

CJUE, Conclusions de l'avocat général Tesauro, 9 novembre 1995, 77/91

Synthèse

Juridiction : CJUE

Numéro affaire : 77/91

Date de dépôt : 16 novembre 1993

Titre : Demande de décision préjudicielle: Polymeles Protodikeio Athinon - Grèce.

Rapporteur : Kapteyn

Avocat général : Tesauro

Identifiant européen : ECLI:EU:C:1995:368

Lien EUR-Lex : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:61993CC0441>

Texte

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. GIUSEPPE TESAURO
présentées le 9 novembre 1995 (1)

Affaire C-441/93

Pafitis e.a.

contre

Trapeza Kentrikis Ellados AE e.a.

(demande de décision préjudicielle formée par le tribunal de grande instance d'Athènes)

«Société anonyme – Modification du capital social – Droits des actionnaires – Abus de droit»

1. Par les questions préjudicielles qui font l'objet de la présente procédure, le tribunal de grande instance d'Athènes demande à la Cour d'interpréter certaines dispositions de la directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (2) (ci-après la deuxième directive). Le juge grec s'interroge, en particulier, sur la compatibilité de la législation nationale sur l'assainissement des établissements de crédit avec les

articles 25, paragraphe 1 (compétence exclusive de l'assemblée générale en matière de modifications du capital social), et 29, paragraphe 3 (modalités de communication aux actionnaires de l'offre de souscription de nouvelles actions), de la deuxième directive.

Les faits et le cadre normatif national

2. En Grèce, les banques sont obligatoirement constituées sous la forme de sociétés anonymes et sont par conséquent soumises à la réglementation générale relative à ces sociétés, ainsi qu'à certaines dispositions applicables aux établissements de crédit (3). Dans des conditions normales, l'unique organe autorisé à apporter des modifications aux statuts et au capital social est l'assemblée générale.

3. Dans des cas déterminés prévus par la loi, les banques peuvent être soumises à titre permanent à un régime de gestion sous tutelle. Tel est le cas, notamment, lorsqu'un établissement de crédit se trouve dans l'impossibilité, ou refuse, d'augmenter son capital social, quand il fait obstacle à la surveillance que la commission monétaire est chargée d'exercer sur lui ou qu'il viole une disposition adoptée par cette dernière. Dans ces cas, en outre, le gouverneur de la Banque de Grèce peut nommer un commissaire provisoire s'il estime cette mesure nécessaire et urgente afin de sauvegarder l'intérêt de l'État, de la banque ou des tiers, ainsi que pour prévenir d'éventuels effets préjudiciables pour le marché financier ou pour l'économie en général. À partir de sa nomination, ratifiée par un texte de loi, tous les pouvoirs et les compétences des organes statutaires pour l'administration de la société, y compris ceux de l'assemblée, sont attribués ipso jure au commissaire provisoire.

4. Après les faits de la cause, la législation grecque a été modifiée par la loi n° 2114/1993, dont l'article 3 a abrogé les dispositions qui autorisaient la nomination de commissaires provisoires auprès des établissements de crédit. À cet égard, il ressort du contenu d'un communiqué de presse de la Commission du 6 avril 1993, joint aux observations des parties demanderesse au principal, que les amendements à la législation en question ont été apportés à la suite de l'ouverture d'une procédure d'infraction (91/711-A) contre la République hellénique pour violation de l'article 25 de la deuxième directive. Dans ce communiqué, la Commission déclarait avoir classé l'affaire après avoir pris acte des modifications apportées à la législation grecque et de l'engagement exprès des autorités grecques de respecter l'article 25 de la deuxième directive également en ce qui concerne les sociétés bancaires.

5. En 1984, en application de la législation en question, le gouverneur de la Banque de Grèce a placé la banque Trapeza Kentrikis Ellados (ci-après la TKE) sous la tutelle d'un commissaire provisoire. À l'époque, le capital de la TKE se montait à 670 000 000 DR. Le 29 juillet 1986, sur demande du gouverneur de la Banque de Grèce, le commissaire provisoire de l'époque décidait d'augmenter le capital social pour le porter à 1 700 000 000 DR, en modifiant en même temps la disposition y relative des statuts de la société (article 6). Les modalités de la réalisation de cette augmentation ne ressortent pas clairement du dossier. Ce qui est certain, et en tout cas constant entre les parties, c'est que la décision a été adoptée indépendamment de, si ce n'est pas carrément contre, une manifestation spécifique de volonté des actionnaires en ce sens.

