CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN

apresentadas em 12 de Julho de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Oviedo solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 11.° da Primeira Directiva 68/151/CEE, de 9 de Março de 1968 [1] (a seguir «primeira directiva»).

Enquadramento do problema

2. O pedido insere-se num litígio que opõe a Marleasing SA, demandante, a um determinado número de demandadas, entre as quais La Comercial Internacional de Alimentación SA (a seguir «La Comercial»). Esta foi constituída sob a forma de uma sociedade anónima por três pessoas, entre as quais se encontra a sociedade Barviesa que entrou com o seu património. Marleasing, que é um credor importante de Barviesa, afirma que La Comercial foi efectivamente constituída apenas pela Barviesa e que os dois outros fundadores eram testas-de-ferro. Na sua opinião, a Comercial foi constituída exclusivamente com o objectivo de subtrair o património de Barviesa às acções dos seus credores. Invocando as disposições do código civil espanhol relativas à validade dos contratos, mais particularmente os artigos 1261.° e 1275.° que privam de efeito jurídico os contratos sem causa ou de causa ilícita, Marleasing conclui pedindo, a título principal, a declaração da nulidade do contrato de sociedade que constitui La Comercial, por simulação, bem como a do acto de constituição da mesma sociedade, por inexistência de causa (lícita). A título subsidiário, a sua anulação por terem sido celebrados para defraudar os direitos dos credores. Ainda a título subsidiário, solicita a anulação, pelo mesmo motivo, da entrada para constituição do capital social feita pela Barviesa.

No memorando de defesa, La Comercial invocou, nomeadamente, o artigo 11.° da primeira directiva, que contém a enumeração exaustiva dos casos em que a invalidade de uma sociedade pode ser reconhecida. Não figurando nessa enunciação a ausência de causa (lícita), invocada por Marleasing, a título principal, a sociedade não pode ser declarada inválida.

3. O juiz *a quo* considera que o presente litígio coloca o problema do efeito directo das directivas comunitárias ainda não transpostas pelos Estados-membros. Recorda que, nos termos do artigo 395.° do Acto de Adesão [2], o Reino de Espanha era obrigado a pôr em vigor a primeira directiva desde a sua adesão. No entanto, verifica que essa transposição ainda não tinha ocorrido no

* Língua original: neerlandês.

1 — Directiva do Conselho tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas pelos Estados-membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.° do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 65, p. 8; EE 17 F1 p. 3).

2 — Acto Relativo à Adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa às Comunidades Europeias (JO 1985, L 302, p. 23).

dia do despacho de reenvio[3]. É neste contexto que o juiz *a quo* apresentou ao Tribunal de Justiça a seguinte questão de interpretação:

«O artigo 11.° da Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, que não foi transposta para o direito interno, é directamente aplicável para impedir a declaração de invalidade de uma sociedade anónima por causa diferente das enumeradas no citado artigo?»

4. É acertadamente que o juiz *a quo* parte do princípio de que a forma jurídica sob a qual a La Comercial foi constituída, ou seja, a de uma sociedade anónima, é abrangida pela primeira directiva[4]. É com razão igualmente que considera que esta directiva só autoriza o reconhecimento da invalidade de uma sociedade nos casos enunciados no seu artigo 11.°, n.° 2, primeiro parágrafo. O último parágrafo do artigo 11.° refere, sem qualquer dúvida possível, que se trata de uma enunciação exaustiva dos casos de invalidade:

«Fora desses casos de invalidade, as sociedades não podem ser declaradas nulas, nem ficam sujeitas a qualquer outra causa de inexistência, de nulidade absoluta, de nulidade relativa ou de anulabilidade.»

A questão do efeito directo da primeira directiva é, assim, pertinente para a solução do litígio no processo principal. Em primeiro lugar, vou — brevemente — examinar esta questão e responder-lhe de forma negativa. Esta resposta não impede, no entanto, que a directiva possa servir de referência para a interpretação do direito nacional (ver, a seguir, n.os 7 e seguintes), mas, bem entendido, unicamente dentro dos limites do âmbito da directiva (ver, a seguir, n.° 12).

Uma disposição de uma directiva não pode ser invocada, enquanto tal, contra um particular

5. No acórdão Ursula Becker[5], o Tribunal declarou que, quando uma disposição de uma directiva for incondicional e suficientemente precisa, os particulares podem invocá-la contra um Estado-membro que não tenha transposto a directiva para o seu direito nacional nos prazos previstos. No acórdão Marshall[6], o Tribunal acrescentou que essa possibilidade existe apenas relativamente ao Estado-membro destinatário e aos órgãos desse Estado. Resulta dessa posição do Tribunal:

«que uma directiva não pode, por si só, criar obrigações *na esfera jurídica de um particular* e que uma disposição de uma directiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra *tal pessoa*» (Marshall, considerando quarenta e oito, o sublinhado é meu).

