

**SEDIUL SOCIETĂȚII COMERCIALE: ASPECTE RELEVANTE ÎN
JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE DE JUSTITIE**

CLAUDIA ANTOANELA SUSANU

1. Teorii în funcție de care se stabilește *lex societatis* în statele membre ale Uniunii Europene

În privința sediului societăților comerciale, literatura de specialitate este marcată de multă vreme de dicotomia dintre abordarea structurală și punctul de vedere formal. Sub aspect formal, sediul unei societăți comerciale numit și sediul statutar este locul declarat în actul constitutiv al persoanei juridice respective și care va apărea în toate actele oficiale ale societății. Din punct de vedere structural, sediul societății este numit sediu real și este reprezentat de locul efectiv în care se află administrația centrală a unei societăți comerciale și organele sale decizionale, indiferent de locul stabilit ca sediu prin intermediul actului constitutiv.

Sediul real, ca loc unde sunt adoptate deciziile fundamentale pentru funcționarea societății, își justifică utilitatea prin ideea că centrul decizional al oricărei societăți trebuie să fie cât mai aproape de activitatea de producție a societății în cauză.¹

Sediul social prezintă relevanță la nivel comunitar putând juca diverse roluri (factor de legătură între o societate comercială și sistemul de drept al unui stat membru, domiciliul societății în scopul aplicării dispozițiilor legale de drept material, criteriu de determinare a jurisdicției competente).² În realitatea, suntem în prezența unei duble determinări: sediul social determină legea aplicabilă unei societăți comerciale (*lex societatis*) prin legătura pe care o stabilește între societatea în cauză și sistemul de drept al statului membru, dar în același timp noțiunea de sediu social este determinată de legea statului membru pe teritoriul căruia a fost declarat sediul statutar sau se află sediul real.

¹ W.F.Ebke, *The European conflict of corporate laws revolution: Uberseering, Inspire Art and Beyond*, in *European Business Law Review* 2005, p.10-13.

² M.V.Benedettelli, *Conflicts of jurisdiction and conflicts of law in company law matters within the EU market for corporate models: Brussels I and Rome I after Centros*, in *European Business Law Review* 2005, p. 64-65.

În consecință, pornind de la această dublă determinare, în interiorul Comunității sunt împărtășite două mari concepții în funcție de care se stabilește *lex societatis*. O primă teorie aplicată de statele membre ale Uniunii Europene este teoria încorporațiunii - *incorporation theory* – potrivit căreia o societate este constituită și funcționează în conformitate cu legea statului pe teritoriul căruia și-a declarat sediul statutar, fiind fără relevanță locul în care își desfășoară activitatea propriu-zisă sau locul în care se află organele decizionale ale societății. Această teorie este împărtășită în spațiul comunitar, printre alte state, de Anglia, Olanda și Irlanda.³

Potrivit celei de-a doua teorii, teoria sediului real – *real seat theory*, *head office theory* sau *siege réel*, respectiv *sitztheorie* în dreptul german – promovată în forma sa pură de Germania, legea aplicabilă unei societăți comerciale aparține statului pe teritoriul căruia se află administrația centrală. În consecință, un stat care aplică teoria sediului real va recunoaște o societate comercială ca aparținând propriului sistem de drept dacă societatea în cauză are administrația centrală pe teritoriul său, independent de statul pe teritoriul căruia a fost declarat sediul statutar. După cum vom vedea, teoria sediului real constituie o formă de limitare excesivă a libertății de stabilire a societăților comerciale în interiorul pieței interne.⁴

2. Deciziile Curții Europene de Justiție în materie

Crearea pieței comune, obiectivul principal al Tratatului de la Roma, ar fi fost un deziderat imposibil de atins în situația în care instituțiile Comunităților Europene nu și-ar fi adus aportul în mod concertat la realizarea acestui obiectiv., Jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene (în prezent Curtea Europeană de Justiție) a constituit, mai ales în domeniul libertăților fundamentale pe care le garantează Tratatul Comunității Economice Europene (în prezent tratatul CE), o abordare pretoriană ce a permis uniformizarea practicilor statelor membre și consolidarea acestor libertăți.

Libertatea de stabilire a societăților comerciale, componentă esențială a libertății de circulație a persoanelor în interiorul pieței interne, este reglementată de art. 43 (fostul art. 52) și art. 48 (fostul art. 58) din Tratatul CE, iar interpretarea de care s-a bucurat de-a lungul timpului a cunoscut o continuă

³ R.R. Drury, *Migrating companies*, in *European Law Review*, 1999, p. 354-358.

⁴ M.Menjuccq, *Droit international et europeen des societes*, Ed. Montchrestien, Paris, 2001, p. 19-26.

evoluție, în strânsă legătură cu evoluția politică a Comunităților Europene și ulterior a Uniunii Europene.⁵

Vom analiza, în cele ce urmează, evoluția soluțiilor Curții de Justiție Europene cu privire la principiul libertății de stabilire a societăților comerciale în interiorul pieții interne, întrucât, fără o implementare reală a acestui principiu, însăși noțiunea de piață internă ar fi lipsită de substanță.

Ca atare, una dintre problemele contemporane cele mai acute existente la nivelul funcționării dreptului comunitar referitor la libera circulație a persoanelor o constituie incapacitatea societăților comerciale formate în statele membre de a beneficia de consecințele juridice la care ar trebui să dea naștere principiul menționat.

a) Libertatea de stabilire cu caracter principal. Imposibilitatea societății comerciale de a-și transfera sediul real dintr-un stat membru în alt stat membru.

(Hotărârea CJE din 27 septembrie 1988, cauza C-81/1987, the Queen c. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC)

Circumstanțele speței

Curtea de Justiție Europeană a fost sesizată în temeiul art. 177 din Tratatul CEE la dat de 19 martie 1987 de către High Court of Justice, Queen's Bench Division printr-o hotărâre prin care se solicita răspunsul Curții cu privire la patru întrebări referitoare la interpretarea în principal a art. 52 și art. 58 din Tratatul CEE. Procedura inițială în cadrul căreia s-a impus necesitatea verificării compatibilității dreptului englez cu dreptul comunitar i-a opus pe reclamanta *Daily Mail and General Trust PLC*, societate comercială constituită în conformitate cu legislația Regatului Unit, care avea la momentul declanșării procedurilor judiciare atât sediul social, cât și administrația centrală pe teritoriul englez, și pe pârâta Trezoreria Regatului Unit.