6. Ces derniers ont été invités, par un avis publié dans deux quotidiens d'Athènes, à exercer leur

droit préférentiel sur les actions nouvellement émises dans un délai de trente jours. Ce délai a toutefois expiré sans que la majeure partie des anciens actionnaires ait exercé ce droit (4), de sorte que la quasi-totalité des nouvelles actions a été placée sur le marché et offerte à de nouveaux actionnaires.

7. Au mois de novembre 1986, le gouverneur de la Banque de Grèce a mis fin au régime du commissaire provisoire et soumis la TKE à un régime de gestion sous tutelle permanente. L'assemblée générale, constituée en fonction des nouvelles parts de société, a décidé trois nouvelles augmentations de capital en 1987 (1 500 000 000 DR), en 1989 (125 000 000 DR) et en 1990 (1 281 250 000 DR). La loi n° 1682, du 16 février 1987, a entre-temps ratifié les nominations des divers commissaires provisoires qui se sont succédé à la tête de la société, ainsi que la première augmentation de capital. A l'heure actuelle, sur la base des informations fournies par les parties demanderesse et non contestées par les parties défenderesse, 53 % du total des actions avec droit de vote de la TKE sont détenus par la Banque agricole, partie défenderesse au principal, dont le capital est entièrement détenu par l'État grec.

8. Les parties demanderesse au principal sont actionnaires de la TKE et l'étaient déjà quand la première augmentation de capital a été décidée par le commissaire provisoire. Estimant que cette augmentation a été réalisée en usurpant les pouvoirs de l'assemblée, donc en violation des droits des actionnaires tels que garantis par la deuxième directive, elles ont attaqué la décision du commissaire devant le juge a quo, en demandant l'annulation. En particulier, les parties demanderesse ont invoqué la violation de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive, en vertu de laquelle toute augmentation de capital doit être décidée par l'assemblée générale, ainsi que la violation de l'article 29, paragraphe 3, de cette même directive, qui prévoit que l'offre de souscription à titre préférentiel ainsi que le délai dans lequel ce droit doit être exercé font l'objet d'une publication dans le bulletin national désigné conformément à la directive 68/151/CEE (5), ou, dans le cas d'actions nominatives, et si la législation nationale le prévoit, d'une information écrite à tous les actionnaires.

Les questions préjudicielles

9. C'est donc dans le contexte de ce litige que le juge national a posé à la Cour les trois questions préjudicielles examinées aujourd'hui. Par la première, il désire connaître le domaine d'application personnel de la deuxième directive, en particulier de ses articles 25 et 29, afin de vérifier s'il couvre aussi les sociétés anonymes qui exercent une activité bancaire. Par la deuxième, le juge demande à la Cour si les dispositions précitées de la deuxième directive sont incompatibles avec les dispositions contraires de la législation grecque spéciale en matière d'assainissement des sociétés bancaires, de telle sorte qu'elles font obstacle à l'application de ces dispositions contraires. Autrement dit, en reconnaissant qu'une réponse affirmative à la première question ferait apparaître la législation grecque comme étant incompatible avec la deuxième directive, le juge demande si l'application de la législation nationale peut être maintenue en raison de sa spécificité. Enfin, par la troisième question, le juge a quo veut établir si la notion d'information par écrit des actionnaires titulaires d'actions nominatives au sens de l'article 29, paragraphe 3, troisième phrase, de la deuxième directive, recouvre également la publication de l'offre dans des quotidiens.

10. Il convient en outre de relever que, ainsi qu'il résulte expressément de l'ordonnance de renvoi, le juge a réservé son jugement également sur le bien-fondé des exceptions soulevées par les défenderesses au cours du litige au principal. Parmi elles, il ne mentionne que celle basée sur l'article 281 du code civil grec, relative à l'abus de droit. Au sens de cette disposition, l'exercice d'un droit est interdit lorsqu'il excède manifestement les limites imposées par la bonne foi ou par les bonnes mœurs ou par la finalité économique et sociale dudit droit. Le bien-fondé éventuel de cette exception entraînerait que, même si les parties demanderesses se voyaient reconnaître le droit de faire valoir dans une action en annulation l'illégalité de la décision d'augmentation de capital adoptée en violation du droit communautaire, l'exercice de ce droit leur serait interdit puisqu'il serait jugé abusif par le juge a quo. Les motifs du prétendu abus sembleraient résider, en substance, dans l'absence d'intérêt à agir des parties demanderesses, en tant qu'actionnaires minoritaires, qui plus est d'une société assujettie à un régime spécial d'assainissement; ainsi que dans le fait qu'elles n'auraient subi aucun préjudice, ni moral ni financier, à la suite de l'assainissement de la société, mais en auraient au contraire tiré profit. En formulant cette réserve, le juge national précise que, à son avis, l'exception visée à l'article 281 du code civil peut être invoquée de manière fondée également pour empêcher l'exercice de droits dérivant de dispositions communautaires; il se déclare en outre seul compétent pour trancher ce point, en qualité de juge de l'État membre dont la partie qui a soulevé l'exception est ressortissante.

