

## Πρόλογος

Η αφανής εταιρία είναι η μοναδική εσωτερική εταιρία που ρυθμίζεται από τον νόμο. Μπορεί να αναπτύξει «αφανώς» πολλές διαφορετικές λειτουργίες στην οικονομική ζωή, εκμεταλλεζόμενη την ευρύτατη συμβατική ελευθερία που την διέπει. Ζει ως εσωτερική εταιρία στην σκιά των εξωτερικών εμπορικών εταιριών.

Μέχρι τώρα παρά τις πολλές δικαστικές αποφάσεις και την κυρίως αρθρογραφική επεξεργασία δεν υπάρχει ένα συνεκτικό συστηματικό έργο στην ελληνική νομική βιβλιογραφία. Η ανά χείρας εργασία φιλοδοξεί να κλείσει αυτό το κενό, κινείται δε μεταξύ εγχειριδίου και μονογραφίας. Το παρόν έργο έχει ως βάση τις λιγοστές, λακωνικές και ενδοτικού δικαίου διατάξεις του ν. 4072/2012 (άρθρα 285-292), οι οποίες παρά τούτα προσφέρουν ένα σαφές σημείο δογματικής εκκινήσεως και επεξεργασίας σε συνδυασμό με τις συγκριτικά περισσότερες διατάξεις του ΑΚ για την αστική εταιρία.

Ο στόχος του ανά χείρας εγχειρήματος είναι διττός. Επιχειρεί να δημιουργήσει ένα διαφανές, συστηματικό και θεωρητικά συνεπές δογματικό υπόβαθρο και να προσφέρει συγχρόνως πρακτικές λύσεις στους νομικούς της πράξεως. Απηχεί εν τούτω το *credo* του συγγραφέα ότι πράξη χωρίς θεωρία είναι προβληματική και θεωρία χωρίς πρακτική εφαρμογή άχρηστη. Και τα δύο αυτά στοιχεία προωθούν την επιστημονική συζήτηση και την αργά εξελισσόμενη «νομική καινοτομία» (*legal innovation*). Συμβάλλουν δε στον πρακτικό χειρισμό ποικίλων εταιρικών μορφωμάτων υπό το ευρύχωρο ένδυμα της αφανούς εταιρίας.

Τέλος και από την θέση αυτή θα ήθελα να ευχαριστήσω τον εκδότη Πάνο Σάκουλα και την κ. Ευ. Νεζερίτη, Δ.Ν – Δικηγόρο, για την εξαιρετική επιμέλεια του κειμένου, στυλοβάτη των ΧριΔ, η οποία συνδυάσθηκε με την στέρεα νομική γνώση της.

Αθήνα 10.10.2019

# 1. Κεφάλαιο: Εισαγωγή και νομοθετικό πλαίσιο

## A. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

### I. Γενικά η έμμεση συμμετοχή σε μια επιχείρηση ή σε μια εμπορική πράξη

Η αφανής εταιρία είναι μια βασική συναλλακτική μορφή της έμμεσης συμμετοχής σε μια επιχείρηση ή σε μια εμπορική πράξη. Η άμεση συμμετοχή έγκειται στην εταιρική συμμετοχή (εταίρος ΟΕ, ΕΠΕ, μέτοχος, εταίρος αστικής εξωτερικής εταιρίας) σε μια εμπορική εξωτερική εταιρία, η οποία εμφανίζεται στην αγορά. Ο άμεσα συμμετέχων ως εταιρικό μέλος έχει όλα τα δικαιώματα που απορρέουν από την έννοια της εταιρικής συμμετοχής, ενώ συμμετέχει έμμεσα μεν αλλά «εμπραγμάτως» στην περιουσία του νομικού προσώπου μέσω της μετοχής, εταιρικού μεριδίου κλπ. Αντίθετα στην έμμεση συμμετοχή μόνον «πλαγίως» ήτοι οικονομικά, ο έμμεσα συμμετέχων μετέχει στο οργανωτικό πλαίσιο της εταιρίας και στα επιχειρηματικά αποτελέσματα της επιχειρήσεως, φορέας της οποίας είναι ο κάθε εταιρικός τύπος. Η συμμετοχή αυτή υλοποιείται μέσω μηχανισμών του αστικού και όχι του εταιρικού δικαίου. Εδώ ανήκει η συμμετοχή σε μια εταιρική μορφή, φορέα επιχειρήσεως, μέσω επικαρπίας, με την μορφή μιας εσωτερικής εταιρίας (αφανής εταιρία/σύμβαση παρακοινωνίας) και καταπιστευτικής διαχειρίσεως εταιρικής συμμετοχής, π.χ μετοχών<sup>1</sup> ή και ολόκληρης επιχειρήσεως ή με την σύμβαση παρακοινωνίας.

Οι μορφές αυτές έμμεσης συμμετοχής εξυπηρετούν ποικίλες και διαφοροποιημένες οικονομικές ανάγκες και στόχους των μερών, χωρίς ωστόσο να υπόκεινται στις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις και σε μεγάλο βαθμό στις έννομες συνέπειες μιας άμεσης επιχειρηματικής/εταιρικής συμμετοχής<sup>2</sup>. Συχνά δε η έμμεση αυτή συμμετοχή χαρακτηρίζεται από την τήρηση μυστικότητας έναντι τρίτων.

