CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 4 februari 1998 *

1. Met de twee prejudiciële vragen in deze zaak verzoekt het Efeteio — Athina het Hof uit te maken of beroep kan worden gedaan op rechtsmisbruik met betrekking tot door het gemeenschapsrecht verleende subjectieve rechten. Meer bepaald wenst de verwijzende rechter te vernemen, of het begrip rechtsmisbruik, zoals geformuleerd in een bepaald nationaal stelsel, ook toepassing kan vinden indien het recht door gemeenschapsbepalingen wordt toegekend; zo nee, of in casu is voldaan aan de (communautaire) voorwaarden aan de hand waarvan worden vastgesteld of het betrokken recht is misbruikt.

Het is wenselijk om meteen duidelijk te maken, dat het hoofdgeding voortkomt uit een in Griekenland ontstaan geschil over de uitlegging en toepassing op feiten betreffende ondernemingen in moeilijkheden, van artikel 25 van de Tweede richtlijn (77/91/EEG) van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken [1] (hierna: „Tweede richtlijn"). Dit geschil is het Hof welbekend, daar het herhaaldelijk de gelegenheid heeft gehad, zich met buitengewone duidelijkheid aldus uit te spreken, dat artikel 25 van de Tweede richtlijn ook van toepassing is op ondernemingen in moeilijkheden die onder een bijzondere regeling zijn geplaatst. [2] In casu wordt het Hof hoofdzakelijk verzocht vast te stellen, of — en onder welke omstandigheden — zijn uitlegging van artikel 25 van de Tweede richtlijn buiten beschouwing kan worden gelaten, indien is voldaan aan de door het nationale recht gestelde voorwaarden om met vrucht een beroep op rechtsmisbruik te kunnen doen. Het Hof heeft zich trouwens daarover reeds in het arrest Pafitis [3] kunnen uitspreken, zij het slechts incidenteel.

Wettelijk kader en rechtspraak

— *De gemeenschapsregeling*

2. In casu volstaat eraan te herinneren, dat artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1977, L 26, blz. 1.

2 — Zie arresten van 30 mei 1991, Karella en Karellas (C-19/90 en C-20/90, Jurispr. blz. I-2691); 24 maart 1992, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. (C-381/89, Jurispr. blz. I-2111); 12 november 1992, Kerafina-Keramische und Finanz-Holding en Vioktimatiki (C-134/91 en C-135/91, Jurispr. blz. I-5699), en 12 maart 1996, Pafitis e.a. (C-441/93, Jurispr. blz. I-1347).

3 — Reeds aangehaald in voorgaande voetnoot, punten 67-70.

bepaalt: „Elke kapitaalverhoging vindt plaats krachtens een besluit van de algemene vergadering. Dit besluit alsmede de uitvoering van de verhoging van het geplaatste kapitaal moeten op de in de wetgeving van elke lidstaat voorgeschreven wijze openbaar worden gemaakt overeenkomstig artikel 3 van richtlijn 68/151/EEG."

— *De nationale regeling*

3. Bij wet nr. 1386 van 5 augustus 1983 [4] werd in Griekenland de „Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE" (Organisatie voor bedrijfsreorganisatie; hierna: „OAE") opgericht, een naamloze vennootschap waarvan het kapitaal geheel in handen is van de staat en die tot doel heeft, bij te dragen aan de economische en sociale ontwikkeling van het land (artikel 2, lid 2). Te dien einde kan de OAE, onder meer, het bestuur en het dagelijks beheer overnemen van ondernemingen die worden gesaneerd of die zijn genationaliseerd, deelnemen in het kapitaal van ondernemingen, leningen verstrekken en bepaalde leningen uitschrijven of opnemen, obligaties verwerven, alsmede aandelen overdragen aan publiekrechtelijke rechtspersonen of particulieren (artikel 2, lid 3).

Op grond van artikel 8, lid 8, van de wet kan de OAE tijdens het door haar uitgeoefende tijdelijke bestuur besluiten het maatschappelijk kapitaal van de betrokken vennootschap te verhogen, in afwijking van de voor naamloze vennootschappen geldende algemene bepalingen betreffende de uitsluitende bevoegdheid van de algemene vergadering. De oude aandeelhouders behouden hun voorkeurrecht, dat zij binnen een bij de ministeriële goedkeuringsbeschikking gestelde termijn kunnen uitoefenen.

4. Wat de onderhavige zaak betreft, moet voorts bijzonder belang worden toegekend aan artikel 281 van het Grieks burgerlijk wetboek, bepalende: „De uitoefening van een recht is niet toegestaan, wanneer dat kennelijk de grenzen overschrijdt die door de goede trouw, de goede zeden of het sociale of economische doel van dat recht worden gesteld." Juist met een beroep op deze bepaling betwist de Griekse Staat namelijk, dat in casu een beroep op artikel 25 van de Tweede richtlijn kan worden gedaan.

— *De rechtspraak ter zake*

5. Zoals reeds gezegd, heeft het Hof de gelegenheid gehad, de draagwijdte en de gevolgen van artikel 25 van de Tweede richtlijn met name in verband met voornoemde Griekse wettelijke regeling nader te verklaren. Verzocht om een prejudiciële beslissing in verschillende door aandeelhouders ingestelde procedures ten gevolge van bij bestuurshandeling doorgevoerde kapitaalverhogingen, preciseerde het Hof immers, dat de bevoegdheid tot wijziging van het maatschappelijk kapitaal uitsluitend toekomt aan de algemene aandeelhoudersvergadering. Meer in het bijzonder bevestigde het Hof

4 — *Grieks Staatsblad* A, nr. 107, van 8 augustus 1983, blz. 14. De bepalingen van wet nr. 1386/1983 zijn naderhand gewijzigd bij wet nr. 1882/1990 (*Grieks Staatsblad* A, nr. 43, van 23 maart 1990) teneinde ze in overeenstemming te brengen met de bepalingen van de Tweede richtlijn, inzonderheid de artikelen 25 en 29. Het behoeft nauwelijks vermelding, dat op het onderhavige geval de vóór de wijzigingen van wet nr. 1882/1990 geldende Griekse bepalingen van toepassing zijn.

enerzijds, dat artikel 25 van de Tweede richtlijn rechtstreekse werking heeft [5], en anderzijds, dat deze bepaling zich niet verzet tegen toepassing van een nationale wettelijke regeling die, teneinde de sanering van vennootschappen in crisis te waarborgen, bepaalt dat een kapitaalverhoging bij bestuurshandeling en zonder besluit van de algemene vergadering kan plaatsvinden [6]; zulks zelfs indien de aandeelhouders een voorkeurrecht op de nieuwe aandelen hebben. [7] De doelstelling om de aandeelhouders in alle lidstaten een minimum beschermingsniveau te verzekeren, het hoofddoel van de Tweede richtlijn, zou namelijk „ernstig in gevaar komen, indien de lidstaten van de bepalingen van de richtlijn zouden kunnen afwijken, door regelingen in stand te houden, zelfs wanneer zij als bijzonder of uitzonderlijk worden gekwalificeerd, op grond waarvan bij handeling van het bestuur en zonder dat daartoe een handeling van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig is, tot een verhoging van het maatschappelijk kapitaal kan worden besloten, waardoor de oude aandeelhouders worden verplicht hun inbreng te verhogen of zij nieuwe aandeelhouders in de onderneming moeten toelaten, zodat hun deelneming in de beslissingsbevoegdheid van de vennootschap afneemt". [8]

Zoals ik reeds in mijn conclusie in zaak Pafitis e.a. [9] heb kunnen opmerken, heeft het Hof met andere woorden gepreciseerd, dat de algemene vergadering zelfs niet op grond van een bijzondere regeling tot sanering van de vennootschap kan worden beroofd van haar meest „intieme" bevoegdheid, waarvan zij geen afstand kan doen: de bevoegdheid tot wijziging van het kapitaal, dat wil zeggen van het vermogen van de vennootschap en tegelijkertijd van de aandeelhouders zelf.

