pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, doit être interprété en ce sens que, lorsque l'organe représentatif d'une société peut être composé d'un ou de plusieurs membres, il y a lieu non seulement de publier le régime de représentation applicable en cas de pluralité de gérants, mais encore d'indiquer que, en cas de nomination d'un seul gérant, celui-ci engage seul la société, même si un tel pouvoir résulte à l'évidence du droit national.

Lecourt Ó Dálaigh Donner

Monaco Mertens de Wilmars Pescatore Kutscher

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 12 novembre 1974.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

R. Lecourt

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. HENRI MAYRAS, PRÉSENTÉES LE 23 OCTOBRE 1974

Monsieur le Président,

Messieurs les Juges,

Introduction

L'importance du rôle des sociétés dans la vie économique n'est pas à démontrer, non plus que la place qu'elles doivent occuper dans le fonctionnement du marché commun.

C'est pourquoi d'ailleurs les règles du traité de Rome relatives tant au droit d'établissement qu'à la libre prestation de services s'appliquent aux sociétés en vertu du principe posé par l'article 58 selon lequel les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État et ayant leur siège, leur administration centrale ou leur principal établissement dans la Communauté sont assimilées aux personnes physiques ressortissantes aux États membres pour l'application de ces règles.

C'est également pourquoi l'article 54, paragraphe 3, qui donne au Conseil et à la Commission respectivement le pouvoir de prendre certaines directives comporte, sous la lettre g), une disposition les invitant à coordonner, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées des sociétés dans les divers États membres pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

Le 9 mars 1968, sur la base de cette disposition, le Conseil a adopté une première directive dont l'objet est d'ailleurs

limité : elle ne concerne que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée ; elle ne règle que trois questions :

1) les modalités de publicité des actes constitutifs, des modifications statutaires et de certains documents comptables ;

2) la validité des engagements de la société ;

3) les cas de nullité des sociétés.

De ces trois questions, c'est celle de la validité des engagements de la société et des pouvoirs de ses organes qui fait l'objet de la présente affaire. L'intérêt des tiers aussi bien que celui des associés est concerné très directement. Or, il ne fait guère de doute que l'intérêt des associés et celui des tiers sont en conflit.

Les associés, pour leur part, cherchent essentiellement à se protéger contre les excès de pouvoir des organes sociaux. Ils le sont à la condition que la société ne soit pas engagée lorsque ses organes exercent leurs fonctions d'une manière irrégulière ou excèdent les pouvoirs qui leur ont été attribués par les statuts ou par la décision de l'assemblée générale.

Au contraire, la protection des tiers exige que la société ne puisse se dégager des obligations résultant d'actes passés par son ou ses représentants en opposant l'irrégularité de la décision de ceux-ci ou l'abus de pouvoir qu'ils auraient commis.

Les tiers doivent pouvoir se fier aux apparences tout en étant assurés que, s'ils traitent avec une ou plusieurs personnes accréditées comme représentants légaux de la société, le contrat conclu avec cette ou ces personnes sera opposable à la société elle-même.

Or, les lois nationales des six États, alors membres de la Communauté économique européenne, ne réglaient ces problèmes ni ne réalisaient l'équilibre nécessaire entre ces intérêts opposés des associés et des tiers par les mêmes techniques juridiques, notamment en ce qui concerne les modes de publicité ; c'est un fait que la solution d'un tel problème est fonction de la situation économique et sociale dans chaque État et que l'équilibre entre ces intérêts opposés varie aussi dans le temps en tenant compte du développement des échanges commerciaux et de la structure du crédit.

On a remarqué très justement que, depuis une trentaine d'années, les mesures de protection des tiers se sont affirmées en France, en Italie et en Allemagne, tandis que dans les pays du Benelux, par exemple, le régime juridique est demeuré en règle générale plus favorable aux associés. Aussi bien, les jurisprudences nationales, affinées au long des années, ont-elles notablement réduit certaines divergences, dans le souci commun des juridictions de protéger les tiers de bonne foi.

