

si applica solo quando i terzi siano stati indotti, dalle informazioni pubblicate a norma della sezione I, a ritenere che esista una società ai sensi della direttiva. Ciò non avviene qualora degli atti siano stati compiuti in nome di una società a responsabilità limitata la cui esistenza non risulta dal pubblico registro a causa del mancato espletamento delle formalità di costituzione prescritte dal diritto nazionale.

Cionondimeno, se gli atti compiuti in nome di una società a responsabilità limitata non costituita vanno considerati, secondo il diritto nazionale da applicarsi, compiuti in nome di una società in formazione ai sensi dell'art. 7 della direttiva, spetta al diritto nazionale di cui trattasi determinare, in conformità a questa disposizione, la responsabilità solidale e illimitata di coloro che li hanno compiuti.

RELAZIONE D'UDIENZA nella causa 136/87 *

I — Contesto normativo della causa principale

La prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del trattato, per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GU L 65, pag. 8), fondata in particolare sull'art. 54, n. 3, lett. g), del trattato CEE, ha lo scopo di garantire la certezza del diritto nei rapporti fra taluni tipi di società (società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata) ed i terzi.

Essa contiene disposizioni di armonizzazione che riguardano la pubblicità permanente di certe informazioni relative alla società, cioè i registri di commercio o i registri

delle imprese (sezione I, art. da 2 a 6), e che limitano tanto le cause di invalidità degli obblighi assunti in nome della società (sezione II, art. da 7 a 9) quanto i casi di nullità della società e le conseguenze giuridiche della nullità (sezione III, art. da 10 a 12).

L'art. 3 della direttiva dispone che gli atti e le indicazioni riguardanti la società e soggetti all'obbligo della pubblicità sono inseriti in un fascicolo o trascritti in un registro (n. 2). Essi sono opponibili dalla società ai terzi soltanto dopo la pubblicazione nell'apposito bollettino nazionale (n. 5). I terzi possono sempre valersi degli atti e delle indicazioni per cui non sono state ancora adempiute le formalità di pubblicità, salvo che la mancanza di pubblicità li renda inefficaci (n. 7).

L'art. 7 della direttiva stabilisce che, qualora siano stati compiuti degli atti in nome di una società in formazione, prima che essa

* Lingua processuale: l'olandese.

acquistasse la personalità giuridica, e la società non assuma gli obblighi che derivano da tali atti, le persone che li hanno compiuti ne sono solidalmente e illimitatamente responsabili, salvo convenzione contraria.

A norma dell'art. 11,

« La legislazione degli Stati membri non può disciplinare la nullità delle società che alle seguenti condizioni:

- 1) la nullità deve essere dichiarata in giudizio;
- 2) la nullità può essere dichiarata soltanto nei seguenti casi:
 - a) mancanza dell'atto costitutivo oppure inosservanza delle formalità relative al controllo preventivo o alla forma dell'atto pubblico;

(...)

Fuori di questi casi di nullità, le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, nullità assoluta, nullità relativa o annullabilità ».

La prima direttiva è stata attuata nei Paesi Bassi con la legge 29 aprile 1971 « relativa all'adattamento del diritto olandese delle società alla prima direttiva » (Stb. 1971, pag. 285). La legge ha inserito nel codice di commercio olandese l'art. 36 I, successivamente ripreso nell'art. 182 del libro II del codice civile olandese per quanto riguarda le società a responsabilità limitata.

Ai sensi dell'art. 182,

« 1) Qualora si agisca in nome di una società a responsabilità limitata, mentre non ha avuto luogo l'iscrizione di cui all'art. 180 del presente libro¹ e non è stato stipulato alcun atto notarile di costituzione o non è stata ottenuta la dichiarazione di cui all'art. 179 del presente libro², la società è dichiarata nulla a richiesta di qualsiasi interessato o del pubblico ministero.

2) I diritti e gli obblighi della società dichiarata nulla costituiscono un patrimonio separato. Al momento della dichiarazione di nullità della società, il tribunale ordina la liquidazione di questo patrimonio e nomina uno o più liquidatori. La liquidazione viene effettuata applicando per analogia gli artt. 24 e da 278 a 283 del presente libro.