3 — Entretanto, o legislador espanhol adoptou a Lei 19/1989, de 25 de Julho de 1989, relativa à adaptação da legislação comercial às directivas europeias (BOE n.° 178, de 27.7.1989). As disposições relativas à sociedade anónima foram em seguida coordenadas pelo Decreto Real legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro de 1989 (BOE n.° 310 de 27.12.1989). Os artigos 34.° e 35.° deste decreto regem a invalidade da sociedade anónima de acordo com o regime de invalidade adoptado pela primeira directiva. A questão de saber se estas últimas disposições podem ser pertinentes para o mérito do litígio é uma questão que compete ao juiz nacional decidir e não há, assim, que a examinar.

4 — Ver o artigo 1.° da primeira directiva tal como foi adaptado pelo Acto de Adesão. Nos termos deste artigo, no respeitante a Espanha, as formas jurídicas abrangidas pelo âmbito de aplicação da directiva são: la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada.

5 — Acórdão de 19 de Janeiro de 1982, Becker, n.os 23-25 (8/81, Recueil, p. 53).

6 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Recueil p. 723).

Esta posição foi depois confirmada várias vezes. A última no acórdão Busseni[7].

6. Na contestação, a La Comercial invoca, contra o fundamento principal da Marleasing, uma disposição de uma directiva, ou seja, o citado artigo 11.° da primeira directiva, ainda não transposta para a legislação espanhola à data do despacho de reenvio. A proibição neste artigo, de não reconhecimento da invalidade de uma sociedade por fundamentos diferentes dos que enuncia, é, manifestamente, incondicional e suficientemente precisa para poder, em princípio, ser objecto de aplicação imediata. No entanto, tendo em conta a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a La Comercial não pode opor essa disposição à sociedade Marleasing no processo principal. Com efeito, nada indica que a Marleasing intervém na qualidade de órgão do Estado ou de autoridade pública, mesmo na acepção lata que o Tribunal deu a essas duas noções ainda há pouco tempo[8].

A obrigação de interpretar o direito nacional de acordo com a directiva

7. Se uma disposição de uma directiva não pode ser invocada contra um particular, também é verdade, como o Tribunal declarou no acórdão Von Colson e Kamann[9], que:

«Ao aplicar o direito nacional e nomeadamente as disposições de uma lei nacional especialmente adoptada para executar a directiva..., o órgão jurisdicional nacional é obrigado a interpretar o seu direito nacional à luz do texto e do objectivo da directiva para atingir o resultado referido pelo artigo 189.°, terceiro parágrafo» (tradução provisória).

Esta obrigação, várias vezes confirmada[10], que impõe aos órgãos jurisdicionais nacionais que interpretem a sua legislação nacional de acordo com a directiva, não implica de modo algum que possam ser atribuídos a uma disposição de uma directiva quaisquer efeitos directos entre particulares[11]. Pelo contrário, são as próprias disposições nacionais que, depois de terem sido interpretadas de acordo com a directiva, têm efeito directo.

8. A obrigação de dar uma informação conforme à directiva impõe-se cada vez que a disposição legal nacional seja, um qualquer grau, susceptível de ser interpretada[12]. Assim, o juiz nacional deve, entre os métodos de interpretação permitidos pelo seu sistema jurídico, dar prioridade ao método que lhe permite dar à disposição de direito nacional

7 — Acórdão de 22 de Fevereiro de 1990, CECA/Busseni (C-221/88, Colect., p. I-495).

8 — Ver, a este propósito, as conclusões que apresentei em 8 de Maio de 1990, no processo Foster, C-188/89 (acórdão proferido em 13 de Julho de 1990, Colect., p. I-3313, I-3326), bem como, de um modo mais geral, as conclusões que apresentei em 30 de Janeiro de 1990, no processo Barber, C-262/88 (acórdão proferido em 17 de Maio de 1990, Colect., p. I-1889, I-1912). Nenhuma destas conclusões foram ainda publicadas na Colectânea de Jurisprudência.

9 — Acórdão de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann, n.° 26 (14/83, Recueil, p. 1891). Ver igualmente o acórdão do mesmo dia, Harz, n.° 26 (79/83, Recueil, p. 1921).

10 — Ver o acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston, n.° 53 (222/84, Recueil, p. 1651), o acórdão de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, n.° 12 (80/86, Colect., p. 3969), o acórdão de 20 de Setembro de 1988, Gebroeders Beentjes, n.° 39 (31/87, Colect., p. 4635), bem como o acórdão de 7 de Novembro de 1989, Nijman, n.° 6 (125/88, Colect., p. 3533).

11 — É a razão pela qual a disposição em causa da directiva não deve, aliás, necessariamente ser «incondicional e suficientemente precisa» para servir de critério de interpretação: ver, no mesmo sentido, as conclusões apresentadas em 14 de Novembro de 1989 pelo advogado-geral M. Darmon nos processos C-177/88, Dekker, e C-179/88, Hertz (n.° 15 das conclusões, acórdãos de 8 de Novembro de 1990, Colect., p. I-3941, I-3956, e Colect., p. I-3979).

12 — Sobre esta obrigação ver nomeadamente 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, p. 1 e seguintes, em especial, p. 20 e seguintes.

em causa uma interpretação compatível com a directiva [13].

