FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 4. februar 1998 *

1. De to præjudicielle spørgsmål, som er genstand for denne sag, og som er stillet af Efetio, Athen (appelinstansen), giver Domstolen anledning til at tage stilling til muligheden for at påberåbe sig misbrug af rettigheder, når der er tale om individuelle rettigheder i henhold til fællesskabsretten. Nærmere bestemt ønsker den pågældende ret oplyst, om et princip om misbrug af rettigheder i et bestemt nationalt system også kan finde anvendelse i en situation, hvor den påberåbte rettighed er fastsat ved fællesskabsbestemmelser, og, hvis ikke, om de betingelser, der i fællesskabsretten skal være opfyldt for at antage, at den pågældende rettighed er blevet misbrugt, konkret foreligger.

Retsregler og retspraksis

Det skal indledningsvis bemærkes, at tvisten i hovedsagen vedrører retssager anlagt i Grækenland vedrørende fortolkningen og anvendelsen af artikel 25 i Rådets andet 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 bevarelsen af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde [1] (herefter »andet direktiv«). Domstolen er bekendt med disse retstvister, eftersom den flere gange udtrykkeligt har fastslået, at andet direktivs artikel 25 også finder anvendelse på kriseramte virksomheder under særlige ordninger [2]. I den foreliggende sag er Domstolen blevet anmodet om at udtale sig om — og på hvilke betingelser — dens fortolkning af andet direktivs artikel 25 kan fraviges, når de betingelser, der er opstillet i national ret for med held at påberåbe sig misbrug af rettigheder, er opfyldt. Domstolen har allerede, om end kun indirekte, beskæftiget sig med dette spørgsmål i dommen i sagen Pafitis m.fl. [3].

— *Fællesskabets retsforskrifter*

2. Herom skal det blot nævnes, at det følger af andet direktivs artikel 25, stk. 1, at:

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT 1977 L 26, s. 1.

2 — Jf. dom af 30.5.1991, forenede sager C 19/90 og C-20/90, Karella og Karellas, Sml. I, s. 2691, af 24.3.1992, sag C 381/89, Sindesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl., Sml. I, s. 2111, af 12.11.1992, forenede sager C 134/91 og C 135/91, Kerafina-Keramische und Finanz Holding og Vioktimatiki, Sml. I, s. 5699, og af 12.3.1996, sag C 441/93, Pafitis m.fl., Sml. I, s. 1347.

3 — Jf. foregående note, præmis 67 70.

»Enhver kapitalforhøjelse skal vedtages af generalforsamlingen. Denne beslutning såvel som gennemførelsen af forhøjelsen af den tegnede kapital offentliggøres efter de fremgangsmåder, der er fastsat i hver medlemsstats lovgivning i overensstemmelse med artikel 3 i direktiv 68/151/EØF.«

— *Nationale bestemmelser*

3. Ved lov nr. 1386/1983 af 5. august 1983 [4] oprettedes i Grækenland Organismos Ikonomikos Anasingkrotisis Epichiriseon AE (organisation til finansiel sanering af virksomheder, herefter »OAE«), et aktieselskab, hvori staten tegnede sig for samtlige aktier, og som har til formål at bidrage til landets sociale og økonomiske udvikling (artikel 2, stk. 2). Til dette formål kan OAE blandt andet overtage administrationen og driften af virksomheder, der skal effektiviseres, eller nationaliserede virksomheder, indskyde kapital i virksomheder, yde lån, erhverve obligationer samt overdrage aktier til fysiske og juridiske personer (artikel 2, stk. 3).

I henhold til lovens artikel 8, stk. 8, kan OAE, hvis den midlertidigt leder et selskab, som en undtagelse fra gældende bestemmelser om aktieselskaber, som foreskriver generalforsamlingens enekompetence, beslutte at gennemføre en forhøjelse af det pågældende selskabs kapital. Hidtidige aktionærer bevarer imidlertid en fortegningsret til indkøb af nye aktier, en rettighed, som skal udøves inden for en i ministerens godkendelsesbeslutning fastsat frist.

4. I den foreliggende sag har den græske retsplejelovs artikel 281 en særlig betydning. Bestemmelsen har følgende indhold: »En rettighed kan ikke gøres gældende, hvis det klart ville stride mod god tro og redelig handlemåde eller den pågældende rettigheds sociale og økonomiske formål.« Det er netop denne bestemmelse, som ifølge den græske stat er til hinder for, at andet direktivs artikel 25 kan gøres gældende i den foreliggende sag.

— *Retspraksis på området*

5. Som nævnt ovenfor har Domstolen flere gange præciseret rækkevidden og virkningerne af andet direktivs artikel 25 netop i forhold til den omtalte græske lovgivning. Efter at Domstolen har fået forelagt præjudicielle spørgsmål i forskellige retssager anlagt af aktionærer som følge af administrativt fastsatte kapitalforhøjelser, har den fastslået dels, at direktivets artikel 25, stk. 1, har direkte virkning [5], dels at bestemmelsen er til hinder for nationale regler, som — med hen-

4 — *Den Hellenske Republiks Officielle Tidende*, nr. 107 af 8.8.1983, s. 14. Bestemmelserne i lov nr. 1386/1983 er siden blevet ændret ved lov nr. 1882/1990 (*Den Hellenske Republiks Officielle Tidende A*, nr. 43 af 23.3.1990) med henblik på at bringe den i overensstemmelse med bestemmelserne i andet direktiv, navnlig dets artikel 25 og 29. Det er næppe nødvendigt at bemærke, at denne sag er omfattet af de græske bestemmelser, som var gældende før de ved lov nr. 1882/1990 indførte ændringer.

5 — Domme i sagerne Karella og Karellas, Sindesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl. og Kerafina-Keramische und Finanz-Holding og Vioktimatiki (jf. note 2), henholdsvis præmis 23, 38 og 18.

blik på at sikre saneringen af kriseramte selskaber — bestemmer, at der administrativt kan træffes beslutning om en forhøjelse af selskabskapitalen [6], også hvor hidtidige aktionærers fortegningsret til nyudstedte aktier bevares [7]. Andet direktivs hovedformål, som er at sikre aktionærer i samtlige medlemsstater en minimumsbeskyttelse, ville således »blive bragt alvorligt i fare, hvis medlemsstaterne kunne fravige direktivet ved at opretholde bestemmelser — uanset om disse betegnes som særlove eller undtagelsesbestemmelser — som hjemler mulighed for, at der administrativt og uden en beslutning fra generalforsamlingen kan vedtages en forhøjelse af selskabskapitalen, som enten medfører, at de hidtidige aktionærer forpligtes til at forhøje deres indskud, eller at de må acceptere nye aktionærer i selskabet, således at deres indflydelse på selskabets beslutninger formindskes« [8].

