ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ ANTONIO SAGGIO

της 28ης Οκτωβρίου 1999 *

1. Με διάταξη της 24ης Ιουνίου 1997, το Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών υποβάλλει στο Δικαστήριο δύο προδικαστικά ερωτήματα ως προς την ερμηνεία του άρθρου 25 της δεύτερης οδηγίας 77/91/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 13ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των εγγυήσεων που απαιτούνται στα κράτη μέλη εκ μέρους των εταιριών, κατά την έννοια του άρθρου 58, δεύτερο εδάφιο, της Συνθήκης, για την προστασία των συμφερόντων των εταίρων και των τρίτων, με σκοπό να καταστούν οι εγγυήσεις αυτές ισοδύναμες όσον αφορά τη σύσταση της ανωνύμου εταιρίας και τη διατήρηση και τις μεταβολές του κεφαλαίου της (στο εξής: οδηγία) [1], και ως προς την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος απορρέοντος από κοινοτικές διατάξεις. Το εθνικό δικαστήριο ερωτά ειδικότερα κατά πόσον, υπό τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως της κύριας δίκης, είναι νόμιμη η επίκληση της διατάξεως του εθνικού δικαίου που απαγορεύει την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος, όταν ένας εταίρος έχει ασκήσει αγωγή για την ακύρωση εταιρικών πράξεων λόγω προσβολής δικαιώματος απορρέοντος από την οδηγία.

2. Η σημερινή υπόθεση εντάσσεται επομένως στην ίδια κατηγορία με την πληθώρα των διαφορών που έχουν ανακύψει στην Ελλάδα ως προς την ερμηνεία και την εφαρμογή του άρθρου 25 της οδηγίας σε υποθέσεις που αφορούν προβληματικές επιχειρήσεις. Θα ήθελα να τονίσω ευθύς εξαρχής ότι ο λόγος για τον οποίο ανέκυψαν οι διαφορές αυτές έγκειται στην καθυστέρηση της ορθής μεταφοράς της οδηγίας εκ μέρους του εν λόγω κράτους μέλους στην εσωτερική νομοθεσία του. Το Δικαστήριο είχε επανειλημμένα την ευκαιρία να ασχοληθεί με τις διαφορές αυτές [2] και έχει αποφανθεί με σαφήνεια, κατόπιν εξετάσεως πράξεων του εσωτερικού δικαίου που είχαν αντίθετο περιεχόμενο, ότι ο σκοπός της ανωτέρω αναφερθείσας διατάξεως συνίσταται στο να «εξασφαλίζει στους μετόχους ότι απόφαση περί αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου και, κατά συνέπεια, μεταβολής των ποσοστών των μεριδίων των μετόχων δεν λαμβάνεται χωρίς τη συμμετοχή τους στην άσκηση της εξουσίας λήψεως αποφάσεων της εταιρίας» [3].

Η κοινοτική νομοθεσία

3. Σκοπός της οδηγίας είναι ο συντονισμός των εγγυήσεων που πρέπει να παρέχουν εντός των κρατών μελών οι εταιρίες, κατά την έννοια του άρθρου 58, δεύτερο εδάφιο, της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 48 ΕΚ), για την προστασία των συμφερόντων των εταίρων και των τρίτων, με σκοπό να καταστούν οι εγγυήσεις αυτές ισοδύναμες όσον αφορά τη

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 06/001, σ. 230.

2 — Βλ. αποφάσεις της 30ής Μαΐου 1991, C-19/90 και C-20/90, Καρέλλα και Καρέλλας (Συλλογή 1991, σ. I-2691), της 24ης Μαρτίου 1992, C-381/89, Σύνδεσμος Μελών της Ελευθέρας Ευαγγελικής Εκκλησίας κ.λπ. (Συλλογή 1992, σ. I-2111), της 12ης Νοεμβρίου 1992, C-134/91 και C-135/91, Kerafina-Keramische- und Finanz-Holding και Βιοκτηματική (Συλλογή 1992, σ. I-5699, στο εξής: απόφαση Kerafina), της 12ης Μαρτίου 1996, C-441/93, Παφίτης κ.λπ. (Συλλογή 1996, σ. I-1347), και της 12ης Μαΐου 1998, C-367/96, Κεφάλας κ.λπ. (Συλλογή 1998, σ. I-2843).

3 — Απόφαση Κεφάλας, σκέψη 28.

σύσταση της ανώνυμης εταιρίας και τη διατήρηση και τις μεταβολές του κεφαλαίου της.

Το άρθρο 25, παράγραφος 1, της οδηγίας προβλέπει τα εξής: «Κάθε αύξηση του κεφαλαίου πρέπει να αποφασίζεται από τη γενική συνέλευση. Η απόφαση αυτή, καθώς και η πραγματοποίηση της αυξήσεως του αναληφθέντος κεφαλαίου, δημοσιεύονται σύμφωνα με τους προβλεπόμενους από τη νομοθεσία κάθε κράτους μέλους τρόπους, κατά το άρθρο 3 της οδηγίας 68/151/ΕΟΚ.» Στην παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου διευκρινίζονται τα εξής: «Πάντως, το καταστατικό, η ιδρυτική πράξη ή η γενική συνέλευση, της οποίας η απόφαση πρέπει να δημοσιευθεί σύμφωνα με την παράγραφο 1, μπορούν να επιτρέπουν την αύξηση του καλυφθέντος κεφαλαίου λαμβάνοντας πρόνοια ώστε το ανώτατο ποσό να μην είναι μεγαλύτερο από το ποσό που τυχόν προβλέπει ο νόμος. Το εξουσιοδοτημένο για τον σκοπό αυτό όργανο της εταιρίας αποφασίζει κατά περίπτωση να αυξήσει το καλυφθέν κεφάλαιο στα όρια του ποσού που ορίσθηκε. Η εξουσία αυτή του οργάνου έχει ανώτατη διάρκεια πέντε χρόνων και μπορεί να ανανεωθεί μία ή περισσότερες φορές από τη γενική συνέλευση για χρονικό διάστημα που δεν μπορεί να υπερβαίνει τα πέντε χρόνια για κάθε ανανέωση.»

Το άρθρο 29, παράγραφος 1, της οδηγίας ορίζει τα εξής: «Κατά την αύξηση του καλυφθέντος κεφαλαίου με εισφορές σε μετρητά, οι μετοχές πρέπει να προσφερθούν κατά προτίμηση στους μετόχους ανάλογα με το τμήμα του κεφαλαίου που αντιπροσωπεύουν οι μετοχές τους.» Η παράγραφος 4 προσθέτει ότι το δικαίωμα προτιμήσεως δεν επιτρέπεται να περιορισθεί ή να αποκλεισθεί από το καταστατικό ή τη συστατική πράξη. Ο περιορισμός ή ο αποκλεισμός είναι πάντως δυνατός με απόφαση της γενικής συνελεύσεως, κατόπιν υποβολής από το διοικητικό όργανο ή τη διεύθυνση γραπτής εκθέσεως, η οποία να αναφέρει τους λόγους περιορισμού ή αποκλεισμού του δικαιώματος προτιμήσεως και να δικαιολογεί την τιμή εκδόσεως που προτείνεται.

4. Τέλος, το άρθρο 41, παράγραφος 1, επιτρέπει στα κράτη μέλη να παρεκκλίνουν από το άρθρο 25, κατά το μέτρο που τούτο είναι αναγκαίο για τη θέσπιση ή την εφαρμογή των διατάξεων που αποβλέπουν στη διευκόλυνση της συμμετοχής των εργαζομένων ή άλλων κατηγοριών προσώπων, που ορίζει η εθνική νομοθεσία, στο κεφάλαιο των επιχειρήσεων.

5. Η οδηγία έτασσε στα κράτη μέλη προθεσμία δύο ετών για τη μεταφορά της στα εθνικά δίκαια. Για την Ελλάδα η προθεσμία αυτή έληξε, αν ληφθεί υπόψη η Πράξη Προσχωρήσεως, την 1η Ιανουαρίου 1981.

Η εθνική νομοθεσία

6. Με τον νόμο 1386/1983, της 5ης Αυγούστου 1983[4] (στο εξής: νόμος 1386/83), συνεστήθη στην Ελλάδα ο Οργανισμός Οικονομικής Ανασυγκρότησης Επιχειρήσεων ΑΕ (στο εξής: ΟΑΕ), ανώνυμη εται-

4 — *ΦΕΚ* Α΄ 107, της 8ης Αυγούστου 1983, σ. 14.

ρία ελεγχόμενη πλήρως από το Ελληνικό Δημόσιο, σκοπός της οποίας είναι να συμβάλει στην οικονομική και κοινωνική ανάπτυξη της χώρας με την οικονομική εξυγίανση επιχειρήσεων, την εισαγωγή και εφαρμογή αλλοδαπής τεχνογνωσίας, την ανάπτυξη της εθνικής τεχνογνωσίας, καθώς και την ίδρυση και εκμετάλλευση κοινωνικοποιημένων ή μικτής οικονομίας επιχειρήσεων (άρθρο 2, παράγραφος 2, του νόμου 1386/83).

