

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 4 décembre 2001<sup>1</sup>

## Introduction

1. La présente question préjudicielle donne à la Cour l'occasion de clarifier le sens de l'arrêt du 9 mars 1999, *Centros*<sup>2</sup>, et de préciser, de manière générale, dans quelle mesure le droit communautaire influence la définition du statut juridique des personnes morales.

Cette controverse a donné lieu à un débat très riche au sein de la doctrine européenne et, en particulier, de la doctrine allemande<sup>3</sup>.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — C-212/97, Rec. p. 1459.

3 — Voir, entre autres, Behrens, P., «Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1999, vol. 5, p. 323; Ebke, F., «Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH», *Juristenzeitung*, 1999, vol. 13, p. 656; Roth, W.-H., «Gründungstheorie, ist der Damm gebrochen?», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, vol. 21, p. 861; Sandrock, O., «Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie», *Betriebsberater*, 1999, vol. 26, p. 1337; Steindorff, E. O., «Centros und das Recht auf die günstige Rechtsordnung», *Juristenzeitung*, 1999, vol. 23, p. 1140; Wouters, J., «Private International Law and Companies' Freedom of Establishment», *European Business Organization Law Review*, 2001, vol. 2, p. 101, et Zimmer, D., «Mysterium 'Centros', von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, vol. 1, p. 23.

2. Le litige au principal soulève le problème d'une législation qui fait obstacle à ce qu'une société valablement constituée dans un État membre, dont le siège est situé sur le territoire communautaire et qui y exerce son activité — et qui, par conséquent, est en droit d'espérer pouvoir jouir de la liberté d'établissement prévue par le traité CE —, fasse valoir ses droits devant les juridictions d'un autre État membre, dans lequel elle a établi son siège effectif<sup>4</sup>.

3. Il s'agit en fin de compte de rechercher si — et dans quelle mesure — le droit communautaire a une incidence directe sur l'organisation des règles nationales de droit international privé relatives au statut personnel des sociétés.

## Faits et procédure du litige au principal

4. Ainsi qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi, les faits et les moments forts de la

4 — Ci-dessous, j'utiliserai indifféremment les termes tels que «siège réel», «siège de l'administration effective» ou «centre de direction». Je me réfère, dans tous les cas, au lieu où se déroule la vie de la société et où se conclut une bonne partie des transactions avec les tiers (voir Kegel, G., *Internationales Privatrecht*, Munich, 1995, Beck, p. 416).

procédure relatifs au litige au principal peuvent être résumés de la manière suivante.

5. La demanderesse au principal, Überseering BV (ci-après «Überseering»), est immatriculée depuis 1990 au registre du commerce d'Amsterdam et de Haarlem comme «Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid» (BV)<sup>5</sup>. Selon le registre de la propriété allemand, elle est propriétaire d'un terrain à Düsseldorf, sur lequel sont construits un grand édifice de stationnement ainsi qu'un motel.

6. Par contrat de maîtrise d'œuvre du 27 novembre 1992, la défenderesse au principal, NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (ci-après «NCC»), ayant son siège en Allemagne, s'est engagée envers la demanderesse à rénover les deux bâtiments. Les prestations ont été exécutées, mais la demanderesse a fait valoir l'existence de vices dans l'exécution des travaux de peinture. En 1995, elle a demandé à la défenderesse, mais sans succès, la réparation de ces vices.

7. Le 1<sup>er</sup> janvier 1995, deux particuliers ont acquis la totalité des parts sociales de la demanderesse. Selon les constatations de l'Oberlandesgericht Düsseldorf, juridiction de recours, le siège de l'administration effective de la société se trouve à Düsseldorf depuis cette acquisition.

5 — Forme classique, en droit néerlandais, de la société à responsabilité limitée.

8. En 1996, Überseering a introduit une action visant à condamner NCC au paiement de la somme de 1 163 657,77 DEM, augmentée des intérêts, en remboursement des montants déboursés pour la réparation des vices ainsi que des dommages et préjudices qui en ont résulté. Le Landgericht a jugé la demande irrecevable. En appel, l'Oberlandesgericht a confirmé cette décision, soutenant la thèse selon laquelle la demanderesse, en tant que société néerlandaise, ne jouissait pas de la capacité d'ester en justice en Allemagne. En vertu de l'article 50 de la Zivilprozeßordnung (code de procédure civile allemand, ci-après la «ZPO»), peuvent ester en justice les personnes jouissant de la capacité juridique qui, s'agissant de sociétés, est déterminée en fonction de leur statut personnel, régi par le droit de l'État dans lequel se trouve leur siège d'administration principal. Cette disposition s'applique également à une société valablement constituée aux Pays-Bas et qui transfère son siège en Allemagne.

9. La demanderesse s'est pourvue en cassation (Revision) contre cet arrêt et a réitéré sa demande d'indemnisation.

### Le droit interne applicable

10. Le droit allemand de la procédure civile prévoit l'irrecevabilité de tout recours introduit par une personne qui, n'ayant pas la capacité d'ester en justice, ne peut

être ni partie principale (demanderesse ou défenderesse) ni partie secondaire (intervenante) dans le cadre d'une procédure judiciaire. Conformément à l'article 50 de la ZPO, paragraphe 1, peuvent ester en justice toutes les personnes qui jouissent de la capacité juridique. Cette disposition s'applique également aux sociétés. En conséquence, la capacité d'ester en justice dépend, en vertu du droit allemand, de la capacité juridique, à savoir de la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations.

11. Selon la jurisprudence constante du Bundesgerichtshof, la question de la capacité juridique d'une société s'apprécie conformément au droit applicable à l'endroit où est établi le siège de son administration effective (théorie connue sous le nom de «Sitztheorie» ou théorie du siège). Cela s'applique aussi lorsqu'une société a été valablement constituée dans un autre État et qu'elle a ensuite transféré le siège de son administration effective en Allemagne. La capacité juridique acquise par une société lors de sa création ne perdure toutefois pas de manière automatique en Allemagne, mais elle dépend de la subsistance de la société en vertu du droit de l'État dans lequel elle a été constituée, ainsi que du fait que le droit allemand lui reconnaisse la capacité juridique. La doctrine allemande dominante partage la même approche que la jurisprudence.

