

ÜBERSEERING

ARRÊT DE LA COUR

5 novembre 2002 \*

Dans l'affaire C-208/00,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par le Bundesgerichtshof (Allemagne) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Überseering BV

et

Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC),

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation des articles 43 CE et 48 CE,

\* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR,

composée de M. G. C. Rodríguez Iglesias, président, MM. J.-P. Puissechet, M. Wathelet (rapporteur) et R. Schintgen, présidents de chambre, MM. C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann et V. Skouris, M<sup>mes</sup> F. Macken et N. Colneric, MM. S. von Bahr et J. N. Cunha Rodrigues, juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,  
greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

- pour Überseering BV, par M<sup>e</sup> W. H. Wagenführ, Rechtsanwalt,
  
- pour Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), par M<sup>e</sup> F. Kösters, Rechtsanwalt,
  
- pour le gouvernement allemand, par M. A. Dittrich et M<sup>me</sup> B. Muttelsee-Schön, en qualité d'agents,
  
- pour le gouvernement espagnol, par M<sup>me</sup> M. López-Monís Gallego, en qualité d'agent,
  
- pour le gouvernement italien, par M. U. Leanza, en qualité d'agent, assisté de M<sup>me</sup> F. Quadri, avvocato dello Stato,

- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M<sup>me</sup> R. Magrill, en qualité d'agent, assistée de M<sup>me</sup> J. Stratford, barrister,
  
- pour la Commission des Communautés européennes, par M<sup>mes</sup> M. Patakia et C. Schmidt, en qualité d'agents,
  
- pour l'Autorité de surveillance AELE, par MM. P. Dyrberg et J. F. Jónsson ainsi que par M<sup>me</sup> E. Wright, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales d'Überseering BV, représentée par M<sup>c</sup> W. H. Wagenführ, de Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), représentée par M<sup>c</sup> F. Kösters, du gouvernement allemand, représenté par M. A. Dittrich, du gouvernement espagnol, représenté par M<sup>me</sup> N. Díaz Abad, en qualité d'agent, du gouvernement néerlandais, représenté par M<sup>me</sup> H. G. Sevenster, en qualité d'agent, du gouvernement du Royaume-Uni, représenté par M<sup>me</sup> R. Magrill, assistée de M<sup>me</sup> J. Stratford, de la Commission, représentée par M<sup>me</sup> C. Schmidt, et de l'Autorité de surveillance AELE, représentée par M. P. Dyrberg, à l'audience du 16 octobre 2001,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 4 décembre 2001,

rend le présent

### Arrêt

- 1 Par ordonnance du 30 mars 2000, parvenue au greffe de la Cour le 25 mai suivant, le Bundesgerichtshof a posé, en application de l'article 234 CE, deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 43 CE et 48 CE.
  
- 2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Überseering BV (ci-après «Überseering»), société de droit néerlandais, immatriculée le 22 août 1990 au registre du commerce d'Amsterdam et Haarlem, à Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (ci-après «NCC»), société établie en Allemagne, à propos de la réparation de vices dans l'exécution en Allemagne de travaux confiés par Überseering à NCC.

### Le droit national

- 3 La Zivilprozessordnung (code de procédure civile allemand) prévoit que le recours d'une partie qui ne possède pas la capacité d'ester en justice doit être rejeté comme irrecevable. Conformément à son article 50, paragraphe 1, jouit de la capacité d'ester en justice toute personne, y compris les sociétés, qui a la capacité juridique, définie comme la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations.

- 4 Selon la jurisprudence constante du Bundesgerichtshof, approuvée par la doctrine allemande dominante, la capacité juridique d'une société s'apprécie conformément au droit applicable à l'endroit où est établi son siège effectif («Sitztheorie» ou théorie du siège), par opposition à la «Gründungstheorie» ou théorie de la constitution, selon laquelle la capacité juridique est déterminée conformément au droit de l'État dans lequel la société a été constituée. Cette règle s'applique également lorsqu'une société a été légalement constituée dans un autre État et que son siège effectif est ensuite transféré en Allemagne.
  
- 5 Dans la mesure où la capacité juridique d'une telle société s'apprécie au regard du droit allemand, elle ne peut être ni titulaire de droits et d'obligations ni partie à une procédure judiciaire, à moins de se reconstituer en Allemagne de manière à acquérir la capacité juridique au regard du droit allemand.

### Le litige au principal

- 6 En octobre 1990, Überseering a acquis un terrain situé à Düsseldorf (Allemagne), qu'elle a utilisé à des fins professionnelles. Par contrat de maîtrise d'œuvre en date du 27 novembre 1992, Überseering a confié à NCC la rénovation d'un garage et d'un motel construits sur ce terrain. Les prestations ont été exécutées, mais Überseering a fait valoir l'existence de vices dans l'exécution des travaux de peinture.
  
- 7 En décembre 1994, deux ressortissants allemands résidant à Düsseldorf se sont portés acquéreurs de la totalité des parts sociales d'Überseering.

- 8 Après avoir vainement demandé à NCC réparation des vices constatés dans l'exécution des travaux, Überseering a, en 1996, sur le fondement du contrat de maîtrise d'œuvre la liant à NCC, assigné cette dernière devant le Landgericht Düsseldorf aux fins de l'entendre condamner à lui payer la somme de 1 163 657,77 DEM, majorée des intérêts, au titre des coûts de réparation des vices allégués et des dommages qui en ont découlé.
- 9 Le Landgericht a rejeté ce recours. L'Oberlandesgericht Düsseldorf a confirmé cette décision de rejet. Selon les constatations de ce dernier, Überseering a transféré son siège effectif à Düsseldorf à la suite de l'acquisition de ses parts par deux ressortissants allemands. L'Oberlandesgericht a considéré que, en qualité de société de droit néerlandais, Überseering n'avait pas la capacité juridique en Allemagne et, par conséquent, ne pouvait pas y ester en justice.
- 10 Dès lors, l'Oberlandesgericht a jugé le recours d'Überseering irrecevable.
- 11 Überseering s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de l'Oberlandesgericht devant le Bundesgerichtshof.
- 12 Il ressort, par ailleurs, des observations d'Überseering que, parallèlement à la procédure actuellement pendante devant le Bundesgerichtshof, Überseering a été, en application d'autres règles de droit allemand non précisées, atraite en justice devant une juridiction allemande en qualité de défenderesse. Elle aurait ainsi été condamnée par le Landgericht Düsseldorf à régler des honoraires d'architectes, vraisemblablement en raison de son inscription, le 11 septembre 1991, au registre foncier de Düsseldorf, comme propriétaire du terrain sur lequel sont bâtis le garage et le motel rénovés par NCC.