Προς τούτο, ο ΟΑΕ μπορεί να αναλαμβάνει τη διοίκηση και την τρέχουσα διαχείριση των υπό εξυγίανση ή των εθνικοποιημένων επιχειρήσεων, να συμμετέχει στο κεφάλαιο επιχειρήσεων, να χορηγεί δάνεια, να εκδίδει ομολογιακά δάνεια ή να συνάπτει δάνεια, να αποκτά ομολογίες, καθώς και να μεταβιβάζει μετοχές ιδίως στους εργαζομένους ή στους φορείς εκπροσωπήσεώς τους, στους φορείς τοπικής αυτοδιοικήσεως ή σε άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, σε κοινωφελή ιδρύματα, σε κοινωνικούς φορείς ή σε ιδιώτες (άρθρο 2, παράγραφος 3).

7. Κατά το άρθρο 5, παράγραφος 1, του νόμου 1386/83, με απόφαση του Υπουργού Εθνικής Οικονομίας μπορούν να υπάγονται στο καθεστώς του νόμου αυτού οι επιχειρήσεις που αντιμετωπίζουν σοβαρές οικονομικές δυσχέρειες. Κατά το άρθρο 7 του ίδιου νόμου, με απόφαση του αρμοδίου υπουργού μπορεί να ανατεθεί στον ΟΑΕ η διοίκηση της υπαγομένης στο καθεστώς του εν λόγω νόμου επιχειρήσεως, να ρυθμιστούν τα χρέη της κατά τρόπον ώστε να εξασφαλίζεται η βιωσιμότητά της ή να κινηθεί η διαδικασία εκκαθαρίσεώς της.

Η παράγραφος 1 του άρθρου 8, όπως τροποποιήθηκε με τον νόμο 1472/1984 [5], ορίζει ότι με τη δημοσίευση της υπουργικής αποφάσεως περί υπαγωγής της επιχειρήσεως στο καθεστώς του νόμου παύει η εξουσία των οργάνων διοικήσεως της επιχειρήσεως, καθώς και ότι η γενική συνέλευση διατηρείται μεν, δεν μπορεί όμως να αποφασίζει την ανάκληση μελών της διοικήσεως που έχουν διοριστεί από τον ΟΑΕ. Η παράγραφος 8 του ίδιου άρθρου προβλέπει ότι, κατά τη διάρκεια της προσωρινής διοικήσεως της υπαχθείσας στο εν λόγω νομικό καθεστώς εταιρίας, ο ΟΑΕ μπορεί, μεταξύ άλλων, να αποφασίζει την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της εν λόγω εταιρίας, κατά παρέκκλιση από τις ισχύουσες διατάξεις περί ανωνύμων εταιριών, οι οποίες προβλέπουν συναφώς την αποκλειστική αρμοδιότητα της γενικής συνελεύσεως. Η αύξηση πρέπει να εγκριθεί στη συνέχεια από τον αρμόδιο υπουργό. Ο νόμος 1386/83 προβλέπει ότι οι παλαιοί μέτοχοι διατηρούν εντούτοις δικαίωμα προτιμήσεως προς ανάληψη των νέων μετοχών, το οποίο ασκείται εντός της προθεσμίας που καθορίζεται με την εγκριτική υπουργική απόφαση.

8. Θα ήθελα επίσης να υπενθυμίσω ότι για τον νόμο 1386/83 εκδόθηκε, κατ' εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 93 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 88 ΕΚ), η απόφαση 88/167/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 7ης Οκτωβρίου 1987 [6]. Με την απόφαση αυτή η Επιτροπή δήλωσε ότι δεν είχε αντιρρήσεις για την εφαρμογή του νόμου αυτού, εφόσον η Ελληνική Κυβέρνηση τροποποιούσε μέχρι τις 31 Δεκεμβρίου 1987 τις διατάξεις περί αυξήσεως κεφαλαίου, ώστε να καταστούν σύμφωνες με τα άρθρα 25, 26, 29 και 30 της δεύτερης οδηγίας. Στις 7 Μαρτίου 1989 η Επιτροπή κίνησε τη διαδικασία του άρθρου 169 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρ-

5 — *ΦΕΚ* Α' 112, της 6ης Αυγούστου 1984, σ. 1273.
6 — ΕΕ 1988, L 76, σ. 18.

θρου 226 ΕΚ) λόγω της παραβάσεως από την Ελληνική Δημοκρατία των υποχρεώσεων που υπείχε από τη δεύτερη οδηγία. Στις 10 Μαρτίου 1990 ψηφίστηκε από την Ελληνική Βουλή ο νόμος 1882/1990 [7], με τον οποίο η προϊσχύουσα ρύθμιση τροποποιήθηκε στο επίμαχο σημείο σύμφωνα με τις υποδείξεις της Επιτροπής. Αυτό είναι επομένως το χρονικό σημείο στο οποίο ανάγεται η συμμόρφωση της Ελλάδας προς την υποχρέωσή της να μεταφέρει την οδηγία στο εσωτερικό δίκαιο.

9. Τέλος, το άρθρο 281 του ελληνικού Αστικού Κώδικα προβλέπει ότι «η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος».

Τα πραγματικά περιστατικά και τα προδικαστικά ερωτήματα

10. Από την απόφαση περί υποβολής της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως προκύπτει ότι ο Δ. Διαμαντής, ενάγων της κύριας δίκης, ανήκει στη μειοψηφία των μετόχων της ανώνυμης εταιρίας Πλαστικά Καβάλας ΑΕ. Στην αρχή της δεκαετίας του '80 η εταιρία αυτή αντιμετώπιζε σοβαρά οικονομικά προβλήματα. Για τον λόγο αυτό στις 24 Αυγούστου 1983 η πλειοψηφία των μετόχων της εταιρίας, μεταξύ των οποίων, κατά το αιτούν δικαστήριο, ο ίδιος ο Δ. Διαμαντής, ζήτησαν την υπαγωγή της εταιρίας στις διατάξεις του νόμου 1386/83. Η αίτηση αυτή επαναλήφθηκε στις 20 Δεκεμβρίου 1983.

11. Κατόπιν της αιτήσεως αυτής ζητήθηκε η γνώμη της ειδικής γνωμοδοτικής επιτροπής του άρθρου 11 του νόμου 1386/83. Η επιτροπή αυτή, αφού διαπίστωσε τη λίαν δυσχερή κατάσταση στην οποία βρισκόταν η εταιρία, πρότεινε την υπαγωγή της εταιρίας στη ρύθμιση περί ειδικής εκκαθαρίσεως του άρθρου 7, παράγραφος 3, και του άρθρου 9 του εν λόγω νόμου, πράγμα που θα είχε ως συνέπεια την άμεση ρευστοποίηση του ενεργητικού της εταιρίας και την πληρωμή των χρεών της. Η γνωμοδότηση όμως αυτή δεν έγινε δεκτή από τον υπουργό, ο οποίος αποφάσισε, με την υπ' αριθ. 212 απόφασή του, της 3ης Φεβρουαρίου 1984 [8], την υπαγωγή της εταιρίας σε διαφορετική ρύθμιση, προβλεπόμενη πάντως από τον ίδιο νόμο, και συγκεκριμένα στη ρύθμιση της προσωρινής διοικήσεως από τον ΟΑΕ κατά το άρθρο 7, παράγραφος 1.

12. Στις 28 Μαΐου 1986 ο ΟΑΕ αποφάσισε την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας κατά 177 000 000 δραχμές, οπότε το κεφάλαιο ανήλθε από 87 200 000 σε 264 000 000 δραχμές. Η απόφαση αυτή εγκρίθηκε από τον υπουργό. Κατ' εφαρμογή του νόμου 1386/83, παρασχέθηκε στους παλαιούς μετόχους η δυνατότητα να ασκήσουν το δικαίωμά τους προτιμήσεως για την αγορά των νέων μετοχών εντός προθεσμίας 45 ημερών από της δημοσιεύσεως της υπουργικής αποφάσεως (που πραγματοποιήθηκε στις 11 Ιουνίου 1986). Επειδή οι παλαιοί μέτοχοι δεν εκδήλωσαν κανένα ενδιαφέρον, το σύνολο των νέων μετοχών διατέθηκε στον ΟΑΕ, ο οποίος έφθασε να κατέχει το 67 % περίπου του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας Πλαστικά Καβάλας.

7 — *ΦΕΚ* Α' 43, της 23ης Μαρτίου 1990.

8 — *ΦΕΚ* Β' 60, της 8ης Φεβρουαρίου 1984.

Στις 11 Δεκεμβρίου 1986, με απόφαση της γενικής συνελεύσεως των μετόχων, στην οποία την πλειοψηφία είχε πλέον ο ΟΑΕ, το μετοχικό κεφάλαιο της εταιρίας μειώθηκε στο κατώτατο από τον νόμο επιτρεπόμενο όριο των 5 000 000 δραχμών.

Με την απόφαση της αναπληρωτού Υπουργού Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας υπ' αριθ. 14, της 9ης Ιανουαρίου 1987, εγκρίθηκε νέα αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας, κατ' εφαρμογή του άρθρου 10 του νόμου 1386/83, οπότε το μετοχικό κεφάλαιο της εταιρίας ανήλθε τελικά σε 1 267 200 000 δραχμές, διαιρεμένο σε 1 267 200 μετοχές. Έκτοτε η εταιρία λειτουργεί κανονικά. Δυνάμει της ίδιας υπουργικής αποφάσεως, έπαυσε η προσωρινή διοίκηση από τον ΟΑΕ. Το 1991 η πλειοψηφία των μετοχών της εταιρίας μεταβιβάστηκε στην εταιρία Πλαστικά Μακεδονίας ΑΕ και στη συνέχεια, τον Φεβρουάριο του 1994, η εταιρία Πλαστικά Καβάλας ενσωματώθηκε στον όμιλο Πετζετάκη.