12. Le rattachement au siège effectif a pour conséquence qu'une société valablement constituée à l'étranger, qui en vertu du

droit allemand jouit en principe de la capacité juridique, perd cette capacité lorsqu'elle transfère son siège permanent en Allemagne. Dans la mesure où la capacité juridique de ladite société s'apprécie au regard du droit allemand, elle ne pourra être ni titulaire de droits et d'obligations ni partie à une procédure judiciaire. Pour réintégrer la vie juridique, elle devra être dissoute et reconstituée de manière à acquérir la capacité juridique au regard du droit allemand<sup>6</sup>.

13. Ainsi que le Bundesgerichtshof le reconnaît lui-même, sa jurisprudence fait l'objet de controverses dans la doctrine allemande. Pour l'essentiel, deux thèses s'opposent:

Pour une partie de la doctrine, les relations juridiques d'une société et, partant, sa capacité devraient être régies par le droit de l'État dans lequel la société a été constituée (théorie de la constitution). L'avantage de cet élément de rattachement est qu'il offre plus de précision et de stabilité, ce qui favorise la sécurité juridique ainsi que la mobilité transfrontalière des entreprises.

Pour d'autres auteurs, le statut juridique d'une société ne saurait s'apprécier par rapport à un seul ordre juridique, mais en

6 — Il existe des doutes sur la question de savoir si, au lieu de procéder à une nouvelle constitution, la société concernée pourrait se limiter à subir une transformation.

application de différents critères. Ainsi, le droit de l'État de constitution serait déterminant pour la question de l'existence et de la capacité juridique d'une société, ainsi que pour les rapports entre associés («relations internes»), et celui de l'État du siège, pour l'activité de la société et la protection de ses créanciers («relations externes»).

ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.»

### Le droit communautaire applicable

#### «Article 48 CE

14. Le litige au principal soulève des questions d'interprétation, principalement, des articles 43 CE et 48 CE, lus en combinaison avec l'article 293, troisième tiret, CE.

Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

#### «Article 43 CE

Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un autre État membre.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.»

#### «Article 293 CE

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice,

Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en

vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants:

ces raisons, le Bundesgerichtshof a décidé de suspendre la procédure et de déférer à la Cour les questions suivantes à titre préjudiciel:

[...]

— la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays, et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes;

«1) Les articles 43 et 48 CE doivent-ils être interprétés en ce sens que la liberté d'établissement des sociétés s'oppose à ce que la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société légalement constituée en vertu du droit d'un État membre soient appréciées au regard du droit d'un autre État dans lequel ladite société a transféré son siège effectif lorsqu'il résulte de ce droit qu'elle ne peut plus faire valoir en justice dans l'État d'établissement les droits tirés d'un contrat?»

[...]»

2) En cas de réponse positive à la première question, la liberté d'établissement des sociétés (articles 43 et 48 CE) impose-t-elle d'apprécier la capacité d'ester en justice d'une société au regard du droit de l'État où elle a été constituée?»

**Les questions préjudicielles déferées à la Cour**

15. Selon le Bundesgerichtshof, organe juridictionnel suprême de l'ordre civil, il ne ressort pas clairement de la jurisprudence de la Cour si, lors du transfert transfrontalier du siège d'une société, la liberté d'établissement garantie par les articles 43 CE et 48 CE fait obstacle à ce que ladite société soit rattachée au lieu de son administration effective, aux fins de la détermination de son statut personnel. Pour

**Procédure devant la Cour**

16. La demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 25 mai 2000.

17. Outre les deux parties au litige au principal, les gouvernements allemand, espagnol et du Royaume-Uni ainsi que la Commission et l'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ont présenté des observations écrites et orales. Le gouvernement italien s'est limité à formuler des observations écrites, et le gouvernement néerlandais a simplement pris part à l'audience qui s'est tenue le matin du 16 octobre 2001.

18. La demanderesse au principal, soutenue par le gouvernement du Royaume-Uni ainsi que par le gouvernement néerlandais et la Commission, s'est prononcée en faveur d'une réponse affirmative aux deux questions. L'Autorité de surveillance AELE en a fait autant pour ce qui est de la première question. La partie défenderesse au principal et les autres intervenantes ont quant à elles proposé une réponse négative.

#### Analyse des questions préjudicielles

19. Il y a lieu, dans un premier temps, de préciser le cadre jurisprudentiel propre aux questions posées par le Bundesgerichtshof. Une fois les principes d'application générale pertinents déterminés, il conviendra d'examiner comment les appliquer au cas d'espèce.

#### *La délimitation des critères jurisprudentiels applicables*

20. Les comparantes ont concentré leurs arguments, à juste titre selon moi, sur l'arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust*<sup>7</sup> ainsi que sur l'arrêt, précité, *Centros*.

21. Le contexte juridique de l'affaire *Daily Mail* était assez particulier. Le droit commercial anglais applicable au moment des faits prévoyait qu'une société constituée conformément à la législation britannique, ayant son siège statutaire («registered office») au Royaume-Uni, pouvait établir son siège de direction et d'administration centrale dans un autre pays, sans pour autant perdre sa nationalité.

Étaient assujetties aux impôts britanniques sur les sociétés les entreprises dont le siège de direction («residence») était établi au Royaume-Uni. La législation fiscale interdisait, par conséquent, que les sociétés dont la résidence fiscale était située au Royaume-Uni établissent leur siège de direction à l'étranger sans autorisation préalable du ministre des Finances.

22. En prévision d'une importante opération de restructuration, *Daily Mail* souhai-

<sup>7</sup> — 81/87, Rec. p. 5483 (ci-après l'«arrêt *Daily Mail*»).

tait transférer son siège de direction aux Pays-Bas afin de bénéficier d'avantages fiscaux substantiels et a sollicité, en vain, l'autorisation requise.

La question préjudicielle a été déférée à la Cour dans le cadre du recours contre cette interdiction. La Cour a jugé que les articles devenus aujourd'hui les articles 43 CE et 48 CE ne conféraient aucun droit, en l'état actuel du droit communautaire, à une société constituée en conformité de la législation d'un État membre et y ayant son siège statutaire, de transférer son siège de direction dans un autre État membre.

23. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour de justice a tenu compte du fait que la liberté d'établissement s'opposait à ce que l'État d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre d'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité de sa législation<sup>8</sup>. Elle a en outre estimé que, contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement<sup>9</sup>.

24. Après avoir constaté que, malgré l'invitation expresse contenue dans l'actuel

article 293 CE, aucune disposition communautaire n'avait été adoptée en la matière, la Cour a soutenu que le traité CE considèrerait la disparité des législations nationales concernant l'élément de rattachement exigé pour leurs sociétés (siège social, administration centrale ou centre de l'activité principale) ainsi que la possibilité et, le cas échéant, les modalités d'un transfert du siège, statutaire ou réel, d'une société de droit national, d'un État membre à l'autre, comme des problèmes qui ne sont pas résolus par les règles sur le droit d'établissement, mais qui doivent l'être par des travaux législatifs ou conventionnels<sup>10</sup>.

25. Les termes de cette dernière déclaration sont particulièrement clairs et inconditionnels. S'ils devaient à eux seuls refléter l'état actuel de la jurisprudence, il est probable que la première des questions préjudicielles posées aurait reçu une réponse négative<sup>11</sup>.

26. Néanmoins, certaines comparantes dont la Commission se sont efforcées de minimiser la pertinence des affirmations contenues dans l'arrêt Daily Mail en l'espèce. S'appuyant sur les faits qui étaient à l'origine de cette affaire et sur un principe de protection renforcée de la liberté d'établissement à charge de l'État membre d'accueil, elles prétendent limiter la portée dudit arrêt à la seule reconnaissance de ce qu'il revient de manière exclusive à l'État membre d'origine de fixer les règles relatives à la constitution et à l'existence juridique des sociétés en conformité avec les règles de conflit applicables.

8 — Arrêt Daily Mail, point 16.

9 — Ibidem, point 19.

10 — Ibidem, point 23.

11 — Voir, dans ce sens, Behrens, P., op. cit., p. 323.

Il s'agit d'une interprétation volontariste, mais erronée: non seulement il n'est pas permis de déduire de l'arrêt que la protection aurait une intensité distincte selon que c'est l'État d'origine ou l'État d'accueil qui l'octroie, mais, de surcroît, limiter son efficacité à la reconnaissance d'une certaine compétence législative exclusive n'est pas fidèle aux termes du point 23 de l'arrêt.

Au contraire, toujours selon le point 23, les règles communautaires relatives à la liberté d'établissement n'ont aucune influence (ou n'en avaient alors aucune) sur la prérogative qui autorise les États membres à définir les critères permettant de déterminer le statut des personnes juridiques, ainsi que de régler les questions relatives au transfert du siège, statutaire ou effectif, d'un État membre à un autre.

27. Il convient cependant de rappeler que l'arrêt *Daily Mail* valait uniquement en «l'état du droit communautaire [alors applicable]». Cette réserve dénote la préoccupation de la Cour face à la disparité législative, sentiment partagé par le constituant qui, dans ce qui est aujourd'hui l'article 293 CE, invite les États membres à la limiter «en tant que de besoin».

28. Il y a lieu par conséquent d'examiner si la situation juridique a depuis lors subi des modifications substantielles, qui permettent une nouvelle appréciation.

29. Je suis d'accord avec l'ensemble des comparantes qui ont soutenu que les progrès intervenus en matière d'approximation des législations relatives aux sociétés n'ont eu aucune incidence sur les problèmes relatifs au transfert transfrontalier du siège, statutaire ou réel, d'une personne juridique. Il n'y a donc pas eu d'évolution législative significative.

30. Il n'en est pas de même pour l'activité jurisprudentielle. Les comparantes s'accordent également sur ce point, bien qu'elles ne tirent pas les mêmes conclusions des changements qu'elles signalent.

31. Il y a lieu de se référer tout naturellement à l'arrêt *Centros*, précité, qui constitue la référence principale en la matière.

Cette affaire soulevait la question de la compatibilité avec les dispositions relatives à la liberté d'établissement du refus d'immatriculation au registre des sociétés d'un État membre, d'une succursale d'une société étrangère communautaire, constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans le but de permettre à ladite société d'exercer l'ensemble de son activité dans l'État d'établissement de la succursale. La juridiction danoise de renvoi avait en outre estimé que la méthode utilisée visait à contourner la loi danoise qui prévoyait des obligations plus lourdes pour la constitution de sociétés.



32. La Cour de justice a adopté un raisonnement en trois temps. Elle a tout d'abord analysé la question de l'application des législations relatives à la liberté d'établissement. Elle a ensuite étudié les mesures qu'un État membre peut adopter pour empêcher que le traité CE serve de base au contournement de certaines législations nationales (prévention de l'abus de droit). Elle a enfin ajouté certaines considérations relatives à la pertinence des raisons invoquées par les autorités danoises (raisons impérieuses d'intérêt général).

33. Ainsi, elle a commencé par vérifier l'existence d'un obstacle à la liberté d'établissement.

Dans cette optique, il lui a suffi de rappeler que le droit au libre établissement s'étend aux sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté (établissement primaire). Il s'ensuit directement que ces sociétés ont le droit d'exercer leur activité dans un autre État membre par l'intermédiaire d'une agence, d'une succursale ou d'une filiale (établissement secondaire), la localisation de leur siège statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement servant à déterminer, à l'instar de la nationalité des

personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État membre<sup>12</sup>.

Elle a ensuite rejeté la proposition selon laquelle le refus d'immatriculation de la succursale pouvait constituer une mesure destinée à empêcher l'abus du droit d'établissement, au sens de la jurisprudence Van Binsbergen<sup>13</sup>. Elle a au contraire considéré que le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre dont les dispositions sur les sociétés lui paraissent moins contraignantes, et de créer des succursales dans d'autres États membres, est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité CE<sup>14</sup>.