## Les questions préjudicielles

- 13 Bien qu'il constate que sa jurisprudence exposée aux points 4 et 5 du présent arrêt est contestée à divers égards par une partie de la doctrine allemande, le Bundesgerichtshof juge préférable, en l'état actuel du droit communautaire et du droit des sociétés dans l'Union européenne, de continuer à l'appliquer pour diverses raisons.
- 14 D'abord, il conviendrait d'écarter toute solution consistant, par la prise en compte de différents éléments de rattachement, à apprécier la situation juridique d'une société au regard de plusieurs ordres juridiques. Selon le Bundesgerichtshof, une telle solution aboutirait à une insécurité juridique, car les domaines de réglementation qui devraient être soumis à différents ordres juridiques ne pourraient être clairement distingués les uns des autres.
- 15 Ensuite, l'élément de rattachement que représente le lieu de constitution avantagerait les fondateurs de la société qui pourraient, en même temps que ledit lieu, choisir l'ordre juridique qui leur convient le mieux. Ce serait là la faiblesse essentielle de la théorie de la constitution, qui méconnaîtrait le fait que la constitution et l'exploitation d'une société affectent également les intérêts de tiers et ceux de l'État où se trouve le siège effectif si ce dernier est situé dans un État autre que celui dans lequel la société a été constituée.
- 16 Enfin, l'élément de rattachement constitué par le lieu du siège effectif permettrait, en revanche, d'éviter que, par le biais d'une constitution de société à l'étranger, ne soient contournées les dispositions du droit des sociétés de l'État où se trouve le

siège effectif visant à protéger certains intérêts primordiaux. En l'occurrence, les intérêts que le droit allemand vise à préserver seraient notamment ceux des créanciers de la société: la législation relative aux «Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)» (sociétés à responsabilité limitée de droit allemand) assurerait cette protection par des règles détaillées sur la libération et la conservation du capital social. Devraient également être protégés les sociétés dépendantes et leurs associés minoritaires en cas de liens interentreprises, cette protection étant assurée, en Allemagne, par des règles telles que celles du droit des groupes et, en cas d'accords de contrôle et de contrats de cession de bénéficiaires, celles relatives à l'indemnisation et à la compensation financière des associés désavantagés par ces accords et contrats. Enfin, les règles sur la cogestion garantiraient la protection des travailleurs employés par la société. Le Bundesgerichtshof souligne que des dispositions équivalentes n'existent pas dans tous les États membres.

- 17 Le Bundesgerichtshof se demande toutefois si, dans le cas d'un transfert transfrontalier du siège effectif, la liberté d'établissement garantie par les articles 43 CE et 48 CE ne fait pas obstacle au rattachement de la situation juridique de la société au droit de l'État membre où se trouve son siège effectif. La réponse à cette question ne peut, selon lui, être clairement déduite de la jurisprudence de la Cour.
- 18 Il relève, à cet égard, que, dans son arrêt du 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, Rec. p. 5483), la Cour, après avoir indiqué que les sociétés pouvaient faire usage de leur liberté d'établissement en constituant des agences, succursales ou filiales ou en transférant l'intégralité de leur capital à une société nouvelle dans un autre État membre, a constaté que, à la différence des personnes physiques, les sociétés n'ont aucune réalité au-delà de l'ordre juridique national qui régit leur constitution et leur existence. Il ressortirait également du même arrêt que le traité CE a accepté la disparité des règles nationales de conflit de lois et réservé la solution des problèmes qui y sont liés à des travaux législatifs futurs.



- 19 Dans l'arrêt du 9 mars 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), la Cour aurait censuré le refus d'une autorité danoise d'inscrire au registre du commerce la succursale d'une société légalement constituée au Royaume-Uni. Le Bundesgerichtshof relève toutefois que cette société n'avait pas transféré son siège puisque, depuis sa création, son siège statutaire se trouvait au Royaume-Uni et son siège effectif au Danemark.
- 20 Le Bundesgerichtshof se demande, au vu de l'arrêt Centros, précité, si les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement s'opposent, dans une situation telle que celle en cause au principal, à l'application des règles de conflit des lois en vigueur dans l'État membre où se trouve le siège effectif d'une société légalement constituée dans un autre État membre, lorsque ces règles ont pour conséquence la non-reconnaissance de la capacité juridique de cette société et, partant, de sa capacité d'ester en justice dans ledit État membre pour y faire valoir les droits nés d'un contrat.
- 21 Dans ces circonstances, le Bundesgerichtshof a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:
- «1) Les articles 43 CE 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 du contrat?

2) En cas de réponse positive:

La liberté d'établissement des sociétés (articles 43 CE et 48 CE) impose-t-elle d'apprécier la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société au regard du droit de l'État où elle a été constituée?»

**Sur la première question préjudicielle**

- 22 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à ce que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre État membre, avoir transféré son siège effectif dans cet État, ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales pour faire valoir les droits tirés d'un contrat conclu avec une société établie dans ledit État.

*Observations soumises à la Cour*

- 23 Pour NCC ainsi que pour les gouvernements allemand, espagnol et italien, les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement ne s'opposent pas 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 des règles de droit d'un autre État membre dans lequel cette société est réputée avoir transféré son siège effectif et, le cas échéant, à ce que ladite société ne puisse faire valoir en justice dans cet autre État les droits tirés d'un contrat passé avec une société établie dans ledit État.

- 24 Ils fondent leur analyse, d'une part, sur les dispositions de l'article 293, troisième tiret, CE, lequel dispose:

«Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants:

[...]

— 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 [...]

