

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 16. januar 1992*

*Hr. præsident,
De herrer dommere,*

bidrage til landets økonomiske og sociale udvikling.

1. Ved dom af 2. oktober 1989 har Polymeles Protodikeio (den kollegiale underret), Athen, forelagt Domstolen to spørgsmål om fortolkningen af visse 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 selskabsdeltagernes 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 byrdefulde¹ (herefter benævnt »andet direktiv«).

For at lette forståelsen af de forelagte spørgsmål vil jeg kort sammenfatte de relevante nationale regler og baggrunden for hovedsagen.

Ved den græske lov nr. 1386 af 5. august 1983² oprettedes Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon (organisation til finansiel sanering af virksomheder, herefter benævnt »OAE«). OAE er et aktieselskab med staten som eneaktionær, og det har til formål at

I dette øjemed kan OAE navnlig overtage administrationen og driften af virksomheder, der skal saneres, eller nationaliserede virksomheder. I henhold til lovens artikel 8, stk. 8, kan OAE under den midlertidige ledelse beslutte at forhøje den pågældende virksomheds selskabskapital under fravigelse af de gældende regler for aktieselskaber, hvorefter generalforsamlingen har enekompetence i så henseende. De hidtidige aktionærer har dog en fortegningsret, som skal udøves inden for en vis frist.

Lovens artikel 10 vedrører også forhøjelse af selskabskapitalen, men til forskel fra de i artikel 8, stk. 8, omhandlede foranstaltninger, falder artikel 10 ikke inden for rammerne af den midlertidige ledelse, idet den udgør en endelig saneringsforanstaltning, og der er i dette tilfælde ikke hjemlet nogen egentlig fortegningsret til de nye aktier for de hidtidige aktionærer, selv om disse ikke er helt uden beskyttelse.

Lov nr. 1386/1983 har været genstand for Kommissionens beslutning 88/167/EØF af 7. oktober 1987³, som blev vedtaget i overensstemmelse med den i EØF-traktatens ar-

* Originalsprog: italiensk.

¹ — EFT L 26, s. 1.

² — Den Helleniske Republiks Officielle Tidende A, nr. 107 af 8.8.1993, s. 1926.

³ — EFT L 76, s. 18.

tikel 93 foreskrevne procedure. Ved beslutningen erklærede EF-Kommissionen, at den ikke havde indvendinger mod gennemførelsen af loven, forudsat — bl.a. — at den græske regering ændrede bestemmelserne vedrørende kapitalforhøjelser, således at de blev bragt i overensstemmelse med artikel 25, 26, 29 og 30 i andet direktiv. Nærmere bestemt blev det i beslutningens artikel 1 pålagt den græske regering at ændre de relevante bestemmelser i lov nr. 1386/1983 som nævnt inden den 31. december 1987.

Den 7. marts 1989 indledte Kommissionen en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 169 i anledning af Den Helleniske Republiks påståede tilsidesættelse af sine forpligtelser i henhold til andet direktiv. Den 10. marts 1990 vedtog det græske parlament endelig lov nr. 1882⁴, som netop ændrede de tidligere gældende regler på det omtvistede punkt i overensstemmelse med Kommissionens krav.

2. Sagsøgerne i hovedsagen er aktionærer i selskabet »Elliniki Parketoviomichania Afoi Sotiropouloi AE« (herefter benævnt »EPAS«) og havde 27 799 aktier i selskabskapitalen, som androg på 297 400 000 DR fordelt på 29 740 aktier.

Efter anmodning fra EPAS blev selskabet ved den græske økonomiministers beslutning af 26. november 1984 omfattet af ordningen i lov nr. 1386/1983. OAE overtog derefter ledelsen af EPAS og besluttede den

26. marts 1986 at forhøje selskabskapitalen med 650 millioner DR.

Da de hidtidige aktionærer ikke udøvede deres fortegningsret inden for den fastsatte frist, købte OAE de nye aktier, således at organisationen blev ejer af ca. 68% af selskabskapitalen.

I slutningen af 1986 blev det efter forhandlinger mellem kreditorerne, OAE og de andre aktionærer i EPAS besluttet at lade selskabet fortsætte og at bringe den midlertidige ledelse til ophør samt at standse betalingerne af EPAS' gæld. Aftalen gik ud på at nedsætte selskabskapitalen på 947 millioner DR til det krævede mindstebeløb på 5 000 000 DR og umiddelbart derefter at forhøje kapitalen til 6 062 660 000 DR efter krav fra ministeren i overensstemmelse med artikel 10 i lov nr. 1386/1983 ved at konvertere en del af EPAS' gæld til visse offentlige kreditorer til selskabskapital og gennem nye kapitalindskud fra OAE.

