FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 28 oktober 1999 *

1. Genom beslut av den 24 juni 1997 har Polymeles Protodikeio Athinon (domstol i första instans i Aten, Grekland) ställt två frågor angående tolkningen av artikel 25 i rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga (nedan kallat direktivet), [1] och om missbruk av en rättighet som följer av en gemenskapsbestämmelse. Den nationella domstolen begär särskilt att få veta huruvida en nationell bestämmelse om missbruk av rättigheter, mot bakgrund av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, på goda grunder kan åberopas gentemot en talan om ogiltigförklaring av bolagsakter som väckts av en aktieägare på grund av åsidosättande av en rättighet som följer av direktivet.

2. Detta mål tillhör således de långvariga tvister som har uppkommit i Grekland med anledning av tolkningen och tillämpningen av artikel 25 i direktivet i situationer rörande företag i kris. Tvisterna har framkallats genom denna medlemsstats dröjsmål med att genomföra direktivet korrekt. Domstolen har redan upprepade gånger haft tillfälle att pröva dessa tvister [2] och har vid prövning av nationella normativa bestämmelser som är oförenliga med direktivet mycket tydligt förklarat att den nämnda bestämmelsen i gemenskapsrätten har till syfte att "garantera aktieägarna att ett beslut om att öka aktiekapitalet, och följaktligen att ändra aktieägarnas ägarandelar, inte fattas utan att aktieägarna har beretts möjlighet att delta i bolagets beslutsförfarande". [3]

Gemenskapsrätten

3. Genom direktivet skall de skyddsåtgärder samordnas som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i EG-fördraget (nu artikel 48 EG) avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 26, 1977, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 7.

2 — Se dom av den 30 maj 1991 i de förenade målen C-19/90 och C-20/90, Karella och Karellas (REG 1991, s. I-2691), av den 24 mars 1992 i mål C-381/89, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl. (REG 1992, s. I-2111), av den 12 november 1992 i de förenade målen C-134/91 och C-135/91, Kerafina-Keramische und Finanz-Holding och Vioktimatiki (REG 1992, s. I-5699), av den 12 mars 1996 i mål C-441/93, Pafitis m.fl. (REG 1996, s. I-1347) och av den 12 maj 1998 i mål C-367/96, Kefalas m.fl. (REG 1998, s. I-2843).

3 — Dom i det ovannämnda målet Kefalas, punkt 28.

intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga.

I artikel 25.1 i direktivet föreskrivs att "alla kapitalökningar skall beslutas av bolagsstämman. Ett sådant beslut, liksom genomförandet av kapitalökningen, skall offentliggöras enligt varje medlemsstats lagstiftning i överensstämmelse med artikel 3 i direktiv 68/151/EEG." I punkt 2 i samma artikel anges att "bolagsordningen, stiftelseurkunden eller bolagsstämman, vilken senares beslut skall offentliggöras enligt punkt 1, dock får ge bemyndigande om att öka det tecknade kapitalet upp till ett högsta belopp som fastställs med hänsyn till eventuella lagregler om sådant högsta belopp. Inom ramen för det fastställda beloppet beslutar det bemyndigade bolagsorganet i förekommande fall om ökning av det tecknade kapitalet. Bemyndigandet gäller i högst fem år och kan förlängas av bolagsstämman en eller flera gånger med högst fem år varje gång."

Artikel 29.1 i direktivet stadgar att "vid varje ökning av det tecknade kapitalet, som skall betalas med pengar, skall aktierna med företrädesrätt erbjudas aktieägarna i förhållande till den andel av kapitalet som deras aktier representerar". I artikel 29.4 tillfogas att företrädesrätten inte får begränsas eller upphävas i bolagsordningen eller stiftelseurkunden. Detta får däremot ske genom ett beslut av bolagsstämman. Direktionen eller styrelsen skall i så fall lämna bolagsstämman en skriftlig redogörelse som anger skälen för att begränsa eller upphäva företrädesrätten och grunderna för den föreslagna emissionskursen.

4. Genom artikel 41.1 slutligen ges medlemsstaterna möjlighet att frångå artikel 25 i direktivet i den mån det behövs för att bestämmelser skall kunna antas eller tillämpas som har till ändamål att underlätta för anställda och andra i den nationella lagstiftningen angivna personkategorier att få del i företagens kapital.

5. Direktivet ger medlemsstaterna en frist på två år för genomförandet av dessa bestämmelser i den nationella rättsordningen. I fallet Grekland utgick med hänsyn till anslutningsakten fristen i fråga den 1 januari 1981.

Den nationella lagstiftningen

6. Genom lag nr 1386/1983 av den 5 augusti 1983 [4] (nedan kallad lagen) inrättades i Grekland "Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE" (nedan kallat

4 — *Republiken Greklands officiella tidning* av den 8 augusti 1983, nr 107/A, s. 14.

OAE), ett aktiebolag vars kapital i sin helhet är tecknat av staten och vars verksamhet syftar till att bidra till landets ekonomiska och sociala utveckling genom sanering av företag, genom import och tillämpning av utländsk teknologi, utveckling av nationella tekniska tillgångar samt bildande och förvaltning av nationaliserade företag eller företag med blandekonomi (artikel 2.2 i lagen).

För att förverkliga dessa målsättningar kan OAE ta över förvaltning och drift av företag som skall saneras eller nationaliseras, förvärva andelar i företagen, bevilja lån och emittera eller uppta vissa lån, förvärva obligationer och överlåta aktier, i synnerhet till arbetstagare eller arbetstagarorganisationer, till lokala myndigheter eller andra offentligrättsliga juridiska personer, till välgörenhetsinstitutioner, sociala organisationer eller enskilda (artikel 2.3 i lagen).