- 25 Selon NCC, l'article 293 CE repose sur la reconnaissance par tous les États membres du fait qu'une société constituée dans un État membre ne conserve pas automatiquement sa personnalité juridique en cas de transfert de son siège dans un autre État membre et que la conclusion par les États membres d'un accord spécifique en ce sens — non encore adopté à ce jour — est nécessaire. NCC en déduit que la perte de la personnalité juridique d'une société en cas de transfert de son siège effectif dans un autre État membre est compatible avec les dispositions communautaires relatives à la liberté d'établissement. Le refus par un État membre de reconnaître la personnalité juridique étrangère d'une société, constituée dans un autre État membre, qui a transféré son siège effectif sur son territoire ne constituerait pas une restriction à la liberté d'établissement dans la mesure où cette société a la possibilité de se reconstituer en vertu du droit de cet État. Les seuls droits protégés par la liberté d'établissement seraient celui de se reconstituer dans cet État ainsi que celui d'y implanter des établissements.

- 26 Selon le gouvernement allemand, les auteurs du traité y ont intégré les articles 43 CE et 48 CE en toute connaissance des différences importantes existant entre les droits des sociétés des États membres et avec l'intention de laisser subsister la compétence nationale et l'autorité du droit national tant qu'il n'aura été procédé à aucun rapprochement des législations. Même s'il existe de nombreuses directives d'harmonisation dans le domaine du droit des sociétés, adoptées sur le fondement de l'article 44 CE, il n'existerait actuellement aucune directive de ce type sur le transfert de siège et aucun accord multilatéral n'aurait été adopté en la matière en vertu de l'article 293 CE. Par conséquent, en l'état actuel du droit communautaire, l'application en Allemagne de la théorie du siège réel ou effectif et ses implications quant à la reconnaissance de la capacité juridique et de la capacité d'ester en justice des sociétés seraient compatibles avec le droit communautaire.
- 27 De la même manière, pour le gouvernement italien, le fait que l'article 293 CE prévoit la conclusion de conventions par les États membres en vue, notamment, de garantir qu'une société conserve sa personnalité juridique en cas de transfert du siège d'un État membre à l'autre démontrerait que la question du maintien de la personnalité juridique à la suite du transfert du siège d'une société n'est pas résolue par les dispositions du droit communautaire relatives à la liberté d'établissement.
- 28 Le gouvernement espagnol, quant à lui, souligne que la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales, signée à Bruxelles le 29 février 1968, n'est jamais entrée en vigueur. Dès lors, en l'absence de convention conclue entre les États membres sur le fondement de l'article 293 CE, il n'existerait aucune harmonisation au niveau communautaire permettant de trancher la question du maintien de la personnalité juridique d'une société en cas de transfert du siège. Rien ne figurerait à cet égard dans les articles 43 CE et 48 CE.

- 29 NCC ainsi que les gouvernements allemand, espagnol et italien soutiennent, d'autre part, que leur analyse est confortée par l'arrêt Daily Mail and General Trust, précité, en particulier ses points 23 et 24, ainsi libellés:

«[...] le traité considère la disparité des législations nationales concernant le lien de rattachement exigé pour leurs sociétés 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, lesquels, toutefois, n'ont pas encore abouti.

Dans ces conditions, on ne saurait interpréter les articles 52 [du traité CEE (devenu, après modification, article 43 CE)] et 58 du traité [CEE (devenu article 48 CE)] comme conférant aux sociétés de droit national un droit de transférer leur siège de direction et leur administration centrale dans un autre État membre tout en gardant leur qualité de sociétés de l'État membre selon la législation duquel elles ont été constituées.»

- 30 Le gouvernement allemand estime que, même s'il est constant que l'arrêt Daily Mail and General Trust, précité, a trait aux relations entre une société et l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée, dans le cas du transfert du siège effectif de cette société dans un autre État membre, le raisonnement suivi par la Cour dans cet arrêt est transposable à la question des relations entre une société légalement constituée dans un État membre et un autre État membre (l'État d'accueil, par opposition à l'État de constitution de la société), dans lequel elle transfère son siège effectif. Sur cette base, il soutient que, lorsqu'une société légalement constituée dans un premier État membre a fait usage de son droit d'établissement dans un autre État membre du fait de la cession de toutes ses parts sociales à des ressortissants de cet État dans lequel ils résident, la question de savoir si, dans l'État membre d'accueil, le droit applicable en vertu des règles de

conflit des lois laisse ou non subsister ladite société ne relève pas des dispositions relatives à la liberté d'établissement.

- 31 Le gouvernement italien estime également qu'il ressort de l'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, que les critères destinés à établir l'identité des sociétés ne relèvent pas de l'exercice du droit d'établissement, réglementé par les articles 43 CE et 48 CE, mais de la compétence des ordres juridiques nationaux. Par conséquent, les règles relatives à la liberté d'établissement ne sauraient être invoquées pour harmoniser les critères de rattachement dont la détermination relève, en l'état actuel du droit communautaire, uniquement des ordres juridiques des États membres. Dans la mesure où les sociétés peuvent présenter des éléments de rattachement avec plusieurs États, il importerait que chaque ordre juridique national détermine dans quelles conditions il y a lieu de soumettre les sociétés aux règles qui sont les siennes.
- 32 Pour le gouvernement espagnol, il n'est pas incompatible avec l'article 48 CE d'exiger qu'une société constituée conformément au droit d'un État membre y dispose de son siège effectif pour pouvoir être considérée, dans un autre État membre, comme une société éventuellement bénéficiaire de la liberté d'établissement.
- 33 Le gouvernement espagnol rappelle, à cet égard, que l'article 48, premier alinéa, CE énonce deux conditions pour que les sociétés définies au second alinéa du même article puissent bénéficier du droit d'établissement, à égalité de conditions avec les ressortissants des autres États membres: d'une part, être constituées conformément à la législation d'un État membre; d'autre part, avoir leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté. Il soutient que la seconde condition a été modifiée par le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, adopté à Bruxelles le 18 décembre 1961 (JO 1962, 2, p. 36, ci-après le «programme général»).

