CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO LA PERGOLA

présentées le 16 juillet 1998 *

I — Objet de la présente question préjudicielle et contexte factuel et juridique de l'affaire au principal

1. Le Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg (ci-après le « Højesteret ») a demandé à la Cour, en application de l'article 177 du traité CE (ci-après le « traité »), d'interpréter les dispositions communautaires concernant le droit d'établissement par rapport à un contournement supposé des dispositions internes d'un État membre prescrivant un capital minimal pour les entreprises constituées sous une forme donnée. La question préjudicielle déférée à la Cour par le juge a quo est la suivante:

« Est-il compatible avec l'article 52, ainsi qu'avec les articles 56 et 58, du traité CE de refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société établie dans un autre État membre et qui, sur la base d'un capital social de 100 UKL (environ 1 000 DKR), a été constituée légalement et existe en conformité avec la législation de cet État membre, lorsque la société en cause n'exerce pas elle-même d'activités commerciales, mais qu'il est envisagé de constituer ladite succursale pour exercer l'ensemble de l'activité dans le pays où elle est constituée, et qu'il y a lieu de considérer que la méthode utilisée vise à éviter de constituer une société dans ce dernier État membre dans le but de se soustraire à la libération du capital minimum de 200 000 DKR (à présent 125 000 DKR)? »

2. Nous rappellerons, avant toute chose, les faits à l'origine de l'affaire au principal. Durant l'été 1992, M^me^ Bryde, associée et administratrice unique de Centros Ltd, une private limited company constituée au mois de mai précédent selon le droit en vigueur en Angleterre et au pays de Galles, a demandé à l'Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (ci-après le « registre des sociétés ») l'homologation de l'acte constitutif de Centros aux fins de l'immatriculation d'une succursale. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que, selon son acte constitutif, Centros a pour objet social d'exercer une activité dans un grand nombre de secteurs commerciaux, y compris celui du crédit. Toutefois, dans l'esprit des associés, Centros ne devait exercer qu'une activité d'import/export de vins. La société n'a jamais exercé d'activité depuis sa création. L'unique autre associé de Centros est le mari de M^me^ Bryde. Tous deux ressortissants danois résidant au Danemark, les époux Bryde ont acquis la société peu de temps après sa constitution et les deux seules actions souscrites

* Langue originale: l'italien.

l'ont été à leur nom. Le capital social de Centros, d'un montant de 100 UKL, n'a jamais été effectivement versé et se trouve conservé dans un coffret au domicile de M. Bryde. Le siège de Centros est domicilié chez un ami des époux Bryde, au Royaume-Uni.

3. L'immatriculation au Danemark de succursales de sociétés à responsabilité limitée étrangères est régie par les dispositions applicables aux sociétés à responsabilité limitée, lesquelles, à l'époque des faits pertinents en l'espèce, résultaient du lovbekendtgørelse (arrêté de publication de la loi) n° 660 du 25 septembre 1991 (articles 117 à 122). Sur la base de la réglementation précitée, une société à responsabilité limitée établie dans un État membre peut opérer au Danemark par le biais de succursales établies sur le territoire national, dirigées par un ou plusieurs administrateurs investis du pouvoir d'agir au nom de la succursale. Pour pouvoir valablement opérer, la succursale doit faire l'objet d'une demande d'immatriculation auprès du registre des sociétés; si l'immatriculation est refusée, il est interdit à la succursale de poursuivre ses activités. Pour ce qui a trait au déroulement de ses opérations au Danemark, la succursale est soumise aux lois danoises et à la juridiction des juges nationaux. Aux fins des présentes conclusions, il y a également lieu de rappeler la circonstance — au reste expressément mentionnée dans la question préjudicielle — qu'à l'époque des faits les sociétés à responsabilité limitée devaient disposer au minimum d'un capital initial de 200 000 DKR [1]. Dans l'exposé des motifs du projet de loi, qui deviendra, après son adoption, la loi n° 886 du 21 décembre 1991, l'augmentation du capital minimal requis pour la constitution des sociétés du type présentement en cause (ainsi que pour la constitution de sociétés anonymes) [2], par rapport aux montants respectifs, antérieurement en vigueur, a été justifiée par référence à l'objectif de renforcer la solidité financière de ces sociétés, en vue de protéger les intérêts de l'État et des autres créanciers publics, lesquels, contrairement aux créanciers privés, n'ont pas la possibilité d'exiger des garanties ou des cautions pour garantir leurs droits de créance. Un autre objectif des nouvelles dispositions était de prévenir le risque de banqueroute frauduleuse due à l'insolvabilité de sociétés dont la capitalisation initiale était insuffisante. La loi danoise ne prévoit pas que la société étrangère qui sollicite la constitution d'une succursale sur le territoire national doive être dotée d'un capital minimal. Pourtant la pratique suivie dans ces cas par le registre des sociétés semble être de vérifier si la constitution à l'étranger de la société qui fait la demande constitue l'instrument pour contourner les dispositions danoises sur l'apport en capital initial minimal. En l'espèce, n'ayant pas obtenu de M^me^ Bryde les éclair-

1 — Avec l'entrée en vigueur de la loi n° 378 du 22 mai 1996, le montant pertinent a été réduit à 125 000 DKR. Dans le même temps toutefois, d'autres règles visant à préserver le capital social ont été rendues plus strictes, en particulier: i) l'interdiction d'acquisition de parts dans la société elle-même (les parts propres) ou dans la société mère; ii) les conditions d'acquisition de la société par des associés dans les deux ans qui suivent l'immatriculation lorsque la valeur de l'opération égale ou excède 50 000 DKR et porte sur au moins 10 % du capital, et iii) les obligations pesant sur les administrateurs en cas de pertes égales ou supérieures à 40 % du capital social.

2 — La loi n° 886 du 21 décembre 1991 a fixé le montant minimal du capital d'apport à 500 000 DKR pour les sociétés par actions [c'est-à-dire un montant bien supérieur au capital minimal, équivalant à 25 000 écus, imposé par la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (JO 1977, L 26, p. 1, ci-après la « deuxième directive »), telle qu'ultérieurement modifiée].

cissements requis sur les activités de Centros en Angleterre et au pays de Galles, le registre des sociétés a rejeté sa demande d'immatriculation. Cette décision a été confirmée par l'Østre Landsret, lequel, par jugement du 8 septembre 1995, a exclu que le recours aux dispositions du traité sur la liberté d'établissement permette à une société d'un autre État membre, dont l'activité est entièrement dirigée vers le territoire d'un autre État membre, de contourner des dispositions impératives de ce dernier. Lors de la première instance, M. Bryde, appelé comme témoin, a déclaré ignorer si l'acquisition de Centros et la constitution ultérieure d'une succursale au Danemark correspondaient à un projet visant directement à contourner la loi danoise, tout en admettant qu'« il est certes plus facile de trouver 100 UKL que 200 000 DKR ». C'est dans ce contexte que le Højesteret, juridiction devant laquelle est pendante l'instance d'appel du jugement de première instance, a requis l'aide interprétative de la Cour, dans les termes rappelés ci-dessus.

II — Les arguments des parties, des gouvernements nationaux « intervenus » et de la Commission

4. Centros estime qu'en l'espèce toutes les conditions établies par le droit danois des sociétés pour l'enregistrement d'une succursale sont satisfaites. La décision de refus du registre des sociétés serait donc contraire à la liberté de s'établir sur le territoire d'un État membre autre que celui du principal établissement, reconnue à Centros par les articles 52 et 58 du traité. Selon la requérante, il résulte de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Segers [3] que le droit d'une société de fonder un établissement secondaire sur le territoire communautaire est uniquement soumis aux conditions prévues à l'article 58 du traité et non, au surplus, à l'exigence d'un exercice effectif de l'activité sociale dans l'État de constitution. Il serait donc totalement dénué de pertinence que la société exerce des activités commerciales — par l'intermédiaire d'une agence, succursale ou filiale — exclusivement dans un ou plusieurs États membres autres que celui du principal établissement.

5. Le gouvernement du Royaume-Uni expose des observations analogues; selon lui, le refus d'immatriculation de la succursale équivaut à dénier à Centros un droit qui est l'essence même de la liberté d'établissement et enfreint le principe de la reconnaissance mutuelle des sociétés. L'intérêt légitime à la protection des créanciers de sociétés de capitaux peut être poursuivi, de manière appropriée, par des moyens moins restrictifs que la mesure présentement en cause et qui sont d'ailleurs déjà prévus par le droit communautaire. Les autorités britanniques rappellent, par exemple, le système coordonné de publicité de nombreux

3 — Arrêt du 10 juillet 1986 (79/85, Rec. p. 2375).

actes et indications concernant les succursales créées dans un État membre par des sociétés qui relèvent du droit d'un autre État membre, institué par la onzième directive du Conseil en matière de droits des sociétés [4]. Grâce à ce système, les tiers qui, par l'entremise de la succursale, entrent en relation contractuelle avec la société mère sont informés du fait que cette dernière a été constituée, dans un autre État membre, en conformité avec les prescriptions légales applicables dans cet État, y compris en ce qui concerne le capital initial, alors que les données y relatives peuvent être consultées auprès du registre national où la succursale est immatriculée. Le gouvernement du Royaume-Uni reconnaît qu'il importe, suivant la jurisprudence de la Cour, de distinguer l'exercice légitime du droit d'établissement de l'adoption purement formelle d'un comportement régi par le droit communautaire. Il conclut, toutefois, que l'on ne saurait en aucun cas qualifier de telle la constitution, par des ressortissants d'un État membre, d'une société conformément aux lois d'un autre État membre. En tout cas, la restriction du droit d'établissement résultant de la décision du registre des sociétés ne peut pas se justifier sur la base des objectifs à caractère purement économique, non visés par l'article 56 du traité.

6. Le registre des sociétés réplique que les époux Bryde ne sauraient, sur la base de la constitution d'une société « pro forma » au Royaume-Uni, invoquer les articles 52 et 58 du traité pour se soustraire à l'apport du capital légal minimal. Dans les circonstances de la cause, la succursale dont Centros, par le truchement de M^me^ Bryde, a sollicité l'immatriculation au Danemark, constitue en réalité la société mère. Quant à la notion communautaire de « succursale », la partie défenderesse suggère, à défaut de définitions pouvant être tirées de sources normatives, de recourir à la notion utilisée par la Cour dans ses arrêts en interprétation de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 [5] (ci-après la « convention »). Il résulterait de cette jurisprudence [6], précisément, que, s'il n'existe pas de maison mère dotée de pouvoirs réels de direction et de contrôle de la succursale, c'est cette dernière qui constitue le centre des opérations de l'entreprise. Elle devra alors, logiquement, selon le registre des sociétés, satisfaire aux conditions auxquelles est subordonnée la constitution de l'établissement principal, et non de l'établissement secondaire. Le caractère nécessaire de l'exercice effectif d'une activité économique par la maison mère, pour pouvoir exercer la liberté de créer un établissement secondaire, se déduirait, au reste, mutatis mutandis, de la jurisprudence en matière de libre circulation des travailleurs [7]. Cette condition pourrait, au reste, être légalement imposée par un État membre, étant donné que, au stade actuel d'évolution du droit communautaire, il continuerait d'appartenir aux législations nationales de régir la

4 — Voir onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre État (JO L 395, p. 36, ci-après la « onzième directive »).