6. In het arrest Pafitis e.a. heeft het Hof overigens ook verklaard, hoewel daarover geen specifieke vraag was gesteld, dat „aan de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht afbreuk zou worden gedaan, wanneer een aandeelhouder die zich op artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn beroept, zou worden geacht zijn recht te misbruiken op de enkele grond dat hij minderheidsaandeelhouder is van een vennootschap die onder een saneringsregeling valt, of dat de sanering van de vennootschap hem ten goede is gekomen. Daar artikel 25, lid 1, zonder onderscheid van toepassing is op alle aandeelhouders, ongeacht het resultaat van een eventuele sanering, zou, wanneer een op artikel 25, lid 1, gebaseerd beroep om dergelijke redenen als misbruik van recht wordt aangemerkt, in feite de strekking van deze bepaling worden gewijzigd." [10]

Die verduidelijking was noodzakelijk, daar, zoals uit de verwijzingsbeschikking bleek, de uitspraak van de gemeenschapsrechter en daarmee de aan artikel 25 gegeven uitlegging buiten toepassing zou zijn gelaten indien de

5 — Arresten Karella en Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. en Kerafina-Keramische und Finanz-Holding en Vioktimatiki (aangehaald in voetnoot 2), respectievelijk punten 23, 38 en 18.

6 — Arresten Karella en Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. en Kerafina-Keramische und Finanz-Holding en Vioktimatiki (aangehaald in voetnoot 2), respectievelijk punten 36, 37 en 18.

7 — Arresten Karella en Karellas en Kerafina-Keramische und Finanz-Holding en Vioktimatiki (aangehaald in voetnoot 2), punt 36 respectievelijk 18.

8 — Arresten Karella en Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. en Pafitis (reeds aangehaald in voetnoot 2), respectievelijk punten 26, 33 en 39.

9 — Conclusie van 9 november 1995 (Jurispr. 1996, blz. I-1349, punt 13).

10 — Arrest Pafitis e.a. (aangehaald in voetnoot 2), punt 70.

nationale rechter tot de slotsom was gekomen, dat in casu was voldaan aan de in het nationale recht gestelde voorwaarden om te beslissen dat het door artikel 25 toegekende recht was misbruikt. Alvorens uit te sluiten dat dit in casu het geval was, heeft het Hof ook uitdrukkelijk erop gewezen, dat niet behoefde te worden geantwoord op de vraag, „of het in het kader van de communautaire rechtsorde is toegestaan, een nationale regel toe te passen om te beoordelen of van een door de betrokken gemeenschapsbepalingen toegekend recht misbruik wordt gemaakt", waarbij het evenwel opmerkte, dat „de toepassing van een dergelijke regel in elk geval geen afbreuk [kan] doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van de gemeenschapsbepalingen in de lidstaten". [11]

De feiten en de prejudiciële vragen

7. Deze procedure is ingesteld op initiatief van een aantal aandeelhouders die beogen dat de ministeriële maatregelen waarbij tot verhoging van het maatschappelijk kapitaal is besloten, wegens schending van artikel 25 van de Tweede richtlijn nietig worden verklaard. Het betreft ditmaal aandeelhouders van de naamloze vennootschap Athinaïki Chartopoïïa AE, die per 30 maart 1984 onder de regeling van wet nr. 1386/1983 was geplaatst. Op 28 mei 1986 besloot de OAE, die het bestuur ervan had overgenomen — in het kader van het tijdelijk bestuur en overeenkomstig artikel 8, lid 8, van de wet — het kapitaal te verhogen met een bedrag van 940 000 000 DR. Bij beschikking nr. 153 van 6 juni 1986 keurde de minister van Industrie, Onderzoek en Technologie de kapitaalverhoging goed en stelde hij de modaliteiten ervan vast, waaronder met name een voorkeurrecht op de nieuwe aandelen ten behoeve van de oude aandeelhouders, dat binnen een maand na publicatie van de beschikking in het Grieks Staatsblad moest worden uitgeoefend.

Verzoekers hebben van dit recht geen gebruik gemaakt. Zij waren van mening, dat de kapitaalverhoging, waartoe volgens voornoemde modaliteiten was besloten, in strijd was met artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn. Bijgevolg stelden zij op 10 november 1987 een vordering in bij het Polymeles Protodikeio Athinon, strekkende tot ongeldigverklaring van de kapitaalverhoging. Deze vordering werd bij vonnis nr. 5136/1988 afgewezen.

8. De betrokken aandeelhouders kwamen van dit vonnis op 28 juni 1989 in hoger beroep bij het Efeteio — Athina, dat bij beschikking nr. 5943/1994 het vonnis van de lagere rechter vernietigde, op grond dat het duidelijk in strijd was met de communautaire rechtspraak ter zake. [12] Bij deze beschikking

11 — Arrest Pafitis e. a. (aangehaald in voetnoot 2), punt 68.

12 — Uitgaande van deze rechtspraak heeft de verwijzende rechter in de verwijzingsbeschikking er namelijk op gewezen, dat artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn een kapitaalverhoging verbiedt zoals die waartoe ten behoeve van de vennootschap Athinaïki Chartopoïïa AE was besloten. Meer bepaald heeft deze rechter opgemerkt, dat uit de communautaire rechtspraak ter zake blijkt, dat de betrokken bepaling „duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk het algemene beginsel formuleert, dat de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is om te beslissen omtrent kapitaalverhogingen en niet een derde buiten de vergadering staande persoon zoals de minister, wiens beschikkingen ongeldig zijn en de natuurlijke of rechtspersonen die zij betreffen, niet binden".

en alvorens definitief uitspraak te doen, heeft het Efeteio de Griekse Staat, die de exceptie van rechtsmisbruik had opgeworpen, opgedragen te bewijzen dat de aandeelhouders met hun op grond van artikel 25 van de Tweede richtlijn gevorderde ongeldigverklaring misbruik van recht hebben gemaakt. Naar het oordeel van de nationale rechter zou dus de algemene bepaling van artikel 281 van het Griekse burgerlijk wetboek, volgens hetwelk een recht niet mag worden misbruikt, ook kunnen worden toegepast in gevallen waarin de in rechte aangevoerde bepaling een gemeenschapsbepaling is.