---

1. Σε αυτές τις μορφές προστίθεται και η εξωεταιρική (ενοχική) συμφωνία μεταξύ ενός ή περισσοτέρων εταίρου και ενός τρίτου (μη εταίρου) με στόχο την δέσμευση της ψήφου του αλλά και η επικαρπία επί εταιρικού μεριδίου ή μετοχής.

2. Για τον αφανή εταίρο η συμμετοχή του στην αφανή εταιρία συνεπάγεται στην έλλειψη ευθύνη του έναντι τρίτων, όπως και για τον παρακοινωνό.

## II. Η αφανής εταιρία στο νομοθετικό πλαίσιο του ν. 4072/2012

### 1. Ελλιπής ορισμός

- 3 Ο ν. 4072/2012 ρυθμίζει την αφανή εταιρία<sup>3</sup> (άρθρα 285-292)<sup>4</sup>, με λίγες και καίριες διατάξεις<sup>5</sup>. Οι διατάξεις του είναι και η μόνη ρυθμιζόμενη περίπτωση μιας εσωτερικής εταιρίας<sup>6</sup> στο δίκαιο των εταιριών, δεδομένου ότι όλοι οι λοιποί ρυθμιζόμενοι εταιρικοί τύποι, είτε στον ΑΚ, είτε στο τμήμα περί προσωπικών εταιριών του ν. 4072/2012, είτε στην ειδική νομοθεσία αφορούν σε εξωτερικές εταιρίες.
- 4 Ο νομοθέτης ορθώς ρύθμισε με θετικές διατάξεις την αφανή εταιρία, γνωρίζοντας ότι η εφαρμογή των διατάξεων του ΑΚ περί αστικής εταιρίας, που εκκινούν από την μορφή μιας εξωτερικής εταιρίας, δεν είναι σε θέση να επιλύσει ικανοποιητικά και χωρίς αμφισβητήσεις τα πρακτικά προβλήματα της αφανούς εταιρίας<sup>7</sup>.
- 5 Ο νόμος δεν παρέχει ορισμό της αφανούς εταιρίας. Την περιγράφει, αποδίδοντας μόνον μερικά από τα βασικά τυπολογικά χαρακτηριστικά της, ενώ τα υπόλοιπα συνάγονται από τις άλλες διατάξεις του νόμου και βασικές συστηματικές συνέπειες (2<sup>ο</sup> κεφ. αρ. 2 επ.). Κατά το άρθρο 285 παραγρ. 1<sup>ο</sup>: «Με τη σύμβαση της αφανούς εταιρίας ο ένας από τους εταίρους (εμφανής εταίρος) παραχωρεί σε άλλον ή περισσότερους εταίρους (αφανείς εταίρους) δικαίωμα συμμετοχής στα αποτελέσματα μιας ή περισσότερων εμπορικών πράξεων ή εμπορικής επιχείρησης, που διενεργεί στο όνομά του αλλά προς κοινό συμφέρον των εταίρων»<sup>9</sup>.

3. Στην παλαιότερη θεωρία και την νομολογία του ΑΠ (ενδεικτικά ΑΠ 1234/2015, ΝοΒ 2016, 610) αναφέρεται και ως (συμ)μετοχική εταιρία ή εταιρία ενοχικής περιουσίας ή βάσειως.

4. Η ρύθμιση του ΕμπΝ περιοριζόταν στα άρθρα 46-50, τα οποία και καταργήθηκαν (άρθρο 294 παραγρ. 2 ν. 4072/2012).

5. Στην συνέχεια η μνεία άρθρων χωρίς αναφορά σε νόμο αναφέρεται πάντοτε στο ν. 4072/2012.

6. Βλ. κατωτέρω 2<sup>ο</sup> κεφ. αρ. 2 επ.

7. Βλ. όμως *Γεωργακόπουλο* Ι 98 σημ. 192 και *Wiedemann* Bd II 879, οι οποίοι θεωρούν μάλλον περιττή την ειδική ρύθμιση της αφανούς εταιρίας με θετικές διατάξεις του δικαίου των εταιριών. Αυτή είναι και η κατάσταση στο ελβετικό δίκαιο, όπου στην λεγόμενη απλή (ήτοι αφανή) εταιρία εφαρμόζονται με ιδιαίτερες συμβατικές προσαρμογές όλες οι διατάξεις του δικαίου των ενοχών (OR).

8. Κριτικά για τον ορισμό *Ψυχομάνης*, Οι επελθούσες με το ν. 4072/2012 αλλαγές στο δίκαιο των προσωπικών εταιριών 2012, 43, οποίοςς ομιλεί για πλήρη αστοχία του ορισμού, παραβλέποντας ότι ο ορισμός του νόμου τονίζει το «συμμετοχικό» στοιχείο, όπως ακριβώς και το καταργηθέν άρθρο 47 ΕμπΝ. ήδη ορθώς *Λιακόπουλος*, Ζητήματα εμπορικού δικαίου Ι 206. Ωστόσο μάλλον αδόκιμη είναι η έκφραση του νόμου «παραχώρηση», αφού δίδει την εντύπωση της παραχώρησης ενός δικαιώματος υπό ανταλλακτικό πρόσχημο, ενώ στην πραγματικότητα είναι εταιρική υποχρέωση που ερείδεται στην εταιρική σύμβαση

