CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN van 12 juli 1990 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De Juzgado de Primera Instancia e Instrucción te Oviedo heeft het Hof verzocht een prejudiciële beslissing te geven over de uitlegging van artikel 11 van richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 [1], hierna „de Eerste richtlijn".

Situering

2. Het verzoek is gerezen in het kader van een geschil tussen Marleasing SA, eiseres, en een aantal verweerders waaronder La Comercial Internacional de Alimentación SA (hierna afgekort tot „La Comercial"). Deze laatste werd onder de vorm van een sociedad anónima door drie personen opgericht, waaronder de vennootschap Barviesa die haar vermogen heeft ingebracht. Marleasing die een belangrijk schuldeiser van Barviesa is, beweert dat La Comercial in feite alleen door Barviesa zou zijn opgericht en dat de twee andere oprichters stromannen zouden zijn. Volgens haar zou La Comercial uitsluitend zijn opgericht om het vermogen van Barviesa aan de vorderingen van diens schuldeisers te onttrekken. Onder verwijzing naar de bepalingen van het Spaanse burgerlijk wetboek inzake de geldigheid van overeenkomsten, meer bepaald de artikelen 1261 en 1275 welke aan overeenkomsten zonder oorzaak of met een ongeoorloofde oorzaak rechtsgevolgen ontzeggen, heeft Marleasing in hoofdorde de nietigverklaring gevorderd, wegens simulatie, van de vennootschapsovereenkomst betreffende La Comercial alsmede, wegens het ontbreken van een (geoorloofde) oorzaak, van de oprichtingsakte van die vennootschap. In subsidiaire orde heeft Marleasing de tenietdoening van bedoelde overeenkomst en akte gevorderd wegens benadeling van de schuldeisers, en in nog meer subsidiaire orde de tenietdoening om dezelfde reden van Barviesa's inbreng in het vennootschapsvermogen.

In haar verweer heeft La Comercial zich onder meer beroepen op artikel 11 van de Eerste richtlijn dat een limitatieve opsomming geeft van de gevallen waarin de nietigheid van een vennootschap kan worden uitgesproken. Het ontbreken van een (geoorloofde) oorzaak, dit is het door Marleasing in hoofdorde ingeroepen middel, komt in die opsomming niet voor. De vennootschap zou derhalve niet kunnen worden nietig verklaard.

3. De verwijzende rechter is van oordeel dat deze zaak het probleem aan de orde stelt van de rechtstreekse werking van een richtlijn die door een Lid-Staat nog niet in nationaal recht is omgezet. Hij herinnert eraan dat het Koninkrijk Spanje, krachtens artikel 395 van de Toetredingsakte [2], ertoe gehouden was vanaf zijn toetreding uitvoering te geven aan de Eerste richtlijn. Hij stelt echter vast dat dit op de dag van de

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

1 — Eerste richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het EEG-Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB 1968, L 65, blz. 8).

2 — Akte betreffende toetredingsvoorwaarden voor het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek en de aanpassing van de Verdragen (PB 1985, L 302, blz. 23).

verwijzingsbeschikking nog niet was gebeurd.[3] In die omstandigheden heeft de verwijzende rechter het volgende verzoek om uitlegging aan het Hof voorgelegd:

„Is artikel 11 van richtlijn 68/151 van de Raad van 9 maart 1968, die niet is omgezet in nationaal recht, rechtstreeks toepasselijk, zodat een naamloze vennootschap niet op een andere grond dan de in dat artikel opgesomde gronden kan worden nietig verklaard?"

4. De verwijzende rechter gaat er terecht van uit dat de rechtsvorm waaronder La Comercial werd opgericht, namelijk deze van sociedad anónima, onder de toepassing van de Eerste richtlijn valt.[4] Even terecht neemt hij aan dat deze richtlijn de nietigverklaring van een dergelijke vennootschap alleen toelaat in de in artikel 11, eerste alinea, lid 2 opgesomde gevallen. Dat het hier om een limitatieve opsomming van nietigheidsgevallen gaat, blijkt onmiskenbaar uit de laatste alinea van artikel 11:

„Buiten deze gevallen van nietigheid geldt er voor de vennootschappen geen enkele grond van onbestaanbaarheid, van absolute nietigheid, van relatieve nietigheid of van vernietigbaarheid."

De vraag naar de rechtstreekse werking van de Eerste richtlijn kan dus van belang zijn voor de oplossing van het bodemgeschil. Ik zal haar eerst — kort — onderzoeken en ontkennend beantwoorden. Mijn negatief antwoord belet echter niet dat de richtlijn toch als maatstaf moet dienen bij de interpretatie van nationaal recht (hierna, nr. 7 e. v.) maar natuurlijk slechts binnen het bereik van haar toepassingsgebied (hierna, nr. 12).

Een richtlijnbepaling kan als zodanig niet tegenover een particulier worden ingeroepen

5. In het arrest Becker[5] heeft het Hof gesteld dat, wanneer een bepaling van een richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, particulieren zich erop kunnen beroepen tegenover een Lid-Staat die verzuimd heeft de richtlijn binnen de gestelde termijn in zijn nationaal recht om te zetten. In het arrest Marshall[6] heeft het Hof hieraan toegevoegd dat deze mogelijkheid alleen bestaat tegenover de betrokken Lid-Staat en de lichamen van die Staat. Uit deze stellingname van het Hof volgt

„dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen *aan particulieren* kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover *een particulier* kan worden ingeroepen" (Marshall, r. o. 48, cursivering toegevoegd).

