# CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE WALTER VAN GERVEN presentate il 12 luglio 1990 *

*Signore Presidente,*
*Signori Giudici,*

1. Il Juzgado de Primera Instancia e Instrucción di Oviedo ha sottoposto alla Corte una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 11 della prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE [1] (in prosieguo: la « prima direttiva »).

## Collocazione del problema

2. La domanda si inserisce nell'ambito di una controversia tra la Marleasing SA, attrice, e alcune convenute tra le quali La Comercial Internacional de Alimentación SA (in prosieguo: « La Comercial »). Quest'ultima è stata costituita come società per azioni da tre persone fra cui la società Barviesa che ha conferito il proprio patrimonio. La Marleasing, che è un creditore importante della Barviesa, afferma che La Comercial è stata in realtà costituita dalla sola Barviesa e che gli altri due soci fondatori sono dei prestanome. Essa sostiene che La Comercial è stata costituita esclusivamente allo scopo di sottrarre il patrimonio della Barviesa alle pretese dei creditori. Avvalendosi delle disposizioni del codice civile spagnolo in materia di validità dei contratti, e più in particolare degli artt. 1261 e 1275 che privano di qualunque efficacia giuridica i contratti privi di causa o la cui causa è illecita, la Marleasing ha concluso in via principale chiedendo l'annullamento del contratto di società che istituisce La Comercial per simulazione, nonché l'annullamento dell'atto costitutivo della società per mancanza di causa (lecita). In subordine ha chiesto la risoluzione del contratto di società e dell'atto costitutivo in quanto entrambi conclusi in frode dei diritti dei creditori. In ulteriore subordine ha chiesto l'annullamento, per lo stesso motivo, del conferimento effettuato dalla Barviesa al patrimonio sociale.

Nella comparsa di risposta La Comercial ha in particolare fatto valere l'art. 11 della prima direttiva che contiene un elenco tassativo delle ipotesi in cui può essere pronunciata la nullità di una società. Poiché la mancanza di causa (lecita) fatta valere dalla Marleasing in via principale non figura fra di esse, la società non potrebbe essere dichiarata nulla.

3. Il giudice a quo ritiene che la presente controversia sollevi il problema dell'efficacia diretta delle direttive comunitarie che non sono ancora state attuate dagli Stati membri. Ricorda che, in conformità all'art. 395 dell'Atto di adesione [2], il Regno di Spagna era obbligato a dare attuazione alla prima direttiva sin dalla propria adesione, e rileva che

* Lingua originale: l'olandese.

1 — Direttiva del Consiglio intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 58, secondo comma, del Trattato CEE per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GU L 65, pag. 8).

2 — Atti relativi all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese alle Comunità europee (GU 1985, L 302, pag. 23).

tuttavia ciò non era ancora avvenuto alla data del rinvio [3]. In tale contesto il giudice a quo ha sottoposto alla Corte la presente questione interpretativa:

« Se l'articolo 11 della direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, che non è stata attuata nel diritto interno, sia direttamente applicabile al fine di impedire la dichiarazione di nullità di una società per azioni per una causa diversa da quelle elencate in detto articolo ».

4. A ragion veduta il giudice proponente ritiene che la forma giuridica con la quale è stata costituita La Comercial, e cioè quella di una società per azioni, rientri nell'ambito di applicazione della prima direttiva [4]. Del pari a ragion veduta ritiene che tale direttiva autorizzi l'annullamento di una società del genere unicamente nell'ipotesi di cui all'art. 11, primo comma, n. 2. L'ultimo comma dell'art. 11 indica senz'ombra di dubbio che si tratta di un elenco tassativo dei casi di nullità:

« Fuori di questi casi di nullità, le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, di nullità assoluta, di nullità relativa o annullabilità ».

La questione dell'efficacia diretta della prima direttiva è pertanto rilevante per la soluzione della controversia nella causa principale. In un primo momento esaminerò — brevemente — tale questione risolvendola in senso negativo. Tale soluzione negativa non è ciononostante di ostacolo al fatto che la direttiva deve ugualmente servire da punto di riferimento per l'interpretazione del diritto nazionale (v. in prosieguo punti 7 e successivi), ma naturalmente, unicamente nei limiti dell'ambito di applicazione della direttiva stessa (v. in prosieguo punto 12).

**Una disposizione di una direttiva non può essere invocata in quanto tale nei confronti di un privato**

5. Nella sentenza Becker [5], la Corte ha dichiarato che, in tutti i casi in cui una disposizione di una direttiva è incondizionata e sufficientemente precisa, i singoli possono farla valere nei confronti di uno Stato membro che non abbia trasposto la direttiva nel proprio diritto nazionale entro i termini. Nella sentenza Marshall [6], la Corte ha aggiunto che tale possibilità sussiste unicamente nei confronti dello Stato membro interessato e degli organi di tale Stato. Consegue da tale posizione della Corte:

« che la direttiva non può di per sé creare obblighi *a carico di un singolo* e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale *nei confronti dello stesso* » (Marshall, punto 48 della motivazione, il corsivo è mio).

