

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
WALTER VAN GERVEN  
fremsat den 12. juli 1990 \*

*Høje Domstol.*

1. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 1, Oviedo, har forelagt Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 11 i Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9. marts 1968<sup>1</sup> (herefter benævnt »første selskabsdirektiv«).

**Indkredsning af problemet**

2. Spørgsmålet er rejst under en sag anlagt af selskabet Marleasing SA, sagsøgeren i hovedsagen, mod en række sagsøgte, herunder Comercial Internacional de Alimentación SA (herefter benævnt »Comercial«). Sidstnævnte selskab blev stiftet som et aktieselskab af tre personer, herunder selskabet Barviesá, som indskød alle sine aktiver. Marleasing, der er en af Barviesá's store kreditorer, har anført, at Comercial i virkeligheden kun blev stiftet af Barviesá, idet de to andre stiftere var stråmænd. Ifølge Marleasing blev Comercial udelukkende stiftet med det formål at bringe Barviesá's aktiver i kreditorly. Under påberåbelse af den span-

ske Código Civil's bestemmelser vedrørende aftalers gyldighed, herunder navnlig artiklerne 1261 og 1275, hvorefter aftaler uden retsgrund eller med lovlig retsgrund er uden retsvirkning, anlagde Marleasing sag med påstand om, at stiftelsesoverenskomsten vedrørende Comercial erklæredes ugyldig, da der er tale om en proforma-retshandel uden (lovlig) retsgrund til skade for kreditorerne. Subsidiært har selskabet med samme begrundelse anlagt påstand om, at Barviesá's indskud i det nystiftede selskab erklæres ugyldig.

Comercial har i svarskriftet navnlig henvist til første selskabsdirektivs artikel 11, der indeholder en udtømmende opregning af de tilfælde, hvor et selskab kan erklæres ugyldigt. Den af Marleasing principalt anførte manglende lovlige retsgrund indgår ikke i denne opregning, hvorfor selskabet ikke kan erklæres ugyldigt.

3. Ifølge den forelæggende ret rejser sagen et spørgsmål om den direkte virkning af fællesskabsdirektiver, som endnu ikke er gennemført af medlemsstaterne. Den forelæggende har her henvist til, at Kongeriget Spanien var forpligtet til at gennemføre første direktiv umiddelbart efter dets optagelse i Fællesskaberne, jf. tiltrædelsesaktens artikel 395<sup>2</sup>. Retten fastslog imidlertid, at direktivet endnu ikke var gennemført på datoen for

\* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Rådets direktiv om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i Traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT 1968 L, s. 41).

2 — Dokumenter vedrørende Kongeriget Spaniens og Republikken Portugals tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber (EFT 1985, L 302, s. 23).

afsigelsen af forelæggelseskendelsen<sup>3</sup>. Herefter har den forelæggende ret besluttet at forelægge Domstolen følgende fortolknings-spørgsmål:

»Er artikel 11 i Rådets direktiv 68/151/EØF af 9. marts 1968, der ikke er gennemført i spansk ret, direkte anvendelig og dermed til hinder for, at et aktieselskab erklæres ugyldigt stiftet på grund af et andet forhold end de i artiklen nævnte?»

4. Den forelæggende ret har med føje lagt til grund, at den retlige form, hvorunder Comercial blev stiftet, dvs. i form af et aktieselskab, henhører under første selskabsdirektivs anvendelsesområde<sup>4</sup>. Det er ligeledes med føje, at retten antager, at et sådant selskab kun kan erklæres ugyldigt i de tilfælde, der er opregnet i artikel 11, nr. 2. Det fremgår helt klart af artikel 11, 2. afsnit, at der er tale om en udtømmende opregning af ugyldighedsgrunde. 2. afsnit lyder således:

»Bortset fra ovennævnte ugyldighedstilfælde kan et selskab ikke af nogen grund erklæres for ikke-eksisterende, absolut eller relativt ugyldigt, anfægteligt eller for en nullitet.«

3 — Den spanske lovgiver har i mellemtiden vedtaget lov nr. 19/1989 af 25.7.1989 om tilpasning af handelslovgivningen til EØF-direktiverne (BOE nr. 178 af 27.7.1989). Bestemmelserne vedrørende aktieselskaber blev herefter samordnet ved kongelig anordning nr. 1564/1989 af 22.12.1989 (BOE nr. 310 af 27.12.1989). Anordningens artikler 34 og 35 indeholder bestemmelser vedrørende aktieselskabers ugyldighed, som er i overensstemmelse med de i første selskabsdirektiv indeholdte. Det tilkommer den nationale retsinstans at afgøre, om disse bestemmelser er relevante for hovedsagen, og jeg skal derfor ikke her gå ind på dette spørgsmål.

4 — Jf. første selskabsdirektivs artikel 1, således som den er tilpasset ved tiltrædelsesakten. I henhold til denne bestemmelse er følgende selskabsformer, for så vidt angår Spanien, omfattet af direktivet: la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada.

Spørgsmålet om første selskabsdirektivs direkte virkning er således relevant for afgørelsen af hovedsagen. I første omgang skal jeg — ganske kort — behandle dette spørgsmål og besvare det benægtende. Denne negative besvarelse er imidlertid ikke til hinder for, at direktivet bør lægges til grund ved fortolkningen af national ret (jf. punkterne 7 ff.), men naturligvis udelukkende inden for direktivets anvendelsesområde (jf. punkt 12 nedenfor).

