

LA MOBILITÉ DES SOCIÉTÉS FAVORISÉE PAR LA CJUE

par *Armand W. Grumberg, Avocat,*
associé de Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, Head of European M&A,
François Barrière, Professeur à l'Université de Lyon (EA4573)
Avocat – French counsel, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP,
et Pierre-Hadrien Darriet, Avocat – Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP



Armand W. Grumberg



François Barrière



Pierre-Hadrien Darriet

Par l'arrêt *Polbud*¹, la Cour de justice de l'Union européenne conforte le caractère libéral de sa jurisprudence en matière de droit d'établissement des sociétés au sein de l'espace européen, les transformations transfrontalières bénéficiant d'une interprétation souple du régime de la liberté d'établissement. Au sein de l'Union européenne, le transfert transfrontalier du siège social d'une société, constituée dans un État membre, vers un autre État membre s'analyse comme une transformation transfrontalière qui, de ce fait, postule, d'une part, le maintien de la personnalité morale et, d'autre part, le changement de loi applicable emportant un changement de nationalité. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne² impose, au titre de la liberté d'établissement, la suppression des mesures visant à restreindre la faculté

des sociétés à s'établir librement au sein de l'Union européenne. Se fondant sur cette logique, l'arrêt *Polbud*, en appliquant le régime de la liberté d'établissement aux transformations transfrontalières, impose aux États membres une interprétation extensive des mesures restrictives (et interdites) à la liberté d'établissement, mesures nationales devant donc être supprimées.

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt *Polbud* consistent en une société, constituée en Pologne, qui avait décidé de transférer son siège social au Luxembourg, sans transfert de l'activité au Luxembourg (et donc sans transfert du siège réel). Plus précisément, les associés de la société *Polbud* avaient pris une résolution relative au transfert du siège social, mais, estimant que la société était valablement constituée au Luxembourg, n'avaient pas entrepris les opérations de

¹ CJUE, 25 oct. 2017, *aff. Polbud*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804.

² Articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

liquidation – en droit polonais, le transfert du siège social entraînait en principe la dissolution de la société au terme de la procédure de liquidation. Faute de liquidation, la société *Polbud* ne pouvait être radiée du registre du commerce polonais. Les autorités polonaises s'étant opposées à la radiation de la société *Polbud* du registre du commerce, la cour suprême polonaise a été saisie et a transmis à la CJUE plusieurs questions préjudicielles relatives à la validité du droit polonais au regard du droit de l'Union européenne, notamment au regard du principe de la liberté d'établissement.

La principale question adressée à la CJUE était de savoir si le transfert du seul siège statutaire sans déplacement du siège réel relevait de la liberté d'établissement. La Cour de Luxembourg a répondu par l'affirmative : une société peut librement choisir de s'immatriculer dans un autre État membre en cours de vie sociale (en transférant son seul siège statutaire), tout en poursuivant l'exercice de son activité dans l'État d'origine. La seconde question était de savoir si une législation nationale pouvait subordonner à une dissolution précédée d'une liquidation le transfert de siège social statutaire d'une société vers un autre État membre, sans entraver sa liberté d'établissement et, dans la négative, si une telle mesure pouvait être justifiée au regard d'un motif impérieux d'intérêt général. La Cour répond par la négative aux deux questions.

Le principal apport de l'arrêt *Polbud* porte sur le champ d'application de la liberté d'établissement : la liberté d'établissement s'applique notamment en cours de vie sociale, et il n'est pas nécessaire de transférer le siège réel de l'activité pour pouvoir s'en prévaloir. En conséquence, les États membres devraient dorénavant éliminer de leurs droits nationaux les éléments pouvant être interprétés comme des restrictions non justifiées à la liberté d'établissement.

Un pas de plus dans la lignée de la jurisprudence libérale européenne ?