34 Le programme général dispose, dans son titre I, intitulé «Bénéficiaires»:

«La suppression des restrictions à la liberté d'établissement [...] sera réalisée [...] au bénéfice:

[...]

— des 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 ou dans un pays ou territoire d'outre-mer,

pour leur installation en vue d'exercer une activité non salariée sur le territoire d'un État membre;

[...]

— des sociétés ci-dessus à condition que, dans le cas où elles n'ont que leur siège statutaire à l'intérieur de la Communauté ou dans un pays ou territoire d'outre-mer, leur activité présente un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre ou d'un pays ou territoire d'outre-mer, étant exclu que ce lien puisse dépendre de la nationalité [...]

pour la création d'agences, de succursales ou de filiales sur le territoire d'un État membre.»

- 35 Le gouvernement espagnol estime que, même si le programme général ne prévoit l'application du critère du lien effectif et continu qu'aux fins de l'exercice de la liberté de créer un établissement secondaire, un tel critère devrait également s'appliquer lorsqu'il s'agit de l'établissement principal, afin que les conditions de rattachement exigées pour bénéficier du droit d'établissement soient homogènes.
- 36 Pour *Überseering*, les gouvernements néerlandais et du Royaume-Uni, ainsi que pour la Commission et l'Autorité de surveillance AELE, les articles 43 CE et 48 CE, lus ensemble, s'opposent à ce que, lorsqu'une société légalement constituée en vertu du droit d'un premier État membre est réputée, selon le droit d'un second État membre, avoir transféré son siège effectif dans ce dernier État, les règles de conflit des lois applicables dans ce dernier État prévoient que la capacité juridique et la capacité d'ester en justice de cette société sont appréciées au regard du droit dudit État. Tel serait le cas lorsque, en vertu du droit du second État membre, est déniée à ladite société toute possibilité de faire valoir en justice les droits qu'elle tire d'un contrat passé avec une société établie dans cet État. Leurs arguments à cet égard sont les suivants.
- 37 En premier lieu, la Commission fait valoir que, aux termes de l'article 293 CE, l'engagement de négociations visant à remédier à la disparité des législations nationales en matière de reconnaissance des sociétés étrangères n'est prévu par cet article qu'«en tant que de besoin». Selon elle, si une jurisprudence pertinente avait existé en 1968, le recours à l'article 293 CE n'aurait pas été nécessaire. Cela expliquerait l'importance déterminante que revêt aujourd'hui la jurisprudence pertinente de la Cour pour définir le contenu et la portée de la liberté d'établissement des sociétés consacrée par les articles 43 CE et 48 CE.



38 En deuxième lieu, *Überseering*, le gouvernement du Royaume-Uni, la Commission et l'Autorité de surveillance AELE concluent à l'absence de pertinence, dans la présente affaire, de l'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité.

39 Ils font valoir que, ainsi qu'il ressort des faits en cause dans cet arrêt, il s'agissait d'examiner quelles étaient les conséquences juridiques, dans l'État membre de constitution d'une société, du transfert du siège effectif de cette société dans un autre État membre, en sorte que ledit arrêt ne pourrait servir de base pour examiner les conséquences juridiques, dans l'État membre d'accueil, d'un tel transfert.

40 L'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, ne s'appliquerait qu'à la relation entre l'État membre de constitution et la société qui souhaite quitter cet État tout en conservant la personnalité juridique qui lui a été conférée par la législation dudit État. Les sociétés étant des créations du droit national, elles devraient continuer à respecter les exigences prévues par la législation de leur État de constitution. L'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, consacrerait par conséquent le droit, pour l'État membre de constitution d'une société, de fixer les règles en matière de constitution et d'existence juridique des sociétés, en conformité avec les règles de son droit international privé. Il ne trancherait pas, en revanche, la question de savoir si une société créée en vertu du droit d'un État membre devrait être reconnue par un autre État membre.

41 En troisième lieu, selon *Überseering*, le gouvernement du Royaume-Uni, la Commission et l'Autorité de surveillance AELE, pour répondre à la question posée dans la présente affaire, il convient de se reporter non pas à la jurisprudence *Daily Mail and General Trust*, précitée, mais à l'arrêt *Centros*, précité, le litige au principal dans ledit arrêt ayant trait, comme dans la présente affaire, au traitement appliqué, dans l'État membre d'accueil, à une société constituée selon le droit d'un autre État membre et exerçant son droit d'établissement.

42 Ils rappellent que l'affaire Centros, précitée, concernait l'établissement à titre secondaire au Danemark, État membre d'accueil, d'une société, Centros Ltd, constituée légalement au Royaume-Uni, sur le territoire duquel elle avait son siège statutaire sans y exercer d'activité économique. Centros Ltd était désireuse de créer au Danemark une succursale afin d'exercer dans cet État l'essentiel de ses activités économiques. Les autorités danoises ne mettaient pas en cause l'existence même de cette société de droit anglais, mais lui déniaient le droit d'exercer au Danemark sa liberté d'établissement en y créant une succursale, car il était constant que cette forme d'établissement secondaire visait à éviter l'application des règles danoises de constitution des sociétés, notamment celles tenant à la libération d'un capital minimal.

43 Dans l'arrêt Centros, précité, la Cour aurait jugé qu'un État membre (État d'accueil) doit accepter qu'une société légalement constituée dans un autre État membre, dans lequel elle a son siège statutaire, fasse enregistrer sur son territoire un autre établissement (en l'occurrence, une succursale) à partir duquel elle puisse développer l'ensemble de son activité. À ce titre, l'État membre d'accueil ne saurait opposer à une société valablement constituée dans un autre État membre son propre droit matériel des sociétés, notamment les règles relatives au capital social. La Commission estime qu'il doit en être de même lorsque l'État membre d'accueil invoque son droit international privé régissant les sociétés.

44 Pour le gouvernement néerlandais, les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement ne s'opposent pas à l'application de la théorie du siège effectif en tant que telle. En revanche, les conséquences attachées par le droit allemand à ce qu'il considère comme constitutif d'un déplacement en Allemagne du siège d'une société qui a, par ailleurs, la personnalité juridique au titre de sa constitution dans un autre État membre constituent une limitation de la liberté d'établissement lorsqu'elles aboutissent à ne pas reconnaître à ladite société la personnalité juridique.