A obrigação de o juiz nacional fazer referência ao conteúdo da directiva quando interpreta as regras pertinentes do direito nacional tem os seus limites, é um facto, no próprio direito comunitário e, em especial, nos seus princípios gerais, nomeadamente os da segurança jurídica e não retroactividade. Em matéria penal, por exemplo, essa interpretação não pode dar origem a uma responsabilidade penal que não tenha sido instituída por uma lei interna adoptada para executar a directiva [14]. Considero, *mutatis mutandis*, que uma directiva também não pode, apenas por si — quer dizer, sem uma lei nacional que assegure a sua transposição —, introduzir no direito nacional uma sanção de direito civil como a invalidade. No entanto não é o que se passa no caso vertente: pelo contrário, trata-se de uma disposição da directiva que *exclui* determinados fundamentos de invalidade.

9. A questão de interpretação de acordo com a directiva por-se-á, a maior parte das vezes, relativamente às disposições do direito nacional que especificamente visam dar cumprimento à directiva em causa. Foi o que se passou no processo Von Colson e Kamann, bem como nos citados na nota 10.

No entanto, não há motivos para limitar a exigência de uma interpretação conforme à directiva a essa hipótese [15]. É o que resulta, em minha opinião, da argumentação em que o Tribunal fundamentou essa exigência. Essa argumentação assenta, com efeito, na consideração de que as instâncias judiciais, à semelhança das outras autoridades públicas dos Estados-membros, são obrigadas, por força do artigo 5.° do Tratado CEE, a procurar atingir o resultado visado pela directiva *por todos* os meios adequados ao seu alcance. Além disso, a directiva em causa, enquanto elemento do direito comunitário, tem prioridade sobre todas as disposições de direito nacional. Isto também é válido, em especial, quando se trate de disposições nacionais, como no caso em apreço, relacionadas com o domínio jurídico abrangido pela directiva, mesmo que as referidas disposições tenham sido adoptadas anteriormente e não o tenham sido para dar cumprimento à directiva [16]. Aliás, não foi esta questão regulada no acórdão Grimaldi [17], em que o Tribunal declarou que o juiz nacional deve tomar em consideração as recomendações não obrigatórias quando interpreta as disposições nacionais, mesmo que não tenham por objecto a aplicação da recomendação?

10. Apliquemos o que acabámos de dizer à questão apresentada. Na ausência, na altura dos factos, de uma transposição da primeira directiva para a legislação espanhola e na falta, na lei espanhola de 17 de Julho de 1951 relativa às sociedades anónimas, de uma regulamentação específica dos casos de nulidade destas sociedades, há, segundo a

13 — Como exemplo recente, ver o acórdão Litster, proferido em 16 de Março de 1989 pela House of Lords (1989) 1 All ER 1134.

14 — Acórdão de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, n.° 13, (80/86, atrás referido).

15 — Ver igualmente as conclusões que apresentei em 30 de Janeiro de 1990 no processo Barber, n.° 50, C-262/88.

16 — Quando se trata de disposições nacionais adoptadas anteriormente, a interpretação conforme à directiva só se aplicará normalmente depois de decorrer o prazo de transposição prescrito pela directiva (ou mesmo a partir da sua entrada em vigor: ver acórdão Kolpinghuis Nijmegen, n.os 15 e 16, atrás referido). Os factos ocorridos antes dessa data são regidos, bem entendido, pelas disposições nacionais na sua interpretação não (ainda) conforme à directiva. No entanto, no caso em apreço, a sociedade em causa, La Comercial, foi constituída em 7 de Abril de 1987, quer dizer, numa altura em que o prazo fixado a Espanha para transposição da primeira directiva (isto é, 1 de Janeiro de 1986) tinha já decorrido.

17 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1989, Grimaldi (C-322/88, Colect., p. 4407).

doutrina geralmente acolhida [18], que aplicar, por analogia, as disposições sobre a nulidade dos contratos. Foi nesta ordem de ideias que Marleasing baseou o seu pedido no processo principal, destinado à anulação do acto constitutivo da sociedade La Comercial nos artigos do código civil espanhol que estipulam que os contratos sem causa ou de causa ilícita não produzem qualquer efeito jurídico.

Se bem o entendemos, o juiz nacional vê-se confrontado com um problema de interpretação do direito das sociedades. A questão que se coloca é, efectivamente, a de saber em que medida os fundamentos de invalidade enunciados pelo direito comum podem ser aplicáveis por analogia às sociedades anónimas. Ora, resulta, na minha opinião, do raciocínio que expusemos nos números anteriores que a exigência de uma interpretação conforme à directiva proíbe aplicar as disposições do direito comum em matéria de invalidade das sociedades às sociedades anónimas de tal modo que a invalidade de uma sociedade anónima possa ser reconhecida por motivos diferentes dos exaustivamente enunciados no artigo 11.° da primeira directiva.

O alcance do regime de invalidade instituído pela primeira directiva

11. A questão prejudicial apresentada pelo juiz *a quo* diz respeito aos fundamentos de invalidade enunciados no artigo 11.° da primeira directiva. Assim, também este deve ser tomado em consideração quando se trate de interpretar o direito nacional de acordo com a directiva. Estando o texto do artigo reproduzido *in extenso* no relatório para audiência (no n.° 2), citaremos aqui apenas os dois fundamentos de invalidade adiante em questão. A legislação dos Estados-membros só pode prever a invalidade judicial nos casos previstos pelo artigo 11.° São os casos, nomeadamente:

«a) ...

b) natureza ilícita ou contrária à ordem pública do objecto da sociedade;

c) ...

d) ...

e) ...

f) quando, contrariamente à legislação nacional aplicável à sociedade, o número de sócios fundadores for inferior a dois.»