9. Na samenvatting van de zaak ging het Efeteio over tot beoordeling van de door de Griekse Staat geleverde bewijzen met betrekking tot het gestelde misbruik van het door artikel 25 van de Tweede richtlijn aan de aandeelhouders toegekende recht en kwam het op basis daarvan tot de conclusie, dat aan de in artikel 281 van het Griekse burgerlijk wetboek gestelde voorwaarden in casu was voldaan. De verwijzende rechter oordeelde namelijk, dat het recht door de verzoekende aandeelhouders was misbruikt, daar het duidelijk in strijd was met de grenzen die door de goede trouw, de goede zeden of het sociale of economische doel van dat recht worden gesteld.

Dit zou blijken uit een reeks buitengewoon onthullende elementen, waarvan sommige objectief en andere subjectief zijn. In het bijzonder verwijst de nationale rechter naar de rampzalige economische situatie van de vennootschap, die stellig tot faillissement gedoemd was [13], naar de duidelijke voordelen die de saneringsregeling van de regering de verzoekers had opgeleverd [14], alsmede naar de omstandigheid dat die verzoekers geen gebruik hebben gemaakt van het voorkeurrecht op de na de sanering uitgegeven aandelen.

10. De rechter vraagt zich evenwel af, of een dergelijke benadering vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht juist kan worden geacht. De verklaringen van het Hof dienaangaande in het arrest Pafitis e.a. zouden de vraag niet beantwoorden, zodat het niet geheel duidelijk zou zijn, wie (nationale of communautaire rechter) op basis van de regels en/of beginselen van welke rechtsorde (nationale of communautaire) bevoegd is te beoordelen, of de houder van een door een gemeenschapsbepaling toegekend recht dit heeft misbruikt.

13 — Ter zake valt in de verwijzingsbeschikking te lezen, dat „op het moment dat Athinaïki Chartopoïa AE onder de bijzondere regeling van wet nr. 1386/1983 werd geplaatst, zij opeisbare schulden bij banken en andere schuldeisers had voor een totaalbedrag van ongeveer 17 203 894 160 DR, wegens die hoge schuldenlast in ernstige liquiditeitsproblemen verkeerde, geen eigen kapitaal meer had en derhalve onvoldoende activa om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen. De aanwezige vermogensbestanddelen lieten een bedrag in de orde van grootte van minstens 3 500 miljoen DR ongedekt. Met andere woorden, zelfs indien deze vermogensbestanddelen tegen de gunstigste prijzen te gelde waren gemaakt, zouden de schulden tot voormeld bedrag onvoldaan zijn gebleven."

14 — Inzonderheid wijst de verwijzende rechter in de verwijzingsbeschikking erop, dat „de waarde van de aandelen op dat moment in wezen negatief was, terwijl de kapitaalverhoging met een bedrag van 940 000 000 DR door de OAE en de daaropvolgende omzetting van schulden in aandelen voor een opleving van de werkzaamheden hebben gezorgd, zodat de onderneming aan derden kan worden verkocht onder redelijke voorwaarden, waardoor de schulden kunnen worden voldaan en aan de oude aandeelhouders een economische compensatie kan worden gegarandeerd op basis van het aantal aandelen die zij nog steeds in handen hebben".

Voortredenerend heeft de verwijzende rechter het met het oog op de beslechting van het bij hem aanhangige geschil noodzakelijk geacht, het Hof te verzoeken om verduidelijking, of, in welke mate en onder welke omstandigheden het mogelijk is het begrip rechtsmisbruik toe te passen ook ingeval het ingeroepen recht door het gemeenschapsrecht wordt toegekend. Meer bepaald, heeft hij het Hof twee prejudiciële vragen gesteld, die zijn geformuleerd als volgt:

„1) Kan de nationale rechter een bepaling van nationaal recht toepassen (in casu artikel 281 van het Griekse burgerlijk wetboek) om te beoordelen, of een door de betrokken gemeenschapsbepalingen toegekend recht wordt misbruikt, of bestaan er andere geschreven of ongeschreven beginselen in het gemeenschapsrecht, en zo ja welke, waarop de nationale rechter in voorkomend geval kan steunen?

2) Zo neen, dus indien het Hof deze competentie aan zich houdt, bijvoorbeeld omwille van een uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, kunnen dan bepaalde feitelijke omstandigheden die door de Griekse Staat als gedaagde en geïntimeerde als verweer naar voren zijn gebracht, ten aanzien waarvan dit Hof van Beroep bij het eerder gewezen arrest nr. 5943/1994 een bewijsopdracht heeft verstrekt en die in de vorige paragraaf kort zijn weergegeven, dan wel sommige van deze omstandigheden, en zo ja welke, aan toewijzing van een vordering wegens strijd met artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn van de Raad (77/91/EEG) in de weg staan?"

De eerste vraag

11. Met de eerste vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof dus te verduidelijken, of het eventuele misbruik van een door een gemeenschapsbepaling toegekend recht door hem kan worden beoordeeld in het licht van de relevante bepalingen van zijn nationaal recht, dan wel of deze beoordeling, juist omdat het in rechte aangevoerde recht uit een gemeenschapsbepaling voortvloeit, moet geschieden op basis van door de communautaire rechtsorde erkende algemene beginselen.

De vraag betreffende het rechtsmisbruik wordt door de nationale rechter duidelijk in algemene bewoordingen gesteld, dus los van de in casu aangevoerde gemeenschapsbepaling en van de nationale bepaling die in de betrokken nationale rechtsorde het rechtsmisbruik regelt. De vraag is er namelijk op gericht te vernemen, of de nationale rechter bevoegd is zich over het bestaan van rechtsmisbruik uit te spreken, en of hij te dien einde bepalingen van nationaal recht mag toepassen, dan wel of hij in plaats daarvan zich moet baseren op algemene beginselen van gemeenschapsrecht die eventueel ter zake dienend zijn en wier definitie een taak van het Hof is.

12. Een eerste verklaring ligt voor de hand. In geval van een prejudiciële procedure staat het vast, dat de nationale rechter niettemin bevoegd is om uit te maken of in casu al dan niet sprake is van rechtsmisbruik: zulks ongeacht of dit onderzoek nu geschiedt op basis van nationale voorschriften, of in het licht van communautaire bepalingen. Het behoeft nauwelijks vermelding, dat zowel in het ene als in het andere geval het Hof tot uitlegging bevoegd blijft, zij het in verschillende opzichten, om ervoor te zorgen dat de aangevoerde gemeenschapsbepaling juist wordt uitgelegd en toegepast.

Deze vraag moet derhalve correct aldus worden begrepen, dat het erom gaat vast te stellen, op basis van welke rechtsorde, nationaal of communautair, moet worden nagegaan of er sprake is van rechtsmisbruik. Daartoe moet evenwel vooraf worden vastgesteld, of de communautaire rechtsorde toestaat, dat toepassing van haar bepalingen door het beginsel van het rechtsmisbruik kan worden beïnvloed en eventueel geblokkeerd.