45 Le gouvernement néerlandais observe que, dans le traité, les trois éléments de rattachement que sont le siège statutaire, le siège effectif (administration centrale)

et le principal établissement sont mis sur un pied d'égalité. Il ne serait nulle part indiqué dans le traité que, pour pouvoir invoquer la liberté d'établissement, il faut que le siège statutaire et l'administration centrale se trouvent dans un seul et même État membre. Le gouvernement néerlandais estime par conséquent que le droit d'établissement appartient également à une société dont le siège effectif ne se trouve plus dans l'État de constitution de cette société. Il serait donc contraire aux dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement qu'un État membre refuse de reconnaître la capacité juridique d'une société légalement constituée dans un autre État membre qui exerce sa liberté d'établissement secondaire sur son territoire.

- 46 Quant au gouvernement du Royaume-Uni, il soutient que les règles de droit allemand en cause au principal sont contraires aux articles 43 CE et 48 CE dans la mesure où elles ont pour effet d'empêcher une société telle qu'Überseering d'exercer ses activités à travers une agence ou une succursale en Allemagne, si cette agence ou cette succursale est considérée, au regard du droit allemand, comme le siège effectif de la société, car elles impliquent la perte de la capacité juridique, sans laquelle une société ne peut fonctionner.
- 47 L'Autorité de surveillance AELE ajoute que la liberté d'établissement comporte non seulement le droit de s'établir à titre secondaire dans un autre État membre, mais encore le droit, pour une société qui transfère son siège effectif dans un autre État membre, de maintenir son établissement originel dans l'État membre dans lequel elle a été constituée. Les règles de droit allemand dont il est fait application dans le litige au principal auraient pour effet de transformer la liberté d'établissement en une obligation d'établissement pour que soient préservées la capacité juridique de cette société et, partant, sa capacité d'ester en justice. Elles constitueraient donc une restriction à la liberté d'établissement prévue par le traité. Cette conclusion n'impliquerait pas que les États membres ne peuvent établir des liens de rattachement entre une société et leur territoire, mais qu'ils doivent exercer ces pouvoirs en respectant le traité.
- 48 Par ailleurs, les gouvernements néerlandais et du Royaume-Uni ainsi que l'Autorité de surveillance AELE ont insisté sur la circonstance qu'Überseering

n'a pas entendu transférer en Allemagne son siège effectif au sens du droit allemand. Überseering soutient qu'elle n'a pas entendu se dissoudre aux Pays-Bas pour se reconstituer en Allemagne et qu'elle veut continuer à exister comme société à responsabilité limitée de droit néerlandais (BV). Il serait d'ailleurs paradoxal que le droit allemand la considère comme telle lorsqu'il est question de l'attirer en justice pour la condamner à payer des honoraires d'architectes.

- 49 Le gouvernement néerlandais a fait valoir, à l'audience, que, dans une situation telle que celle en cause au principal, le droit néerlandais considère qu'il s'agit de la constitution d'une succursale, donc d'un établissement secondaire. Il serait, selon lui, incorrect d'analyser la présente affaire en se fondant sur la prémisse qu'il y a eu un déplacement du siège effectif d'Überseering en Allemagne en raison d'une simple cession de parts sociales à des ressortissants allemands résidant en Allemagne. En effet, une telle analyse serait propre au droit privé allemand. Aucun élément n'indiquerait la volonté d'Überseering de transférer en Allemagne son siège effectif. Par ailleurs, raisonner comme s'il s'agissait d'un établissement primaire viserait à priver de pertinence l'arrêt Centros, précité, dans lequel était en cause la forme secondaire de l'établissement, résultant de la création d'une succursale, et à tenter de rapprocher la présente affaire de l'affaire Daily Mail and General Trust, précitée.
- 50 Le gouvernement du Royaume-Uni relève qu'Überseering a été constituée légalement aux Pays-Bas, a toujours été inscrite au registre du commerce d'Amsterdam et Haarlem comme société de droit néerlandais et n'a pas tenté de transférer son siège effectif en Allemagne. Simplement, à la suite d'un transfert de propriété, elle aurait, depuis 1994, exercé la plupart de ses activités et tenu certaines réunions en Allemagne. Elle devrait donc être considérée en pratique comme ayant agi en Allemagne à travers une agence ou une succursale. Une telle situation serait tout à fait distincte de celle à l'origine de l'affaire Daily Mail and General Trust, précitée, qui concernait une tentative délibérée de transférer du Royaume-Uni vers un autre État membre le siège social et le contrôle d'une société de droit anglais, tout en conservant le statut de société légalement constituée au Royaume-Uni, mais sans se soumettre aux exigences fiscales liées, au Royaume-Uni, au transfert hors de son territoire de la gestion et du contrôle d'une société.

- 51 Pour l'Autorité de surveillance AELE, le refus de reconnaître à Überseering le droit d'ester en justice en Allemagne en raison du transfert apparemment non souhaité de son siège effectif dans cet État est révélateur de l'insécurité que l'application des différents droits internationaux privés des États membres peut engendrer au niveau des transactions transfrontalières. La qualification de siège effectif d'une société étant largement fondée sur les faits, il est toujours possible que différents systèmes juridiques nationaux, voire même, au sein de chacun d'eux, différents juges, n'aient pas la même appréciation de ce qui constitue un siège effectif. Il serait d'ailleurs de plus en plus difficile de déterminer le siège effectif dans une économie internationale et informatisée, dans laquelle la présence physique des décideurs devient de plus en plus superflue.

### *Appréciation de la Cour*

#### Sur l'applicabilité des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement

- 52 À titre liminaire et contrairement à ce qu'ont soutenu tant NCC que les gouvernements allemand, espagnol et italien, il y a lieu de préciser que, lorsqu'une société, légalement constituée dans un premier État membre où elle a son siège statutaire, est réputée, en vertu du droit d'un second État membre, avoir transféré son siège effectif dans cet État à la suite de la cession de toutes ses parts sociales à des ressortissants dudit État qui y résident, les règles que le second État membre applique à cette société n'échappent pas, en l'état actuel du droit communautaire, au champ d'application des dispositions communautaires relatives à la liberté d'établissement.
- 53 À cet égard, il convient, en premier lieu, de rejeter les arguments fondés sur l'article 293 CE qui ont été invoqués par NCC ainsi que par les gouvernements allemand, espagnol et italien.

