

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 9. november 1995 ²

1. Med de præjudicielle spørgsmål, som er omfattet af denne sag, har Polimeles Protodikió, Athen, anmodet Domstolen om at fortolke en række bestemmelser i Rådets direktiv 77/91/EØF af 13. december 1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagerne som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelse af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde ¹ (herefter »andet direktiv«).

Faktiske forhold og nationale retsregler

2. I Grækenland stilles der krav om, at banker stiftes som aktieselskaber, og de er derfor underlagt de almindelige bestemmelser, som gælder for sådanne selskaber, samt en række bestemmelser, som finder anvendelse på kreditinstitutioner ².

Under normale omstændigheder har kun generalforsamlingen beføjelse til at ændre vedtægterne og aktieselskabskapitalen.

Den græske retsinstans er navnlig i tvivl om, hvorvidt de nationale retsregler om sanering af kreditinstitutioner er forenelige med artikel 25, stk. 1 (generalforsamlingens enekompetence vedrørende spørgsmål om ændringer i aktieselskabskapitalen), og 29, stk. 3 (de måder, hvorpå aktionærene underrettes om tilbud om fortegningsret til nye aktier), i andet direktiv.

3. I visse af loven fastlagte tilfælde kan banker permanent være underlagt en administrationsordning. Dette er bl.a. tilfældet, når et kreditinstitut ikke kan eller vil forhøje aktieselskabskapitalen, når det modsætter sig

² Originalsprog: italiensk.

1 — EFT 1977 L 26, s. 1.

2 — Den retlige ramme, som kort beskrives i det følgende, fremgår i det væsentlige af følgende bestemmelser: Lov nr. 2190/1920, artikel 29 og 31, sammenholdt med lovanordning nr. 1665/1951, artikel 8, stk. 1 og 3, og præsidentielt dekret nr. 861/1975, artikel 1, stk. 1 og 3, som stadfæstet ved lov nr. 236/1975.

finanstilsynets opsyn, eller når det tilsidesættes en bestemmelse truffet af finanstilsynet.

Bl.a. i disse tilfælde kan direktøren for Den Græske Nationalbank udnævne en midlertidigt tilforordnet, såfremt han finder dette nødvendigt og presserende af hensyn til statens, bankens eller tredjemands interesser, eller for at undgå eventuelle skadevirkninger for det finansielle marked eller økonomien i almindelighed.

Efter sin udnævnelse, som stadfæstes ved lov, får den midlertidigt tilforordnede ipso jure tillagt enhver magtbeføjelse og kompetence, som efter selskabets vedtægter tilkommer dets organer, herunder generalforsamlingen.

4. Sagens faktiske forhold ligger før, den græske lovgivning blev ændret ved lov nr. 2114/1993, artikel 3, hvori de bestemmelser, som hjemlede udnævnelse af midlertidigt tilforordnede ved kreditinstitutter, blev ophævet.

I denne forbindelse fremgår det af Kommissionens pressemeddelelse af 6. april 1993, som er bilagt indlæggene fra sagsøgte i hovedsagen, at ændringerne i den pågældende lovgivning er sket, efter at der var

indledt traktatbrudsprocedure (91/711 — A) mod Den Helleniske Republik for overtrædelse af andet direktivs artikel 25. I pressemeddelelsen erklærede Kommissionen at have henlagt sagen under hensyn til de ændringer, der havde fundet sted i den græske lovgivning og de græske myndigheders udtrykkelige løfte om at ville overholde andet direktivs artikel 25, også for så vidt angår banker, der drives i selskabsform.

5. I medfør af den omhandlede lovgivning satte direktøren for Den Græske Nationalbank i 1984 banken Trapeza Kentrikis Ellados (herefter »TKE«) under administration af en midlertidigt tilforordnet. På dette tidspunkt var TKE's selskabskapital på 670 000 000 DR.

Efter anmodning fra direktøren for Den Græske Nationalbank besluttede den daværende midlertidigt tilforordnede den 29. juli 1986 at forhøje aktieselskabskapitalen til 1 700 000 000 DR, idet den tilsvarende bestemmelse i selskabets vedtægter samtidig blev ændret (artikel 6). Det fremgår ikke klart af sagen, hvorledes denne kapitalforhøjelse blev gennemført. Det står imidlertid fast — og er i det hele taget ubestridt — at denne afgørelse blev truffet, uden at aktionærerne havde givet udtryk for en sådan hensigt, hvis ikke ligefrem imod aktionærernes hensigt.

6. Aktionærerne blev ved en meddelelse i to dagblade i Athen opfordret til at udøve deres

fortegningsret til de nye aktier inden for en frist på 30 dage. Dette tidsrum forløb imidlertid, uden at nogen større del af de tidligere aktionærer udøvede denne rettighed³, således at næsten alle de nye aktier blev udbudt til nye aktionærer.

