

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. ANTONIO TIZZANO

présentées le 7 juillet 2005 ¹

I — Introduction

1. La présente affaire porte sur une question préjudicielle soumise à la Cour, au titre de l'article 234 CE, par le Landgericht Koblenz (Allemagne) sur l'interprétation des articles 43 CE et 48 CE.

2. En substance, le juge de renvoi demande à la Cour de préciser si des règles nationales qui s'opposent à l'inscription au registre allemand des entreprises de fusions entre des sociétés allemandes et des sociétés d'autres États membres sont contraires au principe de la liberté d'établissement.

II — Le cadre juridique

Le droit communautaire pertinent

3. Le litige au principal porte essentiellement sur les règles du traité CE relatives à la liberté d'établissement. Il importe avant tout de mentionner à cet égard l'article 43 CE qui, on le sait, consacre le droit d'établissement des ressortissants communautaires, tant à titre principal (deuxième alinéa) qu'à titre secondaire (premier alinéa). Il prévoit en particulier que:

«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 État membre.

¹ — Langue originale: l'italien.

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

4. Il convient ensuite de rappeler l'article 48 CE, qui dispose ce qui suit:

«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.

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.»

5. Toutefois, aux termes de l'article 46, paragraphe 1, CE:

«Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.»

6. Aux fins de la présente espèce, il importe en outre de mentionner des dispositions du traité en matière de libre circulation des capitaux, et notamment l'article 56, paragraphe 1, CE selon lequel:

«Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.»

7. Il convient enfin de rappeler que, depuis plusieurs années, la Commission s'efforce de faire adopter, en matière de fusions transfrontalières, un instrument juridique communautaire apte à répondre aux nécessités de coopération et de regroupement entre les sociétés d'États membres différents.

8. Pour l'instant, toutefois, la proposition de directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux², tout en étant à un stade très avancé³, n'a pas encore été adoptée de manière définitive par le Parlement et le Conseil.

Le droit national

9. En Allemagne, les opérations de fusion sont régies par la loi nationale sur la transformation des sociétés (Umwandlungsgesetz, ci-après l'«UmwG»)⁴.

10. L'article 1^{er}, paragraphe 1, de cette loi qui régit les opérations de transformation mentionne uniquement la fusion de sociétés ayant leur siège en Allemagne, dans les termes suivants:

«Les sujets de droit ayant leur siège sur le territoire national peuvent subir une transformation

1. par fusion

[...]»

11. L'article 2 de cette loi décrit ensuite les diverses hypothèses de fusion avec dissolution de la société et sans liquidation, parmi lesquelles, pour ce qui nous intéresse ici, celle par absorption effectuée par la transmission du patrimoine d'un ou de plusieurs sujets de droit à un autre sujet de droit existant.

12. Enfin, les autres dispositions de l'UmwG qui concernent spécifiquement les fusions par absorption sont soumises à une série de conditions parmi lesquelles, pour ce qui nous intéresse ici, l'inscription des opérations au registre des entreprises du lieu dans lequel la société absorbante a son siège (article 19).

III — Faits et procédure

2 — COM(2003) 703 final. Le principe à la base de cette proposition est que les États membres reconnaissent, dans leur propre ordre juridique, la possibilité de procéder à des fusions transfrontalières.

3 — Le 10 mai 2005, le Parlement européen a en effet approuvé en première lecture la proposition de directive.

4 — BGBl. 1994, p. 3210 (1995, 428), modifiée en dernier lieu le 12 juin 2003.

13. La SEVIC Systems AG (ci-après «SEVIC») ayant son siège à Neuwied (Allemagne) et la Security Vision Concept SA (ci-après «SVC») ayant son siège à Luxembourg (Luxembourg) ont conclu en 2002 un contrat

de fusion prévoyant la dissolution sans liquidation de SVC et la transmission universelle de son patrimoine à SEVIC.

que l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1, de cette loi ne prévoit la transformation que de sujets de droit ayant leur siège en Allemagne?»

14. L'Amtsgericht Neuwied a rejeté la demande d'inscription de la fusion au registre des entreprises allemandes en motivant ce refus sur la base de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de l'UmwG, qui ne permet les opérations de fusion qu'entre sociétés ayant leur siège en Allemagne. Dans le cas d'espèce, en revanche, la fusion concernait une société allemande et une société de droit luxembourgeois.

16. Dans cette procédure, des observations écrites ont été présentées par la requérante au principal, le gouvernement allemand, le gouvernement néerlandais et la Commission.

17. Lors de l'audience du 10 mai 2005, des plaidoiries ont été présentées par SEVIC, le gouvernement allemand et la Commission.