3 — Il legislatore spagnolo ha nel frattempo adottato la legge 25 luglio 1989, n. 19, che adegua la legislazione commerciale alle direttive europee [Boletin oficial del Estado (BOE) n. 178 del 27.7.1989]. Le disposizioni relative alla società anonima sono state in seguito coordinate con il regio decreto legislativo 22 dicembre 1989, n. 1564 (BOE n. 310 del 27.12.1989). Gli artt. 34 e 35 di tale decreto disciplinano la nullità della società anonima in conformità al regime di nullità fissato dalla prima direttiva. La questione se queste ultime disposizioni siano rilevanti per definire la causa principale dev'essere risolta dal giudice nazionale e pertanto non in questa sede.

4 — V. l'art. 1 della prima direttiva come adeguato dall'Atto di adesione. A norma di questo articolo, per quanto attiene alla Spagna, sono le seguenti forme giuridiche a ricadere nel campo di applicazione della direttiva: la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada.

5 — Sentenza 19 gennaio 1982, Becker, punti 23-25 della motivazione (causa 8/81, Racc. pag. 53).

6 — Sentenza 26 febbraio 1986, Marshall (causa 152/84, Racc. pag. 723).

Da allora questa posizione è stata confermata più volte. L'ultima nella sentenza Busseni[7].

6. Contro il mezzo principale della Marleasing, La Comercial fa valere, nel caso di specie, una disposizione di una direttiva, cioè il citato art. 11 della prima direttiva che non era ancora stata trasposta nella legislazione spagnola alla data dell'ordinanza di rinvio. Il divieto posto da questo articolo di pronunciare la nullità di una società per motivi diversi da quelli elencati è palesemente incondizionato e sufficientemente preciso per poter, in via di principio, essere immediatamente applicato. Tenuto conto della costante giurisprudenza della Corte, La Comercial non può ciononostante far valere tale disposizione della direttiva contro la Marleasing nella causa principale. Nulla prova infatti che la Marleasing intervenga come organo dello Stato o autorità pubblica, neppure nell'accezione ampia che la Corte ha dato, ancor oggi, a queste due nozioni[8].

**L'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente alla direttiva**

7. Benché una disposizione di una direttiva non possa essere fatta valere nei confronti di un privato, ciononostante, come la Corte ha dichiarato nella sentenza Von Colson e Kamann[9]:

« Nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva (...), il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189, terzo comma ».

Quest'obbligo, confermato più volte[10], che impone ai giudici nazionali di interpretare la normativa nazionale in conformità alla direttiva, non comporta affatto che una qualsiasi efficacia diretta tra privati possa essere attribuita ad una disposizione di una direttiva[11]. Anzi, sono le stesse disposizioni nazionali che, dopo essere state interpretate conformemente alla direttiva, hanno un'efficacia diretta.

8. L'obbligo di fornire un'informazione conforme alla direttiva si impone ogni volta che la disposizione di legge nazionale può, in qualche misura, essere soggetta ad interpretazione[12]. Il giudice nazionale deve allora, tra i metodi di interpretazione in vigore nel suo sistema giuridico, dare la precedenza al metodo che gli consente di dare alla disposizione di diritto nazionale di cui

7 — Sentenza 22 febbraio 1990, CECA/Busseni (causa C-221/88, Racc. pag. I-495).

8 — V. in proposito le conclusioni che ho presentato l'8 maggio 1990 nella causa Foster, C-188/89 (sentenza 12 luglio 1990, Racc. pag. I-3313), nonché, più in generale, le conclusioni che ho presentato il 30 gennaio 1990 nella causa Barber, causa C-262/88 (sentenza 17 maggio 1990, Racc. pag. I-1889).

9 — Sentenza 10 aprile 1984, Von Colson e Kamann, punto 26 della motivazione, (causa 14/83, Racc. pag. 1891). V. anche la sentenza in pari data, Harz, punto 26 della motivazione (causa 79/83, Racc. pag. 1921).

10 — V. sentenze 15 maggio 1986, Johnston, punto 53 della motivazione (causa 222/84, Racc. pag. 1651), 8 ottobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, punto 12 della motivazione (causa 80/86, Racc. pag. 3969), 20 settembre 1988, Gebroeders Beentjes, punto 39 della motivazione (causa 31/87, Racc. pag. 4635), nonché 7 novembre 1989, Nijman, punto 6 della motivazione (causa 125/88, Racc. pag. 3533).

11 — Per questo motivo la disposizione di cui trattasi della direttiva non deve d'altra parte essere necessariamente « incondizionata e sufficientemente precisa » per essere utilizzata come criterio di interpretazione: nello stesso senso, le conclusioni presentate il 14 novembre 1989 dall'avvocato generale Darmon nelle cause 177/88, Dekker, e 179/88, Hertz (punto 15 delle conclusioni, Racc. 1990, pag. I-3956).

12 — Su quest'obbligo, v. in particolare Galmot, Y., e Bonichot, J. C., « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *Revue française de droit administratif*, 1988, pag. 1 e segg., in particolare pag. 20 e segg.

trattasi un significato compatibile con la direttiva [13].