7. I november 1986 ophævede direktøren for Den Græske Nationalbank den midlertidigt tilforordnede mandat og satte TKE under permanent administration. Generalforsamlingen, som bestod af de nye selskabsdeltagere, traf beslutning om tre nye forhøjelser af selskabskapitalen i 1987 (1 500 000 000 DR), i 1989 (125 000 000 DR) og i 1990 (1 281 250 000 DR). Ved lov nr. 1682 af 16. februar 1987 blev udnævnelsen af de skiftende midlertidigt tilforordnede, som havde afløst hinanden som selskabsledelse, stadfæstet ligesom den første kapitalforhøjelse.

På nuværende tidspunkt fremgår det af de oplysninger, som sagsøgerne har fremlagt, og som de sagsøgte ikke har bestridt, at 53% af samtlige stemmeberettigede aktier i TKE

indehaves af Landbrugsbanken, som er sagsøgt i hovedsagen, og hvor den græske stat ejer alle aktier.

8. Sagsøgerne i hovedsagen var allerede aktionærer i TKE, da den midlertidigt tilforordnede traf afgørelse om den første kapitalforhøjelse. Da de fandt, at denne forhøjelse blev gennemført ved et overgreb på generalforsamlingens beføjelser og således under tilsidesættelse af aktionærernes rettigheder som fastlagt i andet direktiv, indbragte de den tilforordnede beslutning for den nationale domstol med påstand om annullation.

Sagsøgerne har navnlig påberåbt sig tilsidesættelse af andet direktivs artikel 25, stk. 1, hvorefter »enhver kapitalforhøjelse skal vedtages af generalforsamlingen«, samt tilsidesættelse af andet direktivs artikel 29, stk. 3, hvorefter tilbuddet om fortegningsret såvel som den frist, inden for hvilken denne ret skal udøves, skal offentliggøres i den officielle nationale tidende, der er udpeget i henhold til direktiv 68/151/EØF⁴, eller, når aktierne lyder på navn, og såfremt lovgivningen i medlemsstaten bestemmer det, samtlige aktionærer skal have skriftlig underretning.

4 — Rådets første direktiv af 9.3.1968 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemandsinteresser (EFT L 65, s. 8); dette direktiv var ikke gennemført i Grækenland på det relevante tidspunkt. Den udpegede tidende er Den Høllenske Republikks Officielle Tidende (herefter »ΦΕΚ«).

3 — Med undtagelse af en meget lille procentdel, som efter sagsøgerne oplysninger repræsenterede 0,4% af selskabskapitalen.

De præjudicielle spørgsmål

9. I forbindelse med denne sag har den nationale ret forelagt Domstolen de tre præjudicielle spørgsmål, som nu skal undersøges.

Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret at få klarlagt andet direktivs personelle anvendelsesområde, navnlig for så vidt angår artikel 25 og 29, med henblik på at undersøge, om det tillige dækker aktieselskaber, som driver bankvirksomhed.

Med det andet spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om de nævnte bestemmelser i andet direktiv er »uforenelige med de herimod stridende bestemmelser« i den græske særlovgivning vedrørende sanering af banker, der drives i aktieselskabsform, »således at fællesskabsbestemmelserne er til hinder for, at de herimod stridende nationale bestemmelser finder anvendelse«. Idet det anerkendes, at den græske lovgivning ved en bekræftende besvarelse af det første spørgsmål fremstår som uforenelig med andet direktiv, ønsker den nationale ret med andre ord oplyst, om anvendelsen af den nationale lovgivning kan opretholdes på grund af dens særlige karakter.

Endelig ønsker den nationale ret med det tredje spørgsmål oplyst, hvorvidt begrebet »skriftlig underretning« til aktionærer, hvis

aktier lyder på navn, jf. andet direktivs artikel 29, stk. 3, tredje punktum, ligeledes dækker offentliggørelse af tilbuddet i dagblade.

10. Det bemærkes desuden, at det udtrykkeligt fremgår af forelæggelsesbeslutningen, at den nationale ret ligeledes skal tage stilling til, hvorvidt en række indsigelser, som de sagsøgte er fremkommet med under hovedsagen, kan tages til følge. Den nationale ret nævner heriblandt kun den indsigelse, der bygger på den græske retsplejelovs artikel 281 om misbrug af beføjelser.