7. Enligt artikel 5.1 i lagen kan ekonomiministern besluta att företag som har allvarliga finansiella svårigheter skall underkastas den ordning som föreskrivs i denna lag. Artikel 7 stadgar att den behörige ministern kan besluta att överföra förvaltningen av företag till OAE, minska företagets skulder för att säkerställa dess fortlevnad eller försätta företaget i likvidation. Artikel 8.1 i dess lydelse enligt lag nr 1472/1984[5] stadgar att kungörandet av ministerbeslutet att företaget skall underkastas ovannämnda ordning medför att bolagets administrativa organ förlorar sina befogenheter och att bolagsstämman, även om den fortfarande finns kvar, inte kan avsätta de medlemmar i styrelsen som har utnämnts av OAE. I artikel 8.8 föreskrivs att OAE under den provisoriska förvaltningen av det bolag som är underkastat ordningen i fråga bland annat kan besluta att öka bolagets kapital genom undantag från gällande lagstiftning om aktiebolag, enligt vilken bolagsstämman har exklusiv behörighet i detta avseende. Ökningen skall därefter godkännas av den behörige ministern. Lagen föreskriver dock att de tidigare aktieägarna skall bevara sin företrädesrätt till förvärv av nyemitterade aktier, en rätt som de kan utöva inom en frist som fastställs i ministerns beslut om godkännande.

8. Det skall därefter erinras om att lag nr 1386/1983 var föremål för kommissionens beslut 88/167/EEG av den 7 oktober 1987, vilket antogs inom ramen för ett förfarande enligt artikel 93 i EG-fördraget (nu artikel 88 EG).[6] Med detta beslut förklarade kommissionen att den inte hade några invändningar mot tillämpningen av lagen, eftersom den grekiska regeringen till den 31 december 1987 skulle ändra bestämmelserna om ökningen av kapitalet för att göra dem förenliga med artiklarna 25, 26, 29 och 30 i direktivet. Den

5 — *Republiken Greklands officiella tidning* av den 6 augusti 1984, nr 112/A, s. 1273.

6 — EGT L 76, 1988, s. 18.

7 mars 1989 inledde kommissionen ett förfarande enligt artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG) mot Republiken Grekland för underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som följer av direktivet. Den 10 mars 1990 antog det grekiska parlamentet lag nr 1882/1990[7], genom vilken den omtvistade punkten i den tidigare lagen ändrades i den riktning som kommissionen önskade. Det är således först från och med denna dag som den grekiska staten har uppfyllt sin skyldighet att genomföra direktivet i den nationella rättsordningen.

9. Enligt artikel 281 i den grekiska civillagen är det slutligen "förbjudet att utöva en rättighet, om den klart överskrider de gränser som påkallats av god tro eller god sed eller denna rättighets sociala eller ekonomiska ändamål".

Bakgrunden och tolkningsfrågorna

10. Det framgår av beslutet om hänskjutande att Dionysios Diamantis, käranden i målet vid den nationella domstolen, är minoritetsägare i aktiebolaget Plastika Kavalas AE. I början av 1980-talet befann sig detta bolag i allvarliga finansiella svårigheter. Den 24 augusti 1983 begärde av det skälet flertalet aktieägare, däribland enligt den nationella domstolen Dionysios Diamantis, att bolaget skulle underkastas den ordning som föreskrivs i lag nr 1386/1983. Begäran upprepades den 20 december samma år.

11. Med anledning av bolagets begäran konsulterades den ministernämnd som inrättats med stöd av artikel 11 i lagen. Med hänsyn till bolagets osäkra finansiella situation föreslog nämnden att bolaget skulle underkastas den särskilda formen för likvidation enligt artiklarna 7.3 och 9 i lagen, vilket skulle innebära en omedelbar likvidation av bolagets tillgångar och betalning av dess skulder. Ministern följde dock inte nämndens yttrande utan förordnade i beslut nr 212 av den 3 februari 1984[8] att bolaget skulle underkastas en annan ordning, enligt artikel 7.1 i samma lag, nämligen OAE:s provisoriska förvaltning.

12. Den 28 maj 1986 beslöt OAE att öka bolagets aktiekapital med ett belopp på 177 000 000 GRD och därmed höja kapitalet från 87 200 000 GRD till 246 200 000 GRD. Detta beslut godkändes av ministern. I enlighet med lagen erbjöds tidigare aktieägare att utöva sin företrädesrätt till förvärv av nya aktier inom en frist på 45 dagar från kungörandet av ministerbeslutet (som kungjordes den 11 juni 1986). Då aktieägarna inte utnyttjade denna möjlighet kom OAE att förfoga över de nya aktierna och innehade därmed cirka 67 procent av Plastika Kavalas aktie-

7 — *Republiken Greklands officiella tidning* av den 23 mars 1990, nr 43/A.

8 — *Republiken Greklands officiella tidning* av den 8 februari 1984, nr B/60.

kapital. Den 11 december 1986 beslöt bolagsstämman, där OAE numera hade en majoritet av rösterna, att sätta ned aktiekapitalet till det lagstadgade minimikapitalet på 5 000 000 GRD.

Genom beslut nr 14 av den 9 januari 1987 av viceministern för industri, energi och teknologi ökades aktiekapitalet på nytt i enlighet med artikel 10 i lag nr 1386/1983 för att slutligen uppgå till ett belopp av 1 267 200 000 GRD, fördelat på 1 267 200 aktier. Från den tidpunkten började bolaget att åter fungera normalt. Med detta ministerbeslut upphörde den provisoriska förvaltning som hade anförtrotts OAE. År 1991 förvärvade bolaget Plastika Makedonias AE aktiemajoriteten i Plastika Kavalas och därefter, i februari 1994, uppgick Plastika Kavalas i Petzetakiskoncernen.

Målet vid den nationella domstolen

13. Den 22 februari 1991 väckte Dionysios Diamantis, aktieägare i bolaget, talan vid Polymeles Protodikeio Athinon och yrkade att det skulle fastställas att de ändringar av aktiekapitalet i bolaget Plastika Kavalas (två ökningar och en nedsättning) som genomförts med stöd av lag nr 1386/1983 var ogiltiga. Dionysios Diamantis hävdade att dessa beslut av bolagsstämman stred mot artikel 25.1 i direktivet och ansåg att ökningarna i fråga hade minskat hans andel i förhållande till det totala antalet aktier.