Sur la première et la deuxième question

11. Les deux premières questions sont en réalité étroitement liées. Il nous semble donc opportun de les examiner conjointement. La Cour a déjà eu à plusieurs reprises l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive.

12. Dans les trois arrêts *Karella et Karellas* (6), *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias e.a.* (7) et *Keratina-Keramische- und Finanz-Holding et Vioktimatiki* (8) (auxquels il est parfois fait ci-après référence sous la désignation commune jurisprudence *Karella*), la Cour a interprété cette disposition justement par référence à une législation grecque en matière d'assainissement des entreprises (9). Saisie à titre préjudiciel dans le cadre de différentes procédures entamées par des actionnaires à la suite d'augmentations de capital par voie administrative, la Cour a rappelé, dans les trois arrêts précités, la portée absolue du principe de la compétence exclusive de l'assemblée générale en matière de modification du capital social.

13. D'une part, en effet, elle a affirmé que l'article 25, paragraphe 1, est d'application directe; d'autre part, elle a déclaré que cet article s'oppose à l'application de dispositions nationales qui, afin de garantir l'assainissement de sociétés en crise, prévoient qu'on peut décider par voie administrative d'augmenter leur capital, même lorsqu'un droit préférentiel sur les nouvelles actions émises est reconnu aux actionnaires. En d'autres termes, la Cour a précisé que, même sur la base d'une réglementation spéciale visant à l'assainissement de la société, l'assemblée générale ne peut pas être privée de son pouvoir le plus intime, auquel elle ne saurait renoncer: celui de modifier la consistance du capital, c'est-à-dire du patrimoine de la société et en même temps des actionnaires eux-mêmes.

14. La présente procédure pose à nouveau les problèmes qui sont à l'origine de la jurisprudence *Karella*. Logiquement, donc, les principes affirmés par la Cour à cette occasion ne peuvent pas ne

pas trouver aussi application dans le cas d'espèce. On ne peut juger fondé l'argument selon lequel les dispositions de la deuxième directive, en particulier les articles 25, paragraphe 1, et 29, paragraphe 3, ne s'appliqueraient pas aux banques. Il a notamment été allégué que l'assainissement de ces sociétés en crise constituerait un objectif d'intérêt général, destiné à protéger, d'une part, les épargnants qui ont déposé des capitaux auprès de l'établissement de crédit en difficulté et, d'autre part, l'équilibre et la cohérence du système général de gestion de l'épargne publique, et que, par conséquent, des dispositions nationales visant à éviter, dans la limite du possible, la liquidation des banques devraient être appréciées en dehors du champ d'application de la deuxième directive. En outre, dans la mesure où elle concerne spécifiquement les banques, la législation en question serait spéciale par rapport au droit, national et communautaire, des sociétés et, comme telle, prévaudrait sur ce dernier en cas de conflit. Cela serait confirmé par la proposition de directive présentée par le Conseil en matière d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit (10), qui autoriserait expressément l'application de la législation nationale en cause.

15. Aux arguments que nous venons de rappeler il suffit d'opposer, une fois de plus, que la deuxième directive, adoptée pour assurer une équivalence minimale dans la protection tant des actionnaires que des créanciers des sociétés (11), définit sans équivoque son domaine d'application personnel. Comme on le déduit expressément de son titre, et de son article 1^{er}, elle s'applique aux sociétés visées à l'article 58, second alinéa, du traité, constituées sous la forme de sociétés anonymes (12). Le critère adopté par le législateur pour définir le domaine d'application de la directive est donc celui de la forme juridique de la société, tandis que l'activité qu'elle exerce ou se propose d'exercer ne paraît nullement pertinente, sinon par référence à des dispositions spécifiques déterminées. La seule exception admise figure dans la directive elle-même, précisément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, qui autorise les États membres à exclure de son domaine d'application les sociétés d'investissements à capital variable et les coopératives. Il s'agit toutefois d'une dérogation relative à deux hypothèses bien circonscrites et il est donc exclu que le législateur national puisse en prévoir d'autres.