Sagsøgerne i hovedsagen, som herefter kun har en meget begrænset andel i EPAS, finder, at de således gennemførte kapitalforhøjelser var i strid med artikel 25 ff. i andet direktiv, og de har derfor anlagt sag ved Polymeles Protodikeio, Athen, til prøvelse af kapitalforhøjelserne og fordelingen af aktierne mellem de offentlige virksomheder. Den nationale ret har besluttet at udsætte sagen for at forelægge Domstolen spørgsmålet, om artikel 25 ff. og artikel 29 i andet direktiv har direkte virkning i Grækenland

⁴ — Den Helleniske Republiks Officielle Tidende A, nr. 43 af 23.3.1990.

fra den 1. januar 1981, således at domstolene skal anvende bestemmelserne i de tvister, de skal afgøre, og om de omhandlede regler har forrang for de herimod stridende bestemmelser i lov nr. 1386/1983.

3. Der henvises til, at Domstolen allerede har besvaret nogle i det væsentlige tilsvarende spørgsmål fra den græske Symvoulio Epikrateias i den nylig afsagte dom i Karellas-sagen⁵, hvori Domstolen netop under henvisning til den i nærværende sag omhandlede græske lovgivning for det første udtalte, at ordlyden af artikel 25 i andet direktiv er klar og præcis og indeholder en ubetinget regel, som er udtryk for princippet om generalforsamlingens kompetence til at vedtage kapitalforhøjelser, hvorfor bestemmelsen kan påberåbes af borgerne ved de nationale retsinstanser over for de offentlige myndigheder. Domstolen udtalte for det andet, at bestemmelserne i andet direktivs artikel 25, sammenholdt med direktivets artikel 41, stk. 1,⁶ skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale regler, der med henblik på at sikre den fortsatte beståen og drift af virksomheder, som økonomisk og socialt har særlig samfundsmæssig betydning, og som på grund af deres betydelige gældsætelse befinder sig i en kritisk situation, bestemmer, at der administrativt kan træffes beslutning om forhøjelse af aktiekapitalen, hvorved hidtidige aktionærs fortegningsret til nyudstedte aktier dog bevares.

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

6 — I henhold til denne bestemmelse, som den forelæggende ret ikke har henvist til i denne sag, kan medlemsstaterne fravige bl.a. artikel 25 og 29, i det omfang disse undtagelser er nødvendige for vedtagelsen eller gennemførelsen af bestemmelser, hvis formål er at fremme deltagelse i virksomhedens kapital for arbejdstagere eller andre persongrupper, der er fastsat i den nationale lovgivning.

De sagsøgte i hovedsagen har imidlertid gjort gældende, at lov nr. 1386/1983 ikke falder ind under et område, der er reguleret af andet direktiv, da de pågældende nationale regler ikke henhører under selskabsretten, men under konkursretten. Reglerne vedrører således ikke forholdet mellem aktionærene, men skal tjene kreditorernes interesser ved hjælp af en tvangsfuldbyrdelse baseret på selskabets aktiver. Under alle omstændigheder er direktivet ikke blevet tilsidesat, eftersom det i artikel 25 ikke er nærmere bestemt, hvorledes generalforsamlingen skal træffe beslutning om at forhøje selskabskapitalen. Det forhold, at selskabet selv anmodede om at blive underlagt ordningen i lov nr. 1386/1983, og aktionærernes passivitet, viser, at aktionærene i det foreliggende tilfælde til en vis grad har givet samtykke til den uindskrænkede anvendelse af den omhandlede lov og dermed til kapitalforhøjelsen. Desuden gav Kommissionen ifølge de sagsøgte ved beslutning 86/167 de græske myndigheder tilladelse til at anvende den omtvistede lovgivning i hvert fald indtil den 31. december 1987. Endelig finder fællesskabsbestemmelsen under alle omstændigheder ikke anvendelse, da sagsøgerne i hovedsagen har misbrugt de rettigheder, de har i henhold til bestemmelsen.