Il n'est pas douteux que la publicité soit un moyen efficace pour atténuer le conflit d'intérêts entre associés et tiers, notamment lorsqu'il s'agit de la publicité des nominations, démissions ou révocations des organes sociaux ainsi que celle des clauses statutaires précisant leurs pouvoirs.

Les tiers étant informés par une telle publicité à laquelle ils ont normalement accès, la société est alors en droit de leur opposer les mentions publiées.

La directive du 9 mars 1968 impose, par son article 2, paragraphe 1, lettre d), première phrase, la publicité de la nomination, de la cessation de fonction et de l'identité des personnes qui, en tant qu'organe social légalement prévu ou membres de tel organe, ont le pouvoir d'engager une société à l'égard des tiers et de la représenter en justice, et cela pour les formes de sociétés visées à l'article 1 de cette même directive, parmi lesquelles figure la société à responsabilité limitée de droit allemand : « Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ». La deuxième phrase de cet article dispose que : « les mesures de publicité doivent préciser si les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement ».

C'est pour tenir compte de cette directive que le droit allemand a été réformé par une loi du 15 août 1969 (Gesetz zur Durchführung der ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts) et que fut notamment modifiée la loi relative aux sociétés à responsabilité limitée (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Ces modifications, entrées en vigueur le 1er septembre 1969, portent notamment sur l'article 8 fixant les conditions requises pour l'inscription d'une société à responsabilité de droit allemand au registre du commerce, auquel a été ajouté un paragraphe 3 ainsi libellé : « la demande doit *en outre* indiquer quel est le pouvoir de représentation des gérants ».

De même, le paragraphe 1 de l'article 10, qui concerne le contenu de l'inscription portée au registre du commerce, a été complété par la phrase : « *en outre,* il doit être indiqué quel est le pouvoir de représentation des gérants ».

Antérieurement à cette modification, ce pouvoir de représentation ne devait être enregistré que dans le cas où l'acte de société comportait, en ce domaine, des clauses particulières dérogeant à la loi. En revanche, si ce pouvoir était défini conformément aux termes de la loi, il n'était nécessaire ni de le notifier ni de l'enregistrer.

Toutefois, ces modifications de la loi allemande n'ont en réalité rien changé aux dispositions qu'elle comportait déjà au sujet de l'exercice même du pouvoir de représentation. D'après la loi, en effet, ce pouvoir continue d'être exercé conjointement s'il y a plusieurs gérants et individuellement s'il n'y en a qu'un. C'est ce que règle l'article 35, inchangé, de la loi.

I — Position du problème

La question préjudicielle qui vous est posée par le Bundesgerichtshof porte, vous le savez, sur l'interprétation du texte précité de l'article 2, paragraphe 1, d), deuxième phrase, de la directive du 9 mars 1968. La haute juridiction allemande souhaite savoir si, dans le cas où l'organe chargé de représenter une société ne compte qu'un membre unique, le fait que celui-ci représente seul la société doit faire l'objet d'une publicité alors que :

— l'organe de représentation d'une société peut comprendre un ou plusieurs membres ;

— le droit national allemand prescrit impérativement qu'au cas où un seul membre est nommé, celui-ci est seul compétent pour représenter la société.

Mais il nous faut rappeler brièvement dans quelles circonstances et selon quelle procédure le Bundesgerichtshof a été conduit à faire usage du renvoi préjudiciel selon la procédure prévue par l'article 177 du traité.

La firme Haaga, dont le siège est à Stuttgart, a pour objet la fabrication d'appareils à usage médical ou hospitalier, notamment des stérilisateurs.

Cette société à responsabilité limitée comptait, à l'origine, deux gérants, Rudolph et Albert Haaga, fondateurs de l'entreprise ; chacun d'eux pouvait, à lui seul, engager la société. Ceci ressort du paragraphe 5 des statuts. Toutefois, pour le cas où d'autres gérants viendraient à être nommés, les statuts prévoyaient qu'en tout cas deux gérants ou un gérant et un fondé de pouvoir, respectivement, pourraient engager la société et signer en son nom. Ces statuts ajoutaient (paragraphe 6) que le pouvoir des gérants d'engager la société vis-à-vis des tiers était illimité.