Enfin, la Cour a envisagé la question de savoir si la pratique nationale controversée pouvait se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général. Les autorités danoises en avaient invoqué deux: la protection des créanciers publics non contractuels (comme le fisc ou la sécurité sociale)

12 — Arrêt Centros, précité, points 19 et 20. Dans cette même affaire, l'avocat général La Pergola a déduit des nouveaux articles 43 CE et 48 CE le droit de constituer des sociétés en conformité avec la législation d'un État membre pour opérer dans ce même État ou, *au même titre, dans un quelconque autre État membre*; la société ainsi constituée doit avoir le droit de s'établir — *à titre principal et, éventuellement, également secondaire* — là où elle le préfère, dans le cadre communautaire (conclusions du 16 juillet 1998, Rec. 1999, p. I-1461, point 20). Il n'est pas étonnant que l'avocat général lui-même admette qu'il défendait l'application de la doctrine «Cassis de Dijon» sur la reconnaissance mutuelle à la mobilité des sociétés (ibidem, point 20).

13 — Arrêt du 3 décembre 1974 (33/74, Rec. p. 1299, point 13).

14 — Point 27 de l'arrêt Centros.

et la protection générale des créanciers par l'exigence d'un capital social initial minimal. La Cour a rappelé les conditions applicables à ce type de mesures restrictives, cristallisées dans l'arrêt du 30 novembre 1995, Gebhard<sup>15</sup>, et a estimé qu'elles n'étaient pas réunies en l'espèce<sup>16</sup>.

34. Le discours de l'arrêt Centros est d'une simplicité remarquable: il applique, dans ses termes, les dispositions des articles 43 CE et 48 CE. Cette attitude est conforme à l'interprétation traditionnelle des libertés fondamentales prévues par le traité CE qui, une fois la période transitoire écoulée, sont directement ou immédiatement applicables.

Il m'importe de souligner les deux éléments suivants: une omission et une mention dans l'arrêt Centros.

35. Pour ce qui est de l'omission significative, l'arrêt ne contient aucune référence ni

15 — C-55/94, Rec. p. I-4165, point 37, selon lequel les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité CE, doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent, et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

16 — De manière générale, la pratique nationale ne pouvait se justifier par l'objectif de protection des créanciers puisque, si Centros avait exercé une activité au Royaume-Uni, sa succursale aurait été immatriculée au Danemark sans que la situation des créanciers danois en soit améliorée. En outre, Centros se présentait aux opérateurs économiques comme étant une société anglaise et non danoise. En ce qui concerne les créanciers publics, une mesure moins rigoureuse que le refus d'immatriculation serait de leur permettre de prendre les garanties nécessaires. Enfin, rien n'empêchait les autorités danoises de prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes (points 34 à 38 de l'arrêt Centros).

à l'article 293 CE ni à l'arrêt Daily Mail qui s'est inspiré de cet article. L'avocat général n'a pas non plus abordé cette question dans ses conclusions et il ne semble pas que les comparantes y aient fait allusion dans leurs mémoires.

36. Une première explication s'impose, à savoir que, dans l'affaire Centros, la question examinée était celle de l'ouverture d'une *succursale* et non pas celle du transfert d'un quelconque *siège statutaire*. Cette thèse pêcherait cependant par excès de formalisme, ignorant que la notion de siège comprend non seulement le siège statutaire, mais aussi tout autre endroit d'où s'exécute l'administration effective et distinguant, sans fondement évident, un droit d'établissement primaire, soumis à des conditions très strictes, et un droit d'établissement secondaire, pratiquement illimité<sup>17</sup>. En outre, il n'a pu échapper à la Cour que proclamer une telle liberté pour créer des succursales (qui, en réalité, ont peu en commun avec de véritables succursales, au sens usuel du terme, puisque certaines peuvent rassembler la totalité des actifs sociaux)<sup>18</sup> permettait d'éluder la législation en matière de transfert transfrontalier du siège, statutaire ou réel, d'une société, qui,

17 — Il est vrai que l'exercice de la liberté d'établissement primaire est susceptible d'affecter davantage les États membres que l'exercice de la liberté d'établissement secondaire, étant donné que le siège, réel ou statutaire, est l'élément de rattachement pour l'application de la législation fiscale ou du contrôle administratif. Voir, en ce sens, Zimmer, D., op. cit., p. 33. Voir également, bien que plus critique, Steindorff, E., op. cit., p. 1141. Ces considérations ne se reflètent cependant pas dans les textes des arrêts ni ne ressortent du traité CE.

18 — Ainsi l'affirme Freitag, R., «Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, vol. 9, p. 267, et plus particulièrement p. 268.

faute d'harmonisation, relève de la compétence des États membres<sup>19</sup>. L'invitation des autorités danoises à exclure du bénéfice du droit d'établissement les hypothèses où la société cherche uniquement à éluder une législation déterminée devait inciter la Cour à analyser cette possible forme de contournement de sa propre jurisprudence en l'espèce, à savoir de son arrêt Daily Mail. Elle est cependant partie de l'hypothèse que, aux fins du droit communautaire, Centros cherchait à exercer la forme secondaire de la liberté d'établissement<sup>20</sup>.

37. La deuxième explication consisterait à insister sur les différences existant entre les faits propres à chaque litige au principal. Ainsi, les conditions énoncées dans l'arrêt Daily Mail ne vaudraient qu'en ce qui concerne la capacité de l'État d'*origine* de restreindre la liberté d'établissement des sociétés constituées en conformité avec son droit, alors que l'arrêt Centros concernerait les obstacles que pourrait prévoir l'État d'*accueil*. Il pourrait également être avancé que la première affaire trouve son origine dans une controverse de droit fiscal, alors que la seconde porte sur le droit des sociétés. Ces distinctions apparaissent toutefois trop artificielles que pour justifier des solutions jurisprudentielles différentes. Elles ne s'appuient en tout état de cause sur aucune déclaration expresse contenue dans les arrêts.

38. La troisième explication possible serait de considérer que l'arrêt Centros surpasse la jurisprudence Daily Mail, ne serait-ce qu'en ce qui concerne les conséquences juridiques pratiques: une société désireuse d'établir le siège de son administration effective dans un autre État membre pourrait se limiter à solliciter l'immatriculation d'une succursale. Les principes de l'arrêt Daily Mail serviraient dès lors uniquement à éviter que l'État d'origine, en conformité avec la législation duquel la société a été constituée, puisse perdre un certain contrôle sur la personne juridique, simple fiction créée par ce droit. Ce contrôle pourrait porter, par exemple, sur la détermination du lien de rattachement pour la fixation d'une obligation fiscale, comme c'était le cas dans l'affaire Daily Mail, ou, de manière générale, pour l'exercice d'un contrôle administratif.