3) Nei confronti di coloro che abbiano sottoscritto azioni della società prima che questa sia stata dichiarata nulla, i liquidatori restano competenti ad esigere e riscuotere qualsiasi versamento non ancora effettuato, nella misura necessaria a rispettare gli obblighi assunti in nome di tale società. Si applica per analogia l'art. 199 del presente libro.

4) La decisione passata in giudicato che dichiara la nullità della società è pubblicata nel *Nederlandse Staatscourant* e iscritta nel registro di commercio a cura del cancelliere del tribunale adito in ultima istanza.

1 — Si tratta dell'iscrizione della società nel registro di commercio.

2 — Si tratta della dichiarazione ministeriale di nulla osta.

- 5) Chi abbia agito in nome di una società di cui sia stata dichiarata la nullità è solidalmente responsabile per tutti i suoi atti nei confronti dei terzi ».

convenzionale sarebbero state inammissibili, in quanto la Ubbink Isolatie BV non esisteva.

II — Gli antefatti e il procedimento

Nel 1980 le società a responsabilità limitata Ubbink Nederland BV e Isetco BV convenivano di costituire una società a responsabilità limitata denominata Ubbink Isolatie BV. Nel registro di commercio era iscritta, all'epoca dei fatti della presente causa, una società in nome collettivo sotto la ragione sociale Ubbink Isolatie BV (srl) in formazione, con le due summenzionate società come socie e con tale Juraske come procuratore col titolo di direttore. Dalla registrazione risultava che la società in nome collettivo continuava, dal 1° gennaio 1981, l'attività imprenditoriale di una società denominata Ubbink Isolatie. In detto registro non risultava iscritta alcuna società a responsabilità limitata denominata Ubbink Isolatie BV.

Sotto la denominazione Ubbink Isolatie BV venivano compiuti atti giuridici e, fra l'altro, si stipulava un contratto con la società Dak-en Wandtechniek. L'8 febbraio 1982 quest'ultima citava la « società a responsabilità limitata Ubbink Isolatie BV » dinanzi al tribunale di Arnhem per la risoluzione del contratto e il risarcimento di danni. La Ubbink Isolatie si costituiva in giudizio e proponeva una domanda riconvenzionale. Dopo la presentazione della replica nella causa principale e della comparsa di risposta in sede riconvenzionale da parte della Wandtechniek, la Ubbink Isolatie faceva valere che a torto la Wandtechniek aveva agito in giudizio nei confronti della Ubbink Isolatie BV. La citazione notificata su richiesta della Wandtechniek sarebbe stata nulla e la domanda principale e quella ri-

Nella sentenza interlocutoria 20 ottobre 1983, il tribunale riteneva che, anche qualora fosse risultato che la Ubbink Isolatie BV non era stata costituita affatto o che l'atto costitutivo era viziato, ciò non implicava comunque l'inesistenza della BV (Srl). Questa sarebbe esistita finché non fosse stata sciolta in conformità all'art. 181 del libro II del codice civile o dichiarata nulla in conformità all'art. 182, n. 1, dello stesso libro II.

La suddetta sentenza veniva impugnata in appello dalla Ubbink Isolatie dinanzi al Gerechtshof di Arnhem, che la confermava con sentenza 5 marzo 1985, contro la quale veniva proposto ricorso per cassazione dalla « parte che nei precedenti gradi di giudizio è stata interessata ed è comparsa come società a responsabilità limitata Ubbink Isolatie BV ». In cassazione, questa sostiene che l'art. 182 del libro II del codice civile non può trovare applicazione in un caso come quello di specie, in cui non vi è stata alcuna costituzione di una società a responsabilità limitata.

Lo Hoge Raad considerava che la legge 29 aprile 1971 relativa all'adattamento del diritto olandese alla suddetta direttiva, e che è all'origine dell'art. 182, ha inteso creare, a proposito della nullità delle società e delle relative conseguenze, una normativa del tutto conforme agli scopi della direttiva. Perciò, questa disposizione dovrebbe essere interpretata tenendo conto delle finalità della sezione III della direttiva.

Con sentenza 24 aprile 1987, lo Hoge Raad decideva quindi, a norma dell'art. 177 del trattato CEE, di sospendere il procedimento

finché la Corte di giustizia non si fosse pronunciata in via pregiudiziale sulle seguenti questioni d'interpretazione:

agisca senza che sussista una siffatta organizzazione.