15. SEVIC a donc fait appel de cette décision devant le Landgericht Koblenz; celui-ci éprouvant des doutes quant à l'interprétation des articles 43 CE et 48 CE, a décidé de suspendre la procédure dont il était saisi et de soumettre à la Cour la question préjudicielle suivante:

IV — Analyse juridique

A — L'applicabilité aux circonstances de l'espèce des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement

«Les articles 43 CE et 48 CE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'il est contraire à la liberté d'établissement des sociétés de refuser l'inscription — conformément aux articles 16 et suivants de l'Umwandlungsgesetz (loi allemande relative aux transformations des sociétés — UmwG) — dans le registre allemand du commerce de la fusion qu'une société européenne étrangère a l'intention d'opérer avec une société allemande, parce

18. Nous observons à titre liminaire que les règles nationales en question, tout en se limitant à régir les fusions entre des sociétés ayant leur siège en Allemagne, affectent directement la possibilité de réaliser des fusions internationales. Comme cela est démontré dans le cas d'espèce, et a été

confirmé par le gouvernement allemand à l'audience, c'est en effet sur la base de l'article 1^{er}, paragraphe 1 de l'UmwG — et justement du fait que ces dispositions ne visent que les fusions «internes» — qu'en Allemagne l'inscription au registre des entreprises de l'acte de fusion entre une société de droit allemand et une société d'un autre État membre est refusée en règle générale⁵, avec le résultat que l'opération ne peut produire ses effets.

19. Cela dit, nous observons que les parties ne sont pas d'accord, avant tout, sur la possibilité même de qualifier les opérations en discussion en tant qu'exercice de la liberté d'établissement. Avant donc de se demander si les règles allemandes pertinentes sont ou non conformes aux articles 43 CE et 48 CE, comme le demande le juge de renvoi, il convient de vérifier si, pour des circonstances du type examiné, ces règles nationales relèvent du champ d'application des dispositions communautaires précitées.

20. Le gouvernement allemand et le gouvernement néerlandais répondent par la négative sur ce point, car, selon eux, l'opération de fusion en cause ne donne pas lieu à un «établissement» au sens du traité.

21. Cette notion, explique le gouvernement allemand, se réfère à l'exercice, par une personne physique ou morale, d'une activité économique dans un autre État membre grâce à une présence stable résultant, en ce qui concerne les sociétés, de l'installation ou du transfert, dans cet État, d'un centre d'activité principal (article 43, deuxième alinéa, CE) ou de la constitution dans ce même État d'un centre secondaire d'activité (article 43, premier alinéa, CE).

22. En l'espèce toutefois, poursuit ce gouvernement, la société luxembourgeoise (SVC) est absorbée par la société allemande (SEVIC), comme résultat de la fusion, et perd ainsi sa personnalité morale. Or, comme, par définition, une société qui a cessé d'exister ne peut «s'établir», ni à titre principal ni à titre secondaire, dans un autre État membre, force est d'en déduire, selon le gouvernement allemand, que les conditions d'application des articles 43 CE et 48 CE ne sont pas réunies.

23. Pour sa part, le gouvernement néerlandais, partant d'un raisonnement analogue, ajoute que l'extinction d'une société affecte directement sa constitution et son fonctionnement, c'est-à-dire des aspects qui, comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Daily Mail* bien connu⁶, échappent à l'application du

5 — Dans sa décision, le juge de renvoi indique toutefois que, récemment et même s'il s'agit d'une orientation jurisprudentielle minoritaire, certains tribunaux allemands ont accepté l'enregistrement de fusions de sociétés ayant leur siège en Allemagne avec des sociétés étrangères.

6 — Arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail et General Trust* (81/87, Rec. p. 5483).

droit communautaire et sont exclusivement régis, à l'instar de la citoyenneté pour les personnes physiques, par les ordres juridiques nationaux. Les articles 43 CE et 48 CE ne pourraient donc pas être interprétés dans le sens qu'ils attribuent aux sociétés le droit de s'éteindre en participant à des fusions transfrontalières.

particulier avec l'enregistrement de cet acte, que l'un des deux sujets en vient à disparaître⁷; jusque-là, toutefois, il n'en est pas ainsi, d'autant plus que, en cas de non-réalisation de l'opération, la société qui aurait dû être absorbée continuera à exister en tant que personne juridique autonome.

24. En ce qui nous concerne, nous disons tout de suite que nous ne partageons pas cette approche.

25. La raison en est avant tout qu'il nous semble qu'elle résulte d'une logique à contresens, en ce sens qu'elle part d'une conséquence de la fusion, c'est-à-dire l'extinction de la société incorporée, comme cause de l'impossibilité pour cette société (alors qu'elle n'a pas encore cessé d'exister!) de procéder à l'opération, et donc comme justification de l'interdiction d'enregistrement qui exclut précisément cette opération.