L'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto della direttiva quando interpreta le relative norme di diritto nazionale incontra un limite, è vero, nel diritto comunitario stesso e in particolare nei principi generali di diritto che fanno parte del diritto comunitario, e più specificamente in quelli della certezza del diritto e della irretroattività. In materia penale ad esempio un'interpretazione del genere non può comportare una responsabilità penale se questa non è stata creata da una legge interna volta a dare attuazione alla direttiva [14]. Ritengo, *mutatis mutandis*, che una direttiva non possa neppure, grazie alla sua sola forza — cioè senza una legge nazionale che ne garantisca l'attuazione — introdurre nel diritto nazionale una sanzione di diritto civile come la nullità. Ciononostante non è di ciò che si tratta in questa sede: trattasi anzi nel caso di specie di una disposizione della direttiva che *esclude* alcune cause di nullità.

9. È generalmente a proposito di disposizioni di diritto nazionale specificamente attuate per trasporre la direttiva interessata che si porrà la questione dell'interpretazione conforme a quest'ultima, come nella causa Von Colson e Kamann nonché nelle cause citate in nota 10.

Non v'è motivo, tuttavia, per limitare a questa ipotesi l'esigenza di un'interpretazione conforme alla direttiva [15]. È quanto emerge, secondo me, dall'argomento sul quale la Corte ha fondato tale esigenza. Questo argomento si basa infatti sulla considerazione che gli organi giudiziari, al pari delle altre autorità pubbliche degli Stati membri, sono tenuti, a norma dell'art. 5 del Trattato CEE, a cercare di raggiungere il risultato perseguito dalla direttiva con *tutti* i mezzi appropriati che sono in loro potere. Per di più la direttiva di cui trattasi ha, in quanto elemento del diritto comunitario, la precedenza su *tutte* le disposizioni di diritto nazionale. Ciò vale, in particolare, quando si tratti di disposizioni nazionali che, come accade nella fattispecie, si riferiscono all'ambito giuridico disciplinato dalla direttiva, anche se tali disposizioni sono state adottate in precedenza e non, pertanto, per dare attuazione alla direttiva [16]. Tale questione non è forse d'altronde risolta nella sentenza Grimaldi [17], nella quale la Corte ha dichiarato che il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le raccomandazioni non obbligatorie nell'interpretazione di norme nazionali, anche quando queste ultime non hanno come scopo l'attuazione della raccomandazione?

10. Applichiamo ciò che ho appena detto alla questione che ci è stata sottoposta. In mancanza, al momento dei fatti, di una trasposizione della prima direttiva nella normativa spagnola ed in mancanza, nella legge spagnola 17 luglio 1951, relativa alle società

13 — Per un esempio recente v. la sentenza Litster, pronunciata il 16 marzo 1989 dalla House of Lords, (1989) 1 All ER 1134.

14 — Sentenza 8 ottobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, punto 13 della motivazione, (causa 80/86, già citata).

15 — V. anche le conclusioni che ho presentato il 30 gennaio 1990 nella causa Barber, punto 50 della motivazione, causa C-262/88.

16 — Qualora si tratti di disposizioni nazionali adottate in un momento precedente, l'interpretazione conforme alla direttiva troverà applicazione di norma solo dopo il decorso del termine di attuazione prescritto dalla direttiva (o addirittura dall'entrata in vigore di quest'ultima: v. la sentenza Kolpinghuis Nijmegen, punti 15 e 16 della motivazione, già citata). I fatti verificatisi prima di questa data rimangono ben inteso disciplinati dalle disposizioni nazionali non (ancora) interpretate conformemente alla direttiva. Nel caso di specie tuttavia la controversa società La Comercial è stata costituita il 7 aprile 1987, cioè in un momento in cui il termine per l'attuazione della prima direttiva imposto alla Spagna (cioè il 1° gennaio 1986) era già scaduto.

17 — Sentenza 13 dicembre 1989, Grimaldi (causa C-322/88, Racc. pag. 4407).

anonime, di una disciplina specifica che disciplini le ipotesi di nullità di queste società, bisogna, secondo la dottrina generalmente condivisa [18], applicare per analogia le disposizioni sulla nullità dei contratti. In quest'ottica la Marleasing ha fondato la propria domanda nella causa principale, volta ad ottenere l'annullamento dell'atto costitutivo della società La Comercial, sugli articoli del codice civile spagnolo che stabiliscono che i contratti senza causa o la cui causa è illecita non hanno alcuna efficacia giuridica.

Se ben capisco, il giudice nazionale deve dunque affrontare un problema di interpretazione del diritto delle società. Il problema che si pone è infatti di stabilire in quale misura le cause di nullità elencate dal diritto comune siano applicabili per analogia alle società per azioni. Orbene, risulta, secondo me, dal ragionamento che ho esposto nei punti precedenti che l'esigenza di un'interpretazione conforme alla direttiva proibisce di applicare alle società per azioni le disposizioni di diritto comune in materia di nullità delle società in modo tale che la nullità di una società per azioni possa essere dichiarata per motivi diversi da quelli che sono tassativamente elencati nell'art. 11 della prima direttiva.

