CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 4 février 1998 *

1. Les deux questions préjudicielles qui font l'objet de la présente procédure, posées par l'Efeteio-Athina, appellent la Cour à se prononcer sur la possibilité d'invoquer l'abus de droit à l'égard de droits subjectifs conférés par le droit communautaire. Plus précisément, le juge a quo demande si le principe de l'abus de droit, tel qu'il est prévu dans un système national déterminé, peut trouver application également dans l'hypothèse où le droit invoqué est conféré par des dispositions communautaires; et, dans la négative, si dans le cas d'espèce les conditions (communautaires) qui permettent d'établir si le droit en question a été exercé de manière abusive sont remplies.

Le litige au principal, il est utile de le préciser tout de suite, se situe dans le cadre du contentieux né en Grèce à propos de l'interprétation et de l'application, à des faits concernant des entreprises en crise, de l'article 25 de la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital [1] (ci-après la « deuxième directive »). Ce contentieux est bien connu de la Cour, celle-ci ayant eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises et avec une extrême clarté en ce sens que l'article 25 de la deuxième directive s'applique aussi aux entreprises en crise soumises à un régime spécial [2]. Dans la présente procédure, la Cour est donc en définitive invitée à établir si l'interprétation qu'elle a fournie de l'article 25 de la deuxième directive peut être écartée — et à quelles conditions — lorsque les conditions établies par le droit interne pour pouvoir utilement invoquer l'abus de droit sont remplies. Sur cette question, d'ailleurs, la Cour a déjà eu l'occasion de s'arrêter, quoique seulement à titre incident, dans l'arrêt Pafitis e.a. [3].

Le cadre normatif et jurisprudentiel

— *La réglementation communautaire*

2. Il suffit de rappeler que l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive stipule que

* Langue originale: l'italien.

1 — JO 1977, L 26, p. 1.

2 — Voir arrêts du 30 mai 1991, Karella et Karellas (C-19/90 et C-20/90, Rec. p. I-2691); du 24 mars 1992, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. (C-381/89, Rec. p. I-2111); du 12 novembre 1992, Kerafina-Keramische und Finanz-Holding et Vioktimatiki (C-134/91 et C-135/91, Rec. p. I-5699), et du 12 mars 1996, Pafitis e.a. (C-441/93, Rec. p. I-1347).

3 — Cité dans la note précédente, points 67 à 70.

« Toute augmentation du capital doit être décidée par l'assemblée générale. Cette décision ainsi que la réalisation de l'augmentation du capital souscrit font l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE ».

— *Les dispositions nationales*

3. La loi n° 1386 du 5 août 1983 [4] a institué en Grèce l'« Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE » (Organisme pour la restructuration des entreprises, ci-après l'« OAE »), une société anonyme au capital entièrement souscrit par l'État et dont l'objet est de contribuer au développement économique et social du pays (article 2, paragraphe 2). A cette fin, l'OAE peut, entre autres, assumer l'administration et la gestion courante d'entreprises en cours d'assainissement ou nationalisées, prendre des participations dans le capital d'entreprises, accorder des prêts, émettre des obligations et transférer des actions à des personnes morales de droit public et à des particuliers (article 2, paragraphe 3).

En application de l'article 8, paragraphe 8, de cette loi, pendant l'administration provisoire l'OAE peut aussi décider d'augmenter le capital de la société concernée, par dérogation aux dispositions générales applicables aux sociétés anonymes, qui prévoient la compétence exclusive de l'assemblée. Les anciens actionnaires conservent toutefois un droit préférentiel sur l'achat des nouvelles actions, droit qui doit être exercé dans le délai fixé dans la décision ministérielle qui autorise l'augmentation de capital.

4. Une importance particulière est à accorder en outre, aux fins qui nous intéressent ici, à l'article 281 du code civil grec, aux termes duquel « l'exercice d'un droit est prohibé, s'il excède manifestement les limites imposées par la bonne foi ou les bonnes moeurs ou par la finalité sociale ou économique dudit droit ». C'est en effet précisément en se prévalant de cette disposition que l'État hellénique conteste la possibilité d'invoquer l'article 25 de la deuxième directive en l'espèce.

— *La jurisprudence en la matière*

5. Comme nous l'avons déjà dit, la Cour a eu l'occasion de préciser la portée et les effets de l'article 25 de la deuxième directive justement par rapport à la législation hellénique précitée. Saisie à titre préjudiciel dans le cadre de différentes procédures engagées par des actionnaires de sociétés à la suite d'augmentations de capital décidées par voie administrative, la Cour a en effet précisé que la compétence en matière de modifications du capital social appartient de manière exclusive

4 — *Journal officiel de la République hellénique*, n° 107, du 8 août 1983, p. 14. Les dispositions de la loi n° 1386/1983 ont été ensuite modifiées par la loi n° 1882/1990 (*Journal officiel de la République hellénique*, n° A 43, du 23 mars 1990), afin de les rendre conformes aux dispositions de la deuxième directive, en particulier aux articles 25 et 29. Le cas d'espèce, il est à peine utile de le rappeler, est soumis aux dispositions helléniques en vigueur avant les modifications apportées par la loi n° 1882/1990.

à l'assemblée des actionnaires. Plus particulièrement, la Cour a affirmé, d'une part, que l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive est d'application directe [5] et, d'autre part, que cette disposition s'oppose à l'application d'une législation nationale qui, dans le but de garantir l'assainissement de sociétés en crise, stipule que l'augmentation du capital social peut être décidée par acte administratif et sans délibération de l'assemblée générale [6]; et ce même lorsqu'est reconnu aux actionnaires un droit préférentiel sur les nouvelles actions émises [7]. L'objectif de garantir un niveau minimal de protection des actionnaires dans tous les États membres, objectif principal de la deuxième directive, serait en effet « sérieusement compromis si les États membres pouvaient déroger aux dispositions de la directive, en maintenant en vigueur des réglementations, même qualifiées de spéciales ou exceptionnelles, qui permettent de décider, par voie de mesure administrative et en dehors de toute décision de l'assemblée générale des actionnaires, une augmentation du capital social aboutissant soit à obliger les anciens actionnaires à augmenter leurs apports, soit à leur imposer l'entrée dans la société de nouveaux actionnaires, de façon à réduire leur participation au pouvoir décisionnel de la société » [8].