16. En outre, la directive tient expressément compte des particularités de l'activité bancaire, en prévoyant que certaines dispositions peuvent ne pas être appliquées aux banques et autres établissements financiers, même s'ils sont constitués sous la forme d'une société anonyme (13). La directive contient donc des exceptions déterminées, spécifiques et circonscrites, relatives aux banques. Ces exceptions démontrent, et présupposent même, que la directive s'applique, pour le reste, aux banques au même titre qu'à toutes les autres sociétés anonymes.

17. Nous n'estimons pas non plus qu'il existe des raisons de définir le domaine d'application de la deuxième directive de manière différente et opposée par rapport à la définition qui résulte clairement de sa teneur littérale et de la jurisprudence de la Cour. La spécialité de la réglementation grecque est un argument qui a déjà été invoqué en vain dans le cadre des procédures précédentes. A cet égard, il suffira de rappeler que, comme nous l'avons déjà relevé dans nos conclusions dans les affaires Karella et Syndesmos Melon (14), et comme l'a clairement confirmé la Cour, reconnaître l'existence d'une réserve générale en faveur des législateurs nationaux en cas de situations exceptionnelles, en dehors des dispositions spécifiques du traité et de la deuxième directive, porterait atteinte au caractère obligatoire et à l'application uniforme du droit communautaire (15). D'autre part, répétons-le, le législateur communautaire a dûment tenu

compte dans la directive des exigences particulières des banques, en prévoyant, lorsque cela s'avérait nécessaire, des dispositions spécifiques applicables à ces dernières. En présence de dérogations expresses, donc, il n'appartient certainement pas au juge communautaire d'en imaginer d'autres, ni évidemment au législateur national.

18. Les considérations relatives à la nécessité de protéger les intérêts des épargnants et, de manière plus générale, l'équilibre du système de l'épargne publique ne sont à notre avis pas davantage pertinentes. Ces exigences peuvent être également et adéquatement garanties par d'autres moyens, tels que, par exemple, la création d'un système généralisé de garantie des dépôts, qui poursuivent le même but sans toutefois constituer un obstacle à la réalisation des objectifs de la deuxième directive. Le fait que ces moyens n'aient pas existé en Grèce à l'époque des faits ne justifie pas la violation du principe garanti par l'article 25 de la deuxième directive.

19. Quant à la législation communautaire relative au secteur bancaire, elle a une finalité différente de celle poursuivie par la deuxième directive. Il s'agit en majeure partie de directives qui visent à réaliser et à compléter le droit d'établissement et la libre prestation des services dans le secteur, par des dispositions spécifiques s'appliquant aux banques. En tout cas, aucune de ces dernières ne s'oppose à l'application de l'article 25 de la deuxième directive. Même les nombreuses dispositions en matière de surveillance, qui attribuent pourtant, dans différentes hypothèses, aux autorités compétentes le pouvoir d'exiger d'un établissement de crédit qu'il régularise dans un délai déterminé une situation patrimoniale devenue inadéquate, sous peine de retrait de l'autorisation d'exercer son activité, n'affectent pas la compétence des organes de l'établissement en question pour prévoir eux-mêmes la manière d'y remédier (16). Il ne se pose donc, pour ce qui intéresse l'espèce, aucun problème de conflit entre dispositions communautaires.

20. En ce qui concerne enfin la proposition de directive du Conseil sur l'assainissement des banques, également invoquée par les défenderesses, il suffit de relever qu'en l'état elle ne fait pas partie du droit positif applicable.