5 — JO 1972, L 299, p. 32. La version consolidée de la convention, telle que modifiée par les conventions d'adhésion ultérieures (la dernière d'entre elles étant la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède à la convention), a été publiée au JO 1998, C 27, p. 1.

6 — Arrêts du 6 octobre 1976, De Bloos (14/76, Rec. p. 1497, point 20); du 22 novembre 1978, Somafer (33/78, Rec. p. 2183, point 12), et du 18 mars 1981, Blanckaert & Willems (139/80, Rec. p. 819, point 12).

7 — Arrêt du 23 mars 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1035, point 21), selon lequel les avantages que le droit communautaire confère au titre de cette liberté ne peuvent être invoqués que par des personnes exerçant *véritablement* ou souhaitant *sérieusement* exercer une activité salariée dans un État membre autre que celui d'origine.

constitution et le fonctionnement des entreprises. D'autre part, ainsi que la Cour l'a aussi affirmé, l'État d'accueil peut parfaitement exiger des personnes étrangères communautaires qu'elles respectent les conditions d'exercice de l'activité applicables aux ressortissants et aux sociétés nationales, pourvu qu'il n'en résulte pas une impossibilité d'exercice effectif du droit d'établissement par les premiers [8]. Le registre des sociétés soutient que la revendication de Centros constitue un exercice abusif du droit d'établissement et suggère d'appliquer par analogie au cas d'espèce votre doctrine Van Binsbergen [9], élaborée dans le cadre de l'interprétation de l'article 59 du traité. Selon les principes établis par la Cour dans cet arrêt, il est permis à un État membre d'adopter des mesures destinées à empêcher que la libre prestation des services soit invoquée par un opérateur d'un autre État membre, dont l'activité est entièrement ou principalement dirigée vers le territoire du premier État, dans le but de se soustraire à l'application des règles professionnelles en vigueur dans cet État, auxquelles il serait soumis s'il y était établi. Enfin — conclut le registre des sociétés —, quand bien même il serait permis à Centros d'invoquer le droit au libre établissement sur le territoire communautaire, il n'en demeurerait pas moins que la condition afférente au montant minimal du capital initial de la société à responsabilité limitée, prévue par le droit danois pour protéger les intérêts des associés et des éventuels employés et créanciers, constitue une mesure parfaitement légitime, nonobstant l'absence d'harmonisation au niveau communautaire en la matière. Le renforcement de l'assise financière des sociétés de ce type constituerait une exigence impérative d'intérêt général. Cette exigence ne pourrait être poursuivie par des moyens moins restrictifs que le refus d'immatriculation, mais impliquerait au contraire des mesures plus rigoureuses, comme l'extension de la responsabilité des associés au patrimoine personnel respectif ou l'introduction d'une obligation de fournir une caution au moment de la constitution d'une société, en sorte de garantir ses dettes futures à l'égard de l'administration fiscale ou de la sécurité sociale, ou d'autres créanciers publics. Rappelant votre jurisprudence constante en matière d'utilisation abusive des droits découlant de règles communautaires, le registre des sociétés observe en particulier que, dans l'arrêt Segers, précisément invoqué par Centros, la Cour a établi que l'article 56 du traité permet en principe, dans certaines limites, l'application d'un régime spécial pour les sociétés constituées conformément au droit d'un État membre si ce régime apparaît justifié par des exigences de lutte contre les pratiques frauduleuses. Certes, la législation néerlandaise en cause dans cette affaire a été en définitive jugée non justifiée en vertu de la disposition précitée, au motif que le refus de verser une prestation de maladie à l'administrateur de la succursale d'une société « de pure forme » régulièrement constituée selon le droit d'un autre État membre ne constituait pas une mesure appropriée à cet égard. Toutefois, la solution adoptée dans le cas concret n'enlèverait rien à la validité du principe général posé par la Cour. Au surplus, la protection des intérêts financiers des créanciers ne constituerait pas un objectif économique — comme tel non couvert par l'article 56, précité —, mais tendrait à la préservation d'un système juridique fondé sur la loyauté des rapports contractuels.

8 — Voir arrêt du 12 juillet 1984, Ordre des avocats du barreau de Paris (107/83, Rec. p. 2971, points 18 et 20).

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

7. Les arguments du registre des sociétés sont partagés, outre par le gouvernement danois,

par les autorités françaises et suédoises. De son côté, le gouvernement danois va jusqu'à exciper, à titre préliminaire, de ce que l'on se trouve dans une situation purement interne au Danemark, de sorte que les règles communautaires invoquées par Centros sont inapplicables au cas d'espèce. En effet, la requérante tenterait de contourner les dispositions nationales par le biais de la constitution d'une société mère « travestie » en succursale. Toutefois, en l'absence d'un lien de nature commerciale réel et continu entre Centros et la vie économique britannique, ainsi qu'entre la société et la succursale danoise, il ne serait pas en l'espèce satisfait à la condition énoncée par la Cour dans les affaires Levin et Gebhard [10]. En tout cas, selon le gouvernement danois, il est exclu que votre arrêt Segers soit applicable à l'affaire au principal, dans laquelle les aspects discriminatoires sur la base de la nationalité font défaut.

8. Le gouvernement français soutient, de son côté, que le principe de non-pertinence, aux fins du droit d'établissement, du défaut d'exercice d'activités commerciales dans le pays de la constitution de la société étrangère — affirmé par la Cour dans l'affaire Segers et présentement invoqué par Centros (voir ci-dessus, point 4) — n'est applicable que si l'opération de montage apparaît justifiée par des raisons licites et ne recouvre aucune intention abusive ou frauduleuse. Il en va différemment lorsque, comme en l'espèce, l'unique objectif de l'opération est de contourner les règles en vigueur en matière de droit des sociétés dans l'État de l'établissement secondaire. Ce dernier pourra alors rejeter l'immatriculation de la succursale, la preuve du caractère abusif ou frauduleux du comportement en question étant réputée apportée. Pour cette raison, en France, l'autorité compétente peut être amenée à constater l'existence éventuelle d'un exercice abusif du droit d'établissement par l'intéressé, dans l'hypothèse où l'activité de la succursale de la société étrangère est « réglementée », c'est-à-dire soumise à contrôle, agrément ou diplôme.

9. Le gouvernement néerlandais reconnaît, de son côté, que la décision du registre des sociétés est contraire à l'article 52 du traité mais insiste, en revanche, sur les limites auxquelles est soumise l'applicabilité de la règle en question au cas d'espèce. En particulier, tout en relevant l'exigence d'une interprétation cohérente de l'ensemble des règles communautaires concernant les libertés fondamentales, il rappelle le principe — établi par la Cour dans l'arrêt Rutili [11], relatif à la libre

10 — Voir arrêt précité, note 7, et du 30 novembre 1995 (C-55/94, Rec. p. I-4165, points 25 et 26). Selon ce dernier arrêt, la liberté d'établissement — à la différence de la libre prestation des services, caractérisée par la nature temporaire des activités exercées dans un autre État membre — vise à permettre aux ressortissants communautaires de participer, de manière stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées.

11 — Voir arrêt du 28 octobre 1975 (36/75, Rec. p. 1219, point 28) relatif à l'interprétation des articles 7 (à présent 6) et 48 du traité.

circulation des travailleurs — selon lequel l'existence d'une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public est susceptible de justifier d'éventuelles mesures nationales restrictives, fondées sur le comportement de la personne intéressée. C'est à la lumière de ces précisions qu'il y aurait lieu d'interpréter les affirmations de la Cour dans son arrêt Segers, suivant lesquelles les exigences de lutte contre des opérations frauduleuses peuvent justifier l'application d'un traitement différencié aux sociétés constituées conformément au droit d'un autre État membre; en effet, cette exception est, elle aussi, fondée sur la notion d'ordre public, visée à l'article 56 du traité.

10. La Commission, enfin, propose une vision différente et plus articulée du cas présentement examiné. D'un côté, elle affirme que Centros n'a fait qu'exercer le droit de s'établir dans l'État membre lui offrant, quant au capital social initial prescrit, les conditions les plus avantageuses: ce qui — comme on devrait le déduire de l'arrêt Segers — est précisément l'un des buts de la liberté d'établissement. La possibilité de se servir de formes de sociétés étrangères et des différences existant à cet égard entre les législations des États membres ne constitue pas en soi un contournement injustifié de dispositions nationales. Dans les circonstances de l'affaire au principal, la pratique administrative décrite, consistant pour le registre des sociétés à se livrer à une enquête (voir ci-dessus, point 3), et le refus consécutif d'enregistrement d'une succursale d'une société remplissant les conditions posées à l'article 58 du traité entraînent — de l'avis de la Commission — des discriminations fondées sur la nationalité, interdites en vertu de l'article 52. Il n'est pas permis à l'État qui accueille l'établissement secondaire de subordonner l'immatriculation de la succursale à la condition que la société mère remplisse toutes les conditions requises pour la constitution des sociétés, telles qu'elles sont prévues par sa loi nationale. En revanche, lorsque — comme c'est le cas dans la matière qui nous occupe — il n'existe pas de coordination au niveau communautaire, il serait légitime, selon la Commission, que l'État membre de l'établissement secondaire puisse fixer des conditions aux fins de l'immatriculation de la succursale, fondées sur ses règles internes et visant à garantir aux personnes instaurant sur son territoire un rapport avec la société étrangère une protection des créanciers de la société plus ample que celle qui résulte des statuts de la société étrangère. Pour ce qui est du cas d'espèce, il apparaît, sinon de manière certaine, du moins vraisemblable, que les règles danoises concernant l'apport en capital initial réalisent l'objectif déclaré de protection des créanciers publics. Par rapport à cet objectif, il serait toutefois disproportionné de refuser purement et simplement l'établissement secondaire, motif pris d'une tentative (présumée) de contournement des règles de loi en vigueur. On ne saurait appliquer à ce refus aucune des raisons justificatives prévues à l'article 56 du traité, lequel ne s'applique pas à des objectifs de caractère économique et, en tout cas, présupposerait la preuve de l'existence d'une intention frauduleuse de la société étrangère à l'égard de ses créanciers au Danemark. Selon la Commission, dans le contexte factuel et normatif de l'affaire au principal, un moyen adéquat et moins restrictif, en vue de la protection des créanciers, consisterait à subordonner l'immatriculation de la succursale à la condition que la société mère étrangère ait un capital d'apport correspondant à ce qui est prévu par les dispositions nationales pertinentes aux fins de la constitution au Danemark de sociétés analogues.