54 En effet, ainsi que l'a soutenu M. l'avocat général au point 42 de ses conclusions, l'article 293 CE ne constitue pas une réserve de compétence législative entre les mains des États membres. Si cette disposition invite les États membres à engager des négociations afin, notamment, de faciliter la solution des problèmes résultant de la disparité des législations relatives à la reconnaissance mutuelle des sociétés et au maintien de leur personnalité juridique en cas de transfert transfrontalier de leur siège, c'est uniquement «en tant que de besoin», c'est-à-dire dans l'hypothèse où les dispositions du traité ne permettent pas de réaliser les objectifs du traité.

55 Il importe plus particulièrement de souligner que, si les conventions dont l'article 293 CE encourage la conclusion peuvent, à l'instar des directives d'harmonisation prévues à l'article 44 CE, faciliter la réalisation de la liberté d'établissement, l'exercice de cette liberté ne peut toutefois être conditionné par l'adoption de telles conventions.

56 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, comme la Cour a déjà eu l'occasion de le souligner, la liberté d'établissement reconnue par l'article 43 CE aux ressortissants communautaires comporte pour ces derniers le droit d'accéder aux activités non salariées et de les exercer ainsi que celui de gérer et de constituer des entreprises dans les mêmes conditions que celles définies par la législation de l'État membre d'établissement pour ses propres ressortissants. En outre, aux termes mêmes de l'article 48 CE, «[l]es 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 traité relatives au droit d'établissement], aux personnes physiques ressortissantes des États membres».

57 Il s'ensuit directement que ces sociétés ont le droit d'exercer leur activité dans un autre État membre, 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.

58 C'est sur ces prémisses que la Cour a fondé son raisonnement dans l'arrêt Centros, précité (points 19 et 20).

59 Or, l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance desdites sociétés par tout État membre dans lequel elles souhaitent s'établir.

60 Dès lors, il n'est pas nécessaire que les États membres adoptent une convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés pour que celles qui remplissent les conditions énoncées à l'article 48 CE puissent exercer la liberté d'établissement qui leur est reconnue par les articles 43 CE et 48 CE, lesquels sont directement applicables depuis la fin de la période de transition. Partant, aucun argument de nature à justifier une limitation du plein effet de ces articles ne saurait être tiré du fait qu'aucune convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés n'a à ce jour été adoptée sur le fondement de l'article 293 CE.

61 Il importe, en second lieu, d'examiner l'argument tiré de la jurisprudence Daily Mail and General Trust, précitée, qui a été au cœur des débats devant la Cour, dans la mesure où il a été invoqué pour, en quelque sorte, assimiler à la situation à l'origine de l'arrêt Daily Mail and General Trust, précité, la situation dont le droit allemand infère la perte de la capacité juridique et la perte de la capacité d'ester en justice d'une société constituée selon le droit d'un autre État membre.

62 Il faut souligner, à cet égard, que, à la différence de l'arrêt Daily Mail and General Trust, précité, qui concerne les relations entre une société et l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée, dans le cas où la société désire transférer son siège effectif dans un autre État membre en conservant la personnalité juridique dont elle jouit dans son État de constitution, l'affaire au principal a trait à la reconnaissance par un État membre d'une société constituée selon le droit

d'un autre État membre, une telle société se voyant refuser toute capacité juridique dans le premier État membre dès lors qu'il considère qu'elle a transféré son siège effectif sur son territoire, sans qu'il importe à cet égard que la société ait effectivement entendu procéder à un transfert de siège.

- 63 Ainsi que l'ont relevé tant les gouvernements néerlandais et du Royaume-Uni que la Commission et l'Autorité de surveillance AELE, Überseering n'a jamais manifesté la volonté de transférer son siège en Allemagne. Son existence juridique n'a jamais été remise en cause selon le droit de son État de constitution par la cession de la totalité de ses parts sociales entre les mains de résidents allemands. Elle n'a notamment pas fait l'objet de mesures de dissolution en application du droit néerlandais, au regard duquel elle n'a pas cessé d'être valablement constituée.
- 64 Au demeurant, même en analysant le litige au principal comme s'il concernait un transfert transfrontalier de siège effectif, l'interprétation de l'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, qu'ont proposée NCC ainsi que les gouvernements allemand, espagnol et italien est erronée.
- 65 Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, *Daily Mail and General Trust plc*, société constituée conformément à la législation du Royaume-Uni et y ayant à la fois son siège statuaire et son siège effectif, souhaitait transférer ce dernier dans un autre État membre sans perdre sa personnalité juridique ou sa qualité de société de droit anglais, ce qui nécessitait une autorisation des autorités britanniques compétentes, qui la lui refusaient. Elle a alors assigné lesdites autorités devant la High Court of Justice, Queen's Bench Division (Royaume-Uni), aux fins de voir juger que les articles 52 et 58 du traité CEE lui conféraient le droit de transférer son siège effectif dans un autre État membre sans autorisation préalable et sans perte de sa personnalité juridique.



- 66 Ainsi, à la différence du litige au principal, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, ne concernait pas le traitement appliqué par un État membre à une société, légalement constituée dans un autre État membre, qui exerce sa liberté d'établissement dans le premier État membre.
- 67 Interrogée par la High Court of Justice sur la question de savoir si les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement confèrent à une société le droit de transférer son siège de direction dans un autre État membre, la Cour a rappelé, au point 19 de l'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, qu'une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement.
- 68 Au point 20 du même arrêt, la Cour a souligné les divergences entre législations nationales en ce qui concerne tant le lien de rattachement au territoire national exigé en vue de la constitution d'une société que la possibilité, pour une société constituée conformément à une telle législation, de modifier ultérieurement ce lien de rattachement.
- 69 La Cour a conclu, au point 23 dudit arrêt, que le traité considère ces divergences comme des problèmes non résolus par les règles du traité relatives à la liberté d'établissement, mais devant l'être par des travaux législatifs ou conventionnels, dont la Cour a constaté qu'ils n'avaient pas encore abouti.
- 70 Ce faisant, la Cour s'est bornée à constater que la possibilité, pour une société constituée conformément à la législation d'un État membre, de transférer son siège, statutaire ou effectif, dans un autre État membre sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'État membre de constitution et, le cas échéant, les modalités de ce transfert étaient déterminées par la

législation nationale conformément à laquelle ladite société avait été constituée. Elle en a conclu qu'un État membre avait la possibilité d'imposer à une société constituée en vertu de son ordre juridique des restrictions au déplacement de son siège effectif hors de son territoire afin qu'elle pût conserver la personnalité juridique dont elle bénéficiait en vertu du droit de ce même État.