Med andre ord, og som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen Pafitis m.fl. [9], har Domstolen fastslået, at generalforsamlingen, selv med hjemmel i en særordning for selskabets sanering, hverken kan fratages eller give afkald på sin »inderste« beføjelse: beføjelsen til at ændre omfanget af selskabskapitalen, dvs. selskabets og således også aktionærernes formue.

6. I dommen i sagen Pafitis m.fl. præciserede Domstolen i øvrigt, selv om der ikke direkte var stillet spørgsmål herom, at det ville »være til hinder for fællesskabsrettens ensartede anvendelse ... dersom en aktionær, som gør andet direktivs artikel 25, stk. 1, gældende, ansås for at misbruge sine beføjelser, blot fordi han var mindretalsaktionær i et selskab, som var omfattet af en saneringsordning, eller fordi han havde haft fordel af selskabets sanering. Da artikel 25, stk. 1, finder anvendelse på alle aktionærerne uafhængigt af udfaldet af en eventuel sanering, vil det nemlig indskrænke rækkevidden af artikel 25, stk. 1, såfremt et søgsmål støttet på denne bestemmelse af den grund blev anset for udtryk for misbrug« [10].

Denne præcisering har vist sig nødvendig, idet afgørelsen fra Fællesskabets retsinstanser og dermed en fortolkning af artikel 25 — som det fremgår af forelæggelsesdommen — ikke ville være blevet anvendt, dersom den

6 — Domme i sagerne Karella og Karellas, Sindesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl. og Kerafina-Keramische und Finanz-Holding og Vioktimatiki (jf. note 2), henholdsvis præmis 36, 37 og 18.

7 — Domme i sagerne Karella og Karellas og Kerafina-Keramische und Finanz-Holding (jf. note 2), henholdsvis præmis 36 og 18.

8 — Domme i sagerne Karella og Karellas, Sindesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl. og Pafitis m.fl. (jf. note 2), henholdsvis præmis 26, 33 og 39.

9 — Forslag til afgørelse fremsat den 9.11.1995, Sml. 1996 I, s. 1349, punkt 13.

10 — Dommen i sagen Pafitis m.fl. (jf. note 2), præmis 7.

nationale domstol var nået til den konklusion, at de nationalt fastsatte betingelser var opfyldt, og dernæst antog, at den i artikel 25 hjemlede rettighed var blevet misbrugt i den pågældende sag. Domstolen understregede udtrykkeligt — endog før den havde afvist, at dette var tilfældet — at det derfor ikke var nødvendigt »at udtale sig om, hvorvidt det inden for Fællesskabets retsorden er tilladt at anvende en national bestemmelse til vurdering af, om en rettighed, der følger af de omhandlede fællesskabsbestemmelser, misbruges«, idet den dog tilføjede »at gennemførelsen af en sådan bestemmelse under alle omstændigheder ikke må være til hinder for fællesskabsbestemmelsernes fulde virkning og ensartede anvendelse i medlemsstaterne« [11].

Faktiske omstændigheder og præjudicielle spørgsmål

7. Den foreliggende sag er anlagt af visse aktionærer, som ønsker at få ophævet de ministerielle foranstaltninger, som har ført til forhøjelsen af selskabskapitalen, i det omfang foranstaltningerne er truffet i strid med andet direktivs artikel 25. I denne sag er der tale om aktionærer fra aktieselskabet Athinaiki Chartopiia AE, et selskab, som siden den 30. marts 1984 har været underlagt ordningen i lov nr. 1386/1983. Den 28. maj 1986 besluttede OAE, som stod for forvaltningen af selskabet — inden for rammerne af den midlertidige ledelse og i henhold til lovens artikel 8, stk. 8 — at forhøje selskabskapitalen med 940 mio. GRD. Ved beslutning nr. 153 af 6. juni 1986 godkendte statssekretæren for industri, energi og teknologi forhøjelsen af selskabskapitalen og fastsatte de nærmere regler herfor, idet de hidtidige aktionærer fik fortegningsret til nyudstedte aktier, en rettighed, som de skulle udøve inden for en frist på en måned efter offentliggørelsen af beslutningen i *Den Hellenske Republiks Officielle Tidende*.

Sagsøgerne benyttede sig ikke af denne rettighed. De gjorde navnlig gældende, at kapitalforhøjelsen, som blev fastlagt efter de ovennævnte retningslinjer, var i strid med andet direktivs artikel 25, stk. 1. Den 10. november 1987 anlagde de således sag ved Polimeles Protodikio, Athen, med påstand om, at forhøjelsen af aktiekapitalen blev erklæret ugyldig. Sagsøgte blev frifundet ved dom nr. 5136 af 1988.

8. Den 28. juni 1989 ankede de berørte aktionærer denne dom til Efetio, Athen. Ved kendelse nr. 5943 af 1994 ophævede denne retsinstans førsteinstansens dom med henvisning til, at den var i klar modstrid med Fællesskabets retspraksis på området [12]. I samme kendelse og før den endelige domskonklu-

11 — Dommen i sagen Pafitis m.fl. (jf. note 2), præmis 68.

12 — Idet den tog udgangspunkt i denne retspraksis, understregede den pågældende ret i forelæggelsesdommen, at andet direktivs artikel 25, stk. 1, forbyder en kapitalforhøjelse som den, der var truffet beslutning om til fordel for selskabet Athinaiki Chartopiia AE. Retten præciserede, at det følger af Fællesskabets retspraksis på området, at den pågældende bestemmelse »er en klar og præcis og ubetinget bestemmelse, som indfører det almindelige princip om, at kompetencen til at beslutte kapitalforhøjelser tilkommer aktionærernes generalforsamling og ikke tredjemænd, som ikke har nogen forbindelse hertil, såsom ministeren, hvis afgørelser er ugyldige og ikke skaber nogen forpligtelse hverken for de fysiske eller juridiske personer, som omfattes af disse afgørelser«.

sion pålagde Efetio også den græske stat, som havde påberåbt sig misbruget, at føre bevis for, at aktionærerne havde misbrugt deres rettigheder ved at anlægge et annullationssøgsmål på grundlag af andet direktivs artikel 25. Ifølge den nationale ret skulle den almindelige retsgrundsætning i den græske retsplejelovs artikel 281, som forbyder misbrug af rettigheder, således kunne finde anvendelse selv i situationer, hvor den bestemmelse, der gøres gældende under retssagen, udspringer af fællesskabsretten.