Autrement dit, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire dans nos conclusions sous l'arrêt Pafitis e.a. [9], la Cour a précisé que, même sur la base d'une réglementation spéciale visant à l'assainissement des sociétés en crise, l'assemblée générale ne peut pas être privée de son pouvoir le plus « intime », auquel elle ne saurait renoncer: celui de modifier la consistance du capital, c'est-à-dire du patrimoine de la société et en même temps des actionnaires eux-mêmes.

6. Dans l'arrêt Pafitis e.a., d'ailleurs, la Cour a aussi précisé, pourtant en l'absence de question spécifique à cet égard, qu'« il y aurait atteinte à l'application uniforme du droit communautaire ... si un actionnaire se prévalant de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive était censé abuser de son droit au seul motif qu'il est un actionnaire minoritaire d'une société assujettie à un régime d'assainissement ou qu'il aurait bénéficié de l'assainissement de la société. En effet, étant donné que l'article 25, paragraphe 1, s'applique indistinctement à tous les actionnaires et indépendamment de l'issue d'une éventuelle procédure d'assainissement, le fait de qualifier un recours fondé sur l'article 25, paragraphe 1, d'abusif pour de pareils motifs reviendrait à modifier la portée de cette disposition » [10].

Cette précision s'est avérée nécessaire dans la mesure où, comme il ressortait de l'ordonnance de renvoi, la décision du juge communautaire, et avec elle l'interprétation donnée à l'article 25, serait restée inappliquée si le juge

5 — Arrêts Karella et Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a., et Kerafina-Keramische und Finanz-Holding et Vioktimatiki (cités dans la note 2), respectivement points 23, 38 et 18.

6 — Arrêts Karella et Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. et Kerafina-Keramische und Finanz-Holding et Vioktimatiki (cités dans la note 2), respectivement points 36, 37 et 18.

7 — Arrêts Karella et Karellas et Kerafina-Keramische (cités dans la note 2), respectivement points 36 et 18.

8 — Arrêts Karella et Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. et Pafitis e.a. (cités dans la note 2), respectivement points 26, 33 et 39.

9 — Conclusions présentées le 9 novembre 1995 (Rec. 1996, p. I-1349, point 13).

10 — Arrêt Pafitis e.a. (cité dans la note 2), point 70.

national était parvenu à la conclusion qu'en l'espèce les conditions prévues par le droit national pour décider que le droit attribué par l'article 25 avait été exercé de manière abusive étaient remplies. Avant même d'exclure que cela se vérifiait en l'espèce, la Cour a aussi expressément souligné qu'il n'était pas nécessaire « de se prononcer sur la question de savoir s'il est permis, dans le cadre de l'ordre juridique communautaire, d'appliquer une règle nationale afin d'apprécier si un droit conféré par les dispositions communautaires en cause est exercé d'une manière abusive », en prévenant cependant que « la mise en œuvre d'une telle règle ne saurait porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres » [11].

Les faits et les questions préjudicielles

7. La procédure a quo est née de l'initiative de certains actionnaires dont l'objectif est de voir annuler, dans la mesure où elles ont été adoptées en violation de l'article 25 de la deuxième directive, les mesures ministérielles qui ont décidé l'augmentation du capital social. Il s'agit cette fois-ci des actionnaires de la société anonyme Athinaïki Chartopoiia AE, société soumise, à compter du 30 mars 1984, au régime de la loi n° 1386/1983. Le 28 mai 1986, l'OAE, qui en assurait la gestion, a décidé — dans le cadre de l'administration provisoire et en application de l'article 8, paragraphe 8, de la loi — d'augmenter le capital social de 940 000 000 DR. Par décision n° 153 du 6 juin 1986, le ministre de l'Industrie, de la Recherche et de la Technologie a approuvé l'augmentation du capital et en a défini les modalités, en prévoyant, notamment, en faveur des actionnaires un droit préférentiel sur l'achat des nouvelles actions, droit devant être exercé dans le mois suivant la publication de la décision au Journal officiel.

Les demandeurs n'ont pas fait usage du droit en question. Ils ont en effet considéré que l'augmentation de capital, décidée suivant les modalités que nous venons de rappeler, était contraire à l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive. Ils ont donc introduit, le 10 novembre 1987, un recours devant le Polymeles Protodikeio Athinion visant à faire déclarer nulle l'augmentation du capital social. Ce recours a été rejeté par jugement n° 5136 de 1988.

8. Les actionnaires concernés ont interjeté appel de ce jugement le 28 juin 1989 devant l'Efeteio-Athina. Par ordonnance n° 5943 de 1994, cette juridiction a annulé le jugement de première instance, au motif qu'il était manifestement contraire à la jurisprudence communautaire en la matière [12]. Par la même

11 — Arrêt Pafitis e.a., précité, point 68.

12 — Se fondant sur cette jurisprudence, le juge a quo a en effet souligné, dans l'ordonnance de renvoi, que l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive interdit une augmentation de capital telle que celle décidée en faveur de la société Athinaïki Chartopoiia AE. Plus précisément, le juge a relevé qu'il résulte de la jurisprudence communautaire en la matière que la disposition en question « est rédigée en des termes clairs et précis et a établi, de façon inconditionnelle, une règle consacrant le principe général de la compétence de l'assemblée générale pour décider des augmentations de capital, à l'exclusion des tiers étrangers à cette assemblée, comme le ministre, dont les décisions sont nulles et ne créent en principe aucune obligation à la charge des personnes physiques ou morales concernées ».

ordonnance, et avant de statuer à titre définitif, l'Efeteio a aussi imposé à l'État hellénique, lequel avait soulevé l'exception d'abus de droit, de fournir les preuves de l'exercice abusif de l'action en nullité exercée par les actionnaires au titre de l'article 25 de la deuxième directive. De l'avis du juge national, donc, la norme générale de l'article 281 du code civil grec, laquelle sanctionne l'exercice abusif d'un droit, serait susceptible de s'appliquer même dans l'hypothèse où la disposition invoquée en justice est d'origine communautaire.