4. Hvad angår det første punkt, altså spørgsmålet om andet direktivs anvendelsesområde i forhold til de særlige procedurer for tvangsfuldbyrdelse eller sanering af store kriseramte virksomheder, bemærkes, at dette problem allerede blev udtrykkeligt behandlet i Karellas-dommen, jf. ovenfor. Domstolen udtalte ved den lejlighed, at formålet med andet direktiv, som er at sikre et mindstemål af beskyttelse af aktionærer i samtlige medlemsstater, ville blive bragt alvorligt i fare, hvis medlemsstaterne kunne

fravige direktivets bestemmelser ved at opretholde bestemmelser — uanset om disse betegnes som specielle bestemmelser eller undtagelsesbestemmelser — som hjemler mulighed for, at der administrativt og uden en generalforsamlingsbeslutning kan vedtages en forhøjelse af selskabskapitalen, som enten medfører, at de hidtidige aktionærer forpligtes til at forhøje deres indskud, eller at de må acceptere nye aktionærer i selskabet.

Dette betyder ifølge Domstolen ikke, at medlemsstaterne efter fællesskabsretten er afskåret fra at fravige de pågældende bestemmelser under alle omstændigheder. Fællesskabslovgiver har nemlig givet hjemmel til såvel nogle bestemte undtagelser som nogle fremgangsmåder, der kan føre til sådanne undtagelser i ganske særlige situationer (jf. artikel 19, stk. 2 og 3, artikel 40, stk. 2, artikel 41, stk. 2, og artikel 43, stk. 3, i andet direktiv). Imidlertid giver hverken EØF-traktaten eller andet direktiv selv nogen mulighed for at fravige artikel 25, stk. 1, til fordel for kriseramte virksomheder. Tværtimod bestemmes det udtrykkeligt i artikel 17, stk. 1, at generalforsamlingen i tilfælde af betydelige tab på den tegnede kapital skal indkaldes inden for en frist, som fastsættes i medlemsstaternes lovgivninger, for at undersøge, om selskabet skal opløses, eller om andre foranstaltninger skal træffes. Dette bekræfter, at den i artikel 25, stk. 1, indeholdte hovedregel finder anvendelse i tilfælde, hvor det pågældende selskab er i alvorlige økonomiske vanskeligheder.

For at den garanti, den omhandlede regel giver, kan være effektiv, skal den gælde for selskabsdeltagerne, så længe selskabet fort-

sætter med at eksistere med sin egen struktur. Selv om direktivet således ikke er til hinder for, at der træffes tvangsfuldbyrdesforanstaltninger og navnlig iværksættes afviklingsordninger, som indebærer, at selskabet sættes under tvungen administration for at beskytte kreditorernes rettigheder, finder direktivet ikke desto mindre fortsat anvendelse, så længe forsamlingen af aktionærer består, og altså navnlig når der blot er tale om en sneringsordning, der indebærer, at offentlige organer eller private selskaber træder til.

I øvrigt fastslog Domstolen, at såfremt der antoges at være knyttet et almindeligt forbehold til usædvanlige situationer, uafhængigt af de nærmere betingelser i traktatens og andet direktivs bestemmelser, ville fællesskabsrettens bindende karakter og ensartede anvendelse kunne undergraves.

5. Dette resultat, som jeg fuldt ud kan tilslutte mig, således som det også fremgår af mit forslag til afgørelse i den pågældende sag, synes at være i fuld overensstemmelse med Domstolens tidligere praksis, jf. dommen i Abels-sagen⁷, hvor Domstolen i relation til Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter⁸, udtalte, at direktivet finder anvendelse på en procedure som den neder-

7 — Dom af 7.2.1985, sag 135/83, Sml. s. 469, præmis 28.

8 — EFT L 61, s. 26.

landske »surséance van betaling« (en af retten meddelt betalingshenstand), selv om den frembyder visse fælles træk med konkursbehandling. Domstolen fandt nemlig, at de forhold, der kan begrunde, at direktivet ikke finder anvendelse i tilfælde af konkursbehandling, ikke gør sig gældende, når dommerens kontrol med den omhandlede procedure er af mere begrænset omfang i forhold til konkurstillfældene og i første række har til formål at bevare aktiverne og eventuelt fortsætte virksomhedens drift gennem en kollektiv betalingshenstand med henblik på at opnå en ordning, der gør det muligt at sikre driften i fremtiden.

På linje hermed udtalte Domstolen i den nylig afsagte dom i D'Urso-sagen⁹, at direktiv 77/187 finder anvendelse, når det inden for rammerne af en i lovgivningen fastsat ordning som den i Italien gældende ordning om særlig administration af større kriseramte virksomheder er vedtaget at fortsætte en virksomheds drift, så længe vedtagelsen herom er i kraft. Domstolen fandt nemlig, at formålet med anvendelsen af proceduren for særlig administration, når det i dekretet om anvendelse af denne procedure også bestemmes, at virksomheden skal fortsætte driften under ledelse af den for proceduren ansvarlige kommissær, i første række er at opnå en balance i virksomheden, der kan give sikkerhed for den fremtidige drift. Det hermed tilstræbte økonomiske og sociale formål kan hverken give en forklaring på eller en begrundelse for, at arbejdstagerne i virksomheden, når denne helt eller delvis overføres, skulle miste de rettigheder, som de har ifølge direktivet på de deri fastsatte betingelser.

