CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. WALTER VAN GERVEN

présentées le 12 juillet 1990 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le Juzgado de Primera Instancia e Instrucción d'Oviedo a demandé à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation à donner à l'article 11 de la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968 [1] (ci-après « première directive »).

Situation du problème

2. La demande s'inscrit dans le cadre d'un litige opposant Marleasing SA, demanderesse, à un certain nombre de défenderesses au nombre desquelles figure La Comercial Internacional de Alimentación SA (ci-après « La Comercial »). Cette dernière a été constituée sous la forme d'une société anonyme par trois personnes parmi lesquelles se trouve la société Barviesa qui a fait apport de son patrimoine. Marleasing, qui est un créancier important de Barviesa, affirme que La Comercial n'aurait, en fait, été constituée que par la seule Barviesa et que les deux autres fondateurs seraient des hommes de paille. Selon elle, La Comercial aurait été constituée exclusivement dans le but de soustraire le patrimoine de Barviesa aux prétentions de ses créanciers. Se prévalant des dispositions du code civil espagnol relatives à la validité des contrats, et plus particulièrement des articles 1261 et 1275 qui privent de tout effet juridique les contrats sans cause ou dont la cause est illicite, Marleasing a conclu, à titre principal, à l'annulation du contrat de société instituant La Comercial pour cause de simulation, ainsi qu'à l'annulation de l'acte de constitution de la société pour absence de cause (licite). A titre subsidiaire, elle a conclu à la résiliation du contrat de société et de l'acte de constitution au motif qu'ils auraient été établis en fraude des droits des créanciers. A titre plus subsidiaire, elle a conclu à l'annulation, pour le même motif, de l'apport fait au patrimoine social par la société Barviesa.

Dans son mémoire en défense, La Comercial a notamment invoqué l'article 11 de la première directive, qui contient une énumération limitative des seuls cas dans lesquels la nullité d'une société peut être prononcée. L'absence de cause (licite) invoquée par Marleasing à titre principal ne figurant pas dans cette énonciation, la société ne pourrait pas être déclarée nulle.

3. Le juge de renvoi considère que le présent litige pose le problème de l'effet direct des directives communautaires qui n'ont pas encore été mises en œuvre par les États membres. Il rappelle que, conformément à l'article 395 de l'acte d'adhésion [2], le royaume d'Espagne était tenu de mettre la première directive en vigueur dès son adhésion. Il constate, cependant, que cette mise en œuvre n'avait pas encore eu lieu au jour

* Langue originale: le néerlandais.

1 — Directive du Conseil 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 CEE pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (JO L 65, p. 8).

2 — Actes relatifs à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise aux Communautés européennes (JO 1985, L 302, p. 23).

de l'ordonnance de renvoi[3]. C'est dans ce contexte que le juge de renvoi a adressé la présente demande d'interprétation à la Cour:

« L'article 11 de la directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, qui n'a pas été mise en œuvre dans le droit interne, est-il directement applicable pour empêcher la déclaration de nullité d'une société anonyme pour une cause autre que celles énumérées à l'article précité? »

4. C'est à bon escient que le juge de renvoi part du principe que la forme juridique sous laquelle La Comercial a été constituée, à savoir celle d'une société anonyme, relève du champ d'application de la première directive[4]. C'est à bon droit également qu'il considère que cette directive n'autorise l'annulation d'une telle société que dans les cas énoncés à l'article 11, premier alinéa, paragraphe 2. Le dernier alinéa de l'article 11 indique sans aucun doute possible qu'il s'agit là d'une énonciation limitative des cas de nullité:

« En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité. »

La question de l'effet direct de la première directive est donc pertinente pour la solution du litige au principal. Dans un premier temps, nous allons — brièvement — examiner cette question et y répondre négativement. Cette réponse négative n'empêche cependant pas que la directive doit quand même servir de point de référence pour l'interprétation du droit national (voir points 7 et suivants ci-après), mais, bien entendu, uniquement dans les limites du champ d'application de la directive (voir point 12 ci-après).

Une disposition d'une directive ne peut pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'un particulier

5. Dans l'arrêt Becker[5], la Cour a dit pour droit que, lorsqu'une disposition d'une directive est inconditionnelle et suffisamment précise, les particuliers peuvent s'en prévaloir à l'encontre d'un État membre qui n'a pas transposé la directive dans son droit national dans les délais impartis. Dans l'arrêt Marshall[6], la Cour a ajouté que cette possibilité ne vaut qu'à l'égard de l'État membre concerné et des organes de cet État. Il résulte de cette position de la Cour:

« qu'une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations *dans le chef d'un particulier* et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'*une telle personne* » (Marshall, quarante-huitième considérant, souligné par nous).

3 — Le législateur espagnol a entre-temps adopté la loi 19/1989, du 25 juillet 1989, portant adaptation de la législation commerciale aux directives européennes (BOE n° 178 du 27.7.1989). Les dispositions relatives à la société anonyme ont ensuite été coordonnées par le décret royal législatif 1564/1989, du 22 décembre 1989 (BOE n° 310 du 27.12.1989). Les articles 34 et 35 de ce décret régissent la nullité de la société anonyme conformément au régime de nullité institué par la première directive. Le point de savoir si ces dernières dispositions peuvent être pertinentes pour le litige au fond est une question qu'il appartient au juge national de trancher et qu'il n'y a, dès lors, pas lieu d'examiner ici.