Além do artigo 11.° da primeira directiva, é necessário ainda ter em consideração o artigo 12.° Este artigo regula os efeitos de uma eventual invalidade. Citarei apenas as disposições pertinentes para o presente processo:

«1. ...

18 — A comissão refere-se, a este respeito, à obra de Garrigues, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, p. 435 e seguintes. Ver, de resto, o artigo 50.° do código comercial espanhol, nos termos do qual, salvo disposição especial em contrário, os contratos comerciais — o artigo 116.° do mesmo código dispõe que um contrato de sociedade (comercial) é um contrato comercial — são regidos pelas regras de direito comum.

2. A invalidade provocará a liquidação da sociedade, da mesma forma que a dissolução.

3. A invalidade não afecta, por si mesma, a validade das obrigações contraídas pela sociedade ou para com ela, sem prejuízo dos efeitos do estado de liquidação.

4. A legislação dos Estados-membros pode regular os efeitos da invalidade entre os sócios.

5. ...»

12. O artigo 11.° da primeira directiva só pode evidentemente ser útil ao juiz nacional, na interpretação do seu próprio direito nacional, quando o litígio do processo principal respeitar à invalidade de uma sociedade (anónima). Nenhum dos outros pontos do pedido de Marleasing no processo principal ou nos pedidos subsidiários dirigidos ao juiz nacional relevam da directiva.

Isto é particularmente válido no respeitante à acção pauliana intentada por Marleasing para anulação da entrada do património de Barviesa no capital da La Comercial por essa entrada ter sido efectuada com fraude dos direitos dos credores de Barviesa. Essa pretensão não releva do âmbito de aplicação do regime de invalidades instituído pela primeira directiva.

Parece-me também que um (pré)contrato entre sócios — na medida em que deva distinguir-se do acto de constituição propriamente dito — não é abrangido pelo regime de invalidades da directiva, pelo menos na medida em que a anulação desse contrato não provoca automaticamente a invalidade da sociedade.

Por último, em minha opinião, a primeira directiva também não contém regras em matéria de dissolução de sociedades, porque a dissolução de uma sociedade não tem normalmente efeitos retroactivos e, assim, os compromissos assumidos pela sociedade antes da sua dissolução permanecem válidos.

13. Em contrapartida, na medida em que se destina à anulação da sociedade anónima La Comercial enquanto tal, o pedido da Marleasing releva evidentemente do âmbito dos artigos 11.° e 12.° da primeira directiva. Na medida em que o juiz nacional é obrigado a tomar em consideração essas disposições para interpretar o seu direito nacional (ver os n.os 7 e seguintes, mais acima), será confrontado com a questão de saber se o fundamento de invalidade enunciado no artigo 11.°, alínea b), da directiva abrange o caso de uma sociedade pretensamente constituída com o objectivo de prejudicar os credores dos fundadores da sociedade. Assim, trata-se aqui da interpretação da própria directiva (interpretação que, por seu turno, deve ser tomada em consideração para a do direito nacional).

Antes de abordar esta questão de interpretação, controversa em determinados Estados-membros, desejo assinalar que o juiz *a quo* teria podido, talvez, recorrer também a outros fundamentos de invalidade enunciados no artigo 11.° para interpretar o direito nacional das sociedades. O mais evidente é o da alínea f), nos termos do qual o Estado-membro *pode* prever a invalidade de uma

sociedade quando, contrariamente à legislação nacional, o número de sócios fundadores for inferior a dois (o que significa que o legislador nacional, quer de modo absoluto ou apenas para determinados tipos de sociedades, excluiu a possibilidade de constituição de sociedades unipessoais) [19]. Com efeito, Marleasing afirmou no processo principal que a La Comercial foi exclusivamente constituída por Barviesa e que os outros signatários do acto de constituição eram apenas testas-de-ferro.

Apesar desta afirmação, o fundamento de invalidade enunciado na alínea f) não foi invocado perante o Tribunal de Justiça, nem nas observações escritas, nem na audiência. O despacho de reenvio também não indica se, na altura dos factos, a legislação (civil ou comercial) espanhola continha regras na matéria e, no caso afirmativo, quais, nem se eram susceptíveis de invalidade. Assim, não abordarei esse fundamento de invalidade e observarei apenas que — quando a lei nacional prevê dois sócios (pelo menos) para a constituição da sociedade — a questão de saber se e em que medida a intervenção de sócios fundadores que não actuam por sua própria conta pode provocar a invalidade da sociedade dependerá do direito nacional [ao qual o artigo 11.°, alínea f), se refere expressamente] [20]. Com efeito, é permitido ao legislador nacional não tomar em consideração os fundamentos de invalidade enunciados no artigo 11.° ou de só o fazer parcialmente e, portanto, limitar o seu âmbito de aplicação. Em contrapartida, não pode aumentar o seu número nem alargar-lhes o conteúdo.