9. Efter en opsummering af sagen gik Efetio over til vurderingen af de af den græske stat førte beviser for det påståede misbrug af rettigheden i henhold til andet direktivs artikel 25 og nåede til den konklusion, at de i retsplejelovens artikel 281 fastsatte betingelser var opfyldt i denne sag. Denne ret antog således, at de sagsøgende aktionærer havde misbrugt rettigheden, idet det klart ville stride mod god tro og redelig handlemåde eller den pågældende rettigheds sociale og økonomiske formål at gøre den gældende.

Dette ville blive bevist ved en række særdeles afslørende elementer, nogle af objektiv, andre af subjektiv karakter. Retten henviser navnlig til den økonomiske katastrofesituation, selskabet befandt sig i, hvor en konkurs var uundgåelig [13], til de åbenbare fordele sagsøgerne havde opnået ved regeringens saneringen [14] samt til den omstændighed, at sagsøgerne ikke havde gjort brug af deres fortegningsret til tegning af aktier udstedt efter saneringen.

10. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt en sådan fremgangsmåde er korrekt fra et fællesskabsretligt synspunkt. Ifølge denne ret efterlader de af Domstolen i dommen i sagen Pafitis m.fl. afgivne anvisninger spørgsmålet åbent i den forstand, at den på ingen måde præciserer hvem (medlemsstaternes retsinstanser eller Fællesskabets retsinstanser) og på grundlag af normerne og principperne i hvilken retsorden (den nationale eller Fællesskabets), det skal vurderes, om den, som har en rettighed i henhold til en fællesskabsbestemmelse, har misbrugt den.

13 — I den forbindelse kan man i forelæggelsesdommen læse, at »den kriseramte virksomhed Athinaiki Chartopiia AE i det tidsrum, hvor den var underlagt særordningen i lov nr. 1386/1983 ... havde forfalden bankgæld, og gæld til andre kreditorer på ca. 17 203 894 160 GRD, og altså måtte anses for at have et stort likviditetsproblem på grund af sin store gældsættelse, således at selskabet var uden egne midler og dets aktiver ikke længere var tilstrækkelige til at dække dets forpligtelser. På grundlag af de disponible værdier var underskuddet på i hvert fald 3 500 mio. GRD. Selv om disse værdier blev realiseret til den mest fordelagtige pris på markedet, ville gælden altså fortsat udgøre det ovenfor nævnte beløb«.

14 — Navnlig anfører den nationale ret i forelæggelsesdommen, at »aktieværdien var på dette tidspunkt nul, mens kapitalforhøjelsen på 940 mio. GRD, som blev foretaget af OAE, samt den herefter foretagne konvertering af gælden til aktier indebar, at selskabet var bragt på fode og derfor altså vil kunne sælges til tredjemænd på interessante vilkår, hvilket vil gøre det muligt at udligne gælden og give de tidligere aktionærer garanti for en økonomisk godtgørelse på grundlag af antallet af de aktier, som disse endnu besad«.

Ud fra dette synspunkt har den nationale ret således fundet det nødvendigt for sin afgørelse at anmode Domstolen om at præcisere, i hvilket omfang og under hvilke betingelser det er muligt også at anvende begrebet misbrug af rettigheder i en situation, hvor den påberåbte retsstilling følger af fællesskabsretten. Nærmere bestemt har den stillet Domstolen to spørgsmål, som er affattet således:

»1) Har en national ret mulighed for at anvende en national lovbestemmelse (her artikel 281 i den græske retsplejelov) ved vurderingen af, om en rettighed i henhold til de omtvistede fællesskabsbestemmelser er blevet misbrugt, eller foreligger der i fællesskabsretten andre skrevne eller uskrevne principper — og hvilke — som den nationale ret kan støtte sig på i det konkrete tilfælde?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, altså hvis De Europæiske Fællesskabers Domstol forbeholder sig denne kompetence af hensyn til en ensartet anvendelse af fællesskabsbestemmelserne, kan et søgsmål på grund af overtrædelse af artikel 25, stk. 1, i Rådets andet direktiv 77/91/EØF da forkastes på grundlag af de konkrete omstændigheder, som der er blevet redegjort for af den græske stat, sagsøgte og indstævnte, og som har været genstand for bevisoptagelse som anordnet i nærværende appelinstans' dom nr. 5943/1994, og som er blevet nøjere beskrevet ovenfor i nærværende dom eller i hvert fald på grundlag af visse af dem?«

Det første spørgsmål

11. Med det første spørgsmål anmoder den forelæggende ret således Domstolen om at præcisere, om et eventuelt misbrug af en rettighed i henhold til en fællesskabsbestemmelse kan vurderes i lyset af de relevante bestemmelser i national ret, eller om denne vurdering, netop fordi den påberåbte retssituation udspringer af fællesskabsretten, skal foregå på grundlag af fællesskabsrettens almindelige retsgrundsætninger.

Den forelæggende ret har stillet spørgsmålet om misbrug af rettigheder i generelle vendinger, dvs. uafhængigt af den i denne sag påberåbte fællesskabsbestemmelse og af den nationale bestemmelse, som forbyder misbrug af rettigheder i den pågældende nationale retsorden. Med spørgsmålet ønskes det således oplyst, om det tilkommer den nationale ret at træffe afgørelse, om der foreligger et misbrug af rettigheder, og om denne ret i den forbindelse kan anvende bestemmelserne i sin nationale retsorden, eller om den er forpligtet til at anvende de af fællesskabsrettens almindelige retsgrundsætninger, som eventuelt er relevante for sagen og hvis nærmere afgrænsning henhører under Domstolen.

12. For det første ligger kompetencen til i en præjudiciel sag at vurdere, om der foreligger misbrug af rettigheder, i sidste ende hos den nationale ret, uanset om denne vurdering sker på grundlag af nationale bestemmelser eller i lyset af fællesskabsretlige parametre. Det er næsten overflødigt at tilføje, at Domstolen i begge tilfælde bevarer sin fortolkningskompetence, om end fra en anden synsvinkel, med henblik på at sikre, at den påberåbte fællesskabsbestemmelse fortolkes og anvendes korrekt.

Det stillede spørgsmål skal således fortolkes korrekt i den forstand, at det skal fastslås på baggrund af hvilken retsorden, den nationale eller Fællesskabets, misbruget af rettigheder skal vurderes. I den forbindelse skal der imidlertid først tages stilling til, om Fællesskabets retsorden tillader, at anvendelsen af dens bestemmelser gøres betinget af, og i givet fald lammes af misbrug af rettigheder.