Εξέλιξη της διαδικασίας

13. Στις 22 Φεβρουαρίου 1991 ο Δ. Διαμαντής, μέτοχος της εταιρίας, άσκησε αγωγή ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών ζητώντας να διαπιστωθεί η ακυρότητα των μεταβολών (δύο αυξήσεων και μιας μειώσεως) του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρίας Πλαστικά Καβάλας που είχαν πραγματοποιηθεί κατ' εφαρμογή του νόμου 1386/83. Ο ενάγων ισχυρίστηκε ότι οι αποφάσεις της γενικής συνελεύσεως είναι αντίθετες προς το άρθρο 25, παράγραφος 1, της οδηγίας, διότι είχαν ως αποτέλεσμα τη μείωση του ποσοστού που αντιπροσωπεύουν οι μετοχές του επί του συνόλου των μετοχών.

14. Η Ελληνική Κυβέρνηση και ο ΟΑΕ, εναγόμενοι της κύριας δίκης, προέβαλαν, βάσει του άρθρου 281 του ελληνικού Αστικού Κώδικα, την ένσταση της καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος που παρέχει στον ενάγοντα το άρθρο 25, παράγραφος 1, της δεύτερης οδηγίας και ζήτησαν συνεπώς την απόρριψη της αγωγής. Οι εναγόμενοι ισχυρίζονται ότι τα στοιχεία που συνιστούν εν προκειμένω την καταχρηστική άσκηση απορρέουν από τα εξής πραγματικά περιστατικά: α) την υπαγωγή της εταιρίας στις διατάξεις του νόμου 1386/83 είχε ζητήσει ο ίδιος ο ενάγων μαζί με άλλους μετόχους, β) λόγω της κακής οικονομικής καταστάσεως της εταιρίας, ο ενάγων ουδέποτε θέλησε την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου και για τον λόγο αυτό δεν άσκησε το δικαίωμα προτιμήσεως που του παρασχέθηκε ήδη κατά την πρώτη αύξηση, γ) μόνο μετά την εξυγίανση της εταιρίας, από την οποία αποκόμισε τελικά όφελος και ο ίδιος ο ενάγων, αλλ' η οποία επέφερε ουσιαστικές και μη αναστρέψιμες συνέπειες στη μετοχική σύνθεση και την κατανομή του κεφαλαίου της, αποφάσισε ο ενάγων να ασκήσει το δικαίωμά του, αφού είχαν παρέλθει, μέχρι την άσκηση της αγωγής του, πέντε και τέσσερα έτη αντίστοιχα από την πρώτη και τη δεύτερη αύξηση του κεφαλαίου.

15. Το αιτούν δικαστήριο κρίνει ότι η αγωγή είναι νόμω βάσιμη, αλλά κρίνει επίσης βάσιμη, τόσο από νομική όσο και από ουσιαστική άποψη, την ένσταση που προβάλλουν οι εναγόμενοι. Το αιτούν δικαστήριο καταλήγει στο συμπέρασμα αυτό, αφού διαπιστώνει, πρώτον, ότι ο ενάγων είχε συμμετάσχει στην υποβολή της αιτήσεως

υπαγωγής της εταιρίας στη ρύθμιση του νόμου 1386/83 και, δεύτερον, ότι, λόγω της κακής οικονομικής καταστάσεως της εταιρίας, ο ενάγων ουδέποτε θέλησε την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου και για τον λόγο αυτό ουδέποτε άσκησε το δικαίωμα προτιμήσεως που του παρείχε η εθνική νομοθεσία. Βάσει της διαπιστώσεως αυτής, το εθνικό δικαστήριο κρίνει ότι, μετά την πάροδο τόσων ετών από τις αυξήσεις και την ενδιάμεση μείωση του κεφαλαίου, η άσκηση του δικαιώματος του ενάγοντος και η ενδεχόμενη ανατροπή τετελεσμένων καταστάσεων συνιστά υπέρβαση των ορίων που επιβάλλονται από την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη και τον κοινωνικό και οικονομικό σκοπό του δικαιώματος αυτού.

Κρίνοντας πάντως χρήσιμη την έκδοση από το Δικαστήριο αποφάσεως επί της εφαρμογής εν προκειμένω της αρχής περί καταχρήσεως δικαιώματος — που αποτελεί, αν ληφθεί υπόψη η νομολογία του Δικαστηρίου, «γενική αρχή των εθνικών δικαίων των κρατών μελών» — το εθνικό δικαστήριο υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Αν, υπό τα συγκεκριμένα και εκτιθέμενα στο σκεπτικό της παρούσας πραγματικά περιστατικά, τίθεται θέμα τόσο νομικής όσο και ουσιαστικής εφαρμογής του άρθρου 281 ΑΚ περί καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος του ενάγοντος σε σχέση με τα άρθρα 25, παράγραφος 1, και 29, παράγραφος 1, της δεύτερης οδηγίας.

2) Σε περίπτωση που το Δικαστήριο κρίνει βάσιμη κατά τον νόμο και την ουσία της την ανωτέρω ένσταση, ποιο θα είναι το αποτέλεσμα επί του κύρους των υπουργικών αποφάσεων περί αυξήσεως και μειώσεως του κεφαλαίου της ένδικης εταιρίας, της οποίας μέτοχος τυγχάνει ο ενάγων, και κατ' επέκταση αν οι διατάξεις των άρθρων 8, παράγραφος 8, και 10, παράγραφος 1, του νόμου 1386/1983 είναι συμβατές προς το κοινοτικό δίκαιο, ενόψει του ότι χωρίς τη συνδρομή της διατάξεως του άρθρου 281 ΑΚ έχει κριθεί κατά τα ανωτέρω ότι αυτές αντίκεινται στις ρυθμίσεις της οδηγίας 77/91/ΕΟΚ.»

16. Στις 20 Νοεμβρίου 1997 το Δικαστήριο αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία στην παρούσα υπόθεση έως ότου εκδοθεί η απόφαση στην προαναφερθείσα υπόθεση Κεφάλας. Η απόφαση αυτή, κατόπιν της εκδόσεώς της, διαβιβάστηκε στο αιτούν δικαστήριο με το ερώτημα αν εμμένει επί των προδικαστικών ερωτημάτων του. Το ελληνικό δικαστήριο απάντησε στο Δικαστήριο ότι οι ελληνικοί δικονομικοί κανόνες δεν του επιτρέπουν να αναθεωρήσει αυτεπαγγέλτως την απόφασή του και ότι, εν πάση περιπτώσει, τα περιστατικά της παρούσας υποθέσεως δεν είναι ως προς όλα τα σημεία πανομοιότυπα με εκείνα της υποθέσεως Κεφάλας.

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

17. Πριν εξετάσω επί της ουσίας τα ερωτήματα του ελληνικού δικαστηρίου, θεωρώ χρήσιμο να υπενθυμίσω με συντομία τα συμπεράσματα στα οποία κατέληξε το Δικαστήριο με τις προαναφερθείσες αποφά-

σεις του επί της ερμηνείας του άρθρου 25 της δεύτερης οδηγίας και επί του ζητήματος αν συμβιβάζεται με το άρθρο αυτό η ελληνική νομοθεσία περί εξυγιάνσεως των προβληματικών επιχειρήσεων, η οποία αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας.

18. Το Δικαστήριο, όταν του ζητήθηκε να αποφανθεί προδικαστικώς στο πλαίσιο διαφόρων διαδικασιών που είχαν κινήσει μέτοχοι εταιριών στο κεφάλαιο των οποίων είχαν επέλθει μεταβολές με διοικητική πράξη, διευκρίνισε κατ' αρχάς ότι, κατά το άρθρο 25, παράγραφος 1, της οδηγίας, για τις μεταβολές του μετοχικού κεφαλαίου αποκλειστική αρμοδιότητα έχει η συνέλευση των μετόχων. Το Δικαστήριο, αφού κατέστησε σαφές ότι η ανωτέρω διάταξη έχει απευθείας εφαρμογή[9], αποφάνθηκε ότι αντίκειται στο άρθρο αυτό η εφαρμογή εθνικής ρυθμίσεως η οποία, προς εξασφάλιση της εξυγιάνσεως προβληματικών επιχειρήσεων, προβλέπει ότι μπορεί να αποφασιστεί με διοικητική πράξη η αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου τους, υπό την επιφύλαξη έστω της διατηρήσεως του δικαιώματος προτιμήσεως των παλαιών μετόχων κατά την έκδοση των νέων μετοχών. Το Δικαστήριο κατέστησε συγκεκριμένα σαφές ότι η επίτευξη του πρωταρχικού σκοπού της οδηγίας, που συνίσταται στην εξασφάλιση ενός κατωτάτου επιπέδου προστασίας των μετόχων στο σύνολο των κρατών μελών, «θα ήταν πολύ επισφαλής αν τα κράτη μέλη μπορούσαν να παρεκκλίνουν από τις διατάξεις της οδηγίας, διατηρώντας σε ισχύ ρυθμίσεις, έστω χαρακτηριζόμενες ως ειδικές ή εξαιρετικές, οι οποίες επιτρέπουν να αποφασίζεται, με διοικητικά μέτρα και χωρίς να μεσολαβήσει καμία απόφαση της γενικής συνελεύσεως των μετόχων, αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου, η οποία να έχει ως αποτέλεσμα είτε να υποχρεώνονται οι εταίροι να αυξήσουν τις εισφορές τους είτε να τους επιβάλλεται η είσοδος νέων μετόχων στην εταιρία, κατά τρόπον ώστε να μειώνεται η συμμετοχή τους στην εξουσία λήψεως αποφάσεων στην εταιρία»[10]. Το Δικαστήριο αποσαφήνισε στη συνέχεια ότι ούτε βάσει ειδικής ρυθμίσεως που να αποσκοπεί στην εξυγίανση της εταιρίας μπορεί η γενική συνέλευση των μετόχων να στερηθεί της κατ' εξοχήν εγγενούς και αναπαλλοτρίωτης εξουσίας της, δηλαδή της εξουσίας μεταβολής του ύψους του κεφαλαίου, άρα της περιουσίας της εταιρίας και, ταυτόχρονα, των ίδιων των μετόχων[11].