14. O problema suscitado pela questão prejudicial resume-se portanto em saber como deve ser interpretado o artigo 11.°, alínea b). Tendo em consideração os factos em causa no processo principal, trata-se, no presente processo, da expressão «o objecto da sociedade». Em contrapartida, a expressão «natureza ilícita ou contrária à ordem pública», que figura também no artigo 11.°, alínea b), não está em causa. Apesar disso, recordemos que a noção de «ordem pública» foi abordada várias vezes na jurisprudência do Tribunal, mas num outro contexto, isto é, no do artigo 48.°, n.° 3, do Tratado CEE. O Tribunal declarou a este respeito que, embora a noção não possa ser determinada unilateralmente por cada um dos Estados-membros sem controlo das instituições comunitárias, o seu conteúdo pode, apesar disso, variar de um país para outro e de uma época para outra e que é necessário, assim, reconhecer às autoridades nacionais competentes uma margem de apreciação «dentro dos limites impostos pelo Tratado e pelas disposições adoptadas para sua aplicação». De qualquer modo, prossegue o Tribunal, esta noção «pressupõe a existência, fora da agitação para a ordem social que constitui qualquer infracção à lei, de uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade» [21] (tradução provisória). Quanto ao termo «ilícita», ele refere-se, na minha opinião, à incompatibilidade com uma disposição legal de proibição imperativa e incondicional ou a uma incompatibilidade com a moralidade pública (na medida em que esta não releva já da «ordem pública»). A noção de «moralidade pública» foi já também

19 — Entretanto, o Conselho adoptou a décima segunda Directiva 89/667/CEE, de 21 de Dezembro de 1989, em matéria de direito das sociedades, relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio (JO L 395, p. 40).

20 — Não é raro fazer-se, a este respeito, uma distinção entre as pessoas que intervêm validamente em nome próprio, mas por conta de um terceiro na qualidade de Treuhänder nominee ou prête-nom sem intenção de iludir uma norma interpretativa, e as que intervêm na qualidade de testas-de-ferro com o objectivo de contornar uma norma imperativa como a regra da unidade do património.

21 — Ver acórdão de 27 de Outubro de 1977, Regina/Bouchereau, n.os 33-35 (30/77, Recueil, p. 1999).

abordada pela jurisprudência do Tribunal a propósito do artigo 36.° do Tratado CEE. A este respeito também, o Tribunal declarou que as autoridades nacionais dispõem de uma margem de apreciação dentro dos limites do direito comunitário [22]. Os limites fixados pelo direito comunitário para estas noções são, no caso concreto, em primeiro lugar, os enunciados na primeira directiva.

15. Trata-se assim, no presente processo, da interpretação da expressão «objecto social». Esta interpretação é mais delicada na medida em que as diferentes versões linguísticas desta disposição apresentam divergências [23]. De acordo com o texto neerlandês desta disposição, uma sociedade pode ser reconhecida inválida quando o seu «werkelijk(e) doel» (objecto real) seja ilícito ou contrário à ordem pública. É necessário entender por «doel van de vennootschap» (na versão francesa: «objet de la société») exclusivamente o objecto da sociedade tal como é descrito no acto de constituição ou nos estatutos, ou a expressão visa também a actividade efectivamente exercida pela sociedade ou mesmo os objectivos prosseguidos, de facto, através da sociedade (no sentido de: «o objectivo da sociedade» [24]? É apenas nesta última hipótese que o juiz *a quo* a quem foi submetido o processo principal pode considerar, sem dar ao seu direito nacional uma interpretação que não esteja de acordo com a directiva, que a invalidade de uma sociedade pode ser reconhecida, nos termos da directiva, quando tiver sido constituída com (o único) objectivo de prejudicar os credores dos fundadores, como Marleasing afirma no processo principal.

Foi precisamente quanto a este aspecto que, em determinados Estados-membros, o fundamento de invalidade enunciado no artigo 11.°, alínea b), deu origem a interpretações divergentes [25]. Isto não espanta, se atendermos às discussões e aos compromissos havidos entre a Comissão e os peritos dos Estados-membros antes da adopção do artigo 11.° [26]. Em contrapartida, em outros Estados-membros, este fundamento de invalidade não obteve qualquer atenção, como aliás o conjunto do regime de invalidades instituído pela directiva.

Não é nada fácil explicar por que é que este regime de invalidade mereceu tão diferentemente a atenção dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros. A existência em determinados Estados de fiscalizações preventivas (judiciais ou administrativas) aquando da constituição das sociedades de capitais (ver artigo 10.° da directiva) é incontesta-

22 — Ver acórdão de 11 de Março de 1986, Conegate, n.os 14-16 (121/85, Colect., p. 1007).

23 — Trata-se da versão neerlandesa do «werkelijk(e) doel van de vennootschap». Ao passo que a versão alemã fala do «tatsächlich(er) Gegenstand des Unternehmens». Nem na versão francesa («l'objet de la société») nem na versão italiana [«(il) oggetto della società»] o objecto da sociedade é qualificado. O mesmo se passa com os textos fixados pelo Conselho nas outras línguas comunitárias depois da adopção da directiva e, nomeadamente, no texto espanhol [«(el) objeto de la sociedad»], que são igualmente autênticos.