#### En direktivbestemmelse kan ikke som sådan påberåbes over for en privat

5. I Becker-dommen<sup>5</sup> udtalte Domstolen, at private kan påberåbe sig en ubetinget og tilstrækkelig præcis bestemmelse i et direktiv over for en medlemsstat, som ikke inden for den fastsatte frist har gennemført direktivet i national ret. I Marshall-dommen<sup>6</sup> har Domstolen yderligere udtalt, at der kun består en sådan mulighed over for den berørte medlemsstat og dennes institutioner. Herefter fastslog Domstolen:

»at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer« (Marshall, præmis 48, min fremhævelse).

5 — Dom af 19.1.1982, Becker (sag 8/81, Sml. s. 53, præmis 23-25).

6 — Dom af 26.2.1986, Marshall (sag 152/84, Sml. s. 723).

Dette standpunkt er senere blevet bekræftet flere gange, senest i Busseni-dommen<sup>7</sup>.

6. Comercial har påberåbt sig en direktivbestemmelse, nemlig artikel 11 i første selskabsdirektiv, der ved afsigelsen af forelæg-gelseskendelsen endnu ikke var gennemført i spansk ret. Det i denne bestemmelse indeholdte forbud mod at erklære et selskab ugyldigt af andre grunde end de i bestem-melsen opregnede er helt klart ubetinget og tilstrækkelig præcist for principielt at kunne anvendes umiddelbart. Når henses til Dom-stolens faste praksis, kan Comercial imidler-tid ikke i hovedsagen påberåbe sig denne di- rektivbestemmelse over for Marleasing. Der er nemlig intet grundlag for at antage, at Marleasing optræder som statsorgan eller offentlig myndighed, heller ikke ifølge den brede fortolkning, som Domstolen for gan-ske nylig har anlagt af disse to begreber<sup>8</sup>.

### Pligten til at fortolke national ret i overens- stemmelse med direktivet

7. Kan en direktivbestemmelse ikke påberå- bes over for en privat, har Domstolen dog ikke desto mindre i Von Colson og Ka- mann-dommen<sup>9</sup> udtalt, at:

7 — Dom af 22.2.1990, EKSF mod Busseni (sag C-221/88, Sml. s. 1-495).

8 — Se i denne forbindelse mit forslag til afgørelse fremsat den 8.5.1990 i Foster-sagen, sag C-188/89 (dom afsagt den 12.7.1990, Sml. s. I-3313, I-3326), samt, mere generelt, mit forslag til afgørelse fremsat den 30.1.1990 i Barber-sagen, sag C-262/88 (dom afsagt den 17.5.1990, Sml. s. I-1889, I-1912).

9 — Dom af 10.4.1984, Von Colson og Kamann (sag 14/83, Sml. s. 1891, præmis 26). Se også dommen af samme dato, Harz (sag 79/83, Sml. s. 1921, præmis 26).

»Ved anvendelsen af national ret, især af bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv..., er den nationale domstol forpligtet til at for- tolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved Traktatens artikel 189, stk. 3.«

Denne ofte stadfæstede pligt<sup>10</sup> for de natio- nale retsinstanser til at fortolke den natio- nale lovgivning i overensstemmelse med di- rektivet indebærer på ingen måde, at en di- rektivbestemmelse kan tillægges nogen form for direkte virkning i et retsforhold mellem private<sup>11</sup>. Det er derimod de nationale be- stemmelser selv — fortolket i overensstem- melse med direktivet — der har direkte virkning.

8. Pligten til at anlægge en fortolkning, der er i overensstemmelse med direktivet, opstår hver gang, den nationale lovbestemmelse på en eller anden måde kan fortolkes<sup>12</sup>. Den nationale ret skal så, under hensyntagen til de i det pågældende retssystem gældende fortolkningsmetoder, anvende netop den metode, som giver retten mulighed for at

10 — Jf. dom af 15.5.1986, Johnston (sag 222/84, Sml. s. 1651, præmis 53), dom af 8.10.1987, Kolpinghuis Nijmegen (sag 80/86, Sml. s. 3969, præmis 12), dom af 20.9.1988, Ge- broeders Beenjes (sag 31/87, Sml. s. 4635, præmis 39) og dom af 7.11.1989, Nijman (sag 125/88, Sml. s. 3533, præ- mis 6).

11 — Af denne grund bør den pågældende direktivbestemmelse i øvrigt ikke nødvendigvis være »ubetinget og tilstrækkelig præcis« for at tjene som fortolkningskriterium. Se også generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse fremsat den 14.11.1989 i sagerne C-177/88, Dekker, og C-179/88, Hertz (punkt 15 i forslaget, dom af 8.11.1990, Sml. s. I-3941, I-3956 og I-3979).

12 — For så vidt angår denne pligt, henvises bl. a. til Y. Galmot og J. C. Bonichot: »La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national«, *Revue française de droit administratif*, 1988, s. 1 ff., navnlig s. 20 ff.

udlægge den nationale lovbestemmelse på en sådan måde, at den er forenelig med direktivet<sup>13</sup>.

Pligten til at anlægge en fortolkning i overensstemmelse med direktivet begrænses imidlertid af selve fællesskabsretten, og navnlig af de retsgrundsætninger, som udgør en del af fællesskabsretten, herunder bl. a. retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod loves tilbagevirkende gyldighed. I straffesager kan et direktiv ikke i sig selv og uafhængigt af en medlemsstats vedtagelse af en lov til gennemførelse af direktivet danne grundlag for et strafansvar<sup>14</sup>. Med de *afholdte flydende ændringer* kan et direktiv efter min mening heller ikke i sig selv — dvs. uden vedtagelse af en national lov til gennemførelse heraf — i national ret indføre en civilretlig sanktion som ugyldighed. Det er imidlertid ikke det, det her drejer sig om, men derimod om en direktivbestemmelse, som *udelukker* visse ugyldighedsgrunde.

