

Master 2 Droit International et Transnational

Droit international et européen des sociétés

Université de Strasbourg

Prof. Jochen BAUERREIS

Avocat & Rechtsanwalt

Avocat spécialisé en droit des relations internationales

ABCi ALISTER

Strasbourg (France) • Kehl (Allemagne)

PLAN DE LA PRÉSENTATION

- **Introduction**
- **Aspects généraux**

Introduction :

- **droit comparé vs. droit international privé**
- **droit national (DIP) vs. droit européen (UE)**
- **doctrine classique vs. doctrine moderne: l'exemple de la notion de « nationalité » des sociétés vs. *lex societatis***
 - « nationalité » en tant que notion préalable à celle de « lex societatis »
 - le domaine restant de la notion de « nationalité »: quel rôle à jouer?
 - les points de rattachements envisageables

Aspects généraux

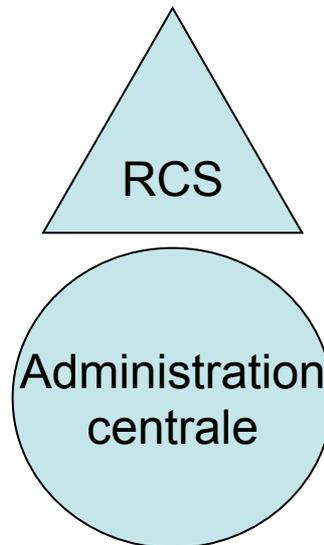
- **Les bases de la mobilité des sociétés (I.)**
- **Deux grandes théories: incorporation vs. siège réel (II.)**
- **Les sources juridiques de droit européen (III.)**
- **La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE (IV.)**
- **Mobilité des sociétés de droit européen (V.)**
- **Validité des opérations de mobilité des sociétés (VI.)**

I. Les bases de la mobilité des sociétés

- **Opérations envisagées**
 - Transfert international de siège social
 - Fusion transfrontalière
 - Transformation transfrontalière des sociétés
- **Sociétés concernées**
 - Sociétés de droit européen
 - Sociétés d'un droit national

I. Les bases de la mobilité des sociétés

- **Transfert de siège social: dualité de la notion de « siège »**
 - Siège statutaire (*aspect formel*): Statuts - RCS
 - Siège réel (*aspect matériel*): Administration centrale

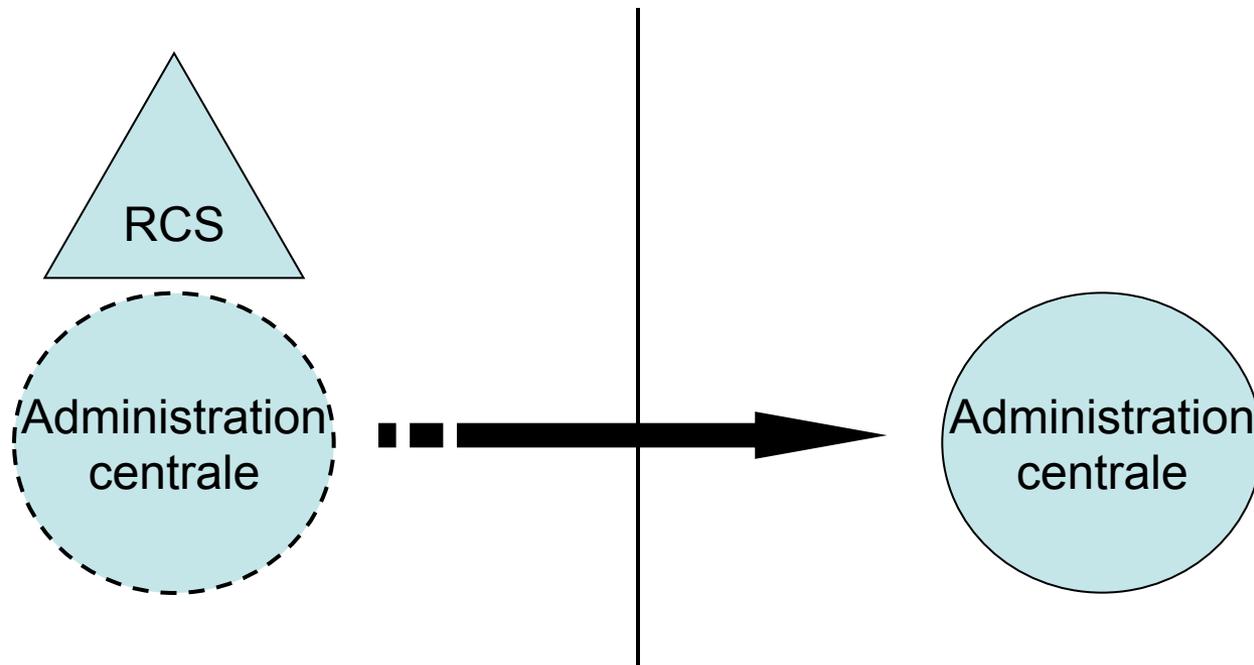


I. Les bases de la mobilité des sociétés

- **Transfert de siège social: variété d'opérations**
 1. Transfert du seul siège réel
 2. Transfert du seul siège statutaire
 3. Transfert du siège social intégral (réel et statutaire)