**La portata del regime di nullità istituito dalla prima direttiva**

11. La questione pregiudiziale sollevata dal giudice a quo riguarda i motivi di nullità elencati nell'art. 11 della prima direttiva. Anche questo articolo pertanto dev'essere preso in considerazione quando si tratti di interpretare il diritto nazionale in conformità alla direttiva. Dal momento che il testo dell'articolo è riprodotto in extenso nella relazione d'udienza (al punto 2), citerò qui unicamente le due cause di nullità che saranno trattate in seguito. La normativa degli Stati membri può prevedere un annullamento da parte del giudice unicamente nell'ipotesi di cui all'art. 11. Tali ipotesi sono in particolare:

« a) (...)

b) carattere illecito o contrario all'ordine pubblico dell'oggetto della società;

c) (...)

d) (...)

e) (...)

f) il fatto che, contrariamente alla legislazione nazionale che disciplina la società, il numero dei soci fondatori sia inferiore a due ».

Oltre all'art. 11 della prima direttiva, occorre ancora prendere in considerazione l'art. 12. Quest'ultimo disciplina le conseguenze di un'eventuale nullità. Cito di nuovo unicamente le disposizioni che rilevano per la causa:

« 1. (...)

18 — La Commissione fa riferimento all'opera di Garrigues, J., *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, pag. 435 e segg. V., del resto, l'art. 50 del codice di commercio spagnolo ai sensi del quale, salvo disposizioni speciali contrarie, i contratti commerciali — l'art. 116 dello stesso codice dispone che un contratto di società (commerciale) è un contratto commerciale — sono disciplinati dalle norme di diritto comune.

2. La nullità comporta la liquidazione della società, come può comportarla lo scioglimento.

3. La nullità non pregiudica la validità degli obblighi della società o degli obblighi assunti nei confronti di essa, salvo gli effetti dello stato di liquidazione.

4. La legislazione di ciascuno Stato membro può disciplinare gli effetti della nullità tra i soci.

5. (...) ».

12. L'art. 11 della prima direttiva può evidentemente essere utile al giudice nazionale, quando egli deve interpretare il proprio diritto nazionale, soltanto se la controversia nella causa principale verte sulla nullità di una società (per azioni). Nessuno degli altri punti addotti dalla Marleasing nella domanda principale o nelle domande subordinate sottoposte al giudice nazionale rientra nell'ambito della direttiva.

Ciò vale in particolare per quanto concerne l'azione pauliana intentata dalla Marleasing al fine di ottenere l'annullamento del conferimento del patrimonio della Barviesa nel capitale de La Comercial, che sarebbe avvenuto in frode dei diritti dei creditori della Barviesa. Una pretesa del genere non rientra nell'ambito di applicazione del regime di nullità istituito dalla prima direttiva.

Mi sembra che neanche un contratto (preliminare) tra azionisti — qualora debba essere distinto dall'atto costitutivo propriamente detto — ricada sotto il regime di nullità della direttiva, almeno nel caso in cui l'annullamento di tale contratto non comporti automaticamente la nullità della società.

Infine la prima direttiva non contiene neppure norme in materia di scioglimento di società, a mio parere in quanto lo scioglimento di una società non ha di norma efficacia retroattiva e pertanto gli impegni presi dalla società prima del suo scioglimento rimangono validi.

13. Invece la richiesta della Marleasing, poiché è volta all'annullamento della società per azioni La Comercial in quanto tale, rientra evidentemente nell'ambito dell'applicazione degli artt. 11 e 12 della prima direttiva. Dato che il giudice nazionale è obbligato a prendere in considerazione queste disposizioni al fine di interpretare il diritto nazionale (v. sopra punti 7 e segg.) dovrà affrontare il problema se la causa di nullità di cui all'art. 11, lett. b), della direttiva si applichi all'ipotesi di una società che si afferma costituita allo scopo di sfavorire i creditori dei fondatori della società. In questo caso si tratta pertanto dell'interpretazione della direttiva stessa (interpretazione che a sua volta dev'essere presa in considerazione per l'interpretazione del diritto nazionale).

Prima di affrontare questa questione di interpretazione che è controversa in taluni Stati membri, vorrei segnalare che il giudice di rinvio avrebbe forse potuto ricorrere anche ad altre cause di nullità elencate nell'art. 11 per interpretare il diritto nazionale delle società. La più evidente di queste cause è quella indicata alla lett. f) secondo la quale uno Stato membro *può* prevedere la nullità

di una società quando, in contrasto con la normativa nazionale, il numero dei soci fondatori è inferiore a due (il che significa che il legislatore nazionale ha escluso, in assoluto o solo per alcuni tipi di società, la possibilità di costituire società composte da una persona) [19]. Infatti la Marleasing ha affermato nella causa principale che La Comercial sarebbe stata costituita unicamente dalla Barviesa e che gli altri firmatari dell'atto costitutivo sarebbero solo dei prestanome.

Malgrado tale affermazione, la causa di nullità di cui alla lett. f) non è stata fatta valere dinanzi alla Corte né nelle osservazioni scritte né in udienza. L'ordinanza di rinvio non indica neppure se, al momento dei fatti, la legislazione (civile o commerciale) spagnola contenesse norme in materia e, in caso affermativo, non specifica quali norme e neppure se tali norme comportino la nullità. Non mi soffermerò di conseguenza su questa causa di nullità e farò solo notare che — quando la legge nazionale preveda (come minimo) due azionisti per la costituzione della società — la questione se e in quale misura l'intervento di soci fondatori che non agiscano per proprio conto possa comportare la nullità della società dipenderà dal diritto nazionale [al quale fa espressamente riferimento l'art. 11, lett. f)] [20]. Il legislatore nazionale infatti può scegliere di non riprendere le cause di nullità di cui all'art. 11 o di riprenderle solo parzialmente e pertanto di limitarne l'ambito di applicazione. Egli non può invece ampliarne il numero né allargarne il contenuto.