13. Efter denne præcisering skal der til brug for en sådan stillingtagen tages udgangspunkt i dommen i sagen Pafitis m.fl. [15], i hvilken Domstolen traf afgørelse i en fuldstændig tilsvarende sag. Idet Domstolen i denne sag præciserede, at gennemførelsen af en national retsregel ikke måtte være til hinder for fællesskabsbestemmelsernes fulde virkning og ensartede anvendelse, henholdt den sig reelt til at undersøge, om betingelserne i den pågældende sag var opfyldt for at antage, at andet direktivs artikel 25, stk. 1, var blevet misbrugt. Dette spørgsmål blev besvaret benægtende på grundlag af en fortolkning af den pågældende fællesskabsbestemmelse.

Som nævnt understregede Domstolen ved denne lejlighed udtrykkeligt, at det ikke var nødvendigt at tage stilling til, om Fællesskabets retsorden tillader eller forbyder anvendelsen af en national regel ved vurderingen af, om en rettighed ifølge de pågældende fællesskabsbestemmelser er blevet misbrugt. Domstolen lod det principielle spørgsmål stå åbent, men udelukkede til sidst, at aktionærernes sag til annullation af den kapitalforhøjelse, som var besluttet i strid med andet direktivs artikel 25, stk. 1, kunne betragtes som misbrug. Domstolen henviste i afgørelsen til, at anvendelsen af en sådan national regel, selv om den kunne anerkendes, ville være til hinder for fællesskabsrettens fulde virkning og ensartede anvendelse.

14. Hvis en sådan løsning anvendes i den foreliggende sag, er det indlysende, at svaret nødvendigvis må være det samme, i den forstand, at det fortsat må afvises, at de i andet direktivs artikel 25, stk. 1, indeholdte befø-

15 — Det bemærkes i øvrigt, at Domstolen i sagen Sindesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl. (jf. note 2) ikke berørte spørgsmålet som følge af, at denne problemstilling — selv om parterne i hovedsagen havde rejst den over for Domstolen — ikke var genstand for noget præjudicielt spørgsmål (præmis 18). I den forbindelse henvises også til mit forslag til afgørelse i denne sag (Sml. 1992 I, s. 2126, punkt 8).

jelser er blevet misbrugt af de sagsøgende aktionærer. Et sådant svar, som utvivlsomt ville være tilstrækkeligt til at træffe afgørelse i denne sag, ville imidlertid være forenklet, eftersom den forelæggende ret anmoder Domstolen om at afklare en problemstilling, som ikke blev afgjort i dommen i sagen Pafitis m.fl., dvs. at præcisere, om Fællesskabets retsorden tillader eller forbyder anvendelsen af en national bestemmelse om misbrug af rettigheder, vel at mærke når det drejer sig om rettigheder, som er tildelt ved fællesskabsbestemmelser, eller om misbrug af en rettighed kun kan bedømmes efter Fællesskabets parametre.

15. Under alle omstændigheder bemærkes for det første, at en antagelse om, at en national regel, i det foreliggende tilfælde om misbrug af rettigheder, kan have som virkning at forværre en tilsidesættelse af fællesskabsretten — i dette tilfælde den bestemmelse, som forbeholder beslutninger om forhøjelse af kapitalen til generalforsamlingen — ville være ensbetydende med en underkendelse af det grundlæggende princip om fællesskabsrettens forrang for national ret [16]. Således er det indlysende, at den pågældende fællesskabsbestemmelse ville blive gjort uvirksom som følge af et modstridende materielt retsprincip fra den nationale retsorden, hvilket uundgåeligt ville være til hinder for fællesskabsbestemmelsernes fulde virkning og ensartede anvendelse. En konflikt af denne art — for der er tale om en konflikt — skal således løses efter princippet om fællesskabsrettens forrang.

16 — Jf. herom mine bemærkninger i forslaget til afgørelse i sagen Pafitis m.fl. (Sml. 1996 I, s. 1349, punkt 17).

16. En sådan konklusion bekræftes af Domstolens udtalelse i en sag, hvor den nationale ret ønskede at anvende princippet om »objektiv ubillighed«, som ville have medført en fravigelse af en fællesskabsbestemmelse. Således fastslog Domstolen, at det ville være i strid med kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne at anerkende, »at en national myndighed havde ret eller endog pligt til ikke at anvende en fællesskabsretlig bestemmelse i et tilfælde, hvor den mente, at en sådan anvendelse ville føre til et resultat, som fællesskabslovgiver klart ville have søgt at undgå, hvis man havde forudset dette tilfælde, da den pågældende bestemmelse blev vedtaget. Såfremt et sådant almindeligt retsprincip blev accepteret, ville det kunne forhindre fællesskabsbestemmelserne i at få fuld virkning i medlemsstaterne, og det ville gøre indgreb i det grundlæggende princip om fællesskabsrettens ensartede anvendelse i hele Fællesskabet« [17].

Endvidere havde Domstolen allerede udtalt sig i samme retning i en tidligere dom, hvori den, efter at være blevet anmodet om at tage stilling til, om der kunne ske afgiftsfritagelse af billighedsgrunde for afgifter, der pålægges i medfør af fællesskabsretten, understregede dels, at anvendelsen af en billighedsregel i den nationale lovgivning eventuelt kan være

17 — Dom af 14.11.1985, sag 299/84, Neumann, Sml. s. 3663, præmis 25. I denne dom tilføjede Domstolen dog, at »fællesskabsretten giver enhver domstol i medlemsstaterne en løsning, som er i fuld overensstemmelse med kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne. En sådan domstol ... kan henvende sig til Domstolen i overensstemmelse med traktatens artikel 177 for at opnå en fortolkning af den pågældende fællesskabsbestemmelse eller i givet fald en afgørelse om dennes ugyldighed, som gør det muligt at undgå den ubillighed, som den mener at have konstateret« (præmis 26).

begrundet i forbindelse med de for opkrævningen af en fællesskabsretlig afgift gældende formaliteter, dels at »hensyntagen til en sådan regel [er] udelukket, såfremt den ændrer rækkevidden af fællesskabsrettens bestemmelser for afgiftens beregnings- eller ligningsgrundlag eller dens størrelse« [18].

17. Den ovenfor gennemgåede retspraksis viser således, at den nationale bestemmelse ikke kan finde anvendelse i det omfang, den ændrer rækkevidden af den pågældende fællesskabsbestemmelse, dvs. når den er til hinder for fællesskabsbestemmelsernes fulde virkning og ensartede anvendelse, og når den bryder med princippet om fællesskabsrettens forrang.