3 — Intussen heeft de Spaanse wetgever de wet 19/1989 van 25 juli 1989 goedgekeurd tot aanpassing van de handelswetgeving aan de EEG-richtlijnen (BOE nr. 178 van 27.7.1989). De bepalingen betreffende de naamloze vennootschap werden nadien gecoördineerd in RD legislativo 1564/1989 van 22 december 1989 (BOE nr. 310 van 27.12.1989). De artikelen 34 en 35 van dit decreet regelen de nietigheid van de naamloze vennootschap overeenkomstig de nietigheidsregeling van de Eerste richtlijn. Of deze latere bepalingen van belang kunnen zijn voor het bodemgeschil is een vraag voor de nationale rechter, die hier niet moet worden onderzocht.

4 — Zie artikel 1 van de Eerste richtlijn, zoals aangepast door de Toetredingsakte, luidens welke ten aanzien van Spanje de volgende rechtsvormen binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen: la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada.

5 — Arrest van 19 januari 1982 (zaak 8/81, Becker, Jurispr. 1982, blz. 53, r. o. 23-25).

6 — Arrest van 26 februari 1986 (zaak 152/84, Marshall, Jurispr. 1986, blz. 723).

Deze stellingname werd sindsdien herhaaldelijk bevestigd, laatst in het arrest Busseni.[7]

6. In de voorliggende zaak roept La Comercial als verweer tegen de hoofdvordering van Marleasing een richtlijnbepaling in, met name het voornoemde artikel 11 van de Eerste richtlijn, welke op de dag van de verwijzingsbeschikking nog niet in de Spaanse wetgeving was omgezet. Het in dat artikel verwoorde verbod om een vennootschap nietig te verklaren op andere gronden dan de daarin opgesomde is zonder de minste twijfel onvoorwaardelijk èn voldoende nauwkeurig om principieel voor rechtstreekse toepassing in aanmerking te komen. Toch kan deze bepaling uit de richtlijn, gelet op de vaststaande rechtspraak van het Hof, niet door La Comercial tegen Marleasing in het bodemgeschil worden ingeroepen. Er is immers geen enkele aanwijzing dat Marleasing als staatslichaam of overheidsorgaan zou optreden, ook niet in de brede opvatting die het Hof nog vandaag daaraan gegeven heeft.[8]

De verplichting om het nationale recht conform de richtlijn uit te leggen

7. Al kan een richtlijnbepaling niet tegenover een particulier worden ingeroepen, toch is de nationale rechter er ook dan toe gehouden, aldus het Hof, in het arrest Von Colson en Kamann[9], om

„bij de toepassing van nationaal recht, en met name van de bepalingen van een speciaal ter uitvoering van (de) richtlijn... vastgestelde wet, dit nationaal recht (uit te leggen) in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het in artikel 189, derde alinea, bedoelde resultaat te bereiken."

Deze herhaaldelijk bevestigde[10] verplichting voor nationale rechtscolleges om hun nationale wetgeving richtlijnconform te interpreteren, houdt niet in dat aan een bepaling uit een richtlijn enigerlei rechtstreekse werking tussen particulieren wordt gegeven.[11] Integendeel, het zijn de nationale bepalingen zelf die, op een richtlijnconforme manier geïnterpreteerd, rechtstreekse uitwerking hebben.

8. De verplichting tot richtlijnconforme uitlegging rijst telkens wanneer de nationale wetsbepaling in enigerlei mate voor uitlegging vatbaar is.[12] De nationale rechter moet dan, met inachtneming van de in zijn rechtssysteem gangbare interpretatiemethodes, aan die methode voorrang geven welke hem toelaat aan de betrokken bepaling van

7 — Arrest van 22 februari 1990 (zaak C-221/88, EGKS/Busseni, Jurispr. 1990, blz. I-495).

8 — Daarover mijn conclusie van 8 mei 1990 in zaak C-188/89, Foster e. a./British Gas (arrest van 12 juli 1990, Jurispr. 1990, blz. I-3313 en I-3326) evenals, meer in het algemeen, mijn conclusie van 30 januari 1990 in zaak C-262/88, Barber (arrest van 17 mei 1990, Jurispr. 1990, blz. I-1889 en I-1912).

9 — Arrest van 10 april 1984 (zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891, r. o. 26). Zie ook het arrest van dezelfde datum in zaak 79/83, Harz, Jurispr. 1984, blz. 1921, r. o. 26.

10 — Arrest van 15 mei 1986 (zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651, r. o. 53), arrest van 8 oktober 1987 (zaak 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Jurispr. 1987, blz. 3969, r. o. 12), arrest van 20 september 1988 (zaak 31/87, Gebroeders Beentjes, Jurispr. 1988, blz. 4635, r. o. 39) en arrest van 7 november 1989 (zaak 125/88, Nijman, Jurispr. 1989, blz. 3533, r. o. 6).

11 — Daarom dient de betrokken bepaling van de richtlijn overigens niet „onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig" te zijn om als maatstaf van interpretatie te dienen: zo ook de conclusie van advocaat-generaal Darmon in zaken C-177/88, Dekker, en 179/88, Hertz, van 14 november 1989 (nr. 15), Jurispr. 1990, blz. I-3941 en I-3956.