21. Les défenderesses au principal soutiennent en outre que, même si la Cour établissait l'applicabilité aux banques de la deuxième directive, la jurisprudence Karella ne pourrait pas trouver application en l'espèce, en raison d'une particularité fondamentale de la législation en cause. Contrairement aux dispositions visées dans les affaires Karella, en effet, la législation sur l'assainissement des banques prévoit que, suite à la nomination du commissaire provisoire, les organes statutaires perdent tous leurs pouvoirs, ce qui implique, selon les défenderesses, que l'objectif poursuivi se rapproche plus de la liquidation que de la restructuration de la société placée sous ce régime. En tout état de cause, donc, il manquerait l'une des conditions énoncées par la Cour pour l'application de la deuxième directive, à savoir celle selon laquelle la société doit continuer à exister avec ses structures propres (17). Cet argument ne nous semble pas non plus convaincant. Nous ne voyons en effet pas comment on peut raisonnablement soutenir qu'une société soumise à un régime de commissaire sur la base de la législation en cause a cessé d'exister. Au contraire, il nous semble que l'objectif poursuivi par ce régime est précisément la survie, après assainissement, de la société concernée; et en tout cas les organes statutaires continuent certainement à exister, pendant l'application du régime, même s'ils sont privés de tout pouvoir de gestion. En ce qui concerne, par ailleurs, l'assemblée générale, elle conserve le droit visé à l'article 25 de la deuxième directive; le contraire représente précisément le quid

demonstrandum qui n'a pas été démontré en l'espèce.

22. En définitive, les considérations qui précèdent nous incitent à suggérer à la Cour de répondre aux deux premières questions selon les principes désormais établis de la jurisprudence Karella, en confirmant que l'article 25 de la deuxième directive s'oppose à l'application d'une législation nationale spéciale qui, dans le but de garantir l'assainissement des banques constituées sous la forme de sociétés anonymes et qui se trouvent en situation de crise, prévoit que leur capital peut être augmenté par voie administrative, indépendamment de la volonté des actionnaires.

Sur la troisième question

23. Les conclusions auxquelles nous sommes parvenu sur la première et la deuxième question privent de pertinence la réponse à la troisième question, au moins dans le cas d'espèce. C'est donc seulement par souci d'exhaustivité, ou dans l'hypothèse où la Cour déciderait de modifier les principes qu'elle a dégagés dans sa jurisprudence antérieure, que nous examinerons, brièvement toutefois, l'article 29, paragraphe 3, de la deuxième directive, dans le contexte de la question posée par le juge a quo. Comme nous l'avons indiqué plus haut, ces dispositions concernent les modalités de l'offre de souscription des actions nouvellement émises faite aux anciens actionnaires et autorisent le législateur national à prévoir, dans le cas d'actions nominatives, que tous les actionnaires en soient informés par écrit.

24. La disposition en question vise à garantir que, en l'absence de publication dans le bulletin officiellement désigné (18), tous les actionnaires soient en toute hypothèse dûment informés des délais et des modalités pour exercer leur droit préférentiel. L'information écrite visée à l'article 29, paragraphe 3, doit donc, à notre avis, être entendue comme une communication que les organes administratifs de la société doivent envoyer par écrit, de façon nominative et individuelle, à chaque titulaire d'actions nominatives. Il ne nous semble donc pas que la publication de l'offre de souscription dans deux quotidiens puisse constituer une alternative légitime, étant donné qu'elle ne garantit pas avec certitude ce résultat.

25. Les défenderesses ont aussi contesté l'efficacité directe de l'article 29, paragraphe 3, par référence à la présente procédure. Tout en admettant que cette disposition est rédigée de manière claire, précise et inconditionnelle, elles nient qu'elle puisse être invoquée à l'égard de la TKE qui, à l'époque des faits litigieux, était une banque privée. Admettre le contraire reviendrait à attribuer à la deuxième directive cette efficacité directe horizontale que la Cour n'a jusqu'à présent jamais reconnue. À cet égard, il suffit de relever que l'acte attaqué par les parties demanderesses devant le juge national est un acte administratif, adopté par un commissaire provisoire désigné par le gouverneur de la Banque de Grèce, dont la nomination et les actes sont (et ont de fait été) soumis à la ratification de la loi. Il est donc évident qu'il s'agit d'un sujet de droit chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants au sens de la jurisprudence de la Cour (19). Il s'ensuit que les parties demanderesses pouvaient parfaitement invoquer l'article 29, paragraphe 3, de la deuxième directive pour s'opposer à un acte adopté suivant des modalités contraires à celles prévues par cette disposition.