4 — Voir l'article 1er de la première directive tel qu'il a été adapté par l'acte d'adhésion. Aux termes de cet article, ce sont, en ce qui concerne l'Espagne, les formes juridiques suivantes qui relèvent du champ d'application de la directive: la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada.

5 — Arrêt du 19 janvier 1982, Becker, points 23-25 (8/81, Rec. p. 53).

6 — Arrêt du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723).

Cette position a, depuis, été confirmée à plusieurs reprises. La dernière confirmation figure dans l'arrêt Busseni [7].

6. Dans sa défense contre le moyen principal de Marleasing, La Comercial invoque, en l'espèce, une disposition d'une directive, à savoir l'article 11 précité de la première directive qui n'avait pas encore été transposée dans la législation espagnole le jour où l'ordonnance de renvoi a été rendue. L'interdiction que fait cet article de prononcer la nullité d'une société pour des motifs autres que ceux qu'il énonce est, manifestement, inconditionnelle et suffisamment précise pour pouvoir, en principe, faire l'objet d'une application immédiate. Eu égard à la jurisprudence constante de la Cour, La Comercial ne peut cependant pas opposer cette disposition de la directive à Marleasing dans la procédure au principal. Rien n'indique, en effet, que Marleasing interviendrait en qualité d'organe de l'État ou d'autorité publique, pas même dans l'acception large que la Cour a donnée à ces deux notions aujourd'hui encore [8].

L'obligation d'interpréter le droit national conformément à la directive

7. Si une disposition d'une directive ne peut pas être invoquée à l'encontre d'un particulier, il n'en demeure pas moins que, comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt Von Colson et Kamann [9]:

« En appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter la directive ..., la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, paragraphe 3. »

Cette obligation, confirmée à plusieurs reprises [10], imposant aux juridictions nationales d'interpréter leur législation nationale conformément à la directive n'implique nullement qu'un quelconque effet direct entre particuliers puisse être prêté à une disposition d'une directive [11]. Au contraire, ce sont les dispositions nationales elles-mêmes qui, après avoir été interprétées d'une manière conforme à la directive, ont un effet direct.

8. L'obligation de donner une information conforme à la directive s'impose chaque fois que la disposition légale nationale est, à un degré quelconque, susceptible d'être interprétée [12]. Le juge national doit alors, parmi les méthodes d'interprétation qui ont cours dans le système juridique qui est le sien, donner la priorité à la méthode qui lui permet de donner à la disposition de droit

7 — Arrêt du 22 février 1990, CECA/Busseni (C-221/88, Rec. p. I-495).

8 — Voir, à ce propos, les conclusions que nous avons présentées le 8 mai 1990 dans l'affaire Foster, C-188/89 (arrêt du 12 juillet 1990, Rec. p. I-3313, I-3326), ainsi que, d'une manière plus générale, les conclusions que nous avons présentées le 30 janvier 1990 dans l'affaire Barber, C-262/88 (arrêt du 17 mai 1990, Rec. p. I-1889, I-1912).

9 — Arrêt du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, point 26 (14/83, Rec. p. 1891). Voir également l'arrêt du même jour, Harz, point 26 (79/83, Rec. p. 1921).

10 — Voir l'arrêt du 15 mai 1986, Johnston, point 53 (222/84, Rec. p. 1651), l'arrêt du 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, point 12 (80/86, Rec. p. 3969), l'arrêt du 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes, point 39 (31/87, Rec. p. 4635), ainsi que l'arrêt du 7 novembre 1989, Nijman, point 6 (125/88, Rec. p. 3533).

11 — C'est la raison pour laquelle la disposition concernée de la directive ne doit d'ailleurs pas nécessairement être « inconditionnelle et suffisamment précise » pour servir de critère d'interprétation: voir, dans le même sens, les conclusions présentées le 14 novembre 1989 par l'avocat général Darmon dans les affaires C-177/88, Dekker, et C-179/88, Hertz (point 15 des conclusions, arrêts du 8 novembre 1990, Rec. p. I-3941, I-3956, et Rec. p. I-3979).

12 — Sur cette obligation, voir notamment Galmot, Y., et Bonichot, J. C.: « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *Revue française de droit administratif*, 1988, p. 1 et suiv., en particulier p. 20 et suiv.

national concernée une signification qui est compatible avec la directive [13].