19. Στην προπαρατεθείσα υπόθεση Παφίτης, το Δικαστήριο εξέτασε για πρώτη φορά, μολονότι δεν του είχε υποβληθεί κανένα σχετικό ερώτημα, τη δυνατότητα εφαρμογής της εθνικής διατάξεως περί καταχρήσεως δικαιώματος στην περίπτωση ασκήσεως αγωγής από μέτοχο εταιρίας υπαγόμενης στη ρύθμιση του ελληνικού νόμου. Το Δικαστήριο, μολονότι δεν αποφάνθηκε επί του ζητήματος αν επιτρέπεται η επίκληση εθνικού κανόνα προκειμένου να εκτιμηθεί αν ένα δικαίωμα που απονέμεται από τις κοινοτικές διατάξεις ασκείται καταχρηστικά, δέχτηκε πάντως ότι «γεγονός παραμένει ότι, εν πάση περιπτώσει, η εφαρμογή ενός τέτοιου κανόνα δεν επιτρέπεται να θίγει την πλήρη αποτελεσματικότητα και την ομοιόμορφη εφαρμογή των κοινοτικών διατάξεων εντός των κρατών μελών». Σε σχέση με τα πραγματικά περιστατικά της εν λόγω υποθέσεως το Δικαστήριο απέρριψε τους ισχυρισμούς της Ελληνικής Κυβερνήσεως και κατέληξε ότι «θα επλήττετο η ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου και η

9 — Απόφαση Καρέλλα και Καρέλλας, όπ.π., σκέψη 23, απόφαση Σύνδεσμος Μελών της Ελευθέρας Ευαγγελικής Εκκλησίας, όπ.π., σκέψη 43, και απόφαση Kerafina, όπ.π., σκέψη 18.

10 — Απόφαση Καρέλλα και Καρέλλας, σκέψη 26, απόφαση Σύνδεσμος Μελών της Ελευθέρας Ευαγγελικής Εκκλησίας, σκέψη 33, και απόφαση Kerafina, σκέψη 26.

11 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα G. Tesauro στην υπόθεση Παφίτης, σημείο 13.

πλήρης ενέργειά του, αν εθεωρείτο ότι ένας μέτοχος, επικαλούμενος το άρθρο 25, παράγραφος 1, της δεύτερης οδηγίας, ασκεί καταχρηστικά το δικαίωμά του για τον μόνο λόγο ότι ανήκει στη μειοψηφία των μετόχων μιας εταιρίας που υπήχθη σε καθεστώς εξυγιάνσεως ή ότι ωφελήθηκε από την εξυγίανση της εταιρίας. Και τούτο διότι, εφόσον το άρθρο 25, παράγραφος 1, εφαρμόζεται αδιακρίτως σε όλους τους μετόχους και ανεξαρτήτως της εκβάσεως ενδεχομένης διαδικασίας εξυγιάνσεως, ο τυχόν χαρακτηρισμός μιας αγωγής στηριζομένης στο άρθρο 25, παράγραφος 1, ως καταχρηστικής για παρόμοιους λόγους θα ισοδυναμούσε με αλλοίωση του περιεχομένου της διατάξεως αυτής».

20. Στην πρόσφατη υπόθεση Κεφάλας το Δικαστήριο χρειάστηκε να ασχοληθεί εκ νέου με την ένσταση περί καταχρήσεως δικαιώματος, σε σχέση με την ενώπιον των ελληνικών δικαστηρίων επίκληση του δικαιώματος που παρέχεται από το άρθρο 25, παράγραφος 1, της οδηγίας. Στην εν λόγω υπόθεση ζητήθηκε ρητά από το Δικαστήριο να αποφανθεί κατά πόσον αναγνωρίζεται στον Έλληνα δικαστή η δυνατότητα να εφαρμόσει το άρθρο 281 του ελληνικού Αστικού Κώδικα, για να εκτιμήσει αν ένα δικαίωμα που απονέμεται από κοινοτικές διατάξεις ασκείται από τον δικαιούχο καταχρηστικά, και κατά πόσον η εκτίμηση αυτή είναι δυνατή βάσει κάποιας γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου. Το Δικαστήριο κατέληξε ότι τα εθνικά δικαστήρια μπορούν να εφαρμόζουν διάταξη του εσωτερικού δικαίου, προκειμένου να εκτιμούν αν ένα δικαίωμα το οποίο απορρέει από κοινοτική διάταξη ασκείται καταχρηστικά. Υπενθυμίζοντας ότι, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, οι πολίτες δεν μπορούν να επικαλούνται το κοινοτικό δίκαιο καταχρηστικά ή καταστρατηγώντας το, το Δικαστήριο πρόσθεσε ότι «δεν μπορεί να θεωρηθεί αντίθετο προς την κοινοτική έννομη τάξη το ότι τα εθνικά δικαστήρια εφαρμόζουν διάταξη του εσωτερικού δικαίου, όπως αυτή του άρθρου 281 του ελληνικού Αστικού Κώδικα, προκειμένου να εκτιμήσουν αν ένα δικαίωμα το οποίο απορρέει από κοινοτική διάταξη ασκείται καταχρηστικά» [12]. Στη συνέχεια το Δικαστήριο επανέλαβε ότι, όπως είχε ήδη δεχτεί με την απόφαση Παφίτης, «η εφαρμογή ενός [εθνικού] κανόνα δεν μπορεί να θίγει την πλήρη αποτελεσματικότητα και την ομοιόμορφη εφαρμογή των κοινοτικών διατάξεων εντός των κρατών μελών». Επομένως, «τα εθνικά δικαστήρια δεν μπορούν, οσάκις εκτιμούν την άσκηση ενός δικαιώματος που απορρέει από κοινοτική διάταξη, να αλλοιώνουν το περιεχόμενο της διατάξεως αυτής ούτε να θέτουν σε κίνδυνο τους επιδιωκόμενους με αυτή στόχους» [13].

21. Επί της ουσίας το Δικαστήριο διευκρίνισε, με την ανωτέρω απόφαση, ότι θα θιγόταν η ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου και η πλήρης ενέργειά του, αν καταλογιζόταν σε έναν μέτοχο, επικαλούμενο το άρθρο 25, παράγραφος 1, της οδηγίας, καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος που απορρέει από τη διάταξη αυτή λόγω του ότι δεν έκανε χρήση του δικαιώματός του προτιμήσεως, που προβλέπει το άρθρο 29, παράγραφος 1, της οδηγίας, προς ανάληψη των νέων μετοχών οι οποίες εκδόθηκαν επ' ευκαιρία της επίδικης αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου [14]. Κατά το Δικαστήριο δηλαδή, «η άσκηση του δικαιώματος προτιμήσεως θα σήμαινε ότι ο μέτοχος θα προσέφερε τη συνεργασία του προς εφαρμογή της αποφάσεως περί αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου χωρίς την έγκριση της γενικής συνελεύσεως, αποφάσεως κατά της οποίας ακριβώς βάλλει βάσει του άρθρου 25,

12 — Απόφαση Κεφάλας, όπ.π., σκέψη 21.
13 — Απόφαση Κεφάλας, σκέψη 22.
14 — Απόφαση Κεφάλας, σκέψη 26.

παράγραφος 1, της δεύτερης οδηγίας. Κατά συνέπεια, το να ζητείται από έναν μέτοχο να μετάσχει στην αποφασισθείσα αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου χωρίς την έγκριση της γενικής συνελεύσεως, ώστε να μπορεί αυτός να επικαλεστεί τη διάταξη αυτή, θα ισοδυναμούσε με αλλοίωση του περιεχομένου της διατάξεως αυτής» [15].

22. Από την τελευταία παρατεθείσα απόφαση συνάγεται ότι το Δικαστήριο επιτρέπει στα εθνικά δικαστήρια να εφαρμόζουν διάταξη του εσωτερικού δικαίου, προκειμένου να εκτιμήσουν αν ένα δικαίωμα το οποίο παρέχεται από κοινοτική διάταξη ασκείται καταχρηστικά. Προϋπόθεση πάντως είναι να μη θίγει η εφαρμογή του εθνικού κανόνα την πλήρη αποτελεσματικότητα και την ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου και ιδίως να μην αλλοιώνει το περιεχόμενο της κοινοτικής διατάξεως ούτε να θέτει σε κίνδυνο τους επιδιωκόμενους με αυτή στόχους.