« 1) Se, qualora si agisca sotto il nome di una società contemplata dalla prima direttiva, ma la società non sia costituita conformemente al diritto nazionale vigente, in quanto manca un atto pubblico di costituzione o non sono state osservate le formalità relative al controllo preventivo — presupposti stabiliti entrambi dall'art. 11, n. 2, lett. a), della direttiva —, lo scopo delle disposizioni della sezione III della direttiva implichi che, in un procedimento intentato nei confronti della "società", questa debba essere considerata esistente finché non ne venga dichiarata la nullità in uno specifico procedimento inteso alla declaratoria della nullità e alla liquidazione della "società". »

4) Se per la soluzione della questione sub 1) sia determinante il fatto che si agisca nell'ambito di un'organizzazione che, secondo il diritto nazionale vigente, riveste una forma giuridica diversa da quella di società ai sensi della direttiva — per esempio la forma della società in nome collettivo — ed è anche iscritta come tale nel registro di commercio sotto un nome che, tranne per quanto concerne l'indicazione della forma giuridica, è uguale al nome della società non costituita sotto il quale si agisce ».

La sentenza di rinvio dello Hoge Raad è stata registrata nella cancelleria della Corte il 30 aprile 1987.

2) Se la soluzione della questione sub 1) debba essere diversa a seconda che a) manchi solo l'atto pubblico costitutivo o solo il presupposto dell'osservanza delle formalità di controllo preventivo oppure b) manchi l'atto e per di più non siano state osservate dette formalità.

In conformità all'art. 20 del protocollo sullo statuto (CEE) della Corte di giustizia hanno presentato osservazioni scritte la Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal suo consigliere giuridico sig. Antonio Caeiro, assistito dall'avv. Willem Jacob Lodewijk Calkoen, del foro di Rotterdam, il governo dei Paesi Bassi, rappresentato dal ministro degli affari esteri, e la Ubbink Isolatie, ricorrente nella causa principale, rappresentata e assistita dall'avv. L. Hardenberg, del foro di Amsterdam.

3) Se la soluzione della questione sub 1) debba essere diversa a seconda che a) si agisca nell'ambito di un'organizzazione di persone e di beni che — prescindendo dal fatto che agisce sotto il nome di società — crei l'apparenza esteriore di una società, oppure b) si

Con decisione 11 novembre 1987, a norma dell'art. 95, §§ 1 e 2 del regolamento di procedura, la Corte ha rimesso la causa alla sesta sezione.

Su relazione del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Corte ha deciso di passare alla fase orale senza procedere ad istruttoria.

III — Le osservazioni scritte presentate alla Corte

La *Commissione* precisa anzitutto che la direttiva si applica attualmente nei Paesi Bassi alle norme riguardanti le società per azioni (« NV ») e le società a responsabilità limitata (« BV »).

A suo avviso, la direttiva non disciplina le condizioni necessarie per il riconoscimento della personalità giuridica o attinenti all'esistenza delle società in sede di contenzioso. Dagli atti relativi alle consultazioni che hanno preceduto l'adozione della direttiva non risulta alcunché riguardo al momento della nascita o dell'acquisto della personalità giuridica o riguardo all'esistenza della società. Né vi si trova nulla in merito alla nozione di società di fatto.

Il momento in cui una società acquista la personalità giuridica è determinato dal diritto nazionale. La direttiva non ha subordinato l'acquisto della personalità giuridica all'iscrizione della società in un pubblico registro (registro di commercio o registro delle imprese). Essa non fa di questa iscrizione una condizione per la costituzione delle società. Queste possono acquistare la personalità giuridica anche prima di essere iscritte in un pubblico registro (come avviene, in particolare, nei Paesi Bassi) ovvero acquistare la personalità giuridica solo con tale iscrizione. Nessuno dei due sistemi è incompatibile con le disposizioni della direttiva.

La direttiva si applica alle società dotate di personalità giuridica ai sensi del diritto nazionale. Lo stesso vale, in particolare, per il suo art. 11, che ha lo scopo di limitare, per quanto possibile, le dichiarazioni di nullità delle società.

Secondo la *Commissione*, si deve tener presente questa volontà di limitare le possibilità di annullamento nell'esaminare l'art. 11, ultimo comma, della direttiva. Non si possono fare disquisizioni terminologiche a proposito di eventuali disparità nazionali tra nozioni quali la nullità, l'inesistenza, la nullità assoluta, la nullità relativa o l'annullabilità. Per tutte queste nozioni dovrebbe valere l'elenco tassativo dei casi di nullità di cui all'art. 11, n. 2, lettere da a) ad e).