9. Det er som regel i forbindelse med nationale lovbestemmelser, der er vedtaget specielt med henblik på gennemførelsen af det pågældende direktiv, at spørgsmålet om fortolkning i overensstemmelse med direktivet opstår. Det var tilfældet i Von Colson og Kamann-sagen samt i de i note 10 nævnte sager.

Der er imidlertid ingen grund til at begrænse kravet om fortolkning i overensstemmelse med direktivet til dette tilfælde<sup>15</sup>.

Efter min opfattelse fremgår det af den argumentation, Domstolen lagde til grund for dette krav. Argumentet støttes på den opfattelse, at retsinstanterne i lighed med medlemsstaternes øvrige offentlige myndigheder i henhold til EØF-Traktatens artikel 5 er forpligtet til med *alle* til rådighed stående egnede midler at sikre, at det med direktivet tilsigtede mål opfyldes. Herudover har direktivet som led i fællesskabsretten forrang for *alle* nationale lovbestemmelser. Det gælder navnlig, når der er tale om nationale bestemmelser, der, som i det foreliggende tilfælde, vedrører et retsområde, der er omfattet af direktivet, selv om bestemmelserne er blevet vedtaget tidligere og altså ikke med henblik på gennemførelse af direktivet<sup>16</sup>. Blev dette spørgsmål i øvrigt ikke afgjort i Grimaldi-sagen<sup>17</sup>, hvori Domstolen fastslog, at den nationale ret skal tage de ikke-bindende henstillinger i betragtning, når den fortolker nationale bestemmelser, også når disse ikke har til formål at gennemføre henstillingen?

10. Jeg skal herefter anvende disse betragtninger på det her rejste spørgsmål. Da første selskabsdirektiv ikke på det for sagen relevante tidspunkt var gennemført i spansk ret, og da den spanske lov af 17. juli 1951 om aktieselskaber ikke indeholdt bestemmelser

13 — Som et aktuelt eksempel herpå kan henvises til Litsterdommen afsagt den 16.3.1989 af House of Lords, [1989] 1 All ER 1134.

14 — Ovennævnte dom af 8.10.1987, Kolpinghuis Nijmegen (sag 80/86, præmis 13).

15 — Se også mit forslag til afgørelse fremsat den 30.1.1990 i Barber-sagen, punkt 50, sag C-262/88.

16 — Når det drejer sig om nationale bestemmelser, der er vedtaget tidligere, skal der normalt først anlægges en fortolkning i overensstemmelse med direktivet efter udlobet af den i direktivet fastsatte frist til gennemførelse heraf (eller endog fra direktivets ikrafttrædelsesdato, jf. ovennævnte Kolpinghuis Nijmegen-dom, præmis 15 og 16). Omstændigheder, der er indtruffet inden denne dato, reguleres naturligvis fortsat af de nationale bestemmelser på grundlag af den fortolkning, der (endnu) ikke er i overensstemmelse med direktivet. I den foreliggende sag blev det omtvistede selskab, Comercial, imidlertid stiftet den 7.4.1987, dvs. på et tidspunkt, da den frist, der var pålagt Spanien til gennemførelse af første selskabsdirektiv (nemlig den 1.1.1986), allerede var udlobet.

17 — Dom af 13.12.1989, Grimaldi (sag C-322/88, Sml. s. 4407).

om selskabers ugyldighed, skal bestemmelserne om aftalers ugyldighed anvendes analogt i henhold til den fremherskende juridiske teori<sup>18</sup>. Det er ud fra dette synspunkt, at Marleasing støtter sin principale påstand om, at stiftelsen af selskabet Comercial erklæres ugyldig, på de artikler i den spanske Código Civil, som bestemmer, at aftaler uden retsgrund eller med ulovlig retsgrund er uden retsvirkning.

grunde. Denne bestemmelse er således også central ved fortolkningen af national ret i overensstemmelse med direktivet. Da den fulde ordlyd af denne bestemmelse er gengivet i retsmøderapporten (under punkt 2), skal jeg her kun gengive to ugyldighedsgrunde, som jeg herefter skal tage stilling til. Det kan ikke i medlemsstaternes lovgivning bestemmes, at selskaber kan erklæres ugyldige ved dom i andre tilfælde end de i artikel 11 opregnede. Det drejer sig bl. a. om følgende:

Så vidt jeg har forstået det, står den nationale ret således over for et spørgsmål vedrørende fortolkningen af selskabsret. Det spørgsmål, der rejser sig her, er spørgsmålet om, i hvilket omfang de almindelige aftaleretlige ugyldighedsbestemmelser ved analogi kan anvendes på aktieselskaber. Det fremgår imidlertid af mine betragtninger under de foregående punkter, at kravet om en fortolkning i overensstemmelse med direktivet er til hinder for, at de almindelige ugyldighedsbestemmelser anvendes på aktieselskaber, således at et aktieselskab kan erklæres ugyldigt af andre grunde end de i første selskabsdirektivs artikel 11 udtømmende opregnede.

»a) ...

b) dersom selskabets formål er ulovligt eller strider mod den offentlige orden («ordre public»)

c) ...

d) ...

e) ...

#### Rækkevidden af ugyldighedsgrundene efter første selskabsdirektiv

f) dersom antallet af stiftere, i strid med den for selskabet gældende nationale lovgivning, var under to«.