Επομένως πρόκειται ουσιαστικά για φαινομενική περισσότερο παρά για πραγματική παραχώρηση προς τις εθνικές έννομες τάξεις. Μολονότι το Δικαστήριο προτίμησε να επιτρέψει την πραγματοποίηση της εκτιμήσεως αυτής βάσει διατάξεως του εθνικού δικαίου και όχι βάσει γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου, έσπευσε αμέσως να προσδιορίσει τα όρια που θέτει το κοινοτικό δίκαιο στην εφαρμογή αυτή. Δεν χρειάζεται να προσθέσω ότι τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο όταν η εφαρμογή της διατάξεως του εθνικού δικαίου συμβάλλει, όπως εν προκειμένω, στην παγίωση νομικής καταστάσεως αντίθετης προς το κοινοτικό δίκαιο.

15 — Απόφαση Κεφάλας, σκέψη 27.

23. Είναι επομένως σαφές ότι το Δικαστήριο αποφάνθηκε μεν ότι για την εκτίμηση της υπάρξεως καταχρήσεως δικαιώματος πρέπει να εφαρμόζεται η εθνική διάταξη, αλλά ταυτόχρονα καθόρισε επακριβώς ορισμένες παραμέτρους — που ανάγονται, σε τελική ανάλυση, στην αρχή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου έναντι του εθνικού — που περιορίζουν σε σαφώς καθορισμένα όρια την εφαρμογή μιας εθνικής διατάξεως η οποία όχι μόνο δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να χαρακτηριστεί «διαδικαστικής» φύσεως, αλλά ενέχει ορισμένη αξιολόγηση όσον αφορά την ουσιαστική εφαρμογή της διατάξεως του κοινοτικού δικαίου που αποσκοπεί στην παροχή δικαιωμάτων. Κατά συνέπεια, επιβάλλεται ρητά στα εθνικά δικαστήρια απαγόρευση εφαρμογής της εθνικής διατάξεως περί καταχρήσεως δικαιώματος, οσάκις η εφαρμογή αυτή θα αλλοίωνε το περιεχόμενο της κοινοτικής διατάξεως ή θα έθετε σε κίνδυνο τους επιδιωκόμενους με αυτή στόχους.

24. Το γεγονός ότι το Δικαστήριο παραπέμπει στην εθνική έννομη τάξη έχει συνεπώς την έννοια ότι παρέχεται στον εθνικό δικαστή ένα μέσο διασφαλίσεως της ορθής εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, και συγκεκριμένα ένα μέσο αποφυγής του ενδεχομένου να μπορεί ένα δικαίωμα — έστω και αν απονέμεται από διάταξη του κοινοτικού δικαίου — να ασκείται όταν η συγκεκριμένη περίπτωση «φαινομενικά» μόνο ρυθμίζεται από τη διάταξη αυτή ή όταν η κατάσταση στην οποία βρίσκεται ο φορέας του δικαιώματος του οποίου γίνεται επίκληση στη δίκη είναι μόνο «φαινομενικά» σύμφωνη προς ό,τι επιβάλλει η εν λόγω διάταξη [16]. Με άλλα λόγια, πρόκειται για εκτίμηση που αφορά το ίδιο το πεδίο εφαρμογής της διατάξεως, τα εγγενή όριά της. Από την οπτική αυτή γωνία,

16 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα G. Tesauro στην υπόθεση Κεφάλας, σημεία 24 έως 27, καθώς και την παρατιθέμενη εκεί νομολογία.

η δυνατότητα του εθνικού δικαστή να εφαρμόζει τη διάταξη του εσωτερικού δικαίου που απαγορεύει την καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος καταλήγει σε απαγόρευση επικλήσεως του κοινοτικού δικαίου στις περιπτώσεις υπερβάσεως των εν λόγω ορίων, στις περιπτώσεις δηλαδή στις οποίες ο κοινοτικός νομοθέτης δεν ήθελε να εφαρμόζεται ο κοινοτικός κανόνας.

25. Από τα ανωτέρω συνάγεται κατ' ανάγκη ότι η εκτίμηση των εγγενών ορίων της διατάξεως του κοινοτικού δικαίου που απονέμει δικαιώματα αποτελεί ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου, για την οποία αρμόδιο είναι, σε τελική ανάλυση, το Δικαστήριο. Πράγματι, με την προπαρατεθείσα απόφαση Κεφάλας, το Δικαστήριο θέλησε να παράσχει στον εθνικό δικαστή τις αναγκαίες διευκρινίσεις ως προς τον σκοπό που επιδιώκεται με το άρθρο 25, παράγραφος 1, της οδηγίας. Ο σκοπός αυτός συνίσταται, κατά το Δικαστήριο, «στο να εξασφαλίζει στους μετόχους ότι απόφαση περί αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου και, κατά συνέπεια, μεταβολής των ποσοστών των μεριδίων των μετόχων δεν λαμβάνεται χωρίς τη συμμετοχή τους στην άσκηση της εξουσίας λήψεως αποφάσεων της εταιρίας» [17]. Οσάκις το εθνικό δικαστήριο εξακριβώνει ότι ο αποδέκτης του δικαιώματος που παρέχεται από την κοινοτική διάταξη — εν προκειμένω οι μέτοχοι, ως φορείς του δικαιώματος να αντιτάσσονται στη λήψη αποφάσεως περί αυξήσεως του κεφαλαίου της εταιρίας χωρίς τη συμμετοχή τους — ζητεί την ακύρωση της αυξήσεως του κεφαλαίου με μόνο σκοπό να αποκομίσει, σε βάρος της εταιρίας, αθέμιτα οφέλη, που είναι προδήλως ξένα προς τον σκοπό του άρθρου 25, παράγραφος 1, της οδηγίας, μπορεί να εφαρμόζει τη διάταξη του εσωτερικού δικαίου περί καταχρήσεως δικαιώματος για να απορρίπτει τη σχετική αγωγή ή προσφυγή.

17 — Όπ.π., σημείο 28.

26. Κατόπιν των ανωτέρω διευκρινίσεων ως προς την έννοια που νομίζω ότι πρέπει να προσδοθεί στην εκ μέρους του Δικαστηρίου παραπομπή στη διάταξη του εσωτερικού δικαίου περί καταχρήσεως δικαιώματος, θα ήθελα κατ' αρχάς να παρατηρήσω, σε σχέση πλέον με τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως της κύριας δίκης, ότι για την απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα πρέπει να ληφθεί υπόψη το σκεπτικό του Δικαστηρίου στην απόφαση Κεφάλας, διότι τα περιστατικά της υποθέσεως εκείνης συμπίπτουν εν μέρει με τα περιστατικά της παρούσας υποθέσεως. Πράγματι, το εθνικό δικαστήριο φρονεί και στην παρούσα υπόθεση ότι συντρέχει καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος εγέρσεως αγωγής κατά των μεταβολών του εταιρικού κεφαλαίου που αποφασίστηκαν με διοικητική πράξη, διότι ο ενάγων μέτοχος δεν άσκησε το δικαίωμα προτιμήσεως που εντούτοις είχε κατά την πρώτη αύξηση του κεφαλαίου. Όπως ανέφερα ανωτέρω, το Δικαστήριο έχει ήδη διευκρινίσει, με την απόφαση Κεφάλας [18], ότι ο χαρακτηρισμός της ασκήσεως του δικαιώματος ως καταχρηστικής για τον λόγο αυτό θα αλλοίωνε το περιεχόμενο της διατάξεως, διότι τούτο θα σήμαινε παραδόξως ότι ο μέτοχος θα έπρεπε να μετάσχει στην αύξηση κεφαλαίου που αποφασίστηκε χωρίς την έγκριση της γενικής συνελεύσεως, για να μπορεί στη συνέχεια να ασκήσει αγωγή ή προσφυγή κατά της αυξήσεως αυτής λόγω του ότι πραγματοποιήθηκε κατά παράβαση του άρθρου 25, παράγραφος 1, της οδηγίας. Το ίδιο ισχύει σε σχέση με το αναφερόμενο επίσης από το αιτούν δικαστήριο γεγονός ότι η εξυγίανση της εταιρίας, η οποία απέβη προς όφελος τόσο των δανειστών της όσο και των μετόχων, επιτεύχθηκε χάρη στην παρέμβαση του Δημοσίου. Το Δικαστήριο έχει επανειλημμένα αποφανθεί ότι η αρμοδιότητα της γενικής συνελεύσεως προς λήψη αποφάσεων υφίσταται και στην περίπτωση που η εταιρία αντιμετωπίζει σοβαρές οικονομικές δυσχέρειες [19]. Εξάλλου, είναι σαφές

18 — Όπ.π., σκέψεις 26 και 27.

19 — Βλ., ως πλέον πρόσφατη απόφαση, την προπαρατεθείσα απόφαση Κεφάλας, σκέψη 24.

ότι με την αύξηση κεφαλαίου επιδιώκεται εξ ορισμού η βελτίωση της περιουσιακής καταστάσεως της εταιρίας, πράγμα που σημαίνει ότι ο χαρακτηρισμός αγωγής βασιζόμενης στο άρθρο 25, παράγραφος 1, της οδηγίας ως καταχρήσεως δικαιώματος για τον ανωτέρω λόγο θα κατέληγε σε παρακώλυση ή απαγόρευση της ίδιας της ασκήσεως του δικαιώματος που παρέχεται από την κοινοτική διάταξη, αλλοιώνοντας έτσι το περιεχόμενό της.

