# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA

présentées le 8 mars 1988 *

*Monsieur le Président,*
*Messieurs les Juges,*

1. Le Hoge Raad der Nederlanden a déféré à titre préjudiciel à la Cour quatre questions relatives au régime de la nullité des sociétés, visé dans la première directive du Conseil (68/151/CEE), du 9 mars 1968 [1], tendant à coordonner les garanties qui sont exigées des sociétés pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (ci-après: « première directive »).

## I — Résumé des faits qui sont à l'origine de la demande de décision à titre préjudiciel

2. A l'époque des faits qui sont à l'origine de la procédure devant les juridictions nationales, la société Ubbink Isolatie était inscrite au registre de commerce des Pays-Bas comme société à responsabilité limitée en formation, sous la dénomination « Ubbink Isolatie, BV, i. o. ».

3. En revanche, aucune société à responsabilité limitée, dénommée « Ubbink Isolatie, BV », n'était inscrite au registre de commerce. La société Ubbink ne remplissait aucune des deux conditions — acte authentique et agrément ministériel — requises par la loi néerlandaise pour la constitution d'une société à responsabilité limitée. Toutefois, elle pouvait poser des actes juridiques comme société en nom collectif.

4. Or, c'est sous la dénomination « Ubbink Isolatie, BV » (sans la mention « i. o. », en formation) que la société en question a conclu un contrat avec la société Dak- en Wandtechniek et c'est aussi sous la même dénomination qu'elle a été assignée par la société citée en dernier lieu devant le tribunal d'Arnhem en résolution de contrat et en responsabilité contractuelle. Devant cette juridiction, Ubbink Isolatie a fait valoir que la société à responsabilité limitée « Ubbink Isolatie BV » était nulle, étant donné qu'elle n'existait pas puisqu'elle n'avait pas été constituée et n'était pas inscrite comme telle dans le registre de commerce; les actes accomplis en son nom l'auraient donc été abusivement.

5. Avant d'examiner l'affaire au fond, le tribunal a décidé que, même si « Ubbink Isolatie BV » n'avait pas été constituée ou si l'acte de constitution était affecté d'irrégularités, on ne pouvait pas en déduire que la société à responsabilité limitée « Ubbink Isolatie BV » n'existait pas: elle existait aussi longtemps qu'elle n'avait pas été dissoute ou annulée conformément à la législation néerlandaise (articles 181 et 182 du code civil).

6. Ubbink Isolatie a successivement interjeté appel devant le Gerechtshof d'Arnhem et formé un pourvoi en cassation devant le Hoge Raad; le Hoge Raad a estimé que l'article 182 du code civil devait être interprété en tenant compte des dispositions de la section III de la première directive, ce qui fait qu'il a saisi la Cour de quatre questions qui sont reproduites dans le rapport d'audience.

* Traduit du portugais.

1 — JO L 65 du 14.3.1968, p. 8.

**II — Examen des questions posées par le Hoge Raad**

7. Par les quatre questions qu'il a posées, le Hoge Raad cherche essentiellement à savoir si et dans quelle mesure le régime prévu par la section III de la première directive est applicable à une société en formation qui ne remplit pas les conditions de constitution requises par la législation nationale.

8. *A* — La première question posée par la juridiction de renvoi est la question centrale. Par cette question, ladite juridiction cherche à savoir si, dans le cas où des actes ont été accomplis au nom d'une société à responsabilité limitée qui n'a pas été valablement constituée parce qu'elle ne remplissait pas toutes les conditions de constitution, requises par la législation nationale, les dispositions de la section III de la première directive ont pour effet que la « société » en question doit être réputée exister aussi longtemps qu'elle n'a pas été déclarée nulle dans le cadre d'une procédure engagée à cet effet.

9. Tant la Commission que la société Ubbink proposent de répondre à cette question par la négative.

10. La thèse de la Commission, selon laquelle — à l'exception de certaines dispositions, en particulier les articles 2, paragraphe 1, sous a) et d), 7 et 10 — la première directive n'est applicable qu'aux sociétés existantes, dotées de la personnalité morale, ainsi que, éventuellement, à celles qui sont inscrites dans le registre de commerce comme si elles avaient la personnalité morale, nous paraît particulièrement convaincante.