12 — Over deze verplichting, zie onder meer Galmot, Y. en Bonichot, J. C.: „La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national", *Revue française de droit administratif*, 1988, blz. 1 en volgende, in het bijzonder op blz. 20 en volgende.

nationaal recht een betekenis te geven die in overeenstemming is met de richtlijn.[13]

De verplichting tot richtlijnconforme uitlegging wordt weliswaar begrensd door het gemeenschapsrecht zelf waarvan de richtlijn deel uitmaakt, en met name door de ook van het gemeenschapsrecht deel uitmakende beginselen van rechtszekerheid en verbod van terugwerkende kracht. In strafzaken kan dergelijke uitlegging bv. niet resulteren in een niet bij nationale wet ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde strafrechtelijke aansprakelijkheid.[14] *Mutatis mutandis* kan een richtlijn m. i. evenmin op eigen kracht — d. i. zonder nationale uitvoeringswet — een civielrechtelijke sanctie, zoals nietigheid, in het nationale recht introduceren. Daarover gaat het hier echter niet: hier is integendeel een richtlijnbepaling aan de orde die bepaalde nietigheidsgronden *uitsluit.*

9. De vraag naar richtlijnconforme uitlegging zal meestal rijzen met betrekking tot bepalingen van nationaal recht die specifiek uitvoering geven aan de betrokken richtlijn. Zo ook in de zaak *Von Colson en Kamann* en de in voetnoot 10 geciteerde zaken.

Er is echter geen reden om het vereiste van richtlijnconforme interpretatie tot die hypothese te beperken.[15] Dit volgt mijns inziens uit de door het Hof aan dit vereiste ten grondslag gelegde argumentatie. Die steunt immers op de overweging dat rechterlijke instanties, zoals de overige gezagslichamen van de Lid-Staten, ertoe gehouden zijn, gelet op artikel 5 EEG-Verdrag, om het door de richtlijn beoogde resultaat met *alle* daartoe geschikte maatregelen die binnen hun bevoegdheid liggen, na te streven. Daarenboven heeft de betrokken richtlijn als onderdeel van het communautair recht in principe voorrang op *alle* bepalingen van nationaal recht. Dit geldt in het bijzonder wanneer het gaat om nationale bepalingen die, zoals in onderhavige zaak, betrekking hebben op het door de richtlijn bestreken rechtsgebied, ook al zijn ze voordien en dus niet ter uitvoering van de richtlijn uitgevaardigd.[16] Is dit trouwens geen uitgemaakte zaak, nu het Hof in het arrest *Grimaldi*[17] heeft geoordeeld dat de nationale rechter ertoe gehouden is niet bindende aanbevelingen in aanmerking te nemen bij de uitlegging van nationale bepalingen, ook al geven die geen uitvoering aan de aanbeveling?

10. Passen wij het voorgaande toe op de voorliggende vraagstelling. Bij ontstentenis, op het ogenblik van de feiten, van omzetting van de Eerste richtlijn in de Spaanse wetgeving en bij ontbreken in de Spaanse wet van 17 juli 1951 betreffende de naamloze vennootschappen van een specifieke nietigheidsregeling voor deze vennootschap-

13 — Voor een recent voorbeeld: zie het arrest Litster van het House of Lords van 16 maart 1989, [1989] 1 All ER 1134.

14 — Arrest van 8 oktober 1987, zaak 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, reeds aangehaald, (r. o. 13).

15 — Zo ook mijn conclusie van 30 januari 1990 in zaak C-262/88, Barber, Jurispr. 1990, nr. 50.

16 — Gaat het om voordien uitgevaardigde nationale bepalingen dan zal de richtlijnconforme interpretatie normalerwijze maar toepassing vinden vanaf het verstrijken van de in de richtlijn voorgeschreven omzettingstermijn (of zelfs vanaf de inwerkingtreding van de richtlijn: zie het reeds geciteerde arrest Kolpinghuis Nijmegen, r. o. 15 en 16). Feiten voorgekomen vóór die data blijven uiteraard beheerst door de (nog) niet-richtlijnconform geïnterpreteerde nationale bepalingen. In casu is de litigieuze vennootschap La Comercial evenwel opgericht op een ogenblik, namelijk 7 april 1987, toen de omzettingstermijn van de Eerste richtlijn voor Spanje reeds verstreken was (nl. op 1 januari 1986).

17 — Arrest van 13 december 1989 (C-322/88, Grimaldi, Jurispr. 1989, blz. 4407).

pen worden, volgens de heersende rechtsleer [18], de bepalingen inzake nietigheid van overeenkomsten analogisch toegepast. In overeenstemming daarmee heeft Marleasing haar hoofdvordering tot nietigverklaring van de oprichtingsakte van La Comercial gesteund op de artikelen van het Spaanse burgerlijk wetboek volgens dewelke overeenkomsten zonder oorzaak of met een ongeoorloofde oorzaak geen rechtsgevolgen hebben.

De nationale rechter wordt aldus geconfronteerd — zo begrijp ik het — met een probleem van uitlegging van de vennootschapswet. De vraag rijst immers in hoever de nietigheidsgronden van gemeen recht bij analogie toepasselijk kunnen zijn op naamloze vennootschappen. Welnu, uit de in de vorige nummers weergegeven gedachtengang volgt m. i. dat het vereiste van richtlijnconforme uitlegging zich ertegen verzet de nietigheidsbepalingen van gemeen recht dermate op naamloze vennootschappen toe te passen dat de nietigheid van een dergelijke vennootschap kan worden uitgesproken op andere gronden dan deze die in artikel 11 van de Eerste richtlijn limitatief zijn opgesomd.

De draagwijdte van de nietigheidsregeling van de Eerste richtlijn

11. De door de verwijzende rechter voorgelegde prejudiciële vraag betreft de in artikel 11 van de Eerste richtlijn opgesomde nietigheidsgronden. Dat artikel moet bijgevolg ook centraal staan wanneer het erom gaat aan het nationaal recht een richtlijnconforme interpretatie te geven. Uit het artikel waarvan de volledige tekst in het rapport ter terechtzitting is weergegeven (onder nr. 2) citeer ik slechts de twee nietigheidsgronden die hierna ter sprake komen. De wetgeving van de Lid-Staten mag namelijk in een rechterlijke uitspraak van nietigheid voorzien:

„a) ...

b) wanneer het werkelijke doel van de vennootschap ongeoorloofd is of strijdig met de openbare orde;

c) ...

d) ...

e) ...

f) wanneer, in strijd met de nationale wetgeving waardoor de vennootschap wordt beheerst, het aantal vennoten-oprichters minder dan twee bedraagt."