11. Den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål vedrører de i første selskabsdirektivs artikel 11 opregnede ugyldigheds-

Ud over første selskabsdirektivs artikel 11 skal også artikel 12 tages i betragtning. Artiklen vedrører retsvirkningerne af en eventuel ugyldighed. Jeg skal her kun nævne de bestemmelser, der er relevante i den foreliggende sag:

18 — Kommissionen har her henvist til J. Garrigues' værk: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, s. 435 ff. Se yderligere artikel 50 i den spanske Código de Comercio, hvorefter handelsretlige aftaler, medmindre andet udtrykkeligt bestemmes — ifølge denne lovbogs artikel 116 er en aftale om stiftelse af et (handels) selskab en handelsretlig aftale — er omfattet af almindeligretlige regler.

»1. ...

2. Ugyldighed bevirker, at selskabet træder i likvidation på samme måde som ved opløsning af selskaber.

3. Med forbehold af virkningerne af, at selskabet er under likvidation, påvirker dets ugyldighed som sådan ikke gyldigheden af forpligtelser, som selskabet har påtaget sig, eller som er påtaget over for selskabet.

4. Medlemsstaternes lovgivning kan fastsætte retsvirkningerne af ugyldigheden i forholdet mellem selskabsdeltagerne.

5. ...«

12. Første selskabsdirektivs artikel 11 kan naturligvis kun anvendes af den nationale retsinstant i forbindelse med fortolkningen af den for denne gældende nationale ret i det omfang, hovedsagen vedrører ugyldigheden af et (aktie) selskab. Alle de andre punkter, Marleasing over for den nationale retsinstant har fremført vedrørende den principale eller den subsidiære påstand, er ikke omfattet af direktivet.

Det gælder navnlig Marleasing's »actio pauliana« med påstand om tilbageførsel af Barviesas's apportindskud i Comercial under anbringende af, at indskuddet blev foretaget til skade for Barviesas's kreditorer. Et sådant krav henhører ikke under første selskabsdirektivs ugyldighedsbestemmelser.

Jeg mener heller ikke, at en (forudgående) aftale mellem aktionærerne — for så vidt som den er uafhængig af selve stiftelsesover-

enskomsten som sådan — er omfattet af direktivets ugyldighedsbestemmelser, i det mindste for så vidt som det forhold, at aftalen erklæres ugyldig, ikke i sig selv medfører, at selskabet er ugyldigt.

Endelig indeholder første selskabsdirektiv heller ikke bestemmelser om opløsning af selskaber, hvilket efter min opfattelse skyldes, at et selskabs opløsning normalt ikke har tilbagevirkende gyldighed, og at de af selskabet forud for opløsningen indgåede forpligtelser derfor fortsat er gyldige.

13. I det omfang Marleasing's påstand vedrører spørgsmålet om, hvorvidt aktieselskabet Comercial som sådant er gyldigt, henhører påstanden naturligvis under anvendelsesområdet for første selskabsdirektivs artikler 11 og 12. For så vidt som den nationale retsinstant er forpligtet til at tage disse bestemmelser i betragtning ved fortolkningen af national ret (jf. punkterne 7 ff. ovenfor), skal retten tage stilling til spørgsmålet, om den i direktivets artikel 11, nr. 2, litra b), nævnte ugyldighedsgrund omfatter det tilfælde, hvor et selskab angiveligt er stiftet i det øjemed at bringe stifternes aktiver i kreditorly. I så fald er der tale om at fortolke selve direktivet (denne fortolkning bør herefter tages i betragtning ved fortolkningen af national ret).

Inden jeg tager stilling til dette i visse medlemsstater omstridte fortolkningsspørgsmål, skal jeg bemærke, at den forelæggende ret ved fortolkningen af national selskabsret kunne have støttet sig på andre af de i artikel 11 opregnede ugyldighedsgrunde. Den mest oplagte ugyldighedsgrund er den i litra f) anførte, hvorefter en medlemsstat kan bestemme, at et selskab er ugyldigt, når antal-

let af stiftere, i strid med den for selskabet gældende nationale lovgivning er under to (hvilket indebærer, at lovgiver helt eller kun for visse selskabsformer udelukker muligheden for stiftelse af enkeltmandsselskaber)<sup>19</sup>. Marleasing har nemlig for den nationale ret gjort gældende, at Comercial udelukkende var blevet stiftet af Barviesa, og at de andre underskrivere af stiftelsesoverenskomsten kun var stråmænd.

Til trods herfor er ugyldighedsgrunden i litra f) ikke blevet påberåbt for Domstolen, hverken i de skriftlige indlæg eller under retsforhandlingerne. Det fremgår heller ikke af forelæggelseskendelsen, om de spanske (civil- eller handelsretlige) lovbestemmelser på det for sagen relevante tidspunkt indeholdt regler på dette område, og, i bekræftende fald, fremgår det heller ikke, hvilke regler der er tale om, eller om disse regler indebærer ugyldighed. Jeg skal derfor ikke længere opholde mig ved denne ugyldighedsgrund, men skal blot bemærke, at — når national lov foreskriver, at der kræves (mindst) to personer for at stifte et selskab — afhænger det af national ret, om og i hvilket omfang deltagelsen af stiftere, der ikke handler for egen regning, kan føre til selskabets ugyldighed [der henvises udtrykkeligt til national ret i artikel 11, nr. 2, litra f)]<sup>20</sup>. Det står nemlig national lovgiver frit for ikke, eller kun delvis, at optage de i artikel 11 opregnede ugyldighedsgrunde og således begrænse bestemmelsens anvendelses-

område. Derimod kan lovgiver hverken forhøje antallet af ugyldighedsgrunde eller udvide indholdet heraf.

