FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 30. januar 1991 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. I disse sager er Domstolen blevet anmodet om at fortolke en række bestemmelser i Rådets direktiv 77/91/EØF af 13. december 1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i Traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelse af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde [1] (herefter benævnt »andet direktiv«).

2. Jeg vil kort sammenfatte de relevante nationale regler og baggrunden for hovedsagerne.

Ved den græske lov nr. 1386/1983 af 5. august 1983 [2] oprettedes Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon (organisation til finansiel sanering af virksomheder, herefter benævnt »OAE«). OAE er et aktieselskab med staten som eneaktionær, og det har til formål at bidrage til landets økonomiske og sociale udvikling. I dette øjemed kan OAE navnlig overtage administrationen og driften af virksomheder, der skal effektiviseres, eller nationaliserede virksomheder. I henhold til lovens artikel 8, stk. 8, kan OAE under den midlertidige ledelse beslutte at forhøje den pågældende virksomheds selskabskapital under fravigelse af de gældende regler for aktieselskaber om generalforsamlingens enekompetence i så henseende. De hidtidige aktionærer har dog en fortegningsret, som skal udøves inden for en vis frist.

Lov nr. 1386/1983 har været genstand for Kommissionens beslutning 88/167/EØF af 7. oktober 1987 [3], som blev vedtaget i overensstemmelse med den i EØF-Traktatens artikel 93 foreskrevne procedure. Ved beslutningen erklærede EF-Kommissionen, at den ikke havde indvendinger mod gennemførelsen af loven, forudsat — bl.a. — at den græske regering ændrede bestemmelserne vedrørende kapitalforhøjelser, således at de blev bragt i overensstemmelse med artikel 25, 26, 29 og 30 i andet direktiv. Den 7. marts 1989 indledte Kommissionen en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 169 i anledning af Den Hellenske Republiks påståede tilsidesættelse af sine forpligtelser i henhold til andet direktiv. Endelig vedtog det græske parlament den 10. marts 1990 lov nr. 1882/1990 [4], som netop ændrede de tidligere gældende regler på det omtvistede punkt i overensstemmelse med Kommissionens krav.

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT 1977 L 26, s. 1.

2 — *Den Hellenske Republiks Officielle Tidende* nr. 107 af 8.8.1983, s. 1926.

3 — EFT L 76, s. 18.

4 — *Den Hellenske Republiks Officielle Tidende* nr. 43/A af 23.3.1990.

3. Sagsøgerne i hovedsagerne er aktionærer i Klostiria Velka AE, et selskab, som blev omfattet af bestemmelserne i lov nr. 1386/1983 ved beslutning af 14. december 1983 [5], truffet af statssekretæren for industri, energi og teknologi. Den 28. maj 1986 besluttede OAE, som havde overtaget driften af selskabet, på grundlag af lovens artikel 8, stk. 8, at forhøje selskabskapitalen, som androg ca. 200 millioner DR, med 400 millioner. Forhøjelsen blev godkendt af de græske myndigheder ved beslutning nr. 162 af 6. juni 1986 [6].

Sagsøgerne anlagde sag ved Symvoulio Epikrateias (Grækenlands øverste forvaltningsdomstol) med påstand om annullation af beslutningen om godkendelse af kapitalforhøjelsen, som de anså for ulovlig, idet de fandt den uforenelig med såvel den græske forfatning som andet direktiv. Retten afviste anbringenderne om retsaktens forfatningsstridighed som ubegrundede, men besluttede samtidig at forelægge Domstolen tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af de omhandlede fællesskabsbestemmelser.

4. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret, som stiltiende henviser til Domstolens faste praksis vedrørende direktivers direkte virkning, at få oplyst, om betingelserne efter artikel 25, sammenholdt med artikel 41, stk. 1, og artikel 42 i andet direktiv er tilstrækkelig klare til, at medlemsstaterne på dette område ikke besidder noget skøn, og om de er tilstrækkelig præcise til, at en borger over for forvaltningen kan påberåbe sig dem ved en national retsinstans og gøre gældende, at en ordning, der er indeholdt i en lovbestemmelse, er uforenelig med de nævnte bestemmelser.