Mais, du registre du commerce de Stuttgart, il apparaît que la société n'a plus actuellement qu'un seul gérant, Friedrich Haaga junior, et qu'il existe aussi un fondé de pouvoir dont le nom est également inscrit au registre du commerce comme celui du gérant.

Aussi bien, la mention inscrite au registre correspondait à la situation réelle de la société telle qu'elle existait à l'origine. Cette mention était bien conforme, semble-t-il, au paragraphe 10, alinéa 2, de la

loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée, dans son texte antérieur au 15 août 1969, c'est-à-dire à la modification prise conformément à la directive communautaire en cause. Mais le texte postérieur à cette modification exige, on l'a vu, qu'il faille : « *en outre* indiquer quels pouvoirs d'engager la société ont les gérants ».

Dès lors, la question s'est posée de savoir si, pour respecter le nouveau texte pris en application de la directive, il fallait l'interpréter en ce sens que, désormais, la société devait faire inscrire au registre du commerce, à côté de la mention originaire, qu' « au cas où il n'y aurait qu'un seul gérant, ce dernier était habilité à engager seul la société ».

Et, en effet, par lettre du 11 août 1971, le juge de l'Amtsgericht de Stuttgart, chargé de la tenue du registre du commerce, a invité la société Haaga à indiquer quels étaient les pouvoirs de représentation des gérants en fonction de leur nombre et lui a enjoint en particulier de déclarer, pour le cas où il n'y aurait qu'un seul gérant, que ce dernier était habilité à représenter seul la société.

Celle-ci fit opposition au motif qu'à son avis l'inscription eût été inutile puisque, précisément, la société n'avait plus qu'un gérant unique. Cette opposition fut rejetée par le tribunal qui la transmit au Landgericht en appel. Cet appel a été lui-même rejeté par décision du 8 décembre 1971.

C'est alors la société qui s'est pourvue auprès de l'Oberlandesgericht de Stuttgart. Ce tribunal a estimé que le recours n'était pas fondé et s'en est expliqué en affirmant que le nouveau texte des articles 8 et 10 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée avait pour but de permettre aux tiers de savoir à tout moment à qui appartient effectivement le pouvoir de représentation ; il ajoutait que, dans le commerce entre États membres du marché commun, il est impossible de présumer que les intéressés aient une connaissance précise de l'état des législations, éventuellement divergentes, des divers États membres de la Communauté. Il a donc conclu que le pouvoir de représentation doit, en tout état de cause, faire l'objet d'une publicité complète, le pouvoir implicite de représentation d'un gérant unique devant ressortir explicitement de l'inscription portée au registre du commerce.

Toutefois, l'Oberlandesgericht de Stuttgart n'a pu statuer définitivement en ce sens parce qu'un autre Oberlandesgericht, celui de Francfort-sur-le-Main, avait exprimé, quelques mois plus tôt, une opinion contraire par une décision du 6 mai 1971.

Or, dans un tel cas, en vue d'éviter les risques de divergences de la jurisprudence, la loi de procédure allemande exige que l'Oberlandesgericht saisi renvoie l'affaire au Bundesgerichtshof, c'est-à-dire à la Cour de cassation, pour que celle-ci soit en mesure de trancher le problème juridique qui sépare deux Oberlandesgerichte.

Le renvoi au Bundesgerichtshof, en matière d'inscription au registre du commerce, n'est d'ailleurs pas une singularité de la législation allemande puisqu'un autre exemple d'un tel renvoi est prévu par la Gerichtsverfassungsgesetz en matière pénale. Lorsqu'un Oberlandesgericht se propose de déroger à une jurisprudence pénale soit du Bundesgerichtshof, soit d'un autre Oberlandesgericht, il est tenu sous certaines conditions de renvoyer l'affaire devant le Bundesgerichtshof.

Ainsi fut fait, en l'espèce, mais le 14 février 1974 la Cour de cassation fédérale a décidé de surseoir à statuer et de vous saisir d'une demande de décision préjudicielle dont il nous paraît inutile de rappeler le libellé, textuellement repris dans le rapport d'audience.