Prevederile legislative care au determinat chiar apariția litigiului se referă la faptul că legislația fiscală britanică se aplică numai societăților comerciale care sunt rezidente pe teritoriul britanic în „scop fiscal”, această trăsătură fiind determinată de locul unde de afla administrația centrală a societății respective. Odată obținut acest statut de rezident în scopuri fiscale ca urmare a faptului că administrația centrală a societății se afla pe teritoriul britanic, nu se putea renunța

⁵ C. Leicu, *Drept comunitar*, Ed. Lumina Lex, București 1998, p.11-37; G. Fabian, *Drept comunitar instituțional*, Ed. Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2004, p. 26-60; S. Deleanu, *Drept comunitar al afacerilor*, Ed. Servo- Sat, Arad, 2000, p. 5-14.

la el decât cu acordul Trezoreriei. Este evident că modalitatea cea mai la îndemână pentru a pierde acest statut era transferul administrației centrale într-un alt stat membru.

În consecință, societatea comercială de naționalitate engleză a formulat o cerere pentru a obține acordul necesar transferului administrației sale centrale în Olanda. Înainte de a obține acest acord, a deschis un birou în Olanda prin intermediul căruia își desfășura activitatea administrația societății comerciale. Motivul determinant care a făcut ca acest transfer să fie atât de necesar era faptul că societatea britanică dorea să vândă o parte din bunurile aflate în patrimoniu și să folosească sumele astfel obținute pentru a-și cumpăra propriile acțiuni. Or, această procedură urma să fie supusă legislației fiscale britanice, fiind vizat în principal profitul pe care l-ar fi obținut din vânzarea bunurilor respective. O dată mutată administrația centrală în Olanda, legislația fiscală a acestei țări ar fi devenit aplicabilă. În Olanda ar fi putut fi impozitată numai creșterea de valoare a bunurilor ce urmau să fie vândute, intervenită între momentul în care legea olandeză a devenit aplicabilă și momentul în care bunurile erau vândute, ceea ce făcea ca profitul ce urma să fie impozitat să fie redus ca valoare.

Deși s-au purtat negocieri între societatea vizată și Trezoreria britanică, acestea nu au ajuns la nici un rezultat, motiv pentru care au fost declanșate procedurile judiciare în fața instanțelor naționale, în acest context al împrejurărilor de fapt, instanța britanică a dorit să știe în principal dacă prevederile art. 52 și art. 58 din Tratatul CEE garantează unei societăți comerciale constituită în conformitate cu legislația britanică dreptul de a-și transfera administrația centrală pe teritoriul unui alt stat membru ca efect al exercitării libertății de stabilire.

Chestiuni relevante

Afacerea *Daily Mail* reprezintă momentul la care Curtea de Justiție Europeană a decis, că Tratatul CE nu conferă societăților comerciale constituite în conformitate cu legislația unui stat membru și având sediul social, administrația centrală sau principalul centru de activitate pe teritoriul Comunității, dreptul de a-și transfera administrația centrală din statul membru de formare într-un alt stat membru.

Soluția Curții se traduce în faptul că libertatea de circulație a societăților comerciale în interiorul pieței comune nu este recunoscută în mod nelimitat și că statele membre sunt în continuare libere, în lipsa unei acțiuni legislative de armonizare la nivel comunitar, să impună restricții cu privire la libertatea de circulație, indiferent dacă aceste restricții sunt impuse de statul pe care se află

sediul societății respective (statul de plecare) sau statul pe teritoriul căruia se dorește mutarea acestui sediu (statul de destinație).

Curtea a avut pentru prima dată ocazia, prin soluționarea prezentei cauze, să se pronunțe în mod direct asupra **libertății de stabilire cu titlu principal** a unei societăți comerciale.

Deși societatea comercială în discuție, *Daily Mail*, urmărea ca prin acest transfer să evite plata unor obligații fiscale impuse de legislația britanică, Curtea nu s-a limitat la a analiza situația doar din această perspectivă, ci s-a pronunțat asupra problemei de fond, respectiv posibilitatea unei societăți comerciale de a-și transfera administrația centrală dintr-un stat membru pe teritoriul altui stat membru **fără ca această operațiune să implice pierderea personalității juridice** sau schimbarea sistemului legal căruia îi aparține.

O astfel de situație, pe de o parte, pune problema coliziunii a două sisteme de drept diferite (cel al statului de plecare și cel al statului de destinație), altfel spus făcea necesară rezolvarea conflictului de legi care apărea pe această cale, iar pe de altă parte presupunea evaluarea impactului avut de libertatea de stabilire a societăților comerciale asupra acestui conflict.

Soluția jurisprudențială propusă de Curtea de Justiție Europeană în cadrul acestei spețe și care a rămas nemodificată mai bine de 10 ani, a fost în sensul trasării unei distincții între libertatea de stabilire cu titlu secundar și libertatea de stabilire cu titlu principal. Dacă în legătura cu prima formă, Curtea s-a pronunțat și a apreciat că este garantată prin art. 52 și art. 58 din Tratatul CE, situația este mai delicată în ceea ce privește cea de-a doua formă, aceasta nefiind garantată prin prevederile Tratatului CE. Libertatea de stabilire cu titlu principal presupune ca societățile comerciale să aibă posibilitatea de a-și transfera sediul dintr-un stat membru într-alt stat membru fără ca în urma acestei operațiuni să înceteze personalitatea juridică a societății comerciale respective.

Pentru ca la nivel comunitar să funcționeze **transferul transfrontalier al sediului** unei societăți comerciale, s-a considerat necesară în prealabil o armonizare legislativă între statele membre. Pentru a putea însă analiza soluția propusă de către Curtea de Justiție Europeană cu privire la posibilitatea societății comerciale *Daily Mail* de a-și transfera administrația centrală în Olanda, trebuie să avem în vedere teoriile pe care le-am analizat anterior, funcție de care se stabilește *lex societatis* în statele membre ale U.E.

Jurisprudența Curții de Justiție Europene arată faptul că între cele două categorii de state ce aplică teorii diferite există un conflict jurisdicțional și în același timp o competiție între dispozițiile legale incidente în fiecare dintre aceste state, toate având drept scop atragerea unui număr cât mai mare de investitori de către statul membru în cauză. Incompatibilitatea evidentă dintre

cele două sisteme juridice nu permite unei societăți comerciale să aibă sediul statutar pe teritoriul unui stat adept al teoriei incorporațiunii și sediul real pe teritoriul unui stat adept al teoriei sediului real, după cum nici situați inversă nu este posibilă, în condițiile în care *lex societatis* este o necesitate și în același timp o constantă pe parcursul existenței unei societăți comerciale.

Teoria sediului real este un sistem care protejează statul pe teritoriul căruia funcționează societatea, deoarece **statul** în cauză va **aplica în mod obligatoriu legislația sa societății** respective, indiferent de locul declarat drept sediu statutar. În schimb, teoria incorporațiunii, permite alegerea unui sistem de drept în care societatea comercială să fie ancorată, fără a avea vreo altă legătură reală cu acel sistem de drept.