13. Na deze verduidelijking kan het uitgangspunt van een dergelijk onderzoek slechts het arrest Pafitis e.a. [15] zijn, waarin het Hof zich heeft kunnen uitspreken over een casuspositie die volledig vergelijkbaar is met de onderhavige. Bij die gelegenheid preciseerde het Hof weliswaar, dat de toepassing van een nationale regel inzake rechtsmisbruik in elk geval geen afbreuk mag doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht, maar het ging eigenlijk enkel na, of in dat geval was voldaan aan de voorwaarden om aan te nemen, dat van het in artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn bedoelde recht misbruik was gemaakt. Op basis van de uitlegging van de betrokken gemeenschapsbepaling heeft het Hof die vraag ontkennend beantwoord.

Zoals ik reeds heb opgemerkt, heeft het Hof bij die gelegenheid uitdrukkelijk erop gewezen, dat niet behoeft te worden nagegaan, of het in het kader van de communautaire rechtsorde al dan niet is toegestaan, een nationale regel toe te passen om te beoordelen of van een door gemeenschapsbepalingen toegekend recht misbruik wordt gemaakt. Kort gezegd heeft het Hof dus weliswaar de beginselkwestie opengelaten, maar heeft het uitgesloten, dat de vordering van de aandeelhouders tot nietigverklaring van de in strijd met artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn besloten kapitaalverhoging als misbruik kan worden aangemerkt; daarvoor baseerde het zich op het argument, dat de toepassing van een dergelijke nationale bepaling, ook al was zij toegestaan, afbreuk had kunnen doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht.

14. Past men die oplossing op het onderhavige geval toe, dan kan het antwoord vanzelfsprekend alleen maar hetzelfde luiden, namelijk dat nog steeds moet worden uitgesloten, dat het in artikel 25, lid 1, van de

15 — Ik wijs bovendien erop, dat in het arrest Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e.a. (aangehaald in voetnoot 2) het Hof niet op het probleem is ingegaan omdat het geen deel uitmaakte van een prejudiciële vraag, hoewel partijen in het hoofdgeding het voor het Hof aan de orde hadden gesteld (punt 18). Zie in dit verband ook mijn conclusie bij dit arrest (Jurispr. 1992, blz. I-2126, punt 8).

Tweede richtlijn bedoelde recht door de verzoekende aandeelhouders is misbruikt. Een dergelijk antwoord, dat stellig voor de beslechting van de onderhavige zaak volstaat, kan echter minimaal lijken, aangezien de verwijzende rechter het Hof verzoekt, het in het arrest Pafitis onbeantwoorde punt te verduidelijken, dus te preciseren, of volgens de communautaire rechtsorde een nationale bepaling inzake rechtsmisbruik al dan niet mag worden toegepast, uiteraard wanneer door gemeenschapsbepalingen verleende rechten op het spel staan, dan wel of misbruik van een recht enkel aan communautaire criteria kan worden getoetst.

15. Gelet op het voorgaande merk ik om te beginnen op, dat aanvaarden dat een nationale bepaling, in casu inzake rechtsmisbruik, kan leiden tot de bevestiging van een schending van het gemeenschapsrecht, in casu van de bepaling die aan de algemene vergadering de besluiten over de kapitaalverhoging voorbehoudt, zou betekenen, dat het fundamentele beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht op het nationale recht wordt geschonden. [16] Het spreekt immers vanzelf, dat op die manier de betrokken gemeenschapsbepaling op grond van een daarmee strijdig nationaal beginsel van materieel recht buiten werking zou worden gesteld, hetgeen onvermijdelijk afbreuk zou doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht. Een dergelijk conflict, want daar gaat het om, zou dus op basis van het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht moeten worden opgelost.

16 — Zie ook hetgeen ik ter zake in mijn conclusie bij het arrest Pafitis e.a. (Jurispr. 1996, blz. I-1349, punt 27) heb opgemerkt.

16. Die conclusie vindt steun in het standpunt van het Hof in een geval waarin de nationale rechter verzocht, het „beginsel van objectieve onbillijkheid" te kunnen toepassen, hetgeen tot niet-toepassing van een gemeenschapsbepaling zou hebben geleid. Het Hof heeft immers niet nagelaten erop te wijzen, dat het in strijd met de verdeling van de bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten zou zijn, „wanneer een nationaal overheidsorgaan gerechtigd of zelfs verplicht zou zijn een gemeenschapsrechtelijke bepaling niet toe te passen in een geval waarin zij meent, dat een dergelijke toepassing tot een resultaat zou leiden dat de gemeenschapswetgever kennelijk zou hebben trachten te vermijden, indien hij bij de vaststelling van bedoelde bepaling aan dat geval had gedacht. De aanvaarding van een dergelijk algemeen beginsel zou de volledige doorwerking van de gemeenschapsbepalingen in de lidstaten kunnen verhinderen en afbreuk kunnen doen aan het fundamentele beginsel van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in de gehele Gemeenschap". [17]

Het Hof heeft zich overigens reeds in dezelfde zin uitgesproken in een eerder arrest, waarin op het verzoek om uit te maken of vrijstelling van krachtens het gemeenschapsrecht verschuldigde heffingen om redenen van billijkheid zou kunnen worden verleend, het erop had gewezen, dat de toepassing van een in een nationale wetge-

17 — Arrest van 14 november 1985, Neumann (299/84, Jurispr. blz. 3663, punt 25). In dit arrest heeft het Hof evenwel toegevoegd, dat „(...) het gemeenschapsrecht alle rechters uit de lidstaten een oplossing [biedt] die volledig in overeenstemming is met de verdeling van de bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten. (...) een nationale rechter (...) kan zich krachtens artikel 177 EEG-Verdrag tot het Hof wenden met een verzoek om uitlegging van bedoelde bepaling van gemeenschapsrecht of eventueel om ongeldigverklaring daarvan, waardoor de onbillijkheid die hij meent te hebben vastgesteld, kan worden vermeden" (punt 26).

ving voorziene billijkheidsregel eventueel kan worden gerechtvaardigd samenhangende met de formaliteiten inzake de heffing van een in het gemeenschapsrecht voorziene belasting, doch dat „van zodanige toepassing geen sprake kan zijn zodra daardoor in de draagwijdte van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen betreffende de grondslag, de heffingsvoorwaarden en het bedrag van een door dat gemeenschapsrecht voorziene belasting wijziging wordt gebracht". [18]

17. Uit voornoemde rechtspraak blijkt derhalve, dat een nationale bepaling geen toepassing kan vinden wanneer daardoor de strekking van de gemeenschapsbepaling wordt gewijzigd, dus wanneer aan de volle werking en de eenvormige toepassing afbreuk wordt gedaan; kortom, wanneer daardoor de voorrang van het gemeenschapsrecht buiten spel kan worden gezet.