14. Det i det præjudicielle spørgsmål rejste problem drejer sig således i virkeligheden om, hvorledes artikel 11, nr. 2, litra b), skal fortolkes. Når henses til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, er der her tale om begrebet »selskabets formål«. Derimod falder udtrykket »ulovligt eller strider mod den offentlige orden ('ordre public')« i artikel 11, nr. 2, litra b), uden for sagen. Jeg skal ikke desto mindre erindre om, at begrebet »ordre public« flere gange er blevet behandlet i Domstolens praksis, men i en anden sammenhæng, nemlig i relation til EØF-Traktatens artikel 48, stk. 3. Domstolen har i denne forbindelse fastslået, at selv om rækkevidden af udtrykket »offentlig orden« ikke ensidigt kan afgøres af den enkelte medlemsstat uden fællesskabsinstitutionernes kontrol, kan anvendelsen af begrebet imidlertid være forskellig fra land til land og fra periode til periode, og at der derfor i så henseende må indrømmes de nationale kompetente myndigheder et skøn »inden for de rammer, som er afstukket af Traktaten og gennemførelsesbestemmelserne hertil«. Under alle omstændigheder — fastslog Domstolen videre — forudsætter dette begreb, at »der, ud over den forstyrrelse af samfundsordenen, som enhver lovovertrædelse indebærer, foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn«<sup>21</sup>. Med hensyn til udtrykket »ulovligt« henviser det efter min opfattelse til det forhold, at en bestemmelse er uforenelig med et lovbestemt ufravigeligt og ubetinget forbud eller med »den offentlige sædelighed« (for så vidt som dette begreb ikke allerede er omfattet af begrebet »ordre public«). Domstolen har i sin praksis også behandlet begrebet »den offentlige sæ-

19 — Siden da har Rådet vedtaget det tolvte direktiv 89/667/EØF af 21.12.1989 på selskabsrettens område om enkeltmandsselskaber med begrænset ansvar (EFT L 395, s. 40).

20 — Det er ikke usædvanligt i denne forbindelse at sondre mellem personer, som gyldigt handler i eget navn, men for tredjemands regning i egenskab af Treuhänder, nominee eller prête-nom uden hensigt til at omgå en præceptiv regel, og de personer, der optræder som stråmænd i det øjemed at omgå en præceptiv regel, såsom princippet om selskabsformuens udelelighed.

21 — Jf. dommen af 27. oktober 1977, Boucherau (sag 30/77, Sml. s. 1999, præmis 33-35).

delighed«, nemlig i forbindelse med EØF-Traktatens artikel 36. Også her fastslog Domstolen, at de nationale myndigheder råder over et vist skøn inden for rammerne af fællesskabsretten<sup>22</sup>. De af fællesskabsretten fastsatte rammer, for så vidt angår alle disse begreber, er i denne forbindelse først og fremmest de i første direktiv fastsatte.

15. Den foreliggende sag vedrører således fortolkningen af udtrykket »selskabets formål«. Denne fortolkning vanskeliggøres af, at de forskellige sproglige versioner ikke er helt identiske<sup>23</sup>. Ifølge den nederlandske version af bestemmelsen kan et selskab erklæres ugyldigt, dersom dets »werkelijke doel« (faktiske formål) er ulovligt eller strider mod den offentlige orden. Skal »doel van de vennootschap« (i den franske version: »objet de la société«) udelukkende opfattes som selskabsformålet, således som dette er beskrevet i stiftelsesoverenskomsten eller i vedtægterne, eller omfatter udtrykket også den virksomhed, som selskabet rent faktisk udøver, eller endog de mål, der i virkeligheden forfølges gennem selskabet (i betydningen: »le but de la société«)<sup>24</sup>? Kun i sidstnævnte tilfælde kan den forelæggende ret — uden at anlægge en direktivstridig fortolkning af den nationale ret — antage, at et selskab kan erklæres ugyldigt i overensstemmelse med direktivet, dersom det er stiftet (alene) med det formål at bringe stif-

ternes aktiver i kreditorly, således som det hævdes af Marleasing for den nationale ret.

Det er netop på dette punkt, at ugyldighedsgrunden i artikel 11, nr. 2, litra b), i visse medlemsstater har givet anledning til afvigende fortolkninger<sup>25</sup>. Det kan ikke overraske, når man ved, hvilke diskussioner, der har fundet sted, og hvilke kompromiser, der er indgået mellem Kommissionen og medlemsstaternes sagkyndige inden vedtagelsen af artikel 11<sup>26</sup>. I andre medlemsstater har denne ugyldighedsgrund imidlertid ikke tiltrukket sig særlig opmærksomhed, hvilket i øvrigt gælder hele den ved direktivet indførte ugyldighedsordning.

Det er ikke nemt at forklare, hvorfor medlemsstaternes retsinstanser har viet denne ordning helt forskellig opmærksomhed. Det forhold, at der i visse medlemsstater findes en (judiciel eller administrativ) forebyggende kontrol i forbindelse med stiftelsen af kapital-selskaber (jf. direktivets artikel 10)

22 — Jf. dommen af 11.3.1986, Conegate (sag 121/85, Sml. s. 1007, præmis 14-16).

23 — I den nederlandske version tales om »werkelijk(e) doel van de vennootschap«, hvorimod der i den tyske version står »tatsächlich(er) Gegenstand des Unternehmens«. Hverken i den franske version (»l'objet de la société«) eller i den italienske version (»(il) oggetto della società«) er selskabsformålet nærmere betegnet. Det er heller ikke tilfældet i den af Rådet affattede ordlyd i de andre fællesskabsprog efter direktivets vedtagelse, herunder den spanske tekst [»(el) objeto de la sociedad«], som skal lægges til grund i den foreliggende sag.

24 — Disse tre begreber anvendes parallelt i aftalen om gensidig anerkendelse af 1968, jf. fodnote 32.