Sur l'abus de droit

26. Comme nous l'avons déjà dit, il résulte de l'ordonnance qu'au cours du litige principal une exception a été soulevée, reposant sur le prétendu exercice abusif du droit de la part des parties demanderesses. Même si elle ne fait pas l'objet d'une question spécifique, la question ressort clairement de l'ordonnance de renvoi et risque de conditionner de manière déterminante l'issue de la procédure. Le juge national déclare en effet expressément réserver la décision sur le bien-fondé de cette exception, fondée sur l'article 281 du code civil grec (20). Il précise que cette disposition, sur la base de laquelle l'exercice d'un droit peut être interdit s'il est jugé abusif, peut aussi être invoquée pour faire obstacle à l'exercice d'un droit conféré par le droit communautaire, et il se déclare seul compétent pour statuer sur ce point. Pour rendre inopérant le droit visé à l'article 25 de la deuxième directive, il serait suffisant que le juge national établisse que les parties demanderesses n'avaient pas d'intérêt à demander l'annulation de l'acte, dans la mesure où elles sont des actionnaires minoritaires et n'ont subi aucun préjudice du fait de l'assainissement, mais en ont au contraire tiré avantage (21).

27. La question nous semble importante. Pour cette raison déjà, une prise de position de la Cour sur ce point paraît inévitable, car ce qui est en jeu, en définitive, c'est la primauté du droit communautaire sur le droit interne, ainsi que l'effet utile des arrêts rendus par la Cour à titre préjudiciel. Le risque est en effet qu'un arrêt préjudiciel, dans lequel la Cour a précisé la portée des droits qu'une disposition communautaire d'application directe attribue directement aux particuliers, soit privé d'effet par le juge même qui a soulevé la question préjudicielle, en vertu d'un principe de droit national s'y opposant. Tel a d'ailleurs justement été le cas pour l'arrêt *Kerafina*, cité à plusieurs reprises. En effet, à la suite de l'arrêt de la Cour, le juge de renvoi a déclaré fondée en droit l'exception invoquée par les défenderesses sur la base de l'article 281 du code civil grec et a ordonné des mesures d'instruction pour en vérifier le bien-fondé en fait (22).

28. Le problème se pose donc d'établir si, et dans quelles limites, la juridiction nationale peut, dans le respect des principes communautaires que nous venons de rappeler, faire application d'une disposition nationale pour déclarer qu'un droit attribué par le droit communautaire est exercé de manière abusive. A cet égard, il convient d'abord de relever que l'exercice abusif d'un droit par son titulaire peut être contesté dans la quasi-totalité des États membres, même si les modalités et les circonstances de cette action diffèrent parfois. En l'absence de réglementation communautaire en la matière, c'est donc sur la base de son propre ordre juridique que le juge national peut apprécier l'existence d'un exercice abusif du droit en question (23).

29. Toutefois, il est de jurisprudence constante qu'il appartient à la Cour, lorsque sont en jeu des droits invoqués par le particulier sur la base de dispositions communautaires, de vérifier le caractère approprié de la protection juridictionnelle prévue par les ordres juridiques nationaux (24).

30. En l'espèce, il ressort du dossier que, à première vue, loin de rechercher une utilisation abusive de la disposition, les parties demanderesses ont simplement tenté d'obtenir le respect du droit qui représente son objet principal, à savoir l'exercice d'une compétence exclusive en matière de modification du capital social. La thèse selon laquelle les parties demanderesses auraient abusé de leur droit, en tant qu'actionnaires minoritaires et dans la mesure où elles auraient tiré avantage de l'assainissement de la société, apparaît d'emblée dénuée de fondement.

En effet, la disposition en cause vise à protéger tous les actionnaires indistinctement et est applicable indépendamment de l'issue d'une éventuelle procédure d'assainissement. Nier la protection du droit garanti par cette disposition pour pareils motifs équivaldrait à condamner non pas l'exercice abusif du droit, mais, simplement, son exercice, ce qui serait, et c'est peu dire, paradoxal.

31. Le cas serait différent si le juge national établissait que les parties demanderesses n'ont pas simplement exercé le droit, mais l'ont exercé d'une manière par ailleurs abusive. Nous pensons, par exemple, à l'hypothèse dans laquelle les parties demanderesses auraient paradoxalement elles-mêmes demandé l'augmentation de capital par voie administrative, pour ensuite attaquer en justice la décision y relative.

32. Dans le cas d'espèce, dans lequel il est constant que les parties demanderesses ont subi l'augmentation de capital litigieuse contre leur volonté, il est par contre déraisonnable de considérer comme abusif ce qui constitue en réalité le simple exercice de leur part d'un droit dont elles jouissent, en application de l'article 25 de la directive, en leur qualité d'actionnaires et pour toute la durée de la société. Par ailleurs, même en nous plaçant dans l'optique de la thèse opposée, nous ne réussissons pas à imaginer quel autre moyen de protection de leur droit les parties demanderesses auraient pu utiliser si ce n'est d'invoquer la disposition de la deuxième directive dans les délais et conditions où elles l'ont fait.