Deși Tratatul CE consacră în art. 43 și art. 48 libertatea de stabilire și de circulație a societăților comerciale în cadrul pieței interne, în realitate societățile comerciale nu beneficiază de această libertate cât privește posibilitatea transferului sediului dintr-un stat membru într-un alt stat membru. Totuși, așa cum am arătat mai sus, teoria incorporațiunii oferă un remediu intermediar în sensul că această teorie, prin chiar structura ei încurajează ca sediul real să fie situat într-un alt loc decât cel în care se află sediul statutar. Prin urmare, cel puțin sediul real, în cadrul acestei teorii poate fi transferat dintr-un stat în altul, fără ca prin aceasta societatea comercială în cauză să fie nevoită să se desființeze și să reînființeze într-un alt stat membru⁶. Acest lucru se datorează faptului că potrivit teoriei incorporațiunii sediul statutar nu trebuie să corespundă cu locul de activitate al administrației centrale.⁷

Problema juridică esențială a speței rămâne aceea că instanța comunitară a fost chemată să verifice dacă o societate comercială engleză, înființată potrivit sistemului incorporațiunii, poate să își transfere numai sediul real în Olanda, țară de asemenea adeptă a teoriei incorporațiunii. Alături de această problemă de drept comunitar și de drept internațional privat, subsecvent s-a pus întrebarea dacă în acest scop era necesară autorizarea Trezoreriei britanice. Chiar dacă din punct de vedere economic scopul transferului administrației centrale în Olanda avea la bază motive de ordin fiscal, Curtea s-a văzut pusă în situația de a analiza în mod fundamental posibilitatea de transfer al sediului unei societăți comerciale în interiorul pieței comune.

După cum rezultă din cea mai mare parte a argumentării Curții de Justiție Europene, **Curtea nu a recunoscut la acel moment dreptul de stabilire și de transfer al sediului real**, considerând că, pe de o parte Tratatul CE recunoaște

⁶ M.Siems, *Converge, competiție*, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st century, *European Law Review* 2002, p. 47-59.

⁷ D.A.Popescu, *Legea aplicabilă societăților comerciale*, în R.D.C. nr.3/1995, p. 78.

numai dreptul de liberă stabilire cu titlu secundar (înființarea unei sucursale sau filiale pe teritoriul unui alt stat membru), în timp ce **pentru recunoașterea dreptului de stabilire cu titlu principal** (transferul sediului, fie și numai a celui real) sunt **necesare măsuri legislative de armonizare**.

b) Libertatea de stabilire cu caracter secundar. Societate comercială constituită în conformitate cu legislația unui stat membru pe teritoriul căruia are stabilit sediul social dar nu desfășoară nici o activitate. Înființarea unei sucursale într-un alt stat membru. Refuzul înregistrării. Tranșarea de CJE, în mod indirect, a posibilității de transfer a sediului real dintr-un stat membru în alt stat membru.

(Hotărârea CJE din 9 martie 1999, cauza C-212/1997, Centros Ltd. c. Erhvervs –og Selskabsstyrelsen)

Circumstanțele speței

Curtea de Justiție Europeană a fost sesizată de către o instanță daneză, solicitându-i-se să se pronunțe cu privire la interpretarea art. 52, art. 56 și art. 58 din Tratatul CE. Promovarea acțiunii preliminare în fața Curții de Justiție Europene s-a dovedit necesară în cadrul unei proceduri de drept intern declanșată de către Centros Ltd, societate cu răspundere limitată de naționalitate britanică, înființată în anul 1992, în conformitate cu legislația britanică, de către doi cetățeni de naționalitate daneză, dl. și d-na Bryde. Potrivit legislației britanice, capitalul social minim pentru înființarea unei astfel de societăți comerciale este de 100 lire, care în plus nici măcar nu trebuia vărsat la data constituirii societății. Sediul social era declarat la domiciliul din Anglia al unui prieten al d-lui Bryde și nu desfășura nici o activitate, director fiind însuși dl. Bryde.

La scurt timp, asociatul Bryde a înființat în Danemarca o sucursală a acestei societăți comerciale. Pentru ca sucursala să fie recunoscută ca existentă din punct de vedere legal era necesară înregistrarea ei în Registrul Comerțului. Înregistrarea a fost însă refuzată și implicit Centros Ltd nu a putut să își deschidă o sucursală în Danemarca. Motivul principal invocat a fost acela că în realitate prin înființarea sucursalei nu se constituia un sediu secundar al societății, ci chiar sediul ei principal, câtă vreme în Regatul Unit societatea nu desfășurase nici un fel de activitate chiar de la înființarea sa.

Autoritățile daneze s-au apărat spunând că este evidentă intenția de a fraudă prevederile legale daneze potrivit cărora o societate comercială poate fi înființată numai dacă a fost stabilit și vărsat un capital social de aproximativ 1000 lire. Ca atare, protecția creditorilor societății impune un comportament

preventiv, sucursala fiind doar un pretext pentru societatea în cauză să aibă sediul principal de fapt pe teritoriul danez.

Chestiuni relevante

După mai bine de 10 ani de la pronunțarea de către Curtea de Justiție Europeană a hotărârii din cauza *Daily Mail*, prin care nu se recunoștea posibilitatea unei societăți comerciale de a-și transfera administrația centrală (sediul real) dintr-un stat membru pe teritoriul altui stat membru, în prezenta speță Curtea a revenit parțial și voalat asupra jurisprudenței *Daily Mail*. Deși aparent problema de drept asupra căreia Curtea trebuia să se pronunțe privește libertatea de stabilire cu titlu secundar și posibilitatea unei societăți comerciale de a înființa o sucursală pe teritoriul unui alt stat membru, analiza Curții excede acest aspect și propune o interpretare permisivă a art. 43 și art. 48 din Tratatul CE.

Aspectele concrete care au determinat importanța acestei hotărâri în cadrul jurisprudenței Curții sunt: societatea *Centros* nu a desfășurat niciodată activități pe teritoriul britanic, asociații sunt cetățeni danezi și au reședința în Danemarca, capitalul social ce trebuia vărsat la constituirea unei societăți comerciale de naționalitate daneză este de aproximativ 1000 lire sterline, în timp ce în cazul unei societăți britanice capitalul scris (fără a fi necesară vărsarea lui) este de 100 lire sterline, înființarea sucursalei avea drept scop ca întreaga activitate să se desfășoare în Danemarca, împrejurare care nu a fost negată de cei doi asociați.

Pornind de la aceste premise, Curtea trebuia să verifice dacă refuzul autorităților daneze de a înregistra această sucursală constituie un comportament abuziv raportat la prevederile Tratatului CE și dacă un asemenea comportament abuziv poate fi justificat prin necesitatea de a sancționa comportamentul ilicit al societății comerciale care invocă în favoarea ei libertatea de stabilire.

De vreme ce autoritățile daneze au susținut că situația creată în jurul refuzului de înregistrare a sucursalei aparținând *Centros Ltd* este pur internă și nu privește normele comunitare privind libertatea de stabilire, Curtea și-a construit raționamentul pornind de la împrejurarea că dispozițiile Tratatului CE sunt incidente în cauză.