14. Svarandena, den grekiska staten och OAE, invände att käranden, enligt artikel 281 i den grekiska civillagen, hade missbrukat sin rättighet enligt artikel 25.1 i andra direktivet och yrkade följaktligen att begäran skulle avvisas. De omständigheter i målet som utgör missbruk av rättigheten är enligt svarandena följande: a) Det var sökanden själv som, tillsammans med 31 andra aktieägare, begärde att bolaget skulle underkastas ordningen enligt lag nr 1386/1983. b) På grund av bolagets ekonomiska svårigheter ville sökanden aldrig att aktiekapitalet skulle ökas och utövade därför inte heller den företrädesrätt som hade garanterats honom alltsedan den första ökningen. c) Det var först med anledning av bolagets sanering, som sökanden själv hade gynnats av men som hade fått betydande och oåterkalleliga följder för bolagets aktiestruktur, som denne hade beslutat att åberopa sin rätt. Talan väcktes nämligen först efter fem respektive fyra år efter den första och den andra ökningen av kapitalet.

15. Den hänskjutande domstolen har funnit att det finns rättsligt stöd för talan men anser också att det finns rättsligt och faktiskt stöd för den invändning som svarandena fört fram. Den hänskjutande domstolen har kommit till den slutsatsen efter en undersökning som visade att

käranden vid den nationella domstolen hade deltagit i begäran om att bolaget skulle underkastas ordningen enligt lagen och att käranden till följd av bolagets svåra ekonomiska situation aldrig hade velat att kapitalet skulle ökas, varför han aldrig hade utövat den företrädesrätt som ges genom den nationella lagstiftningen. Med hänsyn härtill anser den nationella domstolen att kärandens utövande av rättigheten och ett eventuellt ifrågasättande av redan etablerade rättsförhållanden, med hänsyn till den tid som gått sedan aktiekapitalet ökades och tillfälligt nedsattes, skulle överskrida de gränser som påkallats av god tro, moral och det sociala och ekonomiska ändamålet med rättigheten.

Den nationella domstolen, som likväl anser att det är ändamålsenligt att EG-domstolen uttalar sig om tillämpningen i målet av principen om missbruk av rättigheter, vilken enligt EG-domstolens tidigare rättspraxis anses som "en allmän princip i medlemsstaternas rättsordningar", har ställt följande frågor till EG-domstolen:

"1) Kan det, under de förutsättningar som beskrivs i beslutsskälen, bli fråga om att formellt och materiellt tillämpa artikel 281 i den grekiska civillagen på kärandens missbruk av en rättighet som följer av artiklarna 25.1 och 29.1 i andra direktivet?

2) Om domstolen skulle anse att det finns såväl rättsligt som faktiskt stöd för den ovannämnda invändningen, hur skulle det i så fall påverka giltigheten av ett ministerbeslut om ökning eller nedsättning av aktiekapitalet i det bolag som käranden äger aktier i, och är bestämmelserna i artiklarna 8.8 och 10.1 i lag nr 1386/1983 förenliga med gemenskapsrätten med hänsyn till att det ovan har fastslagits att dessa bestämmelser, om det bortses från artikel 281 i den grekiska civillagen, strider mot reglerna i direktiv 77/91/EEG?"

16. Den 20 november 1997 beslöt domstolen att förklara målet vilande till dess att den ovannämnda domen i målet Kefalas m.fl. hade avkunnats. När domen hade avkunnats överlämnades den till den nationella domstolen så att denna skulle kunna avgöra om frågorna skulle kvarstå. Den grekiska domstolen svarade EG-domstolen att den inte hade möjlighet att *ex officio* ompröva sitt eget beslut och att de faktiska omständigheterna i målet Kefalas m.fl. i vart fall, enligt dess uppfattning, inte var helt identiska med omständigheterna i den tvist som den nu hade att pröva.

Tolkningsfrågorna

17. Innan jag tar itu med den grekiska domstolens frågor i sak anser jag att det är ändamålsenligt att helt kort erinra om de slutsatser som domstolen redan har kom-

mit fram till i de tidigare ovannämnda domarna vad gäller tolkningen av artikel 25 i direktivet och om huruvida den grekiska lagstiftningen angående den sanering av företag i kris som är föremål för detta förfarande är förenlig med denna bestämmelse.

18. Domstolen, som hade att avkunna förhandsavgörande med anledning av olika förfaranden som inletts av aktieägare i bolag som underkastats kapitalförändringar genom förvaltningsbeslut, fastslog först och främst att bolagsstämman i enlighet med artikel 25.1 i direktivet ensam är behörig att fatta beslut om att aktiekapitalet skall ökas. Sedan domstolen klarlagt att nämnda bestämmelse har direkt effekt, [9] fastslog den att samma bestämmelse utgör ett hinder för tillämpningen av en nationell regel som för att garantera en sanering av företag i kris stadgar att det genom en förvaltningsåtgärd kan beslutas att aktiekapitalet skall ökas, även om det föreskrivs att tidigare aktieägare har företrädesrätt vid nyemission. Domstolen har nämligen fastslagit att direktivets främsta målsättning, att garantera aktieägarna i samtliga medlemsstater en lägsta skyddsnivå, "allvarligt skulle äventyras om medlemsstaterna kunde göra undantag från bestämmelserna i direktivet och behålla bestämmelser, oavsett om de betecknas som speciella eller undantagsbestämmelser, som gör det möjligt att genom en förvaltningsåtgärd och utan beslut av bolagsstämman besluta om en sådan ökning av aktiekapitalet som innebär att tidigare aktieägare måste öka sina insatser eller att påtvinga dem nya aktieägares inträde i bolaget, så att deras möjlighet att påverka bolagets beslutsförfarande minskas". [10] Domstolen har således fastslagit att bolagsstämman inte ens på grundval av en specialregel som syftar till sanering av bolaget kan fråntas den innersta makten som den inte kan avstå från, nämligen att ändra kapitalstrukturen, det vill säga bolagets tillgångar, och samtidigt ändra själva aktieägarstrukturen. [11]