14. Il problema sollevato dalla questione pregiudiziale consiste pertanto essenzialmente nello stabilire come vada interpretato l'art. 11, lett. b). Con riferimento agli antefatti della causa principale, nel presente procedimento si tratta della locuzione « l'oggetto della società ». Viceversa, « il carattere illecito o contrario all'ordine pubblico » di cui sempre all'art. 11, lett. b), non è in discussione. Ricordo tuttavia che la nozione di « ordine pubblico » è stata più volte trattata nella giurisprudenza della Corte ma in un altro contesto, cioè nel contesto dell'art. 48, n. 3, del Trattato CEE. La Corte ha dichiarato in proposito che, sebbene la nozione vada intesa in senso stretto con il risultato di escludere qualsiasi valutazione unilaterale da parte dei singoli Stati membri senza il controllo delle istituzioni comunitarie, il suo contenuto può tuttavia variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra e che perciò è necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale « entro i limiti imposti dal Trattato e dalle norme emanate per la sua attuazione ». In ogni caso, ha proseguito la Corte, questa nozione presuppone « oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività » [21]. Quanto all'espressione « illecito », essa si riferisce a mio parere all'incompatibilità con una disposizione di legge che sancisca un divieto imperativo e incondizionato od all'incompatibilità con la moralità pubblica (qualora quest'ultima non rientri già nell'« ordine pubblico »). La nozione di « moralità pubblica » è stata anch'essa già trattata dalla

19 — Nel frattempo il Consiglio ha adottato la dodicesima direttiva 21 dicembre 1989, 89/667/CEE, in materia di diritto delle società, relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio (GU L 395, pag. 40).

20 — Si è soliti distinguere in proposito tra le persone che intervengano validamente in nome proprio, ma per conto di un terzo, in qualità di Treuhänder, nominee o prestanome, senza intenzione di eludere una norma imperativa e le persone che intervengano in qualità di prestanome allo scopo di aggirare una norma imperativa come la regola dell'unità del patrimonio.

21 — V. sentenza 27 ottobre 1977, Regina/Boucherau, punti 33-35 della motivazione (causa 30/77, Racc. pag. 1999).

giurisprudenza della Corte, e cioè a proposito dell'art. 36 del Trattato CEE. La Corte ha altresì dichiarato in proposito che le autorità nazionali dispongono di un potere discrezionale da esercitare entro i limiti del diritto comunitario [22]. I limiti stabiliti dal diritto comunitario per quel che riguarda tutte queste nozioni sono anzitutto, nel caso di specie, quelli determinati nella prima direttiva.

15. Nel presente procedimento trattasi pertanto dell'interpretazione della locuzione « l'oggetto della società ». Questa interpretazione è particolarmente delicata perché le varie versioni linguistiche dell'art. 11, lett. b) divergono sul punto [23]. Stando alla versione olandese una società può essere dichiarata nulla qualora il suo « werkelijk(e) doel » (oggetto reale) sia illecito o contrario all'ordine pubblico. Occorrerebbe stabilire se per « doel van de vennootschap » (nella versione francese: « objet de la société ») vada inteso esclusivamente l'oggetto della società così come è descritto nell'atto costitutivo o negli statuti oppure se questa locuzione riguardi anche l'attività effettivamente svolta dalla società o addirittura le finalità effettivamente perseguite tramite la società (nel senso di « le but de la société ») [24]. Solo in quest'ultima ipotesi il giudice a quo adito nella causa principale può ritenere, senza dare al proprio diritto nazionale un'interpretazione che non sarebbe conforme alla direttiva, che una società possa essere dichiarata nulla conformemente alla direttiva qualora sia stata costituita all'(unico) scopo di turlupinare i creditori dei fondatori, come sostiene la Marleasing nella causa principale.

Proprio su questo punto in taluni Stati membri la causa di nullità di cui all'art. 11, lett. b), ha occasionato interpretazioni divergenti [25]. Ciò non sorprende se si pensa a quali dibattiti e quali compromessi si sono svolti fra la Commissione e gli esperti degli Stati membri prima dell'adozione dell'art. 11 [26]. In altri Stati membri invece questa causa di nullità non ha quasi attirato l'attenzione, come del resto tutto il complesso del regime di nullità istituito dalla direttiva.

Il motivo di questo assai diverso atteggiamento non è facile da individuare. I controlli preventivi (giudiziari o amministrativi) predisposti in taluni Stati in ordine alla costituzione delle società dei capitali (v. art. 10 della direttiva) sono senza dubbio atti a prevenire l'eventuale applicazione delle norme

22 — V. sentenza 11 marzo 1986, Conegate, punti 14-16 della motivazione (causa 121/85, Racc. pag. 1007).