I medfør af denne bestemmelse kan en rettlighed ikke gøres gældende, hvis det klart ville stride mod god tro eller redelig handle måde eller den pågældende rettigheds økonomiske og sociale formål. At denne indsigelse eventuelt måtte tages til følge ville medføre, at sagsøgerne — selv om de under et annullationsøgsmål havde ret til at gøre gældende, at beslutningen om kapitalforhøjelsen var ulovlig, fordi den var vedtaget i strid med fællesskabsretten — ikke kunne gøre denne rettlighed gældende, fordi det af den nationale ret blev anset for udtryk for misbrug. Det påståede misbrug synes i det væsentlige at skulle bestå i sagsøgernes manglende retlige interesse som mindretalsaktionærer, oven i købet i et selskab, som er underlagt en særlig saneringsordning, samt i det forhold, at sagsøgerne ikke skulle have lidt noget ideelt eller økonomisk tab som følge af selskabets sanering, men tværtimod havde haft fordel heraf.

Den nationale ret har herved fremhævet, at efter dens opfattelse kan den i retsplejelovens artikel 281 omhandlede indsigelse med rette påberåbes også for at forhindre udøvelse af rettigheder, der kan udledes af fællesskabsbestemmelser; desuden erklærer den nationale ret sig enekompetent til at træffe afgørelse desangående »som dommer i den medlemsstat, hvor den part, som er fremkommet med indsigelsen, er statsborger«.

netop fortolket denne bestemmelse i forhold til en græsk lovgivning om sanering af selskaber⁸. Domstolen har i de tre nævnte præjudicielle domme under forskellige sager anlagt af aktionærer efter administrative kapitalforhøjelser fastholdt den absolutte karakter af princippet om generalforsamlingens enekompetence til at foretage ændringer i selskabskapitalen.

Første og andet spørgsmål

11. De to første spørgsmål hænger i virkeligheden nøje sammen. Det forekommer mig derfor hensigtsmæssigt at undersøge dem samlet.

13. Domstolen har nemlig dels fastslået, at artikel 25, stk. 1, er direkte anvendelig, dels erklæret, at bestemmelsen er til hinder for anvendelsen af nationale regler, som med henblik på at sikre sanering af selskaber i krise bestemmer, at der administrativt kan træffes bestemmelse om forhøjelse af selskabskapitalen, selv når aktionærerne forbeholdes fortegningsret til nyudstedte aktier.

Domstolen har allerede adskillige gange haft lejlighed til at udtale sig om fortolkningen af andet direktivs artikel 25, stk. 1.

12. I de tre domme Karella og Karellas⁵, Syndemos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias m.fl.⁶ og Kerafine — Keramische og Finanz-Holding og Vioktimatiki⁷ (hvortil der undertiden henvises under fællesbetegnelsen »Karella-praksis«) har Domstolen

Med andre ord har Domstolen fastslået, at generalforsamlingen, selv med hjemmel i en særordning med henblik på selskabets sanering, ikke kan fratages sin »inderste«

5 — Dom af 30.5.1991, forenede sager C-19/90 og C-20/90, Sml. I, s. 2691.

6 — Dom af 24.3.1992, sag C-381/89, Sml. I, s. 2111.

7 — Dom af 12.11.1992, forenede sager C-134/91 og C-135/91, Sml. I, s. 5699.

8 — Lov nr. 1386/1983 af 5.8.1983. Med hjemmel i denne lovgivning kunne et statsligt aktieselskab («Organismos Anasygkrotiseos Epicheirison», organisation til finansiel sanering af virksomheder) sikre administrationen og driften af virksomheder, der skal effektiviseres, eller nationaliserede virksomheder og herunder træffe beslutning om kapitalforhøjelser, idet der gores undtagelse fra de bestemmelser, som tillægger generalforsamlingen enekompetence.

beføjelse, som den ikke kan give afkald på: Beføjelsen til at ændre omfanget af selskabskapitalen, dvs. selskabets og samtidig også aktionærernes formue.

Dette påstås bekræftet af det af Rådet fremsatte direktivforslag om sanering og likvidation af kreditinstitutter⁹, som udtrykkeligt tillader, at den omhandlede nationale lovgivning anvendes.

14. Denne sag rejser på ny de problemer, som ligger til grund for den nævnte Karellapraksis. Logisk set må de principper, som Domstolen har fastslået i denne forbindelse, således finde anvendelse også i dette tilfælde.

15. Det er tilstrækkeligt til at imødegå de netop anførte argumenter endnu en gang at anføre, at andet direktiv, som er vedtaget for at sikre et mindstemål af ligelig beskyttelse såvel af selskabernes aktionærer som af deres kreditorer¹⁰, utvetydigt fastlægger sit personelle anvendelsesområde.