Jeg vil i første omgang undlade at beskæftige mig med spørgsmålet om artikel 42's eventuelle direkte virkning, idet jeg skal vende tilbage til dette spørgsmål i den afsluttende del af mit forslag til afgørelse. Hvad derimod angår artikel 25 i andet direktiv, skal det bemærkes, at bestemmelsen i yderst klare og præcise vendinger fastslår et generelt princip i relation til forhøjelser af aktieselskabers kapital, idet det i stk. 1 bestemmes, at »enhver kapitalforhøjelse skal vedtages af generalforsamlingen«. En sådan bestemmelse er ikke gjort betinget som følge af, at det i stk. 2 udtales, at stiftelsesoverenskomsten eller generalforsamlingen selv kan give bemyndigelse til en forhøjelse af den tegnede kapital op til et beløb, som fastsættes under iagttagelse af et eventuelt ved lov bestemt størstebeløb. Stk. 2 fastsætter nemlig en konkret og klart afgrænset undtagelse fra hovedreglen om, at beslutninger om kapitalforhøjelser er forbeholdt generalforsamlingen, og herved udelukkes det, at den nationale lovgiver kan fravige en sådan hovedregel i andre situationer end de udtrykkeligt omtalte. Den i stk. 2 indeholdte fravigelse kan således ikke være til hinder for, at artikel 25, stk. 1, har direkte virkning.

5. Det samme gælder for artikel 41 i andet direktiv, hvorefter medlemsstaterne kan fravige artikel 25, såfremt det er nødvendigt for vedtagelsen eller gennemførelsen af bestemmelser, hvis formål er at fremme deltagelse i virksomhedernes kapital for arbejdstagere eller andre persongrupper, der er fastsat i den nationale lovgivning. Selv om reglen ganske vist giver de nationale myndigheder ret til skønsmæssigt at fravige ho-

5 — *Den Hellenske Republiks Officielle Tidende* nr. 725 af 14.12.1983.

6 — *Den Hellenske Republiks Officielle Tidende* nr. 374 af 10.6.1986.

vedreglen i artikel 25, synes denne mulighed nemlig udelukkende at være begrænset til det anførte tilfælde, hvor formålet er at fremme en spredning af ejendomsretten til virksomhedernes kapital ved at gøre det lettere for visse persongrupper og navnlig arbejdstagere at erhverve aktier.

Det mål, som forfølges med reglen, kan ikke blot udledes af, at den udtrykkeligt nævner arbejdstagere, men også af, at den ligeledes tillader en fravigelse af artikel 9, stk. 1, og artikel 26, hvorefter der på aktier, der udstedes som vederlag for indskud, skal indbetales mindst 25% af den pålydende værdi. Man vil hermed i realiteten gøre det lettere for de samfundsklasser, som normalt ikke råder over større beløb, at erhverve aktier.

Artikel 41 giver således ikke medlemsstaterne mulighed for efter et skøn at begrænse rækkevidden af hovedreglen i artikel 25, men giver blot adgang til en nøje fastlagt fravigelse med et bestemt socialpolitisk mål for øje. Selv udtrykket »andre persongrupper« skal altså forstås således, at der herved sigtes til arbejdstagerorganisationer eller juridiske personer, som har til formål på en eller anden måde at fremme aktieerhvervelser for den brede befolkning, og klart ikke til kreditinstitutter eller enhver anden offentlig- eller privatretlig juridisk person, uafhængigt af hvilket mål den forfølger. Rækkevidden af artikel 41 kan således ikke — ud over de udtrykkeligt beskrevne tilfælde — udgøre en hindring for den direkte virkning af artikel 25.

6. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret at få oplyst, om artikel 25 i andet direktiv skal fortolkes således, at den også omfatter en lovbestemmelse, som ikke indeholder grundlæggende regler om kapitalforhøjelser i et aktieselskab, men som skal regulere den specielle situation, som virksomheder, der økonomisk og socialt har særlig samfundsmæssig betydning, befinder sig i på grund af deres betydelige gældsættelse, og som med henblik på at sikre sådanne virksomheders fortsatte bestående og drift bestemmer, at der administrativt kan træffes beslutning om en forhøjelse af aktiekapitalen, hvorved hidtidige aktionærers fortegningsret til nyudstedte aktier dog bevares. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, ønskes det endvidere oplyst, i hvilket omfang en sådan bestemmelse er forenelig med direktivets artikel 25, sammenholdt med dets artikel 41, stk. 1.

Den første del af spørgsmålet vedrører selve anvendelsesområdet for artikel 25 i andet direktiv. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, hælder Symvoulio Epikrateias nemlig til den opfattelse, at en national lov, som ikke specielt regulerer spørgsmålet om kapitalforhøjelser i selskaber, men udgør en lovmæssig foranstaltning, hvis formål er at imødegå den særlige situation, som visse virksomheder befinder sig i på grund af for stor gældsættelse, ikke falder ind under bestemmelsens anvendelsesområde.

