

postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité.

2. Le juge national qui est saisi d'un litige dans une matière entrant dans le domaine d'application de la directive 68/151, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des

sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, est tenu d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de cette directive, en vue d'empêcher la déclaration de nullité d'une société anonyme pour une cause autre que celles énumérées à son article 11. Ces dernières doivent elles-mêmes, au vu de ladite finalité, être interprétées strictement, de sorte que celle tenant au caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société doit s'entendre comme visant exclusivement l'objet de la société tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts.

RAPPORT D'AUDIENCE présenté dans l'affaire C-106/89 *

I — Cadre juridique du litige au principal

1. Selon l'article 395 de l'acte *relatif aux conditions d'adhésion* du royaume d'Espagne et de la République portugaise et aux adaptations des traités¹, ces deux nouveaux États membres mettent en œuvre les mesures nécessaires pour se conformer dès l'adhésion aux dispositions des directives communautaires.

2. La *première directive* 68/151/CEE du Conseil, fondée notamment sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité CEE, a pour objet d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre certaines formes de

sociétés, dont les sociétés anonymes, et les tiers, ainsi qu'entre les associés.

A cet effet, son article 11 limite les cas de nullité de ces sociétés. Aux termes de cette disposition:

« La législation des États membres ne peut organiser le régime des nullités des sociétés que dans les conditions suivantes:

- 1) la nullité doit être prononcée par décision judiciaire;
- 2) les seuls cas dans lesquels la nullité peut être prononcée sont:

* Langue de procédure: l'espagnol.
1 — JO 1985, L 302, p. 23.

- a) le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique; relève des règles de droit commun, tout en soulignant les difficultés que pose l'application par analogie de ces règles³.
- b) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société; Les articles 1261 et 1275 du code civil espagnol, relatifs aux conditions essentielles de validité des contrats en droit espagnol disposent, respectivement:
- c) l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social; — article 1261:
« Il n'y a contrat que lorsque sont réunies les conditions suivantes:
- d) l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social; 1) le consentement des parties,
- e) l'incapacité de tous les associés fondateurs; 2) un objet certain qui forme la matière du contrat,
- f) le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux. 3) une cause de l'obligation établie »;
- article 1275:

En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité. »

3. La *loi espagnole*, du 17 juillet 1951², relative au régime juridique des sociétés anonymes ne règle pas spécifiquement les cas de nullité de ces sociétés. Aussi la doctrine considère-t-elle que la matière

« Les contrats sans cause ou avec une cause illicite ne produisent aucun effet. La cause est illicite lorsqu'elle est contraire aux lois ou à la morale. »

4. Le royaume d'Espagne a communiqué à la Commission le texte d'un *avant-projet de loi* portant réforme partielle et adaptation de la législation commerciale espagnole aux directives de la CEE en matière de droit des sociétés⁴ et dont l'exposé des motifs précise:

2 — BOE n° 199 du 18.7.1951 avec corrigendum au BOE n° 218 du 6.8.1951.

3 — Voir Garrigues, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, tome I, Madrid, 1982, p. 435 et suiv.

4 — Ministère de la Justice: *Supplément au Bulletin* n° 1469 du 5.10.1987, année XLI, Madrid, 1987.

« Une importante nouveauté réside dans l'inclusion de deux dispositions relatives à la nullité de la société qui, bien qu'elles soient insérées pour satisfaire aux directives communautaires, comblent en outre une importante lacune de notre droit des sociétés. D'une part, elles limitent expressément les causes de nullité aux seuls cas prévus par la loi, à l'exclusion de tout autre, étant donné la gravité des effets de la nullité, que le juge est seul à pouvoir prononcer. D'autre part, la nullité qui entraîne la liquidation de la société ne peut porter préjudice à ses créanciers, puisque sa déclaration n'affecte pas la validité des obligations ou des créances de la société vis-à-vis des tiers. »

L'article 32 f) « Causes de nullité » de l'avant-projet précité prévoit:

« ...

8. La nullité de la société doit être prononcée par décision judiciaire et uniquement pour les causes suivantes:

- 1) pour non-passation de l'acte authentique de constitution ou sa non-inscription au registre du commerce,
- 2) pour objet social illicite ou contraire à l'ordre public,
- 3) pour absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de l'indication de la dénomination de la société, des apports des associés, du montant du capital souscrit, de l'objet social ou, enfin, pour inobservation de la libération minimale du capital social prévue à l'article 10,

4) pour incapacité de tous les associés fondateurs,

5) pour le fait que l'acte constitutif n'exprime pas la volonté effective d'au moins deux associés fondateurs, lorsque ceux-ci doivent être plusieurs conformément à l'article 12, paragraphe 1, de la présente loi.