Man kan ikke tage det argument til følge, hvorefter bestemmelserne i andet direktiv, navnlig artikel 25, stk. 1, og artikel 29, stk. 3, ikke finder anvendelse på banker. Det er bl.a. blevet påstået, at saneringen af sådanne selskaber i krise skulle være i almenvællets interesse og dels tjene til at beskytte de indskydere, som har midler i det kreditinstitut, som er i vanskeligheder, dels ligevægten og sammenhængen i den almindelige forvaltning af befolkningens opsparing; nationale bestemmelser, der så vidt muligt tilsigter at undgå, at bankerne træder i likvidation, må følgelig skulle vurderes uden for andet direktivs anvendelsesområde. Desuden skulle den omhandlede lovgivning være »lex specialis« i forhold til selskabsretten, såvel den nationale som den fællesskabsretlige, i det omfang den særligt vedrører bankerne, og skulle derfor som sådan finde anvendelse i tilfælde af uoverensstemmelse med selskabsretten.

Som det udtrykkeligt fremgår af direktivets titel og artikel 1, finder det anvendelse på de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber, der drives i aktieselskabsform¹¹. Det kriterium, som lovgiver har valgt til at fastlægge direktivets anvendelsesområde, er således den retlige selskabsform, mens den virksomhed, som selskabet udøver eller agter at udøve, ikke på nogen måde er relevant, medmindre der henvises hertil i særlige bestemmelser.

⁹ — KOM (85) 788 endelig udg., EFT C 356, s. 55.

¹⁰ — Direktivets anden betragtning samt dommene i Karellasagen og Syndemos Melon-sagen, henholdsvis præmis 25 og 32.

¹¹ — Traktatens artikel 58, stk. 2, lyder: »Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje«.

Den eneste tilladte undtagelse angives i selve direktivet, nemlig i artikel 1, stk. 2, hvorefter medlemsstaterne kan undlade at anvende direktivet på investeringsselskaber med variabel kapital og på kooperative selskaber. Det er imidlertid en undtagelse, der vedrører to klart afgrænsede tilfælde, og det er derfor udelukket, at den nationale lovgiver kan træffe bestemmelse om andre undtagelser.

16. Desuden tager direktivet udtrykkeligt bankernes særlige karakter i betragtning, idet en række bestemmelser ikke finder anvendelse på banker og andre pengeinstitutter, selv om de drives i aktieselskabsform¹².

Direktivet indeholder således bestemte, særlige og klart afgrænsede undtagelser vedrørende banker. Disse undtagelser såvel viser som forudsætter, at direktivet i øvrigt finder anvendelse på banker på samme måde som på alle andre aktieselskaber.

17. Jeg finder ydermere ikke, at der er grund til at afgrænse andet direktivs anvendelsesområde anderledes end og i strid med den

definition, som klart fremgår af direktivets ordlyd og Domstolens praksis.

Den græske lovgivnings særlige karakter er et argument, som allerede forgæves er blevet påberåbt under de tidligere sager. Hertil bemærkes, som allerede anført i mit forslag til afgørelse i Karella-sagen og Syndemos Melon-sagen¹³, og som Domstolen klart har fastslået, at fællesskabsrettens bindende karakter og ensartede anvendelse ville kunne undergraves, hvis man antog et almindeligt forbehold for de nationale lovgivninger i usædvanlige situationer, der faldt uden for de særlige bestemmelser i traktaten og i andet direktiv¹⁴.

Desuden må det fastholdes, at fællesskabslovgiver i direktivet fuldt ud har taget højde for bankernes særlige krav ved, hvor det forekommer nødvendigt, at fastsætte særlige bestemmelser for dem. Når der således er fastlagt udtrykkelige undtagelsesbestemmelser, skal fællesskabernes retsinstanser bestemt ikke finde på andre, og selvfølgelig heller ikke den nationale lovgiver.

12 — Jf. artikel 20, stk. 1, litra c), artikel 23, stk. 2, og artikel 24, stk. 2.

13 — Henholdsvis i punkt 6 og 4.

14 — Jf. bl.a. de nævnte domme i Karella-sagen og Syndemos Melon-sagen, henholdsvis præmis 25-28 og 30-33.

18. Betragtninger vedrørende nødvendigheden af at beskytte indskydernes interesser og mere generelt ligevægten i befolkningens opsparingsordning er efter min opfattelse heller ikke relevante.

Disse krav kan ligeledes sikres hensigtsmæssigt med andre midler, som f.eks. oprettelse af en almindelig indskydergarantiordning, som forfølger samme mål, men uden at være til hinder for, at andet direktivs formål opnås. Det forhold, at sådanne muligheder ikke forelå i Grækenland på det relevante tidspunkt, kan ikke berettige, at det princip, som er fastslået i andet direktivs artikel 25, tilsidesættes.