26. La vérité est au contraire que, pour toutes les phases qui précèdent la fusion et jusqu'à l'enregistrement de cette dernière, les deux sociétés existent et agissent comme des personnes juridiques pleinement capables de négocier et de conclure l'acte de fusion. Ce n'est qu'avec l'achèvement de la fusion, et en

27. La réglementation nationale contestée frappe donc des sujets de droit en pleine possession de leur capacité juridique, que justement cette réglementation, et elle seule, prive de la possibilité de bénéficier de la liberté d'établissement. C'est donc seulement par une confusion des causes et des effets qu'on peut prétendre justifier l'inapplicabilité des règles du traité aux opérations de fusions transfrontalières au nom d'une prétendue absence de personnalité juridique de la société absorbée.

28. À notre avis toutefois, l'objet même de la disposition nationale en cause est de nature à faire disparaître tout doute sur le fait qu'elle relève du champ d'application des articles 43 CE et 48 CE, tels qu'interprétés par une jurisprudence communautaire constante.

7 — C'est d'ailleurs ce qui est expressément prévu à l'article 20 de l'UmwG.

29. On le sait, pour garantir la pleine jouissance du droit d'établissement, entendue comme possibilité de «participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un [autre] État membre»⁸, la Cour a soumis à l'application des articles 43 CE et 48 CE non seulement les règles et pratiques nationales concernant directement et spécifiquement l'exercice de l'activité économique considérée, mais également toutes «celles relatives aux diverses facultés générales, utiles à l'exercice de ces activités»⁹.

30. Le champ d'application du droit d'établissement couvre donc toutes les mesures qui permettent, ou même facilitent seulement, l'accès à un autre État membre et/ou l'exercice d'activités économiques dans cet État, en permettant aux sujets intéressés de pouvoir participer effectivement, et aux mêmes conditions que les opérateurs nationaux, à la vie économique du pays¹⁰.

31. En énonçant ces principes, la Cour s'est presque toujours référée expressément au programme général pour la suppression des

restrictions à la liberté d'établissement adopté par le Conseil le 18 décembre 1961, qui prévoit que constituent des restrictions à abolir les «dispositions et pratiques qui, à l'égard des étrangers seulement, excluent, limitent ou subordonnent à des conditions la faculté d'exercer les droits normalement attachés à une activité non salariée»¹¹. Le programme fournit, à titre de simple exemple, une liste de ces «facultés» parmi lesquelles, pour ce qui nous intéresse, la faculté de «passer des contrats» et «d'acquérir, d'exploiter ou d'aliéner des biens meubles ou immeubles».

32. Pour résumer, en somme, le droit d'établissement ne tient pas seulement au droit de se transférer dans un autre État membre aux fins d'exercer son activité, mais concerne tous les aspects qui sont attachés de quelque sorte que ce soit, à titre complémentaire et fonctionnel, à l'exercice de cette activité et donc au plein exercice de la liberté consacrée dans le traité.

33. Or, il nous semble évident que tel est le cas également de la réglementation nationale en examen. Elle concerne en fait des aspects, non pas complémentaires, mais même essentiels pour l'activité d'un opérateur économique, puisque ces règles lui interdisent de conclure des opérations juridiques spécifiques (les fusions), et en particulier des opérations d'acquisition/aliénation ou de constitution de nouvelles sociétés.

8 — Arrêt du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 25).

9 — Arrêts du 14 janvier 1988, Commission/Italie (63/86, Rec. p. 29, point 14), et du 30 mai 1989, Commission/Grèce (305/87, Rec. p. 1461, point 21).

10 — Voir, en particulier, arrêts Commission/Italie, précité, points 14 et 16; Commission/Grèce, précité, point 19; du 1^{er} juin 1999, Konle (C-302/97, Rec. p. I-3099, point 22); du 13 avril 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787, point 22), et du 5 novembre 2002, Überseering (C-208/00, Rec. p. I-9919, point 93).

11 — JO 1962, 2, p. 36.

34. Il y a toutefois encore un autre aspect que les gouvernements intervenants ont fini par perdre de vue en se concentrant uniquement sur l'extinction de la société absorbée, alors qu'à notre avis il peut être directement pertinent aux fins de la présente analyse.