9. En dehors des cas énoncés au paragraphe précédent, ni l'inexistence ni la nullité absolue ou relative de la société ne peuvent être prononcées. »

5. Depuis lors, cet avant-projet de loi est devenu la *loi 19/1989*, du 25 juillet 1989⁵. L'article 31 inséré dans la quatrième section (« De la nullité de la société ») reprend les quatre derniers cas de nullité retenus par l'avant-projet précité.

Selon ses dispositions finales, la loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 1990.

II — Faits et procédure

La société Marleasing SA a saisi, le 29 septembre 1987, le Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 d'Oviedo d'une requête tendant à l'annulation du contrat de société, pour cause de simulation, et de l'acte de constitution de la société La Comercial Internacional, de Alimentación SA pour absence de cause, subsidiairement, à la résiliation du contrat de société et de l'acte de constitution précités pour fraude

⁵ — Loi 19/1989, du 25 juillet 1989, portant réforme partielle et adaptation de la législation commerciale aux directives de la Communauté économique européenne (CEE) en matière de sociétés.

des droits des créanciers et, plus subsidiairement, à l'annulation de l'apport en nature par la société Barviesca SA en faveur de La Comercial Internacional de Alimentación SA, pour fraude des droits des créanciers.

Cette demande, était motivée par la conviction que la défenderesse constituée le 7 avril 1987 avait été créée entre la société commerciale Barviesca et deux hommes de paille aux seules fins de soustraire l'actif de cette dernière société à l'action des créanciers, dont la société Marleasing SA. La demande était fondée sur les dispositions générales du code civil, à savoir l'article 1261, relatif aux conditions d'existence des contrats, et l'article 1275, relatif à l'absence d'effet des contrats sans cause.

La défenderesse a conclu au rejet intégral de la demande en invoquant, notamment, le fait que la première directive, dont l'article 11 dresse la liste limitative des cas dans lesquels une société anonyme peut être déclarée nulle, ne fait pas figurer l'absence de cause parmi ces cas.

La juridiction nationale a relevé que la première directive n'a pas été mise en œuvre par le royaume d'Espagne en dépit de l'obligation qui lui incombe à cet égard, depuis le 1^{er} janvier 1986, en vertu de l'article 395 de l'acte précité. Aussi la juridiction nationale a-t-elle estimé que le litige posait la question de l'effet direct, dans les relations entre personnes privées, des directives communautaires non mises en œuvre dans les délais par les États membres. En énumérant les causes de nullité de manière limitative, l'article 11 de la première directive ne laisserait aucune marge d'appréciation pour étendre celles-ci en droit interne. Par ailleurs, en cas d'effet direct à l'égard

de personnes privées, la nullité de la société anonyme affecterait un cadre plus large que le cadre strict des relations entre personnes privées, en ce qu'elle concernerait les intérêts des associés et des tiers, dont la protection est assurée par l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité CEE.

Par ordonnance du 13 mars 1989, la juridiction nationale a donc décidé, conformément à l'article 177 du traité CEE, de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée à titre préjudiciel sur la question d'interprétation suivante:

« L'article 11 de la directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, qui n'a pas été mise en œuvre dans le droit interne, est-il directement applicable pour empêcher la déclaration de nullité d'une société anonyme pour une cause autre que celles énumérées à l'article précité? »

L'ordonnance déférant à la Cour la question préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 3 avril 1989.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, des observations écrites ont été présentées par la Commission des Communautés européennes représentée par M. A. Caeiro, conseiller juridique de la Commission, et par M. D. Calleja, membre du service juridique de la Commission, en qualité d'agents, et par la demanderesse au principal représentée par M^e J. R. Buzón Ferrero, avocat au barreau d'Oviedo.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir

la procédure orale sans procéder à des mesures d'instructions préalables. En application de l'article 95, paragraphes 1 et 2, du règlement de procédure, la Cour a renvoyé l'affaire devant la sixième chambre par décision du 17 janvier 1990.

III — Observations écrites déposées devant la Cour

La *Commission des Communautés européennes* rappelle que la Cour de justice a reconnu dans une jurisprudence constante⁶ la possibilité que les dispositions claires, inconditionnelles et suffisamment précises d'une directive communautaire soient invoquées devant une juridiction nationale par un particulier vis-à-vis de toute autorité publique de l'État membre qui a manqué à son obligation de mettre en œuvre ladite directive dans son ordre juridique interne dans le délai prévu par celle-ci.