En revanche, compte tenu des conditions particulières dans lesquelles la question préjudicielle vous a ainsi été adressée, il nous semble opportun de nous interroger sur la recevabilité même de cette question au regard de l'article 177 du traité.

C'est dans le cadre d'une procédure gracieuse, en effet, que le Bundesgerichtshof

vous interroge. Cette haute juridiction n'a pas été saisie par une partie au sens strict du terme, mais bien par un tribunal qui lui est juridiquement subordonné et en vue de fixer la jurisprudence nationale sur un point bien déterminé.

Pourrait-on dès lors en induire que, ce faisant, le Bundesgerichtshof n'assume point une véritable fonction juridictionnelle ? Telle n'est pas notre opinion et il suffit de rappeler que la tenue du registre du commerce est assurée, en Allemagne, par l'Amtsgericht, tribunal de première instance, selon l'article 125 de la Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, selon une procédure minutieusement décrite par ce texte législatif.

Cette procédure n'est d'ailleurs pas spécifique à la tenue du registre du commerce, mais concerne aussi certaines matières telles que la tutelle, l'adoption, le contrôle du registre des associations, les successions, etc. Il s'agit, semble-t-il, non pas tant de matières contentieuses que de « matières administratives exécutées dans des formes judiciaires », c'est à-dire avec les garanties d'une véritable procédure juridictionnelle. En ce qui concerne particulièrement le registre du commerce, on peut d'ailleurs faire une comparaison entre la compétence de l'Amtsgericht et celle du tribunal de commerce en France. Aussi bien peut-on être assuré que, ce faisant, le tribunal de première instance, comme bien entendu les juridictions d'appel et notamment l'Oberlandesgericht, exerce véritablement une fonction juridictionnelle ; la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (Bundesverfassungsgericht) est affirmative en ce sens ; les dispositions de la Loi fondamentale concernant les garanties du citoyen devant la justice, c'est-à-dire le droit à l'audition et la garantie du juge naturel, s'appliquent selon elle aux procédures de cette nature.

Nous n'aurons donc, pour notre part, aucune hésitation à admettre que le Bundesgerichtshof pourrait, en se conformant à l'article 177 du traité, vous renvoyer la question préjudicielle dont il s'agit.

En vous demandant l'interprétation de la directive du Conseil, la haute juridiction fédérale marque sa volonté de donner à la loi allemande, prise pour l'exécution de cette directive, une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire.

Il y a lieu de se féliciter de cette initiative du Bundesgerichtshof, d'abord parce que c'est la première fois qu'une juridiction nationale fait usage du renvoi préjudiciel en vue de connaître votre interprétation d'une directive de coordination dont il ne nous paraît pas faire de doute qu'elle appartient à la catégorie des actes « institutionnels » mentionnés par l'article 177 ; ensuite parce que c'est également, à notre connaissance, pour la première fois que la Cour fédérale de cassation vous interroge.

II — Discussion

Bien que la firme Haaga n'ait pas déposé d'observations écrites et ne se soit pas fait représenter à la barre, il est aisé de découvrir, dans les dossiers des juges allemands, la thèse qu'elle a soutenue devant eux. Son argumentation est simple : elle se refuse à se conformer à ce qui lui apparaît comme une pure tracasserie administrative, d'autant que l'ancienne version du paragraphe 10 de la loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée faisait obligation de mentionner le pouvoir d'engager la société, seulement lorsqu'il était dérogé à la loi.

Ce raisonnement est partagé par la Commission ainsi que par certains des tribunaux nationaux. Il s'appuie sur les considérations suivantes :

En droit allemand, ainsi d'ailleurs que dans le droit de certains des autres États membres, la société à responsabilité limitée peut être engagée par un seul gérant.