9. Une fois l'affaire résumée, l'Efeteio est passé à l'appréciation des preuves fournies par l'État hellénique concernant le prétendu exercice abusif du droit attribué aux actionnaires par l'article 25 de la deuxième directive et est parvenu, sur cette base, à la conclusion que les conditions prévues par l'article 281 du code civil étaient, en l'espèce, remplies. Le juge a quo a en effet estimé que l'exercice du droit par les actionnaires demandeurs était abusif dans la mesure où il était manifestement contraire aux limites imposées par la bonne foi, les bonnes moeurs et la finalité socio-économique du droit en question.

Cela serait démontré par une série d'éléments, certains à caractère objectif et d'autres à caractère subjectif, extrêmement révélateurs. En particulier, le juge national fait référence à la situation économique catastrophique dans laquelle se trouvait la société, assurément promise à la faillite [13], aux avantages évidents que les demandeurs ont tiré de l'opération d'assainissement du gouvernement [14] ainsi qu'à la circonstance que ces derniers n'ont pas fait usage de leur droit préférentiel de souscription des actions émises postérieurement à l'assainissement.

10. Le juge se demande toutefois si une telle thèse peut être considérée comme correcte du point de vue du droit communautaire. A son avis, les indications fournies par la Cour à cet égard dans l'arrêt Pafitis e.a., laissent la question ouverte, en ce sens qu'elle ne précise aucunement à qui (juge national ou juge communautaire) et sur la base des normes et/ou principes de quel ordre juridique (interne ou communautaire) revient la compétence pour apprécier si le titulaire d'un droit attribué par une disposition communautaire l'a exercé de manière abusive.

13 — Sur ce point, dans l'ordonnance de renvoi on peut lire qu'« au moment où elle a été soumise au régime spécial de la loi n° 1386/1983 ... l'entreprise Athinaïki Chartopoiia AE avait des dettes échues auprès de banques et de divers autres créanciers pour un montant total de 17 203 894 160 DR environ, avait un très grave problème de liquidités en raison du niveau élevé de sa charge d'emprunt, était dépourvue de capitaux propres et son actif ne suffisait pas à couvrir ses obligations. Par rapport aux biens disponibles, le déficit était de l'ordre de 3 500 millions de DR au moins. Autrement dit, même si ces biens avaient été réalisés au meilleur prix, les dettes restées impayées auraient atteint le montant indiqué ci-dessus ».

14 — En particulier, le juge national relève dans l'ordonnance de renvoi que « la valeur de l'action était alors en substance nulle, alors que l'augmentation de capital réalisée par l'OAE pour 940 000 000 DR ainsi que la conversion subséquente des dettes en actions ont entraîné un redressement dans le cours des affaires, grâce auquel l'entreprise pourra être vendue à des tiers à des conditions intéressantes qui permettront de régler les dettes et de garantir aux anciens actionnaires une compensation économique basée sur le nombre des actions qu'ils détiennent encore ».

Dans cette optique, le juge a quo a donc jugé nécessaire, aux fins de la solution du litige pendant devant lui, de demander à la Cour de préciser si, dans quelles mesures et à quelles conditions il est possible de faire application de la notion d'abus de droit également dans l'hypothèse où la position juridique invoquée est conférée par le droit communautaire. Plus précisément, il a posé à la Cour deux questions préjudicielles ainsi formulées:

« 1) Le juge national peut-il appliquer une disposition du droit national (en l'occurrence l'article 281 du code civil grec) afin d'apprécier si un droit conféré par les dispositions communautaires en cause est exercé par l'intéressé d'une manière abusive ou le droit communautaire contient-il d'autres principes consacrés ou constants — et lesquels — que le juge national pourrait invoquer le cas échéant?

2) Si la réponse est négative, c'est-à-dire si la Cour de justice des Communautés européennes se réserve cette compétence, pour des raisons, par exemple, d'application uniforme des dispositions du droit communautaire, un recours fondé sur la violation de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil peut-il être rejeté sur la base des circonstances concrètes — ou de certaines d'entre elles et lesquelles? — évoquées par l'État hellénique, partie défenderesse et intimée, dans l'exception qu'il a soulevée, qui ont fait l'objet de la preuve visée dans la décision n° 5943/1994 de la juridiction de céans, et qui sont succinctement décrites au paragraphe précédent de la présente décision? ».

Sur la première question

11. Par la première question, le juge de renvoi demande donc à la Cour de préciser si l'éventuel exercice abusif d'un droit attribué par une disposition communautaire peut être apprécié par ses soins à la lumière des dispositions pertinentes du droit interne ou si cette vérification doit intervenir, précisément parce que la situation juridique invoquée a une origine communautaire, sur la base de principes généraux consacrés par le droit communautaire.

A l'évidence, la question de l'abus de droit est posée par le juge national en termes généraux, c'est-à-dire indépendamment de la disposition communautaire invoquée en l'espèce et de la disposition nationale qui régit, dans l'ordre juridique interne visé, l'abus de droit. En effet, la question vise à savoir si la compétence pour se prononcer sur l'existence d'un abus de droit appartient au juge national et si ce dernier peut, à cette fin, appliquer les dispositions de son ordre juridique ou s'il est tenu de se fonder sur les principes généraux de droit communautaire qui sont éventuellement pertinents en la matière et dont la définition incombe à la Cour.

12. Une première précision s'impose. Il est constant, s'agissant d'une procédure préjudicielle, que la compétence pour décider si en l'espèce il y a ou non abus de droit revient quand même au juge national: et cela que la vérification intervienne sur la base de dispositions nationales ou qu'elle soit effectuée à la lumière de paramètres communautaires. Il est à peine nécessaire d'ajouter, en outre, que dans un cas comme dans l'autre la Cour reste compétente en matière d'interprétation, quoique sous des angles différents, afin de garantir que la disposition communautaire invoquée soit correctement interprétée et appliquée.

La question posée doit donc être correctement interprétée en ce sens qu'il s'agit d'établir sur la base des dispositions de quel ordre juridique, national ou communautaire, il y a lieu de vérifier l'existence d'un abus de droit. A cette fin, il est toutefois nécessaire d'établir, à titre préliminaire, si l'ordre juridique communautaire admet que l'application de ses dispositions soit conditionnée, et le cas échéant paralysée, au nom de l'abus de droit.