- 71 La Cour ne s'est en revanche nullement prononcée sur la question de savoir si, lorsque, comme dans le litige au principal, une société constituée conformément à la législation d'un État membre est réputée, en application du droit d'un autre État membre, avoir transféré son siège effectif dans ce dernier État, celui-ci est en droit de refuser de reconnaître la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de son État de constitution.
- 72 Ainsi, nonobstant la généralité des termes employés au point 23 de l'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, la Cour n'a pas entendu reconnaître aux États membres la faculté de subordonner au respect de leur droit national des sociétés l'exercice effectif, sur leur territoire, de la liberté d'établissement par des sociétés, légalement constituées dans d'autres États membres, dont ils considèrent qu'elles ont transféré leur siège sur ledit territoire.
- 73 Il ne saurait par conséquent être déduit de l'arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre et y jouissant de la personnalité juridique exerce sa liberté d'établissement dans un autre État membre, la question de la reconnaissance de sa capacité juridique et de sa capacité d'ester en justice dans l'État membre d'établissement ne relève pas des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement, quand bien même cette société serait réputée, en application du droit de l'État membre d'établissement, avoir transféré son siège effectif dans cet État.

- 74 En troisième lieu, il convient de rejeter l'argument, avancé par le gouvernement espagnol, selon lequel, dans une situation telle que celle en cause au principal, le programme général subordonnerait, dans son titre I, le bénéfice de la liberté d'établissement garantie par le traité à l'existence d'un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre.
- 75 En effet, il résulte du libellé même du programme général que celui-ci n'exige un lien effectif et continu que dans l'hypothèse où la société n'a que son siège statutaire à l'intérieur de la Communauté. Ceci n'est incontestablement pas le cas d'Überseering, qui a à la fois son siège statutaire et son siège effectif à l'intérieur de la Communauté. Pour ce cas de figure, la Cour a constaté, au point 19 de l'arrêt Centros, précité, que l'article 58 du traité assimile aux personnes physiques, ressortissantes des États membres, les 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.
- 76 Il résulte des considérations qui précèdent qu'Überseering est en droit de se prévaloir de la liberté d'établissement pour s'opposer au refus du droit allemand de la considérer comme une personnalité juridique ayant la capacité d'ester en justice.
- 77 Il convient, par ailleurs, de rappeler qu'en principe l'acquisition par une ou plusieurs personnes physiques résidant dans un État membre de parts dans une société constituée et établie dans un autre État membre relève, dès lors qu'une telle participation ne confère pas à ces personnes physiques une influence certaine sur les décisions de la société et ne leur permet pas d'en déterminer les activités, des dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux. En revanche, dès lors que l'acquisition porte sur la totalité des parts d'une société ayant son siège statutaire dans un autre État membre et qu'une telle participation confère

une influence certaine sur les décisions de la société et leur permet d'en déterminer les activités, ce sont les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement qui trouvent à s'appliquer (voir, en ce sens, arrêt du 13 avril 2000, Baars, C-251/98, Rec. p. I-2787, points 21 et 22).

### Sur l'existence d'une restriction à la liberté d'établissement

- 78 Il y a lieu, ensuite, d'examiner si le refus par les juridictions allemandes de reconnaître à une société légalement constituée selon le droit d'un autre État membre la capacité juridique et la capacité d'ester en justice est constitutif d'une restriction à la liberté d'établissement.
- 79 À cet égard, dans une situation telle que celle en cause au principal, une société légalement constituée selon le droit d'un État membre, autre que la République fédérale d'Allemagne, dans lequel elle dispose de son siège statutaire, n'a d'autre alternative, selon le droit allemand, si elle entend faire valoir devant une juridiction allemande les droits qu'elle tire d'un contrat passé avec une société de droit allemand, que de se reconstituer en Allemagne.
- 80 Or Überseering, légalement constituée aux Pays-Bas et y disposant de son siège statutaire, tire des articles 43 CE et 48 CE le droit d'exercer sa liberté d'établissement en Allemagne en tant que société de droit néerlandais. Il importe peu, à cet égard, que, postérieurement à la constitution de cette société, l'intégralité de son capital ait été acquise par des ressortissants allemands résidant en Allemagne dès lors que cette circonstance ne paraît pas lui avoir fait perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique néerlandais.

- 81 Mieux, son existence même est consubstantielle à sa qualité de société de droit néerlandais, dans la mesure où, ainsi qu'il a été rappelé, une société n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement (voir, en ce sens, arrêt *Daily Mail and General Trust*, précité, point 19). L'exigence de reconstitution de la même société en Allemagne équivaut, dès lors, à la négation même de la liberté d'établissement.
- 82 Dans ces conditions, le refus, par un État membre, de reconnaître la capacité juridique d'une société constituée conformément au droit d'un autre État membre dans lequel elle a son siège statutaire au motif, notamment, que la société aurait transféré son siège effectif sur son territoire à la suite de l'acquisition de la totalité des parts sociales par des ressortissants de cet État membre qui y résident, avec pour conséquence que la société ne peut, dans l'État membre d'accueil, ester en justice pour défendre ses droits tirés d'un contrat, sauf à se reconstituer selon le droit de cet État, constitue une restriction à la liberté d'établissement incompatible, en principe, avec les articles 43 CE et 48 CE.