Goed beschouwd heeft het Hof die logica ook gevolgd in het arrest Pafitis e.a. Met de verklaring dat artikel 25, lid 1, zonder onderscheid van toepassing is op alle aandeelhouders, ongeacht het resultaat van een eventuele sanering, en dat, „wanneer een op artikel 25, lid 1, gebaseerd beroep om dergelijke redenen als misbruik van recht wordt aangemerkt, in feite de strekking van deze bepaling zou worden gewijzigd" [19], heeft het Hof immers nogmaals benadrukt, dat de toepassing van een bepaling of beginsel van nationaal recht in geen geval er toe mag leiden, dat de communautaire rechtsorde een schending van haar eigen bepalingen „gedoogt".

18. Op basis van voorgaande overwegingen kan dus een eerste conclusie worden getrokken: het gemeenschapsrecht staat de nationale rechter niet toe, een nationale bepaling toe te passen wanneer die bepaling een niet met het gemeenschapsrecht strokende oplossing inhoudt. Dat is in casu stellig het geval, aangezien — zoals volgt uit vaste rechtspraak en door de nationale rechter in de verwijzingsbeschikking is erkend — de nationale wettelijke regeling die men door middel van de bepaling inzake rechtsmisbruik wenst te beschermen, duidelijk in strijd is met artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn, waarop de verzoekende aandeelhouders zich juist in antwoord op die schending hebben beroepen.

Die conclusie is echter geen afdoend antwoord op de vraag van de verwijzende rechter, daar deze tevens vraagt of er communautaire beginselen bestaan die gevallen van rechtsmisbruik kunnen bestraffen. Het lijkt inderdaad alleen al moeilijk voorstelbaar, dat er een algemeen beginsel zou kunnen bestaan, volgens hetwelk een door een gemeenschapsbepaling toegekend recht — bovendien op een geharmoniseerd gebied als dat van het vennootschapsrecht, dat hier in geding is, moet wijken voor een daarmee strijdige nationale bepaling. Gelet op de formulering en de strekking van de betrokken

18 — Arrest van 28 juni 1977, Balkan-Import-Export (118/76, Jurispr. blz. 1177, punt 5).

19 — Arrest Pafitis (aangehaald in voetnoot 2), punt 70.

vraag, acht ik het niettemin noodzakelijk enkele opmerkingen daarover te maken.

19. Ter inleiding herinner ik eraan, dat in de communautaire praktijk de relevantie en de toepassing van ongeschreven beginselen veel aan betekenis hebben gewonnen, hoewel een uitdrukkelijke regeling in die zin ontbreekt. Behalve dat deze beginselen dienen als uitleggingscriteria, worden ze voornamelijk gebruikt om de grenzen vast te stellen van de bevoegdheden die de overheid over de justitiabelen uitoefent, en meer in het algemeen om te bepalen, of een handeling of een gedraging van een gemeenschapsinstelling of van een lidstaat wettig is.

Het is zinvol te preciseren, dat die beginselen slechts door de rechtspraak zijn gecreëerd, zoals in elke nationale praktijk geschiedt, en dus eigen beginselen van het gemeenschapsrecht zijn, in dier voege dat zij geenszins per geval van andere rechtsstelsels worden geleend. In het kort betekent het dus, dat het Hof zich bij de ontwikkeling en definitie van algemene beginselen wel degelijk laat leiden door de ervaringen van de nationale rechterlijke instanties, maar toch altijd het betrokken specifieke beginsel aanpast aan de vereisten, de werking en de doelstellingen van de Gemeenschap.

20. In dit verband is het niet overbodig toe te voegen, dat de omstandigheid dat de enige gemeenschapsbepaling die verwijst naar de „algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben", te weten artikel 215 van het Verdrag, een strekking heeft die beperkt is tot het gebied van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap en tot de definitie van de daaruit volgende schadevergoedingsplicht, zeker niet aldus moet worden opgevat, dat het Hof niet zou mogen verwijzen naar de nationale rechtspraktijk wanneer het ongeschreven beginselen in de communautaire rechtsorde opneemt en toepast. De verwijzing naar algemeen aanvaarde beginselen is een vast gegeven van de communautaire rechtspraak waarin ongeschreven algemene beginselen steeds weer worden bevestigd. Het Hof heeft overigens niet nagelaten uitdrukkelijk erop te wijzen, dat het aan het Hof staat, „bij de uitoefening van de hem door artikel 164 van het Verdrag toegekende opdracht de eerbiediging van het recht te verzekeren bij de uitlegging en de toepassing van het Verdrag, (...) uitspraak te doen volgens de algemeen erkende interpretatiemethoden, met name met een beroep op de algemene beginselen van het communautaire rechtsstelsel en eventueel op de algemene beginselen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben". [20]

Mijns inziens moet deze verklaring echter niet aldus worden verstaan, dat er twee verschillende categorieën van algemene beginselen zouden bestaan, te weten de eigen beginselen van de communautaire rechtsorde en die welke aan de nationale rechtspraktijk zijn ontleend. Weliswaar vinden sommige beginselen steun in de bepalingen van het Verdrag of kunnen zij althans daartoe worden herleid (ik verwijs bijvoorbeeld naar het

20 — Arrest van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 27). Zie voorts punt 41 van dit arrest, waarin het Hof verklaarde, dat het bij ontbreken van geschreven regels verwijst naar de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, ook op andere gebieden van het gemeenschapsrecht dan dat van de niet-contractuele aansprakelijkheid.

evenredigheidsbeginsel), terwijl andere onder verwijzing naar de nationale rechtspraktijk zijn uitgewerkt en vastgesteld (ik noem als voorbeeld het beginsel van het gewettigd vertrouwen), maar dat neemt niet weg, dat het in beide gevallen gaat om beginselen die de communautaire rechtsorde zich eigen heeft gemaakt, te weten beginselen die na uitlegging een integraal deel daarvan uitmaken.

21. In verband met deze algemene opmerkingen moet dus nu de vraag worden gesteld, of vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht is voldaan aan de voorwaarden voor vorming en/of definitie van een algemeen rechtsbeginsel inzake rechtsmisbruik. Zelfs in de rechtsleer is onlangs een wens in die zin geuit. [21]

In mijn conclusie in de zaak Pafitis c.a. merkte ik weliswaar op, dat het misbruik van een recht door de gerechtigde in nagenoeg alle lidstaten kan worden betwist, ook al is er soms een verschil tussen de modaliteiten en de omstandigheden van de vordering, maar ik voegde er meteen aan toe, dat er toentertijd geen gemeenschapsregeling ter zake bestond. [22] Ik ben niet van mening veranderd, zodat volgens mij in de tussentijd niet is voldaan aan de voorwaarden om in de communautaire rechtsorde een algemeen beginsel te „verankeren", op grond waarvan de uitoefening van een door een gemeenschapsbepaling verleend recht, als abusief kan worden geweigerd.

22. Meerdere redenen leiden mij tot die conclusie. Om te beginnen stel ik mij op het standpunt, dat er niet is voldaan aan de voorwaarden voor een gemeenschappelijke definitie van rechtsmisbruik, waarvoor de nationale praktijken model hebben gestaan. Een — zelfs oppervlakkige — studie van het bestaan en functioneren van dit begrip in de verschillende lidstaten bevestigt dit alleen maar.