13. Cela précisé, le point de départ d'un tel examen ne peut qu'être constitué par l'arrêt Pafitis e.a. [15], dans lequel la Cour a eu l'occasion de prendre position sur un cas d'espèce tout à fait analogue à celui qui nous occupe. A cette occasion, tout en précisant que la mise en œuvre d'une règle de droit national sur l'abus de droit ne saurait porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme du droit communautaire, la Cour s'est en réalité bornée à vérifier si en l'espèce les conditions étaient réunies pour considérer que le droit visé à l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive avait été exercé de manière abusive. En se fondant sur l'interprétation de la disposition communautaire en cause, elle a répondu à cette question par la négative.

Comme nous l'avons déjà rappelé, à cette occasion la Cour a expressément souligné qu'il n'est pas nécessaire d'établir si l'ordre juridique communautaire permet ou non d'appliquer une règle nationale afin d'apprécier si un droit conféré par les dispositions communautaires en cause est exercé de manière abusive. En définitive, donc, tout en laissant ouverte la question de principe, la Cour a exclu que l'action des actionnaires, destinée à obtenir l'annulation de l'augmentation de capital décidée en violation de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive, puisse être qualifiée d'abusive: et ce en se fondant sur l'argument selon lequel l'application d'une telle règle nationale, même si elle était admise, aurait été de nature à porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme du droit communautaire.

14. Si l'on applique une telle solution au cas qui nous occupe, il va de soi que la réponse ne pourrait qu'être la même, en ce sens que, aujourd'hui comme hier, il faudrait exclure que le droit visé par l'article 25, para-

15 — Nous rappelons en outre que, dans l'arrêt Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. (cité dans la note 2), la Cour n'a pas abordé le problème en raison du fait que, tout en étant soulevé devant la Cour par les parties de l'affaire au principal, ce problème ne faisait l'objet d'aucune question préjudicielle (point 18). A cet égard, voir aussi les conclusions que nous avons présentées sous cet arrêt (Rec. 1992, p. I-2126, point 8).

graphe 1, de la deuxième directive ait été exercé de manière abusive par les actionnaires demandeurs. Une telle réponse, incontestablement suffisante aux fins de la solution du cas d'espèce, pourrait toutefois sembler réductrice étant donné que le juge de renvoi demande à la Cour de clarifier le point non tranché dans l'arrêt Pafitis e.a., donc de préciser si l'ordre juridique communautaire autorise ou non l'application d'une disposition nationale relative à l'abus de droit, bien entendu lorsque des droits conférés par des dispositions communautaires sont en jeu, ou si l'exercice abusif d'un droit ne peut être contrôlé que sur la base de paramètres communautaires.

15. Cela étant, nous relevons d'abord qu'admettre qu'une règle nationale, en l'espèce relative à l'abus de droit, puisse avoir comme conséquence de conforter une violation du droit communautaire, en l'espèce de la disposition qui réserve à l'assemblée les décisions relatives à l'augmentation de capital, impliquerait la méconnaissance du principe fondamental de la primauté du droit communautaire sur le droit interne [16]. En effet, il va de soi que l'on rendrait ainsi inopérante la disposition communautaire en question, en vertu d'un principe national de droit matériel qui s'y oppose, ce qui porterait inévitablement atteinte au plein effet et à l'application uniforme du droit communautaire. Un conflit de ce type, car il s'agit d'un conflit, devrait donc être résolu sur la base du principe de la primauté du droit communautaire.

16 — Sur ce point, voir aussi ce que nous avons relevé dans nos conclusions sous l'arrêt Pafitis e.a. (Rec. 1996, p. I-1349, point 27).

16. Une telle conclusion trouve appui dans la position adoptée par la Cour dans une hypothèse où le juge national demandait de pouvoir faire application du principe de « droit d'iniquité objective », qui aurait impliqué la non-application d'une disposition communautaire. En effet, la Cour n'a pas manqué de souligner qu'il serait contraire à la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres d'admettre « qu'une autorité nationale ait le droit ou même le devoir de ne pas appliquer une disposition du droit communautaire dans un cas où elle estime qu'une telle application entraînerait un résultat que le législateur communautaire aurait manifestement cherché à éviter s'il avait envisagé ce cas au moment d'adopter la disposition en cause. L'acceptation d'un tel principe général serait susceptible d'empêcher les dispositions communautaires d'exercer leurs pleins effets dans les États membres et porterait atteinte au principe fondamental de l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble de la Communauté » [17].

Par ailleurs, la Cour s'était déjà exprimée dans le même sens dans un arrêt antérieur dans lequel, appelée à décider s'il était possible d'accorder la remise de taxes dues en vertu du droit communautaire sur la base de motifs d'équité, elle avait souligné, d'une part, que l'application d'une règle d'équité prévue par la législation nationale peut éven-

17 — Arrêt du 14 novembre 1985, Neumann (299/84, Rec. p. 3663, point 25). Dans cet arrêt, la Cour a toutefois ajouté que « le droit communautaire offre à toute juridiction des États membres une solution parfaitement conforme à la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres. En effet, une telle juridiction ... peut s'adresser à la Cour, conformément aux dispositions de l'article 177 du traité, en vue d'obtenir une interprétation de la disposition communautaire en cause ou, le cas échéant, une déclaration d'invalidité de celle-ci, permettant d'éviter l'iniquité qu'elle estime avoir constatée » (point 26).

tuellement être justifiée en rapport avec les formalités applicables à la perception d'une redevance établie par le droit communautaire et, d'autre part, que « la prise en considération d'une telle règle serait, par contre, exclue dans toute la mesure où elle aurait pour effet de modifier la portée des dispositions du droit communautaire relatives à l'assiette, aux conditions d'imposition ou au montant d'une redevance établie par celui-ci » [18].

17. La jurisprudence que nous venons de rappeler montre donc qu'une disposition nationale ne peut trouver application lorsqu'elle modifie la portée de la disposition communautaire visée, c'est-à-dire lorsqu'elle porte atteinte à son plein effet et à son application uniforme; en définitive, lorsqu'elle est de nature à faire échec à la primauté du droit communautaire.