La *Commissione* considera che non si può dichiarare la nullità di un'organizzazione finché questa non abbia la personalità giuridica.

La direttiva contiene una disposizione chiarissima per quanto riguarda le società in fase di formazione, cioè le società che non sono ancora costituite a norma del diritto nazionale: è l'art. 7, il quale precisa che le persone che hanno compiuto atti in nome di una società in formazione ne sono solidalmente e illimitatamente responsabili.

L'art. 11, secondo la *Commissione*, può applicarsi anche qualora sia stata effettuata l'iscrizione nel registro di commercio come se vi fosse stata una società dotata di personalità giuridica. Qualora una società che non ha ancora la personalità giuridica venga tuttavia iscritta in un pubblico registro come se l'avesse, in altri termini se l'iscrizione fosse viziata da errore, l'iscrizione stessa dovrebbe

poter essere annullata. Ciò dovrebbe avvenire in base al principio enunciato dall'art. 3 della direttiva: il terzo deve potersi valere dell'esistenza della « BV ».

In un caso del genere si avrebbe, per il fatto dell'iscrizione (art. 3), una società apparente. L'iscrizione fittizia dovrebbe quindi essere eliminata. Inoltre, l'art. 11, n. 2, lett. a), precisa che lo stesso articolo può applicarsi in caso di mancanza dell'atto costitutivo o di inosservanza delle formalità di controllo, il che avverrebbe nel caso dell'iscrizione come società esistente.

La Commissione è del parere che la direttiva non contenga disposizioni riguardanti i criteri per l'esistenza di una società; il suo art. 11 sarebbe inteso a limitare le possibilità di annullamento di società esistenti. La questione se la società debba essere considerata esistente dipende dal diritto interno. L'art. 11 si applicherebbe anche nel caso in cui l'iscrizione nel registro di commercio ai sensi dell'art. 3 della direttiva crei l'apparenza di una società esistente.

Nella seconda questione, lo Hoge Raad ha chiesto se la soluzione della prima debba essere diversa a seconda che

- a) vi sia o no l'atto costitutivo della società,
o
- b) siano state osservate o meno le formalità di controllo preventivo.

Poiché l'applicabilità dell'art. 11 presuppone che vi sia una società dotata di personalità

giuridica o, altrimenti, un'iscrizione nel registro di commercio che ne crei l'apparenza, i suddetti elementi (atto costitutivo o formalità di controllo) non influiscono affatto sull'applicabilità dell'art. 11. Essi avrebbero incidenza soltanto qualora uno di essi sia sufficiente, secondo il diritto interno, a provare che sussiste la personalità giuridica.

Nella terza questione lo Hoge Raad chiede se la soluzione non sarebbe diversa nel caso in cui si tratti di un'organizzazione di persone e di beni che abbia l'apparenza di una società. Neppure questo elemento può avere alcun peso, poiché, ai fini dell'applicabilità dell'art. 11, si tratta di accertare se sussista, in quanto tale, una società dotata di personalità giuridica ovvero un'iscrizione.

Con la quarta questione si chiede se abbia rilevanza, per la soluzione, il fatto che siano stati compiuti atti nell'ambito di un'organizzazione avente una forma giuridica diversa e iscritta anche nel registro di commercio sotto questa forma giuridica, ma con una denominazione praticamente identica. Nel presente caso, l'altra società sarebbe una società in nome collettivo iscritta come società a responsabilità limitata in formazione.

La prima direttiva si applica alle società indicate nel suo art. 1, n. 1, e alla loro registrazione, ma non alla registrazione di società aventi una forma giuridica diversa, come nella fattispecie la società in nome collettivo. Nel presente caso non era registrata alcuna BV. Nessuna iscrizione nel registro di commercio ha creato l'apparenza di una BV esistente.

La Commissione propone alla Corte di risolvere come segue le questioni sottoposte dallo Hoge Raad:

« 1) Gli artt. 11 e 12 della direttiva riguardano unicamente la nullità delle società per azioni, delle società in accomandita per azioni e delle società a responsabilità limitata aventi personalità giuridica e iscritte nel pubblico registro di cui all'art. 3 della suddetta direttiva, sotto una delle suddette forme di società.