Lad mig straks sige, at jeg ikke kan være enig i en sådan betragtning. Andet direktiv har nemlig særligt til formål at sikre et mindstemål af ligelig beskyttelse af aktionærerne. At tillade, at en medlemsstat ved hjælp af en speciallovgivning kan fravige de bestemmelser, som er fastlagt i dette øjemed i fællesskabsretten, ville indebære en betydelig svækkelse af de garantier, som det var

hensigten at indføre med den pågældende retsakt, idet det ville forringe udsigten til at opnå et ensartet mindstemål af aktionærbeskyttelse.

Der er hverken i bestemmelsernes ordlyd eller ud fra konsekvensbetragtninger nogen holdepunkter for, at fællesskabslovgiver har haft til hensigt at begrænse rækkevidden af artikel 25 til kun at omfatte virksomheder, der ikke er i vanskeligheder, således at medlemsstaterne frit skulle kunne vedtage særlige bestemmelser og undtagelser, for så vidt angår krisesituationer. Tværtimod omhandler andet direktiv udtrykkeligt et sådant tilfælde, uden at der nævnes noget om mulige fravigelser af andre bestemmelser i direktivet, idet det blot bestemmes, at der i tilfælde af betydelige tab på den tegnede kapital skal ske indkaldelse af generalforsamlingen inden for en frist, som fastsættes i medlemsstaternes lovgivninger, for at undersøge, om det er nødvendigt at opløse selskabet eller træffe andre foranstaltninger.

7. Desuden er det således, at i de tilfælde, hvor man i forbindelse med EØF-Traktaten har villet give medlemsstaterne mulighed for at træffe særlige foranstaltninger med henblik på at beskytte vitale interesser, er dette udtrykkeligt nævnt, ligesom der generelt er indført særlige kontrolordninger for at undgå misbrug [7].

Det er nemlig klart, at såfremt der til enhver fællesskabsbestemmelse antoges at være knyttet et almindeligt forbehold for usædvanlige situationer, ville fællesskabsrettens bindende karakter og ensartede anvendelse kunne undergraves [8].

Som et yderligere eksempel på retsakter, hvori muligheden for fravigelser er nævnt udtrykkeligt, henviser jeg til, at der i Rådets direktiv 78/855/EØF af 9. oktober 1978 om fusioner af aktieselskaber [9], ved en særlig bestemmelse er givet medlemsstaterne hjemmel til at undlade at anvende direktivets bestemmelser, såfremt et eller flere af de selskaber, der overtages eller sammensmeltes, er under konkurs, akkord eller andre lignende ordninger (artikel 1, stk. 3).

Eftersom der ikke findes tilsvarende bestemmelser i andet direktiv, må det lægges til grund, at fællesskabslovgiver har ønsket at give reglen om, at kapitalforhøjelser skal besluttes af generalforsamlingen, den størst mulige rækkevidde, netop i betragtning af den væsentlige betydning, som en sådan ændring kan medføre for selve selskabernes struktur.

8. Hvad angår argumentet om, at de omhandlede nationale bestemmelser kan falde ind under de tilfælde, for hvilke der udtrykkeligt er fastsat undtagelser i artikel 41 i andet direktiv, skal jeg bemærke, at det følger af gennemgangen af lov nr. 1386/1983, at overdragelse af aktier, særlig til ansatte og deres repræsentative organer, til lokale offentlige myndigheder eller andre offentligretlige juridiske personer, til velgørende institutioner, sociale institutioner eller privatpersoner (artikel 2, stk. 3), blot udgør en af de mulige dispositioner, som OAE kan træffe, og ikke er hovedformålet med organisationens virke. Bestemmelsen er således ikke af en sådan karakter, at den i det hele kan bringe den pågældende lov i overens-

7 — Jf. navnlig artikel 36, artikel 48, stk. 3 og 4, artikel 73, stk. 2, 92, stk. 3, artikel 100 A, stk. 4, og artikel 108, 109, 223, 224 og 226.

8 — Jf. herved dom af 15.5.1986 (sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 26).

9 — EFT L 295, s. 36.

stemmelse med bestemmelserne i andet direktiv.

Den kendsgerning, at den græske regering har ændret den omhandlede lov netop på det her omhandlede punkt, er, om man vil, endnu en bekræftelse — om end ikke afgørende i sig selv — af de hidtil fremførte bemærkninger.

9. De konklusioner, som jeg er nået frem til i relation til fortolkningen af de anførte regler, indebærer, at jeg ikke behøver at tage stilling til, om artikel 42 i andet direktiv har direkte virkning, og ej heller til det tredje præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af samme bestemmelse [10].

10. Inden jeg fremsætter forslag til afgørelse, vil jeg kort beskæftige mig med den af den græske regering særlig udtrykte anmodning om eventuelt at begrænse den tidsmæssige virkning af Domstolens afgørelse.