A y bien regarder, la Cour s'est placée dans cette même logique dans l'arrêt Pafitis e.a. En affirmant que l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive s'applique indistinctement à tous les actionnaires et indépendamment de l'issue d'une éventuelle procédure d'assainissement et que, donc, « le fait de qualifier un recours fondé sur l'article 25, paragraphe 1, d'abusif pour de pareils motifs reviendrait à modifier la portée de cette disposition » [19], la Cour a en effet mis en évidence, encore une fois, que l'application d'une règle ou d'un principe de droit national ne peut en aucun cas être de nature à conduire l'ordre juridique communautaire à « avaliser » une violation de ses dispositions.

18. Sur la base des considérations qui précèdent, il est donc possible d'arriver à une première conclusion: le droit communautaire ne permet pas au juge national de faire application d'une disposition nationale lorsque cette dernière implique une solution non conforme au droit communautaire. Tel est certainement le cas en l'espèce, étant donné que — ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante et comme l'a admis le juge national dans l'ordonnance de renvoi — la disposition nationale qu'à travers la règle de l'abus de droit on entend sauvegarder est manifestement contraire à l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive, disposition invoquée par les actionnaires demandeurs précisément dans le but de réagir à la violation en question.

Une telle conclusion ne constitue toutefois pas une réponse exhaustive à la question posée par le juge a quo puisque ce dernier s'interroge aussi sur l'existence de principes communautaires susceptibles de sanctionner des hypothèses d'abus de droit. Certes, il paraît difficile même seulement d'envisager l'existence d'un principe général de droit communautaire qui implique la négation d'un droit attribué par une disposition communautaire, d'ailleurs dans un secteur harmonisé comme celui des sociétés qui est ici visé, face à une disposition nationale qui a violé ce droit. Nous estimons néanmoins nécessaire, compte tenu des termes et de la

18 — Arrêt du 28 juin 1977, Balkan-Import-Export (118/76, Rec. p. 1177, point 5).

19 — Arrêt Pafitis e.a. (cité dans la note 2), point 70.

portée de la question examinée, de faire quelques remarques à ce sujet.

19. Nous commencerons par rappeler que dans la pratique communautaire l'élaboration et l'application de principes non écrits ont pris une importance non négligeable; et ce malgré l'absence de disposition expresse en ce sens. Outre leur utilisation comme critères d'interprétation, ces principes servent essentiellement à définir les limites du pouvoir exercé par l'administration sur les administrés et, de manière plus générale, à déterminer la légalité d'un acte ou d'un comportement d'une institution communautaire ou d'un État membre.

Ces principes, il est utile de le préciser, sont simplement élaborés par le juge, comme dans la pratique nationale, et constituent donc des principes propres au droit communautaire, en ce sens qu'ils ne sont aucunement empruntés, au cas par cas, à d'autres systèmes juridiques. En définitive, donc, pour mettre en lumière et définir des principes généraux, la Cour s'inspire bien des expériences juridiques nationales, mais cependant toujours en adaptant le principe spécifique en question aux exigences, au fonctionnement et aux objectifs de la Communauté.

20. A cet égard, il n'est pas superflu d'ajouter que le fait que la seule disposition communautaire qui renvoie aux « principes généraux communs aux droits des États membres », à savoir l'article 215 du traité, a une portée circonscrite au domaine de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté et à la détermination de l'obligation de réparation qui s'ensuit ne doit certainement pas être compris dans le sens qu'il est interdit à la Cour de faire référence aux expériences juridiques nationales dans l'élaboration et l'application, dans l'ordre juridique communautaire, de principes non écrits. En réalité, le renvoi à des principes généralement admis constitue une constante de la jurisprudence communautaire dans laquelle on trouve l'affirmation de principes généraux non écrits. La Cour n'a d'ailleurs pas manqué de souligner expressément qu'il lui appartient, « dans l'exercice de la mission que lui confère l'article 164 du traité d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité, de statuer ... selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours aux principes fondamentaux du système juridique communautaire et, le cas échéant, à des principes généraux communs aux systèmes juridiques des États membres » [20].

Cette affirmation ne doit toutefois pas, à notre avis, être entendue en ce sens qu'il existerait deux catégories différentes de principes généraux, à savoir ceux propres à l'ordre juridique communautaire et ceux tirés de la pratique nationale. Certes, il est vrai que certains principes trouvent leur fondement dans les dispositions mêmes du traité ou en tout cas s'y rattachent (nous nous référons, par exemple, au principe de propor-

20 — Arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame (C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, point 27). Voir en outre le point 41 du même arrêt, dans lequel la Cour a affirmé qu'elle s'inspire, en l'absence de règles écrites, des principes généraux communs aux droits des États membres également dans d'autres domaines du droit communautaire que celui de la responsabilité extracontractuelle.

tionnalité), alors que d'autres ont été mis en lumière et déterminés par référence à la pratique juridique nationale (nous pensons, par exemple, au principe de la confiance légitime). Il n'en reste pas moins que dans les deux hypothèses il s'agit de principes que l'ordre juridique communautaire a fait siens, c'est-à-dire de principes qui, une fois mis en évidence, en font partie intégrante.

21. C'est à la lumière de ces remarques à caractère général, donc, qu'il convient de se demander maintenant si les conditions sont remplies, du point de vue du droit communautaire, pour élaborer et/ou définir un principe général de droit relatif à l'abus de droit. Même la doctrine a récemment souhaité un tel résultat [21].

Or, dans nos conclusions sous l'arrêt Pafitis e.a., tout en relevant que l'exercice abusif d'un droit de la part de son titulaire peut être contesté, bien que selon des modalités et dans des circonstances parfois différentes, dans la quasi-totalité des États membres, nous ajoutions tout de suite après qu'il n'existait pas à l'époque de réglementation communautaire en la matière [22]. Nous n'avons pas changé d'avis, en ce sens que nous ne croyons pas qu'entre-temps les conditions aient été réunies pour « consacrer », dans l'ordre juridique communautaire, un principe général sur la base duquel on puisse dénier, comme étant abusif, l'exercice d'un droit conféré par une disposition communautaire.

22. Les raisons qui nous conduisent à une telle conclusion sont multiples. D'abord, nous estimons que les conditions ne sont pas réunies pour parvenir à une définition commune de l'abus de droit s'inspirant des pratiques nationales. Une étude, même approximative, du mode d'existence et de fonctionnement de ce concept dans les différents États membres ne fait que le confirmer.