19. I den tidigare nämnda domen i målet Pafitis m.fl. undersökte domstolen, trots att det inte hade ställts någon särskild fråga i det avseendet, för första gången frågan huruvida en nationell regel om missbruk av rättigheter eventuellt kan tillämpas på talan som väckts av aktieägare i bolag som är underkastade grekisk lag. Även om domstolen inte ansåg att det var nödvändigt att uttala sig i frågan huruvida det är tillåtet att tillämpa en nationell regel för att bedöma om en rättighet som ges genom gemenskapsbestämmelserna i fråga missbrukas, fastslog domstolen likväl att "genomförandet av en sådan regel i vilket fall som helst inte [får äventyra] den fulla verkan och enhetliga tillämpningen av gemenskapsrätten i medlemsstaterna". Med hänsyn till de faktiska omständigheterna i målet avvisade

9 — Dom i det ovannämnda målet Karella och Karellas, punkt 23, i det ovannämnda målet Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl., punkt 43, och i det ovannämnda målet Kerafina-Keramische und Finanz-Holding och Vioktimatiki, punkt 18.

10 — Dom i det ovannämnda målet Karella och Karellas, punkt 26, i det ovannämnda målet Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl., punkt 33, och i det ovannämnda målet Kerafina-Keramische und Finanz-Holding och Vioktimatiki, punkt 18.

11 — Se generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i det ovannämnda målet Pafitis m.fl., punkt 13.

domstolen den grekiska regeringens argument och fastslog att "det [skulle] föreligga ett angrepp på den enhetliga tillämpningen av gemenskapsrätten och dess fulla verkan om en aktieägare som begagnade sig av artikel 25.1 i andra direktivet ansågs missbruka sin rätt enbart på grund av att han är minoritetsaktieägare i ett bolag som är föremål för saneringsförvaltning eller att han skulle ha dragit fördel av saneringen av bolaget. Med tanke på att artikel 25.1 utan åtskillnad är tillämplig på alla aktieägare, oberoende av om ett saneringsförfarande har inletts, skulle det leda till att räckvidden av artikel 25.1 ändrades om en talan som grundades på denna artikel betecknades som missbruk."

att "således åsidosätter inte de nationella domstolarna gemenskapsrätten om de tillämpar en nationell bestämmelse, såsom artikel 281 i den grekiska civillagen, vid bedömningen av om en rättighet som följer av en gemenskapsbestämmelse har missbrukats". [12] Domstolen fastställde därefter, som redan fastslagits i dom i målet Pafitis m.fl., att "genomförandet av en (...) nationell regel inte får hindra att gemenskapsbestämmelser ges full verkan och tillämpas enhetligt i medlemsstaterna". Följaktligen "kan de nationella domstolarna, när de gör en bedömning av hur en rättighet som följer av en gemenskapsbestämmelse har använts, varken ändra bestämmelsens räckvidd eller äventyra dess syfte". [13]

20. Invändningen avseende rättighetsmissbruk som framförts mot käranden, som inför de grekiska domstolarna har åberopat artikel 25.1 i direktivet, har på nytt uppmärksammats av domstolen i den nyligen avkunnade domen i det ovannämnda målet Kefalas m.fl. Domstolen hade uttryckligen anmodats att avgöra om den grekiska domstolen med rätta kunde tillämpa artikel 281 i civillagen för att bedöma om en rättighet som ges genom gemenskapsrätten missbrukades av sin innehavare, eller om det var möjligt att göra en sådan bedömning i kraft av en allmän princip i gemenskapsrätten. Domstolen fastslog att den nationella domstolen kunde tillämpa en nationell regel för att bedöma om en rättighet som följer av en gemenskapsbestämmelse missbrukas. Domstolen, som utgick från den principen att de berörda enligt domstolens fasta rättspraxis inte genom missbruk eller på bedrägligt sätt kan åberopa gemenskapsrätten, tillfogade

21. Domstolen fastslog vid det tillfället i sakfrågan att gemenskapsrätten inte skulle tillämpas enhetligt och ges full verkan om en aktieägare som åberopar artikel 25.1 i direktivet anses missbruka den rättighet som följer av denna bestämmelse på grund av att han inte har använt sig av den i artikel 29.1 i direktivet föreskrivna företrädesrätten till de nya aktier som har emitterats till följd av den omtvistade kapitalökningen. [14] Domstolen slog därefter fast att "om aktieägarna hade utnyttjat företrädesrätten, skulle det ha inneburit att de medverkade till genomförandet av beslutet att öka aktiekapitalet utan godkännande av bolagsstämman, ett beslut som aktieägaren bestrider med stöd av artikel 25.1 i andra direktivet. Om det

12 — Dom i det ovannämnda målet Kefalas m.fl., punkt 21.
13 — Dom i det ovannämnda målet Kefalas m.fl., punkt 22.
14 — Dom i det ovannämnda målet Kefalas m.fl., punkt 26.

krävs av en aktieägare att han skall delta i den kapitalökning som har genomförts utan bolagsstämmans godkännande för att han skall kunna åberopa denna bestämmelse, ändras räckvidden av denna bestämmelse." [15]

22. Denna senare dom visar att domstolen har medgett att den nationella domstolen kan tillämpa en nationell regel för att avgöra om en rättighet som ges genom en gemenskapsrättslig bestämmelse missbrukas, dock under förutsättning att tillgripandet av denna regel inte hindrar gemenskapsrätten från att få full verkan och tillämpas enhetligt, och i synnerhet varken ändrar gemenskapsbestämmelsens innehåll eller äventyrar dess syfte.

Det är närmare bestämt fråga om en snarare skenbar än verklig eftergift till de nationella rättsordningarna. Domstolen valde visserligen att tillåta att bedömningen skulle göras med tillämpning av en nationell regel snarare än med tillämpning av en allmän princip i gemenskapsrätten. Domstolen angav dock i samband härmed vilka gränser som enligt gemenskapsrätten gäller för tillämpningen av denna nationella regel. Detta gäller uppenbarligen i särskilt hög grad när tillämpningen av en nationell bestämmelse, som i målet, kan befästa ett rättsläge som strider mot gemenskapsrätten.