11. Une des dispositions de la directive applicables dans pareils cas serait précisément l'article 11 qui, dans le but de protéger les intérêts des tiers, vise à limiter les situations susceptibles d'entraîner, en vertu des différents droits nationaux, la nullité des sociétés visées par la directive.

12. Selon la Commission, l'article 11 n'est en principe pas applicable à la déclaration de nullité d'une société aussi longtemps qu'elle n'a pas acquis la personnalité morale.

13. Étant donné que c'est le droit national qui détermine le moment de l'acquisition de la personnalité morale, la directive ne contenant aucune disposition à cet égard, force serait de répondre par la négative à la première question posée par la juridiction nationale.

14. Telle est aussi notre conclusion quant au sens de la réponse à donner à cette question.

15. En effet, il est certain que, comme l'affirme la Commission, la directive ne règle pas le problème de l'acquisition, par les sociétés visées dans ladite directive, de la personnalité morale ou de la capacité d'agir en justice: cette question peut en principe être réglée librement par chaque ordre juridique national.

16. Ainsi, alors que certains ordres juridiques — voire la plupart d'entre eux — subordonnent l'acquisition de la personnalité morale à l'inscription de la société dans le registre de commerce, d'autres ne prévoient pas cette condition.

17. La législation néerlandaise se situe dans ce second cas; elle subordonne la constitu-

tion des sociétés à responsabilité limitée (telles que celles qui, au Portugal, sont dénommées « sociedades por quotas ») — et des sociétés anonymes — à deux conditions: constitution par acte authentique et contrôle administratif préalable sous la forme d'un agrément ministériel.

18. Il est permis d'affirmer qu'il est difficile de concilier une telle réglementation — qui dissocie l'acquisition de la personnalité morale par les sociétés de l'accomplissement des formalités de l'enregistrement — avec le système de la directive, qui accorde une grande importance à l'enregistrement considéré comme moyen de protéger les intérêts des tiers et d'assurer la sécurité des transactions, en particulier des transactions internationales. Nous constatons, par exemple, que le défaut d'enregistrement ne figure pas sur la liste des causes de nullité de l'article 11, ce qui est logique, eu égard au fait que les législations de la plupart des États membres subordonnent l'acquisition de la personnalité morale à l'enregistrement.

19. Toutefois, il ne résulte pas de ce qui précède que la législation nationale, qui subordonne l'acquisition de la personnalité morale à des faits antérieurs à l'enregistrement, serait incompatible avec la directive.

20. D'autre part, la directive ne contient pas, elle non plus, de dispositions — de droit matériel ou de droit de la procédure — relatives aux conditions d'existence des sociétés avant l'acquisition de la personnalité morale.

21. L'article 12, quant à lui, concerne seulement les effets de la déclaration de nullité au titre de l'article 11.

22. Sans préjudice de la disposition de l'article 12, l'article 11 n'impose pas aux législateurs nationaux l'obligation de choisir entre les différents types d'invalidité (nullité, annulabilité, inexistence) pouvant résulter d'un des vices énumérés au paragraphe 2. De même, au niveau du droit de la procédure, la directive ne donne aucune préférence, que ce soit pour un système dans lequel de telles nullités peuvent être invoquées par voie d'exception ou pour un système dans lequel ces nullités ne peuvent être déclarées que par voie d'action.

23. On ne peut donc de toute évidence pas répondre par l'affirmative à la première question posée par la juridiction nationale: la directive ne contient aucune indication permettant de déterminer si une société, qui ne remplit pas les conditions requises par le droit national pour être valablement constituée (acte authentique et contrôle préventif), peut ou non être réputée exister aussi longtemps qu'elle n'a pas été déclarée nulle et si, pour obtenir qu'elle le soit, il est nécessaire d'intenter une action séparée.

24. Il incombe aux droits nationaux de régler cette matière et la directive elle-même leur laisse une grande liberté à cet égard.