2) Gli artt. 11 e 12 non si applicano alle società in formazione. Gli Stati membri sono liberi di disciplinare la nullità delle società in formazione e di emanare altre norme relative alle società in formazione, purché rispettino l'art. 7 della direttiva ».

Il *governo olandese* osserva che la direttiva ha principalmente lo scopo di tutelare colui che abbia rapporti contrattuali con una società di capitali o con una fittizia società di capitali e che si basi su dati risultanti dal registro di commercio o dal registro delle imprese, o dei quali abbia conoscenza da altra fonte (art. 3, n. 7).

Qualora ci si trovi in presenza di una società fittizia senza patrimonio separato, di una società di capitali in formazione o di una società di fatto, non sembra che i creditori abbiano interesse a che l'applicazione degli artt. 11 e 12 venga estesa a casi diversi da quelli in cui, conformemente all'art. 3, il terzo può basarsi su dati di cui abbia conoscenza tramite il registro o da altra fonte.

Per il momento, il governo olandese non è convinto che l'art. 11 sia direttamente effi-

cace nel caso in esame. Esso non esclude che l'interpretazione dell'art. 11 sia importante nella fattispecie, in particolare perché il legislatore olandese ha esteso il campo d'applicazione del regime di nullità delle società. A suo avviso, il suddetto articolo dovrebbe comunque applicarsi qualora un creditore si sia basato sull'iscrizione di una società di capitali nel pubblico registro o su un atto costitutivo di cui abbia avuto conoscenza da altra fonte, il che rientrerebbe nelle previsioni dell'art. 3, n. 7. Esso ritiene che sarebbe logico applicare l'art. 11 anche qualora il terzo possa pensare, in base alle apparenze, che sia stata costituita una società di capitali e per di più abbia conoscenza di un progetto di atto costitutivo. Non gli sembra giustificato interpretare il suddetto articolo in senso più lato.

In quanto l'apparenza di una società di capitali validamente costituita abbia indotto il terzo a sostenere spese inutili in relazione ad un atto di citazione non valido, le norme generalmente vigenti consentono di porre queste spese a carico di coloro che siano all'origine di tale apparenza fallace.

La *ricorrente nella causa principale* osserva che, nel dare attuazione alla direttiva, la legge di adattamento del diritto olandese alla direttiva stessa ha riaffermato il principio secondo cui, finché non sia stata espletata una sola delle due formalità considerate essenziali per la costituzione — stipulazione di un apposito atto notarile e autorizzazione ministeriale —, la società per azioni o a responsabilità limitata non esiste. Essa sarebbe, in altri termini, viziata da nullità totale, secondo la formula del diritto precedente, o da nullità assoluta, secondo l'espressione usata dall'art. 11, n. 2, della direttiva.

Per « società in formazione » l'art. 7 della direttiva intende manifestamente la futura persona giuridica nella fase di formazione — e quindi, ad esempio, prima che sia stata ottenuta l'autorizzazione ministeriale —, non già una società in nome collettivo che, come la Ubbink Isolatie, si presenti come società a responsabilità limitata in formazione.

L'art. 11 della direttiva, riguardante la nullità delle società, si applica soltanto alle società ai sensi dell'art. 1 della direttiva, escluse tutte le altre possibili forme di collaborazione, come la srl in formazione che abbia cominciato a funzionare come società in nome collettivo.

Come l'art. 11 della prima direttiva, anche l'art. 182 del libro II del codice civile riguarda esclusivamente le « società di fatto », che hanno solo l'apparenza di una società senza esserlo effettivamente. Esso non si applica, perciò, alla società in nome collettivo, neppure se questa si presenta come società a responsabilità limitata in formazione.

Il « patrimonio separato » di cui all'art. 182, n. 2, non è nient'altro che questa « società di fatto », che serve in primo luogo a garantire i diritti dei terzi che abbiano trattato in buona fede con la società a responsabilità limitata nulla, senza pregiudizio della responsabilità personale dei soggetti contemplati dall'art. 182, n. 5, che agiscano in nome della società.

In proposito si dovrebbe inoltre richiamare l'attenzione sul fatto che, nei Paesi Bassi, lo stesso regime si applica alla società in nome collettivo, che, a differenza della società di fatto, è basata su un accordo ed è discipli-

nata dalla legge: essa non ha personalità giuridica, ma i suoi beni servono in primo luogo a garantire i suoi creditori, oltre alla responsabilità personale e solidale dei soci.