III — Analyse juridique de la question soumise à la Cour

11. L'ordonnance de renvoi a clairement circonscrit l'objet de la présente question préjudicielle dans les termes suivants: dans l'affaire au principal, on ne conteste pas le droit des private companies limited by shares, régulièrement constituées et ayant leur siège social en Angleterre ou au pays de Galles, de s'établir sur le territoire danois par l'intermédiaire de succursales, nonobstant le fait que le capital initial minimal prescrit par les lois britanniques pour une société de ce type est nettement inférieur à celui requis par le droit danois pour les sociétés du même type établies au Danemark. Au reste, si l'on s'en tient aux affirmations faites à l'audience par le représentant de l'administration danoise, les sociétés à responsabilité limitée communautaires, notamment britanniques, usent largement en pratique du droit d'établissement au Danemark, sans que cela les expose à l'adoption, par le registre des sociétés, de mesures d'interdiction analogues à celle présentement contestée. La question qui se pose est, par conséquent, différente: une société qui entend exercer ses activités commerciales *exclusivement* dans le pays d'enregistrement de la succursale lorsqu'il apparaît que le choix initial, de constituer la société dans un autre État membre, différent de celui dans lequel elle se propose d'opérer, a été motivé *uniquement* par le but de se soustraire à des exigences légales plus sévères, relatives au capital social minimal, prévues par la loi de l'État membre de l'établissement secondaire, exerce-t-elle légitimement le droit de fonder un établissement secondaire? Selon l'administration danoise, la réponse, au vu des circonstances de la cause, doit être négative (et la mesure exposée dans la question préjudicielle doit, par conséquent, être déclarée compatible avec les dispositions du traité). Plus précisément, les autorités danoises infèrent des circonstances qui président au cas présentement en cause deux ordres d'arguments: le refus d'immatriculation de la succursale de Centros ne restreindrait pas la liberté d'établissement en contrariété de l'article 52 du traité et, subsidiairement, s'il y avait une restriction, celle-ci relèverait de toute façon du régime particulier applicable aux sociétés étrangères que l'article 56 du traité permet aux États membres de prévoir, notamment pour des raisons d'ordre public. Nous analyserons tout d'abord la première puis la deuxième ligne d'argumentation de la partie défenderesse. Qu'il nous soit permis toutefois de faire précéder cette analyse d'une brève remarque concernant la jurisprudence en la matière et la fonction de l'établissement secondaire étranger au sein de la structure organisationnelle de l'entreprise.

12. La règle contenue à l'article 52 du traité, directement applicable depuis la fin de la période transitoire, tend à garantir le traitement national à tout ressortissant d'un État membre s'établissant, même à titre secondaire, dans un autre État membre pour y exercer une activité libérale. Rentrent également dans l'objet du droit d'établissement la constitution et la gestion d'entreprises, conformément aux dispositions établies par la loi du pays d'accueil pour ses ressortissants, ainsi que la constitution d'agences, succursales ou filiales

par des ressortissants communautaires établis à titre principal sur le territoire d'un autre État membre. En vertu de l'article 58 du traité, le droit d'établissement comprend, en outre, pour 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, le droit d'opérer dans un autre État membre par l'intermédiaire d'un établissement secondaire. De cette liberté fondamentale découlent, en tant que corollaires, trois autres: l'activité d'entrepreneur peut être exercée sous forme de société dans un État membre au moyen d'une société nationale de cet État ou d'un autre État membre; la société a le droit de choisir, aux fins de son établissement secondaire, entre la création d'une filiale ou d'une succursale; la société étrangère est investie, dans l'État d'accueil de l'établissement secondaire, des mêmes droits que ceux dont jouissent les sociétés nationales [12].

Étant donné que la disposition libérale de l'article 58, précité, pouvait être interprétée dans le sens de l'admission au bénéfice de la liberté de créer un établissement secondaire également pour les personnes morales ayant sur le territoire communautaire leur siège statutaire, mais non leur siège social « réel », c'est-à-dire leur administration centrale, ni leur centre d'activité principal, la nécessité est rapidement apparue de préciser les conditions auxquelles cette liberté est soumise pour ce qui est des sociétés *établies à titre principal en dehors de la Communauté* [13]. Comme l'a clairement indiqué le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, adopté par le Conseil le 18 décembre 1961 [14], il faudra à cette fin que l'entité satisfasse à un critère de rattachement supplémentaire, de nature économique: celui du lien « effectif et continu » avec l'économie d'un État membre [15]. Mais — il est à peine besoin de l'ajouter — il s'agit d'un critère qui n'a de valeur qu'en ce qui concerne les sociétés extracommunautaires.

13. Quant au contenu du droit d'établissement secondaire ainsi rappelé, la jurisprudence de la Cour a mis en lumière le fait que le siège de la société intéressée, au sens de la triple alternative mentionnée ci-dessus (voir

12 — Voir Werlauff, E.: *EC Company Law*, Copenhague, 1993, p. 17 à 22.

13 — Voir Poillot-Peruzzetto, S., et Luby, M.: *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, 1998, p. 141. Y. Loussouarn observe, pour ce qui est de la genèse du critère de rattachement indiqué ci-après dans le texte, que les autorités communautaires et les délégués des États membres sont partis de la constatation que l'article 52 conditionne le droit d'établissement secondaire des personnes physiques à l'établissement (primaire) sur le territoire d'un État membre: donc, à la condition — supplémentaire par rapport à celle de la citoyenneté — du domicile à l'intérieur de la Communauté. Toutefois, la transposition pure et simple de cette exigence aux sociétés, au moyen du cumul de la condition du siège réel et de celle du siège statutaire, aurait été en contradiction flagrante et irrémédiable avec le prescrit de l'article 58 (voir « Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne », dans *Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre Teitgen*, Paris, 1984, p. 239, spécialement p. 245 et 246, et « Le droit d'établissement des sociétés », dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 229, spécialement p. 236).

14 — JO 1962, 2, p. 36.

15 — Ce lien pourra être constitué précisément par la présence d'une dépendance de la société extracommunautaire sur le territoire d'un État membre, pourvu que l'activité de cette articulation territoriale ait un caractère permanent, effectif et pertinent (à l'exclusion, par exemple, de simples bureaux de représentation ou de comptoirs qui n'opèrent pas sur le marché ou emploient un nombre d'employés très restreint). En revanche, la nationalité des personnes physiques des associés ou des membres des organes de gestion ou de contrôle de la société est, sous cet angle, dénuée d'importance.

point 12), « sert à déterminer, à l'instar de la nationalité de personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État. Admettre que l'État membre d'établissement puisse librement appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre État membre viderait donc [la disposition de l'article 52 du traité] de son contenu » [16]. Par conséquent, dès lors que sont réunies les deux conditions, de légalité et d'appartenance à l'un des pays membres, auxquelles l'article 58, précité, subordonne la reconnaissance de la nationalité communautaire d'une société, cette dernière aura droit au traitement national même si elle exerce *entièrement* ses activités commerciales dans un État membre autre que celui du principal établissement, au moyen d'une agence, d'une succursale ou d'une filiale [17]. On peut déduire en outre de votre jurisprudence « que les règles d'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité, ou le siège en ce qui concerne les sociétés, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination, qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » [18]. De manière analogue, la Cour a déclaré incompatibles avec le traité des mesures étatiques *non* discriminatoires, mais susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires (ou les sociétés), des libertés fondamentales garanties par le droit communautaire [19].

14. D'autre part, en vertu de l'article 56 du traité, les États membres peuvent déroger à l'interdiction de mesures restrictives à l'établissement sur leur territoire et appliquer un régime particulier aux personnes (physiques et morales) étrangères bénéficiaires du droit reconnu par l'ordre communautaire, lorsqu'apparaissent des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique justifiant ce régime spécial. En tant qu'il comporte une dérogation à un principe fondamental du traité, l'article 56, précité, doit être interprété de manière restrictive. Son applicabilité est donc subordonnée à l'existence d'une menace effective et suffisamment grave pour l'un des intérêts fondamentaux de la collectivité, y compris la prévention d'éventuels abus et la sauvegarde de l'intérêt inhérent à la mise en œuvre appropriée de la réglementation nationale en matière de sécurité sociale [20]. Il est ainsi exclu que la règle puisse être invoquée dans le but de poursuivre des objectifs de nature économique [21]; en outre, les mesures adoptées aux fins de la préservation des intérêts qu'elles sont censées protéger doivent se limiter aux mesures strictement nécessaires et respecter le principe de proportionnalité [22].

16 — Voir, ex multis, arrêts du 28 janvier 1986, Commission/France (270/83, Rec. p. 273, points 13, 14 et spécialement point 18); du 17 juin 1997, Sodemare e.a. (C-70/95, Rec. p. I-3395, points 25 et 26), et du 16 juillet 1998, ICI (C-264/96, Rec. p. I-4695, point 20).

17 — Voir arrêt Segers, précité, note 3, points 14 et 16. Par cette décision, la Cour a déclaré incompatible avec les articles 52 et 58 du traité le fait, pour les autorités compétentes de l'État membre d'accueil de l'établissement secondaire (filiale), d'exclure l'administrateur d'une société d'un régime national d'assurance maladie au seul motif que la société mère a été constituée conformément à la loi d'un autre État membre et qu'elle a son siège social sur le territoire de ce dernier, bien que n'exerçant aucune activité commerciale dans cet État et opérant exclusivement dans le pays membre de l'établissement secondaire.

18 — Arrêts du 13 juillet 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017, point 14), et du 12 avril 1994, Halliburton Services (C-1/93, Rec. p. I-1137, point 15).

19 — Voir, ex multis, arrêt du 31 mars 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32).

20 — Voir, ex multis, arrêts du 27 octobre 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999, point 35), et Segers, précité, note 3, point 17.

21 — Voir, ex multis, arrêt du 25 juillet 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007, point 11).

22 — Voir, ex multis, arrêts du 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille (115/81 et 116/81, Rec. p. 1665, point 9), et du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, Rec. p. 2085, point 36).