Hvis man ser nærmere efter, anvendte Domstolen den samme argumentation i dommen i sagen Pafitis m.fl. Domstolen fastslog, at artikel 25, stk. 1, fandt anvendelse på alle aktionærerne uafhængigt af udfaldet af en eventuel sanering, og at det således ville »indskrænke rækkevidden af artikel 25, stk. 1, såfremt et søgsmål støttet på denne bestemmelse af den grund blev anset for udtryk for misbrug« [19], hvorved den fremhævede, at anvendelsen af en regel eller et princip i national ret under ingen omstændigheder kan foranledige, at Fællesskabets retsorden »blåstempler« en tilsidesættelse af dens bestemmelser.

18. På grundlag af de ovenstående betragtninger kan det for det første konkluderes, at fællesskabsretten ikke tillader en national ret at anvende en national bestemmelse, når denne bestemmelse fører til en løsning, som ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Dette er utvivlsomt tilfældet i den foreliggende sag, idet den nationale bestemmelse, som ønskes beskyttet ved hjælp af reglen om misbrug af rettigheder — som det følger af fast praksis, og som den forelæggende ret har anerkendt i forelæggelsesdommen — klart er i strid med andet direktivs artikel 25, som de sagsøgende aktionærer har påberåbt sig netop med det formål at anfægte den pågældende overtrædelse.

En sådan konklusion giver dog ikke noget udtømmende svar på det af den nationale ret stillede spørgsmål, eftersom denne ret også er i tvivl om, hvorvidt der findes fællesskabsretlige principper, hvormed det er muligt at sanktionere misbrug af rettigheder. Ganske vist kan man vanskeligt forestille sig, at der skulle gælde et almindeligt princip i fællesskabsretten, som medfører, at en rettighed i henhold til en fællesskabsbestemmelse på et harmoniseret område som selskabsområdet, som der her er tale om, fraviges som følge af en modstridende national bestemmelse. Jeg finder det ikke desto mindre nødvendigt, under hensyn til det stillede spørgsmåls

18 — Dom af 28.6.1977, sag 118/76, Balkan-Import-Export, Sml. s. 1177, præmis 5.

19 — Dommen i sagen Pafitis m.fl. (jf. note 2), præmis 70.

ordlyd og rækkevidde, at fremføre visse bemærkninger herom.

19. For det første har udviklingen og anvendelsen af uskrevne principper i Fællesskabets retspraksis på trods af, at der ikke foreligger udtrykkelig bestemmelse herom, fået en ikke uvæsentlig betydning. Ud over at tjene som fortolkningskriterier har disse principper hovedsagelig til formål at fastlægge grænserne for administrationens magtudøvelse over for borgerne og i bredere forstand at vurdere lovligheden af en retsakt eller adfærd fra en fællesskabsinstitution eller medlemsstat.

Det bemærkes, at disse principper, ligesom i national retspraksis, udelukkende er dommerskabte, og at de således er fællesskabsrettens egne, således forstået, at de ingenlunde er overtaget, tilfælde for tilfælde, fra andre retssystemer. Endelig gør Domstolen, med henblik på at fremhæve og definere de almindelige retsgrundsætninger, brug af erfaringerne fra de nationale retsordener, idet den dog altid tilpasser det pågældende særlige princip til Fællesskabets behov, virke og målsætninger.

20. I den forbindelse skal det tilføjes, at den omstændighed, at den eneste fællesskabsbestemmelse, som henviser til »de almindelige retsgrundsætninger, som er fælles for medlemsstaternes retssystemer«, dvs. traktatens artikel 215, kun finder anvendelse på Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold og på den heraf følgende erstatningsforpligtelse, bestemt ikke kan fortolkes således, at Domstolen ved fastlæggelsen og anvendelsen af uskrevne retsgrundsætninger i Fællesskabets retsorden ikke kan benytte sig af erfaringerne fra de nationale retsordener. I virkeligheden udgør henvisningen til almindeligt anerkendte retsgrundsætninger en fast bestanddel af Fællesskabets retspraksis, hvori indgår bekræftelsen af de uskrevne retsgrundsætninger. Domstolen har i øvrigt udtrykkeligt understreget, at det tilkommer den »ved udførelsen af den opgave, traktatens artikel 164 tillægger den, at værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaten, at træffe afgørelse ... i overensstemmelse med almindeligt anerkendte fortolkningsmetoder, bl.a. under hensyntagen til fællesskabsrettens grundlæggende principper og i givet fald til de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer« [20].

Denne udtalelse skal dog efter min opfattelse ikke forstås således, at der findes to forskellige kategorier af almindelige retsgrundsætninger, henholdsvis dem, der hører til Fællesskabets egen retsorden, og dem, der er udledt af national retspraksis. Visse principper har ganske vist hjemmel i traktatens egne bestemmelser eller kan i hvert fald udledes heraf (dette gælder f.eks. proportionalitetsprincippet), hvorimod andre er blevet frem-

20 — Dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 27. Se endvidere dommens præmis 41, hvori Domstolen fastslog, at den også, når der ikke findes skriftlige regler, lader sig lede af de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer på andre områder af fællesskabsretten end området for Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold.

hævet og fastlagt med henvisning til national retspraksis (dette gælder f.eks. princippet om beskyttelse af den berettigede forventning). Ikke desto mindre er der i begge situationer tale om principper, som Fællesskabets retsorden har gjort til sine egne, dvs. principper, som efter at de én gang er anvendt, er blevet en integreret del af denne retsorden.

21. I lyset af disse overordnede betragtninger er der grundlag for at stille spørgsmålet, om betingelserne er opfyldt for at udvikle og/eller definere en almindelig retsgrundsætning om misbrug af rettigheder i fællesskabsretten. Senest er der også i litteraturen ytret ønske herom [21].

I den forbindelse bemærkede jeg i mit forslag til afgørelse i sagen Pafitis m.fl., efter at jeg havde anført, at det i næsten alle medlemsstater er muligt at påberåbe sig, at en rettighedsindehaver misbruger rettigheden, at selv om et sådant retsskridt er underlagt forskellige fremgangsmåder og betingelser, forelå der ikke på det daværende tidspunkt nogen fællesskabslovgivning på området [22]. Jeg har ikke ændret opfattelse, således forstået, at betingelserne ikke i mellemtiden er blevet opfyldt for i Fællesskabets retsorden at »rodfæste« en almindelig retsgrundsætning, hvorefter man kan nægte en rettighed i henhold til en fællesskabsbestemmelse med henvisning til, at den er blevet misbrugt.

22. Der er flere grunde til, at jeg når til denne konklusion. For det første er det min opfattelse, at betingelserne ikke er opfyldt for at opstille en fælles definition af princippet om misbrug af rettigheder i lyset af national retspraksis. En undersøgelse af, om dette begreb findes, og hvorledes det anvendes i de forskellige medlemsstater, bekræfter denne opfattelse.