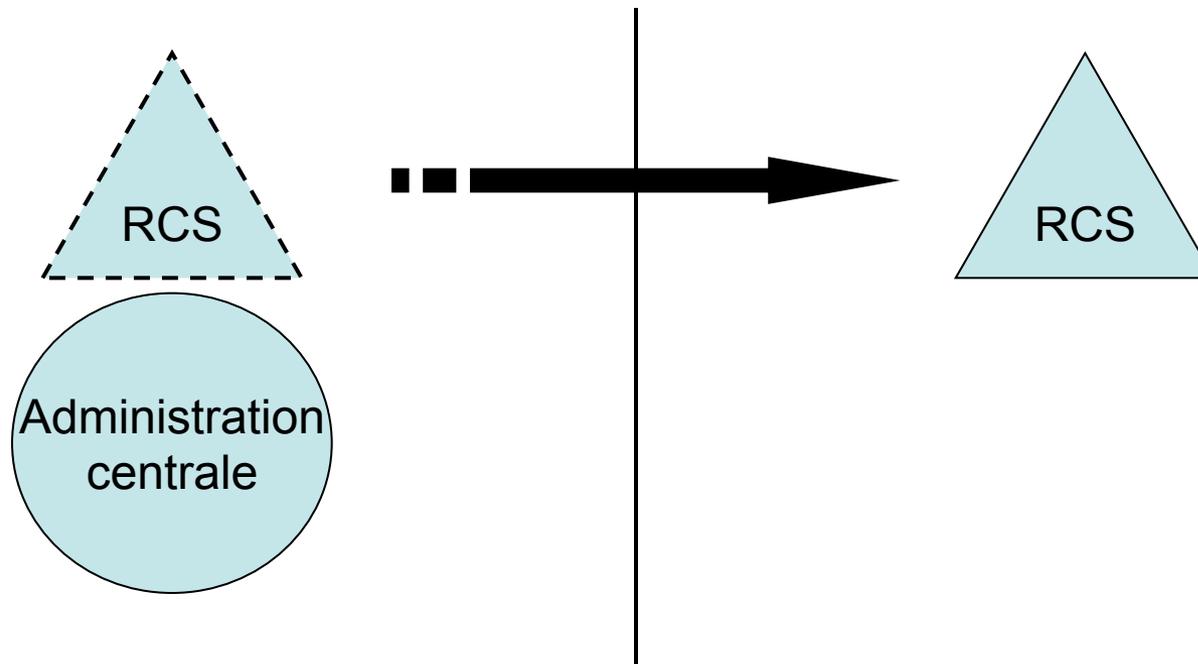
I. Les bases de la mobilité des sociétés: opérations

- Transfert du seul siège réel



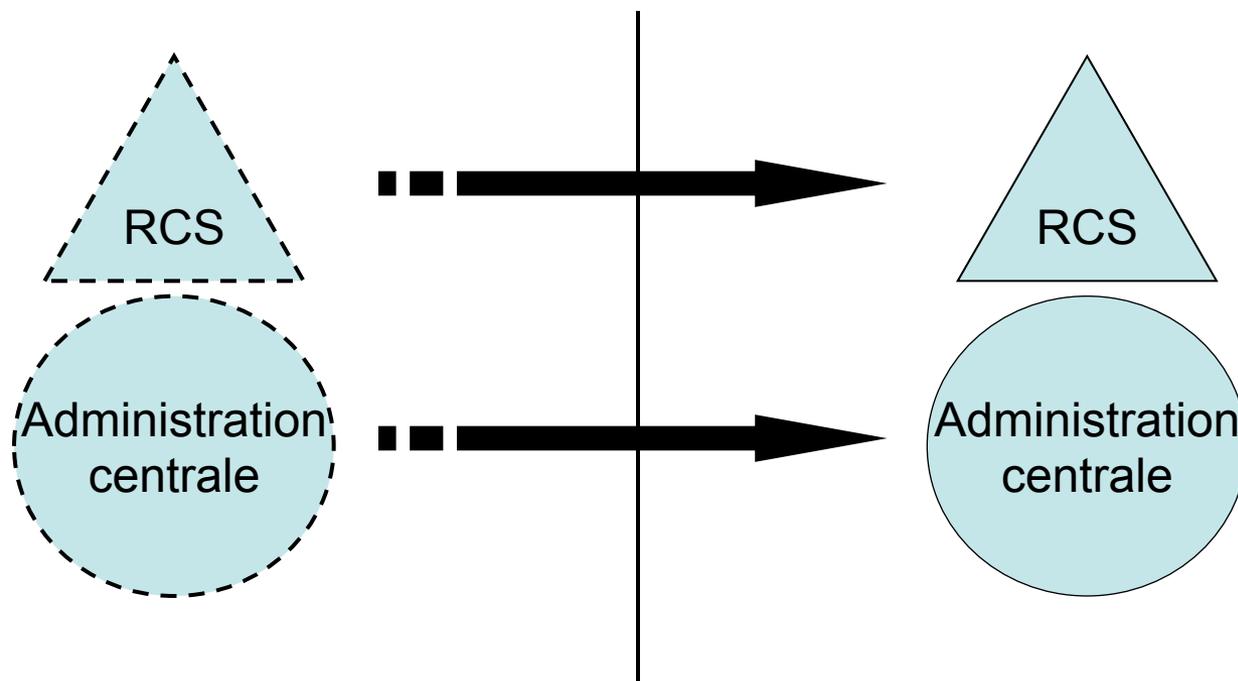
I. Les bases de la mobilité des sociétés: opérations