L'arrêt *Polbud* s'inscrit dans la jurisprudence libérale de la Cour de justice de l'Union européenne en étendant, une nouvelle fois, le périmètre de la liberté d'établissement telle qu'appliquée aux sociétés. La CJUE a construit sa jurisprudence en la matière afin de favoriser la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne³. Dans l'arrêt *Centros*⁴, la CJUE avait considéré que la liberté d'établissement autorisait une société à établir son siège statutaire dans un État

membre et à exercer l'intégralité de ses activités dans un autre État membre par l'intermédiaire d'une succursale, quand bien même cette société n'aurait été constituée, dans le premier État membre, qu'en vue de s'établir dans le second où elle exercerait l'essentiel (ou l'intégralité) de ses activités économiques⁵. L'arrêt *Polbud* confirme ce mouvement en élargissant ce « droit à la mobilité » pour les sociétés en cours de vie sociale, et sans qu'il ne soit nécessaire pour la société de transférer son activité. Se basant sur le raisonnement de l'arrêt *Centros*, la CJUE considère « de la même manière » que le cas d'une société déjà constituée dans un État membre, souhaitant transférer son siège social statutaire dans un autre État membre, tout en conservant l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques (et donc son siège social réel) dans l'État membre où elle était originellement constituée, relève de la liberté d'établissement.

La CJUE admet ainsi que la situation d'une société déjà constituée dans un État et souhaitant transférer son siège social statutaire dans un autre État membre est comparable à la situation d'une société, non encore constituée, souhaitant se constituer dans un État membre et exercer son activité dans un autre État membre. On pourrait pourtant considérer qu'il faudrait opérer une distinction dans les faits présentés dans ces deux situations, autorisant d'appliquer à la société *Polbud* une conception différente de la liberté d'établissement telle qu'interprétée dans l'arrêt *Centros*. Dans l'arrêt *Polbud*, la société souhaitant transférer son siège social était déjà constituée dans un État membre, et était de ce fait rattachée à un ordre juridictionnel, selon la législation de l'État de constitution. Dans l'arrêt *Centros*, la société n'était rattachée à aucun ordre juridictionnel avant sa constitution dans l'État membre de son choix. Il n'y avait donc aucun lien juridique préexistant avec un État membre avant la décision de constitution de la société ; à l'inverse, concernant la société *Polbud*, un lien juridique avec un État membre (qui ressort de la compétence des États membres⁶ – à savoir le choix du critère de rattachement des sociétés à un ordre juridique national) préexistait et aurait pu être pris en compte par les juges de Luxembourg. Peu semble importer à la CJUE, qui fait fi de ce lien de rattachement existant avec l'État membre de constitution, et n'impose finalement comme unique condition au transfert de siège social au sein de l'Union

³ Voir CJUE, 9 mars 1999, aff. *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126, CJUE, 30 sept. 2003, aff. *Inspire Act*, C-167/01, EU:C:2003:512, et CJUE, 5 nov. 2002, aff. *Überseering*, C-208/00, EU:C:2002:632.

⁴ CJUE, 9 mars 1999, aff. *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126.

⁵ *Id.*, point 17.

⁶ Si la CJUE rappelle que « la définition du lien de rattachement déterminant le droit national applicable à une société relève [...] de la compétence de chaque État membre » (CJUE, 25 oct. 2017, aff. *Polbud*, C-106/16, EU:C:2017:804, point 34), ce rappel semble être sans effet au vu de la décision finalement adoptée par la Cour.

européenne – à la transformation transfrontalière – que le respect des conditions de l'État d'accueil pour la constitution de société (en ce compris, le lien de rattachement).

Une jurisprudence en faveur du *law shopping* ?

En outre, la CJUE considère qu'il n'est pas nécessaire que la société, désirant transférer son siège social dans un autre État membre, de transférer également son activité. En supprimant une condition visant à aligner la réalité économique de l'activité et la fiction juridique du lien de rattachement à un ordre juridictionnel, la Cour confirme le caractère hautement libéral de sa jurisprudence : relève également de la liberté d'établissement le fait de transférer le siège statutaire tout en exerçant « l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques »⁷ dans l'État membre d'origine. Peut ainsi s'opérer une distinction entre le siège social, déterminant la nationalité et le droit applicable à la société, et le lieu de l'activité de la société. Si cette distinction était acceptée par la CJUE dans l'arrêt *Centros* au moment de la constitution, elle l'est désormais également en cours de vie sociale avec l'arrêt *Polbud*. Le transfert du seul siège statutaire, sans que ce transfert ne concerne le siège réel de la société, ne saurait, en soi, avoir pour conséquence qu'un tel transfert ne relève pas du champ de la liberté d'établissement⁸. La CJUE favorise ainsi un phénomène de *law shopping* par lequel une société constituée dans un État membre pourrait décider de transférer son siège social dans un autre État membre afin de bénéficier, et ce peut être l'unique raison, d'un régime juridique plus favorable. La CJUE encourage la compétition entre le droit des sociétés des différents États membres permettant aux sociétés de contourner les règles jugées selon elles trop restrictives d'un État membre pour s'établir dans un autre État membre. Ce contournement semble même encouragé par la CJUE qui estime que la transformation transfrontalière dans l'unique but de bénéficier d'une législation n'est pas en soi constitutive d'un abus⁹. À noter que suite à l'arrêt *Centros*, qui avait également été analysé comme favorisant le *law shopping* lors de la constitution des sociétés, les différents États membres avaient diminué le montant minimum du capital social de certaines sociétés afin d'encourager les investisseurs à constituer des sociétés dans leur État.