23 — La versione olandese parla di « werkelijk(e) doel van de vennootschap ». La versione tedesca parla invece di « tatsächlich(er) Gegenstand des Unternehmens ». Nella versione francese (« l'objet de la société ») e in quella italiana (« (l') oggetto della società ») l'oggetto della società non è specificato, e neppure nelle versioni nelle altre lingue comunitarie approvate dal Consiglio dopo l'adozione della direttiva, ed in particolare nella versione spagnola [« (el) objeto de la sociedad »], che sono parimenti autentiche.

24 — Queste tre nozioni sono utilizzate parallelamente nella convenzione sul mutuo riconoscimento del 1968: v. in prosieguo nota 32.

25 — Ciò si è verificato in Belgio e in Francia (ma anche in Germania e in Italia; v. in prosieguo nota 30): v., in particolare, l'articolo di Simont L., « Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation », in *Les sociétés commerciales*, Jeune barreau, Bruxelles, 1985, pag. 102 e segg., nonché l'articolo di Houin R., « Chroniques de législation et de jurisprudence françaises — Sociétés commerciales », in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1970, pag. 736 e segg. In Francia sembra che l'opinione dominante vada nel senso che la legge francese sulle società, che è stata adeguata alla direttiva con decreto legislativo 20 dicembre 1969, n. 1176, ha mantenuto le cause di nullità di diritto comune (in particolare la causa illecita) non espressamente escluse dall'art. 360. Taluni autori (v., fra gli altri, Serra Y., *Chronique*, Dalloz, 1973, pag. 17 e segg.) si domandano se questa normativa francese non sia incompatibile con la prima direttiva. In Belgio, soprattutto nella dottrina e nella giurisprudenza in lingua olandese, si dà preferenza all'interpretazione estensiva, tenuto conto nella versione olandese dell'art. 11, lett. b), della direttiva (v. nota precedente): v., in particolare, Ronse, J., e altri, *Overzicht van rechtspraak (1978-1985) Vennootschappen, Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1986, pag. 885 e segg., e, da ultimo, la sentenza pronunciata il 28 maggio 1990 dal Rechtbank van Koophandel di Hasselt, non ancora pubblicata.

26 — V. il commento di Stein, E., *Harmonization of European Company Laws*, 1971, pag. 299 e segg.

sulla nullità. Grazie al controllo preventivo l'atto di costituzione della società ha, in taluni Stati membri, un carattere più formale che consente di « staccare » l'atto di costituzione dai rapporti contrattuali che ne sono alla base, il che incide in modo particolare nel caso di specie. Questo maggior formalismo costituisce forse un altro motivo che può chiarire il minore interesse per il regime della nullità in questi Stati membri.

16. Comunque, sia il regime di nullità istituito nella prima direttiva sia le altre norme che essa contiene in materia di pubblicità e di validità delle obbligazioni della società denotano l'intento di rafforzare la « tutela degli interessi dei terzi » (secondo « considerando » della direttiva) in un mercato ampliato per quel che riguarda le società che non offrono ai terzi altra garanzia che il patrimonio sociale (primo e terzo « considerando »). Il regime di nullità è poi volto « a limitare i casi di nullità e gli effetti retroattivi della dichiarazione di nullità » al fine di « garantire la certezza del diritto nei rapporti tra la società ed i terzi nonché nei rapporti fra i soci » (sesto « considerando ») [27].

Pertanto mi pare evidente che per tutelare gli interessi dei terzi — cioè dei creditori della società —, ogni causa di nullità, considerata isolatamente, va interpretata in senso stretto ed occorre evitare il più possibile di sanzionare con la nullità della società i vizi che inficiano i rapporti contrattuali tra soci o fra i soci e la società. Ciononostante è possibile e auspicabile che questi vizi vengano sanzionati in un altro modo atto a non compromettere l'esistenza della società e meno dannoso per i creditori.

In questo ordine di idee ritengo che la nozione di « oggetto della società » di cui all'art. 11, lett. b), della direttiva debba essere intesa nel senso che si riferisce all'oggetto della società così come è descritto nell'atto costitutivo o negli statuti e così come è stato pubblicato [v. art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva nonché l'art. 3] [28]. Solo qualora l'oggetto sociale così inteso sia « illecito o contrario all'ordine pubblico », il vizio può comportare la nullità della società. La finalità perseguita tramite la costituzione della società, ma che non risulti dall'atto costitutivo o dagli statuti, ad esempio l'intento di nuocere ai creditori dei soci [29], non può comportare la nullità della società: siffatta illiceità o incompatibilità con l'ordine pubblico (ad esempio con la norma dell'unità del patrimonio dei soci fondatori) dovrà essere sanzionata in modo diverso e non tramite la nullità della società (v. in prosieguo punto 19).

17. Dette osservazioni richiedono un'importante precisazione. Sia la versione tedesca sia la versione olandese dell'art. 11, lett. b), chiariscono che per oggetto della società va inteso l'oggetto reale di quest'ultima (« wer-

27 — Le conseguenze della nullità nei confronti dei terzi sono disciplinate tassativamente dalla direttiva (v., in particolare, l'art. 12, nn. 2 e 3, citato supra al punto 11); gli effetti della nullità tra i soci possono essere disciplinati dalla normativa di ogni Stato membro (art. 12, n. 4, anch'esso citato supra).