- Transfert du seul siège statutaire



I. Les bases de la mobilité des sociétés: opérations

- **Transfert du siège intégral (réel et statutaire)**



I. Les bases de la mobilité des sociétés: motifs

- Motifs stratégiques / économiques
 - Image de marque
 - Logique du groupe
 - Activité opérationnelle
 - Fournisseurs
 - Infrastructure
 - Clients/marché

I. Les bases de la mobilité des sociétés: motifs

– Motifs fiscaux

- Imposition au niveau de l'établissement stable
- Stratégie de l'*exit tax*
- Neutralité fiscale des opérations transfrontalières
 - Transfert de siège social
 - Fusion transfrontalière

I. Les bases de la mobilité des sociétés: motifs

– Motifs juridiques

- Loi applicable à la société (*lex societatis*)
- Stratégie du “*law shopping*”
- Application spéciale de la loi locale (salariés, procédures collectives, responsabilité pénale/délictuelle des dirigeants etc.)

II. Deux systèmes : incorporation vs. siège réel

– Système d'incorporation

- La société est régie par la loi de l'État dans lequel elle a été valablement constituée
 - ⇒ Rattachement de la *lex societatis* à la loi du **siège statutaire**
- Le transfert du seul siège réel ne remet pas en question la reconnaissance de la personnalité juridique
- Etats : (par ex.) Danemark, Irlande, Royaume-Uni, République Tchèque, Finlande, Hongrie, Suède, Slovaquie (Rapport de la Commission, 12 décembre 2007)

II. Deux systèmes : incorporation vs. siège réel

– Système de siège réel

- La société est régie par la loi de l'État dans lequel est situé le siège social réel (administration centrale)
 - ⇒ Rattachement de la *lex societatis* à la loi du **siège réel**
- Le transfert du seul siège réel met fin à la reconnaissance de la personnalité juridique
- Etats: (par ex.) Belgique, Allemagne, Espagne, France, Luxembourg, Portugal, Autriche

III. Les sources juridiques de droit européen (UE)

- **Les sources de droit européen :**
 - Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)
 - Art. 49 TFUE (= art. 43 TUE)
 - *Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites.*
 - *Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.*

III. Les sources juridiques de droit européen (UE)

- **Les sources de droit européen :**
 - Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)
 - Art. 49 TFUE (= art. 43 TUE)
 - *La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.*

III. Les sources juridiques de droit européen (UE)

- **Les sources de droit européen :**
 - Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)
 - Art. 54 TFUE (= art. 48 TUE)
 - *Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.*
 - *Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.*

III. Les sources juridiques de droit européen (UE)

- **Les règlements du Conseil relatifs aux sociétés de droit européen**
 - Le règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001, relatif à la société européenne (SE)
 - Le règlement (CE) n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif à la société coopérative européenne (SCE)
 - La proposition de règlement du Conseil relatif à la société privée européenne (SPE)

III. Les sources juridiques de droit européen

- **Les directives relatives aux opérations transfrontalières**
 - La 10ème directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières
 - La 14ème directive (projet) relative aux transferts transfrontaliers de sièges sociaux
 - Résolution du Parlement Européen du 2 février 2012 contenant des recommandations à la Commission sur une 14ème directive sur le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- La perspective à adopter
 - Point de vue de l'Etat de départ
 - Point de vue de l'Etat d'accueil

- Les opérations envisagées
 - Transfert du seul siège réel
 - Changement de domicile fiscal (personne physique)
 - Fusion transfrontalière
 - Transfert de siège statutaire par voie de transformation