19. Fællesskabslovgivningen vedrørende banksektoren har et andet formål end andet direktiv. Den omfatter for en stor del direktiver, som tilsigter at gennemføre og udfylde etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser inden for denne sektor gennem særlige bestemmelser, som finder anvendelse på banker.

Under alle omstændigheder er ingen af disse bestemmelser til hinder for, at andet direktivs artikel 25 finder anvendelse. Selv ikke de talrige bestemmelser om tilsyn, som under forskellige omstændigheder tillægger de kompetente myndigheder beføjelser til at kræve, at et kreditinstitut inden for en bestemt frist bringer sin egenkapital op på det krævede minimum, da tilladelsen til at

drive virksomhed ellers vil bortfalde, anfægter kompetencen for det omhandlede instituts organer til selv at træffe afgørelse om hvorledes¹⁵. Der er således ikke noget sammenstødsproblem i forbindelse med fællesskabsbestemmelserne.

20. Hvad endelig angår forslaget til Rådets direktiv om sanering af banker, som de sagsøgte ligeledes har påberåbt sig, bemærkes blot, at dette forslag ikke indgår i den almindelige positive ret.

21. De sagsøgte i hovedsagen har desuden gjort gældende, at selv om Domstolen måtte fastslå, at andet direktiv finder anvendelse på banker, kan den nævnte Karella-praksis ikke finde anvendelse i dette tilfælde på grund af den omhandlede lovgivnings grundlæggende særegne karakter. I modsætning til de bestemmelser, som Karella-sagerne omhandlede, bestemmer lovgivningen om sanering af banker nemlig, at de vedtægtsmæssige organer efter udnævnelsen af den midlertidigt tilfornordnede fratages alle beføjelser, hvilket

15 — Jf. navnlig artikel 10, stk. 1 og 5, i Rådets andet direktiv 89/646/EØF om samordningen af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut og om ændring af direktiv 77/780/EØF (EFT L 386, s. 1); artikel 10, stk. 1 og 3, i Rådets direktiv 89/647/EØF af 18.12.1989 om solvensnøgletal for kreditinstitutter (EFT L 386, s. 14); artikel 4, stk. 1 og 5, i Rådets direktiv 92/121/EØF af 21.12.1992 om overvågning af og kontrol med kreditinstitutters store engagementer (EFT 1993 L 29, s. 1) og artikel 4, stk. 1, 2, 3, 4 og 8, i Rådets direktiv 93/6/EØF af 15.3.1993 om kravene til investeringsselskabers og kreditinstitutters kapitalgrundlag (EFT L 141, s. 1).

ifølge de sagsøgte indebærer, at det mål, der forfølges, snarere er likvidation end sanering af det selskab, som er underlagt ordningen. Under alle omstændigheder er således — ifølge de sagsøgte — en af de af Domstolen stillede betingelser for at andet direktiv kan finde anvendelse ikke opfyldt, nemlig at selskabet skal fortsætte med at eksistere med sin egen struktur¹⁶.

besvare de to første spørgsmål i overensstemmelse med de principper, som er fastlagt i den nævnte Karella-praksis, og bekræfte, at andet direktivs artikel 25 er til hinder for anvendelsen af en særlig national lovgivning, som med henblik på at sikre sanering af banker, som drives i aktieselskabsform, og som befinder sig i en kritisk situation, bestemmer, at selskabskapitalen kan forhøjes administrativt, uanset hvad aktionærerne vil.

Dette argument forekommer mig heller ikke overbevisende. Jeg kan således ikke indse, hvorledes det med føje kan gøres gældende, at et selskab, som med hjemmel i den omhandlede lovgivning er underlagt en tilforordnet, er ophørt med at eksistere.

Tredje spørgsmål

Tværtimod forekommer det mig, at det formål, som denne ordning forfølger, netop er, at det omhandlede selskab skal overleve efter at være blevet saneret; under alle omstændigheder fortsætter de vedtægtsmæssige organer utvivlsomt med at eksistere, mens ordningen finder anvendelse, skønt de er frataget enhver forvaltningsbeføjelse. Generalforsamlingen bevarer i øvrigt den i andet direktivs artikel 25 omhandlede beføjelse: Det modsatte er nøjagtig det »Quid demonstrandum«, som ikke i dette tilfælde er blevet bevist.

23. Det forslag til besvarelse af det første og andet spørgsmål, som jeg er fremkommet med, fratager en besvarelse af det tredje spørgsmål enhver relevans, i det mindste i det foreliggende tilfælde. Det er således udelukkende for fuldstændighedens skyld eller i tilfælde af, at Domstolen måtte ændre de principper, som den har udviklet i sin tidligere praksis, at jeg kort skal undersøge andet direktivs artikel 29, stk. 3, i forbindelse med det spørgsmål, som den nationale ret har forelagt.