9. Ο ιταλικός αστικός κώδικας στο άρθρο 2549 παραγρ. 1 υιοθετεί παρεμφερή διατύ-

## 2. Διατάξεις ενδοτικού δικαίου

Οι διατάξεις του ν. 4072/2012 είναι πρωτίστως ενδοτικού δικαίου. Ισχύουν μόνον εφόσον δεν προβλέπεται ειδική αποκλίνουσα ρύθμιση στην εταιρική σύμβαση ή αποτυγχάνει η ερμηνεία αυτής. Μερικές εξ αυτών επιλύουν ορισμένα κρίσιμα και αμφισβητούμενα υπό το προϊσχύσαν δίκαιο ζητήματα<sup>10</sup>. 6

Η νέα ρύθμιση δεν επιφέρει ριζικές τομές<sup>11</sup>, οι οποίες άλλωστε δεν είναι πάντα και το αιτούμενο σε μια νομοθετική πρωτοβουλία, ιδίως στο δίκαιο των προσωπικών εταιριών, όπου η επίδραση στο βασικό, «πρότυπο» κείμενο του αστικού κώδικα (άρθρα 741 επ. ΑΚ), μπορεί να είναι αρνητική έως καταστροφική. Υπό το πρίσμα αυτό ο νομοθέτης σωστά υιοθετεί την θέση ότι η νομική πρόοδος και νομική καινοτομία γίνεται με μικρά εξελικτικά βήματα (incremental changes). Συνολικά οι αλλαγές του ν. 4072/2012 ανταποκρίνονται στο αίτημα της προσεκτικής εξελίξεως, δογματικής διασαφήσεως και επεξεργασίας του προϊσχύσαντος δικαίου. 7

## III. Η επεξεργασία της αφανούς εταιρίας στην νομολογία και θεωρία

Η πλούσια νομολογία απεικονίζει την μεγάλη πρακτική σημασία και εμφάνιση της αφανούς εταιρίας στις συναλλαγές. Όμως ακολουθεί μόνιμως τα ίδια θεωρητικά «μονοπάτια», παρασυρόμενη από έναν αυτοματισμό, ενώ χαρακτηρίζεται από την έλλειψη μιας συστηματικής θεωρήσεως αλλά και από την απροθυμία της να προβεί σε διάλογο με την θεωρία. Αυτό έχει ως συνέπεια ότι –όπως συχνά συμβαίνει– θεωρία και νομολογία ακολουθούν διαφορετικούς δρόμους με αντίστοιχες στεγανές, 8

πώση. «Με την σύμβαση σύστασης μιας αφανούς εταιρίας παραχωρεί ο εμφανής εταίρος στον αφανή έναντι μιας ορισμένης εισφοράς την συμμετοχή στο κέρδος της επιχείρησης του ή μιας ή περισσοτέρων πράξεων». Ο αυστριακός νόμος ορίζει ότι «όποιος συμμετέχει ως αφανής εταίρος στην περιουσία ή την επιχείρηση ενός άλλου με περιουσιακή εισφορά, θα πρέπει να καταβάλει την εισφορά με τέτοιο τρόπο ώστε να περιέλθει στην περιουσία του άλλου» (άρθρο 179 παραγρ. 1 UGB). Ανάλογη του αυστριακού νόμου διατύπωση έχει και το άρθρο 230 παραγρ. 1 γερμανικού HGB. Στο βελγικό δίκαιο (άρθρο 48 W.Vennh του έτους 2001) ορίζεται ως η εταιρία στην οποία ένα ή περισσότερα πρόσωπα συμμετέχει σε ενέργειες, τις οποίες άλλα πρόσωπα διενεργούν ιδίω ονόματι.

10. Παράδειγμα εριζόμενων ζητημάτων υπό το προϊσχύσαν δίκαιο αποτελεί η ανάπτυξη της αφανούς εταιρίας από τον Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό δίκαιο. Ειδικό μέρος II 772 επ., η οποία αποτυπώνει την έντονη δογματική ανασφάλεια της νομολογίας και θεωρίας σε κεντρικά ζητήματα. πρβλ. ήδη και Γεωργακόπουλο I 100 και την διαμάχη, αν μπορούν να υπάρξουν περισσότεροι αφανείς εταίροι.

11. Αιτιολογική Έκθεση σελ. 70 «για την αφανή εταιρία το σχέδιο νόμου δεν αποστασιοποιήθηκε από τα ισχύοντα». Η απόκλιση από το άτυπο της προσωπικής εταιρίας δεν οφείλεται στην συντακτική επιτροπή του νόμου αλλά στην αυθαίρετη και νομικά αδικαιολόγητη παρέμβαση του υπουργείου δικαιοσύνης.

## 1. Κεφάλαιο: Εισαγωγή και νομοθετικό πλαίσιο

συχνά ασύμπτωτες προσεγγίσεις<sup>12</sup>. Η σημασία της αφανούς εταιρίας στην πρακτική ζωή δεν αντικατοπτρίζεται μονογραφικά σε επαρκή βαθμό, καθώς το επιστημονικό corpus υπό την ισχύ του ΕμπΝ εξαντλείται σε λίγες μελέτες, παρά σε μια διεξοδική και ενδελεχή συστηματική ερμηνεία υπό το προϊσχύσαν δίκαιο<sup>13</sup>, όπως και στην – αναγκαστικά περιορισμένη και ατελή– ανάπτυξη σε εγχειρίδια των εμπορικών εταιριών ή σε κατ’ άρθρον ερμηνείες του δικαίου των προσωπικών εταιριών<sup>14</sup>.