Lad mig herved tilføje, at det i hvert fald synes selvmodsigende at hævde, at der blev foretaget en forhøjelse af en virksomheds kapital med henblik på afvikling af virksomheden. En kapitalforhøjelse foretages nemlig normalt ikke med det formål at afvikle en virksomhed, men netop med henblik på snering af virksomheden og fortsættelse af driften.

6. Hvad angår argumentet om, at artikel 25 i andet direktiv ikke er blevet tilsidesat i det foreliggende tilfælde, da bestemmelsen ikke nærmere angiver, hvorledes generalforsamlingen skal træffe beslutning om kapitalforhøjelsen, og da aktionærerne ved at anmode om, at selskabet blev undergivet lov nr. 1386/1983, stiltiende gav deres samtykke til den uindskrænkede anvendelse af de omhandlede regler og dermed til den administrativt besluttede kapitalforhøjelse, er det efter min opfattelse endog særdeles indlysende, at en sådan fortolkning af de pågældende regler ikke har noget som helst grundlag i disses ordlyd og ville kunne bringe formålet med reglen, som er at sikre et mindstemål af beskyttelse af aktionærene, alvorligt i fare.

Artikel 25 opstiller nemlig en generel hovedregel for så vidt angår aktieselskaber, idet det i stk. 1 fastslås, at kapitalforhøjelser skal vedtages af generalforsamlingen, og idet det i stk. 2 bestemmes, at vedtægterne, stiftelsesoverenskomsten eller generalforsamlingen selv kan bemyndige et andet af selskabets organer til at beslutte en forhøjelse af den tegnede kapital, dog kun op til et på forhånd fastsat størstebeløb og under iagttagelse af en eventuel ved lov bestemt frist.

⁹ — Dom af 25.7.1991, sag C-362/89, Sml. I, s. 4105, præmis 32, 33 og 34.

At anerkende, at generalforsamlingen kan delegere kompetencen til at foretage kapitalforhøjelser til et organ uden for selskabet uden nogen form for begrænsning, og det oven i købet uden at der foreligger en udtrykkelig afgørelse, idet der blot antages at foreligge en sådan hensigt på baggrund af en anmodning om at blive undergivet en procedure, som kun indebærer kapitalforhøjelser som en mulighed, der ikke blot ensbetydende med at rekonstruere en hensigt, som i virkeligheden sandsynligvis aldrig har foreligget, idet man herved navnlig også ville anerkende, at generalforsamlingen har kompetence til fuldstændigt at unddrage selskabet anvendelsen af den relevante direktivbestemmelse.

7. Tilsvarende synes der efter min opfattelse slet ikke at være noget grundlag for argumentet om, at Kommissionen ved sin beslutning 88/167 — som pålagde den græske regering at ændre lov nr. 1386/1983 inden den 31. december 1987 for at bringe den i overensstemmelse med artikel 25, 26, 29 og 30 i andet direktiv — skulle have tilladt de græske myndigheder at undlade at anvende de nævnte regler indtil dette tidspunkt.

Det er nemlig indlysende, at Kommissionen, som på ingen måde — det være sig midlertidigt — ville godkende en tilsidesættelse af fællesskabsretten, blot ville fastsætte en absolut frist, for at de kompetente myndigheder kunne træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at bringe overtrædelserne til ophør, og Kommissionen kunne på den anden side ikke selv midlertidigt sætte regler, der er indeholdt i et direktiv fra Rådet og har direkte virkning, ud af kraft.

8. Hvad angår argumentet om, at sagsøgerens påberåbelse af bestemmelsen udgør et misbrug, og at artikel 25, stk. 1, derfor ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, vil jeg blot bemærke, at sagsøgerne umiddelbart ikke på nogen måde synes at have haft til hensigt at misbruge reglen, men blot har villet sikre hensynet til de rettigheder, der udgør reglens væsentligste formål, som netop er at forhindre, at der foretages kapitalforhøjelser uden generalforsamlingens udtrykkelige samtykke. I øvrigt har den forelæggende ret, som selv skal bedømme de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten, ikke fundet det nødvendigt at forelægge Domstolen et spørgsmål i så henseende.