24 — Estas três noções são utilizadas paralelamente na convenção sobre o reconhecimento mútuo de 1968: ver nota 32 a seguir.

25 — É o que se passa na Bélgica e em França (mas também na Alemanha e na Itália; ver nota 30 a seguir): ver nomeadamente, a este respeito, o artigo 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 e seguintes, bem como o artigo de Houin, R.: «Chroniques de législation et de jurisprudence françaises — Sociétés commerciales», *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1970, p. 736 e seguintes, que contêm ambos numerosos exemplos. Em França, parece que a opinião dominante é a de que a lei francesa relativa às sociedades que foi adaptada à directiva pelo despacho n.° 1176 de 20 de Dezembro de 1969, conservou os fundamentos de invalidade do direito comum (nomeadamente a causa ilícita) que não são expressamente excluídos pelo artigo 360.° Determinados autores (ver, entre outros, Serra, Y.: *Chronique*, Dalloz, 1973, p. 17 e seguintes) põem em questão se a regulamentação francesa não é incompatível com a primeira directiva. Na Bélgica, principalmente na doutrina e na jurisprudência de língua neerlandesa, é preferida a interpretação lata, tendo em consideração o texto neerlandês do artigo 11.°, alínea b), da directiva (ver a nota anterior): ver, em especial, Ronse, J., e outros: *Overzicht van rechtspraak (1978-1985) Vennootschappen, Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1986, p. 885 seguintes, e, ainda muito recentemente, o acórdão proferido em 28 de Maio de 1990 pelo Rechtbank van Koophandel (Tribunal do Comércio) de Hasselt, ainda não publicado.

26 — Ver o comentário de Stein E.: *Harmonization of European Company Laws*, 1971, p. 299 e seguintes.

velmente susceptível de impedir a eventual aplicação das regras de invalidade. Devido à existência dessa fiscalização preventiva, o acto constitutivo da sociedade tem, em determinados Estados-membros, carácter mais formal, susceptível de «destacar» o acto constitutivo das relações contratuais que lhe estão subjacentes, o que tem um papel particularmente importante no presente processo. Esse carácter mais formal constitui, talvez, uma outra razão que pode explicar o pouco interesse pelo regime de invalidade nesses Estados-membros.

16. De qualquer modo, tanto o regime de invalidade constante da primeira directiva como as outras regras que contém em matéria de publicidade e de validade dos compromissos da sociedade demonstram a intenção de reforçar a «protecção dos interesses de terceiros» (segundo considerando da directiva), num mercado alargado, no respeitante às sociedades que apenas oferecem como garantia perante terceiros o património social (primeiro e terceiro considerandos). O próprio regime de invalidades, com a limitação dos «casos de nulidade, assim como o efeito retroactivo da declaração de nulidade» que contém, destina-se a «garantir a segurança jurídica tanto nas relações entre a sociedade e terceiros, como entre os sócios» (sexto considerando) [27].

Nestas condições, parece-me evidente que, para a protecção dos interesses de terceiros — isto é, dos credores da sociedade —, cada fundamento de invalidade, mesmo isoladamente, é de interpretação restrita e é necessário, na medida do possível, evitar penalizar com a invalidade da sociedade os vícios que afectam a relação contratual entre sócios ou entre os sócios e a sociedade. Isto não impede que seja possível e desejável punir esses vícios de um outro modo que não comprometa a existência da sociedade e que seja menos prejudicial para os seus credores.

Nesta ordem de ideias, considero que a noção de «objecto da sociedade» que figura no artigo 11.°, alínea b), da directiva deve ser entendida como sendo o objecto da sociedade tal como é descrito no acto constitutivo ou nos estatutos e tal como foi publicado [ver o artigo 2.°, n.° 1, alínea a), da directiva, bem como o artigo 3.°] [28]. É apenas quando o objecto social, assim entendido, é «ilícito ou contrário à ordem pública», que tal vício pode provocar a invalidade da sociedade. O objectivo prosseguido pela constituição da sociedade, mas que não aparece no acto constitutivo ou nos estatutos, por exemplo, o propósito de prejudicar os credores dos sócios [29], não pode provocar a invalidade da sociedade: essa ilicitude ou incompatibilidade com a ordem pública (por exemplo, a regra da unidade do património dos sócios fundadores) deverá ser punida de outra forma que a invalidade da sociedade (ver n.° 19, a seguir).

17. É necessário fazer uma observação importante ao que acabámos de dizer. Tanto a versão alemã como a neerlandesa do artigo 11.°, alínea b), precisam que, por objecto da sociedade há que entender o objecto real

27 — Os efeitos da invalidade em relação a terceiros são regulados de modo imperativo pela directiva (ver, em especial, o artigo 12.°, n.os 2 e 3, citado no n.° 11, acima; os efeitos da invalidade entre sócios podem ser regulados pela legislação de cada Estado-membro (artigo 12.°, n.° 4, também citado acima).