Je reconnais que cette interprétation force à faire abstraction de certaines affirmations exprimées en termes très larges dans cet arrêt, et particulièrement au point 23<sup>21</sup>.

39. Selon moi, il s'agirait plutôt de *compléter* cet arrêt: les questions relatives à la définition de l'élément de rattachement déterminant de la *lex societatis*, ainsi que les problèmes dérivés du transfert transfrontalier du siège d'une société étaient et sont régies, à défaut d'harmonisation, par les législations des États membres qui

19 — Voir point 23 de l'arrêt Daily Mail.

20 — Cette omission pourrait indiquer que le juge communautaire sous-entend qu'il n'existe aucune différence de régime entre les expressions primaires et secondaires de la liberté d'établissement. Voir, en ce sens, Behrens, P., *op. cit.*, p. 327.

21 — Voir point 24 ci-dessus.

devront néanmoins *respecter le droit matériel d'origine communautaire*<sup>22</sup>.

40. De ce point de vue, le droit européen n'avait toujours pas d'incidence directe sur la capacité des États membres d'organiser à leur guise leurs règles de conflit de lois, pourvu qu'ils respectent les principes qu'il prévoit.

41. La mention significative contenue dans l'arrêt *Centros* est l'introduction, en matière de liberté d'établissement des sociétés, de critères généraux permettant d'apprécier la compatibilité avec les dispositions du traité CE des restrictions à une liberté fondamentale. Ces critères, qui avaient déjà été énoncés par la Cour dans l'arrêt du 31 mars 1993, *Kraus*<sup>23</sup>, ont été cristallisés dans l'arrêt *Gebhard*, cité plus haut.

42. L'inclusion de ce type d'analyse suppose la reconnaissance de l'application immédiate des dispositions relatives au libre établissement en matière de mouvement des sociétés, ce qui, à son tour, implique l'abandon ou, en tout cas, la relativisation de la réserve contenue à l'article 293 CE<sup>24</sup>.

Cette option est judicieuse du point de vue d'une intégration européenne dynamique et trouve un soutien dans la formulation de la disposition. Contrairement à ce que prévoit l'article 295 CE («[l]e présent traité ne préjuge en rien [...]»), qui exclut de l'application du traité CE — sans aucun doute possible — le régime de la propriété des moyens de production<sup>25</sup>, l'article 293 CE se limite à inviter les États membres à engager des négociations, qui plus est, uniquement «tant que de besoin». Par conséquent, l'article 293 CE ne constitue pas une véritable réserve législative, mais peut davantage être comparé à un avertissement aux États membres afin qu'ils surmontent les problèmes inévitables résultant de la disparité des législations relatives à la reconnaissance réciproque des sociétés, au maintien de leur personnalité juridique en cas de transfert transfrontalier du siège et aux fusions. Comme tel, un avertissement ne peut faire obstacle à la virtualité de l'une des libertés fondamentales.

43. J'estime donc que le cadre jurisprudentiel existant permet d'examiner la compatibilité avec le traité CE des restrictions qui ont pour objet ou pour effet de limiter l'exercice de la liberté d'établissement des personnes juridiques protégées par l'article 48 CE, en vertu des règles générales que la Cour de justice a définies, à savoir que lesdites restrictions ne peuvent être en tant que telles discriminatoires, qu'elles doivent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elles doivent

22 — Voir, en ce sens, Wouters, J., *op. cit.*, p. 122 et suiv.

23 — C-19/92, *Rec. p.* I-1663, point 34.

24 — Par ailleurs déjà énoncée, fût-ce de manière tangentielle, dans l'arrêt du 10 juillet 1986, *Segers* (79/85, *Rec. p.* 2375, point 16).

25 — Voir, à ce sujet, les conclusions conjointes que j'ai présentées dans les affaires *Commission/Portugal* (C-367/98), *Commission/France* (C-483/99) et *Commission/Belgique* (C-503/99), points 39 et suiv. (*Rec. p.* I-4731, p. I-4733).

être adéquates et proportionnées pour atteindre l'objectif poursuivi.

À l'instar d'autres disciplines juridiques, ce type d'analyse — strictement communautaire — ne peut espérer modeler le droit national considéré, en particulier, le droit international privé. Cela dit, le régime national en question doit être interprété de manière conforme au droit communautaire ou, à défaut, les restrictions imposées doivent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général.

*Examen de la première question préjudicielle*

44. Par sa première question préjudicielle, de portée plus limitée que la seconde, le Bundesgerichtshof cherche essentiellement à savoir si le droit communautaire s'oppose à une législation nationale qui fait obstacle à ce qu'une société valablement constituée en conformité avec la législation d'un État membre fasse valoir des droits contractuels devant les organes juridictionnels d'un autre État membre, du fait que le siège de son administration effective se trouve dans ledit État.

45. Ce refus de reconnaître la capacité d'une société d'ester en justice en tant que demanderesse s'explique, selon le Bundesgerichtshof, du fait que la capacité juridique et la capacité d'ester en justice de la

société s'apprécient selon le droit de l'État membre dans lequel la société a établi son siège d'administration effective et du fait que la société ne pourrait pas se voir reconnaître la personnalité juridique dans la mesure où ce droit ne connaîtrait pas ce type de société étranger. Elle n'aurait dès lors d'autre recours que de se dissoudre et de se reconstituer conformément au droit de l'État d'accueil.

46. À mon sens néanmoins, il est préférable de s'en tenir à l'expression plus objective du problème soulevé pour éviter de se prononcer sur une matière dont l'interprétation relève du droit national: le droit allemand ne reconnaît pas la capacité d'ester en justice aux sociétés étrangères dont le siège effectif est, d'après ce même droit, établi sur son territoire.