En effet, s'il est vrai que la majeure partie des États membres connaît la notion de l'abus de droit [23], il est tout aussi vrai que dans certains d'entre eux ce concept juridique, loin d'avoir la valeur d'un principe général de droit, se limite à régir des hypothèses spéci-

21 — Voir Neville Brown, L.: « Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law? », dans *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht/Boston/Londres, 1994, p. 511 et suiv.

22 — Et c'est précisément pour cette raison que nous parvenions à la conclusion que c'est sur la base de son propre ordre juridique que le juge national peut, en principe, apprécier l'existence d'un exercice abusif d'un droit conféré par une disposition communautaire (voir conclusions sous l'arrêt Pafitis e.a., citées dans la note 16, point 28). Une telle appréciation, comme nous l'avions précisé dans ces conclusions, ne peut toutefois, en aucun cas, conduire à méconnaître les finalités de la disposition en question et, donc, faire obstacle à son application uniforme dans tous les États membres: résultat qui se serait manifestement vérifié dans le cas d'espèce (voir points 30 à 33).

23 — Il convient néanmoins de préciser que cette notion n'est aucunement présente, en tant que telle, dans le droit du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark.

fiques et précises prévues par la loi [24]. A cela s'ajoute que le contenu même et les modalités d'application de ce « principe » varient sensiblement d'un État à l'autre [25].

23. Certes, nous ne nous cachons pas qu'un tel état de fait n'est aucunement décisif. A cet égard, il suffit en réalité de rappeler, en plus de ce que nous avons déjà dit, que l'élaboration d'un principe général au niveau communautaire ne requiert pas nécessairement que le principe en question soit présent dans tous les droits nationaux et réponde aux mêmes conditions et modalités d'application. En effet, il s'agit de principes qui doivent être insérés dans le système communautaire et qui, donc, acquièrent leur autonomie en fonction de la structure et des objectifs de ce système.

Si l'impossibilité de parvenir à une définition commune et, en même temps, précise et détaillée de l'abus de droit à travers un renvoi aux principes généraux communs à tous les États membres a en tout cas son importance, ce n'est toutefois pas le seul motif qui nous conduit à nier l'existence d'un tel principe dans l'ordre juridique communautaire. Nous estimons en effet que les caractéristiques mêmes et la raison d'être d'un principe relatif à l'abus de droit mettent en évidence qu'il s'agit d'un concept juridique qui a un droit de cité certain, ou du moins fondé, dans des ordres juridiques bien établis, mais beaucoup moins dans un système comme le système communautaire, dans lequel le processus d'évolution vers l'intégration est loin de pouvoir être considéré comme terminé. De manière plus générale, nous estimons que le risque qu'il y ait une lacune dans le système — qu'en définitive le principe de l'abus entend pallier — est très mineur ou tout à fait absent dans un système juridique comme le système communautaire, dans lequel le travail d'interprétation du juge et la pratique en général réussissent plus facilement et immédiatement à adapter le système aux exigences du corps social.

24. Cela dit, il est aussi vrai que tout ordre juridique qui aspire à un minimum d'achèvement doit contenir des mesures, pour ainsi dire, d'autoprotection, afin d'éviter que les droits qu'il confère soient exercés de manière abusive, excessive ou déformée. Une telle exigence n'est aucunement étrangère au droit communautaire, tant il est vrai qu'elle a trouvé application à plusieurs occasions dans la jurisprudence de la Cour.

Nous nous référons surtout à ce courant jurisprudentiel établi, sur la base duquel « les facilités créées par le traité ne sauraient

24 — Et tel est le cas, par exemple, de l'ordre juridique italien, dans lequel la notion d'abus de droit concerne uniquement le droit de propriété (article 833 du code civil). De même, même en incluant dans la notion d'abus de droit les hypothèses dans lesquelles les ordres juridiques du Royaume-Uni, d'Irlande et du Danemark sanctionnent certains comportements, il reste qu'il s'agit d'hypothèses limitées à des matières déterminées.

25 — A cet égard, il y a lieu de relever, en précisant qu'il s'agit en tout état de cause d'une simplification, que dans certains ordres juridiques l'abus de droit qualifie un comportement qui va au-delà des limites de l'exercice du droit concerné (Belgique, Espagne, Luxembourg et Portugal), alors que dans d'autres il s'applique à un comportement contraire à la bonne foi et aux bonnes moeurs (Allemagne, Grèce, Portugal). En outre, tandis que dans certains ordres juridiques la détermination de l'exercice abusif d'un droit est fondée sur des éléments seulement objectifs (Allemagne, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Grèce, Espagne et Portugal), dans d'autres la présence d'éléments subjectifs est requise, en particulier l'intention de nuire à d'autres personnes (Italie et, selon une partie de la doctrine, France).

avoir pour effet de permettre aux personnes qui en bénéficient de se soustraire abusivement à l'emprise des législations nationales et d'interdire aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher de tels abus » [26]. De même, la Cour a eu l'occasion de préciser qu'il est permis aux ordres juridiques nationaux de nier la possibilité de se prévaloir du droit communautaire en cas de fraude établie à la loi de la part de la personne qui invoque un droit conféré par une disposition communautaire [27].

25. De manière plus générale, il y a lieu de rappeler l'affirmation de la Cour selon laquelle, « si les juridictions nationales peuvent dès lors, en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif ou frauduleux de l'intéressé pour lui refuser, le cas échéant, le bénéfice des dispositions de droit communautaire invoquées, elles doivent néanmoins, dans l'appréciation d'un tel comportement, prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions en cause » [28].