28 — A noção de «objecto social» aparece igualmente no artigo 9.°, n.° 1, da primeira directiva: ver, a este propósito, Stein E., obra citada, p. 282 e seguintes. Parece que, também aí, o objecto da sociedade deve ser entendido como foi descrito no acto constitutivo ou nos estatutos, em conformidade com as regras legais em matéria de especialidade das pessoas colectivas.

29 — A protecção oferecida aos terceiros pela primeira directiva é apenas uma protecção de determinados terceiros, isto é, os credores da sociedade, e não uma protecção de terceiros, credores dos sócios. É por isso que, nas sociedades de capitais, os credores da sociedade não dispõem de qualquer outra garantia que não o património da sociedade, que essa protecção especial foi adoptada em sua intenção: ver o terceiro considerando da directiva.

daquela («werkelijk» em neerlandês; «tatsächlich» em alemão). Isto parece-me ser uma precisão útil, que não é contrariada pelas outras versões. Demonstra que, quando a actividade real da sociedade, tal como é exercida desde a sua constituição, é ilícita ou contrária à ordem pública, o fundamento de invalidade enunciado no artigo 11.°, alínea b), pode ser invocado mesmo quando essa actividade não corresponda ao objecto, lícito por hipótese, descrito no acto constitutivo ou nos estatutos [30]. Tomemos, como exemplo, o caso de uma sociedade cujo acto constitutivo ou estatutos designam como objecto social a exploração de um hotel quando se verifica, na prática, que se trata de uma exploração de salas de jogos (proibida pela lei) ou de actividades (puníveis) de prostituição. Imaginemos, ainda, que o acto constitutivo da sociedade designa como objecto social a produção e exportação de tubos de aço, quando efectivamente a sociedade se dedica, sob essa cobertura, à produção e fornecimento (ilegais) de armas.

No entanto, é necessário que a actividade seja efectivamente exercida deste modo desde o início [31]. Supondo que uma sociedade cujo objecto social é lícito se dedica a seguir actividades ilícitas, violando o objecto da sociedade, isso não pode provocar a sua invalidade, mas, eventualmente, a sua dissolução quando o direito nacional o preveja.

18. A pequena diferença feita no número anterior, que, como assinalei, é baseada nas versões alemã e neerlandesa do artigo 11.°, alínea b), parece-me útil. Além disso, é compatível com a protecção dos interesses de terceiros porque permite impedir que sejam prejudicados por uma actividade de cobertura enunciada no acto constitutivo da sociedade ou nos seus estatutos, mas que, desde o início, não correspondia à realidade. Por outro lado, contrariamente às intenções que presidiram, quanto aos sócios, à constituição da sociedade, a actividade efectivamente exercida é normalmente identificável em relação a terceiros que celebram transacções com a sociedade. Por último, se não se fizesse esta diferença, o fundamento de invalidade enunciado no artigo 11.°, alínea b), perderia boa parte do seu conteúdo real, porque a proibição, assim restrita, de um objecto social ilícito ou contrário à ordem pública podia então ser facilmente contornada ao enunciar, no acto constitutivo ou nos estatutos, um objecto lícito, mas simulado [32].

30 — No mesmo sentido, ver, nomeadamente J. Van Ryn e P. Van Ommeslaghe: «Examen de Jurisprudence (1972 a 1978), les sociétés commerciales», *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, que, na página 241, propõem resolver uma controvérsia animada a este respeito — controvérsia alimentada também pela legislação francesa (ver R. Houin, obra citada, p. 736 e seguintes) — do seguinte modo: «É necessário estar relacionado não apenas com o objecto social estatutário, mas também com as actividades efectivamente exercidas sob essa cobertura.» Ver igualmente L. Simon, obra citada, n.° 28, que acrescenta que a possibilidade de invalidade por actividades de facto ilícitas põe-se tanto mais que, nos termos do artigo 9.°, n.° 1, da primeira directiva, a sociedade é igualmente vinculada pelos actos *ultra vires*. A doutrina alemã parece ir no mesmo sentido: ver Gessler, Hefermehl, Eckardt e Kropff: *Aktiengesetz*, 1986, p. 275-276. En contrapartida, parece que a doutrina italiana está dividida: ver A. Borgioli: *La nullità della società per azioni*, 1977, p. 414 e seguintes, bem como as referências pró e contra na nota 126, p. 414.

31 — Ver, também neste sentido, nomeadamente: F. Galgano: «La società per azioni», *Trattato di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia*, VII, 1984, p. 101; J. Ronse: *De vennootschapswetgeving*, 1973, p. 76, e L. Simon, obra citada, n.° 28.

