. Το πρώτο προδικαστικό ερώτημα δίνει την ευκαιρία στο Δικαστήριο να αποσαφηνίσει το περιεχόμενο της αποφάσεως της 9ης Μαρτίου 1999, C-212/97, Centros², και να διευκρινίσει, γενικά, τον βαθμό κατά το οποίο το κοινοτικό δίκαιο επηρεάζει τον καθορισμό της νομικής καταστάσεως των νομικών προσώπων.

Η εν λόγω διαφορά έδωσε αφορμή για γόνιμο διάλογο στην ευρωπαϊκή και, ιδίως, στη γερμανική νομική επιστήμη³.

2. Η διαφορά στην κυρία δίκη αφορά νομοθεσία που εμποδίζει εταιρία εγκύρως συσταθείσα εντός κράτους μέλους, η οποία έχει την έδρα της και ασκεί τη δραστηριότητά της εντός κοινοτικού εδάφους — και, ως εκ τούτου, μπορεί να προσβλέπει στην απόλαυση της ελευθερίας εγκαταστάσεως που προβλέπεται από τη Συνθήκη — να προβάλλει τις αξιώσεις της ενώπιον των δικαστηρίων άλλου κράτους μέλους, στο οποίο διατηρεί την πραγματική της έδρα⁴.

3. Στην ουσία, πρόκειται για την αναζήτηση του αν — και κατά πόσο — το κοινοτικό δίκαιο επηρεάζει άμεσα την οργάνωση των εθνικών νομοθεσιών ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, των σχετικών με την προσωπική κατάσταση των εταιριών.

Πραγματικά περιστατικά και διαδικασία στην κυρία δίκη

4. Όπως προκύπτει από τη διάταξη παραπομπής, τα πραγματικά περιστατικά και οι

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

2 — Συλλογή 1999, σ. 1459 (στο εξής: απόφαση Centros).

3 — Βλ., μεταξύ άλλων, Behrens, P., Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1999, τ. 5, σ. 323· Ebke, F., Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, *Juristenzeitung*, 1999, τ. 13, σ. 656· Roth, W.-H., Gründungstheorie, ist der Damm gebrochen?, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, τ. 21, σ. 861· Sandrock, O., Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, *Betriebsberater*, 1999, τ. 26, σ. 1337· Steindorff, E. O., Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, *Juristenzeitung*, 1999, τ. 23, σ. 1140· Wouters, J., Private International Law and Companies' Freedom of Establishment, *European Business Organisation Law Review*, 2001, τ. 2, σ. 101· Zimmer, S., Mysterium «Centros»: von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, τ. 1, σ. 23.

4 — Στο εξής, θα χρησιμοποιώ ως συνώνυμους τους όρους «πραγματική έδρα», «πραγματική διοικητική έδρα» ή «διοικητικό κέντρο». Αναφέρομαι, σε κάθε περίπτωση, στον τόπο στον οποίο αναπτύσσεται η ζωή της εταιρίας καθώς και μεγάλο μέρος των συναλλαγών της με τρίτους (βλ. Kegel, G., *Internationales Privatrecht*, Μόναχο 1995, Beck, σ. 416).

σημαντικότερες φάσεις της κυρίας δίκες μπορούν να συνοψισθούν ως εξής:

5. Η αναιρεσίευσα στην κυρία δίκη Überseering BV (στο εξής: Überseering) είναι καταχωρημένη από το 1990 στο εμπορικό μητρώο του Άμστερνταμ και του Haarlem ως «Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid» (BV)⁵. Στο γερμανικό κτηματολόγιο εμφανίζεται ως ιδιοκτήτρια οικοπέδου στο Ντύσελντορφ, επί του οποίου βρίσκονται ένα κτίριο σταθμεύσεως οχημάτων και ένα ξενοδοχείο.

6. Με σύμβαση της 27ης Νοεμβρίου 1992, η αναιρεσίβλητη εταιρία, ονόματι NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (στο εξής: NCC), με έδρα στη Γερμανία, ανέλαβε την υποχρέωση έναντι της αναιρεσίουσας να προβεί στην ανακαίνιση των δύο αυτών κτιρίων. Οι εργασίες πραγματοποιήθηκαν, όμως η αναιρεσίευσα θεώρησε ότι οι εργασίες βαφής των κτιρίων παρουσίαζαν ελαττώματα. Κατά το 1995 ζήτησε ανεπιτυχώς από την αναιρεσίβλητη την εξάλειψη των ελαττωμάτων αυτών.

7. Την 1η Ιανουαρίου 1995 δύο ιδιώτες απέκτησαν όλα τα εταιρικά μερίδια της αναιρεσίουσας. Κατά τις διαπιστώσεις του Oberlandesgericht Düsseldorf (εφετείου), η εταιρία, μετά την απόκτησή της από τους F. και K. H., έχει την πραγματική διοικητική της έδρα στο Ντύσελντορφ.

8. Το 1996, η Überseering άσκησε αγωγή κατά της NCC, με την οποία ζήτησε το ποσό των 1 163 657,77 γερμανικών μάρκων (DEM) πλέον τόκων λόγω των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε για την αποκατάσταση των ελατωμάτων και των ζημιών οι οποίες προκλήθηκαν απ'αυτά. Το Landgericht απέρριψε την ασκήθεισα αγωγή ως απαράδεκτη. Το Oberlandesgericht απέρριψε την έφεση που ασκήθηκε κατά της πρωτόδικης απόφασης, κρίνοντας ότι η ενάγουσα, ως εταιρία ολλανδικού δικαίου, στερείται της ικανότητας να είναι διάδικος στη Γερμανία. Κατά το άρθρο 50 του γερμανικού κώδικα πολιτικής δικονομίας (Zivilprozessordnung, στο εξής: ZPO), την ικανότητα να είναι διάδικος έχει ο έχων ικανότητα δικαίου, η οποία, ως προς τις εταιρίες, κρίνεται βάσει του προσωπικού της καθεστώτος, του διεπομένου από το δίκαιο του κράτους στο οποίο βρίσκεται η έδρα της κεντρικής διοικήσεως. Αυτό ισχύει επίσης στην περίπτωση εταιρίας εγκύρως συσταθείσας στις Κάτω Χώρες, η οποία μετέφερε την έδρα της στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας.

9. Η ενάγουσα άσκησε κατά της απόφασης αυτής ανάρρηση (Revision), με την οποία επιδίωξε περαιτέρω την καταβολή αποζημιώσεως.

Το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο

10. Κατά τον γερμανικό κώδικα πολιτικής δικονομίας, απορρίπτεται ως απαράδεκτη η αγωγή αυτού ο οποίος, λόγω ελλείψεως της ικανότητας διαδίκου, δεν έχει την ικανότητα

⁵ — Νομική μορφή της εταιρίας περιορισμένης ευθύνης στο ολλανδικό δίκαιο.

να είναι κύριος (ενάγων ή εναγόμενος) ή μη κύριος (παρεμβαίνων) διάδικος σε δίκη. Κατά το άρθρο 50, παράγραφος 1, του ZPO, ικανός να είναι διάδικος είναι οι έχοντες την ικανότητα δικαίου. Η ρύθμιση αυτή ισχύει επίσης για τις εταιρίες. Η ικανότητα διαδίκου εξαρτάται συνεπώς, κατά το γερμανικό δίκαιο, από το αν έχει την ικανότητα δικαίου, δηλαδή την ικανότητα να είναι φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων.

οποία έχει αρχικώς αναγνωριστεί στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας ως έχουσα την ικανότητα δικαίου, χάνει την ικανότητα αυτή αν εγκαταστήσει τη μόνιμη διοικητική της έδρα στη Γερμανία. Η εταιρία αυτή, καθόσον υπόκειται στη γερμανική έννομη τάξη, δεν μπορεί να είναι ούτε φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων ούτε διάδικος ενώπιον δικαστηρίου. Για να μπορεί να συμμετέχει στο νομικό γίγνεσθαι, πρέπει να λυθεί και να συσταθεί εκ νέου κατά τρόπο που να οδηγεί στην απόκτηση της ικανότητας δικαίου κατά το γερμανικό δίκαιο⁶.

11. Κατά πάγια νομολογία του Bundesgerichtshof, το ζήτημα αν μια εταιρία έχει την ικανότητα δικαίου κρίνεται βάσει του δικαίου του τόπου στον οποίο η εν λόγω εταιρία έχει την πραγματική διοικητική της έδρα (θεωρία αποκαλούμενη «Sitztheorie» ή θεωρία της έδρας). Αυτό ισχύει επίσης όταν μια εταιρία έχει εγκύρως συσταθεί σε άλλο κράτος και μεταφέρει κατόπιν την πραγματική διοικητική της έδρα στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας. Η δια της συστάσεως της εταιρίας κτηθείσα ικανότητα δικαίου δεν συνεχίζει να υφίσταται άνευ ετέρου στη Γερμανία, αλλά εξαρτάται από το αν η εταιρία εξακολουθεί να υφίσταται κατά το δίκαιο του κράτους στο οποίο έχει συσταθεί και από το αν επίσης έχει την ικανότητα δικαίου κατά το γερμανικό δίκαιο. Η κρατούσα άποψη στη θεωρία στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας συμμερίζεται αυτή τη θέση της νομολογίας.

13. Όπως δέχεται το Bundesgerichtshof, η νομολογία του αμφισβητείται από τη γερμανική θεωρία. Διακρίνονται κυρίως δύο τάσεις:

Κατά την πρώτη, οι έννομες σχέσεις μιας εταιρίας, επομένως και η ικανότητά της να είναι φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, πρέπει να κρίνονται κατά το δίκαιο του κράτους στο οποίο η εταιρία έχει συσταθεί (θεωρία αποκαλούμενη «της συστάσεως»). Το εν λόγω σημείο συνδέσεως παρέχει το πλεονέκτημα της μεγάλης ακρίβειας και σταθερότητας και συμβάλλει στην ασφάλεια δικαίου. Επιπλέον, προωθεί τη διασυνοριακή κινητικότητα των επιχειρήσεων.