25. Considérée sous cet angle, la question — sur laquelle la Commission prend expressément position — de savoir si l'énumération limitative des causes de nullité, indiquées à l'article 11, concerne seulement les sociétés dotées de la personnalité morale ou si elle est susceptible de s'appliquer aussi aux sociétés qui ne sont pas encore dotées de la personnalité morale, mais existent déjà dans la mesure où elles ont commencé leurs activités et où des actes ont été accomplis en leur nom, perd beaucoup de son importance.

26. Cette question soulève le problème de la nullité des sociétés irrégulières.

27. Il paraît effectivement résulter de l'économie de la directive et de certaines de ses dispositions que le législateur communautaire a voulu arrêter un texte-cadre et coordonner les régimes nationaux de nullité des sociétés dotées de la personnalité morale, ou inscrites au registre de commerce comme si elles avaient la personnalité morale (étant donné que, comme nous l'avons dit, la plupart des législations nationales subordonnent l'acquisition de la personnalité morale à l'inscription dans ledit registre). Comme nous l'avons vu, les termes mêmes de l'article 11 militent en faveur de cette interprétation; celle-ci paraît confirmée par la disposition de l'article 7, le seul qui concerne expressément les actes accomplis au nom d'une société avant que celle-ci n'acquière la personnalité morale.

28. Quoi qu'il en soit, il ne nous paraît pas nécessaire de trancher ce problème dans le cadre de la présente procédure.

29. En effet, non seulement la juridiction nationale ne nous interroge pas sur ce point spécifique (notamment la question de savoir si les causes éventuelles de nullité du contrat de société avant l'acquisition de la personnalité morale sont limitées aux cas énumérés à l'article 11), mais cette question n'est pas non plus pertinente pour la procédure principale.

30. En fait, d'une part, Ubbink n'est pas inscrite au registre de commerce comme société à responsabilité limitée, mais seulement comme société à responsabilité limitée en formation, soumise au régime des sociétés en nom collectif [2]; d'autre part, les deux formalités qui doivent être accomplies pour qu'il y ait constitution d'une société et qui ne l'ont pas été — acte authentique et contrôle préventif — figurent expressément parmi les causes de nullité visées à l'article 11 (paragraphe 2, alinéa 1), aucune autre formalité n'ayant été citée au cours de la procédure.

31. *B* — La conclusion à laquelle nous venons d'aboutir en ce qui concerne la première question sera-t-elle modifiée par une des circonstances citées dans les trois autres questions posées par la juridiction nationale?

32. Nous rappellerons que, par ces questions, le Hoge Raad cherche à savoir si la réponse à la première question différera selon que:

— l'acte constitutif authentique fait défaut et/ou les formalités de contrôle préventif n'ont pas été observées;

— il existe ou non une organisation de personnes et de biens ayant créé l'apparence extérieure d'une société au nom de laquelle certains actes juridiques ont été accomplis;

— certains actes ont été accomplis dans le cadre d'une organisation ayant une forme juridique différente de celles prévues par la première directive (par exemple la forme d'une société en nom collectif), inscrite en tant que telle au registre de commerce, mais dont la dénomination est identique à celle de la société visée par la directive et n'ayant pas encore été valablement constituée, abstraction faite de l'indication de la forme juridique.

2 — Les ambiguïtés éventuelles qu'une inscription faite dans ces termes peut présenter pour les tiers en les induisant en erreur sur la véritable nature de la société sortent du cadre des questions posées par la juridiction nationale.

33. En ce qui concerne le premier problème soulevé (question 2 de la demande de décision préjudicielle), il n'a aucune incidence sur la réponse à la question 1, étant donné que, comme cela semble être le cas en droit néerlandais, les deux conditions susmentionnées doivent être remplies pour qu'il y ait constitution d'une société. Il n'en irait autrement que s'il suffisait qu'une seule de ces conditions soit remplie pour que la société soit valablement constituée en vertu du droit national: la réponse à la question 1 conserverait alors d'une certaine manière toute sa pertinence pour autant qu'il s'agit des conséquences de l'inobservation de la condition requise pour la constitution de la société.

34. En ce qui concerne les deux autres questions, la juridiction nationale a eu directement en vue le cas d'espèce dont il s'agit dans la procédure nationale.