32 — É de assinalar que, na convenção de 29 de Fevereiro de 1968, relativa ao reconhecimento mútuo das sociedades e pessoas colectivas, que foi assinada pouco antes da adopção da primeira directiva (Suplemento 2/1969 — Boletim CE), encontramos, no artigo 9.°, uma noção mais lata do objecto (social). Encontramos não apenas o «maatschappelijk doel» e a daadwerkelijke uitgeoefende activiteit», mas também «het werkelijk nagestreefde doel» o que, na versão francesa, corresponde a: «objecto», «actividade efectivamente exercida» e «objectivo»). Quando um desses elementos for incompatível «com os princípios ou as disposições que o Estado considera serem de ordem pública na acepção do direito privado internacional», esse Estado pode recusar o reconhecimento de uma sociedade estrangeira. Esta diferença entre o artigo 9.° da convenção de reconhecimento mútuo e o artigo 11°, alínea b), da primeira directiva, provém, sem qualquer dúvida, do objectivo específico da directiva, que é limitar os casos de invalidade das sociedades a fim de proteger os interesses dos terceiros. Pelas razões invocadas no texto, estes casos de invalidade não podem, no entanto, ser limitados, a ponto de excluir também do objecto social a «actividade efectivamente exercida (desde o início)». Esta limitação pode, no entanto, excluir o «objectivo prosseguido» pelos sócios através da sociedade porque não é conhecido dos terceiros.

19. A definição que acabo de dar do fundamento de invalidade enunciado no artigo 11.°, alínea b), é uma definição restritiva sem ser excessiva. Não se deve exagerar a sua importância prática. Para o credor cujo devedor entra com o seu património numa sociedade com o objectivo de o colocar fora do alcance dos credores — hipótese que não é abrangida pela definição que apresentámos —, uma declaração de invalidade da sociedade em causa só oferece uma protecção limitada. Os efeitos jurídicos da declaração de invalidade devem, efectivamente, estar de acordo com as disposições do artigo 12.° da primeira directiva que citámos acima (n.° 11). Isso significa que a invalidade provoca a liquidação da sociedade como o faria a sua dissolução. Significa, além disso, que a invalidade não prejudica a validade jurídica dos compromissos da sociedade. O regime instituído pela directiva deixa, assim, subsistir o património distinto da sociedade declarada inválida, de modo que, em princípio, os credores dos sócios não podem ser indemnizados com os bens com que estes últimos entraram para a sociedade inválida.

Como o referi acima (n.° 12), a primeira directiva aplica-se sem prejuízo de outras sanções previstas pelo direito nacional para tal hipótese e, por exemplo, dá aos credores a possibilidade de exigirem, se isso lhes for vantajoso, a anulação da *entrada* efectuada com fraude dos seus direitos[33]. Verifica-se que essa acção de anulação é geralmente mais eficaz para proteger os seus interesses do que a declaração de invalidade da própria sociedade.

33 — Este aspecto não me parece contestado. Veja-se, nomeadamente, P. Van Ommeslasghe: «La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés», *Cahiers de droit européen*, 1969, p. 657.

Resumo

20. Se recapitularmos tudo o que acabámos de expor, chegamos às seguintes conclusões: o artigo 11.° da primeira directiva não produz efeitos directos entre particulares, de modo que La Comercial não pode invocar a directiva e opor directamente a enunciação limitativa dos fundamentos de invalidade às pretensões de Marleasing. Em contrapartida, o juiz nacional é obrigado a interpretar o seu direito nacional das sociedades em conformidade com a directiva a partir do momento em que o direito nacional seja susceptível de interpretações divergentes. Parece-nos ser esse o caso quando, tratando-se da invalidade de sociedades (anónimas), são aplicadas por analogia noções gerais oriundas do direito dos contratos, por um lado, porque essas noções gerais estão sujeitas a interpretação e, por outro, porque a interpretação por analogia é apenas um dos métodos de interpretação possíveis. Nesse caso, parece-me que o juiz nacional que interprete o direito nacional pode facilmente conformar-se com a enunciação limitativa do artigo 11.° e, eventualmente — na hipótese de a invalidade ser, apesar disso, reconhecida —, conformar-se com o artigo 12.° da primeira directiva no respeitante à restrição do efeito rectroactivo da invalidade.

Quanto ao fundamento de invalidade enunciado no artigo 11.°, alínea b), deve ser entendido de modo a visar unicamente um objecto social ilícito ou contrário à ordem pública tal como é descrito no acto constitutivo da sociedade ou nos seus estatutos ou como transparece da actividade social efectivamente exercida desde o início. O objectivo prosseguido pelos sócios fundadores através da constituição da sociedade, se não

for expresso como referimos acima, não é abrangido pela noção de objecto social entendida desse modo. No entanto, isso não impede que o direito nacional possa permitir aos credores dos sócios fundadores prejudicados recorrerem a outras soluções (tal como a acção pauliana) que — relativamente à incidência limitada de uma eventual invalidade — podem também ser eficazes e não são abrangidas pela directiva.

Conclusão

21. Com base nas considerações precedentes proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao pedido de decisão prejudicial do seguinte modo:

«1) O artigo 11.° da Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 29 de Março de 1968, não pode ser invocado, enquanto tal, contra um particular. No entanto, compete ao juiz nacional interpretar a legislação nacional à luz do texto e da finalidade desta disposição da directiva e, caso seja declarada a sua invalidade, à luz do artigo 12.°

2) O artigo 11.°, alínea b), da Directiva 68/151/CEE deve ser interpretado no sentido de que deve entender-se por 'objecto da sociedade' o objecto social descrito nos estatutos da sociedade ou no acto de constituição publicados ou como resulta da actividade efectivamente exercida pela sociedade desde o início.»