25 — Det er således tilfældet i Belgien og Frankrig (såvel som i Tyskland og Italien, jf. fodnote 30): se bl. a. L. Simont's artikel: »Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation«, *Les sociétés commerciales*, Jeune barreau, Bruxelles, 1985, s. 102 ff., samt R. Houin's artikel: »Chroniques de législation et de jurisprudence françaises — Sociétés commerciales«, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1970, s. 736 ff., som begge indeholder en række henvisninger. I Frankrig går den fremherskende opfattelse tijsvarende ud på, at fransk selskabslov, som blev tilpasset direktivet ved ændring nr. 1176 af 20.12.1969, har opretholdt de almindelige aftalereliggende ugyldighedsgrunde (navnlig ulovlig retsgrund), som ikke udtrykkeligt er udelukket ifølge artikel 360. Visse forfattere (bl. a. Y. Serra: *Chronique*, Dalloz, 1973, s. 17 ff.) har rejst spørgsmålet, om ikke disse franske regler er i strid med første selskabsdirektiv. I Belgien foretrakkes — hovedsagelig i den nederlandsksprogede teori og praksis — den vide fortolkning under hensyntagen til den nederlandske ordlyd af direktivets artikel 11, nr. 2, litra b) (jf. fodnote 23): Se navnlig J. Ronse m. fl.: *Overzicht van rechtspraak (1978-1983) Vennootschappen, Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1986, s. 885 ff. og, endnu senere, den af Reclbank van Koophandel de Hasselt den 28.5.1990 afsagte dom, der endnu ikke er trykt.

26 — Se E. Stein: *Harmonization of European Company Law*, 1971, s. 299 ff.



medvirker utvivlsomt til at undgå anvendelsen af ugyldighedsreglerne. Den dermed forbundne mere formelle karakter af stiftelsesoverenskomsten, hvorved denne i visse medlemsstater mere end i andre »løsrives« fra de underliggende aftalemæssige forhold, spiller en særdeles væsentlig rolle i den foreliggende sag. Denne mere formelle karakter kan måske opfattes som en anden begrundelse for den manglende interesse for ugyldighedsreglerne i de samme medlemsstater.

16. Hvorom alting er, fremgår det af første selskabsdirektivs ugyldighedsbestemmelser samt af de øvrige bestemmelser vedrørende offentlighed og gyldigheden af selskabernes forpligtelser, at de navnlig har til formål at »beskytte tredjemand« (anden betragtning til direktivet) i et udvidet marked, for så vidt angår selskaber, der kun giver tredjemand selskabsformuen at holde sig til som sikkerhed for fyldestgørelse (første og tredje betragtning). Selve ugyldighedsordningen med dens begrænsning af »ugyldighedsgrundene samt ugyldighedsafgørelsens tilbagevirkende kraft« skal »skabe retssikkerhed i forholdet mellem selskabet og tredjemand såvel som i forholdet mellem selskabsdeltagerne« (sjette betragtning)<sup>27</sup>.

Under disse omstændigheder er det efter min opfattelse indlysende, at hver enkelt ugyldighedsgrund, også isoleret set, med henblik på beskyttelsen af tredjemands interesser — dvs. selskabskreditorernes — skal fortolkes snævert, og at det så vidt muligt må undgås at lade ugyldighed sanktionere de mangler, det aftaleretlige forhold mellem deltagerne eller mellem deltagerne og sel-

selskabet er behæftet med. Det udelukker ikke, at det er muligt og ønskeligt at sanktionere sådanne mangler på anden måde, som ikke kan være til fare for selskabets eksistens, og som ikke i samme omfang tilsidesætter kreditorernes interesser.

I overensstemmelse hermed mener jeg, at begrebet »selskabets formål« i direktivets artikel 11, nr. 2, litra b), skal forstås som selskabsformålet, som det er beskrevet i stiftelsesoverenskomsten eller i vedtægterne, og således som det er blevet offentliggjort [jf. direktivets artikel 2, stk. 1, litra a), samt artikel 3]<sup>28</sup>. Det er kun, når selskabsformålet, forstået på denne måde, er »ulovligt eller strider mod den offentlige orden«, at en sådan mangel kan føre til selskabets ugyldighed. Det med selskabets stiftelse forfulgte mål, som imidlertid ikke er angivet i stiftelsesoverenskomsten eller i vedtægterne, f.eks. tilsidesættelsen af selskabsdeltageres kreditorens interesser<sup>29</sup>, kan ikke medføre selskabets ugyldighed; en sådan ulovlighed eller uforenelighed med den offentlige orden (f.eks. princippet om, at selskabsformuen ikke kan opdeles) må sanktioneres på anden måde end ved selskabets ugyldighed (jf. punkt 19).

17. Ovennævnte synspunkt skal dog nuanceres væsentligt. Såvel den tyske som den nederlandske version af artikel 11, nr. 2, litra b), præciserer, at der ved selskabsformålet skal forstås selskabets faktiske formål

<sup>27</sup> — Direktivet indeholder ufravigelige bestemmelser om ugyldighedens virkninger over for tredjemand (jf. navnlig artikel 12, stk. 2 og 3; se fodnote 11); ugyldighedens retsvirkninger i forholdet mellem selskabsdeltagerne kan fastsættes i den enkelte medlemsstats lovgivning (jf. den allerede nævnte artikel 12, stk. 4).

<sup>28</sup> — Begrebet »selskabets formål« optræder også i første selskabsdirektivs artikel 9, stk. 1; i denne forbindelse henvises til ovennævnte værk af E. Stein, s. 282 ff. Også i denne bestemmelse skal selskabsformålet opfattes således, som det — under hensyntagen til de særlige lovbestemmelser om juridiske personer — er beskrevet i stiftelsesoverenskomsten eller i vedtægterne.