Altfel spus, Curtea nu a acceptat ideea potrivit căreia în speță am fi în prezența a ceea ce doctrina britanică numește *U turn construction*, respectiv invocarea cu rea-credință a prevederilor de drept comunitar mai favorabile într-o situație care este de competența exclusivă a statelor membre. Faptul că o sucursală aparținând unei asociații comerciale care îndeplinește cerințele art. 48 din Tratatul CE nu poate fi înregistrată într-un alt stat membru este o problemă

de drept comunitar, astfel încât nu se poate accepta aserțiunea autorităților daneze.

Curtea a afirmat cu claritate principiul potrivit căruia resortisanții unui stat membru au dreptul de a decide, în acord cu prevederile Tratatului CE, sistemul de drept în cadrul căruia să înființeze o societate comercială, alegerea acestuia făcându-se în mod evident în funcție de propriile interese, astfel încât structura societară aleasă să corespundă cât mai bine scopurilor urmărite⁸. În consecință, faptul că soții Bryde au decis să înființeze societatea comercială în Regatul Unit, unde prevederile legale sunt mai permissive, nu constituie prin el însuși un comportament ilicit.⁹

Absolut surprinzătoare raportat la jurisprudența anterioară a Curții, această abordare dă substanță noțiunii de **piață internă** în cadrul căreia este normal ca suveranitatea statelor membre să fie diminuată în anumite domenii și suplinită de prevederi legale supranaționale uniforme. Pentru prima dată Curtea aduce în atenție faptul că spațiul economic european este compatibil cu ceea ce doctrina anglo-americană a numit *law shopping*. Câtă vreme statele membre sunt ținute să respecte un ansamblu comun de reguli de drept, diferențele legislative între aceste state pot fi folosite ca un avantaj pentru atragerea a cât mai mulți investitori. Este cazul Regatului Unit, care, prin dispozițiile privind capitalul social, va fi în mod evident preferat Danemarcei. Un astfel de comportament în sine nu poate fi considerat ilicit sau contrar dispozițiilor Tratatului CE.

Hotărârea în cauza *Centros* a fost privată în doctrină ca reprezentând sfârșitul teoriei sediului real. Deși Curtea nu s-a pronunțat cu privire la transferul sediului real (administrației centrale) dintr-un stat membru pe teritoriul altui stat membru, așa cum fusese chemată să o facă în cauza *Daily Mail*, situația de fapt și soluția pronunțată susțin posibilitatea transferului real dintr-un stat membru într-un alt stat membru. Atât Regatul Unit (statul de plecare), cât și Danemarca (Statul de sosire) sunt adepți ale teoriei incorporațiunii, astfel încât nu exista riscul apariției unui conflict de legi între cele două sisteme de drept.

În concret, societatea vizată dorea să rămână guvernată de aceeași lege, însă să își modifice într-un alt stat locul din care să se exercite conducerea efectivă a societății. Deși jurisprudența *Daily Mail* a fost reformată prin această nouă decizie a Curții, acest lucru s-a întâmplat, după cum s-a observat în doctrină, într-un mod absolut bizar, respectiv prin intermediul unei hotărâri al cărei obiect, cel puțin în aparență, era total diferit de cel al primei hotărâri.

⁸ Paragraf 17 din Hotărârea CJE din 9 martie 1999, cauza C-212/1997, *Centros Ltd. c. Erhvervs –og Selskabsstyrelsen*)

⁹ Paragraf 18 din Hotărârea CJE din 9 martie 1999, cauza C-212/1997, *Centros Ltd. c. Erhvervs –og Selskabsstyrelsen*.

Astfel, în cauza *Daily Mail*, Curtea trebuia să se pronunțe cu privire la libertatea de stabilire cu titlu principal (transferul sediului real dintr-un stat în altul), problemă referitor la care a apreciat că lipsa de uniformizare a sistemelor legale ce intră în coliziune cu această ocazie o împiedică să recunoască existența unei asemenea libertăți. În schimb, în afacerea *Centros* Curtea a fost chemată să tranșeze un aspect care, cel puțin în aparență, privea libertatea de stabilire cu titlu secundar (înființarea într-un alt stat membru a unei sucursale) în soluționarea căruia Curtea nici măcar nu s-a referit la eventuale conflicte de legi între cele două sisteme de drept care se intersectau (cel englez și cel danez). Și totuși, soluția a depășit libertatea de stabilire cu titlu secundar prin aceea că a recunoscut dreptul ca **centrul decizional** al unei societăți **să se afle într-un alt stat decât cel care găzduiește sediul statutar**, ceea ce înseamnă practic posibilitatea de **transfer al sediului real** dintr-un stat într-un alt stat membru.¹⁰

De altfel, statul danez a invocat necesitatea penalizării încercării de fraudare a prevederilor legale daneze prin acest comportament¹¹. Curtea a verificat astfel dacă atitudinea autorităților daneze este justificată de motive de ordine publică, însă situația de fapt a determinat Curtea să afirme că nu există dovezi în sensul că cei doi cetățeni danezi asociați ar fi încercat să deturneze de la scopul lor prevederile Tratatului CE și ale legislației daneze.

În consecință, nu a existat, în optica instanței comunitare, nici un motiv pentru ca societății respective să nu i se permită să își înființeze o sucursală în Danemarca. Deși principal, Curtea a acceptat faptul că o exercitare abuzivă drepturilor conferite de tratatul Ce este posibilă, însă aceasta nu este prezentă în cazul de față.

c) Societate comercială constituită în conformitate cu legislația unui stat membru adept al teorii incorporațiunii. Exercițarea dreptului la libertatea de stabilire în alt stat membru adept al teoriei sediului real. Transferul “de facto” al sediului real în statul membru gazdă. Nerecunoașterea de către acesta din urmă a capacității procesuale a societății.

(Hotărârea CJE din 5 noiembrie 2002, cauza C-208/2000, *Uberseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*)

¹⁰ J.L.Hansen, *A new look at Centros from a Danish point of view*, in *European Business Law Review* 2002, p. 85-95.

¹¹ P.Cabral, P.Cunha, *Presumed innocent: companies and the exercise of the right of establishment under Community law*, in *European Law Review* 2000, p. 157-164.

Circumstanțele speței

Curtea de Justiție Europeană a fost sesizată la data de 25 mai 2000 printr-un ordin al Curții Federale de Justiție a Germaniei (*Bundesgerichtshof*) pentru ca, în temeiul art.234 din Tratatul CE (fostul art.177) să pronunțe o hotărâre prin care să răspundă la două întrebări privind interpretarea coordonată a art.43 și art. 48 din Tratatul CE (art.52 și art. 58 anterior renumerotării) și care au apărut în cadrul procedurii de drept intern desfășurate între două societăți comerciale *Überseering BV*, constituită în Olanda și având sediul social declarat pe teritoriul acestui stat membru și *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, de naționalitate germană, care avea atât sediul social declarat, cât și administrația centrală pe teritoriul german.