Κατ' άλλους συγγραφείς, το νομικό καθεστώς μιας εταιρίας δεν πρέπει να κρίνεται βάσει μιας και μόνης έννομης τάξεως, αλλά

12. Η πραγματική διοικητική έδρα ως σημείο συνδέσεως έχει ως συνέπεια ότι μια εταιρία εγκύρως συσταθείσα στην αλλοδαπή, η

6 — Ερμείζεται αν η οικεία εταιρία, αντί να προβεί σε εκ νέου σύσταση, μπορεί απλώς να μετασχηματισθεί.

να διαφοροποιείται βάσει διαφόρων κριτηρίων. Έτσι, η ύπαρξη της ικανότητας δικαίου της εταιρίας, καθώς και οι έννομες σχέσεις των εταιριών μεταξύ τους («εσωτερικές σχέσεις»), πρέπει να διέπονται από το δίκαιο του κράτους στο οποίο έχει συσταθεί η εταιρία, ενώ η δραστηριότητα της εταιρίας και η προστασία των πιστωτών της («εξωτερικές σχέσεις») πρέπει να κρίνονται βάσει του δικαίου του κράτους της έδρας.

δραστηριοτήτων, καθώς και τη σύσταση και τη διαχείριση επιχειρήσεων, και ιδίως εταιριών κατά την έννοια του άρθρου 48, παράγραφος 2, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που ορίζονται από τη νομοθεσία της χώρας εγκαταστάσεως για τους δικούς της υπηκόους, με την επιφύλαξη των διατάξεων του κεφαλαίου της παρούσας Συνθήκης που αναφέρονται στην κυκλοφορία κεφαλαίων.»

Το εφαρμοστέο κοινοτικό δίκαιο

14. Η διαφορά στην κυρία δίκη εγείρει αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία, ουσιαστικά, των άρθρων 43 ΕΚ και 48 ΕΚ, σε συνδυασμό με το άρθρο 293 ΕΚ, τρίτο εδάφιο.

«Άρθρο 48 ΕΚ

Οι εταιρίες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους και οι οποίες έχουν την καταστατική τους έδρα, την κεντρική τους διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους εντός της Κοινότητας εξομοιώνονται, για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, προς τα φυσικά πρόσωπα που είναι υπήκοοι των κρατών μελών.

«Άρθρο 43 ΕΚ

Στο πλαίσιο των κατωτέρω διατάξεων, οι περιορισμοί της ελευθερίας εγκαταστάσεως των υπηκόων κράτους μέλους στην επικράτεια άλλου κράτους μέλους απαγορεύονται. Η απαγόρευση αυτή εκτείνεται επίσης στους περιορισμούς για την ίδρυση πρακτορείων, υποκαταστημάτων ή θυγατρικών εταιριών από τους υπηκόους ενός κράτους μέλους που είναι εγκατεστημένοι στην επικράτεια άλλου κράτους μέλους.

Ως εταιρίες νοούνται οι εταιρίες αστικού ή εμπορικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένων των συνεταιρισμών, και των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, με εξαίρεση εκείνων που δεν επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό.»

«Άρθρο 293 ΕΚ

Η ελευθερία εγκαταστάσεως περιλαμβάνει την ανάληψη και την άσκηση μη μισθωτών

Τα κράτη μέλη, εφόσον είναι αναγκαίο, διεξάγουν μεταξύ τους διαπραγματεύσεις, για

να εξασφαλίσουν προς όφελος των υπηκόων τους:

σεως. Υπό τις περιστάσεις αυτές, το αιτούν δικαστήριο αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

(...)

— την αμοιβαία αναγνώριση των εταιριών κατά την έννοια του άρθρου 48, δεύτερη παράγραφος, τη διατήρηση της νομικής προσωπικότητας επί μεταφοράς της έδρας από ένα κράτος σε άλλο και τη δυνατότητα συγχωνεύσεως εταιριών που διέπονται από το δίκαιο διαφόρων κρατών μελών,

1) Πρέπει τα άρθρα 43 και 48 ΕΚ να ερμηνεύονται υπό την έννοια ότι αντίκειται προς την ελευθερία εγκαταστάσεως των εταιριών το ότι η ικανότητα δικαίου και η ικανότητα διαδίκου μιας εταιρίας, εγκύρως συσταθείσας κατά το δίκαιο ενός κράτους μέλους, κρίνονται κατά το δίκαιο του κράτους στο οποίο η εταιρία έχει μεταφέρει την πραγματική διοικητική έδρα της, και όταν προκύπτει από το δίκαιο αυτό ότι η εν λόγω εταιρία δεν μπορεί να προβάλει πλέον ενώπιον δικαστηρίου στο κράτος αυτό αξιώσεις της που απορρέουν εκ συμβάσεως;

(...)

Τα προδικαστικά ερωτήματα που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα αυτό, η αρχή της ελευθερίας εγκαταστάσεως των εταιριών (άρθρα 43 και 48 ΕΚ), επιτάσσει να κρίνεται η ικανότητα δικαίου και η ικανότητα διαδίκου μιας εταιρίας κατά το δίκαιο του κράτους στο οποίο έχει συσταθεί;

15. Κατά το Bundesgerichtshof, ανώτατο πολιτικό δικαιοδοτικό όργανο, από τη νομολογία του Δικαστηρίου δεν προκύπτει ευκρινώς αν, σε περίπτωση μεταφοράς της έδρας της εταιρίας σε άλλο κράτος μέλος, η ελευθερία εγκαταστάσεως που εγγυώνται τα άρθρα 43 ΕΚ και 48 ΕΚ απαγορεύει, προκειμένου να καθορισθεί το προσωπικό καθεστώς της εταιρίας, να λαμβάνεται ως σύνδεσμος η έδρα της πραγματικής διοική-

Διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

16. Η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως κατατέθηκε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 25 Μαΐου 2000.

17. Εκτός από τους αντιδίκους στην κυρία δίκη, κατέθεσαν γραπτώς και ανέπτυξαν προφορικά παρατηρήσεις η Γερμανική και η Ισπανική Κυβέρνηση και η Κυβέρνηση της Μεγάλης Βρετανίας, η Επιτροπή και η εποπτεύουσα αρχή της Ευρωπαϊκής Ζώνης Ελεύθερων Συναλλαγών (ΕΖΕΣ). Η Ιταλική Κυβέρνηση κατέθεσε μόνο γραπτές παρατηρήσεις, ενώ η Ολλανδική Κυβέρνηση παρέστη απλώς στην επ' ακροατηρίου συζήτηση, που έλαβε χώρα το πρωί της 16ης Οκτωβρίου 2001.

Η οριοθέτηση των εφαρμοστέων νομολογιακών κριτηρίων

20. Οι διάδικοι επικέντρωσαν τους ισχυρισμούς τους, ορθώς κατά τη γνώμη μου, στις αποφάσεις της 27ης Σεπτεμβρίου 1988, 81/87, Daily Mail and General Trust PLC⁷, και της 9ης Μαρτίου 1999, προαναφερθείσα απόφαση Centros.

18. Η αναιρεσειούσα, μαζί με την Κυβέρνηση της Μεγάλης Βρετανίας, την Ολλανδική Κυβέρνηση και την Επιτροπή τάχθηκαν υπέρ της καταφατικής απαντήσεως σε αμφότερα τα ερωτήματα, ενώ η εποπτεύουσα αρχή της ΕΖΕΣ τάχθηκε υπέρ της καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο μόνον ερώτημα. Η αναιρεσιβλήτη και οι υπόλοιπες Κυβερνήσεις πρότειναν το αντίθετο.

21. Η απόφαση Daily Mail εντάσσεται σε ένα ιδιαίτερο νομικό πλαίσιο. Το τότε ισχύον αγγλικό εμπορικό δίκαιο προέβλεπε ότι εταιρία που έχει συσταθεί σύμφωνα προς την αγγλική νομοθεσία και με νόμιμη έδρα (registered office) στο Ηνωμένο Βασίλειο μπορούσε να μεταφέρει την κεντρική διοικητική της έδρα σε άλλη χώρα χωρίς να απωλέσει την ιθαγένειά της.

Ανάλυση των προδικαστικών ερωτημάτων

Οι εταιρίες που είχαν διοικητική έδρα (residence) σε βρετανικό έδαφος υπόκεινταν σε εταιρικό φόρο. Το φορολογικό δίκαιο απαγόρευε, ως εκ τούτου, στις εταιρίες με έδρα στο Ηνωμένο Βασίλειο να μεταφέρουν τη διοικητική τους έδρα στο εξωτερικό χωρίς την προηγούμενη άδεια του υπουργείου Οικονομικών.

19. Κατ'αρχάς, προσήκει να διευκρινιστεί το νομολογιακό πλαίσιο στο οποίο εντάσσονται τα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Bundesgerichtshof. Εφόσον διευκρινιστούν οι οικείες αρχές γενικής εφαρμογής, επιβάλλεται να εξεταστεί πώς αυτές μπορούν να τύχουν εφαρμογής στην παρούσα υπόθεση.

22. Η Daily Mail επιθυμούσε, προκειμένου να προβεί σε σημαντική αναδιάρθρωση, να

⁷ — Συλλογή 1988, σ. 5483 (στο εξής: απόφαση Daily Mail).

μεταφέρει την έδρα της στις Κάτω Χώρες για να μπορέσει να καρπωθεί σημαντικά φορολογικά πλεονεκτήματα και ζήτησε, ματαίως, την απαιτούμενη άδεια.