Benevens artikel 11 van de Eerste richtlijn moet ook artikel 12 in het oog worden gehouden. Dit artikel regelt de gevolgen van een eventuele nietigheid. Ik citeer opnieuw alleen de bepalingen die hier van belang zijn:

„1. ...

18 — De Commissie verwijst daarvoor naar Garrigues, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, blz. 435 en volgende. Zie trouwens artikel 50 van de Spaanse Código de Comercio waarin bepaald wordt dat handelsovereenkomsten — volgens artikel 116 van hetzelfde wetboek is een (handels-)vennootschap een handelsovereenkomst -behoudens bijzondere afwijkende regelen — door de regelen van gemeen recht worden beheerst.

2. De nietigheid brengt de liquidatie van de vennootschap mede, op dezelfde wijze als zulks bij de ontbinding kan plaatsvinden.

3. De nietigheid doet op zichzelf geen afbreuk aan de rechtsgeldigheid van de verbintenissen van de vennootschap of van die welke jegens haar zijn aangegaan, onverminderd de gevolgen van het feit dat de vennootschap zich in liquidatie bevindt.

4. De gevolgen van de nietigheid voor de vennoten onderling kunnen door de wetgeving van elke Lid-Staat worden geregeld.

5. ..."

12. Artikel 11 van de Eerste richtlijn kan de nationale rechter, wanneer die het eigen nationaal recht moet interpreteren, uiteraard slechts dienstig zijn voor zover het bodemgeschil betrekking heeft op de nietigheid van een (naamloze) vennootschap. Alle andere punten die in de hoofdeis of in de subsidiaire eisen van Marleasing voor de nationale rechter zijn geformuleerd, laat de richtlijn onverlet.

Dit geldt heel in het bijzonder voor Marleasings pauliaanse vordering strekkende tot tenietdoening van Barviesa's inbreng in het kapitaal van La Comercial voor zover die met bedrieglijke benadeling van de rechten van Barviesa's schuldeisers zou zijn gedaan. Dergelijke eis wordt niet door de nietigheidsregeling van de Eerste richtlijn geraakt.

Evenmin, zo komt het mij voor, valt een (voor-)overeenkomst tussen aandeelhouders — als die te onderscheiden is van de eigenlijke oprichtingsakte — op zich onder de nietigheidsregeling van de richtlijn, tenminste voor zover de vernietiging van de overeenkomst niet automatisch de nietigheid van de vennootschap tot gevolg heeft.

Ten slotte bevat de Eerste richtlijn ook geen regeling inzake de ontbinding van vennootschappen, naar ik aanneem omdat de ontbinding van een vennootschap normalerwijze geen terugwerkende kracht heeft en de door de vennootschap vóór ontbinding aangegane verbintenissen dan ook geldig blijven.

13. Marleasings vordering, voor zover die strekt tot nietigverklaring van de naamloze vennootschap La Comercial als dusdanig, valt daarentegen wel binnen de reikwijdte van de artikelen 11 en 12 van de Eerste richtlijn. In de mate dat de nationale rechter ertoe gehouden is die bepalingen in aanmerking te nemen bij de uitlegging van zijn nationaal recht (hiervoor, nr. 7 e. v.), zal hij geconfronteerd worden met de vraag of de onder sub b van artikel 11 van de richtlijn genoemde nietigheidsgrond het geval dekt van een vennootschap die beweerdelijk werd opgericht met als doel de schuldeisers van de oprichters te benadelen. Het gaat hier derhalve over de interpretatie van de richtlijn zelf (interpretatie die op haar beurt bij het interpreteren van nationaal recht moet worden in aanmerking genomen).

Vooraleer op deze in sommige Lid-Staten betwiste interpretatievraag in te gaan, wil ik erop wijzen dat de verwijzende rechter bij het uitleggen van nationaal vennootschapsrecht wellicht ook gebruik had kunnen maken van andere in artikel 11 genoemde nietigheidsgronden. De meest voor de hand liggende daarvan is deze genoemd onder sub f, volgens hetwelk een Lid-Staat in de

nietigheid van een vennootschap *kan* voorzien wanneer het aantal vennoten-oprichters, in strijd met zijn nationale wetgeving, minder dan twee bedraagt (hetgeen betekent dat hij de mogelijkheid van een eenmansvennootschap bij de oprichting volledig of voor bepaalde types van vennootschappen uitsluit[19]). Door Marleasing is namelijk in het bodemgeschil beweerd dat La Comercial uitsluitend door Barviesa zou zijn opgericht en dat de overige ondertekenaars van de oprichtingsakte stromannen zijn.

Niettegenstaande deze bewering, werd de nietigheidsgrond van sub f voor het Hof noch in de schriftelijke opmerkingen noch tijdens de mondelinge behandeling aan de orde gesteld. Evenmin blijkt uit de verwijzingsbeslissing of het Spaanse (burgerlijke of handels-) recht op het ogenblik van de feiten regelen dienaangaande bevatte, en zo ja dewelke en of zij op straffe van nietigheid waren voorgeschreven. Ik zal op deze nietigheidsgrond dan ook niet ingaan en wil er alleen op wijzen dat het van de nationale wet afhangt — waarnaar artikel 11, sub f uitdrukkelijk verwijst en wanneer die bij de oprichting van de vennootschap een (minstens) tweeledig aandeelhouderschap voorschrijft — of en in welke mate het optreden van niet voor eigen rekening handelende vennoten-oprichters mogelijkerwijze tot nietigheid van de vennootschap leidt[20]. Het staat de nationale wetgever immers vrij de in artikel 11 genoemde nietigheidsgronden niet, of slechts gedeeltelijk, over te nemen en dus ook het toepassingsgebied ervan te beperken. Hij mag ze daarentegen noch in aantal, noch inhoudelijk uitbreiden.