L'obligation pour le juge national de se référer au contenu de la directive lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national trouve ses limites, il est vrai, dans le droit communautaire lui-même et, en particulier, dans les principes généraux de droit qui font partie du droit communautaire, et notamment dans ceux de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité. En matière pénale, par exemple, une telle interprétation ne peut entraîner une responsabilité pénale qui n'aurait pas été instituée par une loi interne introduite en vue d'exécuter la directive [14]. Nous estimons, *mutatis mutandis*, qu'une directive ne peut pas davantage, par sa seule force — c'est-à-dire sans une loi nationale assurant sa mise en œuvre —, introduire dans le droit national une sanction de droit civil telle que la nullité. Ce n'est cependant pas de cela qu'il s'agit ici: au contraire, il s'agit en l'espèce d'une disposition de la directive qui *exclut* certains motifs de nullité.

9. C'est généralement à propos de dispositions de droit national spécifiquement mises en place pour l'exécution de la directive concernée que la question de l'interprétation conforme à cette dernière se posera. Tel fut le cas dans l'affaire Von Colson et Kamann ainsi que dans les affaires citées dans la note 10.

Il n'y a cependant pas de raison de limiter l'exigence d'une interprétation conforme à la directive à cette hypothèse [15]. C'est ce qui résulte, selon nous, de l'argumentation sur laquelle la Cour a fondé cette exigence. Cette argumentation repose, en effet, sur le considérant que les instances judiciaires, à l'instar des autres autorités publiques des États membres, sont tenues, en vertu de l'article 5 du traité CEE, de chercher à atteindre le résultat visé par la directive par *tous* les moyens appropriés qui sont en leur pouvoir. De surcroît, la directive en cause a, en tant qu'élément du droit communautaire, la priorité sur *toutes* les dispositions de droit national. Cela vaut, en particulier, lorsqu'il s'agit de dispositions nationales qui, comme c'est le cas en l'espèce, ont trait au domaine juridique couvert par la directive, même si lesdites dispositions ont été adoptées antérieurement et ne l'ont donc pas été en vue d'exécuter la directive [16]. Cette question n'est-elle d'ailleurs pas réglée dans l'arrêt Grimaldi [17], dans lequel la Cour a dit pour droit que le juge national doit prendre les recommandations non obligatoires en considération lorsqu'il interprète des dispositions nationales, même lorsque celles-ci n'ont pas pour objet de mettre en œuvre la recommandation?

10. Appliquons ce que nous venons de dire à la question qui nous a été soumise. A défaut, au moment des faits, d'une transposition de la première directive dans la législation espagnole et à défaut, dans la loi espagnole du 17 juillet 1951, relative aux sociétés anonymes, d'une réglementation spécifique régissant les cas de nullité de ces

13 — Pour un exemple récent, voir l'arrêt Litster, rendu le 16 mars 1989 par la House of Lords, [1989] 1 All ER 1134.

14 — Arrêt du 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, point 13, (80/86, précité).

15 — Voir également les conclusions que nous avons présentées le 30 janvier 1990 dans l'affaire Barber, point 50, C-262/88, précité.

16 — Lorsqu'il s'agit de dispositions nationales adoptées antérieurement, l'interprétation conforme à la directive ne s'appliquera normalement qu'après l'écoulement du délai de mise en œuvre prescrit par la directive (ou même à partir de l'entrée en vigueur de celle-ci: voir l'arrêt Kolpinghuis Nijmegen, points 15 et 16, précité). Les faits intervenus avant cette date demeurent bien entendu régis par les dispositions nationales dans leur interprétation non (encore) conforme à la directive. En l'espèce, cependant, la société litigieuse La Comercial a été constituée le 7 avril 1987, c'est-à-dire à un moment où le délai de mise en œuvre de la première directive imparti à l'Espagne (à savoir le 1er janvier 1986) était déjà écoulé.

17 — Arrêt du 13 décembre 1989, Grimaldi (C-322/88, Rec. p. 4407).

sociétés, il y a lieu, selon la doctrine généralement reçue [18], d'appliquer par analogie les dispositions relatives à la nullité des contrats. C'est dans cet ordre d'idée que Marleasing a fondé sa demande principale visant à l'annulation de l'acte de constitution de la société La Comercial sur les articles du code civil espagnol qui disposent que les contrats sans cause ou dont la cause est illicite n'ont aucun effet juridique.

Si nous comprenons bien, le juge national est donc confronté à un problème d'interprétation du droit des sociétés. La question qui se pose est, en effet, celle de savoir dans quelle mesure les motifs de nullité énoncés par le droit commun peuvent être applicables par analogie aux sociétés anonymes. Or, il résulte, selon nous, du raisonnement que nous avons exposé dans les points précédents que l'exigence d'une interprétation conforme à la directive interdit d'appliquer les dispositions du droit commun en matière de nullité des sociétés aux sociétés anonymes d'une manière telle que la nullité d'une société anonyme puisse être prononcée pour des motifs autres que ceux qui sont limitativement énoncés à l'article 11 de la première directive.

La portée du régime de nullité institué par la première directive

11. La question préjudicielle déférée par le juge de renvoi concerne les motifs de nullité énoncés à l'article 11 de la première directive. C'est donc cet article également qui doit être pris en considération lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit national conformément à la directive. Le texte de l'article étant reproduit in extenso dans le rapport d'audience (au point 2), nous ne citerons ici que les deux motifs de nullité dont il sera question plus loin. La législation des États membres ne peut prévoir une annulation judiciaire que dans les cas prévus par l'article 11. Ces cas sont, notamment:

« a) ...

b) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société;

c) ...

d) ...

e) ...

f) le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux ».