Το προδικαστικό ερώτημα υποβλήθηκε στο πλαίσιο της προσφυγής κατά της αρνητικής αυτής αποφάσεως. Το Δικαστήριο έκρινε ότι τα νυν άρθρα 43 ΕΚ και 48 ΕΚ δεν παρείχαν, κατά το τότε στάδιο αναπτύξεως του κοινωνικού δικαίου, σε εταιρία συσταθείσα σύμφωνα με τη νομοθεσία κράτους μέλους, στο οποίο είχε τη νόμιμη έδρα της, το δικαίωμα να μεταφέρει το διοικητικό της κέντρο σε άλλο κράτος μέλος.

23. Για να καταλήξει στο συμπέρασμα αυτό, το Δικαστήριο έλαβε υπόψη του ότι η ελευθερία εγκαταστάσεως δεν επιτρέπει στο κράτος μέλος καταγωγής να εμποδίζει την εγκατάσταση σε άλλο κράτος μέλος ενός από τους υπηκόους του ή εταιρίας που έχει συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία του⁸. Εκτίμησε, επίσης, ότι, αντίθετα προς τα φυσικά πρόσωπα, οι εταιρίες αποτελούν οντότητες που προβλέπονται από μια έννομη τάξη και υπάρχουν μόνο μέσω των διαφόρων εθνικών νομοθεσιών που ρυθμίζουν τη σύσταση και τη λειτουργία τους⁹.

24. Αφού διαπίστωσε ότι, παρά τη ρητή προτροπή του άρθρου 293 θμση ως προς το

θέμα αυτό, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι, κατά τη Συνθήκη, οι διαφορές μεταξύ των εθνικών νομοθεσιών ως προς το απαιτούμενο για τις εταιρίες συνδετικό στοιχείο (έδρα, κεντρική διοίκηση ή κέντρο κύριας δραστηριότητας), καθώς και ως προς τη δυνατότητα και, αν προβλέπεται τέτοια δυνατότητα, τον τρόπο μεταφοράς της, καταστατικής ή πραγματικής, έδρας μιας εταιρίας συσταθείσας σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο κράτους μέλους από ένα κράτος μέλος σε άλλο αποτελούν ζητήματα που δεν έχουν επιλυθεί από τις διατάξεις περί ελευθερίας εγκαταστάσεως, αλλά που πρέπει να ρυθμιστούν νομοθετικά ή συμβατικά¹⁰.

25. Η διαπίστωση αυτή διατυπώνεται με ιδιαίτερη σαφήνεια και χωρίς επιφυλάξεις. Εάν αντιστοιχούσε στο παρόν στάδιο εξέλιξεως της νομολογίας, είναι πιθανόν ότι θα έπρεπε να δοθεί αρνητική απάντηση στο πρώτο από τα υποβληθέντα προδικαστικά ερωτήματα¹¹.

26. Εντούτοις, ορισμένοι παραστάτες, μεταξύ των οποίων η Επιτροπή, προσπάθησαν να αμφισβητήσουν τη λυσιτέλεια των διαπιστώσεων στην απόφαση Daily Mail. Στηριζόμενοι στα πραγματικά περιστατικά της διαφοράς στην κυρία δίκη και στην αρχή της αυξημένης προστασίας της ελευθερίας εγκαταστάσεως που βαρύνει το περιορίσουν τη σημασία της εν λόγω αποφάσεως στην απλή αναγνώριση ότι εναπόκειται στο κράτος μέλος καταγωγής η αποκλειστική αρμοδιότητα να θεσπίζει τις διατάξεις περί συστάσεως και νομικής υπάρξεως των εταιριών σύμφωνα προς τους εφαρμοστέους κανόνες του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου.

8 — Απόφαση Daily Mail, σκέψη 16.

9 — *Ibidem*, σκέψη 19.

10 — *Ibidem*, σκέψη 23.

11 — Βλ. συναφώς Behrens, P., *op. cit.*, σ. 323.

Πρόκειται για βουλευσιαρχική, πλην όμως εσφαλμένη, ερμηνεία: η διαφοροποίηση των επιπέδων προστασίας, ανάλογα με το αν πρόκειται για το κράτος καταγωγής ή υποδοχής, δεν προκύπτει από την εν λόγω απόφαση ούτε η αναγνώριση αποκλειστικής νομοθετικής αρμοδιότητας συνάδει προς το περιεχόμενο της σκέψεώς της 23.

Αντίθετα, πάντα κατά την ίδια σκέψη, οι κοινοτικοί κανόνες περί ελευθερίας εγκαταστάσεως δεν επηρεάζουν (ή δεν επηρέαζαν τότε) τη δυνατότητα των κρατών μελών να καθορίζουν τα κριτήρια προσδιορισμού του καθεστώτος των νομικών προσώπων, όπως επίσης και τα ζητήματα που αφορούν τη μεταφορά της έδρας, καταστατικής ή πραγματικής, από ένα κράτος μέλος σε άλλο.

27. Επιβάλλεται, αναμφίβολα, να υπομνησθεί ότι οι διαπιστώσεις της αποφάσεως Daily Mail ίσχυαν μόνο «κατά το [τότε] παρόν στάδιο της εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου». Η επιφύλαξη αυτή εκφράζει την ανησυχία του Δικαστηρίου σχετικά με τις νομοθετικές διαφοροποιήσεις, η οποία εμφανίζεται στο νυν άρθρο 293 ΕΚ, που καλεί τα κράτη μέλη να την περιορίσουν «εφόσον είναι αναγκαίο».

28. Επιβάλλεται συνεπώς να ερευνηθεί αν από τότε έχουν επέλθει νέες ουσιώδεις μεταβολές στη νομική κατάσταση, που να επιτρέπουν νέες εκτιμήσεις.

29. Συμφωνώ με το σύνολο των παραστάτων που εκφράστηκαν ως προς το θέμα αυτό, ότι η συντελεσθείσα πρόοδος στην προσέγγιση των διαφόρων εταιρικών δικαίων δεν επηρέασε τα ζητήματα που αφορούν την μεταφορά της έδρας, καταστατικής ή πραγματικής, ενός νομικού προσώπου σε άλλο κράτος μέλος. Επομένως, δεν σημειώθηκε σημαντική νομική εξέλιξη στον τομέα αυτόν.

30. Δεν ισχύει το ίδιο για τη νομολογία. Οι παραστάτες συμφωνούν επίσης στο σημείο αυτό, παρότι δεν εξάγουν τα ίδια συμπεράσματα από τις εξελίξεις που επισημαίνουν.

31. Η προαναφερθείσα απόφαση Centros, της 9ης Μαρτίου 1999, εμφανίζεται, πολύ φυσικά, ως το βασικό σημείο αναφοράς.

Η υπόθεση αυτή αφορούσε το ζήτημα αν η άρνηση καταχωρήσεως στο εμπορικό μητρώο κράτους μέλος ενός υποκαταστήματος αλλοδαπής κοινοτικής εταιρίας, συσταθείσας σύμφωνα με τους νόμους άλλου κράτους μέλους, η οποία δημιουργείται με τον σκοπό να ασκήσει όλη τη δραστηριότητά της στο κράτος εγκαταστάσεως του υποκαταστήματος, συνάδει προς τους κανόνες περί ελευθερίας εγκαταστάσεως. Το αιτούν δανικό δικαστήριο θεώρησε, επιπλέον, ότι η μέθοδος που εφαρμόσθηκε σκοπούσε στην αποφυγή εκπληρώσεως των επαχθέστερων υποχρεώσεων που προβλέπει το δανικό δίκαιο για την έγκυρη σύσταση των εταιριών.

32. Το Δικαστήριο διατύπωσε τη συλλογιστική του σε τρία στάδια, διακρίνοντας κατ'αρχάς μεταξύ α) του ζητήματος της εφαρμογής των κανόνων περί ελευθερίας εγκαταστάσεως και β) των μέτρων που ένα κράτος μέλος μπορεί να θεσπίσει, βάσει των δυνατοτήτων που του αναγνωρίζει η Συνθήκη, για να εμποδίσει την καταχρηστική παράκαμψη συγκεκριμένων εθνικών διατάξεων (πρόληψη της καταχρήσεως δικαιώματος), προσθέτοντας γ) ορισμένες παρατηρήσεις ως προς το αν συντρέχουν οι λόγοι που προέβλεπαν οι δανικές αρχές (επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος).

33. Επομένως, ερεύνησε πρώτα την ύπαρξη εμποδίων στην άσκηση της εν λόγω θεμελιώδους ελευθερίας.

Για να το διαπιστώσει, αρχίστηκε να υπενθυμίσει ότι το δικαίωμα ελεύθερης εγκαταστάσεως καλύπτει τις εταιρίες που έχουν συσταθεί σύμφωνα προς τη νομοθεσία κράτους μέλους, των οποίων η έδρα, η κεντρική διοίκηση ή το κέντρο των δραστηριοτήτων βρίσκεται εντός της Κοινότητας (κύρια εγκατάσταση), εκ του οποίου προκύπτει ότι οι εν λόγω εταιρίες δικαιούνται να ασκούν τη δραστηριότητά τους σε άλλο κράτος μέλος μέσω γραφείου, υποκαταστήματος ή θυγατρικής εταιρίας (δευτερεύουσα εγκατάσταση), ενώ ο τόπος της καταστατικής τους έδρας, της κεντρικής τους διοικήσεως ή του κέντρου κυρίων δραστηριοτήτων τους χρησιμεύει, όπως η ιθαγένεια για τα φυσικά πρόσωπα, για τον προσδιορισμό της σύνδε-

σής τους με την έννομη τάξη ενός κράτους μέλους¹².