14. De door de prejudiciële vraagstelling opgeworpen vraag komt er dus op neer te weten hoe sub b van artikel 11 moet worden uitgelegd. Daarbij gaat het in de voorliggende zaak, gelet op de feiten waarrond het bodemgeschil draait, over de uitdrukking „het werkelijke doel van de vennootschap". De uitdrukking, in hetzelfde sub b van artikel 11, „ongeoorloofd ... of strijdig met de openbare orde" staat daarentegen niet ter discussie. Ik wil er niettemin aan herinneren dat het begrip „openbare orde" in de rechtspraak van het Hof in een ander verband, nl. in verband met artikel 48, lid 3, EEG-Verdrag, meermaals aan de orde is geweest. In dat verband heeft het Hof erop gewezen dat, ofschoon het begrip niet eenzijdig zonder controle van de gemeenschapsinstellingen mag worden bepaald, de inhoud ervan niettemin naar land en tijd kan verschillen en dat aan de nationale autoriteiten, dienovereenkomstig, een zekere beoordelingsmarge moet worden gelaten „binnen de door het Verdrag en de ter uitvoering daarvan vastgestelde bepalingen gestelde grenzen". In elk geval, zo vervolgt het Hof, veronderstelt het begrip „afgezien van de storing van de sociale orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, het bestaan... van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast"[21]. Van zijn kant verwijst het begrip „ongeoorloofd" mijns inziens naar strijdigheid met een dwingende en onvoorwaardelijke wettelijke verbodsbepaling of met de goede zeden (voor zover dit laatste niet al onder „openbare orde" valt). Ook het begrip „goede ze-

19 — Inmiddels heeft de Raad de twaalfde richtlijn van 21.12.1989 goedgekeurd inzake het vennootschapsrecht betreffende de eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (89/667/EEG) (PB 1989, L 395, blz. 40).

20 — Niet zelden zal in dat verband een onderscheid worden gemaakt tussen personen die op een geldige manier, zonder bedoeling om een dwingende regel te ontduiken, in eigen naam maar voor andermans rekening als Treuhänder, nominee of prête-nom optreden en personen die als stroman optreden met de bedoeling een dwingende regel, zoals de regel van de eenheid van patrimonium, te ontduiken.

21 — Arrest van 27 oktober 1977 (zaak 30/77, Regina/Bouchereau, Jurispr. 1977, blz. 1999, r. o. 33-35).

den" is in de rechtspraak van het Hof reeds aan de orde geweest met name in verband met artikel 36 EEG-Verdrag, waarbij eveneens werd gewezen op het bestaan van een beoordelingsmarge voor de nationale autoriteiten binnen de grenzen van het gemeenschapsrecht[22]. De door het gemeenschapsrecht ten aanzien van al deze begrippen gestelde grenzen zijn in dit geval op de eerste plaats degene vervat in de Eerste richtlijn.

15. In voorliggende zaak gaat het dus over de interpretatie van de uitdrukking „het werkelijke doel van de vennootschap". De uitlegging daarvan is des te delicater nu de onderscheiden versies van artikel 11 sub b op dit punt verschillen[23]. Volgens de Nederlandse tekst kan een vennootschap worden nietig verklaard wanneer haar „werkelijke doel" ongeoorloofd is of strijdig met de openbare orde. Moet onder „doel van de vennootschap" (in de Franse versie: „objet de la société") uitsluitend het voorwerp van de vennootschap worden verstaan zoals dit in de oprichtingsakte of in de statuten is omschreven of moet daaronder ook de werkelijk uitgeoefende activiteit van de vennootschap worden begrepen of zelfs het met de vennootschap werkelijk nagestreefde doel (in de zin van: „le but de la société")[24]? Alleen in het laatste geval kan de verwijzende rechter in het bodemgeschil, zonder aan zijn nationaal recht een met de richtlijn niet-conforme interpretatie te geven, van oordeel zijn dat een vennootschap kan worden nietig verklaard indien zij werd opgericht met als (enige) bedoeling de schuldeisers van de oprichters te benadelen zoals Marleasing in het bodemgeschil beweert.

In sommige Lid-Staten heeft de nietigheidsgrond van artikel 11, sub b precies op dit punt aanleiding gegeven tot uiteenlopende interpretaties[25]. Verwonderlijk is dit niet als men weet tot welke debatten en compromissen, tussen de Commissie en de deskundigen van de Lid-Staten, de goedkeuring van artikel 11 aanleiding heeft gegeven[26]. In andere Lid-Staten daarentegen heeft deze nietigheidsgrond, en trouwens de hele nietigheidsregeling van de richtlijn, nauwelijks aandacht gekregen.

De reden voor deze zeer ongelijke aandacht is niet gemakkelijk te duiden. De aanwezigheid in sommige landen van een preventief (gerechtelijk of administratief) toezicht bij de oprichting van kapitaalvennootschappen (zie artikel 10 van de richtlijn) is ongetwijfeld van aard om de eventuele toepassing

22 — Arrest van 11 maart 1986 (zaak 121/85, Conegate, Jurispr. 1986, blz. 1007, r. o. 14-16).