En outre, dès lors que la mesure restrictive en cause est privée de caractère discriminatoire — et, par conséquent, pour autant qu'il importe en l'espèce, indistinctement applicable aux sociétés nationales et aux sociétés étrangères communautaires —, elle pourra être justifiée également sur la base d'exigences impératives liées à l'intérêt général [23], pourvu que: i) ces exigences ne soient pas déjà protégées par les dispositions auxquelles la société étrangère est soumise dans l'État d'établissement et ii) la mesure soit nécessaire et proportionnée [24].

15. Examinons, cela dit, les notions de « succursale » et de « filiale » [25], auxquelles se réfère la disposition de l'article 52, rappelée ensuite à l'article 58 du traité (nous laissons de côté la forme particulière de l'agence, qui n'importe pas en l'espèce). Quel est le critère distinctif de ces deux formes d'articulation territoriale permanente qu'une entreprise peut constituer, éventuellement sur le territoire d'États membres autres que celui d'origine, en leur confiant généralement des opérations vis-à-vis des tiers? Ce critère réside essentiellement dans l'absence de personnalité juridique autonome de la succursale, définie comme une universalité de fait, ou comme un simple démembrement de l'entreprise, qui permet de réaliser une certaine décentralisation [26]. La filiale, au contraire, est juridiquement indépendante de la société mère qui la contrôle [27]. Comme la doctrine l'a déjà observé [28], l'importance d'une confrontation entre ces deux techniques juridiques d'établisse-

23 — Comme la protection des destinataires d'un service, garantie par les règles professionnelles, la protection de la propriété intellectuelle, la protection des travailleurs, la protection des consommateurs, la conservation et la valorisation du patrimoine historique et artistique national, la diffusion la plus large possible des connaissances sur le patrimoine artistique et culturel d'un pays, et des raisons de politique culturelle (voir, ex multis, arrêt Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a., précité, note 21, points 14 et 27); la protection des destinataires de services de surveillance et de renouvellement de brevets (arrêt du 25 juillet 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, point 17); la préservation de la cohérence du régime fiscal (arrêt du 28 janvier 1992, Bachmann, C-204/90, Rec. p. I-249); la prévention des fraudes et la protection de l'ordre social face aux conséquences nocives d'une demande excessive dans le secteur des jeux de hasard (arrêt du 24 mars 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039, points 58 et 59); la sauvegarde de la bonne réputation du secteur financier national (arrêt du 10 mai 1995, Alpine Investments, C-384/93, Rec. p. I-1141, point 44); l'efficacité des contrôles fiscaux (arrêt du 15 mai 1997, Futura Participations et Singer, C-250/95, Rec. p. I-2471, point 31); ainsi que la loyauté des transactions commerciales (arrêt du 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop, C-34/95, C-35/95 et C-36/95, Rec. p. I-3843, point 53).

24 — Voir, ex multis, arrêt Collectieve Antennevoonziening Gouda e.a., précité, note 21, points 13 et 15.

25 — « C'est le terme 'affiliate', et non le terme 'filiali' visé à l'article 52 du traité, qui correspond, dans la langue juridique italienne, au français 'filiales', à l'anglais 'subsidiaries', à l'allemand 'Tochtergesellschaften' et au néerlandais 'dochterondernemingen' » (voir les conclusions présentées par l'avocat général M. Mancini le 16 octobre 1985 sous l'arrêt Commission/France, précité, note 16, Rec. p. 275, point 2). Voir également Ruggiero, G. M., et De Dominicis, M.: « Art. 52 », dans R. Quadri, R. Monaco et A. Trabucchi (sous la direction de), *Trattato istiutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milan, 1965, vol. I, p. 399, spécialement p. 412 et 413. Voir toutefois ci-après, note 27.

26 — Voir Cabrillac, M.: « Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé », dans *Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph Hamel*, Paris, 1981, p. 119, et Loussouarn, Y.: « La succursale, technique juridique du commerce international », dans *DPCI*, 1985, p. 359, spécialement p. 362.

27 — Voir toutefois Pietrobon, A.: *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padoue, 1990. Selon l'auteur, l'utilisation de la méthode juridico-formelle — fondée sur des « concepts et méthodes propres aux droits internes, comme si ces derniers, considérés isolément ou dans une perspective comparatiste, devaient nécessairement fournir le modèle pour l'interprétation du traité » — apparaît inopportune aux fins de l'interprétation des notions d'agence, succursale et filiale, dans la mesure où elle ne permet pas d'appréhender certains types de dépendance, sans que cette exclusion soit en quoi que ce soit justifiée. En outre, l'interprétation *fonctionnelle* du concept de « établissement secondaire » révèle que ses caractéristiques essentielles (subordination de l'établissement auxiliaire aux choix organisationnels de la maison mère, à laquelle revient le soin de décider de l'existence même, des attributions et des modalités fondamentales de l'activité de l'articulation territoriale) sont de nature à imposer la conclusion qu'une entreprise autonome, dotée d'une organisation et d'un fonds de commerce propres, ne peut pas être le siège secondaire d'une autre entreprise. « Il apparaît dès lors douteux de ramener à la notion ainsi délimitée les sociétés affiliées qui, comme on l'a vu, ne sont pas mentionnées dans la version italienne de l'article 52. ... La création, par une entreprise constituée dans un État membre, d'une société affiliée dans un autre État membre est une opération qui devrait être considérée plus exactement comme un établissement primaire (précisément de la société affiliée). La question n'a toutefois pas d'importance sur le plan pratique, dès lors que la possibilité de créer des sociétés affiliées est reconnue selon l'une et l'autre interprétation » (idem, p. 101 à 115, spécialement p. 103, 114 et 115; notes omises; traduction libre).

28 — Voir Loussouarn (op. cit. ci-dessus, note 26), p. 363 à 368.

ment transfrontalier des sociétés apparaît sous de multiples aspects.

IV — Solution de la question préjudicielle déférée à la Cour

Analyse de la compatibilité du refus d'immatriculation de la succursale danoise de Centros avec la liberté fondamentale d'établissement

Tout d'abord, étant donné que la *nationalité* constitue un attribut de la personnalité, la succursale, dont l'activité s'identifie à celle de la société dont elle dépend, ne peut avoir de nationalité distincte de cette dernière; sa situation juridique est régie par l'ordre d'appartenance de la société étrangère, dont elle constitue une simple ramification. Le principe opposé s'applique aux filiales. En outre, bien que la succursale soit dotée d'une certaine autonomie de gestion, c'est malgré tout à la société mère qu'il y a lieu de ramener *l'activité liée aux transactions* effectuées, pour le compte de la société mère, par celui qui est affecté au service de l'établissement annexe. La filiale, au contraire, peut valablement conclure des contrats, sauf l'intervention éventuelle de la société mère dans l'opération en qualité de contractante. Enfin, sur la base du principe de l'*unité du patrimoine*, les dettes (et, par corollaire, les créances) contractées dans l'exercice des activités de la succursale doivent être imputées à la société (alors qu'il n'y a pas lieu de parler de dettes *de la* succursale), même si — pour des raisons de commodité pratique — il sera en pareil cas normalement permis au créancier de citer la société à comparaître devant la juridiction du lieu où se trouve établie la succursale (voir ci-après, point 18). La filiale est, au contraire, dotée d'un patrimoine propre, qui répond des dettes par elle contractées; entre la société mère et les créanciers s'interpose l'« écran » de la filiale dotée de la personnalité juridique distincte.

16. A notre avis, la mesure adoptée par l'administration danoise enfreint les dispositions du traité en matière de libre établissement. Comme nous l'expliquerons mieux par la suite, loin de restreindre simplement l'exercice du droit d'ouverture d'un établissement secondaire reconnu aux sociétés étrangères communautaires, elle l'exclut radicalement. En l'espèce, on empêche en effet les époux Bryde d'exercer au Danemark une activité d'entrepreneur au moyen d'une société régulièrement constituée et ayant son siège social dans un autre État de la Communauté. Le registre des sociétés semble en substance tirer la conclusion que les intéressés, parce qu'ils entendent opérer uniquement sur le marché national, doivent à cette fin observer le régime prévu en droit danois pour le type de société commerciale dont ils se sont servis; une telle conclusion enfreint, à notre sens, l'article 52 du traité. Il y a également lieu d'apprécier le cas d'espèce sur la base de l'article 58. De ce point de vue, Centros apparaît discriminée par rapport aux sociétés constituées en conformité avec la législation danoise, non sujettes à des empêchements analogues lorsqu'elles établissent des succursales au Danemark. La mesure en cause affecte en outre indirectement le droit de la société requérante de choisir, alternativement, entre

l'ouverture au Danemark d'une succursale ou d'une filiale. Il nous paraît évident que les autorités danoises n'auraient rien eu à redire à Centros si la société constituée au Royaume-Uni avait préféré ouvrir, aux fins de l'établissement transfrontalier, au lieu d'une simple succursale, une filiale, cette dernière devant, par définition, satisfaire — puisqu'elle est distincte de la société mère — aux conditions fixées par la loi nationale applicable, y compris en matière de capital social minimal. La liberté de choisir la forme juridique la plus appropriée pour l'exercice de l'activité commerciale dans un autre État membre est pourtant expressément garantie aux opérateurs économiques par l'article 52, premier alinéa, deuxième phrase, du traité et ne saurait être limitée, contrairement à ce qui se produit en l'espèce, par des dispositions discriminatoires [29].

17. Voyons de plus près les arguments que l'administration danoise oppose aux considérations que nous avons estimé devoir avancer. Elle conteste que Centros puisse légitimement invoquer le droit de libre établissement en vertu du traité. Du fait qu'elle n'exerce pas d'activité économique au Royaume-Uni, la société y constituée par les époux Bryde n'aurait pas de lien effectif et continu avec ce pays, de sorte que l'on déboucherait sur une situation purement interne, en tant que telle étrangère au droit communautaire; alternativement, on serait confronté à un cas — également non susceptible de protection — d'exercice abusif et frauduleux du droit d'établissement, tel qu'il a été envisagé par le traité [30]. Ces arguments ne nous convainquent pas, pour des raisons que nous allons expliquer, et cela, même en faisant abstraction de la considération que le critère consistant à exiger l'exercice d'une activité effective dans le chef de la société serait, en dehors même de son caractère discutable sur le fond, d'application problématique, en raison de son caractère indéterminé. Quelles devraient être la nature, la durée et l'étendue des activités de la société mère pour que celle-ci puisse librement exercer le droit d'ouvrir un établissement secondaire?

18. Signalons, pour préciser les conclusions formulées ci-dessus, qu'il ne faudrait tenir pour exclue l'applicabilité des dispositions en matière de libre établissement, comme le voudrait le gouvernement danois en l'espèce, que si la situation des sujets intéressés — ressortissants ou sociétés ayant la nationalité de l'un des États membres — était dépourvue de tout lien de rattachement avec les dispositions de droit communautaire, ce dernier ne pouvant dès lors servir de cadre de référence [31]. Nous

29 — Voir arrêt Commission/France, précité, note 16, point 22.