La Commission pose, ensuite, la question de savoir s'il est admissible en droit communautaire que les dispositions d'une directive soient invoquées par un particulier dans le cadre d'une relation juridique avec un autre particulier, lorsque la directive n'a pas encore été transposée dans l'ordre juridique de l'État destinataire à l'expiration du délai prévu pour sa mise en œuvre.

La réponse à cette question semblerait être négative. La Commission rappelle, à ce propos, que, dans son arrêt *Marshall*⁷, la Cour a clairement affirmé que :

6 — Voir, notamment, arrêt du 19 janvier 1982, *Becker* (8/81, Rec. p. 53).

7 — Arrêt du 26 février 1986, *Marshall* (152/84, Rec. p. 723).

« ...

Selon l'article 189 du traité, le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de 'tout État membre destinataire'. Il s'ensuit qu'une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne. »

Il résulterait de ce qui précède et de la doctrine dominante que les directives communautaires n'ont pas d'effet juridique « horizontal » et que leurs dispositions ne peuvent pas être invoquées dans le cadre d'une relation juridique entre particuliers. L'objection fondamentale serait sans nul doute l'insécurité juridique que la solution contraire entraînerait dans des relations juridiques entre particuliers.

La Commission estime que l'article 11 de la première directive, dont l'objectif ultime est d'assurer autant que possible la sécurité juridique en limitant les cas de nullité des sociétés dotées de la personnalité morale, impose aux États membres destinataires une obligation de résultat claire, inconditionnelle et suffisamment précise.

La jurisprudence de la Cour ne permettrait cependant pas qu'une telle disposition d'une directive non mise en œuvre en droit interne dans le délai prescrit, comme en l'espèce, puisse être invoquée par un particulier vis-à-vis d'un autre particulier, lequel, conformément à l'article 189 du traité CEE, n'est pas destinataire de la directive. Il

devrait en aller particulièrement ainsi dans une matière aussi délicate que le droit des sociétés, dans laquelle le régime communautaire doit s'interpréter de façon uniforme compte tenu de l'équilibre recherché dans la protection des intérêts des actionnaires, des créanciers et des tiers en général. L'insécurité juridique qu'entraînerait la faculté d'invoquer la disposition de la directive communautaire vis-à-vis d'un autre particulier ayant placé sa confiance dans la validité du droit national en vigueur serait évidente. Il ne semblerait pas admissible de vouloir opposer à un particulier cette disposition d'un acte communautaire dont la publication n'est pas obligatoire et dont il n'est pas destinataire.

Il semblerait, par conséquent, que la réponse à apporter à la question posée par la juridiction espagnole doive être négative.

Nonobstant cela, la Commission considère que l'ancienne législation espagnole consacrait largement les principes fondamentaux énoncés dans la première directive, même si elle ne le faisait pas entièrement. La principale divergence entre la directive et l'ancienne loi espagnole relative aux sociétés anonymes ou, plus exactement, entre la directive et l'interprétation de cette loi par la doctrine, résiderait dans le fait que la directive n'admet comme causes de nullité que celles qu'elle énonce expressément (article 11, paragraphe 2), tandis que l'ancienne loi était muette sur ce point.

Cette lacune — que le législateur espagnol reconnaît expressément dans le texte de l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi précité — serait comblée, selon la doctrine, par le recours aux règles générales qui s'appliquent aux contrats en matière civile

— auxquelles s'ajoutent les causes tirées de l'inobservation des règles commerciales applicables à la constitution des sociétés anonymes (absence ou nullité d'une mention essentielle de l'acte, souscription incomplète du capital social, etc.).

Eu égard à ce qui précède, la Commission estime qu'il convient de se demander si la lacune juridique qui existait en ce qui concerne la nullité des sociétés anonymes ne pourrait être comblée non pas sur la base des règles générales applicables aux contrats civils, mais par le recours aux principes et règles du droit communautaire contenus dans la première directive.

Certes, le royaume d'Espagne aurait dû adopter les mesures nécessaires pour adapter son droit interne au droit communautaire le 1^{er} janvier 1986.

Toutefois, l'ancienne législation espagnole serait déjà allée dans le même sens, en cherchant à atteindre les mêmes objectifs, que la première directive en matière de droit des sociétés.

Dans ces conditions, il ne semblerait pas que, en l'absence de disposition expresse des anciennes dispositions espagnoles relatives aux causes de nullité des sociétés, la juridiction nationale ne puisse combler cette lacune de son ordre interne en interprétant le droit national de façon conforme à la directive, dans la ligne de son article 11, paragraphe 2, qui indique quels sont les seuls cas dans lesquels la nullité d'une société peut être prononcée.