En définitive, donc, la Cour reconnaît au juge national la possibilité de sanctionner une utilisation détournée ou excessive du droit communautaire uniquement lorsque les finalités poursuivies par la disposition concernée ne s'en trouvent pas affectées, en particulier dans les hypothèses où la disposition invoquée est seulement « apparemment » celle qui régit le cas d'espèce ou quand la situation du titulaire du droit invoqué en justice est seulement « apparemment » conforme aux prescriptions de la disposition en question. Cela signifie, à y bien regarder, que la Cour se réserve, à bon droit, la détermination au fond du domaine du droit communautaire litigieux, c'est-à-dire des limites inhérentes à la position juridique subjective visée. La possibilité de dénier le droit de l'invoquer est donc admise seulement lorsqu'il est démontré que ces limites ont été dépassées. Dans cette perspective, la question de l'abus de droit éventuellement invoquée sur la base de dispositions natio-

26 — Arrêt du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265, point 24). Dans le même sens, voir, entre autres, arrêts du 3 décembre 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299, point 13); du 7 février 1979, Knoors (115/78, Rec. p. 399); du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne (205/84, Rec. p. 3755, point 22); du 3 février 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Rec. p. I-487, point 12); ainsi que, récemment, arrêt du 5 octobre 1994, TV10 (C-23/93, Rec. p. I-4795, point 21).

27 — Et tel est le cas de l'arrêt du 3 mars 1993, General Milk Products (C-8/92, Rec. p. I-779), dans lequel la Cour a relevé qu'« il ne pourrait en être autrement que s'il était établi que l'importation et la réexportation de ces fromages n'ont pas été réalisées dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement pour *bénéficier abusivement* de l'octroi de MCM... Les appréciations de fait nécessaires à la vérification de la réalité de ces transactions relèvent de la compétence de la juridiction de renvoi » (point 21; mis en italique par nos soins). Et c'est aussi le cas de l'arrêt du 27 septembre 1989, Van de Bijl (130/88, Rec. p. 3039, point 26), dans lequel la Cour a reconnu que l'État membre d'accueil n'est pas lié par une autorisation qui atteste que la personne qui la produit a accompli une période d'activité professionnelle dans l'État membre de provenance, « s'il est constant qu'au cours de cette même période cette personne a exercé des activités professionnelles sur le territoire de l'État membre d'accueil » (point 27). Dans la même optique, on trouve également l'arrêt du 2 mai 1996, Paletta II (C-206/94, Rec. p. I-2357), dans lequel la Cour a affirmé que la disposition communautaire invoquée en l'espèce « ne s'oppose pas à ce que l'employeur puisse apporter des éléments de preuve permettant, le cas échéant, à la juridiction nationale de constater l'existence d'un *comportement abusif ou frauduleux* résultant du fait que le travailleur, bien qu'il fasse état d'une incapacité de travail établie conformément à l'article 18 du règlement n° 574/72, n'a pas été malade » (point 27, mis en italique par nous).

28 — Arrêt Paletta II (cité dans la note précédente), point 25. C'est ainsi que dans le cas d'espèce la Cour a affirmé que l'existence présumée d'un comportement abusif de la part du titulaire de la position juridique attribuée par le droit communautaire ne pouvait en aucun cas être de nature à conduire à demander au travailleur de prouver, par des moyens supplémentaires et différents de ceux requis par la disposition communautaire applicable en l'espèce, le caractère effectif de la maladie. Et ce précisément parce que, de cette façon, on finirait par vider de son contenu la finalité de cette norme, qui vise précisément à permettre au travailleur qui tombe malade dans un autre État membre de se contenter de présenter un certificat médical établi par les autorités compétentes de cet État. A y bien regarder, donc, ce qui se dessinait en l'espèce n'était pas un abus de droit au sens correct de cette expression, mais plutôt une fraude.

nales finit par constituer, face à une situation juridique conférée par le droit communautaire, une question d'interprétation de la réglementation communautaire visée.

26. Une telle interprétation de la jurisprudence que nous venons de rappeler trouve, à notre avis, confirmation dans un arrêt récent dans lequel la Cour s'est expressément prononcée sur l'existence d'un exercice abusif du droit. En l'espèce, un travailleur turc voulait prolonger son séjour en Allemagne bien qu'il ait expressément déclaré retourner en Turquie après une période de formation professionnelle dans le premier pays et ait obtenu un permis de séjour temporaire des autorités compétentes à la suite et en fonction de cette déclaration; et il invoquait à cette fin la disposition « communautaire » pertinente [29]. La réponse de la Cour a été claire et précise en sens que « le fait pour un travailleur turc de vouloir prolonger son séjour dans l'État membre d'accueil, alors qu'il en avait expressément accepté la limitation, n'est pas constitutif d'un abus ». Elle a ajouté que la circonstance que ce travailleur a exprimé son intention de retourner en Turquie après avoir exercé dans l'État membre d'accueil une activité salariée en vue de parfaire ses aptitudes professionnelles ne serait de nature à priver l'intéressé du bénéfice des droits résultant de l'article 6, paragraphe 1, de la décision n° 1/80 du Conseil d'association C. E. E.-Turquie, du 19 septembre 1980, « que s'il était établi par la juridiction de renvoi que cette déclaration avait été faite *dans le seul but de bénéficier indûment* des titres de travail et de séjour dans l'État membre d'accueil » [30].

Encore une fois, donc, la Cour a d'abord commencé par définir le but de la norme en question et par en déterminer les limites intrinsèques, pour laisser ensuite au juge national la possibilité d'exclure qu'elle puisse être invoquée dans la seule hypothèse où ces limites ont été dépassées, en l'espèce si le comportement frauduleux du travailleur était établi.

27. En somme, donc, la Cour a jusqu'à présent admis que chaque ordre juridique national peut recourir à ses règles de droit commun (qu'il s'agisse de dispositions qui sanctionnent la « fraude à la loi », la « simulation » ou, pourquoi pas, même l'« abus de droit ») pour dénier la possibilité d'invoquer des dispositions communautaires dans des hypothèses bien circonscrites, dans lesquelles, en dernière analyse, ces dispositions n'ont pas vocation à être appliquées et que, donc, aucune incidence négative ne puisse en résulter pour l'application uniforme du droit communautaire. Dans ces hypothèses, nous le répétons, l'interprétation de la Cour peut s'avérer nécessaire, afin de définir les objectifs et les limites de la disposition visée et d'éviter ainsi la méconnais-

29 — Arrêt du 30 septembre 1997, Günaydin (C-36/96, Rec. p. I-5143). Plus précisément, il était demandé à la Cour « Peut-on opposer à une demande fondée sur l'article 6, paragraphe 1, de la décision n° 1/80 le grief d'abus de droit, lorsque le travailleur turc a expressément exprimé son intention de rentrer en Turquie après s'être préparé à une activité dans ce pays et que l'administration responsable des étrangers n'a autorisé son séjour provisoire en Allemagne que compte tenu de cette déclaration? »

30 — Idem, point 61; mis en italique par nos soins.

sance des exigences que le droit communautaire entend sauvegarder, exigences qui, dans le cas qui nous occupe, sont à rattacher au processus d'harmonisation du domaine des sociétés.