35. Nous nous référons au fait que l'opération de fusion en cause peut être analysée non seulement comme une hypothèse d'établissement primaire, mais également d'établissement secondaire. En effet, l'absorption d'une société établie dans un autre État membre (en l'espèce, la société luxembourgeoise) n'exclut pas que la société absorbante (ici, la société allemande) peut se trouver, en conséquence justement de la fusion, dans la situation d'exercer de manière stable dans l'État membre où la société absorbée avait son siège, et donc dans un État membre autre que le sien, en s'installant dans ce dernier, ne serait-ce qu'à titre secondaire.

36. En l'espèce, en effet, comme cela a été confirmé pendant l'audience, la société absorbante (SEVIC) aurait maintenu au Luxembourg, en vertu du contrat de fusion, des biens, du personnel et des moyens de production de la société absorbée (SVC), en disposant ainsi d'un centre d'activité «secondaire» à l'étranger.

37. Dans un tel cas, on se trouverait alors en présence d'une modalité particulière d'exer-

cice de la liberté d'établissement, également prévue à l'article 43 CE, à savoir l'établissement «secondaire» dans un État membre par une société ayant son siège dans un autre État membre, grâce à la faculté, prévue précisément par cette disposition, «de créer et de maintenir [...] plus d'un centre d'activité sur le territoire de la Communauté»¹².

38. Le fait qu'en l'espèce l'établissement secondaire serait concrétisé par une entité privée de personnalité morale autonome ne saurait conduire à une conclusion différente. L'article 43, premier alinéa, CE prévoit en effet la possibilité d'exercer le droit d'établissement par des entités, qu'elles soient dotées de personnalité juridique (filiales) ou privées d'une telle autonomie (agences et succursales).

39. Par ailleurs, il résulte de la jurisprudence communautaire que la référence dans cette disposition à des «agences, succursales ou filiales» doit être comprise comme une indication à titre de simple exemple, et non pas de nature exhaustive, des formes d'établissement que peut utiliser la société exerçant dans un autre État membre. Ainsi, la Cour a admis l'application des règles sur l'établissement dans les cas où, par exemple,

12 — Arrêt du 12 juillet 1984, Klopp (107/83, Rec. p. 2971, point 19).

la présence d'une société dans un autre pays de la Communauté ne prend pas «la forme d'une succursale ou d'une agence, mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau, géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante, mais mandatée pour agir en permanence pour celle-ci comme le ferait une agence»¹³.

40. Étant donné la jurisprudence qui vient d'être citée, l'objection du gouvernement allemand selon laquelle l'exercice du droit d'établissement nécessiterait absolument la création d'une installation nouvelle ou supplémentaire à l'étranger, et ne pourrait donc pas se manifester par l'absorption d'une société préexistante, comme en l'espèce, ne me paraît pas fondée, elle non plus.

41. En effet, comme la Cour a eu l'occasion de le préciser, en pleine cohérence avec l'orientation jurisprudentielle rappelée ci-dessus, le droit sanctionné à l'article 43 CE comporte la faculté «de choisir la forme juridique appropriée pour l'exercice d'activités dans un autre État membre»¹⁴. Ces activités peuvent donc être exercées selon des modalités multiples, y compris par

l'acquisition de parts d'une société déjà existante établie dans un autre État membre, à condition que cette participation confère à l'acquéreur «une influence certaine sur les décisions de la société [...] lui permettant d'en déterminer les activités»¹⁵, critère par définition toujours satisfait dans les cas, comme celui qui nous occupe, d'absorption d'une autre société.

42. À la lumière des considérations qui précèdent, nous estimons donc qu'une réglementation nationale comme celle qui fait l'objet du litige au principal entre pleinement dans le champ d'application des articles 43 CE et 48 CE.

B — Appréciation de la législation nationale en cause

43. Cela précisé, et pour passer à présent au fond de la question, il importe de se demander si la mesure nationale en cause, en refusant en toute hypothèse l'inscription au registre allemand des entreprises de

13 — Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission/Allemagne* (205/84, Rec. p. 3755, point 21).

14 — Arrêt du 21 septembre 1999, *Saint-Gobain ZN* (C-307/97, Rec. p. I-6161, point 43).

15 — Voir, en particulier, les arrêts *Baars*, précité, points 21 et 22 et *Überseering*, précité, point 77. Il convient toutefois de préciser que l'acquisition d'une participation aux actions qui ne confère pas une telle influence n'échappe pas pour autant à l'application des dispositions du traité, puisqu'elle reste assujettie aux règles en matière de libre circulation des capitaux.

fusions entre des sociétés ayant leur siège en Allemagne et des sociétés d'autres États membres, constitue une restriction à la liberté d'établissement.

bien les restrictions «à l'entrée» que celles «à la sortie» du territoire national qui sont interdites.