23 — In de Nederlandse versie is er sprake van „het werkelijke doel van de vennootschap". In de Duitse versie: „(der) tatsächliche Gegenstand des Unternehmens". In de Franse versie („l'objet de la société") en in de Italiaanse versie [„(il) oggetto della società"] wordt het vennootschapsdoel niet nader gekwalificeerd. Dit is evenmin het geval in de door de Raad na goedkeuring van de richtlijn in de andere gemeenschapstalen vastgestelde teksten, onder meer de Spaanse tekst [„(el) objeto de la sociedad"], die op gelijke wijze authentiek zijn.

24 — Deze drie begrippen worden in het Erkenningsverdrag van 1968 naast elkaar gebruikt: zie hierna, voetnoot 32.

25 — Aldus in België en Frankrijk (maar ook in Duitsland en Italië: cfr. de verwijzingen in voetnoot 30): daarover onder meer Simont, L.: „Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation", *Les sociétes commerciales*, Jeune Barreau Bruxelles, 1985, blz. 102 en volgende; Houin, R.: „Chroniques de législation et de jurisprudence françaises — Sociétés commerciales", *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1970, blz. 736 en volgende. In Frankrijk lijkt de heersende mening te zijn dat de Franse vennootschapswet die bij Ordonnance n° 1176 van 20.12.1969 aan de richtlijn werd aangepast, de gemeenrechtelijke nietigheidsgronden (o. a. ‚la cause illicite') laat bestaan die niet uitdrukkelijk door artikel 360 van die wet worden uitgesloten. Sommige auteurs (zie o. a. Serra, Y.: *Chronique*, Dalloz, 1973, blz. 17 e. v.) vragen zich af of deze Franse regeling niet strijdig is met de Eerste richtlijn. In de vooral nederlandstalige Belgische rechtsleer en rechtspraak wordt, gelet op de Nederlandse tekst van art. 11, sub b van de richtlijn (zie voetnoot 23), de ruime betekenis voorgestaan: zie in het bijzonder Ronse, J. en anderen, *Overzicht van rechtspraak (1978-1985) Vennootschappen, Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1986, blz. 885 en volgende en nog zeer recent, Rechtbank van Koophandel Hasselt, 28 mei 1990, nog niet gepubliceerd.

26 — Zie de bespreking daarvan bij Stein, E.: *Harmonization of European Company Laws*, 1971, blz. 299 en volgende.

van de nietigheidsregelen te voorkomen. Het daarmee verbonden meer formeel karakter van de oprichtingshandeling waardoor zij in sommige Lid-Staten meer dan in andere „ge-detacheerd" wordt van de onderliggende contractuele relaties is een andere mogelijke reden die speciaal hier van belang is.

16. Hoe dit ook zij, uit de in de Eerste richtlijn vervatte nietigheidsregeling maar ook uit de overige daarin voorziene regelingen betreffende de openbaarmaking en de rechtsgeldigheid van de verbintenissen van de vennootschap, blijkt de bedoeling om „de bescherming van de belangen van derden" (tweede overweging van de richtlijn) in een verruimde markt te verstevigen met betrekking tot vennootschappen die aan derden geen andere waarborg te bieden hebben dan hun vermogen (eerste en derde overweging). De nietigheidsregeling zelf met de daarin besloten „beperking van de gevallen van nietigheid en van de terugwerkende kracht van de nietigverklaring" is er op berekend „om de rechtszekerheid te waarborgen in de betrekkingen tussen de vennootschap en derden alsmede tussen de deelnemers in de vennootschap" (zesde overweging) [27].

In die omstandigheden ligt het mijns inziens voor de hand dat elke nietigheidsgrond, ook op zichzelf genomen, met het oog op de bescherming van de belangen van derden — dit zijn de schuldeisers van de vennootschap — eng moet worden geïnterpreteerd en dat het sanctioneren met nietigheid van de vennootschap, van gebreken gehaald uit de contractuele relatie tussen de vennoten onderling of tussen de vennoten en de vennootschap, zoveel mogelijk moet worden vermeden. Dit belet niet dat dergelijke gebreken op een andere manier kunnen en mogen worden gesanctioneerd die het bestaan van de vennootschap niet aantast en minder schadelijk is voor de schuldeisers van de vennootschap.

In overeenstemming daarmee ben ik van oordeel dat het begrip „doel van de vennootschap" in artikel 11, sub b van de richtlijn moet worden verstaan als het voorwerp van de vennootschap zoals dat in de oprichtingsakte of de statuten is omschreven èn openbaar is gemaakt (zie artikel 2, lid 1, sub a van de richtlijn evenals artikel 3) [28]. Alleen wanneer het voorwerp, aldus begrepen, „ongeoorloofd is of strijdig met de openbare orde" kan dit tot nietigheid van de vennootschap aanleiding geven. Het met de oprichting nagestreefde maar niet in de oprichtingsakte of de statuten tot uitdrukking gebrachte doel, bij voorbeeld de benadeling van schuldeisers van de vennoten [29], kan daartoe geen aanleiding zijn: dergelijke ongeoorloofdheid of strijdigheid met de openbare orde (bv. met de regel van de eenheid van het vermogen van de vennoten-oprichters) zal op een andere manier dan met nietigheid van de vennootschap moeten worden bestreden (hierna, nr. 19).

17. Aan het voorgaande moet één belangrijke nuancering worden aangebracht. Zowel de Duitse als de Nederlandse versie van artikel 11, sub b preciseren dat onder voorwerp van de vennootschap het „werkelijke"

27 — Wat de gevolgen van de nietigheid betreft, deze worden ten aanzien van derden op dwingende wijze door de richtlijn geregeld (zie in het bijzonder artikel 12, leden 2 en 3, hiervoor in nr. 11 aangehaald); de gevolgen voor de vennoten onderling kunnen door de wetgeving van elke Lid-Staat worden geregeld (artikel 12, lid 4, daar ook aangehaald).