La differenza fondamentale tra la « società di fatto » e la società a responsabilità limitata in formazione che agisca come società in nome collettivo è naturalmente la circostanza che i soci di detta società in formazione hanno la chiara ed espressa intenzione di agire come tali, cioè come soci solidalmente responsabili, ed hanno anche fatto iscrivere la società nel registro di commercio con tutti gli effetti giuridici a ciò connessi, mentre gente che indebitamente sostenga di agire in nome di una società a responsabilità limitata inesistente non ha manifestamente questa intenzione.

Con l'espressione « agire in nome di una società a responsabilità limitata », l'art. 182, n. 1, considera, certamente, l'ipotesi in cui non sia stata validamente creata una società a responsabilità limitata, perché mancano l'atto notarile o l'autorizzazione ministeriale o ambedue questi presupposti, ma si sia potuto tuttavia credere di avere a che fare con una società a responsabilità limitata, senza poter immediatamente controllare la falsità di questa apparenza. Tale situazione si verifica soltanto quando, come giustamente presuppone l'art. 182, « non vi sia stata iscrizione ai sensi dell'art. 180 del presente libro ». Ora, la società in nome collettivo denominata Ubbink Isolatie BV in formazione era stata effettivamente iscritta come tale nel registro di commercio. Si dovrebbe precisare che questa società in nome collettivo è stata poi sciolta per risoluzione del contratto, dopodiché il giudice ha ordinato la divisione dei beni nel modo prescritto per le società in nome collettivo.

Non si è mai avuto qualcosa di più o di diverso dalla ormai sciolta società in nome

collettivo, cosicché una domanda d'annullamento ai sensi dell'art. 182 sarebbe nella fattispecie, sotto ogni punto di vista, un buco nell'acqua. Né la situazione cambia per il fatto che talvolta, in pratica, sia stato possibile, come nella fattispecie, che la società a responsabilità limitata in formazione abbia effettivamente omesso, per negligenza, in previsione della sua prossima costituzione, di far figurare l'abbreviazione « i. o. » (in formazione) sulle lettere e su altri documenti. In tal caso, infatti, non si potrebbe parlare di annullamento, nel momento in cui il giudice si rendesse conto di avere in realtà a che fare non già con una « società di fatto » nulla, bensì con una società in nome collettivo valida e iscritta nel registro di commercio.

L'art. 182 fa parte della normativa sulle società a responsabilità limitata e deve quindi essere considerato come una norma volta ad impedire abusi di diritto sotto forma di un'apparenza contrastante con la realtà giuridica. In proposito, è da notare che l'espressione « agire in nome di » una società a responsabilità limitata non è mutuata dall'art. 11 della direttiva, cosicché questo non può fornire alcun ausilio per la sua interpretazione.

L'interpretazione dell'art. 182 è perciò unicamente una questione di diritto olandese. Poiché, inoltre, il singolo che inevitabilmente, non essendovi neppure un inizio di organizzazione, si fa passare per una società a responsabilità limitata obbliga soltanto se stesso ed è quindi fin dall'origine « personalmente responsabile di tutti i suoi atti nei confronti dei terzi », non è necessario, in tal caso, dichiarare la nullità. Comunque sia, poiché si tratta sempre di un comportamento di fatto, senza possibilità di raffronto con una forma di collaborazione resa pubblica con l'iscrizione nel registro di commercio, tutto dipende dalle circostanze del caso concreto. È impossibile, in proposito, porre norme in abstracto.

Qualora abbia effettivamente avuto luogo l'iscrizione nel registro di commercio, che, secondo l'art. 31 della relativa legge (*Handelsregisterwet*), si presume generalmente nota, la problematica dell'art. 182 del libro II non si pone affatto. In proposito il *Gerichtshof* di Arnhem è incorso in una petizione di principio nel ritenere che l'art. 182, n. 1, trova già applicazione quando sia stata iscritta una società in formazione, ma non una società a responsabilità limitata.