28 — La nozione di « oggetto sociale » viene utilizzata anche all'art. 9, n. 1, della prima direttiva: v., in proposito, Stein, E., op. cit, pag. 282 e segg. Sembra anche che in quel caso la nozione di oggetto della società vada intesa così come è stata descritta nell'atto costitutivo o negli statuti, in conformità alle norme di legge in tema di specializzazione delle persone giuridiche.

29 — La tutela offerta ai terzi dalla prima direttiva riguarda solo taluni terzi, e cioè i creditori della società, e non i terzi creditori dei soci. Questa tutela particolare è stata istituita perché, nelle società di capitali, i creditori della società non dispongono di nessun'altra garanzia al di fuori del patrimonio della società: v. il terzo « considerando » della direttiva.

kelijk » in olandese; « tatsächlich » in tedesco). Mi pare una precisazione utile, non contraddetta dalle altre versioni. Essa dimostra che, qualora l'attività effettiva della società così come viene svolta dal momento della costituzione sia illecita o contraria all'ordine pubblico, la causa di nullità di cui all'art. 11, lett. b), può essere fatta valere anche se detta attività non corrisponde all'oggetto in ipotesi lecito, descritto nell'atto costitutivo o negli statuti [30]. Si consideri ad esempio il caso di una società, il cui oggetto sociale sia designato nell'atto costitutivo o negli statuti come la gestione di un albergo, mentre in realtà risulta invece essere la gestione di una sala giochi (vietata dalla legge) o l'esercizio di attività (punibili) connesse alla prostituzione, oppure si immagini che l'atto costitutivo della società indichi come oggetto sociale la produzione e l'esportazione di tubi di acciaio mentre in realtà la società si occupa, mediante questa copertura, della produzione e della fornitura (illegali) di armi.

Occorre tuttavia che l'attività venga effettivamente svolta in questo modo sin dall'inizio [31]. Qualora una società il cui oggetto sociale è lecito svolga solo in seguito attività illecite in violazione dell'oggetto della società, ciò non può comportare la sua nullità, bensì eventualmente la sua dissoluzione qualora il diritto nazionale lo preveda.

18. La precisazione fatta al paragrafo precedente, la quale, come ho già sottolineato, è fondata sulle versioni tedesca e olandese dell'art. 11, lett. b), mi pare utile. Essa è inoltre compatibile con la tutela degli interessi dei terzi in quanto permette di impedire che vengano frodati tramite un'attività di copertura indicata nell'atto costitutivo della società o negli statuti, ma sin dall'inizio non corrispondente alla realtà. D'altronde, contrariamente alle intenzioni che hanno guidato i soci all'atto della costituzione della società, l'attività effettivamente svolta è di norma identificabile dai terzi che concludono operazioni commerciali con la società. Infine, senza questa precisazione la causa di nullità di cui all'art. 11, lett. b), perderebbe una buona parte del suo contenuto reale perché, il divieto, così limitato, di un oggetto sociale illecito o contrario all'ordine pubblico potrebbe essere facilmente aggirato indicando nell'atto costitutivo o negli statuti un oggetto lecito ma simulato [32].

30 — Nello stesso senso v., in particolare, Van Ryn, J. e Van Ommeslaghe, P., « Examen de jurisprudence (1972-1978), les sociétés commerciales », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, i quali, a pag. 241, propongono di risolvere un'animata controversia in proposito — controversia cui ha dato spunto anche la normativa francese (v. Houin, R., op. cit., pag. 736 e segg.) — nel modo seguente: « Il faudrait avoir égard non seulement à l'objet social statutaire, mais aussi aux activités effectivement exercées sous ce couvert ». V. anche Simont, L., op. cit., n. 28, il quale aggiunge che la possibilità di annullamento per attività di fatto illecite è necessaria in quanto, ai sensi dell'art. 9, n. 1 della prima direttiva, anche gli atti « ultra vires » compiuti dagli organi sociali obbligano la società. La dottrina tedesca sembra andare nella stessa direzione: v. Gessler, Hefermehl, Eckardt e Kropff: *Aktiengesetz*, 1986, pagg. 275-276. La dottrina italiana sembra invece divisa: v. Borgioli, A., *La nullità della società per azioni*, 1977, pag. 414 e segg., nonché i rinvii pro e contro alla nota 126, pag. 414.

31 — V., anche in particolare, Galgano, F., « La società per azioni », *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VII, 1984, pag. 101; Ronse, J., *De vennootschapswetgeving*, 1973, pag. 76, e Simont, L., op. cit., n. 28.

32 — Va notato che nella convenzione 29 febbraio 1968 relativa al mutuo riconoscimento delle società e delle persone giuridiche, firmata poco prima dell'adozione della prima direttiva (Supplemento 2/1969 al Boll. CE), si ritrova all'art. 9 una nozione più ampia dell'oggetto (sociale). Vi si trovano non solo il « maatschappelijk doel » e la « daadwerkelijke uitgeoefende activiteit », ma anche « het werkelijk nagestreefde doel » (che nella versione francese corrispondono rispettivamente a « objet », « activité effectivement exercée » e « but »). Qualora uno di questi tre elementi sia incompatibile « con i principi o le disposizioni che lo Stato interessato ritiene di ordine pubblico ai sensi del diritto nazionale », quest'ultimo Stato può negare il riconoscimento ad una società straniera. Questa differenza fra l'art. 9 della convenzione sul mutuo riconoscimento e l'art. 11, lett. b), della prima direttiva deriva senz'altro dalla specifica finalità della direttiva, che consiste nel limitare i casi di nullità della società al fine di tutelare gli interessi dei terzi. Per le ragioni richiamate nel testo, questi casi di nullità non possono tuttavia essere limitati al punto da escludere anche dall'oggetto sociale « l'attività effettivamente svolta (sin dall'inizio) ». Questa limitazione può tuttavia escludere lo « scopo perseguito » dai soci per il tramite della società in quanto non noto ai terzi.