28 — Het begrip „vennootschapsdoel" komt ook voor in artikel 9, lid 1, van de Eerste richtlijn: daarover Stein, E.: op. cit., blz. 282 en volgende. Ook daar lijkt onder het begrip het voorwerp van de vennootschap te moeten worden verstaan zoals dat, met inachtneming van de wettelijke specialisatie van rechtspersonen, in de oprichtingsakte of de statuten omschreven is.

29 — De door de Eerste richtlijn aan derden geboden bescherming is een bescherming van bepaalde derden, namelijk de schuldeisers van de vennootschap, en niet van derden-schuldeisers van de vennoten. De reden voor de bijzondere bescherming van de crediteuren van de vennootschap ligt hierin, dat zij bij kapitaalvennootschappen geen andere waarborg hebben dan het vermogen van de vennootschap: zie de derde overweging van de richtlijn.

(„tatsächliche") voorwerp moet worden verstaan. Dit lijkt mij een nuttige verduidelijking te zijn die door de andere versies niet wordt tegengesproken. Zij toont aan dat indien de daadwerkelijke activiteit van de vennootschap, zoals die van bij het begin wordt uitgeoefend, ongeoorloofd is of strijdig met de openbare orde, de in artikel 11, sub b voorziene nietigheidsgrond toepassing kan vinden, ook al stemt die activiteit niet overeen met het in de oprichtingsakte of in de statuten omschreven en bij veronderstelling geoorloofde voorwerp [30]. Enkele voorbeelden: de oprichtingsakte of de statuten van een vennootschap geven als voorwerp op het uitbaten van een hotel, terwijl uit de praktijk blijkt dat daarmee het uitbaten van een (wettelijk verboden) speelzaal of van (strafbare handelingen van) prostitutie wordt bedoeld, of nog: in de oprichtingsakte wordt als voorwerp het produceren en exporteren van stalen buizen voorzien terwijl onder dat mom in feite (illegale) wapenproduktie en -leverantie plaats vindt.

Het moet dan wel gaan om een aldus van bij het begin uitgeoefende activiteit [31]. Zou een vennootschap met een geoorloofd voorwerp pas achteraf, in strijd met dit voorwerp, ongeoorloofde activiteiten uitoefenen, dan kan dit niet tot nietigheid, wellicht wel tot ontbinding van de vennootschap aanleiding geven wanneer het nationaal recht daarin voorziet.

18. De in het vorige nummer aangebrachte en mijns inziens nuttige nuancering die zoals gezegd steun vindt in de Duitse en de Nederlandse versie van artikel 11, sub b, lijkt mij niet onverenigbaar te zijn met de bescherming van de belangen van derden. Zij helpt immers verhinderen dat derden door een in de oprichtingsakte of de statuten voorgewende maar van bij het begin niet met de werkelijkheid overeenstemmende activiteit worden misleid. Bovendien is de werkelijk uitgeoefende activiteit, anders dan de bedoelingen die bij de vennoten voorzaten bij de oprichting van de vennootschap, normalerwijze kenbaar voor derden die met de vennootschap transacties sluiten. Ten slotte, zo deze nuancering niet wordt aangebracht, verliest de nietigheidsgrond van artikel 11, sub b heel wat aan reële inhoud, aangezien het ermee beteugelde verbod van ongeoorloofd of met de openbare orde strijdig voorwerp dan gemakkelijk kan worden ontgaan door in de oprichtingsakte of de statuten een geoorloofd maar geveinsd voorwerp op te nemen [32].

30 — In die zin onder meer Van Ryn, J. en Van Ommeslaghe, P.: „Examen de Jurisprudence (1972 à 1978), les sociétés commerciales", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, die op blz. 241 voorstellen een hevige discussie dienaangaande — waartoe ook de Franse wetgeving aanleiding geeft (zie Houin, R., op. cit., op blz. 736 e. v.) — als volgt op de lossen: „il faudrait avoir égard non seulement à l'objet social statutaire, mais aussi aux activités effectivement exercées sous ce couvert". Zie ook Simont, L., op. cit., nr. 28, die eraan toevoegt dat de mogelijkheid van vernietiging wegens ongeoorloofd feitelijk handelen zich des te meer opdringt nu de vennootschap overeenkomstig artikel 9, lid 1, van de Eerste richtlijn ook gebonden is door handelingen die „ultra vires" zijn verricht. De Duitse rechtsleer lijkt ook in die zin: zie Gessler, Hefermehl, Eckardt, en Kropff, *Aktiengesetz*, 1986, blz. 275 en 276. De Italiaanse rechtsleer is daarentegen verdeeld: zie Borgioli, A. *La nullità della società per azioni*, 1977, blz. 414 en volgende, en de verwijzingen pro en contra in voetnoot 126, blz. 414.

31 — Zo ook, onder meer Galgano, F.: „La società per azioni", *Trattato di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia*, VII, 1984, blz. 101; Ronse, J.: *De vennootschapswetgeving*, 1973, blz. 76 en Simont, L., op. cit., nr. 28.

32 — Merkwaardig is dat in het kort vóór de goedkeuring van de Eerste richtlijn ondertekende Verdrag van 29 februari 1968 betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen (Supplement — Bull. EG 2/1969) er in artikel 9 sprake is van een ruimer (vennootschaps-)voorwerpbegrip. Daaronder komt niet alleen het „maatschappelijk doel", en de „daadwerkelijke uitgeoefende activiteit" maar ook „het werkelijk nagestreefde doel" (in de Franse versie resp. weergegeven met: „objet", „activité effectivement exercée" en „but"). Als een van deze drie strijdig is „met de beginselen of bepalingen die de bedoelde Staat als van openbare orde in de zin van het internationaal privaatrecht beschouwt" mag die Staat de erkenning van een buitenlandse vennootschap weigeren. Dit verschil tussen artikel 9 van het Erkenningsverdrag en artikel 11, sub b, van de Eerste richtlijn heeft ongetwijfeld te maken met de specifieke bedoeling van die richtlijn om de nietigheid van vennootschappen ter bescherming van derden te beperken. Om de in de tekst genoemde redenen mag die beperking evenwel niet zover gaan dat zij ook de „(van bij het begin) daadwerkelijk uitgeoefende activiteit" buiten het voorwerp sluit, wel echter het door de oprichters met de vennootschap „nagestreefde doel" dat derden immers onbekend is.