Outre l'article 11 de la première directive, il faut encore prendre l'article 12 en considération. Cet article régit les effets d'une éventuelle nullité. Nous ne citons ici que les dispositions qui sont pertinentes dans la présente affaire:

« 1. ...

18 — La Commission se réfère, à cet égard, à l'ouvrage de Garrigues, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, p. 435 et suiv. Voir, au demeurant, l'article 50 du code de commerce espagnol, aux termes duquel, sauf disposition spéciale contraire, les contrats commerciaux — l'article 116 du même code dispose qu'un contrat de société (commerciale) est un contrat commercial — sont régis par les règles du droit commun.

2. La nullité entraîne la liquidation de la société, comme peut l'opérer la dissolution.

3. La nullité ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des engagements de la société ou de ceux pris envers elle, sans préjudice des effets de l'état de liquidation.

4. La législation de chaque État membre peut régler les effets de la nullité entre associés.

5. ... »

12. L'article 11 de la première directive ne peut évidemment être utile au juge national lorsqu'il doit interpréter son propre droit national que dans la mesure où le litige au principal porte sur la nullité d'une société (anonyme). Aucun des autres points formulés par Marleasing dans la demande principale ou dans les demandes subsidiaires qu'il a adressées au juge national ne relève de la directive.

Cela vaut plus particulièrement en ce qui concerne l'action paulienne intentée par Marleasing en vue d'obtenir l'annulation de l'apport du patrimoine de Barviesa dans le capital de La Comercial, au motif que cet apport aurait été effectué en fraude des droits des créanciers de Barviesa. Une telle prétention ne relève pas du champ d'application du régime de nullité institué par la première directive.

Il nous semble également qu'un (pré)contrat entre actionnaires — pour autant qu'il doive être distingué de l'acte de constitution proprement dit — ne tombe pas davantage en soi sous le régime de nullité de la directive, du moins dans la mesure où l'annulation de ce contrat n'entraîne pas automatiquement la nullité de la société.

Enfin, la première directive ne contient pas non plus de règles en matière de dissolution des sociétés, à notre avis, parce que la dissolution d'une société n'a normalement pas d'effet rétroactif et que, dès lors, les engagements pris par la société avant sa dissolution demeurent valides.

13. En revanche, dans la mesure où elle vise à l'annulation de la société anonyme La Comercial en tant que telle, la demande de Marleasing relève évidemment du champ d'application des articles 11 et 12 de la première directive. Dans la mesure où le juge national est tenu de prendre ces dispositions en considération pour interpréter son droit national (voir points 7 et suivants, plus haut), il sera confronté à la question de savoir si le motif de nullité énoncé à l'article 11, sous b), de la directive couvre le cas d'une société prétendument constituée dans le but de désavantager les créanciers des fondateurs de la société. Dès lors, il s'agit ici de l'interprétation de la directive elle-même (interprétation qui, à son tour, doit être prise en considération pour l'interprétation du droit national).

Avant d'aborder cette question d'interprétation qui est controversée dans certains États membres, nous voudrions signaler que le juge de renvoi aurait peut-être pu recourir également à d'autres motifs de nullité énoncés à l'article 11 pour interpréter le droit national des sociétés. Le plus évident de ces motifs est celui qui est énoncé à la lettre f) au terme duquel un État membre

peut prévoir la nullité d'une société lorsque, contrairement à la législation nationale, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux (ce qui signifie que le législateur national a, que ce soit de manière absolue ou pour certains types de sociétés seulement, exclu la possibilité de constituer des sociétés d'une personne) [19]. En effet, Marleasing a affirmé dans la procédure au principal que La Comercial aurait été constituée par Barviesa exclusivement et que les autres signataires de l'acte de constitution ne seraient que des hommes de paille.

Malgré cette affirmation, le motif de nullité énoncé à la lettre f) n'a été invoqué devant la Cour ni dans les observations écrites ni à l'audience. L'ordonnance de renvoi n'indique pas davantage si, au moment des faits, la législation (civile ou commerciale) espagnole contenait des règles en la matière et, dans l'affirmative, elle n'indique pas quelles règles ni si ces règles sont sanctionnées de nullité. Nous ne nous étendrons dès lors pas sur ce motif de nullité et ferons seulement observer que — lorsque la loi nationale prévoit deux actionnaires (au minimum) pour la constitution de la société — le point de savoir si et dans quelle mesure l'intervention d'associés fondateurs n'agissant pas pour leur propre compte peut entraîner la nullité de la société dépendra du droit national [auquel l'article 11, sous f), se réfère expressément] [20]. Il est, en effet, loisible au législateur national de ne pas reprendre les motifs de nullité énoncés à l'article 11 ou de ne les reprendre que partiellement et, partant, d'en limiter le domaine d'application. En revanche, il ne peut pas en augmenter le nombre ni en élargir le contenu.