23. Det förefaller således stå klart att även om domstolen å ena sidan har angett att det är den nationella regeln som är tillämplig vid bedömning av om en rättighet har missbrukats, har den å andra sidan formulerat exakta kriterier som med hänvisning till principen i gemenskapsrätten om företräde för nationell rätt, som genom väl angivna gränser inskränker tillämpningen av en nationell regel, som inte kan betecknas som en "processuell" regel utan som innebär en bedömning av det materiella tillämpningsområdet för en bestämmelse i gemenskapsrätten, som har till syfte att bevilja vissa rättigheter. Således förbjuds de nationella domstolarna uttryckligen att tillämpa den nationella regeln om missbruk av en rättighet i alla de fall där en sådan tillämpning skulle medföra att gemenskapsbestämmelsens innehåll ändrades eller dess syfte äventyrades.

24. Domstolens hänvisning till det nationella systemet måste följaktligen uppfattas som en anvisning om ett instrument som den nationella domstolen förfogar över, så att den skall kunna säkerställa en korrekt tillämpning av gemenskapsrätten och således förhindra att en rättighet som ges genom en gemenskapsbestämmelse åberopas när denna bestämmelse endast "uppenbarligen" är den som skall tillämpas på omständigheterna i fråga eller när innehavaren av den rättighet som åberopas inför domstolen befinner sig i en situation som endast "uppenbarligen" är förenlig med föreskrifterna i bestämmelsen i fråga. [16] Det är med andra ord fråga om en bedömning som tar hänsyn till själva tillämpningsområdet för regeln, dess egentliga gränser.

15 — Dom i det ovannämnda målet Kefalas m.fl., punkt 27.

16 — Se generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i målet Kefalas m.fl., punkterna 24—27 och de domar från domstolen som citeras i förslagen till avgörande.

Med det perspektivet medför det faktum att den nationella domstolen lämnas en möjlighet att tillämpa den nationella regel om sanktioner mot missbruk av en rättighet, att sanktioner drabbar åberopandet av gemenskapsrätten när nämnda gränser har överskridits, nämligen just i sådana situationer som gemenskapsrätten inte åsyftade.

25. Sedan detta har konstaterats kan därav endast den slutsatsen dras att bedömningen av de egentliga gränserna för en sådan gemenskapsbestämmelse som ger rättigheter är en fråga om tolkning av gemenskapsrätten, som slutligen faller under domstolens behörighet. I den ovannämnda domen i målet Kefalas m.fl. åtog sig domstolen nämligen att tillhandahålla den nationella domstolen nödvändiga upplysningar om det syfte som eftersträvas med artikel 25.1 i direktivet. Enligt domstolen består detta syfte i "att garantera aktieägarna att ett beslut att öka aktiekapitalet, och följaktligen att ändra aktieägarnas ägarandelar, inte fattas utan att aktieägarna har beretts möjlighet att delta i bolagets beslutsförfarande". [17] Om den nationella domstolen kan konstatera att innehavarna av den rättighet som ges genom gemenskapsbestämmelsen — i detta fallet aktieägarna, som har rätt att motsätta sig att beslut om att öka aktiekapitalet fattas utan deras deltagande — har väckt talan om ogiltigförklaring av beslutet att öka kapitalet endast i syfte att, till skada för bolaget, erhålla otillbörliga fördelar som uppenbart är främmande för syftet med artikel 25.1 i direktivet, skulle den kunna åberopa den nationella regeln om missbruk av en rättighet för att ogilla denna talan.

26. Sedan således innebörden av domstolens hänvisning till den nationella regeln om missbruk av en rättighet har klargjorts, skall det, med avseende på det konkreta fallet i tvisten vid den nationella domstolen, allra först noteras att domstolens resonemang i domen i målet Kefalas m.fl. är relevant för svaret på de frågor som här prövas. De faktiska omständigheter som var aktuella i målet Kefalas m.fl. sammanfaller nämligen delvis med dem som den nationella domstolen här skall pröva. Den nationella domstolen anser även i detta mål att det förekommer missbruk av rätten att motsätta sig sådana ändringar i aktiekapitalet som beslutats genom förvaltningsåtgärder, eftersom käranden vid den nationella domstolen inte utövat den företrädesrätt som han i egenskap av aktieägare åtnjöt i samband med den första kapitalökningen. Det har tidigare angivits, som domstolen i domen i målet Kefalas m.fl. [18] redan har fastslagit, att om utövandet av en rättighet ansågs som missbruk av ett sådant skäl skulle det medföra en ändring av gemenskapsbestämmelsen, då det därigenom paradoxalt nog skulle krävas av en aktieägare att han skall delta i den kapitalökning som har genomförts utan bolagsstämmans godkännande, för att därefter kunna väcka talan mot denna ökning, eftersom den genomförts i strid med artikel 25.1 i direktivet. Detsamma gäller anmärkningen från den nationella domstolen, som påpekar att det är tack vare det offentliga ingripandet som bolaget har sanerats, till fördel för borgenärerna och aktieägarna själva. Domstolen har flera gånger fastslagit att bolagsstämman har behörighet att fatta beslut även i de fall då det berörda företaget har allvarliga finansiella svårigheter. [19] Då det för övrigt är klart att kapitalökningen per definition har till syfte att öka bolagets tillgångar, skulle

17 — Ovan fotnot 2, punkt 28.

18 — Ovan fotnot 2, punkterna 26 och 27.

19 — Se senast domen i det ovannämnda målet Kefalas m.fl., punkt 24.

det faktum att en talan som grundas på artikel 25.1 i direktivet av sagda skäl ansågs som missbruk medföra att ett utövande av den rättighet som ges genom gemenskapsbestämmelsen drabbades av sanktioner, varigenom räckvidden av denna bestämmelse skulle förändras.