22. Alt taget i betragtning fører det ovenfor anførte mig til at foreslå Domstolen at

Som ovenfor anført vedrører disse bestemmelser spørgsmålet om, hvorledes fortegningsretten til nyudstedte aktier skal tilbydes tidligere aktionærer, og det tillades, at den nationale lovgivning, når alle selskabets aktier lyder på navn, da foreskriver, at underretning af samtlige aktionærer sker skriftligt.

16 — Dommene i Karella-sagen og Syndemos Melon-sagen, henholdsvis præmis 30 og 28.

24. Den omhandlede bestemmelse har til formål at sikre, at samtlige aktionærer, når der ikke sker offentliggørelse i den officielle nationale tidende, der er udpeget hertil¹⁷, under alle omstændigheder informeres forskriftsmæssigt om de frister og fremgangsmåder, der gælder, når de vil udøve deres fortegningsret.

Den i artikel 29, stk. 3, omhandlede »skriftlige underretning« må således efter min opfattelse forstås som en meddelelse, som selskabets administrative organer skal fremsende skriftligt med navns nævnelse og til hver enkelt, der har aktier lydende på navn. Efter min mening kan offentliggørelse om tilbud om fortegningsret i to dagblade således ikke være et lovligt alternativ, eftersom det ikke med sikkerhed fører til samme resultat.

Hertil bemærkes blot, at den administrative retsakt, som sagsøgerne har anfægtet for den nationale ret, er vedtaget af en midlertidigt tilforordnet, som er udpeget af direktøren for Den Græske Nationalbank, og hvis udnævnelse og skrivelser er underlagt stadfæstelse ved lov (hvilket rent faktisk er sket). Der er således åbenbart tale om et retssubjekt, som »ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn«, og som med henblik herpå har særlige beføjelser, som anført i Domstolens praksis¹⁸. Heraf følger, at sagsøgerne fuldt ud er beføjede til at påberåbe sig andet direktivs artikel 29, stk. 3, over for en retsakt, som er vedtaget på en måde, der strider mod det i denne bestemmelse fastlagte.

Misbrug af beføjelser

25. De sagsøgte har ligeledes bestridt, at artikel 29, stk. 3, har direkte virkning i nærværende sag. Skønt de medgiver, at bestemmelsen er klar, præcis og ubetinget, benægter de, at den kan påberåbes over for TKE, som på det relevante tidspunkt var en privat bank. Det modsatte ville svare til at tillægge andet direktiv direkte horisontal virkning, hvilket Domstolen endnu aldrig har anerkendt.

26. Som allerede nævnt fremgår det af forelæggelsesbeslutningen, at der er fremkommet en indsigelse, der bygger på sagsøgernes påståede misbrug af beføjelser. Selv om det ikke er genstand for et særligt spørgsmål, fremgår spørgsmålet klart af forelæggelsesbeslutningen og kan være afgørende for sagens udfald.

17 — Hvilket som nævnt ikke var sket i Grækenland på det relevante tidspunkt, da direktiv 68/151 endnu ikke var blevet gennemført (jf. note 4).

18 — Jf. bl.a. dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster, Sml. I, s. 3313, præmis 20.

Den nationale ret har nemlig udtrykkeligt erklæret at ville forbeholde sig afgørelsen af, hvorvidt denne indsigelse, der bygger på den græske retsplejelovs artikel 281¹⁹, kan tages til følge. Det fremhæves, at denne bestemmelse, hvorefter man ikke kan påberåbe sig en rettighed, hvis denne misbruges, ligeledes kan bringes i anvendelse i forbindelse med rettigheder, som er tillagt af fællesskabsretten, og den nationale ret erklærer sig enekompetent til at træffe afgørelse herom.

Det skulle således være tilstrækkeligt til at medføre, at den i andet direktivs artikel 25 omhandlede beføjelse erklæres uden virkning, at den nationale ret fastslår, at sagsøgerne ikke havde retlig interesse i et annullationssøgsmaal mod den pågældende retsakt, fordi de er mindretalsaktionærer og ikke på grund af saneringen har lidt noget tab, men derimod har haft fordele deraf²⁰.

27. Spørgsmålet forekommer mig af stor betydning. Allerede af denne grund må det være uundgåeligt, at Domstolen tager stilling hertil, for i sidste ende er det fællesskabsrettens forrang frem for national

ret og Domstolens præjudicielle dommes gennemslagskraft, som står på spil.