14. Le problème soulevé par la question préjudicielle se résume donc au point de savoir comment l'article 11, sous b), doit être interprété. Eu égard aux faits en cause dans le litige au principal, il s'agit, dans la présente affaire, de l'expression « l'objet de la société ». En revanche, l'expression « le caractère illicite ou contraire à l'ordre public », qui figure également à l'article 11, sous b), n'est pas en cause. Rappelons, néanmoins, que la notion d'« ordre public » a été abordée à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la Cour, mais dans un autre contexte, à savoir dans le contexte de l'article 48, paragraphe 3, du traité CEE. La Cour a dit pour droit à cet égard que, bien que la notion ne puisse être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions communautaires, son contenu peut, néanmoins, varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation « dans les limites imposées par le traité et les dispositions prises pour son application ». En tout état de cause, poursuit la Cour, cette notion suppose « l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » [21]. Quant à l'expression « illicite », elle se réfère, selon nous, à l'incompatibilité avec une disposition légale d'interdiction impérative et inconditionnelle ou à une incompatibilité avec la moralité publique (dans la mesure où celle-ci ne relève pas déjà de l'« ordre public »). La notion de « moralité publique » a, elle aussi, déjà été abordée dans la juris-

19 — Entre-temps, le Conseil a adopté la douzième directive 89/667/CEE, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé (JO L 395, p. 40).

20 — Il n'est pas inhabituel d'établir une distinction à cet égard entre les personnes qui interviennent validement en leur nom propre, mais pour le compte d'un tiers en qualité de Treuhänder, nominee ou prête-nom sans intention d'éluder une règle impérative et les personnes qui interviennent en qualité d'hommes de paille dans le but de contourner une règle impérative telle que la règle de l'unité du patrimoine.

21 — Voir l'arrêt du 27 octobre 1977, Regina/Boucherau, points 33-35 (30/77, Rec. p. 1999).

prudence de la Cour, à savoir à propos de l'article 36 du traité CEE. A cet égard également, la Cour a déclaré que les autorités nationales disposent d'une marge d'appréciation dans les limites du droit communautaire [22]. Les limites fixées par le droit communautaire en ce qui concerne toutes ces notions sont, en l'occurrence, tout d'abord celles qui sont énoncées dans la première directive.

15. Il s'agit donc, dans la présente affaire, de l'interprétation de l'expression « l'objet social ». Cette interprétation est d'autant plus délicate à fournir que les différentes versions linguistiques de cette disposition présentent des divergences [23]. Conformément au texte néerlandais de cette disposition, une société peut être déclarée nulle lorsque son « werkelijk(e) doel » (objet réel) est illicite ou contraire à l'ordre public. Faut-il entendre par « doel van de vennootschap » (dans la version française: « objet de la société ») exclusivement l'objet de la société tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts ou bien l'expression vise-t-elle également l'activité effectivement exercée par la société ou même les objectifs poursuivis, en fait, au travers de la société (au sens de: « le but de la société ») [24]? Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que le juge de renvoi saisi du litige au principal peut considérer, sans prêter à son droit national une interprétation qui ne serait pas conforme à la directive, qu'une société peut être déclarée nulle conformément à la directive lorsqu'elle a été constituée dans le (seul) but de gruger les créanciers des fondateurs, comme Marleasing l'affirme dans la procédure au principal.

C'est précisément sur ce point que, dans certains États membres, le motif de nullité énoncé à l'article 11, sous b), a donné lieu à des interprétations divergentes [25]. Cela n'est pas étonnant si l'on sait quels débats et quels compromis ont eu lieu entre la Commission et les experts des États membres avant l'adoption de l'article 11 [26]. Dans d'autres États membres, en revanche, ce motif de nullité n'a guère retenu l'attention, pas plus du reste que l'ensemble du régime de nullité institué par la directive.

Il n'est guère aisé d'expliquer pourquoi ce régime de nullité a si diversement retenu l'attention des juridictions des États membres. La présence dans certains États de contrôles préventifs (judiciaires ou administratifs) lors de la constitution des sociétés de capitaux (voir article 10 de la directive) est

22 — Voir l'arrêt du 11 mars 1986, Conegate, points 14-16 (121/85, Rec. p. 1007).

23 — Il est question dans la version néerlandaise du « werkelijk(e) doel van de vennootschap ». Alors que la version allemande parle du « tatsächlich(er) Gegenstand des Unternehmens ». Ni dans la version française (« l'objet de la société ») ni dans la version italienne (« (il) oggetto della società ») l'objet de la société n'est qualifié. Il ne l'est pas davantage dans les textes établis par le Conseil dans les autres langues communautaires après l'adoption de la directive, et notamment dans le texte espagnol [« (el) objeto de la sociedad »], qui sont authentiques au même titre.

24 — Ces trois notions sont utilisées parallèlement dans la convention sur la reconnaissance mutuelle de 1968: voir note 32 ci-après.