44. Nous commencerons cette analyse en rappelant que, sur la base de la définition large de la liberté d'établissement qui, comme on l'a vu (points 24 à 27 ci-dessus), résulte de la jurisprudence communautaire, il convient de considérer comme des restrictions à cette liberté «toutes les mesures qui [en] interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice»¹⁶. Des mesures nationales qui sont de nature à simplement «dissuader» un opérateur de se prévaloir du droit d'établissement peuvent donc être couvertes par cette interdiction¹⁷.

46. Si l'on applique ces principes au cas d'espèce, il nous semble indiscutable qu'une réglementation telle que celle en cause au principal est apte, pour le moins, à dissuader les opérateurs tant nationaux qu'étrangers d'exercer la liberté d'établissement.

45. Ce n'est pas tout: il résulte toujours de cette jurisprudence que l'article 43 CE ne se limite pas à interdire qu'un État membre empêche ou restreigne l'établissement d'opérateurs étrangers sur son propre territoire, mais qu'il s'oppose également à ce que l'État membre fasse obstacle à l'établissement d'opérateurs nationaux dans un autre État membre¹⁸. En d'autres termes, ce sont aussi

47. La fusion constitue en effet une technique particulièrement efficace de transformation de sociétés dans la mesure où elle permet, dans le cadre d'une opération unique, d'exercer une certaine activité sous une forme nouvelle et sans discontinuité, en réduisant donc notablement les complications, les délais et les coûts associés à des formes alternatives de regroupement de sociétés, telles que celles qui comportent, par exemple, la dissolution d'une société avec liquidation du patrimoine et la constitution ensuite d'une nouvelle société, le transfert d'éléments du patrimoine, l'échange de titres de propriété, etc.

16 — Voir en dernier lieu arrêt du 5 octobre 2004, *Caixa Bank France* (C-442/02, Rec. p. I-8961, point 11 et la jurisprudence qui y est citée).

17 — Voir, par exemple, arrêts *Daily Mail* précité, point 16; du 18 novembre 1999, *X et Y* (C-200/98, Rec. p. I-8261, point 26), et du 11 mars 2004, de *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, Rec. p. I-2409, point 45).

18 — Voir, en particulier, arrêts *Baars*, précité, point 28 et de *Lasteyrie du Saillant*, précité, point 42.

48. Or, force est de constater que, en raison de la réglementation nationale contestée, et uniquement à cause de cette dernière, SEVIC perd, à l'instar de toutes les sociétés de droit allemand qui se trouvent dans une situation analogue, et du seul fait qu'elle veut absorber

une société ayant son siège dans un autre État membre, la possibilité de procéder à une fusion, ce qu'elle aurait pu faire dans le cas contraire. Elle perd donc une possibilité d'une importance notable et évidente dans un marché intégré comme le marché européen, sauf à vouloir utiliser des techniques alternatives qui, comme nous venons de le souligner, ne présentent pas les mêmes caractéristiques et avantages.

49. Tout cela constitue à l'évidence un «obstacle» susceptible d'affecter directement la décision des entreprises allemandes de s'établir ou d'étendre leur présence dans d'autres États membres, et donc d'exercer la liberté à laquelle elles ont droit au sens des articles 43 CE et 48 CE.

50. La règle en cause produit un effet restrictif également en ce qui concerne les sociétés ayant leur siège dans d'autres États membres. Elle leur interdit en effet totalement de recourir à un moyen d'accès au marché allemand. En particulier, une société ayant son siège à l'étranger ne pourrait pas exercer ses activités en Allemagne en s'unissant à une ou plusieurs sociétés allemandes par l'absorption d'une société préexistante ou la constitution d'une nouvelle société. Pour aboutir à ce résultat, il faudrait très probablement créer d'abord une nouvelle société en Allemagne, ce qui équivaut,

comme la Cour a eu l'occasion de le préciser, «à la négation même de la liberté d'établissement»¹⁹.

51. Sur la base des considérations qui précèdent, nous estimons donc que la règle allemande constituée, au sens précisé ci-dessus, une restriction à la liberté d'établissement et est donc contraire aux articles 43 CE et 48 CE.

C — La prétendue justification de la législation nationale en cause

52. Malgré cela, il convient encore de se demander si l'incompatibilité des règles nationales en cause ne peut être supprimée pour des motifs de caractère général qui, comme nous le verrons, pourraient être invoqués pour les justifier.