Selv om de fleste medlemsstater ganske vist kender til begrebet misbrug af rettigheder [23], er det utvivlsomt, at dette juridiske begreb i visse af disse stater langt fra udgør en almindelig retsgrundsætning, og således kun finder anvendelse i særlige lovbestemte situatio-

21 — Jf. L. Neville Brown: »Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?« i *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994, s. 511 ff.

22 — Det var netop med denne begrundelse, at jeg nåede til den konklusion, at den nationale ret på grundlag af sin egen retsorden i princippet kan tage stilling til, hvorvidt der foreligger misbrug af en rettighed i henhold til en fællesskabsbestemmelse (jf. forslag til afgørelse i sagen Pafitis m.fl., nævnt i note 16, punkt 28). En sådan stillingtagen kan dog, som jeg anførte i forslaget til afgørelse, aldrig føre til, at den pågældende bestemmelses formål tilsidesættes, og dermed være til hinder for dens ensartede anvendelse i alle medlemsstater, hvilket utvivlsomt ville være tilfældet i den foreliggende sag (jf. punkt 30-33).

23 — Det bemærkes dog, at dette begreb ikke i sig selv forekommer i britisk, irsk eller i dansk ret.

ner [24]. Dertil kommer, at selve indholdet og betingelserne for anvendelse af dette »princip« varierer mærkbart fra stat til stat [25].

23. Denne omstændighed er ganske vist ikke afgørende. I den forbindelse skal det blot, i tilslutning til det ovenfor anførte, bemærkes, at fastlæggelsen af en almindelig retsgrundsætning på fællesskabsplan ikke nødvendigvis kræver, at det pågældende princip forekommer i samtlige nationale retsordener, og at der gælder de samme betingelser og bestemmelser for dets anvendelse. Således er der tale om principper, som indgår i Fællesskabets retssystem, og som dermed opnår deres egen autonomi alt efter dette systems struktur og målsætninger.

Selv om det har betydning for sagen, at det er umuligt, med henvisning til almindelige retsprincipper, som er fælles for samtlige medlemsstater, at opstille en fælles definition, som også er præcis og detaljeret, af begrebet misbrug af rettigheder, er dette dog ikke den eneste grund til, at et sådant princip efter min mening ikke gælder i Fællesskabets retsorden. Således er det min opfattelse, at såvel karakteren som berettigelsen af et princip om misbrug af rettigheder tydeliggør, at der er tale om et retligt begreb, som har en sikker eller i det mindste begrundet eksistensberettigelse i veletablerede retsordener, men at dette langt mindre er tilfældet i et system som Fællesskabets, i hvilket integrationen langt fra kan betragtes som afsluttet. Overordnet set er det min opfattelse, at risikoen for, at der er en fejl i systemet — hvilket princippet om misbrug af rettigheder skal rette op på — er meget lille eller ikkeeksisterende i et retssystem som Fællesskabets, hvor systemet lettere og hurtigere gennem dommerens fortolkningsarbejde og praksis i almindelighed kan tilpasses til samfundets krav.

24. Når dette er sagt, må det også lægges til grund, at enhver retsorden, som stræber mod et minimum af fuldendelse, skal indeholde en form for beskyttelsesforanstaltninger, således at det undgås, at de af denne retsorden følgende rettigheder misbruges, udhules eller udvandes. Et sådant krav er på ingen måde fremmed for fællesskabsretten, eftersom det har fundet anvendelse ved flere lejligheder i Domstolens retspraksis.

I den forbindelse skal jeg især henvise til den tendens i retspraksis, hvorefter »personer, der er omfattet af traktathjemlede rettig-

24 — Dette er f.eks. tilfældet i italiensk ret, hvor begrebet misbrug af rettigheder udelukkende vedrører ejendomsretten (artikel 833 i codice civile). Selv om det antages, at begrebet misbrug af rettigheder omfatter visse situationer, hvori der efter britisk, irsk eller dansk ret sanktioneres for en sådan adfærd, er der tale om situationer, som er begrænset til visse afgrænsede retsområder.

25 — I den forbindelse bemærkes — idet der dog under alle omstændigheder er tale om en forenkling — at begrebet misbrug af rettigheder i visse retsorden omfatter en adfærd, der går ud over grænserne for udøvelsen af den pågældende ret (Belgien, Spanien, Luxembourg og Portugal), hvorimod den i andre retsordener finder anvendelse på en adfærd, som er i strid med redelig handlemåde og offentlig sædelighed (Tyskland, Grækenland, Portugal). Desuden foretages vurderingen af, om der foreligger misbrug af rettigheder i visse retsordener kun på grundlag af objektive elementer (Tyskland, Belgien, Luxembourg, Holland, Grækenland, Spanien og Portugal), hvorimod det i andre stater kræves, at visse subjektive elementer er til stede, herunder navnlig forsæt til at skade andre (Italien, og ifølge en del af retslitteraturen også Frankrig).

heder, ikke kan påberåbe sig disse med henblik på uretmæssigt at unddrage sig en anvendelse af national lovgivning, ligesom disse rettigheder ikke er til hinder for, at medlemsstaterne træffer de fornødne foranstaltninger til at forhindre misbrug af denne art« [26]. Domstolen har ligeledes præciseret, at de nationale retsordener kan afvise at gøre brug af fællesskabsretten i tilfælde af svigagtighed hos den person, som påberåber sig en rettighed i medfør af en fællesskabsbestemmelse [27].

25. Ud fra en overordnet betragtning er der grund til at henvise til Domstolens udtalelse om, at »de nationale domstole (således) på grundlag af objektive elementer (kan) tage misbrug eller svigagtige adfærd i betragtning som grundlag for i et konkret tilfælde at afvise, at vedkommende kan drage fordel af de påberåbte fællesskabsretlige forskrifter, men de skal ved vurderingen af en sådan adfærd tage hensyn til de formål, der forfølges med de pågældende forskrifter« [28].

Det følger af det ovenstående, at Domstolen anerkender, at en national domstol er berettiget til at sanktionere en omgåelse eller en udhuling af fællesskabsretten, men kun i de situationer, hvor det ikke strider mod de formål, som er tilsigtet med den pågældende bestemmelse, navnlig i situationer, hvor den påberåbte bestemmelse kun »tilsyneladende« vedrører den pågældende sag, eller hvor den, som påberåber sig rettigheden under en retssag, kun »tilsyneladende« er omfattet af den pågældende bestemmelse. Ved nærmere eftersyn betyder dette, at Domstolen med rette forbeholder sig retten til en materiel fortolkning af det omtvistede område af fællesskabsretten, dvs. af de grænser, som hører til den omhandlede individuelle retsstilling. Det anerkendes således, at der består en mulighed for at nægte nogen at påberåbe sig denne retsstilling, dog kun hvis det godtgøres, at disse grænser er overskredet. Dermed bliver spørgsmålet, om der foreligger misbrug af rettigheder, som eventuelt

26 — Dom af 7.7.1992, sag C-370/90, Singh, Sml. I, s. 4265, præmis 24. Jf. i samme retning bl.a. dom af 3.12.1974, sag 33/74, Van Binsbergen, Sml. s. 1299, præmis 13, af 7.2.1979, sag 115/78, Knoors, Sml. s. 399, af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 22, af 3.2.1993, sag C-148/91, Veronica Omroep Organisatie, Sml. I, s. 487, præmis 12, og senest dom af 5.10.1994, sag C-23/93, TV10, Sml. I, s. 4795, præmis 21.