Immers, ofschoon de meeste lidstaten het begrip rechtsmisbruik [23] kennen, blijkt evenzeer, dat in enkele daarvan dit rechtsbegrip, in plaats van de waarde van een algemeen rechtsbeginsel te krijgen, enkel geldt voor bij de wet bepaalde specifieke en nauwkeurige

21 — Zie L. Neville Brown: „Is there a general principle of abuse of rights in European Community law?", in *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in honour of Henry G. Schermers*, deel II, Dordrecht/Boston/Londen, 1994, blz. 511 e.v.

22 — Ik kwam juist om die reden tot de conclusie, dat de nationale rechter overeenkomstig zijn eigen rechtsorde in beginsel kan beoordelen, of een door een gemeenschapsbepaling toegekend recht wordt misbruikt (zie conclusie in zaak Pafitis e.a., aangehaald in voetnoot 16, punt 28). Zoals ik in deze conclusie heb gepreciseerd, kan die beoordeling in geen geval ertoe leiden, dat aan de doelstellingen van die bepaling en bijgevolg aan de eenvormige toepassing daarvan in alle lidstaten wordt voorbijgegaan: dat resultaat zou zich in dat geval duidelijk hebben bewaarheid (punten 30-33).

23 — Niettemin zij opgemerkt, dat dit rechtsbegrip als zodanig in het recht van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken in het geheel niet bestaat.

gevallen. [24] Daarbij komt, dat de inhoud zelf en de toepassingsmodaliteiten van een dergelijk „beginsel" per lidstaat sterk verschillen. [25]

23. Ik verheel niet, dat een dergelijke stand van zaken geenszins doorslaggevend is. Naast hetgeen ik reeds heb gezegd, volstaat dienaangaande de opmerking, dat voor de vorming van een algemeen communautair beginsel het betrokken beginsel niet noodzakelijkerwijs in alle nationale rechtsordes behoeft te bestaan en aan dezelfde voorwaarden en toepassingsmodaliteiten moet voldoen. Het gaat namelijk om beginselen die in het communautaire stelsel moeten worden opgenomen en dus afhankelijk van de structuur en de objectieven van dit stelsel hun autonomie krijgen.

Dat uit de algemene beginselen die de lidstaten gemeen hebben, geen gemeenschappelijke en tegelijkertijd nauwkeurige en gedetailleerde definitie van rechtsmisbruik kan worden afgeleid, is wel een belangrijke, doch niet de enige reden, waarom ik mij genoodzaakt voel, het bestaan van een dergelijk beginsel in de communautaire rechtsorde te ontkennen. Volgens mij namelijk blijkt uit die kenmerken en het doel van een beginsel inzake rechtsmisbruik, dat het een rechtsfiguur betreft, die een vast, of althans gefundeerd bestaansrecht heeft in gevestigde rechtsordes, maar veel minder in een stelsel als het communautaire stelsel, waarin het ontwikkelingsproces op weg naar de integratie nog lang niet voltooid kan worden geacht. Meer in het algemeen ben ik de mening toegedaan, dat het gevaar om een leemte in het stelsel te ontdekken — dat uiteindelijk het beginsel van rechtsmisbruik beoogt aan te vullen, evenals alle zogenoemde opvangbepalingen — geringer is of helemaal ontbreekt in een rechtsstelsel als het communautaire, waarin de uitlegging van de rechter en de praktijk in het algemeen gemakkelijker en direct erin slagen het stelsel aan de eisen van de maatschappij aan te passen.

24. Voorts moet elke rechtsorde die naar een minimale volledigheid streeft, maatregelen bevatten, die ik als zelfbeschermingsmaatregelen zou willen aanduiden, teneinde te voorkomen dat de daardoor toegekende rechten op abusieve, buitensporige of verkeerde wijze worden uitgeoefend. Een dergelijk vereiste is de communautaire rechtsorde geenszins vreemd, want het is immers meerdere keren in de rechtspraak van het Hof erkend.

Ik denk om te beginnen aan de gevestigde stroming in de rechtspraak volgens welke „de door het Verdrag geschapen mogelijkhe-

24 — Dat is het geval met bijvoorbeeld de Italiaanse rechtsorde, waarin het begrip rechtsmisbruik enkel betrekking heeft op het eigendomsrecht (artikel 833 Italiaans burgerlijk wetboek). Zelfs wanneer men de gevallen waarin de rechtsordes van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken op bepaalde gedragingen straf stellen, onder het begrip rechtsmisbruik brengt, gaat het toch om tot bepaalde materies beperkte gevallen.

25 — Dienaangaande moet — in ieder geval ter vereenvoudiging — worden vastgesteld, dat in sommige rechtsordes de term rechtsmisbruik een gedraging aanduidt, die de grenzen van de uitoefening van het betrokken recht overschrijdt (België, Spanje, Luxemburg en Portugal), terwijl het in andere doelt op een gedraging die in strijd is met de goede trouw en de goede zeden (Duitsland, Griekenland, Portugal). Bovendien wordt in sommige rechtsordes het rechtsmisbruik op basis van enkel objectieve elementen vastgesteld (Duitsland, België, Luxemburg, Nederland, Griekenland, Spanje, en Portugal), terwijl in andere subjectieve elementen aanwezig moeten zijn, met name de wil om aan andere personen schade toe te brengen (Italië en, volgens een deel van de schrijvers, Frankrijk).

den er niet toe mogen leiden, dat degenen die daarvan profiteren, deze kunnen misbruiken om zich aan de werking van hun nationale recht te onttrekken, en dat zij de lidstaten niet beletten om de nodige maatregelen te nemen om dergelijke misbruiken te voorkomen". [26] Het Hof heeft ook kunnen verduidelijken, dat de nationale rechtsordes de mogelijkheid van beroep op het gemeenschapsrecht mogen weigeren, indien wordt aangetoond, dat een persoon die een beroep doet op een door een gemeenschapsbepaling toegekend recht, door zijn handelen de wet ontduikt. [27]

25. Meer in het algemeen zij herinnerd aan de verklaring van het Hof, dat „de nationale rechterlijke instanties weliswaar op basis van objectieve gegevens rekening [kunnen] houden met misbruik of bedrog door de belanghebbende en hem in voorkomend geval de toepassing [kunnen] ontzeggen van de bepalingen van gemeenschapsrecht waarop hij een beroep heeft gedaan, doch (...) bij de beoordeling van dergelijk misbruik of bedrog de door de betrokken bepalingen nagestreefde doelstellingen in aanmerking [dienen] te nemen". [28]