19. Non si può sopravvalutare l'importanza pratica di questa definizione restrittiva — ma non troppo — della causa di nullità menzionata nell'art. 11, lett. b). Per i creditori il cui debitore conferisce il proprio patrimonio ad una società allo scopo di sottrarlo ai creditori — ipotesi che non rientra nella definizione che ho illustrato —, una dichiarazione di nullità della società interessata costituirebbe solo una tutela limitata. L'efficacia giuridica della dichiarazione di nullità deve infatti essere conforme alle disposizioni dell'art. 12 della prima direttiva che ho citato in precedenza (punto 11). Ciò significa che la nullità comporta la liquidazione della società come ciò avverrebbe in caso di scioglimento. Ciò significa inoltre che la nullità non implica di per sé l'invalidità degli impegni assunti dalla società. Il regime istituito dalla direttiva lascia pertanto sussistere il patrimonio distinto della società dichiarata nulla in modo che in linea di principio i creditori dei soci non possono ottenere soddisfazione sui beni conferiti da questi ultimi alla società nulla.

Come ho già chiarito (al punto 12) la prima direttiva si applica senza pregiudizio di altre sanzioni previste dal diritto nazionale per un'ipotesi del genere e, per esempio, essa garantisce ai creditori la possibilità di esigere, se lo ritengono vantaggioso, l'annullamento del *conferimento* effettuato in frode dei loro diritti[33]. Siffatta azione di annullamento risulterà di solito più efficace per tutelare i loro interessi della dichiarazione di nullità della società stessa.

33 — Questo punto non mi pare controverso. V., in particolare, Van Ommeslaghe, P., « La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés », *Cahiers de droit européen*, 1969, pag. 657.

**Riepilogo**

20. Ricapitolando quanto illustrato giungo alle seguenti conclusioni. L'art. 11 della prima direttiva non ha efficacia diretta fra i singoli, per cui La Comercial non può avvalersi della direttiva e opporre direttamente l'elencazione tassativa delle cause di nullità alle pretese della Marleasing. Il giudice nazionale è invece tenuto ad interpretare il proprio diritto nazionale societario in modo conforme alla direttiva qualora il diritto nazionale possa essere soggetto ad interpretazioni divergenti. Mi pare che ciò si verifichi quando, trattandosi della nullità di società (per azioni), nozioni generali di diritto contrattuale vengono applicate per analogia, in primo luogo perché dette nozioni generali sono soggette ad interpretazione ed in secondo luogo perché l'interpretazione per analogia è solo uno dei metodi di interpretazione possibili. In un caso del genere mi sembra che il giudice nazionale che interpreta il diritto nazionale possa facilmente conformarsi all'elenco tassativo di cui all'art. 11 e eventualmente — qualora la nullità venga comunque pronunciata — conformarsi all'art. 12 della prima direttiva per quanto riguarda i limiti alla retroattività della nullità.

La causa di nullità di cui all'art. 11, lett. b), va poi intesa nel senso che riguarda un oggetto sociale illecito o contrario all'ordine pubblico così come è descritto nell'atto costitutivo della società o nei suoi statuti ovvero come risulta dall'attività sociale effettivamente svolta sin dall'inizio. Lo scopo perseguito dai soci fondatori per il tramite della costituzione della società, se non è stato

espresso, come ho chiarito prima, non rientra nella nozione di oggetto sociale intesa in questo modo. Ciò non osta tuttavia a che il diritto nazionale possa consentire ai creditori di soci fondatori, i cui interessi siano lesi, di fare ricorso ad altre soluzioni (come l'azione pauliana) le quali — tenuto conto dell'incidenza limitata di un'eventuale nullità — possono essere altrettanto efficaci, ma non sono disciplinate dalla direttiva.

## Conclusione

21. Viste le osservazioni sin qui svolte propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali nel modo seguente:

« 1) L'art. 11 della direttiva del Consiglio 29 marzo 1968, 68/151/CEE, non può essere fatto valere in quanto tale nei confronti di un singolo. Spetta tuttavia al giudice nazionale interpretare la propria normativa nazionale alla luce della lettera e della finalità di questa disposizione della direttiva e, qualora la nullità venga pronunciata, alla luce dell'art. 12.

2) L'art. 11, primo comma, n. 2, lett. b), della direttiva 68/151/CEE va interpretato nel senso che si deve intendere per " oggetto della società ", l'oggetto sociale così come è stato descritto negli statuti della società o nell'atto costitutivo pubblicati ovvero come risulta dall'attività effettivamente svolta dalla società sin dall'inizio ».