35. D'une part, des actes juridiques ont été accomplis au nom d'une société à responsabilité limitée qui n'avait pas encore été valablement constituée, faute de remplir les deux conditions requises en droit néerlandais.

36. Il appartient au droit national de décider si, et dans quelle mesure, il faut attribuer une importance particulière à l'apparence de société à responsabilité limitée qui peut en résulter, la directive ne contenant aucune indication à cet égard.

37. Or, s'agissant d'une société en formation, qui n'a pas encore acquis la personnalité morale, la directive exige que le droit national se conforme à l'article 7 qui prévoit que « si des actes ont été accomplis au nom d'une société en formation, avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité morale, et si la société ne reprend pas les engagements résultant de ces actes, les personnes qui les ont accomplis en sont solidairement et indéfiniment responsables, sauf convention contraire ». C'est cela — et uniquement cela — que la première directive exige pour protéger les tiers vis-à-vis des sociétés en formation.

38. En d'autres termes: il appartient à la législation nationale de chaque État membre de déterminer si, et dans quelle mesure, indépendamment de l'existence d'une société « en formation » et au-delà de la responsabilité personnelle de l'auteur des actes (article 7 de la directive), le fait que ceux-ci ont été accomplis au nom d'une société qui n'a pas été valablement constituée suffit en droit pour que cette « société irrégulière » ou « société de fait » puisse être déclarée nulle et, en particulier, s'il est ou non nécessaire à cet effet qu'il existe une organisation de personnes et de biens.

39. D'autre part, il ressort du dossier qu'Ubbink Isolatie a été inscrite dans le registre de commerce comme société à responsabilité limitée « en formation », soumise au régime des sociétés en nom collectif.

40. Or, l'article 11 de la directive ne dit rien de particulier pour le cas où le droit national d'un État membre permet l'enregistrement d'une société (anonyme ou à responsabilité limitée) à constituer comme société « en formation », en la considérant comme société en nom collectif et en organisant librement son régime de nullités.

41. La première directive ne s'applique qu'aux sociétés visées à l'article 1er, parmi lesquelles la société en nom collectif ne figure pas; la définition des conditions de

constitution de cette société ou de son éventuelle nullité échappe ainsi en général au cadre normatif de la directive et relève de la compétence du législateur national.

42. Or, contrairement à la thèse défendue par Ubbink, nous pensons que — lorsqu'une société en nom collectif doit être considérée, conformément à une disposition expresse du droit national ou à l'interprétation qui en est donnée par la doctrine ou la jurisprudence, comme une société en formation, telle que celles visées dans la première directive — l'article 7 de ladite directive est applicable. S'il ne l'était pas, la protection des intérêts des tiers, visée par cet article, ne serait pas réalisée du fait de la fiction juridique consistant à considérer cette organisation comme une société en nom collectif. Le législateur national n'est donc pas libre d'organiser comme il l'entend le régime de la responsabilité de ces sociétés (par exemple en mettant celle-ci uniquement à charge des administrateurs ou des associés); au contraire, selon l'article 7, il est tenu de mettre la responsabilité à charge des personnes qui ont agi au nom de cette société.

## III — Conclusion

43. Eu égard à ce qui précède, nous vous proposons de répondre dans les termes suivants aux questions posées par le Hoge Raad:

« 1) Il appartient à chaque État membre de régler le régime des nullités des sociétés en formation entrant dans une des catégories visées à l'article 1er de la première directive du Conseil, du 9 mars 1968, relative à la coordination des garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés pour protéger les intérêts des associés et des tiers, pour autant que cette réglementation soit conforme à l'article 7 de la directive précitée. Il ne résulte dès lors pas des dispositions de la section III de la première directive qu'une société à responsabilité limitée en formation, qui ne remplit pas les conditions de constitution requises par la législation nationale, mais au nom de laquelle des actes déterminés ont été accomplis, doive être réputée exister aussi longtemps que sa nullité n'a pas été prononcée dans le cadre d'une procédure engagée à cet effet.

2) La réponse à la première question n'est modifiée par aucune des circonstances indiquées par la juridiction de renvoi dans les deuxième, troisième et quatrième questions. »