## IV. Η αφανής εταιρία μεταξύ ενοχικού και εταιρικού δικαίου

- 9 Το γεγονός ότι η αφανής εταιρία είναι εσωτερική εταιρία<sup>15</sup> δικαιολογεί την διαπίστωση της νομολογίας ότι η αφανής εταιρία υφίσταται «μόνον μεταξύ των συνεταίρων ως ενοχική σχέση»<sup>16</sup>. Η εκφορά αυτή συρρικνώνει την σύμβαση αφανούς εταιρίας σε μια ενοχική σύμβαση<sup>17</sup>, «εμπλουτισμένη» με στοιχεία εταιρικά<sup>18</sup>. Η ενοχική όψη επικρατεί λ.χ στην “εκκαθάριση” της και στην μεταχείριση της εισφοράς του αφανούς εταίρου κατά την πτώχευση του εμφανούς, επιτείνεται δε από την ίδια οικονομική λειτουργία που επιτελεί η αφανής εταιρία με το συμμετοχικό δάνειο (κατωτέρω 3<sup>ο</sup> κεφ. αρ. 86 επ.).
- 10 Η αφανής εταιρία του ν. 4072/2012 δεν εξαντλείται ωστόσο σε μια αμιγώς ενοχική σχέση. Έχει σαφή εταιρική διάσταση, αν και εσωτερική, δηλ. στις μεταξύ των εταίρων σχέσεις (κατωτέρω 2<sup>ο</sup> κεφ.). Ο αφανής και ο εμφανής εταίρος δεν είναι αντισυμβαλλόμενοι σε μια απλή ανταλλακτική ενοχική σύμβαση, αλλά εταίροι μιας εσωτερικής εταιρίας κατά το άρθρο 741 ΑΚ. Επιδιώκουν έναν κοινό σκοπό και δρουν υπό το πρόσχημό του.

## V. Η αφανής εταιρία μεταξύ ίδιας και ξένης κεφαλαιοδοτήσεως

- 11 Η αφανής εταιρία είναι μια κλασική περίπτωση ενός υβριδικού κεφαλαιοδοτικού μέσου. Κινείται μεταξύ ίδιας και ξένης κεφαλαιοδοτήσεως. Η ίδια συμβατική διαμόρφωση ενδέχεται υπό την οπτική γωνία του εταιρικού δικαίου ή του πτωχευ-

12. Έτσι Παμπούκης, ΕΛΛΔνη 1996, 1, ο οποίος ορθώς επικρίνει τον «απομονωτισμό» της νομολογίας (σελ. 10), βλ. και Λιακόπουλο, ΝοΒ 1980, 944.

13. Πάνου, ΔικΠΕ τ. 2 §19-22.

14. Μαρίνος, Σταυρίδου, ΔικΠροσΕτ, άρθρα 285 επ.

15. Για την έννοια της εσωτερικής εταιρίας κατωτέρω 2ο κεφ. αρ. 2 επ.

16. Ενδεικτικά ΕφΘεσ 1877/2003, ΕΕμπΔ 2003, 825.

17. Πρβλ. Florstedt 8/9, K. Schmidt, ZHR 122 (2013), 715, πρβλ. και Wiedemann Bd II 879.

18. Ιστορικά υπήρξε αμφισβήτηση ως προς την νομική φύση της αφανούς εταιρίας. Σχετικώς διακρίνονται δύο απόψεις: Είναι ενοχική σύμβαση, θέση που γίνεται δεκτή στο τσεχικό δίκαιο, λ.χ. μορφή συμμετοχικού δανείου, και είναι γνήσια εσωτερική εταιρία, κρατούσα διεθνώς άποψη.

τικού και φορολογικού δικαίου να κριθεί μέσω ιδίας χρηματοδότησεως ή ετεροχρηματοδότησεως (mezzanine capital)<sup>19</sup>, εντασσόμενη στην ίδια κατηγορία με άλλα ανάλογα υβριδικά μέσα χρηματοδότησεως [convertible bonds, exchangeables, equity linked instruments, συμμετοχικό δάνειο, συμμετοχικοί τίτλοι, δάνεια πισωτή τελευταίας σειράς (second lien)], perpetual bonds<sup>20</sup>.

Όλα αυτά τα χρηματοδοτικά μέσα έχουν ως κύριο αντικείμενο τη χρηματοδότηση αγοράς επιχειρήσεων (seller's notes, vendor loans), επενδύσεις σε νέα προϊόντα ή υπηρεσίες και την ενδιάμεση χρηματοδότηση (bridge loan) καθώς και την εξυγίανση επιχειρήσεων (λ.χ debt equity swap). Κοινό χαρακτηριστικό τους είναι ότι από οικονομική/λογιστική προσέγγιση κινούνται μεταξύ των ιδίων κεφαλαίων [υβριδικά κεφάλαια πλησίον των ιδίων κεφαλαίων (Equity-Mezzanine)] και πλησίον των ξένων κεφαλαίων (Debt-Mezzanine). Στα πρώτα κατατάσσονται, εκτός από τα εταιρικά δάνεια, η μη ερρυθμισμένη (μη χαρακτηριστική) αφανής εταιρία, προνομιούχες μετοχές κλπ. Στην δεύτερη κατηγορία εντάσσεται συνήθως η ρυθμισμένη από το νόμο αφανής εταιρία, το συμμετοχικό δάνειο και τα δάνεια μειωμένης εξασφάλισης.