53. En effet, le gouvernement allemand, soutenu par le gouvernement néerlandais, fait valoir qu'en l'état actuel, en l'absence de dispositions communautaires d'harmonisation spécifique, il ne serait pas possible pour cet État de reconnaître les fusions transfrontalières, en raison des différences nota-

¹⁹ — Arrêt *Überseering*, précité, point 81.

bles qui existent encore entre les États membres en matière de droit des sociétés, et donc le caractère particulièrement complexe de ces opérations. L'interdiction en examen serait donc motivée par la nécessité de garantir un niveau approprié de sécurité juridique dans les transactions commerciales, ainsi que de protéger les intérêts des travailleurs, des créanciers et des actionnaires minoritaires des sociétés allemandes.

54. Même si la Cour devait décider que la règle visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, premier alinéa, de l'UmwG constitue une restriction à la liberté d'établissement, cette restriction serait donc de toute façon légitime en tant qu'elle est destinée à satisfaire des exigences qui, d'après les deux gouvernements intervenants, ont été reconnues par la jurisprudence communautaire comme de nature à justifier de telles mesures.

55. En ce qui nous concerne, nous rappelons avant tout que, en matière d'exception autorisée aux libertés fondamentales, le droit communautaire distingue nettement entre les mesures discriminatoires et non discriminatoires. Les premières ne sont en fait admises que si elles peuvent entrer dans le champ d'une dérogation expressément prévue dans le traité, c'est-à-dire, en ce qui concerne le droit d'établissement, à l'article 46 CE. En revanche, celles qui sont indistinctement applicables à des sujets nationaux et à ceux d'autres États membres

peuvent être autorisées seulement si elles sont justifiées par d'éventuelles exigences impérieuses et, même alors, à la condition qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre²⁰.

56. Or, force est de constater que, dans le cas d'espèce, nous sommes en présence d'une règle discriminatoire. Comme nous l'avons vu, en effet, la réglementation en examen consacre une différence de traitement claire entre sociétés, sur la base de leur siège, en permettant les fusions si les sociétés intéressées sont établies en Allemagne et en les excluant, en revanche, si l'une d'elles est établie à l'extérieur.

57. Dans de tels cas, l'unique dérogation susceptible d'application est donc celle prévue à l'article 46 CE, aux termes de laquelle des mesures discriminatoires ne peuvent être justifiées que par des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Ce n'est pas tout: dans la mesure où elle comporte une dérogation à un principe fondamental du traité, cette disposition doit être interprétée de manière restrictive, ce

20 — Voir, en particulier, arrêts du 31 mars 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32); Gebhard, précité, point 37; du 9 mars 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459, point 34), et Caixa Bank, précité, point 17.

pourquoi la Cour a notamment subordonné son applicabilité à l'existence d'une «menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société»²¹.

58. Or, il nous semble évident que les éventuelles difficultés de coordination ou les risques de divergence entre réglementations nationales différentes en matière de droit des sociétés, qui d'ailleurs sont évoquées de manière extrêmement vague et générique par les autorités allemandes et néerlandaises, ne sauraient constituer une «menace» d'une telle nature et d'une telle portée à l'un des «intérêts fondamentaux de la société» précités, et donc rentrer dans le champ d'application de l'article 46 CE.

59. Mais même si l'on voulait partir de l'hypothèse que la réglementation contestée ne présente pas un caractère discriminatoire, le résultat ne changerait pas puisque les conditions imposées par la jurisprudence communautaire dont nous avons parlé ci-dessus, pour les cas de restrictions indistinctement applicables (point 55 ci-dessus), ne sont pas satisfaites.

60. Nous commencerons par l'existence de motifs impérieux d'intérêt public. Sous cet aspect, on pourrait peut-être comprendre, ne serait-ce qu'à titre tout à fait hypothétique, les raisons de l'État d'origine de la société absorbée de s'opposer à la réalisation de la fusion au nom de motifs impérieux d'intérêt public²². Cet État voit en effet s'éteindre, à la suite de son absorption par une société d'un autre État membre, une société qui appartenait à son propre ordre juridique et sur laquelle il ne pourra donc plus exercer un contrôle direct.

61. Une opposition de la part de l'État à qui appartient la société absorbante apparaît en revanche plus difficile à justifier, puisque la fusion n'influence pas le lien de cette société avec l'ordre juridique de cet État. En l'espèce, en fait, SEVIC maintiendrait son siège en Allemagne également après la fusion projetée et le droit allemand continuerait à s'appliquer à l'ensemble des activités de cette société.

62. Mais, même si l'on voulait donner une quelconque importance à ces considérations, il reste de toute façon douteux que les problèmes allégués de compatibilité et de coordination entre les ordres juridiques différents puissent mériter la qualification

21 — Voir, parmi tant d'autres, arrêts du 27 octobre 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999, point 35), et du 26 novembre 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, Rec. p. I-10981, point 39).