Puisque tant la loi allemande actuelle que la directive ne parlent que de gérant et non de fondé de pouvoir, si la société ne comporte qu'un seul gérant, celui-ci *peut* et *doit* nécessairement engager la

société ; l'exigence de l'assistance d'un fondé de pouvoir ne saurait être opposée aux tiers. Pour des tiers avertis, une clause des statuts, conférant le pouvoir d'engager la société à un seul gérant, constitue non une limitation, mais un élargissement du pouvoir d'engager la société puisqu'en règle générale une s.à r.l. est engagée par deux gérants. D'ailleurs les restrictions apportées au pouvoir d'engager la société, même publiées, sont inopposables aux tiers en vertu tant du paragraphe 37 de la Loi allemande que de l'article 9, 2, de la directive.

Selon la conception que l'on pourrait qualifier d'institutionnelle des sociétés et que la directive semble avoir adoptée, la simple possibilité ouverte par la loi de conférer un pouvoir de décision ou de représentation à tel organe de la société équivaut à l'avoir conféré. Vis-à-vis des tiers, l'acte accompli dans les limites de cette faculté légale est valable et engage la société.

Si, d'après la loi, la société est engagée par plusieurs personnes agissant conjointement ou par l'une d'elles agissant seule, ce qui est le cas du gérant de la s.à r.l. en Allemagne, cette règle légale doit naturellement pouvoir être opposée aux tiers qui sont censés la connaître. S'il n'y a qu'un seul gérant la clause statutaire, qui prévoit que la signature d'un membre de l'organe collectif de représentation suffit, tire sa validité à l'égard des tiers non pas d'une mention spéciale au registre, mais de la combinaison du fait qu'elle étend les pouvoirs de chacun des membres de l'organe et du fait qu'elle se contente de reproduire la solution légale. La situation juridique préexiste à la publicité puisqu'elle résulte directement de la loi. En d'autres termes, la mention au registre du commerce n'aurait qu'un caractère recognitif et non point constitutif et son omission n'aurait donc pas besoin d'être sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers.

En admettant que ce système de raisonnement paraisse à la fois simple et logique dans le cadre national et que la protection des tiers comme celle des associés soit ainsi convenablement réalisée par la loi elle-même, nous doutons fort qu'il en soit de même dans le cadre des échanges intracommunautaires lorsque les tiers, qui ont intérêt à connaître la réalité du pouvoir de représentation dans une société à responsabilité limitée allemande, sont des ressortissants d'autres Etats membres de la Communauté.

Et cette considération nous conduira à retenir une conception extensive de la publicité obligatoire au sens de la directive du 9 mars 1968.

A notre avis, en effet, pour ces tiers étrangers à la république fédérale allemande, de même que pour les sociétés ou personnes qui viendraient à s'associer à la firme Haaga, la mention qui figure au registre du commerce est ambiguë.

A lire le texte des statuts et les mentions portées au registre du commerce, sans connaître les dispositions du droit allemand, il pourrait en résulter ceci :

1) s'il y a plus de deux gérants, la société ne pourrait être engagée que par deux de ceux-ci ;

2) s'il n'y a que deux gérants, la société ne pourrait être engagée que par un gérant et un fondé de pouvoir ;

3) il n'est enfin pas exclu, à lire attentivement la mention du registre inscrite dans la colonne intitulée « Prokura », qu'à défaut d'assistance d'un gérant un fondé de pouvoir puisse engager la société .conjointement avec un autre fondé de pouvoir.

Les tiers, nous dit-on, n'ont intérêt à consulter les statuts et le registre que lorsqu'ils ne traitent pas avec l'organe de représentation légal. Mais, pour savoir si une personne est bien l'organe de représentation légal, il leur faut d'abord connaître les dispositions de la loi.

A la limite, si les tiers ou des associés étrangers ne savent pas qu'un fondé de pouvoir n'a pas la qualité d'organe légal et que, comme dans l'espèce, les fondés de pouvoir ne peuvent jamais engager seuls la société, la faculté reconnue par

la loi à un fondé de pouvoir, agissant conjointement avec un gérant, d'engager la société pourrait leur paraître comme un élargissement des pouvoirs de l'organe de représentation qui leur est opposable, surtout si elle a été publiée.

En second lieu, la comparaison des versions successives de la disposition en cause de la directive nous paraît éclairer le sens du texte en définitive retenu.