30 — Timmermans, C.: « Methods and Tools for Integration. Report », dans R. M. Buxbaum, G. Hertig, A. Hirsch et K. J. Hopt (sous la direction de), *European Business Law. Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin-New York, 1991, p. 129, spécialement p. 136 et 137.

31 — Voir, ex multis, arrêt du 19 mars 1992, Batista Morais (C-60/91, Rec. p. I-2085).

ne pensons pas, pour notre part, que tel soit le cas dans l'affaire au principal. Centros a été constituée sur la base des lois en vigueur en Angleterre et au pays de Galles, et a son siège au Royaume-Uni. Cette circonstance suffit à l'attraire dans le champ d'application des articles 52 et 58 du traité. Il est superflu, nous semble-t-il, de vérifier les données relatives à la nationalité des associés et des administrateurs ou au champ territorial d'activité de la société [32]. D'autre part, selon la jurisprudence de la Cour, le renvoi, à l'article 52, aux « ressortissants d'un État membre » qui voudraient s'établir « dans le territoire d'un autre État membre » ne saurait être interprété de manière à exclure des avantages du traité les ressortissants communautaires qui — ayant fait usage des possibilités offertes en matière de circulation et d'établissement — se trouvent, à l'égard de leur État d'origine, dans une situation analogue à celle de tous autres sujets bénéficiant des droits et libertés garantis par le traité [33]. L'administration danoise insiste sur la nécessité que l'établissement principal exerce réellement les activités indiquées comme objet social. En raisonnant de la sorte, elle finit toutefois par lire dans le libellé de l'article 58 du traité *une condition supplémentaire* à laquelle le droit d'établissement secondaire serait subordonné. Les conditions formelles posées à l'article 58, destinées à déterminer les sociétés bénéficiaires du droit en question, sont cependant, à notre sens, limitatives. Le donné juridico-formel revêt une importance décisive. Le point crucial est celui-ci: il n'y a pas de place pour des enquêtes sur la nature et le contenu des activités que l'entreprise exerce ou se propose d'exercer [34]. En matière de liberté d'établissement des personnes physiques, la Cour a, au reste, déjà eu l'occasion de se prononcer sur les prétentions d'un État membre à subordonner l'exercice du droit en question à une condition supplémentaire (en l'occurrence, celui de la résidence effective sur le territoire national) par rapport à la condition de citoyenneté d'un État membre, qui est *l'unique condition subjective prescrite par l'article 52 du traité*. Une telle exigence — ainsi que la Cour l'a jugé — est contraire au droit communautaire [35]. Pour cette raison même, le rapprochement — proposé par le registre des sociétés — entre le

32 — Voir arrêt Segers, précité, note 3, point 14; voir ci-dessus, note 17, et ci-après, notes 45 et 46 ainsi que les parties de texte qui s'y rapportent. Voir également arrêt du 5 octobre 1994, TV10 (C-23/93, Rec. p. I-4795, point 15), suivant lequel la circonstance qu'un organisme de radiodiffusion se soit établi dans un autre État membre dans le but d'échapper à la législation de l'État de membre de réception des programmes qu'il diffuse n'exclut pas que ses émissions puissent être considérées comme des « services » au sens et aux fins de l'article 59 du traité. La situation de Centros doit donc être distinguée, par exemple, de celle — examinée par la Cour dans l'affaire Esso Española — qui concerne uniquement le déroulement, à l'intérieur du territoire d'un État membre, de l'activité d'une société ayant son siège dans ce même État et opérant dans ce dernier (arrêt du 30 novembre 1995, Esso Española, C-134/94, Rec. p. I-4223, points 12 à 17).

33 — Voir arrêt du 7 février 1979, Knoors (115/78, Rec. p. 399, points 20 et 24).

34 — Cath, I. G. F.: « Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market », dans F. G. Jacobs (sous la direction de), *1986 Yearbook of European Law*, Oxford, 1987, p. 247, spécialement p. 259 et 261. Voir également, mutatis mutandis, arrêt du 12 mars 1996, Pafitis e.a. (C-441/93, Rec. p. I-1347, points 18 et 19), selon lequel « [i]l ressort du titre de la deuxième directive [en matière de droit des sociétés] et de son article 1er qu'elle s'applique aux sociétés visées à l'article 58, second alinéa, du traité CE, constituées sous la forme de sociétés anonymes. Le critère adopté par le législateur communautaire pour définir le champ d'application de la deuxième directive est, dès lors, celui de la forme juridique de la société, quelle que soit son activité ».

35 — Selon la Cour, « il n'appartient pas ... à la législation d'un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité. Par conséquent, une interprétation de l'article 52 du traité selon laquelle, lorsque le ressortissant d'un État membre possède en même temps la nationalité d'un État tiers, les autres États membres peuvent soumettre la reconnaissance de la qualité de ressortissant communautaire à une condition telle que la résidence habituelle de l'intéressé sur le territoire du premier État ne saurait être admise » (voir arrêt du 7 juillet 1992, Micheletti e.a., C-369/90, Rec. p. I-4239, points 10 et 11). Voir également arrêt du 7 février 1979, Auer (136/78, Rec. p. 437, point 28), selon lequel « aucune disposition du traité ne permet, dans le champ d'application de celui-ci, de traiter différemment des ressortissants d'un État membre, suivant l'époque à laquelle ou la façon dont ils ont acquis la nationalité de cet État, dès lors qu'au moment où ils invoquent le bénéfice des dispositions du droit communautaire, ils possèdent la nationalité d'un des États membres et que se trouvent, par ailleurs, réunies les autres conditions d'application de la règle qu'ils invoquent ».

cas de la présente espèce et celui ayant fait l'objet de l'arrêt Levin, précité, [36] est, à notre sens, impossible en pratique, étant donné la différence de formulation de l'article 52, qui garantit en termes abstraits la simple faculté d'entreprendre sur le plan économique (voir ci-après, point 19), par rapport à la formulation de l'article 48, paragraphe 3, du traité, qui énonce de façon précise le contenu des activités par lesquelles se réalise le droit de circulation garanti aux travailleurs salariés [37].

19. A l'appui de la position qu'elle soutient dans la présente affaire, l'administration danoise se réfère, en outre, à une autre jurisprudence, élaborée par la Cour dans le contexte de la convention (voir ci-dessus, point 6). Le renvoi à ces décisions est toutefois dénué de fondement dans le cadre de l'affaire présentement en cause. Il s'agit, comme on sait, de décisions interprétatives concernant l'applicabilité, dans chaque cas d'espèce, du critère spécial de compétence juridictionnelle sanctionné par l'article 5, point 5, de la convention [38]. Dans ces affaires, la Cour s'est bornée à considérer les caractéristiques du concept d'établissement secondaire, de cas en cas, pertinentes pour la solution des questions préjudicielles soumises à son appréciation. Elle était appelée à garantir la pleine efficacité de la convention et a dû ainsi recourir à une interprétation *autonome* des notions de filiale et de succursale. Ces notions contenues dans la convention ont un caractère restrictif, de manière à prendre en compte, par-dessus tout, l'exigence d'éviter la multiplication des juridictions compétentes et les phénomènes de *forum shopping* qui en résultent, en prêtant ainsi attention aux motivations « protectionnistes », au détriment des défendeurs étrangers, de la prévision originaire des critères spéciaux de compétence dans les ordres juri-

36 — Arrêt précité, note 7.

37 — « Aux termes de l'article 48, paragraphe 3, du traité [ainsi que l'a observé la Cour], le droit de se déplacer librement sur le territoire des États membres est conféré aux travailleurs à l'"effet' de répondre aux emplois effectivement offerts. Les travailleurs bénéficient du droit de séjourner dans un des États membres, en vertu de la même disposition, 'afin' d'y exercer un emploi. De plus, le règlement n° 1612/68 précise dans son préambule que la libre circulation implique le droit, pour les travailleurs, de se déplacer librement à l'intérieur de la Communauté 'pour' exercer une activité salariée, alors que la directive 68/360, à son article 2, oblige les États membres à permettre aux travailleurs de quitter leur territoire 'en vue' d'accéder à une activité salariée ou de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre. Ces formules ... expriment ... l'exigence, inhérente au principe même de la libre circulation des travailleurs, que les avantages que le droit communautaire confère au titre de cette liberté ne puissent être invoqués que par des personnes exerçant véritablement ou souhaitant sérieusement exercer une activité salariée » (idem, points 20 et 21).

38 — Par dérogation à la règle générale visée à l'article 2 de la convention, ce critère permet au demandeur de citer le défendeur, domicilié sur le territoire d'un État contractant, à comparaître, dans un autre État contractant, s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant le Tribunal du lieu de leur situation, territorialement compétent. « [C]ette notion d'exploitation comprend, d'une part, les litiges portant sur les droits et obligations contractuelles ou non contractuelles relatifs à la gestion proprement dite [des établissements annexes] eux-mêmes, tels que ceux relatifs à la location de l'immeuble où ces entités seraient établies ou à l'engagement sur place du personnel qui y travaille; d'autre part, elle comprend également ceux relatifs aux engagements pris par le centre d'opérations ci-dessus décrit au nom de la maison mère et qui doivent être exécutés dans l'État contractant où ce centre d'opérations est établi, ainsi que les litiges relatifs aux obligations non contractuelles qui trouveraient leur origine dans les activités que [l'établissement annexe] a assumées au lieu où il est établi pour compte de la maison mère » (voir arrêt Somafer, précité, note 6, point 13). On se rappellera, en outre, que, selon l'article 8, deuxième alinéa, de la convention, l'assureur qui n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant, mais qui possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État contractant, est considéré, par dérogation à la règle visée à l'article 4, comme ayant son domicile sur le territoire de cet État pour les contestations relatives à l'exploitation de l'établissement annexe; cette même règle s'applique, en vertu de l'article 13 de la convention, lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant.

diques des États contractants [39]. Il s'agit là d'une jurisprudence élaborée à des fins tout autres que celles présentement considérées, et dont on ne peut certainement pas inférer que l'établissement n'est secondaire, plutôt que primaire, que si celui-ci concerne des activités commerciales entreprises en tant qu'extension d'un siège principal opérant effectivement, à la direction et au contrôle duquel le siège secondaire doit être soumis.