22 — En l'espèce, il résulte du dossier que le Grand-Duché de Luxembourg n'a soulevé aucune objection et a procédé à la radiation de l'enregistrement de SVC dans le registre national des entreprises.

de motifs impérieux d'intérêt public. Cela est spécialement vrai si l'on considère que, selon nos informations, les fusions internationales sont admises dans plusieurs ordres juridiques nationaux sans que cela crée des difficultés insurmontables, contrairement à ce que semblent soutenir les deux gouvernements intervenants²³.

63. En toute hypothèse, même si l'on voulait admettre l'argument de ces gouvernements sur ce point (quod non), il resterait de toute façon à vérifier si, dans le cas en examen, les autres conditions indiquées ci-dessus, à savoir la nécessité et la proportionnalité de la mesure en cause, sont réalisées.

64. Comme nous l'avons vu, toutefois, cette mesure énonce une interdiction absolue et automatique, et donc applicable de manière générale et préventive à tous les cas de fusion transfrontalière, indépendamment de la vérification des préjudices éventuels ou des risques qui y sont liés.

65. Dans cette mesure, il nous paraît absolument évident, spécialement à la lumière de

la jurisprudence de la Cour²⁴, que cette mesure va bien au-delà de l'objectif de résoudre les éventuelles difficultés décrites, et qu'il convient donc de la considérer comme non proportionnée à la poursuite de cet objectif. En effet, celui-ci pourrait être atteint par des mesures moins restrictives, telles que la possibilité de refuser l'enregistrement au cas par cas, et seulement en présence de difficultés manifestes et prouvées de coordination entre les ordres juridiques concernés, susceptibles de provoquer des risques sérieux pour la sécurité juridique ou pour la protection des intérêts des travailleurs, créanciers ou actionnaires mineurs des sociétés intéressées.

66. Il est certain, nous le répétons, qu'une mesure qui vise une interdiction aussi absolue et automatique ne saurait être considérée comme proportionnée.

67. Enfin, il n'est pas non plus possible d'invoquer à titre de justification de cette mesure la circonstance, pourtant évoquée par les gouvernements intervenants, que la directive communautaire sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux n'a pas encore été adoptée. D'après ces gouvernements,

23 — Il s'avère que la conclusion de telles opérations est admise, par exemple, en droit espagnol, portugais, italien, français et belge, même si cela intervient selon des modalités différentes.

24 — Sur le caractère disproportionné des interdictions absolues et générales, voir, par exemple, arrêts du 30 avril 1986, Commission/France (96/85, Rec. p. 1475, point 14); du 16 juin 1992, Commission/Luxembourg (C-351/90, Rec. p. I-3945, point 19); du 26 septembre 2000, Commission/Belgique (C-478/98, Rec. p. I-7587, point 45), et du 4 mars 2004, Commission/France (C-334/02, Rec. p. I-2229, points 28 et 34).

nements en effet, il ne serait pas possible de procéder à de telles opérations en l'absence d'harmonisation communautaire.

68. Il est connu en effet, et également confirmé par une jurisprudence constante de la Cour, que l'exercice de la liberté d'établissement ne saurait être conditionné par l'adoption de directives d'harmonisation²⁵. Ces directives ne sont effectivement pas constitutives des droits garantis dans le traité, mais visent uniquement à en faciliter l'exercice. C'est ce que confirme d'ailleurs, en ce qui concerne plus spécifiquement le cas qui nous occupe, le premier considérant de la proposition de directive précitée, aux termes duquel cette directive vise à «*faciliter la réalisation de fusions transfrontalières*»²⁶. La thèse de la nécessité d'une harmonisation communautaire préalable est donc démentie par les textes.

69. Il nous semble, en définitive, que les conditions que nous avons indiquées ci-dessus comme essentielles pour justifier une mesure nationale incompatible avec le traité ne sont pas réunies en l'espèce.

25 — Voir, surtout, arrêts du 28 avril 1977, *Thieffry* (71/76, Rec. p. 765, points 17 et 27); *Kraus*, précité, point 30, et *Überseering*, précité, point 55.

26 — Italiques ajoutées par nos soins.

70. Nous en déduisons donc que les règles nationales en cause ne sont justifiées, ni sur la base de l'article 46 CE ni sur la base des exigences impérieuses invoquées par les gouvernements intervenants. Il convient donc de considérer ces règles comme contraires aux articles 43 CE et 48 CE.

D — *La libre circulation des capitaux*

71. Nous relevons enfin que, au cours de l'audience, la Commission a fait observer que la mesure en question pourrait être analysée également comme une restriction à la libre circulation des capitaux, interdite en principe à l'article 56 CE. En effet, le refus d'enregistrement des fusions transfrontalières ferait obstacle aux mouvements de capitaux inhérents à de telles opérations.