<sup>29</sup> — Den beskyttelse, der sikres tredjemand i henhold til første selskabsdirektiv, vedrører kun bestemte personer, nemlig selskabets kreditorer, og ikke selskabsdeltageres kreditorer. Den særlige beskyttelse af selskabets kreditorer skyldes, at kapitalsekskabers kreditorer kun har selskabsformuen at holde sig til som sikkerhed for fyldestgørelse, jf. tredje betragtning til direktivet.

(»werkelijk« på nederlandsk; »tatsächlich« på tysk). Efter min opfattelse er det en nyttig uddybning, som ikke modsiges af de andre versioner. Den viser, at når selskabets faktiske virksomhed, som den har været udøvet siden selskabets stiftelse, er ulovlig eller strider mod den offentlige orden, kan ugyldighedsgrunden i artikel 11, nr. 2, litra b), påberåbes, selv om denne virksomhed ikke er i overensstemmelse med det i stiftelsesoverenskomsten eller i vedtægterne angivne formål, der må forudsættes lovligt<sup>30</sup>. Som eksempel skal jeg nævne et selskab, hvis formål ifølge stiftelsesoverenskomsten og vedtægterne er driften af et hotel, mens det i praksis viser sig, at der er tale om driften af en spillehal (der er forbudt ifølge loven) eller (strafbar) virksomhed i forbindelse med prostitution. Man kan også forestille sig, at selskabsformålet i stiftelsesoverenskomsten angives som produktion og eksport af stål-rør, mens selskabet i virkeligheden under dække heraf beskæftiger sig med (ulovlig) våbenproduktion og -levering.

Der må imidlertid være tale om en således siden stiftelsen faktisk udøvet virksomhed<sup>31</sup>. Såfremt et selskab, hvis formål er lovligt, efterfølgende og i strid med selskabsformålet beskæftiger sig med ulovlig virksomhed, kan

det ikke føre til, at selskabet erklæres ugyldigt, men i påkommende tilfælde til selskabets opløsning, såfremt det foreskrives i national ret.

18. Den under det foregående punkt nævnte og efter min opfattelse nyttige nuancering, der som nævnt støttes på den tyske og den nederlandske version af artikel 11, nr. 2, litra b), er efter min mening ikke uforenelig med beskyttelsen af tredjemands interesser, idet den forhindrer, at de vildledes af en i stiftelsesoverenskomsten eller vedtægterne anført skinvirksomhed, som i virkeligheden lige fra starten var i strid med de faktiske forhold. Yderligere kan den faktisk udførte virksomhed, i modsætning til selskabsdeltagernes hensigt med stiftelsen, normalt konstateres af tredjemand, som indgår retshandler med selskabet. Uden den nuancering mister ugyldighedsgrunden i artikel 11, nr. 2, litra b), da også en hel del af sit reelle indhold, idet det således begrænsede forbud mod et selskabsformål, der er ulovligt, eller som strider mod den offentlige orden, i så fald let kan omgås ved i stiftelsesoverenskomsten eller i vedtægterne at angive et lovligt, men fiktivt formål<sup>32</sup>.

30 — I samme retning henvises bl. a. til J. Van Ryn og P. Van Ommeslaghe: »Examen de jurisprudence (1972-1978), les sociétés commerciales«, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, som på s. 241 foreslår at løse et i denne forbindelse omvistet problem — som også fransk lovgivning har givet anledning til (jf. ovennævnte artikel af R. Houin, s. 736 ff.) — på følgende måde: »Il faudrait avoir égard non seulement à l'objet social statutaire, mais aussi aux activités effectivement exercées sous ce couvert.« Se også ovennævnte artikel af L. Simont, nr. 28; Simont tilføjer, at muligheden for at erklære et selskab ugyldigt på grund af ulovlig faktisk virksomhed er så meget mere nødvendig, som selskabet i henhold til første selskabsdirektivs artikel 9, stk. 1, også er forpligtet af handlinger, som ikke omfattes af selskabets formål. Den tyske teori går tilsyneladende i samme retning, jf. Gessler, Hefermehl, Eckardt og Kropff: *Aktiengesetz*, 1986, s. 275-276. Til gengæld er den italienske teori tilsyneladende delt, jf. A. Borgioli: *La nullità della società per azioni*, 1977, s. 414 ff. samt betragtningerne for og imod i fodnote 126 på s. 414.

31 — Se i denne retning bl. a. også: F. Galgano: »La società per azioni«, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VII, 1984, s. 101 og J. Ronse: *De vennootschapswetgeving*, 1973, s. 76 og ovennævnte artikel af L. Simont, nr. 28.

32 — Det er bemærkelsesværdigt, at der i konventionen om gensidig anerkendelse af selskaber og juridiske personer af 29. februar 1968, der blev underetnet kort tid inden vedtagelsen af første selskabsdirektiv (orig. ref.: Supplément — Bull. CE nr. 2/1969) i artikel 9 findes et videre begreb af (selskabs) formålet. Bestemmelsen indeholder ikke blot udtrykkene »maatschappelijke doel« og »daadwerkelijke uitoefende activiteit«, men også »het werkelijk nagestreefde doele« (hvilket i den franske version svarer til: »objet«, »activité effectivement exercée« og »but«). Såfremt et af disse tre begreber er uforeneligt med principper eller bestemmelser, som den berørte stat betragter som henholdende under »ordre public« i den internationale privatrets forstand, kan staten nægte at anerkende et udenlandsk selskab. Forskellen mellem artikel 9 i konventionen om gensidig anerkendelse og artikel 11, nr. 2, litra b), i første selskabsdirektiv skyldes utvivlsomt direktivets specifikke målsætning, nemlig begrænsningen af muligheden for at erklære selskaber ugyldige for således at beskytte tredjemands interesser. Af de i teksten nævnte grunde kan disse tilfælde af ugyldighed imidlertid ikke begrænses i den grad, at »l'activité effectivement exercée (depuis le début)« (»van bij het begin daadwerkelijke uitoefende activiteit«) (den siden stiftelsen faktisk udøvede virksomhed) også kan udelukkes fra selskabsformålet. En sådan begrænsning kan imidlertid udelukke det af selskabsdeltagerne gennem selskabet »nagestreefde doele« (forfulgte mål), idet dette mål ikke er kendt af tredjemand.