Τούτο έχει ως αποτέλεσμα ότι η νομική ένταξη αυτών των χρηματοδοτικών τρόπων στα ίδια ή ξένα κεφάλαια και παράλληλα στο ζεύγος εταίρου (από οικονομική άποψη «συνιδιοκτήτη») ή τρίτου εξωεταιρικού δανειστή συχνά να είναι δυσχερής. Η «εισφορά» του αφανούς εταίρου-υβριδικού επενδυτή (mezzanine investor), η οποία εντάσσεται στην περιουσία του, μπορεί να θεωρηθεί ως “υβριδικό» μέσο χρηματοδότησεως του εμφανούς εταίρου, υπό την έννοια ότι αντί να δανειοδοτηθεί η επιχείρηση, ο δανειοδότης καταβάλει την εισφορά του και συμμετέχει στην υπεραξία της επιχείρησης-εμφανούς εταίρου και στο προϊόν εκκαθάρισεως της<sup>21</sup>. Η υβριδική φύση της ερρυθμισμένης αφανούς εταιρίας (άρθρα 285

19. Η λέξη mezzanine (ιταλικά mezzanino) προέρχεται από την αρχιτεκτονική. Χαρακτηρίζει τον ημιόροφο μεταξύ δύο ορόφων. Μεταφερόμενο στον ισολογισμό μιας επιχείρησης το «ενδιάμεσο» κεφάλαιο καταλαμβάνει από «αρχιτεκτονική» άποψη μια ενδιάμεση (υβριδική) θέση μεταξύ ιδίων και αλλοτρίων κεφαλαίων με απώτερο στόχο να κλείσει τα κενά μεταξύ ιδίων και ξένων κεφαλαίων και να συνδυάσει τα πλεονεκτήματα εκάστης κατηγορίας κεφαλαίων. Επειδή το υβριδικό κεφάλαιο δεν είναι ένα ορισμένο μέσο χρηματοδότησεως αλλά περιλαμβάνει μια σειρά συμβατικών μορφωμάτων και μέσων δεν υφίσταται ένας περιεκτικός ορισμός του.

20. Βλ. ενδεικτικά *Τουντόπουλο*, Τάσεις και προοπτικές του δικαίου της α.ε, 18<sup>ο</sup> Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, 2009, 239 επ., 262 επ., *Καραγκουνίδη*, ΕπισκεΔ 2019, 190 επ., *Servatius* 27 επ., *Kiethes*, DStR 2006, 1763.

21. *Kiethes*, DStR 2006, 1764. Μάλιστα στον αφανή εταίρο-δανειστή ενδέχεται να παραχωρηθούν ευρύτατες εξουσίες, που εξασφαλίζουν την επιρροή του στην διαχείριση της επιχείρησης του εμφανούς εταίρου-εμπορικής εταιρίας και στην λήψη των επιχειρηματικών αποφάσεων, έτσι ώστε να δύναται η εισφορά του αφανούς εταίρου-δάνειο να εκληφθεί ως δάνειο που υποκαθιστά εταιρικά κεφάλαια (κατωτέρω 9<sup>ο</sup> κεφ. αρ. 58 επ.).

## 1. Κεφάλαιο: Εισαγωγή και νομοθετικό πλαίσιο

επ.) φαίνεται από την μεταχείριση της εισφοράς του αφανούς εταίρου στην πτώχευση (κατωτέρω 9<sup>ο</sup> κεφ.).

- 14 Η αφανής εταιρία ενδείκνυται υπό αυτό το πρίσμα ως μέσο χρηματοδότησεως περισσότερων δραστηριοτήτων, ιδίως κοινοπραξιών<sup>22</sup>. Η λειτουργία αυτή ενισχύεται, εφόσον υπάρχει μεγαλύτερος αριθμός εταίρων, οι οποίοι συνδέουν τις συμμετοχές τους υπό μια ενιαία αστική (εσωτερική) εταιρία του ΑΚ<sup>23</sup>, που συντονίζει και παρουσιάζει την κοινή βούλησή τους<sup>24</sup>, ενώ οι παράλληλες εταιρικές συμμετοχές, η μία νομικά ανεξάρτητη από την άλλη, ενδέχεται να σωρευούνται σε ένα έγγραφο οιονεί «κοινοπρακτικού δανείου» προς τον εμφανή εταίρο<sup>25</sup>.

## B. Οικονομική σημασία και λειτουργία

### I. Διάδοση στις συναλλαγές

- 15 Η διάδοση του τύπου της αφανούς εταιρίας και γενικότερα της εσωτερικής εταιρίας είναι μεγάλη<sup>26</sup>, παρά το γεγονός ότι λόγω της μη καταχωρήσεώς της στο ΓΕ.ΜΗ, ελλείπουν στατιστικά στοιχεία. Η μεγάλη συχνότητα της στις συναλλαγές οφείλεται στα πλεονεκτήματά της, τα οποία απορρέουν από τον εσωτερικό χαρακτήρα της (μυστικότητα, έλλειψη ευθύνης αφανούς εταίρου έναντι τρίτων) και την μεγάλη ευελιξία που διακρίνει τον εταιρικό αυτόν τύπο. Αυτή ακριβώς η ελαστικότητα που την διακρίνει την καθιστά «σχήμα ρευστό που έχει πολλές εκφάνσεις και παραλλαγές»<sup>27</sup>, με αποτέλεσμα τα όρια μεταξύ ενοχικού και εταιρικού δικαίου συχνά να γίνονται δυσδιάκριτα<sup>28</sup>.

22. Βλ. Τουντόπουλο, Τάσεις και προοπτικές του δικαίου της α.ε, 18<sup>ο</sup> Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, 2009, 263.