Kort samengevat erkent het Hof dus, dat de nationale rechter een verkeerd of buitensporig gebruik van het gemeenschapsrecht uitsluitend kan bestraffen, wanneer daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de door die bepaling nagestreefde doelstellingen, inzonderheid in de gevallen waarin de aangevoerde bepaling slechts „ogenschijnlijk" de bepaling is die op de casuspositie van toepassing is, dan wel wanneer de situatie van de gerechtigde tot het in rechte aangevoerde recht slechts „ogenschijnlijk" strookt met hetgeen in de betrokken bepaling is voorgeschreven. Dat betekent, dat het Hof terecht aan zichzelf voorbehoudt, de inhoud van het uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende litigieuze recht, dus de aan het bedoelde subjectieve recht inherente grenzen zelf te bepalen. Een beroep daarop kan derhalve alleen worden geblokkeerd, indien wordt aangetoond dat die grenzen zijn overschreden. Zo bezien komt de kwestie van een eventueel op basis van nationale bepalingen tegengeworpen rechtsmisbruik, wanneer een door het

26 — Arrest van 7 juli 1992, Singh (C-370/90, Jurispr. blz. I-4265, punt 24). In dezelfde zin zie, onder meer, arresten van 3 december 1974, Van Binsbergen (33/74, Jurispr. blz. 1299, punt 13); 7 februari 1979, Knoors (115/78, Jurispr. blz. 399); 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 22); 3 februari 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Jurispr. blz. I-487, punt 12), alsmede recentelijk arrest van 5 oktober 1994, TV 10 (C-23/93, Jurispr. blz. I-4795, punt 21).

27 — Dit is het geval met het arrest van 3 maart 1993, General Milk Products (C-8/92, Jurispr. blz. I-779), waarin het Hof vaststelde, dat „het enkel anders [kan] zijn wanneer kwam vast te staan, dat de invoer en de wederuitvoer van deze kaas niet in het kader van normale handelstransacties hebben plaatsgevonden, maar uitsluitend met het doel *misbruik te maken* van de meb-regeling (...). De feitelijke beoordeling die noodzakelijk is om het reële karakter van deze transacties te verifiëren, behoort tot de bevoegdheid van de verwijzende rechter" (punt 21; cursivering van mij). Dit gaat ook op voor het arrest van 27 september 1989, Van de Bijl (130/88, Jurispr. blz. 3039, punt 26), waarin het Hof erkende, dat de lidstaat van ontvangst niet gebonden is aan een verklaring inhoudende dat degene die haar overlegt, in de lidstaat van herkomst gedurende een bepaalde periode werkzaamheden heeft uitgeoefend, terwijl „vaststaat dat hij in diezelfde periode werkzaam is geweest op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst" (punt 27). Zo ook arrest van 2 mei 1996, Paletta II (C-206/94, Jurispr. blz. I-2357), waarin het Hof verklaarde, dat de in dat geval aangevoerde gemeenschapsbepaling „er niet aan in de weg [staat], dat de werkgever bewijzen kan overleggen op grond waarvan de nationale rechter in voorkomend geval kan vaststellen, dat er sprake is van *misbruik of bedrog* in die zin, dat de werknemer, ofschoon hij zich op een overeenkomstig artikel 18 van verordening nr. 574/72 vastgestelde arbeidsongeschiktheid beroept, niet ziek is geweest" (punt 27; cursivering van mij).

28 — Arrest Paletta II (aangehaald in vorige voetnoot), punt 25. In dat geval verklaarde het Hof, dat het vermoedelijke bestaan van misbruik door de gerechtigde tot het door het gemeenschapsrecht toegekende recht in elk geval geen aanleiding kon zijn om van de werknemer te verlangen dat hij met aanvullende en andere middelen dan die welke door de in dat geval geldende gemeenschapsbepaling worden vereist, bewijst dat hij echt ziek is. Anders zou immers het doel van die bepaling uiteindelijk worden uitgehold, die de werknemer die in een andere lidstaat ziek wordt, enkel de mogelijkheid wil bieden een door de bevoegde autoriteiten van die lidstaat opgestelde medische verklaring over te leggen. Goedbeschouwd ging het in die zaak dus niet om rechtsmisbruik in de eigenlijke zin van het woord, doch om bedrog.

gemeenschapsrecht toegekend recht op het spel staat, uiteindelijk neer op een kwestie van uitlegging van de betrokken gemeenschapsbepaling.

26. Die lezing van voornoemde rechtspraak vindt mijns inziens bevestiging in een recent arrest waarin het Hof zich uitdrukkelijk heeft uitgesproken over het bestaan van misbruik van recht. In die zaak wilde een Turkse werknemer zijn verblijf in Duitsland verlengen, hoewel hij uitdrukkelijk had verklaard naar Turkije terug te keren na een periode van beroepsopleiding in eerstgenoemde staat en op basis van die verklaring een tijdelijke arbeidsvergunning van de bevoegde autoriteiten had verkregen. Daartoe deed hij een beroep op de relevante „communautaire" bepaling. [29] Het antwoord van het Hof luidde duidelijk en nauwkeurig als volgt: „Het feit dat een Turkse werknemer zijn verblijf in de lidstaat van ontvangst wil verlengen, terwijl hij de beperking daarvan uitdrukkelijk had aanvaard, levert geen misbruik op." Het voegde daaraan toe, dat de omstandigheid dat deze werknemer had verklaard voornemens te zijn om naar Turkije terug te keren na in de betrokken lidstaat arbeid in loondienst te hebben verricht om zich verder in zijn vak te bekwamen, de betrokkene niet de rechten ontneemt die voortvloeien uit artikel 6, lid 1, van besluit nr. 1/80, „tenzij voor de verwijzende rechter komt vast te staan dat deze verklaring door de werknemer uitsluitend werd afgelegd om in de lidstaat van ontvangst een arbeids- en een verblijfsvergunning te verkrijgen *zonder dat hij daar recht op had*". [30]

Het Hof heeft dus nogmaals eerst het doel van de betrokken bepaling gedefinieerd en de wezenlijke grenzen daarvan bepaald, waarna het aan de nationale rechter de mogelijkheid heeft gelaten, uit te sluiten dat daarop een beroep kon worden gedaan enkel in het geval dat deze grenzen werden overschreden, namelijk wanneer het bedrog van de werknemer werd aangetoond.

27. Om kort te gaan, het Hof heeft dus tot nu toe erkend, dat elke nationale rechtsorde gebruik kan maken van haar eigen rechtsregels (of het nu gaat om bepalingen die straf stellen op „wetsontduiking", „simulatie" of waarom niet, „rechtsmisbruik") om een beroep op gemeenschapsbepalingen te blokkeren in welbepaalde gevallen waarin uiteindelijk die bepalingen niet kunnen worden toegepast, en derhalve geen afbreuk kunnen doen aan de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht. In die gevallen, ik zeg het nogmaals, kan de uitlegging van het Hof noodzakelijk blijken te zijn, om de doelstel-

29 — Arrest van 30 september 1997, Günaydin (C-36/96, Jurispr. blz. I-5143). Meer bepaald luidde de vraag aan het Hof als volgt: „Kan aan een aanspraak op grond van artikel 6, lid 1, van besluit nr. 1/80 misbruik van recht worden tegengeworpen, wanneer de Turkse werknemer uitdrukkelijk zijn voornemen kenbaar heeft gemaakt om na voorbereiding op een functie in Turkije, naar dat land terug te keren, en de vreemdelingendienst zijn tijdelijk verblijf in Duitsland slechts met inachtneming van deze verklaring heeft toegestaan?"