Vers la suppression des règles nationales jugées restrictives

Du côté de l'État membre de constitution de la société, l'application de la liberté d'établissement aux transformations transfrontalières a pour conséquence d'imposer la

suppression des mesures restreignant la circulation des sociétés : il s'agit de mesures de nature à gêner, voire à empêcher, la transformation transfrontalière d'une société, telle que la mesure imposant la liquidation comme condition préalable à la transformation transfrontalière. Pour la CJUE, les entraves à la liberté d'établissement constituent des mesures qui « interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté »¹⁰. En l'espèce, dans l'arrêt *Polbud*, la liquidation préalable de la société a été considérée comme telle, puisqu'en imposant à la société désirant transférer son siège social dans un autre État membre l'accomplissement d'un certain nombre de formalités contraignantes, la législation polonaise a gêné la transformation transfrontalière de la société *Polbud*.

Toutefois, toutes les mesures nationales entravant la liberté d'établissement ne sont pas par principe prohibées. Les États membres peuvent ainsi prendre toute mesure afin de lutter contre les pratiques abusives ou de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes. Les mesures entravant la liberté d'établissement justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif en cause et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif trouvent à s'appliquer. En l'espèce, la Pologne estimait sa législation comme étant une mesure justifiée par un motif impérieux d'intérêt général, à savoir la protection des créanciers, des associés minoritaires et des salariés de la société transférée. Si la CJUE considère qu'il s'agit là d'intérêts dont la protection est légitime, elle estime néanmoins que la réglementation polonaise prévoyait, « de manière générale, une obligation de liquidation, sans qu'il soit tenu compte du risque réel d'atteinte portée aux intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés et sans qu'il soit possible d'opter pour des mesures moins restrictives susceptibles de sauvegarder ces intérêts »¹¹, allant dès lors au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre un tel objectif de protection.

Le champ limité des mesures restrictives justifiées

La CJUE considère qu'une mesure nationale instituant une « présomption générale d'existence d'un abus »¹² est disproportionnée. Dès lors, la CJUE condamne non seulement les mesures ciblant de manière générale les sociétés, sans distinction, et s'appliquant de manière automatique. Si la CJUE ne se prononce pas sur les mesures qui pourraient re-

⁷ CJUE, 25 oct. 2017, aff. *Polbud*, C-106/16, EU:C:2017:804, point 38.

⁸ *Id.*, point 41.

⁹ *Id.*, point 40. *La concurrence en matière de législation relatives aux procédures collectives ne trouvera toutefois pas à s'appliquer.*

¹⁰ CJUE, 25 oct. 2017, aff. *Polbud*, C-106/16, EU:C:2017:804, point 46.

¹¹ *Id.*, point 58.

¹² *Id.*, point 64.

cevoir application afin de lutter contre les abus et les fraudes en matière de transformation transfrontalière, certains auteurs estiment que la CJUE condamne de fait toute mesure préventive, et qu'il ne serait possible pour un État membre que d'intervenir *a posteriori*, une fois le transfert effectué. Le principe selon lequel toutes les mesures restrictives ne sont pas prohibées semble ainsi bien limité.