La direttiva non mira a disciplinare la procedura civile degli Stati membri e non si pronuncia quindi sulla procedura da seguire per la dichiarazione di nullità. Ora, non vi è certamente alcun motivo di ammettere che, dopo l'attuazione della Prima direttiva, in un procedimento nel quale sia coinvolta una società a responsabilità limitata, il giudice civile non abbia più il potere di valutare l'esistenza della stessa, tanto più che il diritto olandese ammetteva già prima che venisse adottata la Prima direttiva ed ha continuato ad ammettere in seguito il principio secondo cui, in mancanza dell'atto notarile o dell'autorizzazione ministeriale, e a fortiori in mancanza di entrambi questi presupposti, la società è di diritto assolutamente nulla. Questo principio viene riconosciuto dalla Prima direttiva e l'art. 182 del libro II del codice civile lo ha lasciato del tutto impregiudicato. Data questa premessa, sarebbe inutile esaminare la questione se, in mancanza di atto notarile e/o di autorizzazione ministeriale, si sia in presenza di una società a responsabilità limitata nulla ovvero inesistente.

L'art. 182 parte sempre dall'ipotesi che vi sia una società nulla, e nient'altro. Qualora esista una società a responsabilità limitata in formazione, sotto forma di una società in nome collettivo, valida e per di più regolarmente iscritta nel registro di commercio, non vi è niente che possa essere dichiarato

nullo. Nei confronti di una società in nome collettivo, infatti, il giudice non sarebbe competente nell'ambito del procedimento ai sensi degli artt. 11 della prima direttiva e 182 del libro II del codice civile, e nell'ipotesi che sia stata omessa soltanto la menzione « in oprichting » (in formazione) o la più frequente abbreviazione « i. o. » in un qualsiasi atto giuridico, tale omissione non potrebbe di per sé essere dichiarata nulla.

Qualora la direttiva dovesse implicare che, pur non essendo sotto alcun aspetto soddisfatte le condizioni stabilite nei Paesi Bassi per l'esistenza di una società a responsabilità limitata, questa continua tuttavia ad esistere finché non ne sia dichiarata la nullità, la direttiva sarebbe intrinsecamente contraddittoria: essa riconoscerebbe infatti la validità provvisoria, per una durata indeterminata, di qualcosa di cui essa lascia espressamente al legislatore nazionale il compito di disciplinare la nullità assoluta.

La ricorrente nella causa principale suggerisce quindi che le questioni pregiudiziali sollevate dallo Hoge Raad vengano risolte come segue:

Questione 1: Qualora, come nei Paesi Bassi, una società ai sensi dell'art. 11, 1° comma, n. 2, lett. a), della direttiva sia, per mancanza dell'atto costitutivo o per inosservanza delle formalità relative al controllo preventivo o della forma di atto pubblico, nulla di diritto, e il giudice non disponga quindi di alcun potere discrezionale in proposito, lo scopo delle disposizioni contenute nella sezione III della direttiva non implica che, in un procedimento intentato nei suoi confronti, la società debba cionondimeno essere considerata esistente finché la sua nullità non sia stata dichiarata in uno speci-

fico procedimento inteso all'annullamento e alla liquidazione della « società ».

Questione 2: L'art. 11, 1° comma, n. 2, lett. a), distingue l'uno dopo l'altro tre casi in cui la legge nazionale può ammettere la nullità: mancanza dell'atto costitutivo, inosservanza delle formalità relative al controllo preventivo e inosservanza della forma di atto pubblico.

Questione 3: Ammettendo che l'espressione « agire in nome di una società », che non figura negli artt. da 10 a 12 della prima direttiva, designi il fatto di compiere degli atti allo scopo di creare l'apparenza di una società ai sensi della prima direttiva, la questione di accertare se questa apparenza sia stata creata dipende tuttavia totalmente dalle circostanze del caso concreto. Ciò non influisce in alcun modo sulla soluzione della questione sub 1).

Questione 4: Tenuto conto dell'importanza determinante che l'art. 3 della prima direttiva attribuisce alla pubblicazione delle informazioni relative alle società — disciplinata fra l'altro nei Paesi Bassi dagli artt. 5, 69, 180 e 182 del libro II del codice civile —, qualsiasi società registrata può far valere informazioni regolarmente pubblicate, in particolare la propria forma giuridica così resa nota, poiché, secondo il combinato disposto del suddetto art. 182 e dell'art. 3, n. 5, della direttiva, gli atti e le informazioni pubblicati sono opponibili ai terzi, come tali potendosi intendere solo i terzi che, nonostante la pubblicazione, si siano basati su una presunzione diversa.

T. F. O'Higgins
giudice relatore