Το Δικαστήριο, στη συνέχεια, δεν δέχθηκε ότι η άρνηση καταχωρήσεως στο μητρώο εταιριών μπορούσε να αποτελεί μέτρο πρόληψης της καταχρήσεως του δικαιώματος εγκαταστάσεως, κατά την έννοια της νομολογίας Van Binsbergen¹³. Αντιθέτως, εκτίμησε ότι το δικαίωμα συστάσεως εταιρίας σύμφωνα με τη νομοθεσία κράτους μέλους, ειδικότερα αυτού με το ευμενέστερο εταιρικό δίκαιο, και ιδρύσεως υποκαταστημάτων σε άλλα κράτη μέλη είναι συμφυές προς την άσκηση, εντός της ενιαίας αγοράς, της ελευθερίας εγκαταστάσεως που εγγυάται η Συνθήκη¹⁴.

Τέλος, το Δικαστήριο εξέτασε το ζήτημα αν η επίμαχη εθνική πρακτική μπορούσε να δικαιολογηθεί από επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος. Οι δανικές αρχές είχαν προβάλει δύο τέτοιους λόγους: την προστασία των δημοσίων πιστωτών, με τους οποίους δεν υπήρχε καμία σύμβαση (όπως η εφορία ή οι φορείς κοινωνικής ασφάλισως),

12 — *Ibidem*, σκέψεις 19 και 20. Σχετικά με το ίδιο ζήτημα, ο γενικός εισαγγελέας La Pergola συνήγαγε από τα νυν άρθρα 43 ΕΚ και 48 ΕΚ το δικαίωμα ιδρύσεως εταιρίας σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους προκειμένου αυτή να αναπτύξει δραστηριότητες σ' αυτό το ίδιο κράτος ή, με την ίδια ιδιότητα, σε οποιοδήποτε άλλο κράτος μέλος η ούτως συνευτημένη εταιρία έχει το δικαίωμα να εγκατασταθεί - κυρίως και, ενδεχομένως, ομοίως δευτερευόντως - εκεί όπου προσιτά εντός του κοινοτικού πλαισίου (προτάσεις της 16ης Ιουλίου 1998, Συλλογή 1999, σ. I-1461, παράγραφος 20). Δεν είναι περιεργό που ο ίδιος γενικός εισαγγελέας δεχεται ότι προτείνει την εφαρμογή της νομολογίας «Cassis de Dijon» ως προς το ζήτημα της αμοιβαίας αναγνωρίσεως της κληρικότητας των εταιριών (*ibidem*, παράγραφος 20).

13 — Απόφαση της 3ης Δεκεμβρίου 1974, 33/74, Van Binsbergen (Συλλογή τόμος 1974, σ. 513, σκέψη 13).

14 — Σκέψη 27 της αποφάσεως Centros.

και τη γενική προστασία των πιστωτών μέσω της απαιτήσεως για την ύπαρξη ελάχιστου εταιρικού κεφαλαίου. Το Δικαστήριο εξέτασε τις προϋποθέσεις γι' αυτό το είδος των περιοριστικών μέτρων, που αποκρυσταλλώθηκαν με την απόφαση της 30ής Νοεμβρίου 1995 στην υπόθεση C-55/94, Gebhard¹⁵, και έκρινε ότι δεν πληρούνταν εν προκειμένω¹⁶.

34. Η συλλογιστική της αποφάσεως Centros διακρίνεται από αξιοσημείωτη απλότητα: εφαρμόζει τα άρθρα 43 ΕΚ και 48 ΕΚ. Η θέση αυτή συνάδει προς την καθιερωμένη ερμηνεία των θεμελιωδών ελευθεριών που περιέχει η Συνθήκη και που, μετά την πάροδο της μεταβατικής περιόδου, εφαρμόζονται απ'ευθείας ή αμέσως.

Από την απόφαση Centros με ενδιαφέρει να τονίσω τα εξής δύο στοιχεία: μία παράλειψη και μια αναφορά.

35. Η σημαντική παράλειψη συνίσταται στην παράλειψη κάθε αναφοράς στο

άρθρο 193 ΕΚ καθώς και στην απόφαση Daily Mail η οποία στηρίχθηκε στο εν λόγω άρθρο. Ο γενικός εισαγγελέας δεν ερευνά το ζήτημα αυτό στις προτάσεις του ούτε το θίγουν οι διάδικοι στους ισχυρισμούς τους.

36. Υπάρχει μια πρώτη προφανής εξήγηση: ότι στην απόφαση Centros το ζήτημα που ερευνάται είναι η ίδρυση υποκαταστήματος και όχι η μεταφορά της καταστατικής έδρας. Εντούτοις, η άποψη αυτή είναι υπερβολικά τυπολατρική, αγνοεί ότι ως έδρα μπορεί να νοείται, πέραν της καταστατικής, ο τόπος όπου συντελείται η πραγματική διοίκηση και διακρίνει, χωρίς εμφανή αιτία, το δικαίωμα κυρίας εγκαταστάσεως, το οποίο υπόκειται σε εξαντλητική ρύθμιση, από το δικαίωμα δευτερεύουσας εγκαταστάσεως, το οποίο είναι στην πράξη απεριόριστο¹⁷. Επιπλέον, δεν μπορούσε να διαφύγει από το Δικαστήριο ότι η αναγνώριση τόσο ευρείας ελευθερίας περί ιδρύσεως υποκαταστημάτων (τα οποία, στην πραγματικότητα, λίγο μοιάζουν με πραγματικά υποκαταστήματα, κατά τη συνήθη έννοια του όρου, δεδομένου ότι μπορούν να συγκεντρώνουν το σύνολο του εταιρικού ενεργητικού)¹⁸ θα επέτρεπε την καταστρατήγηση της νομοθεσίας περί μεταφοράς σε άλλο κράτος της, καταστατικής ή πραγματικής, έδρας μιας εταιρίας, η οποία, ελλείψει εναρμονίσεως, εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών¹⁹. Η πρόταση των δανικών αρχών να αποκλειστούν από τα προνόμια του δικαίου της εγκαταστάσεως οι

15 — Συλλογή 1995, σ. I-4165 (στο εξής απόφαση Gebhard), σκέψη 37, κατά την οποία, τα εθνικά μέτρα που ενδέχεται να παρακωλύσουν ή να καταστήσουν λιγότερο ελκυστική την άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών που διαφαλλίζονται με τη Συνθήκη πρέπει να πληρούν τέσσερις προϋποθέσεις: να εφαρμόζονται κατά τρόπο μη δημιουργούντα διακρίσεις, να δικαιολογούνται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, να είναι κατάλληλα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού και να μην είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού αυτού.

16 — Γενικά, η εθνική πρακτική δεν μπορεί να δικαιολογηθεί για τον σκοπό προστασίας των πιστωτών, δεδομένου ότι ακόμη και αν η Centros είχε αναπτύξει δραστηριότητα στο Ηνωμένο Βασίλειο, το υποκατάστημά της θα είχε καταχωρηθεί στη Δανία, χωρίς αυτό να βελτιώσει τη θέση των Δανών πιστωτών. Επιπλέον, η Centros εμφανιζόταν έναντι των πιστωτών ως εταιρία αγγλικού και όχι δανικού δικαίου. Ως προς τους πιστωτές του δημοσίου τομέα, ένα μέτρο επεικέτερο από την όρηση καταχορήγησης θα τους επέτρεπε να συγκεντρώσουν τις απαραίτητες εγγυήσεις. Τέλος, τίποτε δεν εμπόδιζε τις δανικές αρχές να θεσπίσουν μέτρα πρόσφορα για να προλάβουν ή να πατάξουν την απάτη (σκέψεις 34 έως 38 της αποφάσεως Centros).

17 — Δεν αμφισβητείται ότι η άσκηση της ελεύθερης κυρίας εγκαταστάσεως επηρεάζει τα κράτη μέλη περισσότερο από τη δευτερεύουσα εγκατάσταση, δεδομένου ότι η έδρα, πραγματική ή καταστατική, αποτελεί συνδετικό στοιχείο για την εφαρμογή της φορολογικής νομοθεσίας ή την άσκηση του διοικητικού ελέγχου. Βλ. συναφώς Zimmer, D. *op. cit.*, σ. 33. Βλ., επίσης, αν και περισσότερο επικριτικός, Steindorff E., *op. cit.* σ. 1141. Οι σκέψεις αυτές, εντούτοις, δεν εμφανίζονται στο κείμενο των αποφάσεων ούτε προκύπτουν από τη Συνθήκη.

18 — Έτσι σε Freitag, R., Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, τ. 9, σ. 267, ιδίως σ. 268.

19 — Βλ. σκέψη 23 της αποφάσεως Daily Mail.

περιπτώσεις στις οποίες μια εταιρία επιδιώκει να παρακάμψει συγκεκριμένη εθνική νομοθεσία θα έπρεπε να οδηγήσει το Δικαστήριο να ερευνήσει την εν λόγω δυνατότητα παρακάμψεως της ίδιας του της νομολογίας, εν προκειμένω της αποφάσεως Daily Mail. Εντούτοις, η συλλογιστική του Δικαστηρίου είχε ως βάση το ότι, για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου, η Centros επιδίωκε να ασκήσει την ελευθερία δευτερεύουσας εγκαταστάσεως²⁰.

37. Η δεύτερη εξήγηση στηρίζεται στις διαφορές μεταξύ των πραγματικών περιστατικών των δύο κυρίων δικών. Έτσι, οι προϋποθέσεις της αποφάσεως Daily Mail αφορούσαν μόνον τη δυνατότητα του κράτους καταγωγής να περιορίζει την ελευθερία εγκαταστάσεως των εταιριών που έχουν συσταθεί σύμφωνα με το εθνικό του δίκαιο, ενώ η απόφαση Centros αφορούσε τα εμπόδια που μπορεί να θέσει το κράτος υποδοχής. Θα μπορούσε επίσης να τονιστεί ότι η πρώτη υπόθεση αφορούσε διαφορά φορολογικού δικαίου, ενώ η δεύτερη εστιαζόταν σε διαφορά εταιρικού δικαίου. Οι διακρίσεις αυτές μου φαίνονται τόσο τεχνητές, ώστε να μπορούν να δικαιολογηθούν διαφορετικές νομολογιακές λύσεις. Εν πάση περιπτώσει, δεν βρίσκουν έρεισμα σε κανένα χωρίο των αποφάσεων του Δικαστηρίου.