19. Het praktisch belang van de hiervoor voorgestelde beperkte — maar niet al te beperkte — omschrijving van de in sub b van artikel 11 genoemde nietigheidsgrond mag niet worden overschat. Voor de schuldeisers van een debiteur die zijn vermogen in een vennootschap inbrengt met de bedoeling het aan de greep van die schuldeisers te onttrekken — hypothese die niet onder de voorgestelde omschrijving komt — zou een nietigverklaring van de betrokken vennootschap toch maar een beperkte bescherming bieden. De rechtsgevolgen van de nietigheidsuitspraak moeten immers in overeenstemming zijn met de hiervoor (nr. 11) geciteerde bepalingen van artikel 12 van de Eerste richtlijn. Dit betekent dat de nietigheid de vereffening van de vennootschap meebrengt, op dezelfde wijze als die bij ontbinding kan plaatsvinden. En verder dat de nietigheid op zichzelf geen afbreuk doet aan de rechtsgeldigheid van de verbintenissen van de vennootschap. De regeling van de richtlijn laat aldus het afgescheiden vermogen van de nietig verklaarde vennootschap bestaan, zodat de schuldeisers van de vennoten zich in beginsel niet kunnen verhalen op de door deze laatsten in de nietige vennootschap ingebrachte goederen.

Zoals hiervoor (nr. 12) reeds aangeduid laat de Eerste richtlijn andere in het nationaal recht voor deze hypothese voorziene sancties onverlet en behouden de schuldeisers bij voorbeeld de mogelijkheid om in hun voordeel de tenietdoening te vorderen van de *inbreng* die met miskenning van hun rechten werd gedaan.[33] Dergelijke vordering zal doorgaans meer doelmatig zijn om hun belangen te beschermen dan de nietigverklaring van de vennootschap zelf.

33 — Dit punt lijkt niet betwist te worden. Slechts één verwijzing: Van Ommeslaghe, P.: „La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés", in *Cahiers de droit européen*, 1969, blz. 657.

Samenvatting

20. Wat voorafgaat recapitulerend kom ik tot de volgende besluiten. Artikel 11 van de Eerste richtlijn heeft geen rechtstreekse werking tussen particulieren zodat de limitatieve opsomming van nietigheidsgronden niet rechtstreeks op grond van de richtlijn door La Comercial aan Marleasings vordering kan worden tegengeworpen. Wel is de nationale rechter ertoe gehouden zijn nationaal vennootschapsrecht conform de richtlijn te interpreteren zodra het nationaal recht vatbaar is voor uiteenlopende interpretatie. Dit lijkt het geval te zijn wanneer, inzake de nietigheid van (naamloze) vennootschappen, algemene begrippen uit het contractenrecht bij analogie worden toegepast, enerzijds, omdat dergelijke algemene begrippen voor interpretatie vatbaar zijn en, anderzijds, omdat de verwijzing bij analogie maar één mogelijke interpretatiemethode is. In een dergelijk geval, zo komt het mij voor, kan de nationale rechter bij de interpretatie van nationaal recht gemakkelijk gevolg geven aan de limitatieve opsomming van artikel 11 en eventueel — als de nietigheid toch zou worden uitgesproken — aan de beperking van de terugwerkende kracht van de nietigheid overeenkomstig artikel 12 van de Eerste richtlijn.

Van zijn kant moet de nietigheidsgrond van sub b aldus worden verstaan dat daaronder alleen komt een ongeoorloofde of met de openbare orde strijdig voorwerp zoals dat in de oprichtingsakte of de statuten is omschreven of van bij het begin in de daadwerkelijk uitgeoefende activiteit tot uiting komt. Het met de oprichting door de stichtende vennoten nagestreefde doel, als dat niet tot

uitdrukking komt zoals hiervoor aangeduid, komt niet onder het aldus begrepen voorwerp. Dit belet evenwel niet dat het nationaal recht aan schuldeisers van stichtende vennoten wier belangen zijn geschaad, andere — gelet op de beperkte uitwerking van een eventuele nietigheid — doorgaans even doeltreffende oplossingen (zoals de pauliaanse vordering) ter beschikking kan stellen, welke de richtlijn onverlet laat.

Conclusie

21. Gelet op wat voorafgaat stel ik voor als volgt op het verzoek om een prejudiciële beslissing te antwoorden:

„1) Artikel 11 van richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 kan als zodanig niet tegenover een particulier worden ingeroepen. Het komt de nationale rechter echter toe zijn nationale wetgeving uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van deze bepaling van de richtlijn en, wanneer een nietigheid zou worden uitgesproken, van artikel 12 daarvan.

2) Artikel 11, eerste alinea, lid 2, sub b, van richtlijn 68/151/EEG moet in die zin worden uitgelegd dat onder ‚het werkelijke doel van de vennootschap' moet worden verstaan het voorwerp zoals dat in de openbaar gemaakte oprichtingsakte of statuten van de vennootschap is omschreven of zoals dat in de van bij het begin door de vennootschap daadwerkelijk uitgeoefende activiteit tot uiting komt."