27 — Dette var tilfældet i dommen af 3.3.1993 (sag C-8/92, General Milk Products, Sml. I, s. 779), hvori Domstolen fastslog, at »dette (gælder), medmindre det påvises, at indførslen og genudførslen af denne ost ikke har fundet sted som led i en almindelig handel, men alene har haft til formål *retsstridigt at profitere* af monetære udligningsbeløb ... Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om der foreligger en fiktiv handel« (præmis 21, min fremhævelse). Dette var også tilfældet i dommen af 27.9.1989 (sag 130/88, Van de Bijl, Sml. s. 3039, præmis 26), i hvilken Domstolen anerkendte, at værtsmedlemslandet ikke var forpligtet af en attestation, som bekræftede, at den omfattede person havde udøvet erhvervsvirksomhed i oprindelsesmedlemsstaten, »selv om det er oplyst, at han inden for samme periode har haft erhvervsmæssig beskæftigelse på værtsmedlemsstatens område« (præmis 27). I samme retning går dommen af 2.5.1996 (sag C-206/94, Paletta II, Sml. I, s. 2357), i hvilken Domstolen udtalte, at den i sagen påberåbte fællesskabsbestemmelse »ikke (er) til hinder for, at arbejdsgiveren fremlægger beviser, som i givet fald giver den nationale ret grundlag for at fastslå, at der har været tale om *misbrug eller svigagtig adfærd* derved, at arbejdstageren ikke har været syg, selv om han har anmeldt en i overensstemmelse med artikel 18 i forordning nr. 574/72 fastslået uarbejdsdygtighed« (præmis 27, min fremhævelse).

28 — Dommen i sagen Paletta II (jf. foregående note), præmis 25. Heri udtalte Domstolen, at et formodet misbrug fra indehaveren af en ved fællesskabsretten tildelt retsstilling på ingen måde kunne føre til, at arbejdstageren skulle anmodes om — ved hjælp af særlige midler, som var forskellige fra dem, som krævedes i medfør af den pågældende fællesskabsbestemmelse — at føre bevis for sygdommens egentlige karakter. Ellers ville man udhule formålet med denne norm, som netop er at sikre en arbejdstager, som bliver syg i en anden medlemsstat, en mulighed for at nøjes med at fremlægge en lægeerklæring udarbejdet af de kompetente myndigheder i denne stat. Hvis man ser nærmere efter, var der således ikke tale om misbrug af rettigheder i udtrykkets egentlige forstand, men snarere om svig.

påberåbes på grundlag af nationale bestemmelser, over for en retlig situation, som er skabt af fællesskabsretten, til et spørgsmål om fortolkningen af de pågældende fællesskabsretlige regler.

26. En sådan fortolkning af den omtalte retspraksis kan efter min opfattelse støttes på en nylig afsagt dom, i hvilken Domstolen udtrykkeligt udtalte, at der forelå misbrug af rettigheder. I den pågældende sag ønskede en tyrkisk arbejdstager at forlænge sit ophold i Tyskland, selv om han udtrykkelig havde erklæret, at han ville vende tilbage til Tyrkiet efter et erhvervsmæssigt uddannelsesforløb i det førstnævnte land, og opnåede efter og som følge af denne erklæring en midlertidig opholdstilladelse fra de kompetente myndigheder. Til dette formål påberåbte han sig den relevante »fællesskabsbestemmelse« [29]. Domstolen svarede klart og præcist på spørgsmålet, idet den udtalte, at »det ikke kan anses for svig, at en tyrkisk arbejdstager ønsker at forlænge sit ophold i værtsmedlemsstaten, uanset at han udtrykkeligt havde accepteret, at hans ophold var begrænset«. Domstolen tilføjede, at den omstændighed, at arbejdstageren havde tilkendegivet, at han havde til hensigt at vende tilbage til Tyrkiet efter at have haft beskæftigelse i den pågældende medlemsstat for at uddybe sine faglige kundskaber, ikke kunne afskære den pågældende fra de rettigheder, som følger af artikel 6, stk. 1, i associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 af 19. september 1980, »medmindre den forelæggende ret fastslår, at erklæringen *alene blev afgivet for uretmæssigt* at opnå arbejds- og opholdstilladelser i værtsmedlemsstaten« [30].

Således har Domstolen endnu en gang taget udgangspunkt i en definition af formålet med den pågældende norm og i en stillingtagen til dens egentlige grænser, for så at overlade det til den nationale ret at vurdere, om den skal finde anvendelse eller ej i den situation, hvor disse grænser er overskredet, og kun den, samt for så vidt angår den pågældende sag at vurdere, om arbejdstagerens svigagtige adfærd var godtgjort.

27. Domstolen har således foreløbig anerkendt, at hver national retsorden kan anvende sine egne retsgrundsætninger (uanset om der er tale om bestemmelser, som forbyder »fraude à la loi«, »pro forma« eller hvorfor ikke også »misbrug af rettigheder«) med henblik på at afskære den pågældende fra at påberåbe sig fællesskabsbestemmelser i bestemte foruddefinerede situationer, hvor det efter en nærmere gennemgang vurderes, at det ikke var hensigten, at disse bestemmelser skulle finde anvendelse, og hvor der således ikke foreligger nogen negative virkninger på den ensartede anvendelse af fællesskabsretten. I disse situationer skal det atter understreges, at det kan vise sig nødvendigt, at Domstolen foretager en fortolkning og en nærmere afgrænsning af formålene bag og

29 — Dom af 30.9.1997, sag C-36/76, Günaydin, Sml. I, s. 5143. Konkret var Domstolen blevet stillet følgende spørgsmål: »... udelukker en indsigelse om, at der foreligger misbrug af rettigheder, i så fald, at der foreligger et retskrav i henhold til artikel 6, stk. 1, i afgørelse nr. 1/80, når den tyrkiske arbejdstager klart har givet udtryk for, at han efter oplæringsperioden vil vende tilbage til Tyrkiet, og udlændingemyndighederne kun som følge af denne erklæring har meddelt ham tilladelse til midlertidigt ophold i Tyskland?«

30 — Samme dom, præmis 61 (min fremhævelse).

grænserne for den pågældende bestemmelse, således at man undgår en tilsidesættelse af de af fællesskabsretten beskyttede krav, som i den foreliggende sag vedrører harmonisering på selskabsområdet.