27. Det återstår således att pröva en annan omständighet som enligt den hänskjutande domstolens uppfattning gör det möjligt att i målet beteckna kärandens väckande av talan som missbruk. Det är fråga om det faktum att käranden, tillsammans med 32 andra aktieägare som utgjorde aktiemajoriteten i bolaget, själv hade begärt att bolaget skulle underkastas den speciella ordning som föreskrivs i lagen. Åtskilliga år efter den omtvistade kapitalökningen skulle aktieägarens utövande av rättigheten och ifrågasättandet av de rättsförhållanden som har konstaterats och som, antar jag, är oåterkalleliga enligt grekisk rätt, enligt den nationella domstolen innebära ett överskridande av de gränser som påkallas av god tro, moral och det sociala och det ekonomiska syftet med rättigheten i fråga.

28. Jag vill genast säga att jag inte delar denna slutsats. Att godta den grekiska domstolens synpunkt skulle i själva verket innebära att artikel 25.1 i direktivet tolkades på så sätt att de aktieägare uteslöts från dess tillämpningsområde som så att säga hade samtyckt till att avhända sig sin rätt att besluta om aktiekapitalets framtid genom att anförtro förvaltningen av bolaget till ett från bolagsstämman fristående organ. Detta skulle med andra ord innebära att man godtog sanktioner, genom den allmänna principen om missbruk av en rättighet, mot en aktieägare som agerat på ett motsägelsefullt sätt genom att vid ett första tillfälle acceptera att avstå från en rättighet, som är garanterad genom bestämmelserna i gemenskapsrätten, för att sedan vid ett annat tillfälle ifrågasätta de beslut som inte är annat än en konkret tillämpning av en ordning, om än oförenlig med direktivet, som han själv åberopat.

29. Jag anser dock inte att aktieägarens beteende med nödvändighet måste ges den innebörd som den nationella domstolen, och med denna den grekiska regeringen, önskar ge det. Att begära att en lag skall tillämpas innebär inte nödvändigtvis att aktieägaren godkänner att befogenheten att fatta beslut om ökning av kapitalet överförs till ett annat organ än bolagsstämman. Det faktum att ett bolag underkastas den ordning som föreskrivs i den grekiska lagen möjliggör ett stort antal olika lösningar vad beträffar bolagets framtid, och det skulle följaktligen vara orimligt att tilldela aktieägarens beteende en särskild innebörd. Som den nationella domstolen själv framhåller stöds detta av att käranden i tvisten vid den nationella domstolen aldrig har önskat en ökning av kapitalet och av sagda skäl inte har utövat den företrädesrätt som han dock åtnjöt. Det kan således antas att aktieägaren genom att samtycka till begäran om att bolaget skulle underkastas den särskilda lagen i själva verket avsåg att uppnå ett annat resultat, såsom en likvidation av bolaget med de fördelar som samma lag medgav. Detta förefaller mycket sannolikt, eftersom bolagets finansiella situation vid tidpunkten för begäran var så dålig att den i lagen föreskrivna rådgivande nämnden

föreslog att bolaget skulle likvideras, med de fördelar beträffande betalning av skulderna som anges i artiklarna 7 och 9 i lagen.

30. På grund av begäran om att bolaget skulle underkastas den i lagen föreskrivna ordningen kunde aktieägarna slutligen förvisso inte automatiskt utesluta att om begäran godtogs skulle detta kunna medföra att befogenheten att besluta om ändringar i aktiekapitalet tilldelades ett utomstående organ. Jag anser dock att sambandet mellan aktieägarnas vilja och de administrativa organen är alltför svagt och indirekt för att det skall kunna hävdas att aktieägarna, genom att väcka talan om ogiltigförklaring av de beslut som fattats i strid med direktivet, skulle ha sökt att, till skada för bolaget, erhålla otillbörliga fördelar som uppenbarligen är främmande för syftet med gemenskapsbestämmelsen.

31. Därtill kommer att det främsta argumentet, som i själva verket mot bakgrund av domen i det ovannämnda målet Kefalas m.fl. numera är det enda, som svarandena i tvisten vid den nationella domstolen anför för att beteckna aktieägarens utövande av rättigheten som missbruk, har samband med den försening med vilken aktieägaren väckt talan i syfte att få de beslut av bolagsstämman som hade fattats i strid med direktivet ogiltigförklarade. Aktieägaren påstås med andra ord ha överskridit de gränser som påkallas av god tro, moral och de sociala och ekonomiska ändamålen med rättigheten i fråga, av det skälet att han hade utövat sin rättighet åratal efter bolagstransaktionerna, medan han vid ett första tillfälle genom att begära ett ingripande av den i den särskilda lagen föreskrivna ordningen underförstått och *a priori* hade samtyckt till att hans rättighet åsidosattes. Detta påstås visa att aktieägarens verkliga syfte med den talan som väckts inför den nationella domstolen är att erhålla otillbörliga fördelar till skada för bolaget. Vilka dessa otillbörliga fördelar är, har för övrigt aldrig närmare preciserats, varken av svarandena vid den nationella domstolen eller av den hänskjutande domstolen.

32. Nämnda argument kan inte godtas. Det är i detta avseende tillräckligt att erinra om att den rättighet som aktieägaren förebrås ha utövat "för sent" är ett rättsförhållande som ges i kraft av ett gemenskapsdirektiv som Republiken Grekland inte har genomfört inom föreskriven tid. Direktivet i fråga borde nämligen ha genomförts i Grekland senast den dag som angavs i anslutningsakten (nämligen den 1 januari 1981). Så var som bekant inte fallet. Två år efter nyssnämnda dag antog nämnda medlemsstat en nationell lagstiftning som föreskriver ett system för ökning av bolagskapital som direkt strider mot artikel 25 i direktivet.

33. I en situation där medlemsstaten uppenbart och oavbrutet har försummat sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten

anser jag att det inte kan få några negativa följder för den enskilde att en rättighet, som ges genom ett direktiv som inte har genomförts, inte har utövats med erforderlig skyndsamhet,[20] eller att det har förekommit uppenbart motstridiga eller försumliga beteenden med avseende på de möjligheter som erbjuds genom direktivet. Det förefaller däremot vara fullständigt motiverat att anse att den enskilde inte kunde känna till sin rättighet innan direktivet genomfördes i den nationella rättsordningen. Det kan erinras om att direktivet är en handling som uteslutande riktar sig till medlemsstaterna. Fram till de ändringar som tillkom genom Maastrichtfördraget trädde alla direktiv i kraft uteslutande till följd av anmälan till de stater till vilka de riktade sig. Dessutom kungjordes direktivet i fråga i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, i L-serien, i den del där kungörandet inte utgör ett villkor för direktivets tillämplighet. Kungörandet, som skett enbart i informationssyfte, kunde följaktligen enligt min mening inte innebära något antagande *erga omnes* om att medborgarna hade kännedom därom.