30 — *Idem, punt 61; cursivering van mij.*

lingen en de grenzen van de betrokken bepaling te definiëren en schending te voorkomen van de vereisten die het gemeenschapsrecht wil beschermen en die in casu met de harmonisatie van het vennootschapsrecht verbonden zijn.

Samengevat ben ik van mening, dat er in de communautaire rechtsorde thans geen algemeen beginsel van gemeenschapsrecht bestaat, dat misbruik van een door het gemeenschapsrecht toegekend recht bestraft, en dat, ook al zou het bestaan, hoe dan ook niet op zodanige wijze kan worden gebruikt dat daardoor een schending van een gemeenschapsbepaling wordt „bekrachtigd", wat anders in casu het geval zou zijn. Gezien de formulering van deze vraag, voeg ik ten slotte nog toe, dat het evenmin mogelijk is in casu te verwijzen naar gevestigde beginselen van het gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheids-, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Het lijkt mij eigenlijk ook niet denkbaar, dat die beginselen kunnen worden gebruikt om de door het gemeenschapsrecht aan particulieren gewaarborgde bescherming buiten werking te stellen, laat staan een vastgestelde schending van artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn te gedogen en te bevestigen.

De tweede vraag

28. Met de tweede vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen — voor het geval hij volgens zijn nationale bepalingen niet bevoegd is te beoordelen of een recht wordt misbruikt, hetgeen zou betekenen, dat rechtsmisbruik uitsluitend in het kader van het gemeenschapsrecht en door de gemeenschapsrechter kan worden bestraft — of in casu al dan niet is voldaan aan de voorwaarden om aan te nemen, dat het door artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn aan de aandeelhouders toegekende recht is misbruikt.

Gezien mijn conclusie in verband met de eerste vraag lijkt het mij niet nodig daarop in te gaan. Overigens is het probleem van de toepassing van de Griekse bepaling inzake rechtsmisbruik om het beroep op de bepaling van artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn te blokkeren, door het Hof reeds in het arrest Pafitis [31] aangesneden en opgelost. Ik zal mij derhalve tot enkele korte opmerkingen beperken.

29. Volgens de Griekse rechter zou de poging van de aandeelhouders zich tegen de kapitaalverhoging te verzetten, misbruik van recht vormen, voor zover in de eerste plaats die verhoging de aandeelhouders zelf duidelijke economische voordelen heeft opgeleverd en in de tweede plaats de verzoekers geen gebruik hebben gemaakt van hun voorkeurrecht op de bij de kapitaalverhoging uitgegeven nieuwe aandelen.

31 — Arrest aangehaald in voetnoot 2, punt 70.

30. Welnu, voor zover het rechtsmisbruik gekoppeld is aan de financiële crisissituatie waarin de vennootschap verkeerde, lijkt het mij dat geïntimeerden in het hoofdgeding niet zozeer de uitoefening van het recht door de aandeelhouders wilden betwisten als wel de bepaling van de richtlijn zelf wilden aanvechten, die, zoals het Hof herhaaldelijk heeft opgemerkt, geen kapitaalverhoging toestaat die niet door de algemene vergadering is besloten, zelfs wanneer het gaat om ondernemingen in financiële moeilijkheden die onder een bijzondere regeling zijn geplaatst. Het door de Griekse regering aangevoerde bewijsmateriaal, dat volledig betrekking heeft op de crisissituatie waarin de vennootschap verkeerde, laat het duidelijk niet toe, dat aan de hand daarvan het gedrag van de aandeelhouders, die de kapitaalverhoging hebben moeten verduren, zich eerder op de ene dan op de andere manier laat omschrijven.

Voor een verdere bevestiging van die conclusie moet bovendien niet worden onderschat, dat het resultaat van de saneringsregeling a priori niet is te voorzien en dat dus een beoordeling van de bedoeling van de aandeelhouders achteraf willekeurig zou zijn, in het bijzonder in het licht van de door de overheidsmaatregel verkregen positieve resultaten. In elk geval zou het ongebruikelijk zijn, misbruik van recht te koppelen aan de omstandigheid dat de wijziging van het kapitaal tot een verbetering van de vermogenssituatie van de vennootschap heeft geleid, dat wil zeggen dat het met een kapitaalverhoging nagestreefde voornaamste doel is bereikt.

31. Mijns inziens kan verzoekers evenmin worden verweten, dat zij een door de gemeenschapsbepaling toegekend recht hebben misbruikt, doordat zij geen gebruik hebben gemaakt van het voorkeurrecht op de bij de litigieuze kapitaalverhoging uitgegeven nieuwe aandelen.

Ter zake volstaat volgens mij de opmerking, dat de uitoefening van het voorkeurrecht op de nieuwe aandelen voor de aandeelhouders zou hebben betekend, dat zij meewerkten aan het besluit om zonder goedkeuring van de algemene vergadering het kapitaal te verhogen, welk besluit die aandeelhouders echter juist op grond van schending met artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn hebben betwist. In die omstandigheden zou het dus merkwaardig, ja zelfs paradoxaal zijn om de uitoefening van het door die bepaling aan de aandeelhouders toegekende recht als misbruik aan te merken, wanneer zij wilden opkomen tegen de schending van dat recht, die tot stand is gekomen door verhoging van het kapitaal langs bestuursrechtelijke weg, dus zonder hun goedkeuring. Anders zou immers de strekking van de betrokken gemeenschapsbepaling worden gewijzigd: dat zou derhalve een ander resultaat opleveren dan dat wat het gemeenschapsrecht met de harmonisatie van de bepalingen inzake vennootschaprecht had willen bereiken.

Conclusie

32. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van het Efeteio — Athina te beantwoorden als volgt:

„1) Het gemeenschapsrecht verzet zich tegen de toepassing van een nationale bepaling volgens welke de nationale rechter mag beoordelen, of een door een gemeenschapsbepaling toegekend recht door de gerechtigde daartoe is misbruikt, wanneer daardoor afbreuk wordt gedaan aan de volle werking en de eenvormige toepassing van die gemeenschapsbepaling. Voor die beoordeling kan de nationale rechter zich ook niet op algemene beginselen van gemeenschapsrecht baseren.

2) De uitoefening van het recht dat door artikel 25, lid 1, van de Tweede richtlijn (77/91/EEG) van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken, aan de aandeelhouders is toegekend, op grond waarvan de kapitaalverhoging uitsluitend plaatsvindt krachtens een besluit van de algemene vergadering, kan niet als misbruik worden aangemerkt op de enkele grond dat de in strijd met deze bepaling besloten kapitaalverhoging deze aandeelhouders voordeel heeft opgeleverd, of dat zij geen gebruik hebben gemaakt van hun voorkeurrecht bij de aankoop van nieuwe aandelen."