33. Il est donc clair que l'application de l'exception en question ne peut pas avoir pour effet de vider de son contenu ladite norme, dans la mesure où un résultat semblable serait contraire aux impératifs essentiels du système juridique communautaire. Nous suggérons pour cette raison à la Cour de préciser dans des termes clairs qu'une réglementation qui permet au juge national d'interdire l'exercice d'un droit attribué par une disposition de droit communautaire en le qualifiant d'abusif ne peut trouver application sur la base du seul motif que le titulaire de ce droit en a demandé la protection en justice, ni ne peut, en tout état de cause, être appliquée de manière à vider la disposition en question de son contenu.

34. A la lumière des observations qui précèdent, nous proposons donc de répondre de la manière suivante au tribunal de grande instance d'Athènes: Les articles 25, paragraphe 1, et 29, paragraphe 3, de la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, doivent être interprétés en ce sens que:

– ils font obstacle à l'application d'une réglementation nationale qui, dans le but d'assurer l'assainissement et la poursuite de l'activité de banques constituées sous la forme de sociétés anonymes et qui se trouvent, du fait de leur endettement, dans une situation exceptionnelle, permet de décider une augmentation de capital par voie administrative et sans délibération de l'assemblée générale; par ailleurs, le simple exercice de la part des actionnaires du droit que leur confère la directive communautaire ne peut pas être qualifié d'abusif par le juge national, sans vider de son contenu la disposition concernée;

– la publication dans les quotidiens de l'offre de souscription préférentielle et du délai d'exercice de ce droit ne constitue pas une information par écrit des actionnaires.

1 – Langue originale: l'italien.

2 – JO 1977, L 26, p. 1.

3 – Le cadre législatif ci-après brièvement décrit résulte essentiellement de la combinaison des dispositions suivantes: loi n° 2190/1920, articles 29 et 31; loi spéciale n° 1665/1951, article 8, paragraphes 1 et 3; décret présidentiel n° 861/1975, article 1, paragraphes 1 et 3, ratifié par la loi n° 236/1975.

4 – A l'exception d'un très faible pourcentage d'entre eux, représentant, au dire des demanderesses, 0,4 % du capital.

5 – Première directive du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (JO L 65, p. 8); cette directive n'était pas transposée en Grèce à l'époque des faits. Aujourd'hui le bulletin désigné est le Journal officiel de la République hellénique (ci-après le FEK).

6 – Arrêt du 30 mai 1991 (C-19/90 et C-20/90, Rec. p. I-2691).

7 – Arrêt du 24 mars 1992 (C-381/89, Rec. p. I-2111).

8 – Arrêt du 12 novembre 1992 (C-134/91 et C-135/91, Rec. p. I-5699).

9 – Loi n° 1386/1983 du 5 août 1983. Sur la base de cette législation, une société anonyme entièrement détenue par l'État (l'Institut pour la restructuration des entreprises) pouvait assurer l'administration et la gestion courante d'entreprises en cours d'assainissement ou nationalisées et, dans l'exercice de cette mission, décider d'en augmenter le capital, par dérogation aux dispositions qui prévoient une compétence exclusive de l'assemblée générale.

10 – COM(85) 788 final, JO 1985, C 356, p. 55.

11 – Second considérant de la directive, ainsi qu'arrêts Karella et Syndesmos Melon, respectivement points 25 et 32.

12 – En vertu de l'article 58, second alinéa, du traité, Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.

13 – Voir, par exemple, les articles 20, paragraphe 1, sous c), 23, paragraphe 2, et 24, paragraphe 2.

14 – Respectivement, points 6 et 4.

15 – Voir en particulier les arrêts Karella et Syndesmos Melon, précités, respectivement points 25 à 28 et 30 à 33.