34. Det skall därefter erinras om att artikel 189 i EG-fördraget (nu artikel 249 EG), i förening med den allmänna principen om god tro i artikel 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG) och med den allmänna klausulen som införts i direktivtexten[21], ålägger medlemsstaterna en skyldighet att anta sådana lagar, förordningar och andra författningar som krävs för att de skall följa direktivet och att från den egna rättsordningen avlägsna sådana nationella bestämmelser som inte är förenliga med detta. När så inte sker, som i detta mål, har medlemsstaten gjort sig skyldig till fördragsbrott och kan inte förebrå en enskild som innehar rättigheter enligt direktivet att han inte skyndsamt har reagerat på ett åsidosättande av dessa rättigheter. Detsamma gäller det påstådda samtycket till att direktivet åsidosattes, genom begäran om att bolaget skulle underkastas ordningen i lagen om sanering av företag. Det kan nämligen inte uteslutas att den enskildes beteende har dikterats av den omständigheten att den i lagen föreskrivna särskilda ordningen i hans ögon inte alls föreföll vara oförenlig med gemenskapsrätten. Denna övertygelse, som visserligen var felaktig, hade framkallats uteslutande av det rättsstridiga beteendet hos Republiken Grekland, som vid tidpunkten för begäran ännu inte hade genomfört direktivet och således inte hade givit medborgarna möjlighet att fullt ut känna till de rättigheter som de tilldelas genom detta direktiv.

35. Under dessa förhållanden anser jag att det är felaktigt att av den enskilde fordra att han skall känna till sin rättighet vid äventyr att utövandet av den rättighet som grundas på det icke genomförda direktivet betecknas som "missbruk" i alla de fall där hans beteende på något sätt har varit oförenligt med föreskrifterna i direktivet. Att anta en annan ståndpunkt skulle innebära att den stat som är ansvarig för fördragsbrott och således är direkt ansvarig för den enskildes svårigheter att känna till

20 — Det förefaller dock som om aktieägaren har väckt talan i rätt tid, såvitt gäller avbrytandet av preskriptionstiden.

21 — Artikel 43 i direktivet ålägger medlemsstaterna att genomföra detta inom två år efter dagen för anmälan. Som tidigare har erinrats utgår denna frist i fallet Grekland den 1 januari 1981, i enlighet med artikel 143 i anslutningsakten.

sina rättigheter gavs möjlighet att dra fördel av sitt fördragsbrott genom att åberopa regeln om missbruk av en rättighet och på så sätt framkalla ett ogillande av den talan som väckts av aktieägaren. På samma sätt skulle den enskilde åläggas att göra en undersökning, med allt annat än säkra resultat, för att fastställa om bestämmelserna i det berörda direktivet, som inte har genomförts, motsvarar de krav på tydlighet och exakthet som är nödvändiga för att de skall kunna åberopas inför domstol mot den för fördragsbrottet ansvariga staten.

36. De faktiska omständigheter som har givit upphov till detta mål bekräftar den slutsats jag nu dragit. Av beslutet om hänskjutande och av parternas yttranden framgår att käranden i målet vid den nationella domstolen väckte sin talan i februari 1991, det vill säga ett visst antal år efter antagandet av rättsakterna i fråga (men dock fortfarande med iakttagande av fristerna för förverkande av rätten och för preskription), men omedelbart efter det att generaladvokaten föredragit sitt förslag till avgörande i målet Karella och Karellas. [22] Kärandens ombud angav nämligen vid förhandlingen inför domstolen att det var först efter avgivandet av detta förslag till avgörande, som domstolen följde, som det i Grekland definitivt kunde bringas klarhet i aktieägarnas rättsliga situation, i frågan huruvida direktivet hade direkt effekt och följaktligen i frågan huruvida det var möjligt att i domstol åberopa den rättighet som aktieägarna tilldelas genom detta direktiv, som kort tid dessförinnan hade införlivats med den nationella rättsordningen genom bestämmelser som inte hade någon retroaktiv verkan. Det var således först från och med den tidpunkten som aktieägaren kunde få kännedom om sin rätt att motsätta sig en sådan ökning av kapitalet i hans bolag, som genomförs genom förvaltningsåtgärder. Dessförinnan brukade nämligen förvaltningen och domstolarna anse att det var tillåtet att tillämpa en nationell regel om en ökning av det slaget. Att beteckna väckandet av en talan som grundas på direktivet som missbruk endast på grund av att den enskilde, innan medlemsstaten vidtagit några åtgärder för att genomföra direktivet och således i en situation där staten gjort sig skyldig till fördragsbrott, iakttagit ett, om än fullständigt lagenligt beteende i förhållande till den nationella lagen, med direktivet oförenligt beteende, skulle innebära att den enskilde ålades en skyldighet att känna till rättigheter som tilldelas genom ett gemenskapsdirektiv eftersom detta, om dessa rättigheter inte utövades eller om ett beteende var oförenligt med direktivet, skulle få negativa följder för denne. Detta skulle således innebära en försvagning av, i första hand, den princip enligt vilken den direkta "vertikala" verkan av direktiven är ett rättsligt medel som den enskilde kan utnyttja för att komma till rätta med en medlemsstats åsidosättanden av gemenskapsrätten och, i andra hand, den avskräckande verkan som detta medel har på medlemsstaterna när det gäller åsidosättande av skyldigheten att genomföra direktiven korrekt och inom fastställda frister. Enligt min uppfattning måste det däremot anses att den enskildes okunnighet om den rättighet som ges genom ett direktiv som inte har genomförts är fullständigt oklanderlig, eftersom den helt