Dans l'article 2, 4, du projet soumis au Comité économique et social et au Parlement, il était dit en substance que les mesures de publicité doivent faire ressortir la qualité respective des personnes qui, légalement ou statutairement, en qualité d'organe de la société, ont le pouvoir d'engager celle-ci à l'égard des tiers et de la représenter.

Dans l'état du projet au 30 octobre 1966, tel qu'il a été publié dans la revue néerlandaise « La société anonyme », 1967, (p. 18), la rédaction était la suivante :

« Les mesures de publicité doivent faire ressortir la qualité respective de ces personnes et préciser si elles agissent seules ou conjointement ».

Le texte définitif arrêté par le Conseil le 9 mars 1968 dispose que :

« Les mesures de publicité doivent préciser si les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement ».

On est donc conduit à penser que cette rédaction vise plus particulièrement le droit allemand, en ce qu'elle exige une précision sur le point de savoir si les membres de la direction des sociétés à responsabilité limitée disposent d'un pouvoir d'engager la société, individuel ou collectif.

En troisième lieu, si l'opposabilité aux tiers des pouvoirs du gérant unique résulte non pas d'une mention spéciale au registre du commerce, mais directement de la loi, pourquoi la directive exige-t-elle cependant la publicité des clauses statutaires, y compris les dispositions comportant les limitations aux pouvoirs légaux des mendataires sociaux ?

Alors surtout que, dans le cas où la directive dispense de l'exigence d'indiquer les pouvoirs des représentants parce que ceux-ci résultent expressément et exclusivement de la loi, elle le dit elle-même : c'est le cas, notamment, pour les liquidateurs dont la directive traite à l'article 2, 1, lettre j).

Enfin et surtout, tant que la répartition des pouvoirs entre les organes sociaux est laissée à la discrétion des législations nationales, ce qui est encore le cas actuellement, la coordination réalisée sur le plan communautaire risquerait d'être remise en cause puisque l'efficacité de la directive dépendrait ainsi du soin que prendrait chaque État membre de préciser, dans sa législation nationale, la définition des pouvoirs légaux de chaque organe social.

Certes, en l'état du droit positif allemand, une clause statutaire, aux termes de laquelle le pouvoir d'engager la société est attribué à un fondé de pouvoir agissant conjointement avec un gérant n'est pas opposable aux tiers, mais qui peut dire que cette législation ne reconnaîtrait pas un jour cette opposabilité ? Dans ce cas, les tiers auraient beaucoup de difficultés à démontrer qu'ils avaient de justes motifs de croire que cette clause ne s'appliquait pas.

Pour toutes ces raisons, il nous apparaît donc nécessaire que les tiers, notamment ressortissants d'États membres autres que la république fédérale, qui envisagent soit de traiter avec une société à responsabilité limitée, soit d'y entrer en qualité d'associés, sachent exactement, par les seules mentions portées au registre du commerce, comment sont agencés les pouvoirs au sein de cette société. Les tiers ne connaissent en effet que les extraits des registres publics. Il leur serait déjà difficile de disposer des versions successives des statuts. S'ils sont censés connaître leur propre législation, il nous paraît bien difficile d'exiger d'eux qu'ils connaissent aussi celle de la république fédérale d'Allemagne.

L'article 2, 1, lettre d), de la directive

doit donc, à notre avis, être interprété en ce sens que le pouvoir d'engager la société, que détiennent tous les membres des organes de ladite société, doit être précisé et publié selon les modalités prévues à l'article 3, même lorsque de pouvoir résulte directement de la loi nationale.

Nous concluons, en définitive, à ce que vous disiez pour droit que l'article 2, paragraphe 1, lettre d), deuxième phrase, de la directive du Conseil du 9 mars 1968 doit être interprété en ce sens que :

L'organe de représentation d'une société à responsabilité limitée de droit allemand pouvant compter un ou plusieurs membres, il est indispensable, même dans le cas où un seul de ces membres a été nommé, que le fait que ce membre unique est habilité à représenter seul la société fasse l'objet d'une publicité dans les conditions prévues par l'article 3 de ladite directive.