25 — C'est le cas en Belgique et en France (mais aussi en Allemagne et en Italie; voir note 30 ci-après): voir notamment, à cet égard, l'article de Simont, L.: « Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation », *Les sociétés commerciales*, Jeune barreau, Bruxelles, 1985, p. 102 et suiv., ainsi que l'article de Houin, R.: « Chroniques de législation et de jurisprudence françaises — Sociétés commerciales », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1970, p. 736 et suiv., qui contiennent l'un et l'autre de nombreux renvois. En France, il semble que l'opinion dominante veut que la loi française sur les sociétés, qui a été adaptée à la directive par l'ordonnance n° 1176 du 20 décembre 1969, a conservé les motifs de nullité du droit commun (notamment la cause illicite) qui ne sont pas expressément exclus par l'article 360. Certains auteurs (voir, entre autres, Serra, Y.: *Chronique*, Dalloz, 1973, p. 17 et suiv.) se demandent si cette réglementation française n'est pas incompatible avec la première directive. En Belgique, principalement dans la doctrine et la jurisprudence de langue néerlandaise, c'est l'interprétation large qui est préférée, compte tenu du texte néerlandais de l'article 11, sous b), de la directive (voir note 23): voir, en particulier, Ronse, J., et autres: *Overzicht van rechtspraak (1978-1985) Vennootschappen, Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1986, p. 885 et suiv., et, très récemment encore, le jugement rendu le 28 mai 1990 par le Rechtbank van Koophandel (tribunal du commerce) de Hasselt, qui n'a pas encore été publié.

26 — Voir le commentaire de Stein, E.: *Harmonization of European Company Laws*, 1971, p. 299 et suiv.

incontestablement de nature à prévenir l'application éventuelle des règles de nullité. Du fait de l'existence de ce contrôle préventif, l'acte de constitution de la société revêt, dans certains États membres, un caractère plus formel qui est de nature à « détacher » l'acte de constitution des relations contractuelles qui lui sont sous-jacentes, ce qui joue un rôle particulièrement important dans la présente affaire. Ce caractère plus formel constitue peut-être une autre raison pouvant expliquer l'intérêt moindre pour le régime de nullité dans ces mêmes États membres.

16. Quoi qu'il en soit, tant le régime de nullité inscrit dans la première directive que les autres règles qu'elle contient en matière de publicité et de validité des engagements de la société font apparaître l'intention de renforcer la « protection des intérêts des tiers » (deuxième considérant de la directive) dans un marché élargi en ce qui concerne les sociétés qui n'offrent comme garantie vis-à-vis des tiers que le patrimoine social (premier et troisième considérants). Le régime de nullité lui-même, avec la « limitation des cas de nullité et de l'effet rétroactif de la déclaration de nullité » qu'il contient, vise à « assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers ainsi qu'entre les associés » (sixième considérant) [27].

Dans ces conditions, il nous paraît évident que, en vue de la protection des intérêts des tiers — c'est-à-dire des créanciers de la société —, chaque motif de nullité, même pris isolément, est de stricte interprétation et qu'il faut autant que possible éviter de sanctionner par la nullité de la société les vices qui entachent la relation contractuelle entre associés ou entre les associés et la société. Cela n'empêche pas qu'il est possible et souhaitable de sanctionner de tels vices d'une autre manière qui ne compromette pas l'existence de la société et qui soit moins dommageable à ses créanciers.

Dans cet ordre d'idée, nous estimons que la notion d'« objet de la société » qui figure à l'article 11, sous b), de la directive doit être comprise comme étant l'objet de la société tel qu'il est décrit dans l'acte constitutif ou dans les statuts et tel qu'il a été publié [voir l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive ainsi que l'article 3] [28]. Ce n'est que lorsque l'objet social, ainsi compris, est « illicite ou contraire à l'ordre public » qu'un tel vice peut entraîner la nullité de la société. L'objectif poursuivi par la constitution de la société, mais qui n'apparaît pas dans l'acte constitutif ou dans les statuts, par exemple le dessein de nuire aux créanciers des associés [29], ne peut pas entraîner la nullité de la société: une telle illicéité ou incompatibilité avec l'ordre public (par exemple la règle de l'unité du patrimoine des associés fondateurs) devra être sanctionnée autrement que par la nullité de la société (voir point 19 ci-après).

17. Il faut apporter une nuance importante aux observations que nous venons de faire. Aussi bien la version allemande que la version néerlandaise de l'article 11, sous b), précisent que, par objet de la société, il y a

27 — Les effets de la nullité vis-à-vis des tiers sont réglés de manière impérative par la directive (voir, en particulier, l'article 12, paragraphes 2 et 3, cité au point 11 plus haut); les effets de la nullité entre associés peuvent être réglés par la législation de chaque État membre (article 12, paragraphe 4, également cité plus haut).

28 — La notion d'« objet social » apparaît également à l'article 9, paragraphe 1, de la première directive: voir, à ce propos, Stein, E., op. cit., p. 282 et suiv. Il semble que, là aussi, la notion d'objet de la société doit être comprise telle qu'elle a été décrite dans l'acte constitutif ou dans les statuts, en conformité avec les règles légales en matière de spécialité des personnes juridiques.