En outre, si la Cour admet que les États membres peuvent, en théorie, lutter contre les pratiques abusives à la liberté d'établissement, elle vide en partie de substance la notion d'abus en écartant le *law shopping* des motifs jugés comme constituant une pratique abusive. La Cour estime que le *law shopping* est légitime et ne peut constituer en lui-même une fraude. La seule circonstance qu'une société transfère son siège d'un État membre dans un autre ne saurait fonder une présomption générale de fraude et justifier une mesure portant atteinte à la liberté d'établissement¹³. Ainsi, en pratique, il semble que la mise en place d'une restriction quelconque à la liberté d'établissement – qu'un État souhaiterait imposer sur son territoire – ne soit finalement que théorique. En effet, le refus systématique qu'oppose la CJUE à l'égard des différentes mesures nationales proposées par les États membres témoigne d'une volonté de privilégier à tout prix la liberté de circulation des sociétés au sein de l'Union européenne.

Considérant la législation polonaise comme une restriction injustifiée, la Cour propose, en matière de protection des créanciers, des mesures qu'elle estime adéquate à leur protection : la constitution de garanties bancaires ou d'autres garanties équivalentes. *Quid* néanmoins de la protection des associés minoritaires ou des salariés ? La CJUE se prononce uniquement sur les mesures équivalentes de nature à protéger les créanciers, sans énoncer d'exemple concernant les associés minoritaires ou les salariés. En France, outre le cas particulier de la société européenne, le transfert de siège social en dehors du territoire national s'analyse en un changement de nationalité requérant un vote à l'unanimité des associés. Cette unanimité pourrait être analysée comme une mesure visant à protéger les associés minoritaires contre une décision des associés majoritaires souhaitant établir le siège social dans un autre État. Cette règle de majorité, générale, ne varie pas en fonction des circonstances propres à chaque transfert. Dès lors, la CJUE pourrait-elle considérer que cette règle prévoyant un vote à l'unanimité, de manière générale, serait de nature à empêcher la transformation transfrontalière d'une société française ?

La lutte contre les abus à la liberté d'établissement : une compétence uniquement européenne ?

La faculté offerte aux sociétés de transférer leur siège social au sein de l'Union européenne aura une influence limitée en matière de droit des procédures collectives qui leurs sont applicables. Le règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁴ détermine en effet le droit applicable selon ses propres critères indépendamment du siège social. En cas de procédure d'insolvabilité transfrontalière, les juridictions de l'État au sein duquel se trouve le centre des intérêts principaux demeurent compétentes pour ouvrir une telle procédure (s'agissant des personnes morales, celui-ci est présumé être le lieu du siège statutaire). La présomption peut être renversée lorsque le siège statutaire ne correspond pas « au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers », autrement dit – lorsque le centre des intérêts principaux se situe dans un État membre autre que celui du lieu du siège statutaire. Ainsi, la CJUE a pu rappeler par le passé que le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité reposant sur un principe de « réalité » et dans un souci de protection des créanciers, il était légitime que la procédure collective soit ouverte au lieu d'exercice de l'activité, alors même que la société était immatriculée dans un autre État membre¹⁵. Il en est de même en cas de transfert du siège social¹⁶ dans un autre État membre lorsque le centre des intérêts principaux est demeuré dans l'État membre d'origine : la procédure d'insolvabilité étant alors ouverte dans cet État membre d'origine. En outre, c'est toujours dans cette optique de neutralisation du *law shopping* que le nouveau règlement prive le débiteur du bénéfice de la présomption en faveur du siège statutaire lorsque ce dernier a été transféré au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Enfin, si le tribunal saisi pour l'ouverture de la procédure collective constate que le centre des intérêts principaux du débiteur n'est pas sur son territoire, ce dernier doit décliner sa compétence, de sorte qu'ici encore le simple transfert de siège statutaire n'aura aucun impact sur la compétence des juridictions en matière de procédures collectives.

Force est de constater que si le règlement sur les procédures d'insolvabilité met en place un dispositif anti-*law shopping* afin de garantir la protection des créanciers, aucune disposition analogue n'a encore été adoptée en matière de transfert de siège intra-européen. Pourrait-on dès lors considérer que arrêt *Pollbud* est un arrêt de provocation encourageant le législateur européen à prendre une nouvelle directive relative aux transformations transfrontalières et aux fusions transfrontalières ?

¹³ *Id.*, point 63.

¹⁴ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

¹⁵ CJUE, 10 déc. 2015, *aff. Kornhaas*, C-594/14, EU:C:2015:806.

¹⁶ CJUE, 24 mai 2016, *aff. Leonmobili*, C-353/15, EU:C:2016:374.