27. Απομένει συνεπώς να εξεταστεί ένα άλλο στοιχείο βάσει του οποίου θα μπορούσε, κατά την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου, να χαρακτηριστεί εν προκειμένω ως «κατάχρηση» η εκ μέρους του ενάγοντος άσκηση της αγωγής. Πρόκειται για το γεγονός ότι ο ενάγων ζήτησε ο ίδιος, μαζί με άλλους 32 μετόχους, που συναποτελούσαν την πλειοψηφία των μετόχων της εταιρίας, την υπαγωγή της στην ειδική ρύθμιση του νόμου 1386/83. Μετά την πάροδο τόσων ετών από την επίμαχη αύξηση κεφαλαίου, η άσκηση του δικαιώματος του μετόχου και η ανατροπή τετελεσμένων και — κατά τεκμήριο — οριστικών πλέον καταστάσεων κατά το ελληνικό δίκαιο συνιστά, κατά το αιτούν δικαστήριο, υπέρβαση των ορίων που επιβάλλονται από την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη και τον κοινωνικό και οικονομικό σκοπό του δικαιώματος.

28. Θα ήθελα ευθύς εξαρχής να αναφέρω ότι δεν συμφωνώ με το συμπέρασμα αυτό. Η αποδοχή της απόψεως του ελληνικού δικαστηρίου θα σήμαινε ότι το άρθρο 25, παράγραφος 1, της οδηγίας πρέπει να ερμηνευθεί κατά τρόπο ώστε να αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής του οι μέτοχοι εκείνοι που συγκατατέθηκαν, θα μπορούσε κανείς να πει, στην προσβολή του δικαιώματός τους να αποφασίζουν για την τύχη του εταιρικού κεφαλαίου, καθόσον ανέθεσαν τη διοίκηση της εταιρίας σε όργανο διαφορετικό από τη γενική συνέλευση. Με άλλα λόγια, θα επιβαλλόταν έτσι, κατ' επίκληση της γενικής αρχής περί καταχρήσεως δικαιώματος, ορισμένη κύρωση για την αντιφατική συμπεριφορά του μετόχου, ο οποίος δέχθηκε αρχικά να απεκδυθεί δικαιώματός του, που μάλιστα του απονεμόταν από κοινοτικές διατάξεις, για να προσβάλει στη συνέχεια, σε μεταγενέστερη φάση, τις αποφάσεις οι οποίες δεν αποτελούν παρά τη συγκεκριμένη εφαρμογή του αντίθετου μεν προς την οδηγία συστήματος, το οποίο όμως είχε επικαλεστεί ο ίδιος.

29. Δεν θεωρώ όμως ότι η συμπεριφορά του μετόχου έχει οπωσδήποτε την έννοια που της προσδίδει το εθνικό δικαστήριο — με το οποίο συμφωνεί η Ελληνική Κυβέρνηση. Όταν ο μέτοχος ζητεί την εφαρμογή του νόμου, δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ότι συγκατατίθεται για τη μεταβίβαση της αρμοδιότητας λήψεως των αποφάσεων περί αυξήσεως κεφαλαίου σε όργανο διαφορετικό από τη γενική συνέλευση. Η υπαγωγή της εταιρίας στο προβλεπόμενο από τον νόμο καθεστώς περιλαμβάνει ένα ευρύ φάσμα λύσεων ως προς την τύχη της εταιρίας και επομένως θα ήταν τουλάχιστον βεβιασμένο να προσδοθεί ορισμένη έννοια στη συμπεριφορά του μετόχου. Το συμπέρασμα αυτό επιβάλλεται κατά μείζονα λόγο εν προκειμένω, καθόσον ο ενάγων στην κύρια δίκη μέτοχος, όπως αναφέρει το ίδιο το εθνικό δικαστήριο, ουδέποτε θέλησε αύξηση κεφαλαίου και για τον λόγο αυτό δεν άσκησε το δικαίωμα προτιμήσεως, μολονότι είχε τη δυνατότητα να το πράξει. Επομένως, μπορεί να θεωρηθεί κατά τεκμήριο ότι, με τη συμμετοχή του στην υποβολή της αιτήσεως υπαγωγής της εταιρίας στον ειδικό νόμο, ο μέτοχος επιδίωκε στην πραγματικότητα την επίτευξη άλλου αποτελέσματος, π.χ. την εκκαθάριση της εταιρίας, η οποία θα συνοδευόταν από τα οφέλη που προέβλεπε ο ίδιος αυτός νόμος. Το συμπέρασμα αυτό είναι απολύτως εύλογο, αν ληφθεί υπόψη ότι η οικονομική κατάσταση της εταιρίας κατά τον χρόνο υποβολής της αιτήσεως ήταν τόσο κακή, ώστε η προβλεπόμενη από τον νόμο

1386/83 γνωμοδοτική επιτροπή πρότεινε η ίδια την εκκαθάρισή της, η οποία θα είχε ως συνέπεια, όσον αφορά την εξόφληση των χρεών της, την εφαρμογή των ευνοϊκών διατάξεων των άρθρων 7 και 9 του νόμου αυτού.

30. Μολονότι δηλαδή οι μέτοχοι, με την υποβολή της αιτήσεως υπαγωγής της εταιρίας στη ρύθμιση του νόμου 1386/83, δεν μπορούσαν να αποκλείσουν αυτόματα το ενδεχόμενο να έχει η αποδοχή της αιτήσεώς τους τη συνέπεια να ανατεθεί σε εξωτερικό όργανο ή οργανισμό η εξουσία λήψεως αποφάσεων περί μεταβολής του εταιρικού κεφαλαίου, θεωρώ ότι η σχέση μεταξύ της βουλήσεως των μετόχων και των αποφάσεων των διοικητικών οργάνων είναι τόσο αόριστη και έμμεση που δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι οι μέτοχοι, ασκώντας την αγωγή ακυρώσεως των αποφάσεων που είχαν ληφθεί κατά παράβαση της οδηγίας, επιδίωκαν να αποκομίσουν, σε βάρος της εταιρίας, αθέμιτα οφέλη, που είναι προδήλως ξένα προς τον σκοπό του άρθρου 25, παράγραφος 1, της οδηγίας.

31. Υπάρχει όμως και κάτι επιπλέον. Υπενθυμίζω ότι το κυριότερο — και μάλιστα, αν ληφθεί υπόψη η απόφαση Κεφάλας, το μοναδικό — επιχείρημα που προβάλλουν οι εναγόμενοι για τον χαρακτηρισμό της ασκήσεως του δικαιώματος από τον ενάγοντα ως «καταχρηστικής» αφορά την καθυστέρηση με την οποία άσκησε την αγωγή αναγνωρίσεως της ακυρότητας των αποφάσεων της γενικής συνελεύσεως που είχαν ληφθεί κατά παράβαση της οδηγίας. Με άλλα λόγια, ισχυρίζονται ότι ο μέτοχος υπερέβη τα όρια που επιβάλλονται από την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη και τον κοινωνικό και οικονομικό σκοπό του δικαιώματος, διότι άσκησε το δικαίωμά του πολλά έτη μετά από τις εταιρικές πράξεις, ενώ αρχικά, ζητώντας την εφαρμογή του καθεστώτος που προβλέπεται στον ειδικό νόμο, είχε συναινέσει σιωπηρά για την προσβολή του δικαιώματός του. Σε τελική ανάλυση, τούτο αποδεικνύει, κατά τους εναγόμενους, ότι ο πραγματικός σκοπός που επιδίωκε ο μέτοχος με την άσκηση της αγωγής του ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου ήταν να αποκομίσει, σε βάρος της εταιρίας, αθέμιτα οφέλη, τα οποία πάντως δεν προσδιορίστηκαν ποτέ ούτε από τους εναγόμενους ούτε από το αιτούν δικαστήριο.

32. Το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Προς απόρριψή του αρκεί να ληφθεί προσηκόντως υπόψη ότι το δικαίωμα το οποίο ο μέτοχος κατηγορείται ότι άσκησε «καθυστερημένα» αποτελεί δικαίωμα παρεχόμενο από κοινοτική οδηγία η οποία δεν μεταφέρθηκε εμπροθέσμως στην ελληνική έννομη τάξη. Συγκεκριμένα, η οδηγία της οποίας η παράβαση αποτελεί αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας έπρεπε να έχει μεταφερθεί στην ελληνική έννομη τάξη μέχρι την αναφερόμενη στην Πράξη Προσχωρήσεως ημερομηνία (την 1η Ιανουαρίου 1981). Όπως γνωρίζουμε, τούτο δεν έγινε· αντίθετα, δύο έτη μετά την ανωτέρω ημερομηνία η Ελληνική Δημοκρατία θέσπισε, με πράξη του εσωτερικού δικαίου, ρύθμιση περί αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου η οποία είναι διαμετρικά αντίθετη προς το άρθρο 25 της οδηγίας.