29 — La protection offerte aux tiers par la première directive est une protection de certains tiers seulement, à savoir les créanciers de la société, et non une protection au profit de tiers créanciers des associés. C'est parce que, dans les sociétés de capitaux, les créanciers de la société ne disposent d'aucune autre garantie que le patrimoine de la société que cette protection particulière a été instaurée à leur intention: voir le troisième considérant de la directive.

lieu d'entendre l'objet réel de celle-ci (« werkelijk » en néerlandais; « tatsächlich » en allemand). Cela nous paraît être une précision utile, qui n'est pas contredite par les autres versions. Elle montre que lorsque l'activité réelle de la société telle qu'elle est exercée depuis la constitution de celle-ci est illicite ou contraire à l'ordre public, le motif de nullité énoncé à l'article 11, sous b), peut être invoqué même lorsque cette activité ne correspond pas à l'objet, licite par hypothèse, qui est décrit dans l'acte constitutif ou dans les statuts [30]. Prenons, par exemple, le cas d'une société dont l'acte constitutif ou les statuts désignent comme objet social l'exploitation d'un hôtel, alors qu'il apparaît, en pratique, qu'il s'agit de l'exploitation d'une salle de jeux (interdite par la loi) ou d'activités (punissables) de prostitution. Imaginons, encore, que l'acte constitutif de la société désigne comme objet social la production et l'exportation de tubes d'acier, alors qu'en fait la société se livre, sous ce couvert, à la production et à la fourniture (illégales) d'armes.

Il importe, cependant, que l'activité soit effectivement exercée de la sorte depuis le début [31]. A supposer qu'une société dont l'objet social est licite s'emploie par la suite à des activités illicites, en violation de l'objet de la société, cela ne peut entraîner la nullité de celle-ci, mais bien, le cas échéant, sa dissolution lorsque le droit national le prévoit.

18. La nuance faite au paragraphe précédent, qui, comme nous l'avons signalé, est basée sur les versions allemande et néerlandaise de l'article 11, sous b), nous paraît utile. Elle est, en outre, compatible avec la protection des intérêts des tiers parce qu'elle permet d'empêcher qu'ils soient abusés par une activité de couverture énoncée dans l'acte de constitution de la société ou dans ses statuts, mais qui, dès le départ, ne correspondait pas à la réalité. Par ailleurs, contrairement aux intentions qui ont présidé dans le chef des associés à la constitution de la société, l'activité effectivement exercée est normalement identifiable pour les tiers qui concluent des transactions avec la société. Enfin, à défaut d'apporter cette nuance, le motif de nullité énoncé à l'article 11, sous b), perd une bonne partie de son contenu réel, parce que l'interdiction ainsi restreinte d'un objet social illicite ou contraire à l'ordre public peut alors être facilement contournée en énonçant dans l'acte constitutif ou dans les statuts un objet licite, mais simulé [32].

30 — Dans le même sens, voir notamment Van Ryn, J., et Van Ommeslaghe, P.: « Examen de jurisprudence (1972 à 1978), les sociétés commerciales », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, qui, à la page 241, proposent de résoudre une controverse animée à ce sujet — controverse nourrie également par la législation française (voir Houin, R., op. cit., p. 736 et suiv.) — de la manière suivante: « Il faudrait avoir égard non seulement à l'objet social statutaire, mais aussi aux activités effectivement exercées sous ce couvert. » Voir également Simont, L., op. cit., n° 28, qui ajoute que la possibilité d'annulation pour activités de fait illicites s'impose d'autant plus que, conformément à l'article 9, paragraphe 1, de la première directive, la société est également engagée par les actes accomplis « ultra vires ». La doctrine allemande semble aller dans le même sens: voir Gessler, Hefermehl, Eckardt et Kropff: *Aktiengesetz*, 1986, p. 275-276. En revanche, il semble que la doctrine italienne est partagée: voir Borgioli, A.: *La nullità della società per azioni*, 1977, p. 414 et suiv., ainsi que les renvois pro et contra à la note 126, p. 414.

31 — Voir, en ce sens également, notamment: Galgano, F.: « La società per azioni », *Trattato di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia*, VII, 1984, p. 101; Ronse, J.: *De vennootschapswetgeving*, 1973, p. 76, et Simont, L., op. cit., n° 28.

32 — Il est remarquable que, dans la convention du 29 février 1968 relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, qui a été signée peu avant l'adoption de la première directive (Supplément — Bull. CE n° 2/1969), on trouve, à l'article 9, une notion plus large de l'objet (social). On y trouve non seulement le « maatschappelijk doel » et la « daadwerkelijke uitgeoefende activiteit », mais aussi « het werkelijk nagestreefde doel » (ce qui, dans la version française, correspond à: « objet », « activité effectivement exercée » et « but »). Lorsque l'un de ces trois éléments est incompatible « avec les principes ou les dispositions que l'État concerné considère comme étant d'ordre public au sens du droit privé international », cet État peut refuser la reconnaissance d'une société étrangère. Cette différence entre l'article 9 de la convention de reconnaissance mutuelle et l'article 11, sous b), de la première directive provient sans aucun doute de l'objectif spécifique de la directive, qui est de limiter les cas de nullité des sociétés afin de protéger les intérêts des tiers. Pour les raisons évoquées dans le texte, ces cas de nullité ne peuvent, cependant, pas être limités au point d'exclure également de l'objet social l'« activité effectivement exercée (depuis le début) ». Cette limitation peut cependant exclure le « but poursuivi » par les associés au travers de la société parce qu'il n'est pas connu des tiers.