22 — Förslag till avgörande av den 30 januari 1991 (REG 1991, s. I-2704). Vid det tillfället föreslog generaladvokaten Tesauro för första gången att domstolen skulle besvara frågorna från Greklands högsta förvaltningsdomstol på följande sätt: 1) Bestämmelserna i artikel 25 i direktivet är ovillkorliga och tillräckligt precisa för att den enskilde skall kunna åberopa dem gentemot förvaltningen inför en nationell domstol och göra gällande att de är oförenliga med föreskrifterna i en lagbestämmelse. 2) Dessa bestämmelser måste tolkas på så sätt att de hindrar tillämpningen av en lag som syftar till att reglera vissa företag i kris och som samtidigt som den bibehåller en företrädesrätt för tidigare aktieägare medger att beslut kan fattas om ökning av aktiekapitalet genom en förvaltningsåtgärd och utan bolagsstämmans beslut.

enkelt är en oundviklig följd av beteendet, vilket däremot är klandervärt, hos den medlemsstat som är skyldig till fördragsbrottet. Det faktum att direktivet riktar sig till medlemsstaterna, skyldigheten som åläggs dem att genomföra direktivet i de nationella rättsordningarna, kravet på en enhetlig och fullständig tillämpning av direktiven i medlemsstaterna och slutligen tillämpningen av den allmänna principen om tro och heder enligt artikel 5 i fördraget medger med andra ord inte att det, med hänsyn till omständigheterna i fråga om kungörandet och på gemenskapsrättens nuvarande stadium, skulle kunna anses finnas en presumtion om kännedom om de rättigheter som tilldelats genom ett direktiv som inte har genomförts. Ett beteende hos en enskild, om än utåt sett inkonsekvent som i detta mål, kan följaktligen inte i varje fall beläggas med sanktioner genom tillämpning av den allmänna princip som förbjuder missbruk av en rättighet. [23]

37. Jag anser således att den första frågan som har ställts av den hänskjutande domstolen kan besvaras på så sätt att den fulla verkan och en enhetlig tillämpning av artikel 25 i direktivet skulle äventyras genom den möjlighet som lämnas den nationella domstolen att som missbruk beteckna en aktieägares utövande av en rättighet på grund av att denna inte har använt sin företrädesrätt till de aktier som emitterats till följd av en kapitalökning som genomförts på sätt som är oförenligt med artikel 25 i direktivet, eller eftersom han har begärt att det berörda bolaget skall underkastas tillämpning av en nationell lag som är oförenlig med direktivet vid en tidpunkt då aktieägaren, till följd av fördragsbrott av den medlemsstat som åberopar missbruket av rättigheten, rätteligen inte kunde känna till de rättigheter som han hade enligt det icke införlivade direktivet.

38. Med den andra frågan önskar den nationella domstolen få veta vilken inverkan det har på giltigheten av ministerbeslut om ändring av aktiekapitalet att en invändning om missbruk av en rättighet anses vara grundad. Med hänsyn till svaret på den första frågan anser jag inte att det är nödvändigt att pröva den andra frågan. Om däremot domstolen anser att de faktiska omständigheter som den nationella domstolen anger rättfärdigar tillämpning av en regel om missbruk av en rättighet, och i avsaknad av ytterligare upplysningar från den nationella domstolen, anser jag att domstolen skall nöja sig med att svara att det ankommer på denna domstol att avgöra huruvida, oavsett ogillandet av den talan som väckts av aktieägaren, de beslut av bolagsstämman om ändringar i aktiekapitalet som fattats i strid med direktivet fortfarande är giltiga eller tvärtom skall vara utan verkan på grund av att de är oförenliga med gemenskapsrätten.

23 — Det kan tilläggas att det inte heller är möjligt att tillämpa fristerna för preskription och förverkande av rätt på en talan som grundas på en rättighet som tilldelas genom ett direktiv som inte har genomförts, vid äventyr att den försumliga medlemsstaten som underlåter detta medges dra fördel av sin egen underlåtelse. Detta är skälet till att jag delar domstolens uppfattning i dom av den 25 juli 1991 i målet C-208/90, Emmott (REG 1991, s. I-4269; svensk specialutgåva, volym 11, s. 393), i vilken domstolen fastställde att "innan direktivet har blivit korrekt genomfört kan den medlemsstat som underlåter detta inte gentemot en enskild, som mot staten i fråga väckt talan i syfte att tillvarata de rättigheter som bestämmelser i direktivet tillerkänner denne, åberopa att dennes talan väckts för sent. Vidare följer härav att en frist för väckande av talan enligt nationell rätt kan börja löpa först från den tidpunkten" (punkt 23). Men det är också skälet till varför jag hyser vissa tvivel i fråga om den lösning som har antagits i senare domar, en lösning som skulle innebära att tillämpningsområdet för den uttalade principen reducerades till endast sådana fall där förverkande av rätten leder till att kärandeparten helt berövas möjligheten att göra gällande sin rättighet vid de nationella domstolarna (för dessa avgöranden se dom av den 15 september 1998 i mål C-260/96, Spac, REG 1998, s. I-4997, punkterna 28—31).

Förslag till avgörande

39. Med hänsyn till vad ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar frågorna från Polymeles Protodikeio Athinon på följande sätt:

Artikel 25 i rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra detta kapital, i syfte att göra skydddsåtgärderna likvärdiga, skall tolkas på så sätt att en nationell domstol inte som missbruk kan beteckna en aktieägares begäran att en kapitalökning som genomförts på sätt som är förbjudet enligt direktivet skall förklaras vara ogiltig, på grund av att sagde aktieägare inte har utövat sin företrädesrätt beträffande aktier som emitterats till följd av kapitalökningen, eller på grund av att det bolag i vilket han är aktieägare är underkastat tillämpningen av en nationell lag som är oförenlig med direktivet, vid en tidpunkt då aktieägaren, med anledning av att den medlemsstat som åberopar den otillbörliga karaktären av utövandet av rättigheten har gjort sig skyldig till fördragsbrott, kan ha saknat kännedom om de rättigheter som han har enligt det icke införlivade direktivet.