Som følge heraf er det min opfattelse, at der ikke i øjeblikket i Fællesskabets retsorden gælder nogen almindelig retsgrundsætning, som sanktionerer misbrug af en rettighed i henhold til fællesskabsretten, og at en sådan, selv om den måtte gælde, under alle omstændigheder ikke kan anvendes til at »blåstemple« en tilsidesættelse af de fællesskabsretlige regler, hvilket ellers ville være tilfældet i den foreliggende sag. Som følge af spørgsmålets formulering skal det endelig tilføjes, at det ikke i denne sag er muligt i stedet at henvise til de ved fællesskabsretten fastlagte principper såsom proportionalitetsprincippet, retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. I realiteten er det efter min opfattelse heller ikke hensigtsmæssigt at anvende disse principper med henblik på at fratage borgerne den ved fællesskabsretten tildelte beskyttelse, og så meget desto mindre at stadfæste og underbygge en konstateret tilsidesættelse af andet direktivs artikel 25, stk. 1.

Det andet spørgsmål

28. Det bemærkes, at den forelæggende ret med det andet spørgsmål — for det tilfælde, at det antages, at den ikke er kompetent til på grundlag af bestemmelserne i sin egen retsorden at vurdere, om der gælder et princip om misbrug af rettigheder, hvilket indebærer, at misbruget udelukkende kan bedømmes inden for fællesskabsrettens rammer — ønsker oplyst, om betingelserne i denne sag er opfyldt for at antage, at aktionærernes rettigheder i henhold til artikel 25, stk. 1, i andet direktiv er blevet misbrugt.

Som følge af min konklusion på det første spørgsmål er det min opfattelse, at der ikke er grundlag for at svare på dette spørgsmål. Desuden har Domstolen allerede i dommen i sagen Pafitis m.fl. [31] behandlet og løst problemet med anvendelsen af den græske bestemmelse om misbrug af rettigheder i forbindelse med påberåbelsen af andet direktivs artikel 25, stk. 1. Jeg skal således blot fremføre nogle korte bemærkninger.

29. Som anført ovenfor skulle aktionærernes forsøg på at modsætte sig en forhøjelse af selskabskapitalen ifølge den græske domstol betragtes som misbrug af rettigheder dels, fordi aktionærerne fik åbenbare økonomiske fordele ved forhøjelsen, dels fordi sagsøgerne ikke havde gjort brug af deres fortegningsret til nye aktier efter kapitalforhøjelsen.

31 — Dommen er omtalt i note 2, præmis 70.

30. I det omfang misbruget af rettigheder er knyttet til selskabets økonomiske krisesituation, er det min opfattelse, at de appelindstævnte i hovedsagen næppe ønskede at anfægte aktionærernes rettigheder, men snarere direktivets bestemmelse i sig selv, som, ifølge Domstolens gentagne udtalelser, er til hinder for, at selskabskapitalen forhøjes uden om generalforsamlingen, selv når der er tale om kriseramte virksomheder, som er omfattet af en særlig ordning. Det er åbenbart, at de af den græske regering fremlagte beviser for, at selskabet befandt sig i en krisesituation, ikke kan føre til, at den fremførsel, som er udvist af de af kapitalforhøjelsen berørte aktionærer, betragtes på den ene måde snarere end på den anden.

Desuden skal det til støtte for denne konklusion anføres, at man ikke bør undervurdere den omstændighed, at resultatet af saneringsforanstaltningerne som udgangspunkt ikke kan forudsiges, og at en efterfølgende vurdering af aktionærernes hensigt således ville være vilkårlig, navnlig i lyset af de positive resultater, som er opnået takket være regeringsindgrebet. Under alle omstændigheder ville det i øvrigt være enestående, hvis man lod karakteren af misbrug af en rettighed afhænge af, om indgrebet i kapitalen har ført til en forbedring af selskabets formuesituation, hvilket netop er hovedformålet med en forhøjelse af selskabskapitalen.

31. Det forekommer mig således, at det ikke kan bebrejdes sagsøgerne, at de har misbrugt en rettighed i henhold til en fællesskabsbestemmelse som følge af, at de ikke har gjort brug af deres fortegningsret til nye aktier i forbindelse med den omtvistede kapitalforhøjelse.

Herom skal jeg blot bemærke, at aktionærernes udnyttelse af en fortegningsret til de nye aktier ville have omfattet en godkendelse af beslutningen om at forhøje selskabskapitalen uden generalforsamlingens samtykke, hvilket netop var den beslutning, som aktionærernes bestred med henvisning til, at den var i strid med andet direktivs artikel 25, stk. 1. Under disse omstændigheder ville det således have været bemærkelsesværdigt, endog paradoksalt, at betragte aktionærernes udnyttelse af deres rettigheder i henhold til denne bestemmelse som misbrug, hvor de har ønsket at anfægte tilsidesættelsen af denne rettighed ved den administrative forhøjelse af selskabskapitalen, dvs. uden deres samtykke. Med andre ord ville rækkevidden af den pågældende fællesskabsbestemmelse således blive ændret. Man ville herefter nå et resultat, som ikke var i overensstemmelse med det af fællesskabsretten tilsigtede formål ved harmonisering af bestemmelserne for selskaber, som der her er tale om.

Forslag til afgørelse

32. Sammenfattende skal jeg foreslå Domstolen følgende besvarelse af de af Efetio, Athen, forelagte spørgsmål:

»1) Fællesskabsretten er til hinder for anvendelsen af en bestemmelse i national ret, som tillader den nationale ret at vurdere, om en rettighed i henhold til en fællesskabsbestemmelse er blevet misbrugt, hvis fællesskabsbestemmelsens fulde virkning og ensartede anvendelse som følge heraf er i fare. I forbindelse med denne vurdering kan den nationale ret heller ikke basere sig på fællesskabsrettens almindelige retsgrundsætninger.

2) Aktionærer, som påberåber sig artikel 25, stk. 1, i Rådets andet 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 bevarelsen af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, kan ikke antages at have misbrugt deres beføjelser, alene fordi disse aktionærer fik åbenbare økonomiske fordele ved den kapitalforhøjelse, som blev besluttet i strid med denne bestemmelse, eller fordi de ikke har gjort brug af deres fortegningsret til nye aktier.«