19. La définition que nous venons de donner du motif de nullité énoncé à l'article 11, sous b), est une définition restrictive sans l'être à l'excès. Il ne faut pas en surestimer l'importance pratique. Pour le créancier dont le débiteur fait apport de son patrimoine à une société dans le but de mettre celui-ci hors de portée des créanciers — hypothèse qui ne relève pas de la définition que nous avons présentée —, une déclaration de nullité de la société concernée n'offrirait qu'une protection limitée. Les effets juridiques de la déclaration de nullité doivent, en effet, être conformes aux dispositions de l'article 12 de la première directive que nous avons citées plus haut (point 11). Cela signifie que la nullité entraîne la liquidation de la société comme l'opérerait sa dissolution. Cela signifie, en outre, que la nullité ne porte pas atteinte à la validité juridique des engagements de la société. Le régime institué par la directive laisse donc subsister le patrimoine distinct de la société déclarée nulle, de sorte qu'en principe les créanciers des associés ne peuvent pas se dédommager sur les biens donnés par eux en apport à la société nulle.

Comme nous l'avons déjà indiqué plus haut (au point 12), la première directive s'applique sans préjudice d'autres sanctions prévues par le droit national pour une telle hypothèse et, par exemple, elle conserve aux créanciers la possibilité d'exiger, si tel est leur avantage, l'annulation de l'*apport* effectué en fraude de leurs droits [33]. Une telle action en annulation s'avérera généralement plus efficace à protéger leurs intérêts que la déclaration de nullité de la société elle-même.

33 — Ce point ne nous paraît pas contesté. On consultera, notamment, Van Ommeslaghe, P.: « La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés », *Cahiers de droit européen*, 1969, p. 657.

Résumé

20. Si nous récapitulons tout ce que nous venons d'exposer, nous aboutissons aux conclusions suivantes. L'article 11 de la première directive n'a pas d'effet direct entre les particuliers, de sorte que La Comercial ne peut se prévaloir de la directive et opposer directement l'énonciation limitative des motifs de nullité aux prétentions de Marleasing. En revanche, le juge national est tenu d'interpréter son droit national des sociétés d'une manière conforme à la directive dès l'instant où le droit national est susceptible d'interprétations divergentes. Tel nous paraît être le cas lorsque, s'agissant de la nullité de sociétés (anonymes), des notions générales issues du droit des contrats sont appliquées par analogie, d'une part, parce que de telles notions générales sont sujettes à interprétation et, d'autre part, parce que l'interprétation par analogie n'est qu'une des méthodes d'interprétation possibles. Dans un pareil cas, nous semble-t-il, le juge national qui s'emploie à interpréter le droit national peut facilement se conformer à l'énonciation limitative de l'article 11 et, éventuellement — dans l'hypothèse où la nullité serait quand même prononcée —, se conformer à l'article 12 de la première directive en ce qui concerne la restriction de l'effet rétroactif de la nullité.

Le motif de nullité énoncé à l'article 11, sous b), doit, quant à lui, être entendu de telle manière qu'il vise uniquement un objet social illicite ou contraire à l'ordre public tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution de la société ou dans ses statuts ou tel qu'il apparaît dans l'activité sociale effectivement exercée depuis le début. L'objectif poursuivi par les associés-fondateurs à travers la constitution de la société, s'il ne s'exprime pas comme nous l'avons indiqué plus haut,

ne rentre pas dans la notion d'objet social comprise de cette manière. Cela n'empêche cependant pas que le droit national peut permettre aux créanciers des associés-fondateurs aux intérêts desquels il est porté préjudice de recourir à d'autres solutions (telle que l'action paulienne) qui — eu égard à l'incidence limitée d'une éventuelle nullité — peuvent être tout aussi efficaces et qui ne tombent pas sous le coup de la directive.

Conclusion

21. Eu égard aux observations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre à la demande de décision préjudicielle de la manière suivante:

« 1) L'article 11 de la directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, ne peut pas être invoqué en tant que tel à l'encontre d'un particulier. Il appartient cependant au juge national d'interpréter sa législation nationale à la lumière du texte et de la finalité de cette disposition de la directive et, dans l'hypothèse où sa nullité serait prononcée, à la lumière de son article 12.

2) L'article 11, premier alinéa, paragraphe 2, sous b), de la directive 68/151/CEE doit être interprété en ce sens qu'il y a lieu d'entendre par 'l'objet de la société' l'objet social tel qu'il a été décrit dans les statuts de la société ou dans l'acte de constitution qui ont été publiés ou tel qu'il apparaît de l'activité effectivement exercée par la société depuis le début. »