23. Στην εσωτερική αστική εταιρία εντάσσονται *rools* με αντικείμενο την διαχείριση εταιρικών συμμετοχών των μελών του ή τον συντονισμό του δικαιώματος ψήφου υπό έναν κοινό σκοπό. Αμφότερες μορφές δεν συμμετέχουν στην συναλλακτική ζωή, περιορίζονται δε στην διαχείριση/ενάσκηση των συμμετοχών ή των δικαιωμάτων ψήφου. Στην ίδια κατηγορία ανήκουν συμπράξεις που περιορίζουν τον ανταγωνισμό και έχουν αμιγώς εσωτερικό σκοπό, ήτοι τον συντονισμό της συμπεριφοράς των μελών του καρτέλ στην αγορά. Στην κατηγορία της εσωτερικής εταιρίας υπάγεται και η σχέση παρακοινωνίας.

24. K. Schmidt/Münchener Kommentar HGB, §233 Rdn 85.

25. K. Schmidt, NZG 2016, 4, 6.

26. Κατά τον Γεωργακόπουλο, Εγχειρίδιο Εμπορικού δικαίου – εταιρείες<sup>2</sup>, 64 μπορεί να θεωρηθεί η πιο συχνή στην εταιρική πρακτική μορφή βλ. και Πάνου, ΔικΠΕ τ. 2 §21 αρ. 20, πρβλ. και Παμπούκη, ΕπισκεΔ 1995, 6 που παρατηρεί ότι η αφανής εταιρία «σχεδόν κυριάρχησε» στην ελληνική πραγματικότητα.

27. Περάκης, Τιμ. Τόμος Δωρή II 1302.

28. Ο Wiedemann Bd II 880 παρατηρεί σχετικά ότι δεν υπάρχουν εταιρικοί τύποι εντός του τύπου της αφανούς εταιρίας αλλά μορφές εμφανίσεώς της στην συναλλακτική ζωή,

Ο τύπος της αφανούς εταιρίας εμφανίζεται πολύ συχνά στις συναλλαγές και έχει μεγάλη σημασία, είναι δε ενδεικτική η πληθώρα αποφάσεων, ιδίως αρεοπαγитικών, που έχουν ως θέμα προβλήματα από τη λειτουργία της τόσο υπό το ένδυμα της κοινοπραξίας για την εκτέλεση κατασκευαστικών έργων<sup>29</sup> όσο και της αφανούς ναυτικής εταιρίας<sup>30</sup>. 16

## **II. Η αφανής εταιρία ως εταιρία νομικό «πολυεργαλείο»**

### **1. Λειτουργία της από την πλευρά των εταίρων**

Η αφανής εταιρία αποτελεί εναλλακτική επιλογή για ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή γενικότερα για μια ένωση προσώπων που έχει ικανότητα δικαίου, το οποίο δεν επιθυμεί ή δεν δύναται ένεκα νομικών<sup>31</sup> ή πραγματικών επιχειρηματικών/ανταγωνιστικών λόγων<sup>32</sup> να συμμετάσχει χρηματοδοτικά/επενδυτικά σε μια εξωτερική εμπορική εταιρία ως εταιρικό μέλος της (άμεση συμμετοχή). Μπορεί λ.χ να επιλεγεί η αφανής εταιρία, όταν ο αφανής εταίρος συναλλάσσεται με ανταγωνιστές (πελάτες/προμη-

επειδή η αφανής εταιρία υφίσταται ως πλέγμα εταιρικών σχέσεων. πρβλ. και *Koenigs* 17 και *K. Schmidt*, ZHR 122 (2013), 721: «η εσωτερική εταιρία δεν είναι νομική μορφή αλλά μια πολύμορφη προσφορά του δικαίου στην πρακτική ζωή».

29. ΑΠ 1266/1996, ΕλλΔνη 1997, 1117, ΑΠ 1246/2014 (Ισοκράτης), ΑΠ 1417/2018, ΔΕΕ 2019, 961. Υπό το καθεστώς του άρθρου 47 ΕμπΝ, σε κάθε περίπτωση που οι υποθέσεις της κοινοπραξίας διεξάγονται αποκλειστικά από ένα πρόσωπο, το οποίο συναλλάσσεται μόνον στο όνομά του, άρα μόνον αυτό αναλαμβάνει υποχρεώσεις και αποκτά δικαιώματα, η «κοινοπραξία» στην ουσία αποτελεί αφανή εταιρία. βλ. ΕφΑθ 7642/1986, ΕΕμπΔ 1988, 260, ΕφΑθ 3062/1975, ΕΕμπΔ 1976, 430, ΠΠρθεσ 373/1990, ΕΕμπΔ 1990, 427, ΕφΑθ 8092/2006, ΕλλΔνη 2008, 270. επίσης Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό δίκαιο. Ειδικό μέρος II 851, ΜΠρΒόλου 1134/1993, ΕπισκεΔ 1995, 165 με παρατηρήσεις. Δεσποτίδου, Τριανταφυλλάκης, ΔικΠροσΕτ, άρθρο 293, αρ. 33, 46, Σωτηρόπουλος, ΔικΠΕ, τ. 2 §29 αρ. 37, Ψυχομάνης<sup>2</sup> 211, Σκαρίπας, Δίκαιο νομικών προσώπων (επιμ. Ρούσου) 621.