Dans la mesure où le juge national peut choisir entre diverses interprétations de son droit national, la Commission estime que l'on ne peut empêcher cette autorité judiciaire de choisir l'interprétation conforme à la directive communautaire. Il ne s'agirait donc pas de remplacer le droit national par une directive qui n'avait pas encore été mise en œuvre en droit espagnol et qui ne pouvait être invoquée vis-à-vis d'un particulier, pas plus que d'obliger le juge national à choisir une interprétation « *contra legem* » en appliquant directement la directive communautaire, puisqu'il n'existait pas de disposition nationale expressément applicable.

Il s'agirait simplement de considérer que, en l'absence des conditions permettant à la directive de produire pleinement ses effets en droit interne, le mécanisme d'interprétation des dispositions du droit national conformément au droit communautaire permet de sauvegarder les principes du droit communautaire. Il se pourrait que, sous l'effet de ce mécanisme, l'interprétation du droit national conformément au droit communautaire prime les règles d'interprétation communément admises dans l'ordre interne, mais, en raison précisément du principe de la primauté du droit communautaire, il y aurait lieu de considérer comme prohibée toute règle d'interprétation pouvant faire obstacle au résultat voulu par les auteurs d'une directive.

Du fait de l'adhésion de l'Espagne aux Communautés européennes, le juge espagnol disposerait d'un nouvel ordre juridique sur lequel il peut se fonder pour interpréter le droit national dans certaines matières. Cet ordre juridique ferait partie intégrante du droit interne puisque le juge national est aussi juge communautaire. On ne saurait refuser au juge national la possibilité de se

référer à la solution voulue par le législateur communautaire lorsqu'il interprète son droit interne et que celui-ci présentait une lacune. On ne pourrait empêcher cette juridiction d'interpréter l'ancienne loi espagnole conformément à la solution appliquée dans les autres États membres de la Communauté.

La *demanderesse au principal* considère que la directive n'est pas applicable à la présente affaire.

En effet, les directives n'obligeraient que les États membres, conformément au troisième alinéa de l'article 189 du traité CEE, et n'affecteraient que les États membres qui en sont les destinataires, leur contenu ne pouvant être directement imposé aux particuliers.

Une directive serait, par définition, une norme incomplète qui ne peut donc produire aucun effet horizontal entre particuliers. Ces derniers ne pourraient être directement affectés que par la disposition nationale d'exécution de la directive.

La Cour de justice elle-même ne reconnaîtrait pas aux directives non mises en œuvre dans les délais un effet direct dans les relations entre particuliers qui pourrait entraîner une insécurité pour le justiciable, en ce qu'il obligerait ce dernier, pour se défendre dans des litiges de droit interne, à acquérir des connaissances exhaustives en la matière, surtout si l'on tient compte du fait que la publication n'est pas l'une des conditions de l'entrée en vigueur des directives.

Les directives ne sauraient, en règle générale, engendrer des droits susceptibles d'être invoqués en justice par les particuliers. De même, on ne saurait reprocher à un particulier de ne pas s'être conformé à une obligation qui ne l'affecte pas directement puisqu'elle a un autre destinataire, à savoir les États membres.

En l'espèce, le litige opposerait deux sociétés commerciales espagnoles, ayant leur établissement et leur siège social sur le territoire espagnol, à propos d'une question de droit civil et commercial; par conséquent, il n'y aurait pas lieu de faire une interprétation extensive de l'application de la première directive, puisque, concrètement, celle-ci ne contient aucune disposition permettant de considérer — exceptionnellement — que, bien qu'adressée aux seuls États membres, elle affectait également des particuliers. La directive n'aurait pas non plus de lien direct la rattachant à un article du traité ou d'un

règlement et qui lui permettrait d'entrer dans le champ des textes exceptionnellement applicables.

La directive préciserait dans son titre, ses considérants et son texte qu'elle est adoptée « pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ». La meilleure façon de protéger les intérêts des tiers serait, évidemment, d'interdire que se constituent, à l'abri justement d'une interprétation extensive d'une directive, qui n'a rien de fondamental, des sociétés fantômes qui, en absorbant le patrimoine d'autres sociétés qui leur sont antérieures, rendent tout à fait impossible le fait de satisfaire aux droits de leurs créanciers et, par conséquent, font obstacle au respect des obligations et des contrats.

T. F. O'Higgins
Juge rapporteur