D'une part, en effet, je ne pense pas que les réglementations allemandes trouvent facilement leur place dans une éventuelle interprétation autonome communautaire des notions de capacité juridique ou de capacité d'ester en justice puisque, tout en refusant de reconnaître la capacité d'ester en justice en tant que demanderesse aux sociétés dont le siège réel n'est pas établi dans l'État de constitution, lesdites réglementations reconnaissent — d'après ce qu'Überseering a exposé devant la Cour — la qualité de défenderesses à ces sociétés dans ce même type de litiges<sup>26</sup>. En

26 — Dans une autre affaire, le Landgericht Düsseldorf a condamné Überseering au paiement des honoraires des architectes qui ont collaboré à la réalisation des travaux, avec saisie conservatoire des biens-fonds que la demanderesse au principal possède en Allemagne, selon les déclarations d'Überseering qui n'ont fait l'objet d'aucune contestation.

outre, dans son ordonnance, la juridiction de renvoi définit elle-même la capacité d'ester en justice comme étant la capacité d'être sujet de droits et d'obligations tout en admettant qu'Überseering est propriétaire d'un immeuble<sup>27</sup>. Il se produirait ainsi un démembrement conceptuel étranger à la configuration classique de la capacité juridique et qui paraît davantage correspondre à un mécanisme dissuasif ou de sanction.

Enfin, il peut exister des interprétations divergentes quant à la qualification précise de l'hypothèse de déclenchement, à savoir le transfert du siège d'administration de la société<sup>28</sup>, ou quant aux critères permettant d'apprécier la réalité de ce transfert.

D'autre part, il n'est pas non plus inconcevable que la théorie du siège effectif n'entraîne pas irrémédiablement les conséquences dramatiques que lui attribue le droit allemand<sup>29</sup>.

Pour ces raisons, il semble prudent d'éviter toute qualification juridique de droit

interne et de considérer la réglementation nationale en cause comme un cas de restriction de la capacité d'ester en justice d'une société, qui vise à éviter une activité sociale principale dans un État distinct de celui dans lequel la société a été constituée.

47. Cette restriction est, en principe, incompatible avec la liberté d'établissement proclamée par le traité CE, sans que l'on puisse déduire le contraire de l'article 293 CE, ainsi que je l'ai exposé antérieurement.

48. Il convient, par conséquent, de déterminer si la restriction remplit les autres conditions énoncées par la jurisprudence.

49. À la différence de ce qu'ont fait valoir plusieurs comparantes, la mesure n'est pas discriminatoire en tant que telle. Une société constituée en conformité avec le droit allemand, qui aurait transféré son siège d'administration vers un autre État membre, aurait été soumise à un traitement similaire. En tout état de cause, ledit transfert aurait affecté sa capacité juridique, au sens du droit allemand<sup>30</sup>.

27 — Voir point 5 ci-dessus.

28 — Lors de l'audience, les gouvernements néerlandais et du Royaume-Uni se sont accordés sur le fait que, dans leurs droits respectifs, une hypothèse comme celle de l'espèce pouvait être qualifiée de création d'une succursale.

29 — Voir, en ce sens, Wouters, J., op. cit., p. 132. On pourrait envisager, par exemple, l'application à cette société de normes impératives déterminées prévues pour la forme sociale correspondante, conformément au droit interne.

30 — Voir, à cet égard, la question préjudicielle déferée à la Cour dans l'affaire HSB Wohnbau qui a donné lieu à l'ordonnance d'irrecevabilité du 10 juillet 2001 (C-86/00, Rec. p. I-5353) (la juridiction de renvoi agissant dans l'exercice d'une fonction non juridictionnelle). Au point 7 de cette ordonnance, il est dit que, selon la loi allemande, «une société n'a d'existence juridique que si elle a son siège réel dans le pays selon le droit duquel elle a été constituée. Dans cette optique, le transfert du siège d'une société à l'étranger entraîne obligatoirement sa dissolution et sa liquidation, c'est-à-dire, notamment la perte de sa personnalité juridique en Allemagne, ainsi que la constitution d'une nouvelle société à l'étranger».

50. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que la théorie du siège, telle qu'elle est appliquée en Allemagne, a pour but de protéger les droits des créanciers (en imposant la libération d'un capital social minimal et en prévoyant des normes fixant les modalités de son utilisation), des sociétés qui en dépendent et des actionnaires minoritaires (en renforçant la prise en considération de leurs intérêts à exiger des majorités qualifiées, ou à obtenir une indemnisation ou une compensation dans certaines circonstances) et des travailleurs (par la mise en place d'une cogestion de l'entreprise dans les conditions fixées par la loi). Le gouvernement allemand ajoute qu'elle vise également à protéger les intérêts du fisc (en réduisant les cas de double imposition passive).

Ces motifs doivent être qualifiés de raisons impérieuses d'intérêt général aux fins de la jurisprudence de la Cour <sup>31</sup>.

51. Reste à déterminer si la mesure est adéquate et proportionnée aux objectifs qu'elle poursuit.

52. Il convient ici de répondre par la négative. La mesure consistant à nier la légitimation active d'une société valable-

ment constituée dans un autre État membre n'est pas une mesure adéquate pour atteindre les objectifs légitimes qu'elle est censée poursuivre et va donc au-delà de ce qui est exigé pour la réalisation de ces objectifs.

53. La Cour de justice a eu l'occasion de relativiser la protection que l'exigence d'un capital social libéré minimal peut conférer aux créanciers d'une société <sup>32</sup>. Pour le surplus, la question de savoir si, concrètement, Überseering offrait des garanties moindres aux créanciers n'a pas été examinée. Enfin, il est évident que le refus de reconnaître à la société une légitimation active, l'empêchant ainsi d'invoquer devant un tribunal des droits valides vis-à-vis de tiers, semble favoriser ses débiteurs plutôt que ses créanciers.

54. Aucun des trois autres intérêts so-disant protégés par la mesure en question n'a été explicité de manière suffisante pour mériter d'être pris en considération.

Les droits des associés minoritaires censés bénéficier d'une protection n'ont pas été précisés, pas plus qu'il n'a été examiné si Überseering possédait de telles participations ou si le droit qui lui est applicable ne

31 — Voir, en ce qui concerne la défense des créanciers de la société, l'arrêt du 16 mars 1999, Trummer et Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661, point 30), ainsi que, de manière implicite, l'arrêt Centros, précité, point 35, et, en ce qui concerne la protection des droits des travailleurs, l'arrêt du 17 décembre 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305, point 19), notamment.

32 — Voir le point 35 de l'arrêt Centros et, surtout, le point 21 des conclusions de l'avocat général.

leur apporte pas un niveau équivalent de protection. En outre, tout comme pour les créanciers, ne pas reconnaître à une société la légitimation active n'est pas un avantage pour les associés minoritaires.