33. Όταν συντρέχει μια κατάσταση της οποίας το χαρακτηριστικό είναι η πρόδηλη και συνεχιζόμενη παράλειψη συμμορφώσεως του κράτους μέλους προς τις κοι-

νοτικές υποχρεώσεις του, θεωρώ ότι δεν επιτρέπεται να συναχθεί καμία δυσμενής για τον ιδιώτη συνέπεια είτε από τη μη έγκαιρη άσκηση [20] δικαιώματος παρεχόμενου από μη μεταφερθείσα στο εθνικό δίκαιο οδηγία είτε από τη φαινομενικά αντιφατική ή αμελή συμπεριφορά του σε σχέση με τις προσφερόμενες από την οδηγία δυνατότητες. Αντίθετα, μπορεί ευλόγως να υποστηριχθεί ότι ο ιδιώτης δεν μπορούσε να έχει γνώση του δικαιώματός του πριν από τη μεταφορά της οδηγίας στην εθνική έννομη τάξη. Υπενθυμίζω ότι η οδηγία αποτελεί πράξη που απευθύνεται μόνο στα κράτη μέλη· μέχρι τις τροποποιήσεις που επέφερε η Συνθήκη του Μάαστριχτ, όλες οι οδηγίες άρχιζαν να ισχύουν μόνο μετά την κοινοποίησή τους στα κράτη-αποδέκτες. Εξάλλου, η επίμαχη εν προκειμένω οδηγία δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, τεύχος L, στο τμήμα στο οποίο η δημοσίευση δεν απαιτείται ως προϋπόθεση της ισχύος· φρονώ επομένως ότι η δημοσίευση, που εξυπηρετούσε ενημερωτικούς μόνο σκοπούς, δεν μπορούσε να δημιουργήσει erga omnes το τεκμήριο ότι οι διοικούμενοι έπρεπε να έχουν τη γνώση αυτή.

34. Στη συνέχεια θα ήθελα να υπενθυμίσω ότι το άρθρο 189 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 249 ΕΚ), σε συνδυασμό με τη γενική αρχή του άρθρου 5 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 10 ΕΚ) περί καλής πίστεως και με τη γενική ρήτρα που περιλαμβάνεται στο κείμενο των οδηγιών [21], επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να θεσπίζουν τις αναγκαίες νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις για να συμμορφώνονται με τις οδηγίες και να καταργούν τις αντίθετες διατάξεις του εσωτερικού τους δικαίου. Όταν, όπως εν προκειμένω, δεν έχει γίνει αυτό, το κράτος μέλος έχει παραβεί τις υποχρεώσεις του και δεν μπορεί να καταλογίσει στον ιδιώτη που είναι φορέας δικαιωμάτων απορρεόντων από την οδηγία ότι δεν αντέδρασε έγκαιρα στην προσβολή των δικαιωμάτων αυτών. Το ίδιο ισχύει και για την υποτιθέμενη συναίνεση σχετικά με την παράβαση της οδηγίας λόγω της υποβολής της αιτήσεως υπαγωγής της εταιρίας στη ρύθμιση του νόμου 1386/83 για την εξυγίανση των επιχειρήσεων. Δεν μπορεί δηλαδή να αποκλειστεί το ενδεχόμενο να υπαγορεύθηκε η συμπεριφορά του ιδιώτη από το γεγονός ότι θεώρησε ότι το ειδικό καθεστώς που προβλέπει ο νόμος 1386/83 δεν είναι από καμία άποψη ασυμβίβαστο με το κοινοτικό δίκαιο. Η δε πεποίθησή του αυτή, μολονότι βέβαια ήταν εσφαλμένη, οφειλόταν αποκλειστικά στην παράνομη συμπεριφορά του ελληνικού κράτους, το οποίο δεν είχε φροντίσει μέχρι τον χρόνο της υποβολής της αιτήσεως να μεταφέρει την οδηγία στο εσωτερικό δίκαιο και να δημιουργήσει συνεπώς τις συνθήκες που θα επέτρεπαν στους ιδιώτες να έχουν πλήρη γνώση των δικαιωμάτων που τους παρείχε η οδηγία.

35. Υπό τις συνθήκες αυτές, φρονώ ότι θα ήταν εσφαλμένο να γίνει δεκτό ότι ο ιδιώτης έχει την υποχρέωση γνώσεως του δικαιώματός του, επί ποινή χαρακτηρισμού ως «καταχρηστικής» της ασκήσεως του δικαιώματος που βασίζεται σε μη μεταφερθείσα στο εθνικό δίκαιο οδηγία σε όλες τις περιπτώσεις στις οποίες η συμπεριφορά του δεν ήταν συνεπής προς το περιεχόμενο της οδηγίας. Ειδάλλως θα παρεχόταν στο κράτος, το οποίο είναι ένοχο παραβάσεως και επομένως έχει άμεση ευθύνη για τη δυσκολία του ιδιώτη να λάβει γνώση του δικαιώματός του, η δυνατότητα να επωφεληθεί της παραβάσεώς

20 — Δεν θα ήταν άσκοπο να αναφερθεί ότι, καθόσον προκύπτει από τη δικογραφία, ο μέτοχος κατέθεσε την αγωγή του εμπροθέσμως, ώστε να διακοπεί η παραγραφή.

21 — Το άρθρο 43 της οδηγίας επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να την εκτελέσουν εντός προθεσμίας δύο ετών από την κοινοποίησή της. Όπως υπενθύμισα ανωτέρω, για την Ελλάδα η προθεσμία αυτή έληξε, σύμφωνα με το άρθρο 143 της Πράξεως Προσχωρήσεως, την 1η Ιανουαρίου 1981.

του επικαλούμενο τη διάταξη περί καταχρήσεως δικαιώματος και να προκαλέσει έτσι την απόρριψη της αγωγής του μετόχου. Ταυτόχρονα θα υποχρεωνόταν ο ιδιώτης να προβεί στην αμφίβολης εκβάσεως εξακρίβωση της συνδρομής των προϋποθέσεων της σαφήνειας και της ακρίβειας, που αποτελούν τις αναγκαίες προϋποθέσεις για τη δυνατότητα επικλήσεως ενώπιον δικαστηρίου των διατάξεων οδηγίας που δεν έχει μεταφερθεί στο εθνικό δίκαιο έναντι του υπεύθυνου για την παράβαση κράτους.

36. Υπέρ του ανωτέρω συμπεράσματος συνηγορούν τα συγκεριμένα περιστατικά που αποτελούν το ιστορικό της διαφοράς της κύριας δίκης. Από την απόφαση περί παραπομπής και τις κατατεθείσες παρατηρήσεις προκύπτει ότι ο ενάγων της κύριας δίκης άσκησε την αγωγή του τον Φεβρουάριο 1991, δηλαδή αρκετά χρόνια μετά τη λήψη των επίμαχων αποφάσεων (πριν όμως από την παρέλευση των αποσβεστικών προθεσμιών ή του χρόνου παραγραφής), αλλ' αμέσως μετά την ανάπτυξη ενώπιον του Δικαστηρίου των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα στην υπόθεση Καρέλλα και Καρέλλας [22]. Ο δικηγόρος του ενάγοντος επισήμανε κατά την ενώπιον του Δικαστηρίου συζήτηση ότι μόνο χάρη στις προτάσεις αυτές, τις οποίες δέχθηκε στη συνέχεια το Δικαστήριο με την απόφασή του, κατέστη δυνατή η οριστική αποσαφήνιση στην Ελλάδα της νομικής θέσεως των μετόχων, του άμεσου αποτελέσματος της οδηγίας και συνεπώς των προϋποθέσεων δικαστικής επιδιώξεως του δικαιώματος που τους παρείχε η οδηγία, η οποία είχε μεταφερθεί πρόσφατα στο εσωτερικό δίκαιο με τη θέσπιση διατάξεων που δεν είχαν αναδρομική ισχύ. Άρα από το χρονικό αυτό σημείο και μόνο ο μέτοχος μπορούσε να έχει γνώση του δικαιώματός του να αντιταχθεί σε αύξηση του κεφαλαίου της εταιρίας του αποφασισθείσα με διοικητική πράξη. Πριν από το χρονικό αυτό σημείο η θέση της διοικήσεως και των δικαστηρίων ήταν ότι η εφαρμογή της διατάξεως του εσωτερικού δικαίου που επέτρεπε την αύξηση με τον τρόπο αυτό ήταν απολύτως νόμιμη. Αν η άσκηση της αγωγής βάσει της οδηγίας χαρακτηριζόταν καταχρηστική για τον λόγο και μόνο ότι πριν από τη συμμόρφωση του κράτους μέλους, άρα ενόσω διαρκούσε η παράβασή του, η συμπεριφορά του ιδιώτη ήταν απόλυτα νόμιμη από την άποψη του εσωτερικού νόμου, αλλ' απέκλινε από την οδηγία, τούτο θα ισοδυναμούσε με την επιβολή στον ιδιώτη της υποχρεώσεως να γνωρίζει τα δικαιώματα που παρέχονται από τις κοινοτικές οδηγίες, καθόσον η μη άσκησή τους ή η αποκλίνουσα συμπεριφορά του θα είχε αρνητικές συνέπειες για τον ίδιο. Θα αποδυναμώνονταν δηλαδή αφενός η γενική αρχή ότι το «κάθετο» άμεσο αποτέλεσμα των οδηγιών αποτελεί μέσο άμυνας των ιδιωτών κατά των παραβάσεων του κοινοτικού δικαίου από τα κράτη μέλη και αφετέρου το αποτρεπτικό αποτέλεσμα που έχει αυτό το μέσο άμυνας σε σχέση με τις παραβάσεις της υποχρεώσεως εμπρόθεσμης και ορθής εκτελέσεως των οδηγιών. Αντίθετα, θεωρώ ότι η άγνοια του ιδιώτη σε σχέση με το δικαίωμα που του παρέχει μια μη μεταφερθείσα στο εσωτερικό δίκαιο οδηγία είναι απόλυτα ανυπαίτια, αφού δεν είναι παρά η αναπόφευκτη συνέπεια της — υπαίτιας βέβαια — στάσης του κράτους μέλους παραβάτη. Με άλλα λόγια, αν ληφθούν