72. Pour notre part, nous devons avant tout faire observer que le juge de renvoi n'a pas demandé à la Cour de se prononcer à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 56 CE.

Malgré cela, on peut se demander ici si une réponse sur ce point ne pourrait pas être nécessaire de toute façon. En effet, comme l'a précisé la jurisprudence communautaire, «en vue de fournir à la juridiction qui lui a

adressé une question préjudicielle une réponse utile, la Cour peut être amenée à prendre en considération des normes de droit communautaire auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans l'énoncé de sa question»²⁷.

73. En l'espèce, par ailleurs, il ne nous semble pas en principe que l'interprétation de l'article 56 CE soit réellement nécessaire pour la solution du litige au principal. En effet, en ayant déjà conclu que la mesure en cause constitue une restriction non justifiée à l'article 43 CE, une vérification de sa compatibilité sous l'aspect de l'article 56 CE serait à la rigueur superflue. Il est notoire, en fait, que, après avoir déjà constaté une restriction à la liberté d'établissement, la Cour ne juge pas en principe nécessaire d'examiner si une disposition déterminée est contraire également aux règles du traité en matière de libre circulation des capitaux²⁸.

74. Par ailleurs, dans le cas d'espèce, cette vérification supplémentaire pourrait être nécessaire si la Cour accueillait la solution proposée par les gouvernements interve-

nants et niait l'existence en l'espèce d'une violation des dispositions sur la liberté d'établissement.

75. Si tel était le cas, toutefois, et si l'on procédait donc à l'appréciation des questions sous l'aspect de la liberté de circulation des capitaux, nos conclusions seraient que, comme le soutient la Commission, la mesure nationale controversée constitue une restriction illégale à cette liberté.

76. Nous observons en premier lieu que, étant «indissolublement liée[s] à un mouvement de capitaux»²⁹, les opérations de fusion entrent clairement dans le champ d'application de l'article 56 CE. En effet, conformément au point 1, «Investissements directs» de la nomenclature³⁰ contenue à l'annexe I de la directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité³¹, ces investissements comprennent l'«acquisition intégrale d'entreprises existantes» (point 1) et la «participation à des entreprises nouvel-

27 — Arrêts du 20 mars 1986, Tissier (35/85, Rec. p. 1207, point 9); du 27 mars 1990, Bagli Pennacchiotti (C-315/88, Rec. p. I-1323, point 10), et du 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121, point 39).

28 — Voir, par exemple, arrêts du 28 avril 1998, Safir (C-118/96, Rec. p. I-1897, point 35); X et Y (C-200/98, Rec. p. I-8261, point 30); du 13 avril 2000, Baars (C-251/98, Rec. p. I-2787, point 42); du 8 mars 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 et C-410/98, Rec. p. I-1727, point 75), et du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, Rec. p. I-10829, point 66).

29 — Arrêt du 16 mars 1999, Trummer et Mayer (C-222/97, Rec. p. I-1661, point 24).

30 — Nomenclature à laquelle la jurisprudence communautaire s'est constamment référée pour définir la notion de mouvements de capitaux. Voir, récemment, arrêts Trummer et Mayer, précité, point 21, et du 6 juin 2000, Verkooijen (C-35/98, Rec. p. I-4071, point 27).

31 — JO L 178, p. 5.

les ou existantes en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables» (point 2). Il est donc clair que les opérations de fusion constituent des «mouvements de capitaux».

pour le moins un effet dissuasif sur les mouvements de capitaux, en interdisant l'utilisation d'un instrument privilégié pour procéder à des opérations d'acquisition ou de création de sociétés se trouvant à l'étranger.

77. En deuxième lieu, en ce qui concerne la nature restrictive de la mesure en cause, il nous semble qu'on peut facilement transposer ici, mutatis mutandis, les considérations développées à propos de la liberté d'établissement (points 37 à 43 ci-dessus). En effet, la réglementation en cause produit

78. Enfin, et pour les mêmes raisons que celles indiquées en leur temps (points 48 à 59 ci-dessus), nous estimons que les conditions qui, selon la jurisprudence, peuvent justifier une dérogation à l'exercice d'une liberté fondamentale garantie dans le traité ne sont pas réunies en l'espèce.

V — Conclusion

79. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre à la question qui lui a été déférée par le Landgericht Koblenz dans le sens suivant:

«Les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à des règles d'un État membre telles que la loi nationale sur la transformation des sociétés (Umwandlungsgesetz), qui interdisent l'inscription dans le registre national des entreprises de fusions entre des sociétés ayant leur siège dans cet État et des sociétés d'autres États membres.»