19. Den praktiske betydning af den ovenfor fremførte restriktive — dog ikke alt for restriktive — definition af den i artikel 11, nr. 2, litra b), indeholdte ugyldighed må ikke overvurderes. Den kreditor, hvis skyldner indskyder sine aktiver i et selskab med det formål at bringe dem i kreditorly — et tilfælde der ikke er omfattet af den foreslåede definition — nyder kun en begrænset beskyttelse ved, at det pågældende selskab erklæres ugyldigt. Retsvirkningerne af ugyldighedsafgørelsen må nemlig være i overensstemmelse med den ovenfor under punkt 11 nævnte artikel 12 i det første selskabsdirektiv. Det betyder, at ugyldigheden bevirker, at selskabet træder i likvidation på samme måde som ved opløsning af selskabet. Det betyder yderligere, at ugyldigheden ikke som sådan påvirker den retlige gyldighed af selskabets forpligtelser. Den ved direktivet indførte ordning lader således det ugyldigt erklærede selskabs egne aktiver bestå, således at selskabsdeltagernes kreditorer i princippet ikke kan søge sig fyldestgjort i de goder, selskabsdeltagerne har indskudt i det ugyldige selskab.

Som allerede nævnt ovenfor under punkt 12 finder første selskabsdirektiv anvendelse, uden at andre i national ret fastsatte sanktioner berøres heraf; således bevarer kreditorerne f. eks. muligheden for — hvis de ser en fordel deri — at kræve, at det til skade for deres rettigheder foretagne *indskud* annulleres<sup>33</sup>. Et sådant søgsmål vil generelt vise sig mere egnet til at beskytte deres interesser end en erklæring om, at selve selskabet er ugyldigt.

33 — Jeg mener, at denne løsning er almindeligt anerkendt. Bl. a. kan jeg henvise til P. Van Ommeslaghe: »La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés«, *Cahiers de droit européen*, 1969, s. 657.

## Sammenfatning

20. Ved at sammenfatte de fremførte betragtninger kommer jeg til følgende konklusion. Første selskabsdirektivs artikel 11 har ikke direkte virkning i forholdet mellem private, således at Comercial ikke under henvisning til direktivet umiddelbart over for Marleasing kan påberåbe sig den udtømmende opregning af ugyldighedsgrundene. Derimod er den nationale retsinstans forpligtet til at fortolke den for denne gældende nationale selskabsret i overensstemmelse med direktivet, såfremt de nationale lovbestemmelser kan fortolkes forskelligt. Det må efter min mening være tilfældet, når almindelige aftaleretlige begreber ved analogi finder anvendelse i forbindelse med (aktie) selskabers ugyldighed, dels fordi sådanne generelle begreber kan gøres til genstand for fortolkning, dels fordi fortolkning ved analogi kun er én af flere mulige fortolkningsmetoder. Efter min opfattelse kan den nationale retsinstans i et sådant tilfælde ved fortolkning af national ret med rimelighed tage udgangspunkt i den udtømmende opregning i artikel 11 og eventuelt — såfremt selskabet erklæres ugyldigt — i artikel 12, for så vidt angår begrænsningen af ugyldighedens tilbagevirkende kraft.

Ugyldighedsgrunden i artikel 11, nr. 2, litra b), skal forstås således, at den alene vedrører et ulovligt formål eller et formål, der strider mod den offentlige orden, således som det fremgår af stiftelsesoverenskomsten eller af vedtægterne eller af den af selskabet siden stiftelsen faktisk udøvede virksomhed. Det formål, som danner grundlag for de stiftende selskabsdeltageres stiftelse af selskabet, men som ikke udtrykkes på en af de netop anførte måder, kan ikke henføres un-

der det således opfattede formålsbegreb. Det udelukker imidlertid ikke, at det i national ret kan bestemmes, at de stiftende selskabsdeltageres kreditorer, hvis rettigheder tilsidesættes, kan anvende andre muligheder

(såsom »actio pauliana«), som — når henses til den begrænsede virkning af den eventuelle ugyldighed — kan vise sig at være lige så effektive, og som ikke er omfattet af direktivet.

## Konklusion

21. Jeg skal herefter sammenfattende foreslå Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

- »1) Artikel 11 i Rådets direktiv 68/151/EØF af 9. marts 1968 kan ikke som sådan påberåbes over for private. Det påhviler imidlertid den nationale retsinstans at fortolke national lovgivning på grundlag af denne direktivbestemmelses ordlyd og formål samt, såfremt selskabet erklæres ugyldigt, på grundlag af direktivets artikel 12.
- 2) Artikel 11, nr. 2, litra b), i direktiv 68/151/EØF skal fortolkes således, at der ved 'selskabets formål' skal forstås selskabsformålet, således som det er beskrevet i den offentliggjorte stiftelsesoverenskomst eller i de offentliggjorte vedtægter, eller således som det fremgår af den af selskabet siden stiftelsen faktisk udøvede virksomhed.«