22 — Προτάσεις της 30ής Ιανουαρίου 1991 (Συλλογή 1991, σ. I-2704). Με τις εν λόγω προτάσεις ο γενικός εισαγγελέας Tesauro πρότεινε για πρώτη φορά στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής στα ερωτήματα που είχε υποβάλει το Συμβούλιο της Επικρατείας: 1) Το άρθρο 25 είναι ανεπαφύλακτο και αρκούντως σαφές, ώστε να είναι δυνατή η επίκλησή του έναντι της διοικήσεως ενώπιον εθνικού δικαστηρίου υπό διοικουμένου, προβάλλοντος ότι είναι ασυμβίβαστη προς αυτές ρύθμιση εμπεριεχόμενη σε διάταξη νόμου. 2) Το άρθρο αυτό πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι εμποδίζει την εφαρμογή διατάξεως η οποία, αποσκοπούσα να ρυθμίσει τη διαχείριση ορισμένων επιχειρήσεων που διέρχονται κρίση, διαφυλασσομένου πάντως του δικαιώματος προτιμήσεως των παλαιών μετόχων, επιτρέπει τη λήψη αποφάσεως περί αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου με διοικητική πράξη και χωρίς απόφαση της γενικής συνελεύσεως.

υπόψη οι περιστάσεις της δημοσιεύσεως, το γεγονός ότι αποδέκτες της οδηγίας είναι τα κράτη μέλη, η υποχρέωση των κρατών αυτών να τη μεταφέρουν στην εσωτερική έννομη τάξη τους, η ανάγκη πλήρους και ομοιόμορφης εφαρμογής των οδηγιών εντός των κρατών μελών και, σε τελευταία ανάλυση, η εφαρμογή της γενικής αρχής του άρθρου 5 της Συνθήκης ΕΚ περί καλής πίστεως, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι υπάρχει, κατά το παρόν στάδιο της εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, τεκμήριο γνώσεως των δικαιωμάτων που παρέχει οδηγία η οποία δεν έχει μεταφερθεί στην εθνική έννομη τάξη. Κατά συνέπεια, η φαινομενικά μόνο ασυνάρτητη συμπεριφορά ενός ιδιώτη — όπως η επιδειχθείσα εν προκειμένω συμπεριφορά — δεν επιτρέπεται, εν πάση περιπτώσει, να επισύρει ως κύρωση την εφαρμογή της γενικής αρχής που απαγορεύει την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος [23].

37. Φρονώ συνεπώς ότι στο πρώτο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου μπορεί να δοθεί η απάντηση ότι θα θιγόταν η πλήρης αποτελεσματικότητα και η ομοιόμορφη εφαρμογή του άρθρου 25 της δεύτερης οδηγίας 77/91/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 13ης Δεκεμβρίου 1976, αν επιτρεπόταν στα εθνικά δικαστήρια να χαρακτηρίζουν ως καταχρηστική την άσκηση του δικαιώματος του μετόχου, για τον λόγο ότι ο μέτοχος αυτός δεν άσκησε το δικαίωμα προτιμήσεως προς ανάληψη των μετοχών που εκδόθηκαν κατόπιν αυξήσεως του εταιρικού κεφαλαίου κατά τρόπο ασυμβίβαστο προς το άρθρο 25 της οδηγίας ή ζήτησε την εφαρμογή επί της εταιρίας του ενός ασυμβίβαστου με την οδηγία εθνικού νόμου, καθόσον είναι θεμιτό να μη γνώριζε ο μέτοχος αυτός, λόγω της μη συμμορφώσεως του κράτους μέλους που ισχυρίζεται ότι η άσκηση του δικαιώματος είναι καταχρηστική, το δικαίωμα που του παρείχε η οδηγία που δεν είχε μεταφερθεί στο εθνικό δίκαιο.

38. Με το δεύτερο ερώτημα του εθνικού δικαστηρίου ερωτάται ποιο θα ήταν το αποτέλεσμα επί του κύρους των υπουργικών αποφάσεων περί μεταβολών του εταιρικού κεφαλαίου, αν η ένσταση περί καταχρήσεως δικαιώματος ήταν βάσιμη. Κατόπιν της απαντήσεως που δόθηκε στο πρώτο ερώτημα, νομίζω ότι δεν είναι αναγκαίο να εξετάσω το δεύτερο. Αν αντίθετα το Δικαστήριο κρίνει ότι λόγω των συγκεκριμένων περιστάσεων που παραθέτει το εθνικό δικαστήριο δικαιολογείται η αποδοχή της ενστάσεως περί καταχρήσεως δικαιώματος, φρονώ, δεδομένου μάλιστα ότι το εθνικό δικαστήριο δεν παρέχει περαιτέρω διευκρινίσεις, ότι το Δικαστήριο πρέπει να περιοριστεί να απαντήσει ότι στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να αποφανθεί κατά πόσον, παρά την απόρριψη της αγωγής του μετόχου, οι κατά παράβαση της οδηγίας ληφθείσες αποφάσεις της γενικής συνελεύσεως περί των μεταβολών του κεφαλαίου είναι έγκυρες ή, αντίθετα, δεν πρέπει να εφαρμοστούν λόγω του ότι είναι ασυμβίβαστες με το κοινοτικό δίκαιο.

23 — Ή, θα μπορούσε να προστεθεί, την εφαρμογή παραγραφής και αποσβεστικής προθεσμίας σε σχέση με αγωγή βασιζόμενη σε δικαίωμα παρεχόμενο από μη μεταφερθείσα στο εθνικό δίκαιο οδηγία· ειδάλλως θα δινόταν στο κράτος μέλος παραβάτη η δυνατότητα να αποκομίσει οφέλη από την παράβασή του. Για τον λόγο αυτό, συμφωνώ με την απόφαση της 25ης Ιουλίου 1991 στην υπόθεση C-208/90, Emmott (Συλλογή 1991, σ. I-4269), με την οποία το Δικαστήριο δέχθηκε ότι «μέχρι το χρονικό σημείο της ορθής μεταφοράς της οδηγίας το κράτος μέλος που δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του δεν μπορεί να προβάλλει την εκπρόθεσμη κίνηση από έναν ιδιώτη της σχετικής κατ' αυτού ένδικης διαδικασίας για την προστασία των δικαιωμάτων που του αναγνωρίζονται από τις διατάξεις της οδηγίας αυτής, η δε σχετική προθεσμία του εθνικού δικαίου δεν μπορεί να αρχίσει να τρέχει παρά μόνο μετά από το χρονικό αυτό σημείο» (σκέψη 23), και έχω αμφιβολίες ως προς την ορθότητα της λύσεως που δόθηκε με τις μεταγενέστερες αποφάσεις, με τις οποίες η έκταση εφαρμογής της ανωτέρω αρχής περιορίστηκε ουσιαστικά στις περιπτώσεις στις οποίες η αποκλειστική ή αποσβεστική προθεσμία έχει ως αποτέλεσμα να στερεί πλήρως τον αιτούντα της κύριας δίκης από τη δυνατότητα να προβάλει το δικαίωμά του ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου (βλ., ως αντιπροσωπευτική για όλες, την απόφαση της 15ης Σεπτεμβρίου 1998, C-260/96, Spac, Συλλογή 1998, σ. I-4997, σκέψεις 28 έως 31).

Πρόταση

39. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής στα ερωτήματα του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών:

«Το άρθρο 25 της δεύτερης οδηγίας 77/91/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 13ης Δεκεμβρίου 1976, περί συντονισμού των εγγυήσεων που απαιτούνται στα κράτη μέλη εκ μέρους των εταιριών, κατά την έννοια του άρθρου 58, δεύτερο εδάφιο, της Συνθήκης, για την προστασία των συμφερόντων των εταίρων και των τρίτων, με σκοπό να καταστούν οι εγγυήσεις αυτές ισοδύναμες όσον αφορά τη σύσταση της ανωνύμου εταιρίας και τη διατήρηση και τις μεταβολές του κεφαλαίου της, έχει την έννοια ότι το εθνικό δικαστήριο δεν μπορεί να χαρακτηρίσει ως κατάχρηση δικαιώματος τη συμπεριφορά του μετόχου, ο οποίος ζητεί την ακύρωση αυξήσεως κεφαλαίου που πραγματοποιήθηκε κατά τρόπο απαγορευόμενο από την οδηγία, για τον λόγο ότι ο μέτοχος αυτός δεν άσκησε το δικαίωμα προτιμήσεως προς ανάληψη των μετοχών που εκδόθηκαν κατόπιν της αυξήσεως του κεφαλαίου ή για τον λόγο ότι επί της εταιρίας του εφαρμόζεται ένας ασυμβίβαστος με την οδηγία εθνικός νόμος, καθόσον, λόγω της μη συμμορφώσεως του κράτους μέλους που ισχυρίζεται ότι η άσκηση του δικαιώματος είναι καταχρηστική, ο μέτοχος αυτός μπορεί να μη γνώριζε το δικαίωμα που του παρείχε η οδηγία που δεν είχε μεταφερθεί στο εθνικό δίκαιο.»