20. Arrêtons-nous un instant, d'autre part, sur l'autre thèse avancée par le registre des sociétés et par le gouvernement danois: l'intérêt des époux Bryde à exercer au Danemark une activité commerciale dans le cadre d'une société, assortie d'une limitation de la responsabilité y relative, ne mériterait pas la protection offerte par les articles 52 et suivants du traité, étant donné l'intention frauduleuse qui présidait au choix de l'établissement d'une société dont le siège social serait en Grande-Bretagne. Le but serait de contourner les règles relatives au montant minimal du capital social initial, en vigueur dans l'État d'accueil de l'établissement secondaire (qui seraient, selon cette thèse, applicables à ce qui est, en réalité, un établissement « primaire »). Certes, le principe selon lequel « les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires » est constant dans la jurisprudence de la Cour [40] et figure parmi les principes généraux de l'ordre communautaire. En préciser les

39 — Voir Pietrobon (op. cit. ci-dessus, note 27), p. 162 à 164. Ainsi, dans la jurisprudence qui a été rappelée, l'affirmation de la Cour selon laquelle « un des éléments essentiels qui caractérisent les notions de succursale et d'agence est la soumission à la direction et au contrôle de la maison mère » amène logiquement à la conclusion que les notions d'établissement annexe envisagées à l'article 5, point 5, de la convention ne permettent pas d'appréhender la situation tant du concessionnaire exclusif de vente, lequel n'est pas soumis au contrôle ni à la direction du donneur de concession (voir arrêt De Bloos, précité, note 6, points 20 à 23), que du représentant de commerce (en tant qu'intermédiaire), lorsque celui-ci est un collaborateur *indépendant* de l'entreprise qui le commet, celui-ci se bornant à transmettre à l'entreprise les commandes de la clientèle, sans participer à la stipulation ni à l'exécution des contrats y relatifs, et à qui l'entreprise qu'il représente ne peut interdire de représenter en même temps plusieurs firmes concurrentes (voir arrêt Blanckaert & Willems, précité, note 6, points 12 et 13). Encore est-ce uniquement pour permettre à la juridiction allemande de renvoi de statuer sur le point de savoir si elle était compétente pour connaître d'une action engagée par une entreprise allemande à l'encontre d'une entreprise française qui avait son siège social en France, mais possédait en Allemagne un bureau ou point de contact désigné sur son papier à lettres comme « représentation pour l'Allemagne », que la Cour a défini dans l'affaire Somafer le critère suivant lequel une succursale, agence ou filiale doit être aisément reconnaissable aux yeux des tiers comme étant un prolongement de la maison mère (impliquant « un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement »; arrêt Somafer, précité, note 6, point 12). La meilleure preuve du fait que la notion d'« agence, succursale et filiale » revêt dans le contexte de la convention un contenu normatif différent de celui qu'elle revêt dans le contexte du traité, avec des connotations dans certains cas même contradictoires (Pietrobon, op. cit. ci-dessus, p. 94), est fournie par l'orientation adoptée par la Cour par rapport à une situation dans laquelle une société opère, essentiellement, *comme si elle était* la succursale ou la filiale d'une autre société « mère », par rapport à laquelle elle est au contraire juridiquement autonome [en en détenant même la totalité du capital social, comme c'était le cas dans l'affaire Schotte (arrêt du 9 décembre 1987, 218/86, Rec. p. 4905)]. Même dans ce cas, pour protéger la confiance légitime des tiers, c'est le critère de compétence spéciale tiré de l'article 5, point 5, précité, qui sera applicable par analogie, étant donné que la situation d'apparence créée par « la façon dont ces deux entreprises se comportent dans la vie sociale et se présentent vis-à-vis des tiers dans leurs relations commerciales » est de nature à déterminer un lien étroit entre les litiges ultérieurs et le juge qui en est saisi. On rappellera que, selon l'arrêt Schotte, la disposition invoquée s'applique lorsqu'une personne morale, « tout en n'exploitant pas une succursale, agence ou établissement dépourvu d'autonomie dans un autre État contractant, y exerce néanmoins ses activités au moyen d'une société indépendante portant le même nom et ayant la même direction, qui agit et conclut des affaires en son nom et dont elle se sert comme d'un prolongement » (point 17).

40 — Voir arrêt du 12 mai 1998, Kefalas e.a. (C-367/96, Rec. p. I-2843, point 20) et les précédents jurisprudentiels y rappelés. Pour cette raison, selon la Cour, « le droit communautaire n'interdit pas à un État membre d'adopter, en l'absence d'harmonisation, des mesures destinées à éviter que les facilités créées en vertu du traité soient utilisées de façon abusive et contraire à l'intérêt légitime de cet État » (arrêt Kraus, précité, note 19, point 34).

contours exacts n'a toutefois rien d'une tâche facile. Selon l'arrêt Kefalas e.a., abuse du droit celui qui en est le titulaire quand il l'exerce de manière déraisonnable pour obtenir, au préjudice d'autrui, « des avantages illicites et manifestement étrangers à l'objectif » poursuivi par le législateur lorsque celui-ci confère au particulier une position subjective donnée [41]. Sous cet angle de l'abus du droit, transparaît une certaine affinité entre le principe général qui le consacre et celui qui a trait au critère de proportionnalité en tant que limite à l'exercice du pouvoir [42]. Par ailleurs, ainsi que l'a relevé la doctrine, la célèbre définition formulée par le civiliste français Planiol, selon lequel « le droit cesse là où l'abus commence », reste toujours d'actualité; cette maxime met clairement en évidence que la thématique de l'abus se résout, en dernière analyse, dans une définition du contenu substantiel de la position subjective et donc du champ des facultés reconnues au sujet qui en est le titulaire. En d'autres termes, apprécier si l'exercice concret d'un droit est, ou non, abusif ne signifie pas autre chose que délimiter, sur le plan substantiel, la portée du droit lui-même [43]. S'il en est bien ainsi, qu'il nous soit permis de rappeler les concepts déjà exposés (ci-dessus, points 13 et 16) en matière de liberté d'établissement. Cette liberté comprend à coup sûr, pour tout intéressé, le droit de créer une société en conformité avec la législation d'un État membre pour opérer dans ce même État ou, *au même titre, dans un quelconque autre État membre*. Autrement dit: la société nouvellement constituée a le droit de s'établir — à titre principal et, éventuellement, également secondaire — *là où elle le préfère* dans le cadre communautaire.

Le droit d'établissement est essentiel aux fins de la mise en œuvre des objectifs préfigurés par le traité, qui entend garantir, indistinctement à tous les citoyens communautaires, la liberté d'entreprise économique à travers les instruments apprêtés par le droit national, en leur assurant la *chance* de s'insérer sur le marché, quelles que soient les intentions qui habitent concrètement le bénéficiaire. Autrement dit, il s'agit de protéger l'*opportunité* d'une initiative économique et, ensemble avec elle, la *liberté commerciale* de se servir des instruments prévus à cette fin dans les ordres juridiques des États membres. Dans notre cas, l'exercice du droit d'établissement s'est concrétisé par la constitution de la société aux conditions prévues par la loi du pays d'accueil. Les motifs, les calculs, les intérêts individuels de l'intéressé qui président à ce choix ne doivent pas être pris en considération, du moment que la liberté est exercée en conformité avec le traité, et ne peuvent donc donner lieu à contrôles [44]. Ce qui importe, c'est tout au plus

41 — Arrêt Kefalas e.a., précité, note 40, point 28 (par référence à l'action en déclaration d'invalidité de l'augmentation du capital d'une société anonyme en état de cessation des paiements, intentée par certains actionnaires de cette société). Observons que la formule du principe de l'abus de droit adoptée par la Cour apparaît substantiellement inspirée du droit commun des États membres dont les ordres juridiques sont de type Civil Law [Brown, L. N.: « Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law? », dans *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, vol. II (sous la direction de D. Curtin et T. Heukels), p. 511, spécialement p. 515].

42 — Brown (op. cit. ci-dessus, note 41), p. 521 et 522, et Van Gerven, W.: « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », dans *Journ. Trib.*, 1992, p. 305, spécialement p. 307 et 308.

43 — Nizzo, C.: « L'abuso dei 'diritti comunitari': un quesito non risolto », dans *Dir. comm. internaz.*, 1997, p. 766, spécialement p. 770.

44 — Voir, mutatis mutandis, arrêt Levin, précité, note 7, points 20 à 22, selon lequel, si un travailleur exerce ou souhaite exercer une activité salariée réelle et effective dans un autre État membre, et comme tel rentre dans le cercle des bénéficiaires des droits garantis par l'article 48, paragraphe 3, du traité et de la législation dérivée pertinente (voir ci-dessus, point 18), les intentions qui ont pu l'inciter à chercher du travail dans un autre État membre sont indifférentes en ce qui concerne son droit d'entrée et de séjour sur le territoire de cet autre État membre, et ne doivent pas être prises en considération.

la compatibilité de l'activité exercée (si l'intéressé en exerce une) avec les dispositions internes d'ordre public de l'État membre d'établissement (primaire ou secondaire), qui peuvent justifier d'éventuelles mesures restreignant l'exercice de la liberté en question. Le droit d'établissement est reconnu dans ces termes précisément en raison de l'édification du marché unique. C'est tellement vrai que le traitement réservé par le traité aux personnes morales extracommunautaires est, lui, différent, puisque, pour pouvoir entrer dans le cercle de la Communauté, elles doivent satisfaire au critère du lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre (voir ci-dessus, point 12).

A titre de confirmation de ce qui précède, qu'il nous soit permis de rappeler le cas Segers, plusieurs fois cité: dans cette affaire, un ressortissant hollandais avait transformé sa société unipersonnelle, dont le siège social était aux Pays-Bas, en une société à responsabilité limitée, filiale d'une société de droit anglais, dont il avait fait simultanément l'acquisition, étant entendu que cette dernière n'exerçait aucune activité commerciale et opérait uniquement à travers le siège secondaire. De fait, ainsi qu'il résulte du dossier, le recours à cette structure avait été inspiré par le seul souci de se prévaloir de la mention « Ltd », considérée comme plus attrayante que son équivalent néerlandais « BV », et la volonté de se soustraire au délai légal prévu pour une telle transformation par la loi néerlandaise [45]. Cela n'a pas empêché la Cour d'affirmer que la situation de la société de M. Segers, en tant qu'administrateur, rentrait dans le champ d'application de la liberté d'établissement et elle a conclu que le requérant avait, par conséquent, droit au traitement national [46]. On ne voit pas, dès lors, pourquoi on devrait parvenir à une conclusion opposée dans le cas où la constitution de la société au Royaume-Uni était motivée — comme c'est le cas en l'espèce — par le désir de se prévaloir des possibilités d'opérer avec un capital social dont le montant est adapté aux disponibilités financières des fondateurs, plus exigu que celui prescrit par la loi danoise. Une telle situation — que cela plaise ou non — est la conséquence logique des droits garantis par le traité. Au reste, elle contribue à l'objectif pour lequel on avait instauré la liberté communautaire d'éta-

45 — Voir conclusions présentées par l'avocat général M. Darmon le 10 juin 1986 dans l'affaire Segers, précitée, note 3, Rec. p. 2376, point 1.