Μετά την θέσπιση του άρθρου 293 παραγρ. 3, η οποία θέτει τον κανόνα ότι η καταχώριση στο ΓΕ.ΜΗ είναι υποχρεωτική, δεν είναι δυνατή η μη γνήσια κοινοπραξία με την μορφή της αφανούς εταιρίας, όπου ένα μέλος της κοινοπραξίας είναι αφανής εταίρος και ένας άλλος εμφανής, έτσι Αλεξανδρίδου<sup>2</sup> 194. Όμως δυνατή είναι η αφανής εταιρία μεταξύ μη γνήσιας κοινοπραξίας του άρθρου 293 παραγρ. 3 (εμφανής εταίρος) και τρίτου προσώπου (αφανής εταίρος).

30. ΑΠ 736/1989, ΕλλΔνη 1990, 1251.

31. Λ.χ. ex lege ή συμβατικές απαγορεύσεις ανταγωνισμού ή άλλες νομικές απαγορεύσεις συμμετοχής σε μια εταιρική μορφή, οι οποίες μπορεί να εδράζονται στο δίκαιο των εταιριών, της κεφαλαιαγοράς, στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού ή σε διοικητικές άλλες διατάξεις. Σε ορισμένες δε περιπτώσεις η αφανής εταιρία δεν αποκλείεται να υλοποιεί την καταστρατήγηση τέτοιων απαγορεύσεων.

32. Λ.χ ένας παραγωγός ή χονδρέμπορος μπορεί να συμμετέχει μυστικά ως αφανής εταίρος στην επιχείρηση ενός λιανοπωλητή, ενώ οι ανταγωνιστές του λιανεμπόρου, επίσης πελάτες του ίδιου παραγωγού ή χονδρεμπόρου, δεν επιτρέπεται να πληροφορηθούν αυτήν την «αφανή» συμμετοχή.



## 1. Κεφάλαιο: Εισαγωγή και νομοθετικό πλαίσιο

θευτές) του εμφανούς εταίρου. Περαιτέρω, επειδή ο αφανής εταίρος δεν υποχρεούται να παρέχει εργασία σύμφωνα με το μοντέλλο του νόμου, δεν ευθύνεται έναντι των τρίτων, ενώ δύναται να περιορίσει την κεφαλαιουχική έκθεση στον εμπορικό κίνδυνο.

- 18** Η αφανής εταιρία υπό την οπτική γωνία του εμφανούς εταίρου είναι ένα ελκυστικό μέτρο, όταν ο τελευταίος θέλει να κρατήσει μυστικό ότι χρηματοδοτεί την εμπορική δραστηριότητά του με ξένα κεφάλαια και αναζητεί μια “διακριτική” ετεροχρηματοδότηση χωρίς τυπικότητες, όπως είναι η αύξηση κεφαλαίου και η χρηματοδότηση εκτός της τραπεζικής αγοράς. Ο εμφανής εταίρος εξασφαλίζει κρυφή χρηματοδότηση, επειδή δε η εισφορά του αφανούς εταίρου ενσωματώνεται στην εμπορική επιχείρηση, φορέας της οποίας είναι ο ίδιος, ενισχύεται η επιχειρηματική δραστηριότητά του, χωρίς ο εμφανής εταίρος να φοβάται την βραχυπρόθεσμη καταγγελία μιας δανειακής συμβάσεως.

## 2. Λειτουργίες στις συναλλαγές

- 19** Η αφανής εταιρία μπορεί να χρησιμεύσει ως μέσο εξασφάλισης δανειακής συμβάσεως, μυστικής χρηματοδότησεως μιας επιχειρήσεως με την μορφή αε ή επε, η οποία την απαλλάσσει από την αύξηση κεφαλαίου, δημιουργίας εξαρτήσεως μιας επιχειρήσεως από άλλη (βλ. κατωτέρω 4<sup>ο</sup> κεφ. αρ. 29 επ.) αλλά και ως μέσο συμμετοχής ενός εργαζομένου/διευθυντικού στελέχους στα επιχειρηματικά αποτελέσματα μιας επιχειρήσεως.
- 20** Μπορεί επίσης χρησιμοποιηθεί ως προστάδιο της εισόδου ενός επενδυτή σε μια εταιρία, πριν τούτος γίνει πλήρες εταιρικό μέλος της, λ.χ στο πλαίσιο μιας εξυγιαντικής διαδικασίας, όπου ο δανειστής μετατρέπει την απαίτησή του από την σύμβαση δανείου σε αφανή συμμετοχή του στην επιχείρηση του εμφανούς εταίρου/οφειλέτη-ανώνυμη εταιρία και στην συνέχεια σε μετοχές. Τούτο ισοδυναμεί με αποφυγή περαιτέρω τόκων που δυσχεραίνουν ακόμα περισσότερο τον οφειλέτη.
- 21** Η αφανής εταιρία λειτουργεί ως υποκατάστατο μέσο, εκεί όπου απαγορεύεται η μεταβίβαση ενός δικαιώματος [π.χ. αμεταβίβαστα απόλυτα και αποκλειστικά δικαιώματα, όπως επικαρπία, δεσμευμένες μετοχές, δικαίωμα επί της εικόνας (απόρροια του δικαιώματος της προσωπικότητας) ή ενοχικά (π.χ μίσθωση καταστήματος)], με συνέπεια ο φορέας του αμεταβίβαστου δικαιώματος να το διατηρεί ως εμφανής εταίρος και να συνάπτει με τον ή τους αφανείς εταίρους μια σύμβαση εκμεταλλεύσεως του. Επειδή ο αφανής εταίρος δεν συμμετέχει εμπραγμάτως παρά μόνον ενοχικά στην επιχείρηση που φορέας της είναι ο εμφανής εταίρος (κατωτέρω 2<sup>ο</sup> κεφ. αρ. 28 επ.), η αφανής εταιρία είναι και τρόπος έμμεσης «κατοχής» ή συμμετοχής περιουσιακών στοιχείων, η οποία διαφορετικά υπόκειται σε τύπο (π.χ. πλοίων, ακινήτων)<sup>33</sup>.