Litigiul principal a fost declanșat de faptul că societatea olandeză *Überseering* a cumpărat o suprafață de teren în *Düsseldorf* pe care a folosit-o în scopuri comerciale. În urma unui contract cu firma germană, aceasta din urmă trebuia să execute anumite lucrări de construcție și finisaje la imobile de pe această proprietate. Societatea beneficiară a invocat faptul că lucrările erau defectuos executate și a solicitat în temeiul garanției oferite pentru lucrări daune interese de aproximativ 1.163.657,77 mărci germane. Obiectul litigiului principal nu a ridicat probleme deosebite din perspectiva dreptului comunitar. Între momentul efectuării lucrărilor și momentul promovării acțiunii de recuperare a pagubelor în fața instanțelor germane, totalitatea părților sociale ce alcătuiau capitalul social al societății olandeze *Überseering* au fost cesionate în favoarea a doi cetățeni de naționalitate germană care aveau domiciliul în *Düsseldorf*. Ca efect al acestei situații, în fapt administrația centrală a societății *Überseering* a fost transferată pe teritoriul Germaniei.

Potrivit practicii judiciare germane și a legislației relevante în domeniu capacitatea legală a unei persoane juridice este determinată prin raportare la legea statului pe teritoriul căruia se află administrația centrală a societății în cauză. Regula viza deopotrivă și societățile comerciale care au fost constituite într-un alt stat membru și și-au transferat administrația centrală pe teritoriul german. Aplicând dispozițiile legii germane, instanțele interne din Germania au observat că administrația centrală a societății *Überseering* se află pe teritoriul german, astfel că această societate ar trebui constituită conform legislației germane. Câtă vreme *Überseering* nu era constituită potrivit legislației germane, implicit nu i se putea recunoaște capacitate legală, astfel că acțiunea promovată de către această societate comercială a fost respinsă ca inadmisibilă fiind introdusă de o persoană fără capacitate.

Chestiuni relevante

Problema juridică fundamentală pe care o rezolvă Curtea în cadrul prezentei spețe constă în recunoașterea personalității juridice a unei societăți comerciale formată în conformitate cu legislația unui stat membru (Olanda) de către un alt stat membru (Germania) în condițiile în care potrivit sistemului de drept al acestui din urmă stat societatea în cauză ar trebui guvernată de legislația sa și nu de cea a primului stat arătat.

Pentru prima dată în jurisprudența Curții conflictul legal a luat naștere între două sisteme de drept diametral opuse: Olanda, adeptă a teoriei incorporațiunii, potrivit căreia legea aplicabilă unei societăți comerciale este cea a statului pe teritoriul căruia societatea în cauză și-a declarat sediul statutar, și respectiv Germania, adeptă a teoriei sediului real în forma sa pură, în concordanță cu care societatea comercială va fi guvernată de legea statului pe teritoriul căruia își are administrația centrală (sediul real). Societatea comercială *Überseering*, constituită în Olanda a ajuns să aibă administrația centrală pe teritoriul german ca efect al cesiunii părților sociale în favoarea unor cetățeni germani, rezidenți în Germania. Așadar, societatea nu a solicitat și nici nu a luat vreoaică măsură în sensul transferului sediului ei real, ca și operațiune de sine stătătoare, așa cum a fost cazul în *cauza Daily Mail*, iar pe de altă parte nu a înființat o sucursală pe teritoriul german prin intermediul căreia dorea să își desfășoare întreaga activitate, astfel cum s-a întâmplat în *cauza Centros*. Ca efect al împrejurărilor, a avut loc un transfer *de facto* al sediului real al societății pe teritoriul unui stat membru a cărui legislație considera sediul real ca fiind elementul de legătură între societate și sistemul de drept respectiv și că, în consecință, legea acelui stat ar fi trebuit să guverneze societatea comercială în cauză.

Curtea a fost pusă în fața unei dileme: pe de o parte, asigurarea libertății de stabilire a societății comerciale *Überseering*, pe care instanțele naționale germane o negau prin faptul că nu recunoșteau nici măcar personalitatea juridică a societății respective, deși societatea în cauză nu desfășura nici un fel de activitate pe teritoriul Germaniei, dar pe de altă parte, respectarea sistemului de drept german și a suveranității acestui stat care promova teoria sediului real în forma sa pură.

Metoda pe care Curtea a găsit-o pentru a realiza acest compromis a fost raportarea la jurisprudența *Daily Mail*, în sensul disocierii celor două hotărâri. Curtea a susținut că în timp ce în *cauza Daily Mail* se analizează posibilitatea unei societăți comerciale de a-și transfera administrația centrală (sediul real) dintr-un stat membru pe teritoriul unui alt stat membru, fiind de verificat dacă limitările impuse de statul de plecare (Anglia) sunt justificate, în prezenta cauză

se pune problema recunoașterii personalității juridice a unei societăți comerciale constituite în mod legal în conformitate cu legislația unui stat membru și limitările impuse de statul de destinație. Justificarea pentru abordarea Curții este evidentă.

În măsura în care jurisprudența *Daily Mail* rămânea valabilă se recunoștea viabilitatea sistemului de drept german și a teoriei sediului real, în sensul că lipsa armonizării legislative permite unui stat membru să interzică unei societăți comerciale să își transfere de pe teritoriul său administrația centrală (sediul real). Distincția este însă, cel puțin parțial, forțată, deoarece se sprijină pe aspecte formale ¹²(în cauza *Daily Mail* s-a cerut în mod expres transferul sediului real dintr-un stat membru pe teritoriul unui alt stat membru, în timp ce în prezenta cauză s-a produs *de facto*), rezultatul fiind însă același, o societate comercială formată într-un stat membru ca pe parcursul existenței sale își transfera sediul real pe teritoriul unui alt stat membru, deși mijloacele au fost diferite.

În ciuda eforturilor Curții de Justiție Europene de a da o anumită semnificație jurisprudenței *Überseering*. în doctrina prezentă hotărârea a fost privită ca momentul în care Curtea a postulat teoria incorporațiunii ca metodă de determinare a legii aplicabile unei societăți comerciale în detrimentul teoriei sediului real, care prin natura ei aducea atingere libertății de stabilire garantate de Tratatul CE.

Potrivit doctrinei, hotărârea pronunțată în cauza *Überseering* aduce clarificări poziției adoptate de Curte în cadrul afacerii *Centros* și arată determinarea Curții de a sancționa protecționismul excesiv împotriva așa-numitelor „*pseudo-foreign companies*” (societăți comerciale care nu au nicio legătură reală cu sistemul de drept sub guvernarea căruia s-au constituit).