Der er nemlig risiko for, at en præjudiciel dom, hvorved Domstolen fastlægger rækkevidden af de rettigheder, som en direkte anvendelig fællesskabsbestemmelse direkte tillægger borgerne, i medfør af et princip i national ret, som strider herimod, fratages enhver virkning af den samme ret, som har forelagt det præjudicielle spørgsmål!

Dette har i øvrigt netop været tilfældet, for så vidt angår den nævnte dom i Kerafna-sagen. Efter at Domstolen havde afsagt dom, tog den nationale ret nemlig en indsigelse til følge, som de sagsøgte fremsatte med hjemmel i artikel 281 i den græske retsplejelov, og foranstaltede bevisoptagelse for at tage stilling til, om der skulle ske frifindelse²¹.

28. Problemet er således at fastslå, hvorvidt og inden for hvilke grænser den nationale ret under overholdelse af de fællesskabsprincipper, som netop er omtalt, ved hjælp af

19 — Med hjemmel i artikel 25 i den græske forfatning.

20 — Man skulle således ligeledes kunne gøre gældende over for sagsøgerne, at den ret, som fællesskabsbestemmelserne tillægger dem, er blevet misbrukt, i det omfang, de ikke har udnyttet deres fortrinsret til de nyudstedte aktier i forbindelse med den omtvistede kapitalforhøjelse. Henset til mit forslag til besvarelse af de præjudicielle spørgsmål, og under forudsætning af, at Domstolen tilslutter sig dette forslag, må det ligge fast, at en sådan argumentation ligeledes savner ethvert grundlag under hovedsagen.

21 — Jf. dom nr. 9337/1992 af 26.11.1992, Efeteio, Athen; jf. tilfælde med næsten identiske begrundelser dom nr. 9162/1992 af 19.12.1992 og nr. 464/1993 af 4.3.1993, afsagt af samme retsinstans. Det bemærkes at disse tre domme fra Efeteio, Athen, alle udtrykkeligt henviser til den nævnte Karellapraksis. For fuldstændighedens skyld tilføjes desuden, at dommene i Karellasagen og Syndemos Melon-sagen indtil nu heller ikke er blevet anvendt af de respektive forelæggende domstole: Hvad angår Karelladommen, skal parterne have hævet sagen efter Domstolens dom; hvad angår Syndemos Melon-dommen skal der for øjeblikket ikke være truffet afgørelse.

en national bestemmelse kan erklære, at en rettighed, som følger af fællesskabsretten, misbruges.

heder, som borgeren kan påberåbe sig i henhold til fællesskabsretten, tilstrækkelig beskyttelse²³.

Det bemærkes indledningsvis, at det i næsten alle medlemsstater er muligt at påberåbe sig, at en rettighedsindehaver misbruger rettigheden, selv om et sådant retsskridt er underlagt forskellige fremgangsmåder og betingelser. Da der ikke foreligger fællesskabslovgivning på området, skal den nationale ret således på grundlag af sin egen retsorden tage stilling til, hvorvidt der foreligger misbrug af den omhandlede beføjelse²².

30. Det fremgår af nærværende sag, at sagsøgerne for en umiddelbar betragtning langt fra at misbruge bestemmelsen blot har forsøgt at opnå, at den rettighed, som er bestemmelsens vigtigste formål, nemlig udøvelsen af enekompetence i forbindelse med ændringer i selskabskapitalen, respekteres.

29. Det følger imidlertid af fast retspraksis, at det tilkommer Domstolen at undersøge, om de nationale retsordener yder de rettig-

Den antagelse, at sagsøgerne skulle have misbrugt deres beføjelse, fordi de er mindretalsaktionærer, og fordi de fik fordel af selskabets sanering, forekommer uden videre at savne ethvert grundlag. Den omhandlede bestemmelse har nemlig til formål at beskytte alle aktionærerne uden forskelsbehandling og finder anvendelse uafhængigt af en eventuel saneringsprocedure. Af sådanne årsager at nægte beskyttelsen af den rettighed, som bestemmelsen skal sikre, ville svare til at fordømme, ikke *misbrug* af rettigheden,

22 — Jf. i samme retning generaladvokat M. Darmon's forslag til afgørelse i Daily Mail-sagen (dom af 27.9.1988, sag 81/87, Sml. s. 5483), hvor han foreslår Domstolen at besvare de stillede spørgsmål således, at overflytning til en anden medlemsstat af et selskabs hovedkontor kan være en form for udøvelse af etableringsretten, idet det fortsat tilkommer den nationale ret at afgøre, »om der i et konkret tilfælde og under de foreliggende omstændigheder er grund til at antage, at der foreligger magtfordrejning eller omgåelse af loven, og derfor om fornødent afgøre, at fællesskabsretten ikke finder anvendelse« (punkt 9). Det bemærkes, at Domstolen ikke udtalte sig vedrørende dette spørgsmål, da den gik ind for en anden fortolkning af etableringsretten.