46 — Voir ci-dessus, note 17, et la partie du texte y afférente. De manière analogue, la Cour semble avoir (en tout cas implicitement) reconnu que l'immatriculation au registre des bateaux de pêche britanniques de navires immatriculés à l'origine en Espagne et battant pavillon espagnol et l'acquisition de navires britanniques et battant pavillon britannique, par des sociétés de droit britannique, propriétaires ou exploitants de ces navires, dont les administrateurs et actionnaires étaient pour la plupart des ressortissants espagnols, ne constituaient pas un « abus du droit d'établissement », alors même que le recours massif à ces immatriculations au registre naval du Royaume-Uni était systématiquement lié à la pratique dite « du quota hopping », c'est-à-dire du « pillage » des contingents de pêche attribués à cet État dans le cadre de la politique commune de la pêche, ce qui se traduisait en substance par un « contournement » du régime des contingents nationaux visant à la conservation des ressources halieutiques et la garantie d'un niveau de vie acceptable pour les populations dépendant de la pêche [arrêt du 25 juillet 1991, Factortame e.a. (C-221/89, Rec. p. I-3905), qui a déclaré contraire à l'article 52 du traité une réglementation relative à l'immatriculation des bateaux de pêche au registre d'un État membre, contenant des dispositions restrictives relatives à la nationalité, à la résidence et au domicile des propriétaires, des affréteurs et des exploitants du navire (y compris, dans le cas d'une société, les actionnaires et les administrateurs), telle que celle adoptée en 1988 par le Royaume-Uni pour mettre fin au « quota hopping » de la part de navires battant pavillon britannique mais n'étant pas authentiquement britanniques (idem, point 4). La Cour a, d'autre part, ajouté que le libre établissement transfrontalier pouvait être légitimement soumis à la condition que le bateau à immatriculer soit exploité et ses opérations dirigées et contrôlées à partir du territoire de l'État membre intéressé (selon la Cour, une telle condition recouvre en substance la notion même d'établissement au sens des articles 52 et suiv. du traité; idem, point 34); voir également Brown, op. cit. ci-dessus, note 41, p. 523 à 525].

blissement: favoriser la libre circulation des personnes (et des capitaux) et, par là même, la réalisation d'un marché commun. « A cet égard, le fait, pour le ressortissant d'un État membre, de tirer parti de la souplesse du droit britannique des sociétés ... s'inscrit dans cette perspective [et donc dans la logique de l'ordre juridique communautaire] » [47]. En l'absence d'harmonisation, en somme, c'est la concurrence entre systèmes normatifs (« competition among rules ») qui doit pouvoir s'exercer librement, même en matière de sociétés commerciales [48]. Dans l'affaire qui nous occupe, tout comme dans le cas Segers, les libertés rappelées ci-dessus font partie de l'essence même du droit litigieux: on doit, pour cette raison, exclure que les époux Bryde aient tiré « des avantages illicites et manifestement étrangers à l'objectif » des articles 52 et suivants du traité en se soustrayant abusivement à l'application de dispositions impératives de l'État d'accueil de l'établissement secondaire. La jurisprudence invoquée par l'administration danoise, loin de contredire la conclusion à laquelle nous parvenons, finit, à notre avis, par la confirmer [49]. Il ressort en effet de ces arrêts que la fraude à la loi ne peut être avancée que lorsque la règle censée contournée est applicable de façon non équivoque à la situation juridique litigieuse. Si le contournement allégué concerne une règle de droit national, il faut au préalable s'assurer que la règle interne, telle que l'on voudrait l'appliquer en l'espèce, peut être utilisée par le juge en tant que conforme au droit communautaire. C'est précisément sur ce point que l'argumentation du registre des sociétés apparaît vicié, pourrait-on dire, par une pétition de principe: en affirmant la nécessaire applicabilité des dispositions internes relatives au montant minimal du capital d'apport d'une société à responsabilité limitée au moment de sa constitution, les autorités danoises excluent que le résultat opposé puisse découler — comme c'est, en fait, le cas en l'espèce — de l'exercice de la liberté de choix garantie aux intéressés par le traité, en ce qui concerne l'instrument (du droit des sociétés) le plus approprié au but recherché, parmi tous ceux offerts par les différents ordres juridiques nationaux des États membres. La mesure contestée du registre des sociétés contredit le droit communautaire précisément parce qu'elle a été adoptée dans la supposition, implicite mais claire, que l'exercice, par des citoyens danois, d'une activité d'entreprise, tournée essentiellement vers le marché danois, devrait inévitablement se faire à travers leur

47 — Voir conclusions présentées par l'avocat général M. Darmon le 10 juin 1986 dans l'affaire Segers (précitées, note 45), point 6.

48 — Ehlermann, C. D.: « Compétition entre systèmes réglementaires », dans *Rev. Marché commun Union europ.*, 1995, p. 220, selon lequel on doit exclure que la « libre concurrence » entre les ordres juridiques des États membres en matière de droits des sociétés puisse dégénérer en une sorte d'« effet Delaware » (« Delaware effect ») — c'est-à-dire un processus d'attraction des sociétés nouvellement constituées dans des ordres juridiques qui connaissent un niveau plus faible de protection assurée aux associés-investisseurs et aux créanciers, par analogie à ce qui s'était passé en son temps aux États-Unis, en faveur des droits des sociétés en vigueur au New Jersey et, plus récemment, au Delaware —, les États membres pouvant recourir au mécanisme de l'harmonisation du droit des sociétés, en vertu de l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité (idem, p. 223). D. Charny soutient, au contraire, que l'harmonisation normative du droit des sociétés des États membres peut apparaître, du point de vue de la « corporate theory » américaine, « un processus en quête d'une justification », dès lors que la concurrence entre les systèmes nationaux est susceptible d'engendrer, indirectement, un effet harmonisateur analogue (« Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the 'Race to the Bottom' in the European Communities », dans *Harv. Int'l L. Journ.*, 1991, p. 423, spécialement p. 424 et 425).

49 — Et cela qu'il s'agisse des dispositions nationales régissant l'accès à la profession ou l'exercice de celle-ci par l'intéressé sur le territoire national (relatives à l'organisation et à la qualification, à la déontologie, aux contrôles et à la responsabilité), comme dans l'affaire Van Binsbergen, ou sa préparation professionnelle elle-même, comme dans l'affaire Knoors (précitées, notes 9 et 33, ainsi que les parties du texte y afférentes); qu'il s'agisse, en outre, de dispositions nationales imposant des obligations de comportement dans le cadre de la réglementation d'un secteur commercial spécifique comme la fixation des prix de vente au détail des livres par les éditeurs ou les importateurs (arrêt du 10 janvier 1985, Leclerc, 229/83, Rec. p. 1, point 27), ou d'obligations relatives au contenu pluraliste et non commercial des programmes retransmis sur le territoire national (arrêt TV10, précité, note 32, point 21).

établissement à titre principal sur le territoire national. Il s'agit là pourtant d'une thèse que l'on ne saurait soutenir au stade actuel de l'intégration européenne, caractérisée par la réalisation pratiquement achevée d'un marché interne grâce à l'élimination des obstacles nationaux à la libre circulation des personnes et des capitaux [voir article 3, sous c), du traité]. L'interprète doit tirer les conséquences qui s'imposent de l'évolution déjà intervenue dans l'ordre juridique communautaire; il appartient à la Cour de faire prévaloir l'esprit du traité, en donnant application de manière cohérente, y compris en ce qui concerne la mobilité des sociétés, à la doctrine « Cassis de Dijon » relative à la reconnaissance mutuelle [50]. Cela dit, nous n'entendons pas soutenir — répétons-le — que la société étrangère inactive dans le pays de constitution n'est pas soumise, aux fins de *l'exercice des activités* de la succursale ouverte dans un autre État membre, à des dispositions impératives de cet État, applicables aux sociétés nationales du même type. L'établissement secondaire est en effet de nature à créer un rapprochement approprié entre la société étrangère et l'ordre juridique du pays membre d'accueil. La possibilité d'appliquer les dispositions impératives locales ne saurait toutefois, en aucun cas, avoir pour conséquence d'*empêcher* la société communautaire d'exercer son droit d'établissement. Il en résulte, à notre sens, en nous référant au cas de l'espèce, que la prétention du registre des sociétés à voir appliquer à l'établissement secondaire le traitement prévu par le droit national pour l'établissement primaire, en particulier pour ce qui a trait au capital social minimal, ne peut être considérée comme fondée qu'en présence de justifications appropriées.

Analyse de l'existence d'éventuelles justifications de la mesure litigieuse

21. Arrivés à ce stade, il nous reste encore à examiner un dernier aspect de la question, à savoir: la mesure restrictive en cause dans la présente affaire pourrait-elle être justifiée, en vertu du droit communautaire, en tant qu'elle serait véritablement fondée sur des motifs d'ordre public et proportionnée par rapport aux objectifs qu'elle poursuit? Le registre des sociétés invoque l'exigence de contrecarrer les pratiques frauduleuses et, plus précisément, la nécessité de protéger les futurs créanciers de Centros en liaison avec l'exploitation de la succursale danoise: du fait de la « sous-capitalisation » de la société, du moins si l'on prend pour base les paramètres danois, et de la limitation de la responsabilité des associés, l'immatriculation de la succursale au Danemark exposerait les opérateurs économiques et les créanciers publics danois, en cas de défaillance ultérieure de Centros, au risque de pertes financières. Ce risque existe, on ne peut pas le nier, dès lors que l'on se trouve en présence d'une société à responsabilité limitée, mais il nous semble bien loin de constituer « une menace effective et suffisamment grave

50 — Voir Mortimer, T.: « The Removal of Barriers to Corporate Mobility: An Analysis of Cases Pertinent to Articles 52 and 58 », dans A. Caiger et D. A. Floudas (sous la direction de), *1996 Onwards: Lowering the Barriers Further*, Chichester, 1996, p. 135, spécialement p. 150 et 154. En vertu de l'arrêt du 20 février 1979, Rewe, dit « Cassis de Dijon » (120/78, Rec. p. 649, points 14 et 15), en l'absence d'un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises, tout État membre est tenu d'admettre l'introduction sur son territoire de biens légalement fabriqués ou mis en vente dans d'autres États membres, même s'ils sont produits selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles en vigueur dans l'État d'importation.

pour l'un des intérêts fondamentaux de la collectivité », comme le requiert l'article 56 du traité: il s'agit d'une norme dérogatoire qui, à notre avis, convient mieux au cas dans lequel ce sont précisément l'objet social ou l'activité exercée par la société étrangère qui mettent en péril l'ordre public.