Il ressort des débats qui se sont tenus devant la juridiction de ceans que la cogestion s'applique aux entreprises qui emploient plus de 2 000 travailleurs et rien ne laisse penser, tout au contraire, que le transfert du centre de direction de la demanderesse au principal a affecté un nombre aussi important de salariés.

Le gouvernement allemand n'a pas précisé les dispositions fiscales qui seraient éludées si Überseering exerçait ses droits devant la juridiction allemande<sup>33</sup>.

55. Pour inapte que puisse être la mesure en cause à atteindre l'objectif fixé, son incompatibilité avec le traité CE résulte, avec une clarté toute particulière, de l'analyse du caractère proportionné du refus de reconnaître à la société la capacité d'ester en justice en tant que demanderesse.

33 — Ainsi que l'a noté l'Autorité de surveillance AELE, l'établissement en Allemagne de la société Überseering pourrait, au contraire, être à l'avantage du fisc allemand, étant donné qu'elle pourrait être soumise à des obligations fiscales locales.

Le gouvernement allemand, lors de l'audience, a insisté sur un point qu'il n'avait développé que de manière marginale dans ses observations écrites: la possibilité qu'une société dans la situation d'Überseering continue à faire valoir ses droits devant un juge, en tant qu'entité dépourvue de personnalité juridique. Son explication, déjà peu claire en soi, a été contredite par les avocats des parties au principal, qui ont chacun fait valoir une explication différente de ce mécanisme et de ses conséquences juridiques.

Dans ces conditions, la Cour ne dispose pas d'éléments suffisants pour apprécier si, et dans quelles conditions, Überseering, ou une quelconque autre société se trouvant dans les mêmes circonstances, peut ester devant les tribunaux. Il semble, en revanche, constant que, dans une situation telle que l'espèce, une société ne pourrait comparaître en justice en conservant sa personnalité juridique distincte.

Il convient par conséquent de s'en tenir aux termes de la question préjudicielle, telle qu'elle a été posée par la juridiction suprême en matière civile de République fédérale d'Allemagne, dont il résulte que la sanction prévue par l'ordre juridique de ce pays est que la société affectée «ne peut plus faire valoir en justice [...] les droits tirés d'un contrat»<sup>34</sup>.

34 — Pour le surplus, il ressort des faits que l'absence de légitimation s'étend aux prétentions résultant d'autres sources distinctes du contrat.



56. Une mesure de ce type créée, en pratique, un obstacle de taille à la liberté d'établissement des sociétés.

57. La mesure suppose un véritable dépouillement du patrimoine juridique d'une société valablement constituée en conformité avec la législation d'un État membre. Il s'agit, en tout état de cause, d'une ingérence grave au droit fondamental à un procès équitable consacré à l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme (ci-après la «convention»). La Cour européenne des droits de l'homme a interprété cette disposition dans son arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*<sup>35</sup>, et a déclaré que l'accès à la justice en matière civile est le corollaire de la prééminence du droit, principe qui, à son tour, fait partie du patrimoine spirituel commun des pays européens<sup>36</sup>. Il est évident que, par sa nature propre et à l'instar de tant d'autres droits fondamentaux, le droit à un procès équitable ne revêt pas de caractère absolu<sup>37</sup>. Dans l'arrêt du 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*<sup>38</sup>, les juges de Strasbourg ont estimé, néanmoins, que les restrictions ne pouvaient affecter l'essence même du droit, qu'elles devaient poursuivre un but légitime et qu'il devait

exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>39</sup>.

Ainsi, les institutions de Strasbourg ont admis la compatibilité avec la convention de mesures qui subordonnaient l'introduction d'actions en justice à un délai déterminé<sup>40</sup> ou à un examen sommaire de leurs chances d'aboutir<sup>41</sup>, ou qui exigeaient le versement d'une caution iudicatum solvi<sup>42</sup>. Dans aucun de ces cas, il n'est porté atteinte à l'essence du principe, seul son exercice est soumis à des modalités raisonnables. Il a également été admis que la législation nationale pouvait prévoir des mesures restrictives *intuitu personae*. Il s'agit de cas classiques dans lesquels l'ordre juridique tolère une limitation de la capacité juridique ou de la capacité d'ester en justice. Ces mesures visent les mineurs<sup>43</sup>, les litigants abusifs<sup>44</sup>, les prisonniers<sup>45</sup> ou les faillis<sup>46</sup>. Le cas d'espèce n'entre dans aucune de ces

39 — Ibidem, point 57.

40 — Décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 6 octobre 1982, X. c. Suède (affaire n° 9707/82, *Décisions et rapports* n° 33, p. 223).

41 — Voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni*, cité ci-dessus, point 59.

42 — Voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, série A n° 316-B.

43 — Voir arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, cité ci-dessus.

44 — Décision relative à la recevabilité de la Commission européenne des droits de l'homme du 2 décembre 1985, H. c. Royaume-Uni (affaire n° 11559/85, *Décisions et rapports* n° 45, p. 281).

45 — Voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, série A n° 80.

46 — Décision sur la recevabilité de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 mai 1987, M. c. Royaume-Uni (affaire n° 12040/86, *Décisions et rapports* n° 52, p. 269).

35 — Série A n° 18.

36 — Ibidem, point 34.

37 — Ibidem, point 38.

38 — Série A n° 93.

catégories. Il convient en outre de noter que, même dans les cas cités, le droit de s'adresser à un juge n'a été que limité et non pas supprimé, le conditionnant, en règle générale, à l'obtention d'une autorisation préalable d'un représentant de l'intérêt public.

leur tour les principes généraux du droit communautaire.

58. Le refus de reconnaître la capacité d'ester en justice en tant que demanderesse à des entreprises commerciales, dont le patrimoine se compose essentiellement de prétentions vis-à-vis de tiers, peut également constituer une restriction sérieuse au droit à la libre jouissance de la propriété privée, protégé par l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la convention, ainsi qu'une privation d'un droit à un recours effectif, contraire à l'article 13 de la convention.