Societățile comerciale sunt formate în conformitate cu legislația unui stat membru pentru a se putea bucura de libertatea de stabilire, iar o dată constituite sunt persoane juridice aparținând acelui sistem de drept, principiu care trebuie acceptat de toate celelalte state membre, pentru că altfel libertatea de stabilire nu ar putea primi aplicare. Faptul că societatea *Überseering* fusese înființată potrivit sistemului de drept olandez, care aplica teoria incorporațiunii, iar administrația centrală a fost considerată a fi transferată pe teritoriul Germaniei, care aplică teoria sediului real, a dat naștere unui conflict pozitiv în sensul că normele legale din fiecare stat membru revendicau aplicabilitatea asupra societății în cauză¹³.

¹² P.J.Omar, *Centros, Überseering and beyond: An European recipe for corporate migration (Part II)*, in *International Company and Commercial Law Review* 2005, p. 22.

¹³ Paragraf nr.59 din Hotărârea CJE din 5 noiembrie 2002, cauza C-208/2000, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*

Curtea a arătat în cadrul raționamentului său juridic că de vreme ce societatea a fost deja constituită în mod legal într-un stat membru, nu se poate problema reînmatriculării sale într-un alt stat membru. S-a dat astfel **prioritate teoriei încorporațiunii fără a se mai analiza conflictul de legi** dintre cele două sisteme de drept¹⁴, fără însă ca această prevalență a teoriei încorporațiunii, să fie absolută. Curtea a fost rezervată în a extinde excesiv domeniul de aplicare al acestei jurisprudențe.

Totuși, teoria sediului real și jurisprudența *Daily Mail* nu și-au încetat aplicabilitatea. Nu trebuie omis faptul că **instanța comunitară nu s-a pronunțat asupra transferului direct al administrației centrale** ca în cauza *Daily Mail*, putând reprezenta un punct de referință în continuare afirmația Curții potrivit căreia statul de plecare poate impune restricții în cazul transferului administrației centrale a societății comerciale într-un alt stat membru.¹⁵

Se pune astfel întrebarea: care este situația de fapt pe care o soluționează Curtea și care sunt implicațiile juridice ale acestei soluții? Curtea de Justiție Europeană a decis în cauza *Überseering* că recunoașterea personalității juridice a unei societăți comerciale legal constituite într-un stat membru este obligatorie în contextul prevederilor Tratatului CE. Deși Curtea ia în considerare că problema recunoașterii personalității juridice a apărut în urma transferului de fapt al administrației centrale pe teritoriul Germaniei, își circumscrie raționamentul situației concrete a speței.

Altfel spus, Curtea nu a acceptat că aplicarea teoriei sediului real să conducă la negarea personalității juridice a unei societăți comerciale de naționalitate olandeză, fără ca prin această aserțiune să înlăture în mod absolut aplicarea acestei teorii, ci numai în cazul concret și în alte spețe similare.

Sistemul de drept german și implicit autoritățile nu au recunoscut ca fiind o persoană juridică de sine stătătoare societatea comercială în cauză, iar instanța de drept comun din Germania nu a recunoscut capacitate procesuală acestei societăți, în virtutea împrejurărilor mai sus enunțate. Recunoașterea reciprocă a societăților comerciale în interiorul pieței comune este o condiție fundamentală pentru funcționarea libertății de stabilire atât cu titlu principal, cât și cu titlu secundar. Faptul că referitor la acest aspect dreptul comunitar intră în conflict cu sistemele de drept naționale ale statelor membre a determinat Curtea la o reacție atât de energică.

¹⁴ P. Dyberg, *Full free movement of companies in the European Community at last?*, in *European Law Review* 2003, p. 536.

¹⁵ P.J. Omar, *Centros, Überseering and beyond: An European recipe for corporate migration (Part II)*, in *International Company and Commercial Law Review* 2005, p. 23.

d) Libertatea de stabilire cu caracter secundar. Societate comercială constituită în conformitate cu legislația unui stat membru pe teritoriul căruia are stabilit sediul social dar nu desfășoară nici o activitate. Admiterea înregistrării sucursalei într-un alt stat membru. Condiționarea sucursalei de a se prezenta ca societate comercială de naționalitate străină.

(Hotărârea CJE din 30 septembrie 2003, cauza C-167/2001 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.)

Circumstanțele speței

Curtea de Justiție Europeană a fost sesizată la data de 19 aprilie 2001 de către Curtea Cantonală din Amsterdam cu o acțiune preliminară al cărei obiect era interpretarea dispozițiilor art. 43, art. 46 și art. 48 din Tratatul CE. Întrebările al căror răspuns trebuia oferit de către Curtea de Justiție Europeană au apărut în cadrul procedurii dintre Camera de Comerț și Industrie Amsterdam și Inspire Art Ltd, societate comercială de naționalitate britanică și care și-a înființat o sucursală pe teritoriul olandez pe care a înregistrat-o în Registrul Olandez al Comerțului ca atare, fără nici o mențiune specială.

Potrivit Legii privind societățile comerciale străine, o astfel de sucursală trebuia în mod obligatoriu să fie înregistrată cu mențiunea că este o sucursală a unei societăți comerciale de naționalitate străină, iar această mențiune să apară în toate actele sucursalei. Societatea comercială *Inspire Art Ltd* avea ca obiect de activitate comerțul cu obiecte de artă și fusese înființată în Regatul Unit, având sediul social declarat la Folkstone, cu un singur administrator care era împuternicit să desfășoare orice activitate în numele societății și care avea domiciliul la Haga, în Olanda.

La momentul la care a înființat sucursala, societatea comercială a refuzat să se înregistreze în Registrul Olandez al Comerțului ca fiind o societate comercială străină, înregistrarea fiind necesară în vederea constituirii sucursalei. Deși i s-a solicitat acest lucru, *Inspire Art Ltd* s-a apărat susținând că dispozițiile speciale din dreptul olandez privind definiția unei societăți comerciale străine nu i se aplică și în consecință această mențiune nu trebuie să apară în dreptul înregistrării sale.

Totuși, Camera de Comerț și Industrie Amsterdam a apreciat ca fiind obligatorie această mențiune deoarece *Inspire Art Ltd* își desfășura întreaga activitate pe teritoriul olandez și a solicitat instanței pronunțarea unei hotărâri judecătorești care să prevadă înscrierea în Registrul Comerțului a mențiunii că *Inspire Art Ltd* este o societate comercială străină. Instanța națională a apreciat că în speța de față, cel puțin aparent exista o coliziune între normele de drept

național și normele de drept comunitar cu privire la obligativitatea menționării faptului că *Inspire Art Ltd* este o societate comercială străină.

Curtea de Justiție Europeană, în soluționarea întrebărilor care i-au fost adresate, a fost nevoită să facă o analiză de ansamblu a legislației comunitare și a dispozițiilor de drept intern.

