

# LA MOBILITÉ DES SOCIÉTÉS FAVORISÉE PAR LA CJUE

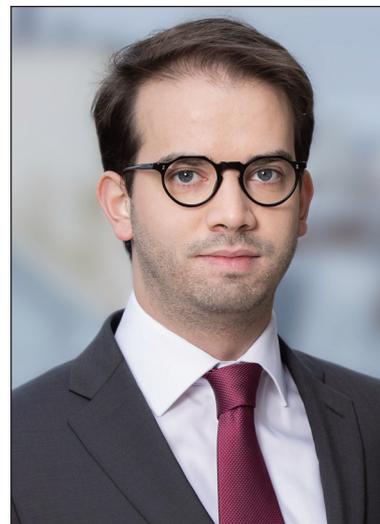
*par Armand W. Grumberg, Avocat,  
associé de Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, Head of European M&A,  
François Barrière, Professeur à l'Université de Lyon (EA4573)  
Avocat – French counsel, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP,  
et Pierre-Hadrien Darriet, Avocat – Skadden, Arps, Slate,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



*Armand W. Grumberg*



*François Barrière*



*Pierre-Hadrien Darriet*

**P**ar l'arrêt *Polbud*<sup>1</sup>, 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 européenne<sup>2</sup> 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

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

<sup>2</sup> 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 européenne<sup>3</sup>. Dans l'arrêt *Centros*<sup>4</sup>, 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 économiques<sup>5</sup>. 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 membres<sup>6</sup> – 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

<sup>3</sup> 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.

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

<sup>5</sup> *Id.*, point 17.

<sup>6</sup> 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 »<sup>7</sup> 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'établissement<sup>8</sup>. 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 abus<sup>9</sup>. 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 »<sup>10</sup>. 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 »<sup>11</sup>, 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 »<sup>12</sup> 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-

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

<sup>8</sup> *Id.*, point 41.

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

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

<sup>11</sup> *Id.*, point 58.

<sup>12</sup> *Id.*, point 64.