Jeg skal i denne forbindelse først henvise til, at det følger af Domstolens faste praksis, at »den fortolkning, som Domstolen foretager af en fællesskabsretlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 177, belyser og præciserer i nødvendigt omfang betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden. Det følger heraf, at den således fortolkede regel kan og skal anvendes af retten endog i forbindelse med retsforhold, der er stiftet og består, før der afsiges dom vedrørende fortolkningsanmodningen, såfremt betingelserne for at forelægge en tvist om anvendelsen af den nævnte regel i øvrigt er opfyldt« [11].

Kun undtagelsesvis vil Domstolen under anvendelse af et almindeligt retssikkerhedsprincip, der er anerkendt i Fællesskabets retsorden, og under hensyntagen til de alvorlige vanskeligheder, som dens dom kunne have vedrørende fortidige retsforhold stiftet i god tro, finde anledning til at begrænse muligheden for at påberåbe sig den således fortolkede bestemmelse med henblik på en fornyet prøvelse af de nævnte retsforhold [12].

Domstolen har benyttet sig af denne mulighed under ganske bestemte omstændigheder, nemlig hvis der har været tale om en risiko for alvorlige økonomiske konsekvenser, særlig som følge af, at der er stiftet et stort antal retsforhold i god tro på grundlag af de regler, som blev anset for at være gyldigt i kraft, såvel som ud fra den betragtning, at borgerne og de nationale myndigheder var blevet foranlediget til at handle på en måde, som ikke var i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne, på grund af

10 — Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker Symvoulio Epikrateias at få oplyst, om en ordning som den ved lov nr. 1386/1983 foreskrevne, som ikke indeholder regler om, at emissionskursen for de nye aktier fastsættes af forvaltningen på grundlag af en objektiv opgørelse af virksomhedens nettoformue og de gamle aktiers faktiske værdi, men hvorefter forvaltningen kan fastsætte kursen, således at der straks kan gennemføres den nødvendige kapitaltilførsel til selskaber, hvis kreditmuligheder er udtømt på grund af deres vanskelige økonomiske situation, og hvorved hidtidige aktionærers fortegningsret er sikret, er forenelig med artikel 42 i andet direktiv, som pålægger medlemsstaterne at sikre en lige behandling af aktionærer, der befinder sig i samme situation.

11 — Dom af 27.3.1980 (henholdsvis sag 61/79, Denkavit italiana, Sml. s. 1205, præmis 16, og de forenede sager 66/79, 127/79 og 128/79, Salumi, Sml. s. 1237, præmis 9).

12 — Denkavit italiana-dommen (jf. ovenfor i note 11), præmis 17, og Salumi-dommen (jf. ovenfor i note 11), præmis 10.

en objektiv og betydelig usikkerhed med hensyn til rækkevidden heraf, en usikkerhed, som eventuelt endog til dels skyldtes andre medlemsstaters eller Kommissionens adfærd [13].

Domstolen har dog selv i sådanne tilfælde i enhver henseende beskyttet rettighederne for dem, som forud for afsigelsen af dommen havde anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage.

Der er i det foreliggende tilfælde hverken ud fra fortolkningen af reglen eller på grundlag af antallet af berørte personer noget, som kan begrunde en fravigelse af princippet om, at domme om fællesskabsretsreglers fortolkning har tilbagevirkende kraft. Jeg foreslår derfor Domstolen at holde sig til de strenge kriterier, som ligger til grund for Domstolens hidtidige praksis på området, og undlade at begrænse den tidsmæssige virkning af sin afgørelse.

11. På baggrund af disse betragtninger foreslår jeg, at de af Symvoulio Epikrateias forelagte spørgsmål besvares således:

»1) Bestemmelserne i artikel 25, stk. 1, i Rådets direktiv 77/91/EØF, sammenholdt med direktivets artikel 41, stk. 1, er ubetingede og tilstrækkelig præcise, således at borgerne kan påberåbe sig dem over for forvaltningen ved en national retsinstans og gøre gældende, at en ordning, der er indeholdt i en lovbestemmelse, er uforenelig med dem.

2) Bestemmelserne i artikel 25 i Rådets direktiv 77/91/EØF, sammenholdt med direktivets artikel 41, stk. 1, skal fortolkes således, at de er til hinder for, at der anvendes bestemmelser, som med henblik på at regulere driften af visse kriseramte virksomheder, hjemler mulighed for, at selskabskapitalen kan forhøjes administrativt og uden generalforsamlingsbeslutning, selv om der herved sikres hidtidige aktionærer en fortegningsret.«

13 — Dom af 17.5.1990 (sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 40-45); dom af 2.2.1988 (sag 24/86, Blaizot, Sml. s. 379, præmis 25-35); dom af 8.4.1976 (sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 69-75).