#### Sur l'éventuelle justification de la restriction à la liberté d'établissement

- 83 Il convient, enfin, de rechercher si une telle restriction à la liberté d'établissement est susceptible d'être justifiée par les raisons invoquées tant par la juridiction de renvoi que par le gouvernement allemand.
- 84 Le gouvernement allemand a fait valoir à titre subsidiaire, au cas où la Cour jugerait que l'application de la théorie du siège constitue une restriction à la liberté d'établissement, que cette restriction s'applique de manière non discriminatoire, est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et est proportionnée aux objectifs visés.

- 85 Selon le gouvernement allemand, le caractère non discriminatoire résulterait du fait que les règles de droit découlant de la théorie du siège s'appliquent non seulement à toute société étrangère qui s'établit en Allemagne en y transférant son siège effectif, mais également aux sociétés de droit allemand qui transfèrent leur siège effectif hors d'Allemagne.
- 86 Quant aux raisons impérieuses d'intérêt général avancées pour justifier la restriction alléguée, le gouvernement allemand soutient, à titre liminaire, que, dans d'autres domaines, le droit communautaire dérivé présuppose que le siège administratif et le siège statutaire sont identiques. Le droit communautaire aurait donc reconnu le bien-fondé, en principe, d'un siège statutaire et administratif unique.
- 87 Selon le gouvernement allemand, les règles allemandes de droit international privé des sociétés servent la sécurité juridique et la protection des créanciers. Il souligne à cet égard qu'il n'existe, au niveau communautaire, aucune harmonisation des modalités de protection du capital social des sociétés à responsabilité limitée et que ces sociétés sont soumises, dans les États membres autres que la République fédérale d'Allemagne, à des exigences pour partie beaucoup moins strictes. La théorie du siège appliquée en droit allemand garantirait dans ce contexte qu'une société dont le centre des activités se situe sur le territoire allemand soit pourvue d'un capital minimal déterminé, ce qui contribuerait à la protection de ses partenaires contractuels et de ses créanciers. Cela empêcherait également les distorsions de concurrence dans la mesure où toutes les sociétés dont le centre des activités se situe en Allemagne seraient soumises au même cadre légal.
- 88 Selon le gouvernement allemand, une autre justification réside dans la protection des associés minoritaires. En l'absence de standard communautaire dans le domaine de ladite protection, un État membre devrait pouvoir appliquer à toute

société dont le centre des activités se situe sur son territoire les mêmes exigences légales protégeant les actionnaires minoritaires.

- 89 La protection des salariés au travers d'une cogestion de l'entreprise dans les conditions fixées par la loi justifierait également l'application de la théorie du siège. Selon le gouvernement allemand, le transfert en Allemagne du siège effectif d'une société constituée selon le droit d'un autre État membre pourrait, si la société conservait sa qualité de société de ce droit, comporter un risque de contournement des dispositions allemandes sur la cogestion qui permettent aux salariés, dans certaines conditions, d'être représentés au conseil de surveillance de la société. Un tel organe n'existerait pas toujours dans les sociétés des autres États membres.
- 90 Enfin, des intérêts fiscaux justifieraient la restriction éventuellement constituée par l'application de la théorie du siège. Le gouvernement allemand soutient, à cet égard, que la théorie de la constitution permet, dans une mesure plus large que celle du siège, la création de sociétés ayant une double résidence et étant à ce titre imposables de manière illimitée dans au moins deux États membres. De telles sociétés présenteraient le risque de réclamer et de recevoir des avantages fiscaux parallèlement dans plusieurs États. À titre d'exemple, le gouvernement allemand mentionne l'imputation transfrontalière des pertes sur les bénéficiaires entre entreprises d'un même groupe.
- 91 Les gouvernements néerlandais et du Royaume-Uni, la Commission et l'Autorité de surveillance AELE estiment que la restriction en cause n'est pas justifiée. Ils font en particulier valoir que l'objectif de protection des créanciers avait également été invoqué par les autorités danoises dans l'affaire Centros, précitée, afin de justifier le refus d'immatriculer au Danemark la succursale d'une société qui avait été légalement constituée au Royaume-Uni et dont toutes les activités devaient être exercées au Danemark sans qu'elle satisfasse aux exigences du droit danois en matière de constitution et de libération d'un capital social minimal. Ils ajoutent qu'il n'est pas certain que les exigences liées à un capital social minimal constituent un moyen efficace de protéger les créanciers.

- 92 À cet égard, il ne saurait être exclu que des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore du fisc puissent, dans certaines circonstances et en respectant certaines conditions, justifier des restrictions à la liberté d'établissement.
- 93 Pareils objectifs ne peuvent toutefois justifier que soient déniées la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre État membre où elle a son siège statutaire. En effet, une telle mesure équivaut à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 CE et 48 CE.
- 94 Par conséquent, il y a lieu de répondre à la première question que les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à ce que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre État membre, avoir transféré son siège effectif dans cet État, ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales pour faire valoir les droits tirés d'un contrat conclu avec une société établie dans ledit État.

### Sur la seconde question préjudicielle

- 95 Il découle de la réponse apportée à la première question préjudicielle que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre État membre, les articles 43 CE et 48 CE imposent à ce dernier de respecter la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son État de constitution.



## Sur les dépens

- 96 Les frais exposés par les gouvernements allemand, espagnol, italien, néerlandais et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission et par l'Autorité de surveillance AELE, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

## LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le Bundesgerichtshof, par ordonnance du 30 mars 2000, dit pour droit:

- 1) Les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à ce que, lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire est réputée, selon le droit d'un autre État membre, avoir transféré son siège effectif dans cet État, ce dernier dénie à ladite société la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice devant ses juridictions nationales pour faire valoir les droits tirés d'un contrat conclu avec une société établie dans ledit État.

- 2) Lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre État membre, les articles 43 CE et 48 CE imposent à ce dernier de respecter la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son État de constitution.

Rodríguez Iglesias

Puissochet

Wathelet

Schintgen

Gulmann

Edward

La Pergola

Jann

Skouris

Macken

Colneric

von Bahr

Cunha Rodrigues

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 5 novembre 2002.

Le greffier

Le président

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias