

Mobilité internationale des sociétés : la CJUE permet le changement de nationalité d'une société sans transfert réel de son activité

Less is More : Mars 2018



Antje Luke, Dr. Iur. Avocat au Barreau de Paris | Rechtsanwältin | Partner
Jessica Noy-Gsell, Avocat au Barreau de Paris

Par un arrêt très remarqué du 25 octobre 2017 - Polbud¹, la Cour de Justice de l'Union Européenne ouvre la possibilité aux sociétés de se soumettre au droit d'un autre Etat membre par changement de siège quand bien même l'activité économique réelle se poursuit dans l'Etat membre d'origine. Ainsi, la Cour permet aux sociétés le libre choix du droit des sociétés applicable, à condition de respecter les règles et formalités de l'Etat d'accueil.

Il peut être intéressant pour une société de transférer dans un autre pays soit son lieu de direction et d'activité effective (« siège réel »), soit son lieu d'immatriculation ce qui emporte typiquement le changement de sa nationalité (« siège statutaire »). Les motivations pour un tel changement sont multiples, et tiennent souvent à la recherche du régime de droit des sociétés ou de droit fiscal le plus attractif. Au sein de l'Union européenne, de tels transferts de siège n'étaient pas toujours et ne sont partiellement toujours pas admis par tous les Etats membres et peuvent avoir comme conséquence –désastreuse – la dissolution

de la société ou son changement de forme sociale.

Sous l'égide de la liberté d'établissement, le droit européen a progressivement vu accroître les possibilités de tels transferts. D'une part, le droit dérivé européen ambitionne depuis des années d'harmoniser le droit des sociétés, notamment par des dispositions concernant les fusions, scissions, transformations et transferts de siège internationaux. S'il est vrai que la fusion transfrontalière n'est prévue par une directive que pour les sociétés de capitaux, la Societas Europaea (SE) a été créée avec pour spécificité notable la possibilité de transférer son siège social et s'établir dans un autre Etat membre par simple décision de l'organe de direction ou d'administration. Une directive concernant le transfert du siège social ou la transformation de la forme internationale n'a pas encore vu le jour.

D'autre part, la Cour de Justice de l'Union Européenne défend sans relâche le principe de liberté de transfert du siège et de transformations entre les Etats membres au

¹ Arrêt du 25 octobre 2017, *Polbud*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.

moyen de transferts de siège ou de fusions depuis 1988².

La particularité de la décision *Polbud* réside dans le fait que la Cour de Justice a reconnu que le principe de la liberté d'établissement dans le transfert de siège au sein de l'Union européenne s'étendait au cas où le siège statutaire - lieu d'immatriculation - est transféré dans un nouvel Etat membre d'accueil quand bien même le siège réel de la société - demeurait sans équivoque dans l'Etat d'origine.

1. Le transfert du siège statutaire sans déplacement du siège réel protégée par la liberté d'établissement

Au cœur de cet arrêt se trouve la société de droit polonais *Polbud* qui a décidé de transférer son siège statutaire au Luxembourg, tout en maintenant son activité principale ainsi que son siège réel en Pologne. Après son inscription au registre au Luxembourg comme société luxembourgeoise, la société *Polbud* a demandé à être radiée du registre du commerce polonais où elle était encore immatriculée. Cette demande a été rejetée par le tribunal d'enregistrement qui a subordonné la radiation du registre à la dissolution de la société au terme d'une procédure de liquidation (impliquant évidemment des contraintes administratives, fiscales et financières).

Saisie par un renvoi préjudiciel, la CJUE s'est penchée sur la question de la conformité au droit européen, et notamment à la liberté d'établissement³, des dispositions polonaises subordonnant la radiation de la société transférée au Luxembourg à sa liquidation.

² Arrêt *Daily Mail* (CJCE 27 sept. 1988, aff. C-81/87), *Centros* (9 mars 1999, aff. 212-97), *Überseering* (5 nov. 2002, aff. C-208/00), *Inspire Art* (30 sept. 2003, aff. C-167/01), *SEVIC* (13 Déc 2005, aff. C-411/03), *Cartesio* (16 déc. 2008, aff. C-210/06) et *VALE* (12 juill. 2012, aff. C-378/10).

³ Articles 49 et 54 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

Selon l'arrêt de la CJUE, la société avait valablement transféré son siège statutaire dès lors que les conditions de rattachement requises par l'Etat d'accueil étaient respectées, peu importe le lieu de son activité économique effective. L'Etat d'origine n'était pas en droit d'exiger la liquidation de la société dès lors que le droit interne polonais permettait aux sociétés de droit national de transformer leur forme juridique sans liquidation préalable. Le principe de fond n'est pas nouveau, mais la CJUE élargit nettement la liberté d'établissement.

Par rapport à la jurisprudence antérieure⁴, l'affaire *Polbud* offre ainsi la possibilité à la CJUE de se prononcer sur une situation de transfert de siège avec maintien de la personnalité juridique présentant deux aspects inédits :

- la CJUE devait se prononcer dans ce cas, contrairement à une grande partie des autres arrêts relatifs à ce sujet, sur des restrictions non de l'Etat d'accueil, mais de l'Etat d'origine.
- il était ici question de savoir si la société *Polbud* pouvait se fonder sur la liberté d'établissement pour s'opposer à sa liquidation, alors qu'elle affirmait (du moins dans un premier temps) vouloir maintenir son siège réel et son activité principale dans l'Etat d'origine.

Par sa décision en faveur de la mobilité de la société *Polbud* sans restriction du point de vue du siège réel, la CJUE confirme son approche très large concernant le champ d'application de la liberté d'établissement. L'ouverture du champ d'application de cette liberté couvre ainsi également, selon la CJUE, le cas d'une société qui souhaite seulement profiter d'une autre forme

⁴ Notamment l'arrêt *Cartesio* du 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723.

juridique, sans pour autant changer de siège réel.

2. Refus de restrictions autres que celles de l'Etat membre d'accueil

Toute entrave que l'Etat membre d'origine souhaite apporter à la liberté d'établissement doit être justifiée et proportionnée à un objectif d'intérêt général. Sans grande surprise, la CJUE a balayé l'objectif de protection des créanciers, actionnaires minoritaires et salariés invoqué en l'espèce, et a estimé qu'exiger la liquidation avant dissolution de la société était disproportionné dès lors que l'Etat membre d'accueil permet la pérennité de cette société. Il est vrai que les intérêts des créanciers, des salariés ou des actionnaires minoritaires risquaient d'être mis en péril par la dissolution de la société. Toutefois, ils pourraient être protégés par des mesures moins restrictives que la liquidation (par exemple un devoir de publication ou de consultation, ou la constitution obligatoire de sûretés, etc).

3. Risques et perspectives pour le transfert de siège de société au sein de l'Union Européenne

La Cour de Justice rejette dans son arrêt *Polbud* toute notion d'abus de droit dans l'utilisation du droit d'établissement aux fins de bénéficier d'une législation plus favorable⁵ malgré le caractère souvent artificiel de la dissociation entre siège statutaire et activité économique réelle. Cette position très bienveillante ne manquera pas d'encourager le *forum shopping*. En raison du manque d'harmonisation des droits nationaux sur la question du critère de rattachement déterminant la nationalité des sociétés, il convient de vérifier les particularités de

chaque cas d'espèce avant la mise en place d'une mobilité transfrontalière.

Les sociétés désireuses de profiter de cette liberté devront par conséquent bien vérifier si le pays d'accueil envisagé accepte une telle adoption de son droit pour des sociétés ayant encore leur siège réel dans l'Etat membre d'origine. En outre, il convient de prêter attention au fait que ce *forum shopping* de droit des sociétés trouve sa limite dans les règles de droit des matières qui sont soumis à d'autres critères de rattachement, par exemple le droit des procédures collectives ou le droit social,

Pour l'heure, le droit français prévoit comme critère prépondérant le siège statutaire⁶ mais complété par le critère de l'exercice d'une activité réelle, notamment afin d'éviter des abus. Toutefois, inversement, le siège réel seul n'impose en principe pas d'immatriculation, de sorte que le siège d'une société immatriculée en France pourrait être déplacé dans un Etat membre d'accueil sans effet sur l'activité réelle de la société.

En raison des difficultés liées à ce conflit de critères de rattachements entre Etats membres, des études d'impact consacrées au projet de 14^{ème} directive sur le transfert transfrontalier ont été présentées récemment, sans convaincre pour l'instant la Commission européenne de présenter une proposition de directive.

En l'absence d'une réglementation européenne unifiée, il est certain que la « concurrence » des droits nationaux des sociétés, désireux d'attirer les transferts de sièges de sociétés étrangères et de promouvoir leur droit interne, ne manquera pas de s'accroître davantage à la suite de la publication de cet arrêt.

⁵ Arrêt du 25 octobre 2017, POLBUD, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, point 40 : « n'est pas constitutif en soi d'abus le fait d'établir le siège, statutaire ou réel, d'une société en conformité avec la législation d'un Etat membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse ».

⁶ Articles 1837 du Code civil ou L. 210-3 du Code de commerce.