Det følger af Domstolens faste praksis, at det i betragtning af kompetencefordelingen i henhold til traktatens artikel 177 inden for rammerne af den præjudicielle procedure alene tilkommer den nationale domstol at fastlægge indholdet af de spørgsmål, den agter at forelægge Domstolen, som ikke på begæring af en af parterne i hovedsagen kan undersøge spørgsmål, som ikke er blevet forelagt af den nationale domstol¹⁰.

I modsat fald ville Domstolen nemlig kunne blive ført til at undersøge spørgsmål, der

¹⁰ — Dom af 14.11.1985, sag 299/84, Neumann, Sml. s. 3663, præmis 12, og af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, præmis 10.

kan vise sig at være irrelevante for den forelæggende ret, hvilket senere vil gøre det vanskeligt for medlemsstaterne alene på grundlag af forelæggelseskendelsen at afgøre, om de skal indgive et indlæg i en præjudiciel sag.

Hvis den nationale domstol i betragtning af udviklingen i den sag, den skal afgøre, senere måtte finde det nødvendigt at indhente yderligere støtte til fortolkningen af fællesskabsretten, kan den under alle omstændigheder endnu en gang indbringe sagen for Domstolen i dette øjemed.

9. I nærværende sag har den forelæggende ret spurgt Domstolen om rækkevidden af artikel 29 i andet direktiv, som ikke blev behandlet i Karella-dommen, jf. ovenfor. Inden der kan træffes afgørelse herom, skal det altså navnlig undersøges, om artikel 29 — i overensstemmelse med, hvad Domstolen fastslog for så vidt angår artikel 25 i andet direktiv — også er uden betingelser, der alene er baseret på medlemsstaternes skøn, og er tilstrækkelig præcis, således at borgerne kan påberåbe sig bestemmelsen ved de nationale domstole over for de offentlige myndigheder og gøre gældende, at en ordning, der er indeholdt i en retsregel, er uforenelig med den nævnte artikel.

Det skal herved bemærkes, at artikel 29, stk. 1, er formuleret klart og præcist og ubetinget fastslår, at ved forhøjelse af den

tegnede kapital ved hjælp af indskud i konstanter skal aktierne fortrinsvis tilbydes aktionærerne i forhold til den del af kapitalen, som deres aktier repræsenterer.

En sådan regel synes ikke at være gjort betinget gennem bestemmelserne i artiklens stk. 4, hvorefter generalforsamlingen selv under visse betingelser kan træffe beslutning om at ophæve eller begrænse fortegningsretten. Der er nemlig tale om en nøjagtig og klart afgrænset undtagelse fra den førnævnte hovedregel, og det udelukkes endda herved, at den nationale lovgiver kan fastsætte undtagelser fra hovedreglen uden for dette særlige tilfælde.

Det samme gælder stk. 5, hvorefter lovgivningen i en medlemsstat kan bestemme, at vedtægterne, stiftelsesoverenskomsten eller generalforsamlingen, der træffer afgørelse efter reglerne for beslutningsdygtighed, flertal og offentliggørelse, kan give bemyndigelse til at ophæve eller begrænse fortegningsretten til det af selskabets organer, der er berettiget til at træffe afgørelse om forhøjelse af den tegnede kapital inden for grænserne af den »autoriserede« kapital.

Da dette stykke efter sit indhold opstiller en præcis og nøje afgrænset undtagelsesmulighed, kan det heller ikke være til hinder for, at artikel 29, stk. 1, i andet direktiv kan have direkte virkning.

10. Jeg foreslår herefter Domstolen at besvare spørgsmålene fra Polymeles Proto-dikeio, Athen, på følgende måde:

- »1) Borgerne kan ved de nationale domstole over for en offentlig myndighed påberåbe sig artikel 25, stk. 1, og artikel 29, stk. 1, i Rådets direktiv 77/91/EØF.
- 2) Artikel 25, stk. 1, og artikel 29, stk. 1, i Rådets direktiv 77/91/EØF skal fortolkes således, at de er til hinder for regler, der med henblik på sanering og videreførelse af virksomheder, som økonomisk og socialt har særlig betydning, og som på grund af deres betydelige gældsættelse befinder sig i en kritisk situation, gør det muligt:
 - a) administrativt at beslutte en forhøjelse af selskabskapitalen, uden at generalforsamlingen har truffet afgørelse herom
 - b) administrativt at træffe beslutning om udstedelse af nye aktier uden hensyntagen til de hidtidige aktionærers andel af selskabskapitalen.«