Cela dit, si la loyauté des opérations commerciales constitue une exigence impérative d'intérêt général, qui peut dans l'abstrait justifier des mesures nationales (indistinctement applicables) restreignant le droit d'établissement, nous ne croyons pas que cet aspect importe en l'espèce. Il est douteux, tout d'abord, que, lorsque le type de société est celui de la responsabilité limitée, le fait de s'en remettre exclusivement au critère de l'adéquation présumée du capital social minimal prescrit équivaille à constituer un moyen efficace de protection ou (comme l'énonce le quatrième considérant de la deuxième directive, en ce qui concerne les sociétés par actions) « une garantie » pour les créanciers. Ce n'est pas par hasard que les ordres juridiques du Royaume-Uni n'adoptent pas ce critère, comme l'ont souligné les autorités britanniques [51]. Comme le capital social minimal prescrit peut rapidement être dissipé, il est en pratique plus prudent pour les créanciers de la société de se fonder sur les informations plus à jour disponibles, pouvant être tirées des comptes sociaux, et, éventuellement, de requérir la constitution de garanties appropriées de la part des administrateurs. Mais même sans vouloir renverser l'« idolum theatri » du capital nominal [52], on doit exclure que, dans un cas comme celui de l'espèce, la mesure litigieuse soit indispensable aux fins de la protection des créanciers privés de Centros pour les opérations effectuées par son hypothétique succursale danoise. En effet, l'exigence invoquée est satisfaite sans qu'il soit besoin d'adopter des mesures telles que celle présentement en cause, grâce aux résultats obtenus à travers le processus communautaire de coordination du droit des sociétés des États membres. Comme le gouvernement du Royaume-Uni l'a rappelé à juste titre, les époux Bryde se présentent pour ce qu'ils sont: *non* une société danoise, mais la succursale danoise d'une société de droit anglais; les limitations de responsabilité dans le chef de cette société, que quiconque au Danemark, entrant en rapport avec sa succursale, est pleinement habilité à connaître, sont celles qui résultent de la prescription d'un capital social minimal dans cet ordre juridique. La protection des personnes qui, par l'intermédiaire d'une succursale, instaurent un rapport avec une société étrangère communautaire, est assurée, dans le système du traité, au moyen de mesures de publicité coordonnées, prescrites par l'État sur le territoire duquel la suc-

51 — Selon le gouvernement du Royaume-Uni, la prescription d'un capital social minimal pour les sociétés à responsabilité limitée peut également avoir pour effet de freiner l'esprit d'entreprise et l'innovation et apparaît, par-dessus tout, contraire à la politique visant à encourager les petites et moyennes entreprises.

52 — Voir, ex multis, La Villa, G.: *Introduzione al diritto europeo delle società*, Turin, 1996, p. 55 (selon lequel la prémisse qui sous-tend les systèmes normatifs de protection de l'intégrité du capital social nominal, « depuis longtemps objet de critiques, [est], peut-on dire, en voie d'être dépassée dans des ordres économiques plus évolués, qui tendent à revoir une réglementation fondée sur des concepts de capital nominal et de valeur nominale, en faveur de critères plus proches du marché et de la consistance réelle des valeurs d'actif et de passif d'une société à un moment donné »; note omise; traduction libre) et Portale, G. B., et Costa, C.: « Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei », dans P. Abbadessa et A. Rojo (sous la direction de), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milan, 1993, p. 133, spécialement p. 144 et 145 (selon lequel « on assigne, en réalité, à la fixation d'un capital social 'minimum' des rôles tout à fait différents de celui [de fixer un capital 'non manifestement inadéquat' par rapport à l'objet social]: le rôle de créer un instrument de sélection entre les différents types de société ... d'un côté, celui de garantir un 'seuil de crédibilité' pour certaines initiatives économiques collectives de l'autre »; notes omises; traduction libre).

cursale est située [53]; ainsi les tiers ont-ils l'assurance de pouvoir protéger de façon appropriée leurs intérêts au moyen de la constitution de garanties spécifiques (ordinairement, une fidéjussion par les associés) ou de causes de préemption.

22. Il y a ensuite l'exigence impérative de protection des créanciers publics *non contractuels*, comme l'institution compétente de sécurité sociale et l'administration fiscale. En pareil cas, le créancier ne peut librement choisir de contracter ou non avec la succursale d'une société étrangère et, en outre — comme l'affirme l'ordonnance de renvoi du Højesteret —, il n'a pas la possibilité d'exiger des garanties ou des cautions de la part de ses administrateurs. Nous estimons toutefois que le refus d'immatriculation de la succursale, motivé essentiellement par l'absence d'un établissement principal effectif, est privé de pertinence par rapport aux exigences impératives de protection des créanciers publics qui ont été invoquées: le soi-disant lien de causalité entre ces exigences et la mesure litigieuse apparaît, donc, trop ténu et indirect pour que l'on puisse le considérer comme pertinent aux fins du droit communautaire. Nous tirons cette conclusion de la circonstance que — ainsi que les autorités danoises l'ont admis à l'audience — l'ouverture de succursales au Danemark par Centros ne rencontrerait aucun obstacle si la société avait effectivement une activité au Royaume-Uni; toutefois, même dans cette hypothèse, son capital social initial s'élèverait à 100 UKL. Il resterait donc à expliquer de quelle manière le fait que Centros exerce effectivement une activité d'entreprise dans le pays d'origine aurait pu influer sur les possibilités réelles de protection des droits de créance de l'administration fiscale danoise et de l'institution danoise compétente en matière de sécurité sociale.

Abstraction faite de la remarque précédente, l'exigence invoquée par les autorités danoises devrait en tout cas pouvoir se traduire par des mesures moins restrictives que celle exposée dans la présente affaire, qui a pour résultat de dénier purement et simplement le droit d'établissement secondaire. Ce point nous paraît suffisamment clair pour nous dispenser de plus amples explications. Une clarification s'impose toutefois. Parmi les mesures susceptibles d'être retenues — pour autant qu'elles soient justifiées par l'exigence impérative rappelée ci-dessus et conformes aux critères de nécessité et de proportionnalité — on ne saurait ranger, à notre avis, celle envisagée par la Commission (voir ci-dessus, point 10), consistant à subordonner l'enregistrement de la succursale au Danemark à la condition que la société mère étrangère ait un capital de montant non inférieur à celui prescrit par la régle-

53 — La onzième directive (précitée, note 4, et la partie du texte y afférente, *sub* articles 1er à 6) prévoit l'obligation pour la succursale de publier, conformément à la loi de l'État membre dans lequel elle est située, les informations nécessaires à la protection du public, à savoir: i) la dénomination, l'adresse et les activités de la succursale; ii) la dénomination de la société dont elle fait partie, iii) les noms et adresses des préposés qui représentent de façon permanente la *société* pour ce qui concerne l'activité de la succursale ou ayant en tout état de cause le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers et de la représenter en justice, iv) les comptes annuels et le rapport annuel, relatifs à la société ou au groupe de sociétés à laquelle elle appartient, rédigés conformément aux quatrième et septième directives sur les droits des sociétés (éventuellement traduits dans la langue de l'État d'immatriculation de la succursale), v) la fermeture de la succursale, vi) la dissolution de la société ou son admission à une procédure de liquidation, vii) les détails relatifs au registre sur lequel est inscrite la société, y compris le numéro d'immatriculation de celle-ci sur le registre, et viii) l'existence d'autres succursales dans le même État membre. En outre, l'État membre dans lequel la succursale a été créée *peut* imposer à celle-ci l'obligation de fournir certaines informations supplémentaires sur la société dont elle dépend, et en particulier sur: i) l'acte constitutif et les statuts (éventuellement traduits dans la langue de l'État intéressé), ii) l'existence de la société (au moyen d'une attestation du registre auprès duquel elle est immatriculée), et iii) la validité des garanties éventuellement constituées sur les biens de la société situés dans l'État membre en question. Enfin, les registres auprès desquels sont inscrites la succursale et la société, ainsi que leurs numéros d'immatriculation respectifs, de même que la forme de la société et le lieu de son siège social (et éventuellement le capital souscrit et libéré), doivent être indiqués sur les lettres et notes de commande utilisées par la succursale.

mentation interne pertinente pour la constitution de sociétés du même type au Danemark. En effet, de la même manière que la mesure présentement en cause, cette condition équivaudrait, en substance, à appliquer indirectement le traitement prévu par le droit national pour l'établissement primaire à un acte par lequel un intéressé exerce le droit d'ouvrir un établissement secondaire. En conséquence, une telle condition reviendrait ni plus ni moins à empêcher les époux Bryde de se prévaloir de « la souplesse du droit britannique des sociétés », et donc de pouvoir librement opérer sur une partie quelconque du territoire communautaire, avec un capital initial conforme aux exigences de l'ordre juridique régissant la constitution des sociétés, même si ce capital est inférieur à celui prescrit par la loi d'autres États membres (en particulier, de l'État membre sur le territoire duquel on entend ouvrir un siège secondaire). L'objectif de protection des créanciers publics ne permet pas davantage, selon nous, de soustraire le refus absolu d'immatriculation de la succursale au nombre des mesures incompatibles avec les règles communautaires sur le libre établissement. Nous concluons donc — étant entendu toutefois que nous ne remettons pas en cause l'applicabilité à la succursale danoise de Centros, une fois éliminé l'obstacle administratif à son immatriculation, des dispositions nationales relatives à l'exercice de l'activité commerciale auxquelles sont soumises les sociétés de ce type établies au Danemark — qu'il y a lieu de répondre, en l'absence de justifications valides de la mesure litigieuse, par la négative à la question soulevée par le juge a quo.

Conclusions

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de justice de résoudre dans les termes suivants la question préjudicielle présentement déférée par le Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg:

« Les articles 52 et suivants du traité CE s'opposent à ce que les autorités compétentes d'un État membre refusent l'immatriculation d'une succursale d'une société à responsabilité limitée, constituée conformément à la législation d'un autre État membre et ayant son siège social sur le territoire de ce dernier État, lorsque les circonstances qui président à ce refus sont les suivantes: i) la société elle-même n'exerce pas d'activités économiques; ii) on envisage de constituer la succursale pour exercer l'ensemble de l'activité de la société dans l'État de constitution de la succursale et iii) cette structure de l'opération permet aux associés de se soustraire à l'exigence d'un capital social minimal plus élevé, qui aurait été d'application au cas où la société aurait été constituée dans l'État membre dans lequel on entend ouvrir la succursale. »