38. Η τρίτη πιθανή εξήγηση είναι ότι η απόφαση Centros βαίνει πέραν της νομολογίας στην υπόθεση Daily Mail, έστω ως προς την έκταση των πρακτικών νομικών συνεπειών: μια εταιρία που επιθυμεί να εγκαταστήσει την πραγματική της έδρα σε άλλο κράτος μέλος μπορεί να αρκестεί να υποβάλει αίτηση καταχωρίσεως ενός υποκαταστήματος στο μητρώο εταιριών. Οι αρχές που θέτει η απόφαση Daily Mail θα χρησίμευαν μόνο για να βεβαιώσουν ότι το κράτος μέλος καταγωγής, σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο του οποίου έχει συσταθεί η εταιρία, εξακολουθεί να ασκεί έλεγχο επί της νομικής οντότητας, η οποία παραμένει πλάσμα του εν λόγω δικαίου. Ο έλεγχος αυτός θα μπορούσε να αφορά, για παράδειγμα, τον προσδιορισμό του συνδετικού στοιχείου για την επιβολή φορολογικής υποχρεώσεως, όπως στην περίπτωση της Daily Mail, ή, γενικά, για την άσκηση διοικητικού ελέγχου.

Για την ερμηνεία αυτή βέβαια πρέπει να μη ληφθούν υπόψη ορισμένα γενικώς διατυπούμενα χωρία της εν λόγω αποφάσεως, ιδιαίτερα τα της σκέψεως 23²¹.

39. Κατά την άποψή μου, πρόκειται περισσότερο για *συμπληρωματική προσθήκη* στην εν λόγω απόφαση: τα ερωτήματα σχετικά με τον ορισμό του συνδετικού στοιχείου, του προσδιοριστικού της *lex societatis*, όπως και τα προβλήματα που ανακύπτουν από τη μεταφορά σε άλλο κράτος μέλος της έδρας μιας εταιρίας ρυθμίζονται και εξακολουθούν να ρυθμίζονται, ελλείψει εναρμονίσεως, από τις έννομες τάξεις των κρατών μελών, τα

20 — Η παράλειψη αυτή υποδεικνύει ενδεχομένως ότι ο κοινοτικός δικαστής υπονοεί ότι δεν υφίσταται διαφορά μεταξύ ελευθερίας κυρίας και δευτερεύουσας εγκαταστάσεως. Βλ. συναφώς Behrens, R., *op.cit.*, σ. 327.

21 — Βλ. παράγραφος 24 *supra*.

οποία, εντούτοις, οφείλουν να τηρούν το ουσιαστικό κοινοτικό δίκαιο²².

40. Από την άποψη αυτή, το ευρωπαϊκό δίκαιο εξακολουθεί να μην επηρεάζει την ικανότητα των κρατών μελών να οργανώνουν τους αντίστοιχους κανόνες του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου κατά βούληση, εφόσον τηρούν τις αρχές που το δίκαιο αυτό θέτει.

41. Η σημαντική αναφορά που περιέχει η απόφαση Daily Mail συνίσταται στην εισαγωγή, ως προς την ελευθερία εγκαταστάσεως των εταιριών, των γενικών κριτηρίων για την εκτίμηση του συμβατού των περιορισμών μιας θεμελιώδους ελευθερίας προς τις διατάξεις της Συνθήκης, κριτηρίων που διατύπωσε το Δικαστήριο με την απόφαση της 31ης Μαρτίου 1993, C-19/92, Kraus²³, και αποκρυστάλλωσε με την προαναφερθείσα απόφαση Gebhard.

42. Η ανάλυση αυτού του είδους προϋποθέτει την αναγνώριση της άμεσης αποτελεσματικότητας των κανόνων περί ελεύθερης εγκαταστάσεως ως προς την κινητικότητα των εταιριών πράγμα, το οποίο, με τη σειρά του, προϋποθέτει την εγκατάλειψη ή, εν πάση περιπτώσει, τη σχετικοποίηση της επιφυλάξεως του άρθρου 293 ΕΚ²⁴.

Η εκδοχή αυτή ενδείκνυται από την άποψη μιας δυναμικής ευρωπαϊκής ολοκληρώσεως και ερείδεται στη διατύπωση της διατάξεως. Αντίθετα προς όσα ορίζει το άρθρο 295 ΕΚ («Η παρούσα Συνθήκη δεν προδικάζει με κανέναν τρόπο...»), το οποίο αποκλείει — αναμφίβολα — από το πεδίο εφαρμογής της Συνθήκης το καθεστώς που διέπει την ιδιοκτησία των παραγωγικών μέσων²⁵, το άρθρο 293 ΕΚ απλώς καλεί τα κράτη μέλη να διεξάγουν διαπραγματεύσεις και, επιπλέον, μόνον καθόσον αυτό «είναι αναγκαίο». Ως εκ τούτου, το άρθρο 293 ΕΚ δεν ισοδυναμεί με πραγματική νομοθετική επιφύλαξη και ομοιάζει περισσότερο προς προτροπή προς τα κράτη μέλη να επιλύσουν τα αναπόφευκτα προβλήματα που δημιουργούνται από τις διαφορές μεταξύ των εθνικών νομοθεσιών ως προς την αμοιβαία αναγνώριση των εταιριών, τη διατήρηση της νομικής τους προσωπικότητας στην περίπτωση μεταφοράς της έδρας σε άλλο κράτος μέλος και τη συγχώνευση. Επομένως, η προτροπή αυτή δεν μπορεί να αντικαθίσει στον δυνητικό χαρακτήρα μιας εκ των θεμελιωδών ελευθεριών.

43. Θεωρώ, επομένως, ότι το υπάρχον νομολογιακό πλαίσιο επιτρέπει την ανάλυση του συμβατού προς τη Συνθήκη των περιορισμών που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα να περιστέλλουν την άσκηση της ελευθερίας εγκαταστάσεως των νομικών προσώπων που προστατεύει το άρθρο 48 ΕΚ, βάσει των γενικών κανόνων που διατύπωσε το Δικαστήριο, δηλαδή ότι οι περιορισμοί αυτοί, από μόνοι τους, δεν πρέπει να οδηγούν σε δυσμενή διάκριση, ότι πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος και να είναι

22 — Βλ. συναφώς Wouters, J., *op. cit.*, σ. 122 επ.

23 — Συλλογή 1993, σ. I-1663, σκέψη 34.

24 — Η οποία, εξάλλου, έχει ήδη προταθεί, έστω και στο πλαίσιο συγγεγραμμένης υποθέσεως, με την απόφαση της 10ης Ιουλίου 1986, 79/85, Segers (Συλλογή 1986, σ. 2375), σκέψη 16.

25 — Βλ. συναφώς τις κοινές προτάσεις που ανέπτυξε στις υποθέσεις C-367/88, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας, C-483/89, Επιτροπή κατά Γαλλίας, και C-503/89, Επιτροπή κατά Βελγίου, σημεία 39 επ. (Συλλογή 2001, σ. I-4731, I-4733).

κατάλληλοι και ανάλογοι προς την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού.

Όπως συμβαίνει και με άλλους κλάδους του δικαίου, αυτό το είδος αναλύσεως — αυστηρώς κοινοτικό — δεν μπορεί να επιδιώκει να διαπλάσσει το οικείο εθνικό δίκαιο, ιδίως το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο. Εντούτοις, η οικεία εθνική νομοθεσία πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα προς το κοινοτικό δίκαιο ή, τουλάχιστον, πρέπει να πληροί τα κριτήρια που δικαιολογούν τους περιορισμούς οι οποίοι υπαγορεύονται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος.

Εξέταση του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος

44. Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, στενότερο του δευτέρου, το Bundesgerichtshof ερωτά στην ουσία αν το κοινοτικό δίκαιο αντιτίθεται σε εθνική νομοθεσία η οποία απαγορεύει σε εταιρία συσταθείσα σύμφωνα προς τη νομοθεσία κράτους μέλους να προβάλλει συμβατικές αξιώσεις της ενώπιον των δικαστικών οργάνων άλλου κράτους μέλους, επειδή έχει εκεί την πραγματική της έδρα.

45. Η άρνηση αναγνώρισεως της ενεργητικής νομιμοποίησεως εξηγείται, σύμφωνα με το Bundesgerichtshof, επειδή η ικανότητα δικαίου και η ικανότητα διαδίκου της εταιρίας εκτιμώνται βάσει του δικαίου του κράτους μέλους στο οποίο η εταιρία εγκατέστησε την πραγματική της έδρα και επειδή το

δίκαιο αυτό δεν θα της αναγνώριζε νομική προσωπικότητα καθόσον δεν αναγνώριζε τη συγκεκριμένη αλλοδαπή νομική εταιρική μορφή. Η μόνη δυνατότητα της θιγομένης εταιρίας θα ήταν η διάλυση και η ανασύσταση σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους υποδοχής.

46. Εντούτοις, κατά τη γνώμη μου, είναι προτιμότερο να διατυπωθεί το ζήτημα κατά τρόπο αντικειμενικότερο, ώστε να μην αποφανθεί το Δικαστήριο επί ζητήματος, αποκλειστική αρμοδιότητα ερμηνείας του οποίου έχουν τα εθνικά δίκαια: η γερμανική έννομη τάξη αρνείται να νομιμοποιήσει ενεργητικά τις αλλοδαπές εταιρίες που έχουν πραγματική έδρα, σύμφωνα με το δίκαιο της, στο γερμανικό έδαφος.

Συγκεκριμένα, αφενός, δεν πιστεύω ότι θα ήταν εύκολο να θεωρηθούν έγκυρες οι γερμανικές διατάξεις αν τελικά προσδιόταν αυτοτελής κοινοτική ερμηνεία στις έννοιες της ικανότητας δικαίου ή της ικανότητας διαδίκου, δεδομένου ότι οι διατάξεις αυτές, ενώ δεν προβλέπουν την ενεργητική νομιμοποίηση των εταιριών που δεν έχουν την πραγματική τους έδρα στο κράτος συστάσεώς τους, εντούτοις δέχονται — όπως εξήγησε η Überseeering ενώπιον του Δικαστηρίου αυτού — την παθητική τους νομιμοποίηση για διαφορές του ίδιου είδους²⁶. Επιπλέον, το αιτούν δικαστήριο, το οποίο στη διάταξη

26 — Στο πλαίσιο άλλης δίκης, το Landgericht Düsseldorf υποχρέωσε την Überseeering στην καταβολή των αμοιβών των αρχιτεκτόνων που συνεργάστηκαν για την ολοκλήρωση των μετατροπών, με συντηρητική κατάσχεση των σκηνήτων που η προσφεύγουσα στην κυρία δίκη κατέχει στη Γερμανία, όπως δήλωσε η Überseeering, χωρίς να αμφισηρήθει.

περί παραπομπής ορίζει την ικανότητα δικαίου ως την ικανότητα να είναι κανείς φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, δέχεται ότι η Überseering είναι κυρία ακινήτου²⁷. Συντελείται, έτσι, μία νοητική διχοτόμηση ξένη προς την παραδοσιακή δομή της ικανότητας δικαίου, η οποία φαίνεται να αντιστοιχεί περισσότερο σε μηχανισμό αποτροπής ή κυρώσεως.

Τέλος, χωρούν διαφορετικές ερμηνείες ως προς τον ακριβή προσδιορισμό του γενεσιουργού γεγονότος, δηλαδή της μεταφοράς της έδρας²⁸, αλλά και ως προς τα κριτήρια για την εκτίμηση του πόσο πραγματική είναι αυτή.

Αφετέρου, ούτε μπορεί να αποκλειστεί αυτόματα το ενδεχόμενο ότι η θεωρία της πραγματικής έδρας μπορεί να μην επισύρει αμετακλήτως τις δραματικές συνέπειες που της αποδίδει το γερμανικό δίκαιο²⁹.

Για τους λόγους αυτούς, είναι συνετότερο να αποφεύγεται κάθε νομικός προσδιορισμός

του εθνικού δικαίου και να θεωρείται ο επίδικος εθνικός κανόνας ως περίπτωση περιορισμού της ικανότητας διαδίκου μας εταιρίας που επιδιώκει να αποφύγει συγκεκριμένη κύρια κοινωνική δραστηριότητα σε κράτος άλλο από αυτό όπου συνεστήθη.

47. Ο περιορισμός αυτός είναι, κατ'αρχήν, ασύμβατος προς την ελευθερία εγκαταστάσεως που εξαγγέλλει η Συνθήκη, χωρίς να μπορεί κανείς να ισχυριστεί το αντίθετο στηριζόμενος στο άρθρο 293 ΕΚ, όπως εξέθεσα ανωτέρω.

48. Επιβάλλεται, ως εκ τούτου, να διαπιστωθεί αν ο περιορισμός πληροί και τα λοιπά κριτήρια που διατύπωσε η νομολογία.

49. Αντίθετα προς όσα ισχυρίστηκαν διάφοροι από τους παραστάτες, το μέτρο, από μόνο του, δεν εισάγει δυσμενή διάκριση. Μια εταιρία συσταθείσα σύμφωνα προς το γερμανικό δίκαιο, μεταφέρουσα την πραγματική έδρα της σε άλλο κράτος μέλος, υπόκειται στην ίδια μεταχείριση. Σε κάθε περίπτωση, η εν λόγω μεταφορά θα επηρέαζε τη νομική της ικανότητας, όπως την εννοεί το γερμανικό δίκαιο³⁰.

30 — Βλ., συναφώς, τη διάταξη της 10ης Ιουλίου 2001 στην υπόθεση C-86/00, HSB Wohnbau GmbH, (Συλλογή 2001, σ. I-5353) που απορρέπει την αίτηση για έκδοση προδικαστικής αποφάσεως λόγω απαραδέκτου (το αιτούν δικαστήριο δεν ενεργούσε ως δικαιοδοτικό όργανο), στη σέξη 7 της οποίας το Δικαστήριο δηλώνει ότι, σύμφωνα με το γερμανικό δίκαιο, «μια εταιρία έχει νομική υπόσταση μόνον αν έχει την πραγματική της έδρα στη χώρα κατά το δίκαιο της οποίας έχει συσταθεί. Υπό το πρίσμα αυτό, η μεταφορά της έδρας μιας εταιρίας στο εξωτερικό συνεπάγεται υποχρεωτικά τη λύση της εταιρίας και τη θέση της υπό εκκαθάριση, ήτοι, ιδίως, την απώλεια της νομικής της προσωπικότητας στη Γερμανία, καθώς και τη σύσταση νέας εταιρίας στο εξωτερικό».

27 — Βλ. ανωτέρω, στην παράγραφο 5.

28 — Κατά την επ'ακροατηρίου συζήτηση, η Ολλανδική Κυβέρνηση και η Κυβέρνηση της Μεγάλης Βρετανίας συμφώνησαν ότι, σύμφωνα με τις εθνικές τους νομοθεσίες, η προκειμένη περίπτωση μπορούσε να θεωρηθεί ως ίδρυση υποκαταστήματος.

29 — Βλ. συναφώς Wouters, J., *op. cit.*, σ. 132. Είναι δυνατόν, για παράδειγμα, να επιδιωχθεί η εδραίωση στην οικεία εταιρία συγγαμμένων επαγγελματιών κανόνων που προβλέπονται από το εθνικό δίκαιο για την αντίστοιχη εταιρική μορφή.

50. Από τη διάταξη περί παραπομπής προκύπτει ότι η θεωρία της έδρας, όπως εφαρμόζεται στη Γερμανία, σκοπεί στην προστασία των δικαιωμάτων των πιστωτών (μέσω του ελάχιστου καταβεβλημένου εταιρικού κεφαλαίου και με κανόνες που ρυθμίζουν τη διάθεσή του), των εξαρτημένων εταιριών και των μετόχων της μειοψηφίας (ενισχύοντας τη λήψη υπόψη των συμφερόντων τους ως προς την ύπαρξη ενισχυμένης πλειοψηφίας ή επιβάλλοντας αποζημίωση ή αποκατάσταση σε συγκεκριμένες περιπτώσεις) και των εργαζομένων (μέσω της επιβολής συνδιαχειρίσεως της επιχειρήσεως υπό τους όρους που θεσπίζει ο νόμος). Η Γερμανική Κυβέρνηση προσθέτει την προστασία των συμφερόντων της εφορίας (μέσω του περιορισμού της διπλής φορολογήσεως).

Οι λόγοι αυτοί πρέπει να θεωρηθούν επιτακτικοί λόγοι του δημοσίου συμφέροντος ως προς τη νομολογία του Δικαστηρίου³¹.

51. Απομένει να διαπιστωθεί αν το μέτρο είναι κατάλληλο και ανάλογο προς τους σκοπούς που επιδιώκει.

52. Εδώ πρέπει να δοθεί αρνητική απάντηση. Το μέτρο που αρνείται την ενεργητική νομιμοποίηση σε εταιρία νομίμως συσταθείσα σε

άλλο κράτος μέλος δεν είναι κατάλληλο για την επίτευξη των νόμιμων σκοπών που υποτίθεται ότι επιδιώκει και, συνεπώς, υπερβαίνει ό,τι απαιτείται για την επίτευξη των σκοπών αυτών.

53. Το Δικαστήριο είχε ήδη την ευκαιρία να σχετικοποιήσει την προστασία που μπορεί να παράσχει στους πιστωτές η ύπαρξη ενός ελάχιστου καταβληθέντος εταιρικού κεφαλαίου³². Επιπλέον, δεν έχει εξετασθεί αν, συγκεκριμένα, η Überseering παρείχε λιγότερες εγγυήσεις στους πιστωτές. Τέλος, είναι προφανές ότι η μη αναγνώριση της ενεργητικής νομιμοποίησεως μιας εταιρίας, γεγονός που την εμποδίζει να προβάλλει ενώπιον δικαστηρίου έγκυρες αξιώσεις της έναντι τρίτων, ευνοεί μάλλον τους οφειλέτες της και όχι τους πιστωτές.

54. Κανένα από τα λοιπά τρία συμφέροντα που, υποτίθεται, προστατεύονται με το επίδικο μέτρο δεν έχει τύχει ιδιαίτερης προβολής ώστε να μπορεί να ληφθεί υπόψη.

Τα δικαιώματα των μετόχων της μειοψηφίας, που χρίζουν προστασίας, δεν έχουν διευκρινιστεί, ούτε το αν υπήρχαν τέτοιοι μέτοχοι στην Überseering ή αν το εφαρμοστέο σε αυτή δίκαιο τους προσφέρει ανώτερο επί-

31 — Βλ., συναφώς προς την υπεράσπιση των πιστωτών, την απόφαση της 16ης Μαρτίου 1999, C-222/97, Manfred Trummer και Peter Mayer (Συλλογή 1999, σ. I-1661), σκέψη 30, καθώς και, εμμέσως, την προαναφερθείσα απόφαση Centros, σκέψη 35, και, ως προς την προστασία των δικαιωμάτων των εργαζομένων, την απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1981, 279/80, Webb (Συλλογή 1981, σ. 3305), σκέψη 19.

32 — Βλ. σκέψη 35 της αποφάσεως Centros και, κυρίως, το σημείο 21 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα.

πεδο προστασίας. Επιπλέον, όπως και για τους πιστωτές, η μη αναγνώριση ενεργητικής νομιμοποιήσεως δεν μπορεί να λειτουργήσει υπέρ των μετόχων της μειοψηφίας.

Από τη συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου προκύπτει ότι η συνδιαχείριση επιβάλλεται σε επιχειρήσεις που απασχολούν άνω των χιλίων εργαζομένων και τίποτε δεν αφήνει να εννοηθεί — μάλλον το αντίθετο συμβαίνει — ότι η μεταφορά του επιχειρησιακού κέντρου της αναιρεσείουσας στην κυρία δίκη επηρέασε έναν τόσο μεγάλο αριθμό μισθωτών.

Η Κυβέρνηση της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας δεν διευκρίνισε ποιες φορολογικές διατάξεις θα παρέβαινε η Überseering αν προέβλεπε τις αξιώσεις της ενώπιον των γερμανικών δικαιοδοτικών οργάνων³³.

55. Μολονότι το μέτρο κρίνεται λίγο πρόσφορο για την επίτευξη των δηλωθέντων σκοπών, η αντίθεσή του προς τη Συνθήκη προκύπτει, με ιδιαίτερη καθαρότητα, όταν αναλύεται η αναλογικότητα της αρνήσεως ενεργητικής νομιμοποιήσεως.

Η Γερμανική Κυβέρνηση, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, επέμεινε σε ένα σημείο στο οποίο είχε αναφερθεί ακροθιγώς με τις γραπτές της παρατηρήσεις: τη δυνατότητα μιας εταιρίας στη θέση της Überseering να συνεχίσει να προβάλλει τα δικαιώματά της ενώπιον δικαστηρίου, ως οντότητα χωρίς νομική προσωπικότητα. Η ούτως ή άλλως ασαφής επιχειρηματολογία της Γερμανικής Κυβερνήσεως αντικρούστηκε από τους εκπροσώπους των αντιδίκων της κυρίας δίκης, έκαστος των οποίων παρέσχε χωριστή εξήγηση αυτού του μηχανισμού και των εννόμων συνεπειών του.

Υπό τις συνθήκες αυτές, το Δικαστήριο δεν διαθέτει επαρκή στοιχεία για να εκτιμήσει αν η Überseering, ή οποιαδήποτε άλλη εταιρία υπό τις ίδιες περιστάσεις, μπορεί να προσφύγει ενώπιον των δικαστηρίων και υπό ποιες προϋποθέσεις. Δεν φαίνεται, αντιθέτως, να αμφισβητείται ότι μια εταιρία, υπό περιστάσεις όπως αυτές εν προκειμένω, δεν μπορεί να εμφανιστεί στο δικαστήριο διατηρώντας χωριστή νομική προσωπικότητα.

Επιβάλλεται, συνεπώς, ο περιορισμός στο προδικαστικό ερώτημα, όπως αυτό υποβλήθηκε από το ανώτατο πολιτικό δικαιοδοτικό όργανο της Γερμανίας, από το οποίο προκύπτει ότι η ποινή που προβλέπει η εθνική νομοθεσία του εν λόγω κράτους συνίσταται στο ότι η οικεία εταιρία «δεν μπορεί να προβάλει πλέον ενώπιον δικαστηρίου αξιώσεις της που απορρέουν εκ συμβάσεως»³⁴.

33 — Όπως παρατήρησε η εκπρόσωπος της εποπτεύουσας αρχής της ΕΖΕΣ, η εγκατάσταση της Überseering στη Γερμανία μπορεί, αντιθέτως, να έχει θετικά αποτελέσματα για τη γερμανική εφορία, καθόσον μπορεί να υπόκειται σε τοπική φορολογία.

34 — Κατά τα λοιπά, από τα πραγματικά περιστατικά προκύπτει ότι η έλλειψη νομιμοποίησης αφορά και τις απαιτήσεις από άλλες πηγές πλην της συμβάσεως.

56. Τέτοιο μέτρο θέτει, πρακτικώς, τεράστια εμπόδια στην ελευθερία εγκαταστάσεως των εταιριών.

να δικαιολογούνται από νόμιμο στόχο και ότι τα μέσα πρέπει να τελούν σε εύλογη σχέση αναλογίας προς τον επιδιωκόμενο στόχο³⁹.

57. Το μέτρο αφαιρεί ουσιαστικά κάθε δικαίωμα από εταιρίες που έχουν συσταθεί εγκύρως σύμφωνα με τη νομοθεσία κράτους μέλους. Αποτελεί, σε κάθε περίπτωση, σοβαρή προσβολή του θεμελιώδους δικαιώματος έννομης προστασίας του άρθρου 6, παράγραφος 1, της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την Προάσπιση των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (στο εξής: Σύμβαση). Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, ερμηνεύοντας τη διάταξη αυτή, ήδη στην απόφαση Golder κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 21ης Φεβρουαρίου 1975³⁵, αποφάνθηκε ότι η πρόσβαση στα πολιτικά δικαστήρια αποτελεί απαραίτητο συμπλήρωμα της υπεροχής του δικαίου, αρχής που αποτελεί τμήμα της κοινής πνευματικής κληρονομίας των ευρωπαϊκών κρατών³⁶. Βέβαιο είναι ότι το δικαίωμα για δίκαιη δίκη δεν είναι, από την ίδια τη φύση του, απόλυτο και όπως συμβαίνει με τόσα άλλα θεμελιώδη δικαιώματα³⁷. Στην απόφαση της 28ης Μαΐου 1985, Ashingdane κατά Ηνωμένου Βασιλείου³⁸, το δικαστήριο του Στρασβούργου εκτίμησε, εντούτοις, ότι οι περιορισμοί δεν πρέπει να επηρεάζουν την ίδια την ουσία του δικαιώματος, ότι πρέπει

Έτσι, τα όργανα του Στρασβούργου δέχθηκαν το συμβατό προς τη Σύμβαση των μέτρων που εξαρτούν τις δικαστικές προσφυγές από συγκεκριμένη προθεσμία⁴⁰ ή από συνοπτική εξέταση των πιθανοτήτων ευδοκιμήσεως τους⁴¹ ή που προαπατούν την καταβολή μιας *cautio iudicatum solvi*⁴². Σε καμία των περιπτώσεων αυτών δεν πλήττεται η ουσία της αρχής, αλλά αυτή εφαρμόζεται σύμφωνα με εύλογη διαδικασία. Επίσης έγινε δεκτό ότι η εθνική νομοθεσία μπορεί να επιβάλλει μέτρα περιοριστικά *intuitu personae*. Πρόκειται για κλασικές περιπτώσεις, όπου η έννομη τάξη ανέχεται περιορισμένη άσκηση ικανότητας δικαίου ή ικανότητας διαδίκου από πρόσωπα όπως οι ανήλικοι⁴³, οι καταχρηστικώς προσφεύγοντες⁴⁴, οι φυλακισμένοι⁴⁵ ή οι πτωχεύσαντες⁴⁶. Η παρούσα υπόθεση δεν αφορά καμία των κατηγοριών αυτών. Ας

39 — *Ibidem*, σκέψη 57.

40 — Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων της 6ης Οκτωβρίου 1982, υπόθεση αρ. 9707/82, X, κατά Σουηδίας (*Décisions et rapports*, αρ. 33, σ. 223).

41 — Προαναφερθείσα απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων Ashingdane κατά Ηνωμένου Βασιλείου, σκέψη 59.

42 — ΕΔΔΑ, απόφαση Tolstoy Miroslavsky κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 13ης Ιουλίου 1995, (Σειρά Α αριθ. 316-B).

43 — Βλ. προαναφερθείσα απόφαση Golder κατά Ηνωμένου Βασιλείου.

44 — Απόφαση περί παραδεκτού της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων της 2ας Δεκεμβρίου 1985, Η, κατά Ηνωμένου Βασιλείου (υπόθεση 11559/85, *Décisions et rapports*, 45, σ. 281).

45 — ΕΔΔΑ, απόφαση Campbell και Fell κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 28ης Ιουνίου 1984 (Σειρά Α αριθ. 80).

46 — Απόφαση περί παραδεκτού της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων της 4ης Μαΐου 1987, Μ, κατά Ηνωμένου Βασιλείου (υπόθεση 12040/86, *Décisions et rapports*, 52, σ. 269).

35 — Σειρά Α, αριθ. 18.

36 — *Ibidem*, σκέψη 34.

37 — *Ibidem*, σκέψη 38.

38 — Σειρά Α, αριθμός 93.

σημειωθεί, επιπλέον, ότι, ακόμη και στις περιπτώσεις αυτές, το δικαίωμα προσφυγής ενώπιον δικαστηρίου απλώς και μόνον περιορίστηκε — ουδόλως καταργήθηκε — και εξαρτήθηκε, κατά κανόνα, από τη χορήγηση προηγούμενης άδειας από εκπρόσωπο του γενικού συμφέροντος.

τη σειρά τους, οι γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου.

58. Ως προς τις εμπορικές εταιρίες, η περιουσία των οποίων συνίσταται ως επί το πλείστον σε αξιώσεις έναντι τρίτων, η στέρηση της ενεργητικής νομιμοποίησης μπορεί επίσης να αποτελέσει σοβαρό περιορισμό του δικαιώματος της ελεύθερας απολαύσεως της ιδιωτικής ιδιοκτησίας, το οποίο προστατεύεται με το άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου 1 στη Σύμβαση, καθώς και άρνηση αποτελεσματικού ένδικου μέσου, σε αντίθεση προς όσα ορίζει το άρθρο 13 της Συμβάσεως.

60. Τέλος, το Δικαστήριο αναγνώρισε τον κεφαλαιώδη χαρακτήρα του δικαιώματος ένδικου προστασίας στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου⁴⁸.

61. Κατά συνέπεια, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η άρνηση ενεργητικής νομιμοποίησης σε νομικό πρόσωπο νομίμως συνστημένο σύμφωνα με την έννομη τάξη κράτους μέλους αποτελεί σοβαρό περιορισμό θεμελιώδους δικαιώματος. Για να είναι το μέτρο αναλογικό, πρέπει να ανταποκρίνεται σε επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος. Αρκεί συνεπώς η διαπίστωση ότι δεν προσκομίστηκαν στοιχεία ικανά να αποδείξουν την ύπαρξη μιας τέτοιας κοινωνικής αναγκαιότητας. Όπως κατέδειξα κατά την εξέταση του συμβατού, η γερμανική έννομη τάξη δεν προβλέπει καμία συγκεκριμένη αποτίμηση του κινδύνου πριν την επιβολή τόσο αυστηρής κυρώσεως. Τα έννομα αγαθά που το μέτρο προτίθεται να προστατεύσει ή, καλύτερα, ο κίνδυνος τον οποίον μπορεί να διατρέξουν τα αγαθά αυτά από το γεγονός ότι μια εταιρία δεν έχει την πραγματική της έδρα στο κράτος στο οποίο συνεστήθη δεν αντισταθμίζει το μέγεθος της επιβλητέας κυρώσεως.

59. Το ίδιο συμπέρασμα προκύπτει από τα άρθρα 47 (δικαίωμα αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και δικαίωμα για αδέκαστο δικαστή) και 17 (δικαίωμα της ιδιοκτησίας) του Καταστατικού Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, του οποίου η διακήρυξη πραγματοποιήθηκε στη Νίκαια στις 7 Δεκεμβρίου 2000, ο οποίος, χωρίς να αποτελεί *jus cogens*, ελλείπει «αυτόνομου δεσμευτικού χαρακτήρα»⁴⁷, αντανακλά τον κοινό παρονομαστή των πρωταρχικών νομικών αρχών των κρατών μελών, από τις οποίες πηγάζουν, με

47 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Tizzano της 8ης Φεβρουαρίου 2001, στην υπόθεση C-173/99, BECU (απόφαση της 26ης Ιουνίου 2001, Συλλογή 2001, σ. I-4881), σκέψη 27.

48 — Βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 15ης Μαΐου 1986, 222/84, Johnston (Συλλογή 1986, σ. 1651), σκέψη 18 και της 15ης Οκτωβρίου 1987, 222/86, Heylens (Συλλογή 1987, σ. 4097), σκέψη 14.

62. Υπό τις συνθήκες αυτές, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι τα άρθρα 43 ΕΚ και 48 ΕΚ απαγορεύουν εθνικό μέτρο που αρνείται την ενεργητική νομιμοποίηση σε εταιρία, για το λόγο ότι αυτή έχει την πραγματική της έδρα σε κράτος μέλος άλλο από αυτό στο οποίο συνεστήθη.

κής νομιμοποίησεως δεν είναι πρόσφορη ούτε ανάλογη προς τους επιδιωκόμενους σκοπούς, δεν ενδιαφέρει η ακριβής συλλογιστική που ακολούθησε το αιτούν δικαστήριο κατά την εφαρμογή των διαφόρων διατάξεων του γερμανικού ιδιωτικού διεθνούς δικαίου για να αποφανθεί ως προς το βάσιμο της κυρώσεως βάσει του εθνικού του δικαίου.

Εξέταση του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος

63. Το δεύτερο ερώτημα, που υπέβαλε το Bundesgerichtshof για την περίπτωση που στο πρώτο ερώτημα δοθεί καταφατική απάντηση, είναι ευρύτερο λόγω του αφηρημένου χαρακτήρα του. Αφορά την εξακρίβωση του αν οι αρχές που διέπουν την ελευθερία εγκαταστάσεως και την ενεργητική νομιμοποίηση των εταιριών εκτιμώνται πάντοτε σύμφωνα προς το δίκαιο του κράτους συστάσεως της εταιρίας.

65. Δεν εναπόκειται στον κοινοτικό δικαστή να εμπλακεί σε συζητήσεις που αφορούν το εθνικό δίκαιο. Επιμένω ότι το εξεταστέο, από την άποψη του κοινοτικού δικαίου, ζήτημα είναι αν ένα μέτρο που περιορίζει την άσκηση μιας θεμελιώδους ελευθερίας δικαιολογείται υπό το πρίσμα εικαζόμενων επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος.

66. Δεδομένων των επιχειρημάτων που ανέπτυξα για να δώσω απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, δεν είναι απαραίτητο, νομίζω, να απαντήσω στο δεύτερο.

64. Η πρόσθετη χρησιμότητα που μπορεί να έχει η απάντηση στο δεύτερο αυτό προδικαστικό ερώτημα, κατά την επίλυση του ζητήματος ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου που έχει επιληφθεί το αιτούν δικαστήριο, δεν είναι αμέσως προφανής. Αν, όπως προτείνω, το Δικαστήριο θεωρήσει ότι η κύρωση που συνίσταται στην αποστέρηση της ενεργητι-

Αυτό σημαίνει ότι η ίδια λύση θα επιβαλόταν αν η στέρηση της ενεργητικής νομιμοποίησεως δεν ήταν συνέπεια της μη αναγνώρισεως της νομικής προσωπικότητας,

αλλά το αποτέλεσμα της εφαρμογής ενός επιτακτικού κανόνα.

67. Η θέση αυτή μου φαίνεται η πλέον ενδεικνυόμενη, καθόσον επιτρέπει την αποφυγή ριψοκίνδυνων αποφάσεων, χωρίς να διακινδυνεύει καθόλου τη συνεργασία που προσδοκά το αιτούν δικαστήριο από τον κοινοτικό δικαστή κατά την επίλυση της υποβληθείσας διαφοράς.

68. Αφενός, η απάντηση στο δεύτερο ερώτημα προϋποθέτει την ενσωμάτωση των ιδιαιτεροτήτων του γερμανικού δικαίου σε μία αυτόνομη κοινοτική θεωρία, καθόσον θα γινόταν δεκτό — πράγμα τουλάχιστον συζητήσιμο — ότι η άρνηση της ενεργητικής νομμοποιήσεως προκύπτει εξ ολοκλήρου από την έλλειψη αναγνώρισεως της ικανότητας δικαίου και της ικανότητας διαδίκου. Νομίζω ότι θα ήταν δυνατόν, αντιθέτως, να εκληφθεί η άρνηση αυτή ως «προνομία» του εθνικού δικαίου σχετικά με την κύρωση ορισμένων μορφών παραβιάσεων προς τον σκοπό της προστασίας ορισμένων εννόμων αγαθών.

69. Αφετέρου, καθόσον το κράτος συστάσεως της εταιρίας είναι και το κράτος όπου αυτή έχει την καταστατική της έδρα, το

Δικαστήριο θα ήταν υποχρεωμένο να επιλέξει ένα από τα κριτήρια συνδέσεως που, ελλείψει νομοθετικής εξελίξεως, πρέπει να θεωρηθούν ισοδύναμα σύμφωνα με το άρθρο 48 ΕΚ, δηλαδή, η έδρα της οικείας οντότητας, η κεντρική διοίκηση ή το κέντρο της κυρίας δραστηριότητας. Εφόσον η Συνθήκη δεν εκφράζει ιδιαίτερη προτίμηση για κανένα από αυτά, δεν προσήκει στο Δικαστήριο να το πράξει⁴⁹. Ελλείψει εναρμονίσεως, τα κράτη μέλη παραμένουν ελεύθερα να οργανώνουν — και τα εθνικά δικαιοδοτικά όργανα να ερμηνεύουν — τις σχετικές διατάξεις του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, οι οποίες, αναμφιβόλως, πρέπει, ως προς τα πρακτικά τους αποτελέσματα, να συνάδουν προς το κοινοτικό δίκαιο.

70. Επικουρικώς, για την περίπτωση που το Δικαστήριο θεωρήσει χρήσιμο να δώσει απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, είτε διότι αυτό θα διευκόλυνε την εξεύρεση λύσεως για το αιτούν δικαστήριο είτε διότι θα επιθυμούσε να εμμένει σε μίαν αρχή, προτείνω, για τους λόγους που αναπτύσσονται στην προηγούμενη παράγραφο, να δοθεί αρνητική απάντηση.

49 — Η αρχή της ουδετερότητας της Συνθήκης σε σχέση με την ικανότητα των κρατών μελών να καθορίζουν το αποφασιστικό συνδετικό στοιχείο της *lex societatis* εμφανίζεται επίσης στον κανονισμό 2157/2001 του Συμβουλίου, της 8ης Οκτωβρίου 2001, περί του καταστατικού της ευρωπαϊκής εταιρίας (SE) (ΕΕ L 294, σ. 1). Βλ., ιδίως, την εικοστή έβδομη παράγραφο της αιτιολογικής εκθέσεως.

Πρόταση

71. Για τους ανωτέρω λόγους, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει στο προδικαστικό ερώτημα που του υπέβαλε το Bundesgerichtshof την ακόλουθη απάντηση:

«Αντιβαίνει στα άρθρα 43 ΕΚ και 48 ΕΚ η εθνική ρύθμιση που αρνείται την ενεργητική νομιμοποίηση εταιρίας συσταθείσας σύμφωνα προς το εθνικό δίκαιο κράτους μέλους, η οποία έχει μεταφέρει την πραγματική της έδρα σε κράτος μέλος άλλο από αυτό στο οποίο συνεστήθη».