En définitive, nous estimons qu'il n'existe pas à l'heure actuelle dans l'ordre juridique communautaire de principe général de droit communautaire qui sanctionne l'exercice abusif d'un droit conféré par le droit communautaire et que, même à supposer qu'il existe, il ne pourrait en tout état de cause pas être utilisé de manière à avoir pour résultat d'« avaliser » une violation d'une réglementation communautaire, ce qui se produirait autrement en l'espèce. Compte tenu de la formulation de la question examinée, nous ajoutons, enfin, qu'il n'est pas davantage possible de renvoyer, en l'espèce, à des principes établis du droit communautaire, tels que les principes de proportionnalité, de sécurité juridique et de confiance légitime. En réalité, il ne nous semble pas non plus envisageable d'utiliser ces principes pour rendre inopérante la protection garantie aux particuliers par le droit communautaire, encore moins pour consacrer et renforcer une violation avérée de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive.

Sur la deuxième question

28. Par la deuxième question, nous le rappelons, le juge de renvoi demande à la Cour — pour le cas où il ne serait pas compétent pour apprécier l'existence d'un abus de droit sur la base des dispositions de son propre ordre juridique, ce qui impliquerait que l'abus de droit pourrait être sanctionné exclusivement dans le cadre du droit communautaire et par le juge communautaire — si en l'espèce les conditions sont ou non remplies pour considérer que le droit conféré aux actionnaires par l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive a été exercé de manière abusive.

Compte tenu de la conclusion à laquelle nous sommes parvenu en relation avec la première question, il ne nous semble pas qu'il y a lieu de se prononcer sur ce point. D'ailleurs, le problème relatif à l'application de la disposition hellénique sur l'abus de droit afin de faire obstacle à la possibilité d'invoquer l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive a déjà été abordé et résolu par la Cour dans l'arrêt Pafitis e.a. [31]. Nous nous limiterons donc à quelques brèves considérations.

29. Selon le juge grec, nous le rappelons, la tentative des actionnaires de s'opposer à une augmentation de capital constituerait un abus de droit dans la mesure où, en premier lieu, ces actionnaires en ont retiré des avantages évidents en termes économiques et où, en second lieu, les demandeurs n'ont pas fait usage de leur droit préférentiel sur l'achat des nouvelles actions émises à la suite de l'augmentation de capital.

31 — Arrêt cité dans la note 2, point 70.

30. Or, dans la mesure où l'abus de droit est lié à la situation de débâcle financière dans laquelle se trouvait la société, il nous semble que l'objectif des intimés dans l'affaire au principal n'est pas tant de contester l'exercice du droit de la part des actionnaires que d'attaquer la disposition de la directive même, qui, comme l'a rappelé plusieurs fois la Cour, n'autorise pas d'augmentation de capital qui ne soit pas décidée par l'assemblée, même lorsqu'il s'agit d'entreprises en crise soumises à un régime spécial. De toute évidence, les preuves apportées par le gouvernement hellénique, concernant toutes la situation de crise dans laquelle se trouvait la société, ne peuvent pas être considérées comme étant susceptibles de qualifier d'une façon plutôt que d'une autre le comportement des actionnaires qui ont subi l'augmentation de capital.

En outre, pour confirmer encore cette conclusion, il y a lieu de ne pas sous-évaluer le fait que le résultat des mesures d'assainissement n'est pas prévisible a priori et que, donc, il serait arbitraire d'apprécier ex post l'intention des actionnaires, en particulier à la lumière des résultats positifs obtenus grâce à l'intervention gouvernementale. En tout cas, il serait par ailleurs singulier de faire dépendre le caractère abusif de l'exercice d'un droit de la circonstance que l'intervention sur le capital a conduit à une amélioration de la situation patrimoniale de la société, c'est-à-dire précisément à atteindre l'objectif principal poursuivi par une augmentation du capital social.

31. Il ne nous paraît pas davantage possible d'imputer aux demandeurs un exercice abusif du droit attribué par la disposition communautaire en raison du fait qu'ils n'ont pas fait usage du droit préférentiel sur les nouvelles actions émises à l'occasion de l'augmentation de capital litigieuse.

Sur ce point, nous estimons suffisant de nous limiter à observer que l'exercice du droit préférentiel sur les nouvelles actions aurait comporté, de la part des actionnaires, un aval de la décision d'augmenter le capital sans le consentement de l'assemblée, décision que les actionnaires ont au contraire contestée précisément au motif qu'elle violait l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive. Dans ces conditions, il serait par conséquent singulier, voire même paradoxal, de qualifier d'abusif l'exercice du droit conféré aux actionnaires par cette disposition, alors que ces derniers ont voulu réagir à la violation de ce droit, violation concrétisée à travers l'augmentation du capital social par voie administrative, donc sans leur consentement. Autrement, en effet, la portée de la disposition communautaire en question serait modifiée: on parviendrait donc à un résultat non conforme à celui voulu par le droit communautaire à travers l'harmonisation des dispositions sur les sociétés dont il est question.

Conclusion

32. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par l'Efeteio-Athina:

« 1) Le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition interne qui autorise le juge national à vérifier si un droit conféré par une disposition communautaire a été exercé par l'intéressé d'une manière abusive, dès lors que le plein effet et l'application uniforme de celle-ci s'avèrent de la sorte compromis. Pour effectuer une telle vérification, le juge national ne peut pas non plus se fonder sur des principes généraux de droit communautaire.

2) L'exercice du droit conféré aux actionnaires par l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, en vertu duquel l'augmentation du capital social doit exclusivement être décidée par l'assemblée, ne peut être qualifié d'abusif du seul fait que ces actionnaires ont tiré avantage de l'augmentation de capital, décidée en violation de cette disposition, ou n'ont pas fait usage du droit préférentiel sur l'achat des nouvelles actions. »