Chestiuni relevante

Potrivit legislației olandeze, societatea comercială de naționalitate britanică *Inspire Art Ltd* care dorea constituirea unei sucursale pe teritoriul Olandei care să reprezinte, pe de o parte, administrația centrală a societății, iar pe de altă parte să asigure desfășurarea în totalitate a activității societății, era obligată să se supună unor prevederi diferite de cele aplicabile societăților comerciale de naționalitate olandeză, mai exact trebuia să indice în toate actele sale că este o societate comercială de naționalitate străină, mențiune făcută și la înregistrarea sa în Registrul Comerțului din Olanda.

În contextul jurisprudenței *Centros*, potrivit căreia Danemarca a fost sancționată pentru că a refuzat înregistrarea unei sucursale aparținând unei societăți comerciale de naționalitate engleză, legislația olandeză nu mai este atât de restrictivă, în sensul că permite înregistrarea unei astfel de sucursale, dar cu respectarea condițiilor amintite mai sus. Mai mult, respectarea acestor condiții nu a fost gândită ca o formalitate prealabilă a înregistrării, pentru a nu se putea susține că ar împiedica înființarea sucursalei în cauză, ci a fost prevăzută sub sancțiunea suportării oricăror daune cauzate prin actele încheiate de societate până la momentul îndeplinirii condițiilor în mod solidar de societate și administratorii acesteia.

Obligația unei societăți comerciale având naționalitatea unui alt stat membru de a se prezenta în cadrul sistemului de drept olandez ca fiind o societate comercială străină, pune sub semnul întrebării însăși noțiunea de piață internă și anulează principiul recunoașterii mutuale automate între statele membre a societăților comerciale constituite în conformitate cu legislația unui stat membru și care au sediul social, administrația centrală sau principalul loc de desfășurare a activității pe teritoriul unui stat membru (potrivit art. 48 din Tratatul CE).

Spre deosebire de autoritățile daneze în afacerea *Centros*, în speța de față autoritățile olandeze au permis înregistrarea sucursalei cu condiția îndeplinirii ulterioare a celorlalte formalități. Reiese așadar că jurisprudența Curții a avut efect asupra atitudinii statelor membre referitor la libertatea de stabilire a societăților comerciale. Totuși asemănarea rezidă în argumentele aduse de autoritățile celor două state pentru a justifica restricțiile aduse, iar din

perspectiva stării de fapt în aceea că, în ambele cazuri, întreaga activitate a societăților comerciale urma să se desfășoare în întregime pe teritoriul statului de primire. Concluzia este că sarcina Curții a fost în primul rând aceea de a se raporta la jurisprudența sa anterioară în rezolvarea acestei cauze, jurisprudența pe care a reconfirmat-o.

Am afirmat asemănarea acestei spețe cu afacerea *Uberseering* din perspectiva problemei de drept pe care o aduce în atenție: în principal asigurarea libertății de stabilire cu titlu secundar a societăților comerciale, cu implicații privind transferul de facto al sediului real de pe teritoriul unui stat membru pe teritoriul unui alt stat membru.

Și în aceasta speță s-a pus problema ca prin înființarea sucursalei pe teritoriul Olandei administrația centrală (sediul real) a societății *Inspire Art* a fost transferată în acest stat. Având însă în vedere că atât Regatul Unit, statul a cărui sistem legal guvernează societatea în cauză, cât și Olanda (statul de primire) au adoptat teoria incorporațiunii, nu a luat naștere un conflict legal între cele două sisteme de drept.

Hotărârea Curții în cauza *Uherseering* a evitat repunerea în discuție a acestui transfer *de facto*, astfel cum s-a întâmplat în cauza *Centros*, când autoritățile daneze nu invocată în susținerea propriei poziții cauza *Daily Mail* care interzice transferul sediului real între două state membre (în realitate această decizie, încă reprezentând poziția Curții, admite din partea statului de plecare impunerea anumitor restricții și nicidecum nu interzice în mod absolut transferul sediului real).

În acest context, hotărârea Curții se concentrează asupra a două aspecte mai puțin tratate în jurisprudența anterioară, respectiv noțiunea de *pseudio-foreign companies* și noțiunea de *U-turn construction*, în scopul delimitării acestor concepte și stabilirii compatibilității lor cu dispozițiile art. 43 și art. 48 din Tratatul CE.

Pseudo-foreign companies sunt societăți comerciale pentru care fondatorii aleg să le înființeze într-un sistem de drept mai permisiv în ceea ce privește condițiile impuse pentru constituire, dar care, chiar de la început, au drept scop să își desfășoare activitatea pe teritoriul altui stat membru decât cel de constituire. Altfel spus, este o societate comercială care are o dublă legătură: o **legătura formală** cu sistemul de drept în care a luat naștere și care își aplică normele cu privire la constituirea, organizarea și funcționarea ei internă și o **legătură reală** cu sistemul de drept în interiorul căruia își desfășoară activitatea și care guvernează, din punct de vedere juridic, operațiunile săvârșite de societate în executarea obiectului său de activitate.

Autoritățile olandeze au reglementat separat situația acestor societăți pseudo-străine în ideea de a împiedica pătrunderea lor în orice condiții pe piața olandeză, asigurând astfel un minim echilibru între acestea și societățile autohtone care trebuiau să respecte condiții mai stricte.

Curtea a apreciat că atâta vreme cât *Inspire Art* se prezenta în raporturile sale juridice cu terții ca fiind o societate comercială de naționalitate engleză, fără să urmărească inducerea acestora în eroare, îndeplinirea unor condiții suplimentare care țineau de statutul sau de societate pseudo-străină nu puteau fi justificate pe motivul protecției creditorilor sau a protecției interesului general, creditorii fiind atenționați în mod suficient. Pe de altă parte, Curtea nu se pronunța în sensul că însuși conceptul de *pseudo-foreign companies* este contrar libertății de stabilire garantate de Tratatul CE, ceea ce conduce la concluzia că statele membre sunt libere să mențină dispoziții legale cu privire la aceste societăți comerciale sub condiția de a nu le impune acestora, pe această cale, restricții privind libertatea de stabilire. Se poate afirma că hotărârea *Inspire Art* este prima în care Curtea afirmă în mod necondiționat protecția din partea normelor comunitare privind libertatea de stabilire pentru societățile pseudo-străine, ceea ce semnifică consacarea fără rezerve la nivel comunitar a conceptului de *law shopping*, idee acreditată în doctrină încă de la pronunțarea hotărârii în cauza *Centros*.

Se poate observa faptul că instanța comunitară trebuia să verifice dacă înființarea societății în Anglia urmărește doar evitarea Legislației olandeze care este mai restrictivă și dacă invocarea libertății de stabilire nu este altceva decât o deturnare a prevederilor Tratatului CE de la scopul pentru care au fost edicate. Altfel spus, a fost adusă în atenția Curții noțiunea de *U-turn constructions*, aceasta fiind invocată și în cadrul afacerii *Centros*.