16 – Nous nous référons en particulier à l'article 10, paragraphes 1 et 5, de la deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (JO L 386, p. 1); à l'article 10, paragraphes 1 et 3, de la directive 89/647/CEE du Conseil, du 18 décembre 1989, relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit (JO L 386, p. 14); à l'article 4, paragraphes 1 et 5, de la directive 92/121/CEE du Conseil, du 21 décembre 1992, relative à la surveillance et au contrôle des grands risques des établissements de crédit (JO 1993, L 29, p. 1), et à l'article 4, paragraphes 1, 2, 3, 4 et 8 de la directive 93/6/CEE du Conseil, du 15 mars 1993, sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (JO L 141, p. 1).

17 – Arrêts Karella et Syndesmos Melon, respectivement points 30 et 28.

18 – Qui, nous le répétons, n'était pas encore désigné en Grèce à l'époque des faits, dans la mesure où la directive 68/151 n'avait pas encore été transposée (voir supra, note 4).

19 – Voir, en particulier, arrêt du 12 juillet 1990, Foster (C-188/89, Rec. p. I-3313, point 20).

20 – Et qui trouve son fondement dans l'article 25 de la Constitution grecque.

21 – Il semble aussi qu'on pourrait faire grief aux demanderesses de l'exercice abusif du droit que leur confèrent les dispositions communautaires dans la mesure où elles n'ont pas exercé le droit préférentiel sur les nouvelles actions émises à l'occasion de l'augmentation de capital litigieuse. Compte tenu des réponses que nous avons proposé de fournir aux questions préjudicielles, et dans l'hypothèse où la Cour accueillerait nos suggestions, il nous paraît acquis qu'un tel argument perdrait tout fondement également dans le cadre du litige au principal.

22 – Voir cour d'appel d'Athènes, arrêt n° 9337/1992, du 26 novembre 1992; mais voir aussi, dans le même sens et avec des motivations quasi identiques, les arrêts de la même juridiction n° 9162/1992, du 19 novembre 1992, et n° 464/1993, du 4 mars 1993. Il convient de noter que ces trois arrêts de la cour d'appel d'Athènes contiennent tous des références explicites à la jurisprudence Karella. Par souci d'exhaustivité, on ajoutera enfin que les arrêts Karella et Syndesmos Melon n'ont pas non plus à ce jour été appliqués par les juges de renvoi respectifs: quant au premier, il s'avère que les parties ont renoncé à l'action après l'arrêt de la Cour; le second, quant à lui, ne semble pour le moment pas avoir donné lieu à une décision.

23 – Voir, en ce sens, les conclusions de l'avocat général M. Darmon dans l'affaire Daily Mail (arrêt du 27 septembre 1988, 81/87, Rec. p. 5483), dans lesquelles il suggérait à la Cour de déclarer que le transfert dans un autre État membre de l'administration centrale d'une société peut constituer une modalité d'exercice du droit d'établissement, sous réserve de la compétence du juge national pour apprécier si, dans un cas donné et compte tenu du contexte en cause, on frôle ou non l'abus du droit ou la fraude à la loi et, au besoin, s'il convient de considérer qu'il n'y a lieu à application du droit communautaire (point 9). Il convient de relever qu'ayant opté pour une interprétation

différente du droit d'établissement, la Cour ne s'est pas prononcée sur ce point. On se reportera aussi, dans le même sens, à l'arrêt du 3 mars 1993, *General Milk Products* (C-8/92, Rec. p. 779), où la Cour a déclaré que, pour refuser l'octroi de montants compensatoires monétaires à des marchandises déterminées importées en Allemagne, il aurait été nécessaire de prouver que les importateurs avaient l'intention de bénéficier de manière abusive du système communautaire et où elle a affirmé la compétence du juge national pour effectuer une telle vérification.

24 – Parmi les exemples d'application de ce principe on rappellera surtout l'arrêt *San Giorgio*, dans lequel la Cour a précisé que sont incompatibles avec le droit communautaire toutes modalités de preuve dont l'effet est de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de taxes nationales perçues en violation du droit communautaire (arrêt du 9 novembre 1983, 199/82, Rec. p. 3595, point 14); la Cour s'est ensuite prononcée dans le même sens à plusieurs reprises: en matière de sanctions prévues par le droit national pour punir le non-respect d'un principe prévu par une directive (arrêt du 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, Rec. p. 3941), en matière de délais de prescription de l'action prévus par le droit national (arrêt du 25 juillet 1991, *Emmott*, C-208/90, Rec. p. I-4269) ainsi qu'en matière de récupération d'aides communautaires indûment versées empêchée par des motifs de confiance légitime (arrêt du 20 septembre 1990, *Commission/Allemagne*, C-5/89, Rec. p. I-3437).