59. Les mêmes conclusions résultent des articles 47 (droit à un recours effectif et d'accéder à un tribunal impartial) et 17 (droit de propriété) de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, qui, sans faire partie du *ius cogens* à proprement parler, du fait qu'elle est dénuée de « valeur contraignante autonome »<sup>47</sup>, reflète de manière inestimable le dénominateur commun des valeurs juridiques primordiales dans les États membres, dont émanent à

60. Enfin, la Cour a reconnu le caractère primordial du droit au contrôle juridictionnel dans le cadre communautaire<sup>48</sup>.

61. En conséquence, il est permis d'affirmer que le refus de reconnaître la capacité d'ester en justice en tant que demanderesse à une personne juridique valablement constituée en conformité avec l'un des ordres juridiques des États membres constitue une grave restriction à un droit fondamental. Pour être proportionnée, il faut que ladite restriction soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Il suffit dès lors de constater l'absence d'éléments révélant une exigence sociale de cette importance. Ainsi que je l'ai établi au moment de l'examen de conformité, l'ordre juridique allemand ne prévoit aucune appréciation concrète du risque face à une sanction aussi grave. Les intérêts juridiques que la mesure prétend protéger ou, mieux encore, le risque auquel ces intérêts peuvent être soumis du fait que le siège de l'administration centrale d'une société ne soit pas établi dans l'État dans lequel elle a été constituée sont sans commune mesure avec l'ampleur de la sanction imposée.

47 — Conclusions de l'avocat général Tizzano du 8 février 2001 dans l'affaire BECTU (arrêt du 26 juin 2001, C-173/99, Rec. p. I-4881, point 27).

48 — Voir, entre autres, les arrêts du 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651, point 18), et du 15 octobre 1987, Heylens e.a. (222/86, Rec. p. 4097, point 14).

62. Il convient, dans ces circonstances, de conclure que les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à une mesure nationale qui refuse de reconnaître la capacité d'ester en justice comme demanderesse à une société qui a établi son siège d'administration centrale dans un État membre différent de celui dans lequel elle a été constituée.

je le suggère, la Cour considère que la sanction visant à priver la société de sa capacité d'ester en justice comme demanderesse n'est ni adéquate ni proportionnée à l'objectif poursuivi et, partant, ne se justifie pas par des raisons impérieuses d'intérêt général, il importe peu de connaître avec exactitude le parcours que le juge national a suivi, en appliquant les diverses règles de droit international privé allemand, pour déterminer le bien-fondé de la sanction en conformité avec son droit interne.

*Examen de la seconde question préjudicielle*

63. La seconde question, formulée par le Bundesgerichtshof dans l'hypothèse où il serait répondu par l'affirmative à la première question, ainsi que je le propose, a une portée beaucoup plus large du fait de son caractère abstrait. Il s'agit de vérifier si les principes qui régissent la liberté d'établissement exigent que la capacité d'ester en justice et la capacité juridique des sociétés soient toujours appréciées au regard du droit de l'État dans lequel elles ont été constituées.

65. Il n'appartient pas au juge communautaire de participer à des discussions propres au droit national. J'insiste sur le fait que le problème qu'il convient de considérer, du point de vue du droit communautaire, est celui de la justification d'une mesure limitant une liberté fondamentale à la lumière de prétendues raisons impérieuses d'intérêt général.

66. Compte tenu des prémisses de la réponse à la première question préjudicielle, il n'est pas nécessaire, à mon avis, de répondre à la seconde.

64. Je ne crois pas qu'il soit utile de répondre à cette seconde question préjudicielle pour résoudre le problème d'interprétation du droit communautaire qui se pose à la juridiction de renvoi. Si, ainsi que

Cela signifie que la solution serait la même si le refus de reconnaître à une société la capacité d'ester en justice en tant que demanderesse n'était pas la conséquence du refus de lui reconnaître la capacité

juridique, mais le résultat de l'application d'une disposition impérative.

67. Cette position me paraît d'autant plus souhaitable qu'elle permet d'éviter des décisions risquées, sans préjudice aucun de la coopération que l'on peut attendre du juge communautaire pour résoudre le problème qui lui est soumis.

68. D'une part, répondre à cette seconde question suppose intégrer les particularités du droit allemand dans une théorie communautaire autonome, dans la mesure où l'on pourrait accepter — ce qui est, à tout le moins, discutable — que le refus de reconnaître une légitimation active à une société est totalement lié au refus de lui reconnaître la capacité juridique ainsi que la capacité d'ester en justice. Il serait à mon sens possible, au contraire, de considérer que ce refus fait partie des prérogatives dont dispose le droit national pour sanctionner les conduites des sociétés visant à éluder le droit national, afin de protéger certains intérêts juridiques.

69. D'autre part, lorsque l'État membre de constitution est également celui dans lequel la société a établi son siège statutaire, la

Cour serait contrainte de choisir l'un des éléments de rattachement qui, en l'absence de tout développement législatif, doivent être considérés comme ayant la même valeur, conformément à l'article 48 CE, à savoir celui du siège social de l'entité considérée, celui de son administration centrale ou de son centre d'activité principal. Dans la mesure où le traité CE n'a exprimé aucune préférence pour l'un d'entre eux, il n'appartient pas au juge de le faire<sup>49</sup>. En l'absence d'harmonisation, les États membres restent libres d'organiser — et les organes juridictionnels nationaux d'interpréter — leurs règles de droit international privé en la matière. Les effets pratiques de ces règles doivent cependant être conformes aux exigences du droit communautaire.

70. À titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la Cour jugerait utile de répondre à cette seconde question, soit parce qu'elle estimerait que cela faciliterait l'adoption d'une solution par le juge de renvoi, soit parce qu'elle jugerait approprié d'insister sur un principe, je propose, pour les raisons énoncées dans le point ci-dessus, qu'il soit répondu à cette question par la négative.

49 — Le principe de neutralité du traité CE en relation avec la capacité des États membres à définir le lien de rattachement déterminant de la *lex societatis* ressort également du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne (SE) (JO L 294, p. 1). Voir, en particulier, le vingt-septième considérant de son préambule.

## Conclusion

71. Compte tenu de ce qui précède, je propose à la Cour de répondre à la question préjudicielle formulée par le Bundesgerichtshof de la manière suivante:

«Les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle la capacité d'ester en justice en tant que demanderesse est refusée à une société légalement constituée en vertu du droit d'un État membre dont le siège d'administration effectif a été transféré dans un autre État membre.»