Bemærk i samme retning ligeledes dom af 3.3.1993, sag C-8/92, General Milk Products, Sml. s. 779, hvor Domstolen fastslog, at det ved afslag på tildeling af monetære udligningsbeløb for varer bestemt til indførsel i Tyskland havde været nødvendigt at bevise, at importørerne havde haft til formål retsstridigt at profitere af fællesskabsordningen, og hvor Domstolen fastslår, at det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om dette er tilfældet.

23 — Blandt eksemplerne på anvendelsen af dette princip henvises navnlig til dommen i San Giorgio-sagen, hvor Domstolen fastslog, at det findes »stridende mod fællesskabsretten, at der indføres bevisregler, der gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå tilbagebetaling af afgifter opkrævet i strid med fællesskabsretten« (dom af 9.11.1983, sag 199/82, Sml. s. 3595, præmis 14); Domstolen har desuden ved adskillige lejligheder udtalt sig i samme retning: I forbindelse med nationale sanktioner ved manglende overholdelse af et princip, som fremgår af et direktiv (dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941), i forbindelse med præklusive frister for sagsanlæg i national ret (dom af 25.7.1991, sag C-208/90 Emmott, Sml. I, s. 4269) samt i forbindelse med tilbagesøgning af ulovlig støtte i strid med fællesskabsretten, beskyttet af den berettigede forventning (dom af 20.9.1990, sag C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3437).

men *brug* af rettigheden, hvilket mildest talt ville være paradoksalt.

31. Det ville forholde sig anderledes, hvis den nationale ret fastslog, at sagsøgerne ikke blot har udøvet deres beføjelse, men har udøvet den på en måde, som *i øvrigt* var udtryk for misbrug. Dette kunne f.eks. være tilfældet, såfremt sagsøgerne havde anmodet om administrativ kapitalforhøjelse og dernæst — paradoksalt nok — havde anlagt retssag mod beslutningen herom.

32. I det foreliggende tilfælde, hvor det er ubestridt, at sagsøgerne mod deres vilje har måttet tåle den omtvistede kapitalforhøjelse, vil det derimod savne enhver fornuft at se det som udslag af misbrug, at sagsøgerne blot har udøvet den beføjelse, som tilkommer dem i medfør af direktivets artikel 25 som aktionærer og i hele selskabets levetid.

34. Herefter foreslår jeg Domstolen at besvare de spørgsmål, som Polimeles Protodikio, Athen, har forelagt, således:

»Artikel 25, stk. 1, og artikel 29, stk. 3, i Rådets andet direktiv 77/91/EØF af 13. december 1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet

Selv om man i øvrigt måtte indtage det modsatte synspunkt, kan jeg ikke forestille mig, hvorledes sagsøgerne skulle kunne have beskyttet denne rettighed, hvis ikke de skulle kunne påberåbe sig bestemmelsen i andet direktiv inden for de frister og under de betingelser, som de har gjort det.

33. Det er således klart, at den omhandlede indsigelse ikke må føre til, at den nævnte bestemmelse tømmes for indhold, for så vidt som et sandsynligt resultat ville stride mod væsentlige påbud i Fællesskabets retsorden. Jeg foreslår derfor Domstolen i klare vendinger at fastslå, at retsregler, hvorefter den nationale ret — ved at karakterisere det som misbrug — kan forbyde, at en rettighed, som er tillagt ved en fællesskabsbestemmelse, gøres gældende, ikke kan finde anvendelse, blot fordi rettighedsindehaveren har anlagt retssag til beskyttelse heraf, og under alle omstændigheder ikke kan anvendes, således at den omhandlede bestemmelse mister sit indhold.

samt bevarelse af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, skal fortolkes således, at:

- de er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, som med henblik på at sikre saneringen og den fortsatte drift af banker, der drives i aktieselskabsform, og som på grund af gældsættelse befinder sig i en kritisk situation, gør det muligt administrativt og uden generalforsamlingens beslutning at hæve aktieselskabskapitalen; i øvrigt kan den nationale ret ikke fastslå, at den blotte udøvelse af den beføjelse, som fællesskabsdirektivet tillægger aktionærerne, er udtryk for misbrug, uden at fratage den pågældende bestemmelse sit indhold

- offentliggørelse i dagbladene af tilbuddet om fortegningsret og af den frist, inden for hvilken denne ret skal udøves, er ikke en skriftlig underretning af aktionærerne.«