33. Γεωργακόπουλος, Εγχειρίδιο εμπορικού δικαίου – εταιρείες<sup>2</sup> 62. Σε τέτοιες περιπτώ-

## **B. Οικονομική σημασία και λειτουργία**

Η αφανής εταιρία μπορεί επίσης να συνυπάρξει παράλληλα προς την εταιρική ιδιότητα, π.χ. εταίρος ΕΠΕ ή ΙΚΕ ή και μέτοχος μιας ΑΕ. Στην περίπτωση αυτή ο συμμετέχων ως αφανής εταίρος στην εμπορική εταιρία επιδιώκει μια δεύτερη παράλληλη συμμετοχή στα κέρδη της επιχειρήσεως<sup>34</sup> ή χρηματοδοτική στήριξη της. Αντίστροφα, το τυχόν αποχωρήσαν από μια εταιρία μέλος (εταίρος, μέτοχος) μπορεί να εξακολουθήσει να συμμετέχει οικονομικά σε αυτήν με την μορφή αφανούς εταιρίας μεταξύ αυτού και της πρώην «εταιρίας του».

Συχνά η αφανής εταιρία λειτουργεί συνοδευτικά στο πλαίσιο πωλήσεως επιχειρήσεως ή μιας μεταβίβασης εταιρικής συμμετοχής ή venture capital. Μπορεί επίσης να χρησιμοποιηθεί ως προβαθμίδα κληρονομικής διαδοχής ή επιχειρηματικής συμμετοχής σε κλειστές, οικογενειακές επιχειρήσεις, όπου λ.χ. τα τέκνα επέχουν την ασφάλη από άποψη εξωτερικής ευθύνης θέση αφανούς εταίρου, η δε εισφορά τους στην αφανή εταιρία δωρίζεται από τον εμφανή εταίρο-γονέα. Αντίστροφα, ο γονέας μπορεί να έχει τον ρόλο του αφανούς εταίρου-χρηματοδότη στην επιχείρηση (πχ προσωπική ή κεφαλαιουχική) του τέκνου του-εμφανούς εταίρου, στην οποία ενδέχεται να συμμετέχει και ως εταιρικό μέλος με αποφασιστική επιρροή.

Αφανής εταιρία ενδέχεται να υποκρύπτεται σε σύμβαση αναθέσεως διαχειρίσεως (management contract), όταν ο προς τον η μεταβίβαση συμμετέχει στα κέρδη της εταιρίας της διαχειριζόμενης επιχειρήσεως ή σε μια κοινοπραξία (consortium)<sup>35</sup>, όπου μεταξύ μιας δανειοδοτούσας τράπεζας, η οποία φαίνεται στις συναλλαγές έναντι του συγκεκριμένου δανειολήπτη και άλλων πιστωτικών ιδρυμάτων που λειτουργούν ως αφανείς εταίροι υπάρχει μια αφανής εταιρία για την συγκεκριμένη χρηματοδότηση. Μπορεί να ενυπάρχει σε «υπεργολαβίες» τεχνικών έργων και ενδέχεται να υποκρύπτεται και σε συμβάσεις δικαιοχρήσεως (franchising).

Η μεταβίβαση περιουσίας (εισφορά) στην περιουσία εμπόρου κατά το τυπικό σύστημα μπορεί να υποκρύπτει σύμβαση αφανούς εταιρίας ή συμμετοχικό δάνειο, που συνάπτεται μέσα από μια λ.χ. FinTech ηλεκτρονική πλατφόρμα (internet

σεις, όπου ένα περιουσιακό στοιχείο μεταβιβάζεται από τον εισφέροντα αυτό αφανή εταίρο στην περιουσία του εμφανούς εταίρου, για να το διαχειρισθεί ο δεύτερος προς το κοινό εταιρικό συμφέρον στο πλαίσιο της υπάρχουσας οργανωμένης επιχειρήσεως του, υπάρχει έντονο το καταπιστευτικό στοιχείο στην σύμβαση της αφανούς εταιρίας.

34. Τεχνικά τούτο επιτελείται, όταν ο αφανής διασπά την εταιρική εισφορά του προς τον εμφανή εταίρο σε ένα τμήμα εταιρικής εισφοράς στην παράλληλη αφανή εταιρία, ενώ με το δεύτερο τμήμα εξακολουθεί να συμμετέχει λ.χ. ως ετερόρρυθμος εταίρος, εταίρος επε. Πρόκειται για πρακτική που συναντάται σε οικογενειακές επιχειρήσεις.

35. ΑΠ 1245/2014, ΔΕΕ 2015, 618 με κριτικές παρατηρ. *Περάκη, Περάκης*, Γενικό μέρος εμπορικού δικαίου, 275. Αν δεν υπάρχει τέτοια ρήτρα συμμετοχής στα κέρδη ή της ζημίες, συντρέχει καταπιστευτική μεταβίβασή της στον διαχειριστή με ορισμένη αμοιβή.