Pentru a face dovada existenței unei astfel de fraude vor trebui aduse însă argumente concrete și nu prezumții cu caracter general, abstract, referitoare atât la elementele obiective (comportamentul concret al societății comerciale în cauză), cât și la cele subiective (intenția dovedită de a deturna normele de drept comunitar de la scopul adoptării lor).

Și de această dată Curtea a arătat că simplu fapt că o societate, imediat după constituire înființează într-un alt stat o sucursală prin intermediul căreia își va realiza obiectul de activitate nu constituie în sine o folosire abuzivă a libertății de stabilire, ci dimpotrivă, scopul pentru care a fost instituită această libertate constituindu-l tocmai oferirea posibilității societăților comerciale de a putea

recurge la stabilimente cu titlu secundar prin intermediul cărora să își desfășoare activitatea.¹⁶

Sanționarea statului de primire pentru instituirea unor formalități discriminatorii în defavoarea persoanelor juridice constituite în mod legal în conformitate cu legislația unui alt stat membru și care a înființat o sucursală prin intermediul căreia să se deruleze întreaga activitate a consacrat jurisprudența Curții de Justiție Europene în privința acestui tip de situație juridică.

Concluzii

Evoluția jurisprudenței Curții de Justiție Europene cu privire la libertatea de stabilire a societăților comerciale în interiorul pieței comune constituie încă o dovadă în sensul că în lipsa unei armonizări legislative la nivel comunitar, statele membre continuă să promoveze, prin diverse norme legale, protejarea propriului sistem de drept față de societățile comerciale înființate în conformitate cu legislația unui alt stat membru. Deși mijloacele sunt de fiecare dată diferite, rezultatul urmărit rămâne același, indiferent că este vorba despre cauza *Centros*, *Uberseering* sau *Inspire Art*, și anume obligarea indirectă a societăților comerciale constituite într-un stat membru să respecte și condițiile statului de primire referitoare la înființarea unei societăți comerciale, în ciuda faptului că societățile vizate de aceste condiții se bucurau deja, în virtutea prevederilor Tratatului CE, de statutul de persoane juridice.

Atât jurisprudența anterior menționată cât și raportul final (din 04.11.2002) elaborat de grupul de experți de înalt nivel în domeniul dreptului societăților, au avut ca efect elaborare de către Comisie a unui proiect de directivă, supus dezbaterii publice, cu privire la transferul transfrontalier al sediului statutar al societăților de capitaluri.

Fiecare stat membru trebuie să recunoască dreptul unei societăți ce e constituită conform ordinii sale juridice, de a decide prin hotărârea adunării generale adoptată după formele și procedurile impuse pentru modificarea statutului, să-și transfere sediul statutar într-un alt stat membru, în scopul de a dobândi o nouă personalitate juridică, în locul celei de origine. Această decizie, ca și demararea procedurii de înmatriculare în noul stat membru, nu poate duce prin ea însăși nici la radierea societății, nici la pierderea personalității juridice pe care o are în statul membru de origine, atât timp cât achiziționarea personalității

¹⁶ A. Looijestijn-Clearie, *Have the disk collapsed? Inspire Art, a further break-through in the freedom of establishment of companies?* In *European Law Review*, 2004, p. 409-414.

juridice de către societate în statul membru de primire nu va fi confirmată prin înmatricularea în acesta din urmă.

Decizia adunării generale de transfer a sediului statutar într-un alt stat membru- supusă unei publicități prealabile adecvate- trebuie de asemenea să comporte (sub condiția suspensivă a înmatriculării în statul membru de primire) modificările de statut necesare pentru conformarea societății condițiilor esențiale de fond și de formă cerute pentru înmatricularea în statul membru de primire. Societatea trebuie să se transforme într-o formă de societate recunoscută de statul membru de primire. În funcție de legislația statului membru de primire, o condiție de fond pentru atribuirea personalității juridice și înmatriculare ar putea fi identitatea sediului statutar cu sediul real al societății. Într-un asemenea caz, hotărârea de transfer a sediului statutar trebuie să conțină de asemenea decizia de transfer a sediului real.

Nu va reveni în acest timp statului membru de origine să verifice dacă modificările (sub condiție suspensivă) statutului corespund efectiv condițiilor esențiale pentru atribuirea personalității juridice în statul membru de primire și pentru înmatricularea societății în această țară.

Statul membru de primire nu poate refuza înmatricularea unei societăți care, prin hotărârea adoptată de adunarea generală și în special prin modificarea statutului său, răspunde condițiilor esențiale de fond și de formă cerute pentru înmatricularea societăților naționale.

Directiva va trebui să coordoneze:

-1) controlul, de statul membru de origine a regularității adoptării hotărârilor adoptate de adunarea generală;

-2) controlul de statul membru de primire a condițiilor de fond, de formă și de procedură națională pentru a se atribui societății personalitatea juridică din ordinea juridică națională, ca și pentru înmatricularea sa;

Statul membru va controla și va atesta regularitatea luării deciziei de transfer și de modificare a statutului. Statul membru de primire va controla conținutul statutului modificat - care înlocuiește eventual actul constitutiv și statutul- ca și celelalte condiții de fond cerute.

Înmatricularea în statul membru de primire comportă pierderea personalității juridice și radierea societății în statul membru de origine, cu notarea transferului atât în registrul de origine, cât și în cel al locului unde se va opera noua înmatriculare. Transferul sediului statutar nu va comporta lichidarea societății.

Abstract

In EU law there are two theories claiming to determine *lex societatis*. According to the first - the incorporation theory - a corporation is founded and operates based on the municipal law of the state where the registered office was declared, irrespective of the place its actual corporate activity occurs or its decision making bodies are situated. This theory is followed in countries as Great Britain, Netherlands or Ireland.

The second theory - the real seat theory or head office theory (sieve reel or Sitztheorie) - is defended in its pure form in Germany and asserts that the law applied to a trading company is the law of the state where its central administration seat is situated. Hence, a state applying the real seat theory will recognize a trading company as falling into the scope of its own legal system if the mentioned company has its actual administration seat on its territory, irrespective of the circumstance that the registered office was declared to be on the territory of another state.

The real seat theory constitutes an extreme limitation of the freedom of settlement for trading companies within the common market.

Four cases decided by the European Court of Justice (*Centros*, *Daily Mail*, *Überseering* and *Inspired Art*) are relevant for illustrating the evolution of the European jurisprudence on freedom of settlement within the European Common Market.

In the absence of legislative harmonization among EU member states, each state seeks to achieve by several legal means the protection of its own legal system against alleged encroachments from trading companies created under foreign law, aiming at the indirect obligation of trading companies incorporated in another EU member state to fulfill also the incorporation requirements of its legal system, notwithstanding the fact that according to EC Treaty these companies can rely on the general protection granted to legal entities.

Key words: trading companies, corporate seat, *lex societatis*, incorporation theory, real seat theory, European Court of Justice