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat d'accueil (1999-2003)
 - Transfert du seul siège réel: « Centros – Überseering – Inspire Art »
 - Immatriculation d'une succursale à titre d'établissement principal (**Centros, 9 mars 1999**)
 - Transfert de siège social (cession de parts sociales) et capacité d'agir en justice (**Überseering, 5 nov. 2002**)
 - Discrimination d'une « société étrangère de pure forme » (**Inspire Art, 30 sept. 2003**)

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat d'accueil (2005)
 - Fusion transfrontalière: « *Sevic Systems AG* »
 - La fusion transfrontalière est garantie par la liberté d'établissement (*Sevic Systems AG*, 13 déc. 2005)

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat de départ (1988-2004)
 - Du refus de la libre circulation des sociétés ...
(*Daily Mail*, 27 sept. 1988)
 - ... à la reconnaissance de la libre circulation pour les personnes physiques
(*Hughes de Lasteyrie du Saillant*, 11 mars 2004)

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat de départ (2008)
 - Transfert du siège réel (« **Cartesio, 16 déc. 2008** »)
 - De la confirmation de la jurisprudence Daily Mail ...

« *Par ces motifs [...]*

4. En l'état actuel du droit communautaire, les articles 43 et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un Etat membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet Etat membre de transférer son siège dans un autre Etat membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'Etat membre selon la législation duquel elle a été constituée. »

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat de départ (2008)
 - Transfert du siège réel (« **Cartesio** », 16 déc. 2008)
 - ... à la reconnaissance (de principe) du transfert de siège statutaire (avec changement de la *lex societatis*)
 - « [...] *La faculté de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette faculté lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre Etat membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier [...] ne saurait, en particulier, justifier que l'Etat membre de constitution, en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêche celle-ci de se transformer en une société de droit national de l'autre Etat membre pour autant que ce droit le permette.* (points 110 à 112)

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat de départ (2008)
 - Transfert du siège réel (« **Cartesio** » 16 décembre 2008)
 - ... à la reconnaissance (de principe) du transfert de siège statutaire (avec changement de la *lex societatis*)
 - « Un tel obstacle à la transformation effective d'une telle société sans dissolution et liquidation préalables en une société de droit national de l'Etat membre dans lequel celle-ci souhaite se déplacer constituerait une restriction à la liberté d'établissement de la société concernée qui, à moins qu'elle soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, est interdite en vertu de l'article 43 CE [...]. (point 113) »

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat d'accueil (2012)
 - Transfert intégral du siège réel et statutaire (« **Vale Építési** », 16 juillet 2012)
 - « Les articles 49 TFUE et 54 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui, tout en prévoyant pour des sociétés de droit interne la faculté de se transformer, ne permet pas, de manière générale, la transformation d'une société relevant du droit d'un autre État membre en société de droit national au moyen de la constitution de cette dernière. »

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat d'accueil (2012)
 - Transfert intégral du siège réel et statutaire (« **Vale Épitési** », 16 juillet 2012)
 - « Les articles 49 TFUE et 54 TFUE doivent être interprétés, dans le contexte d'une transformation transfrontalière d'une société, en ce sens que l'État membre d'accueil est en droit de déterminer le droit interne pertinent à une telle opération et d'appliquer ainsi les dispositions de son droit national relatives aux transformations internes régissant la constitution et le fonctionnement d'une société, telles que les exigences concernant la préparation d'un bilan et d'un inventaire d'actifs. Toutefois, les principes d'équivalence et d'effectivité s'opposent, respectivement, à ce que l'État membre d'accueil....

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat d'accueil (2012)
 - Transfert intégral du siège réel et statutaire (« **Vale Építési** », 16 juillet 2012)
 - - refuse, pour des transformations transfrontalières, la mention de la société ayant sollicité la transformation en tant que "prédécesseur en droit" si une telle mention de la société prédécesseur au registre des sociétés est prévue pour des transformations internes et
 - - refuse de tenir dûment compte des documents émanant des autorités de l'État membre d'origine lors de la procédure d'enregistrement de la société. »

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat de départ (2017)
 - Transfert du siège statutaire sans transfert du siège réel et sans liquidation de la première société « **Polbud** » (25 octobre 2017)
 - (1) *Les articles 49 et 54 TFUE doivent être interprétés en ce sens que la liberté d'établissement est applicable au transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, aux fins de sa transformation, en conformité avec les conditions imposées par la législation de cet autre État membre, en une société relevant du droit de ce dernier, sans déplacement du siège réel de ladite société.*
 - **condition requise** : conformité avec la loi de l'Etat de départ : cf. *Vale Épitési*: pas de discrimination transfrontalière (vs. interne) des transformations
 - **condition non requise** : transfert du siège réel non nécessaire

IV. La liberté d'établissement dans la jurisprudence de la CJUE

- Du point de vue de l'Etat de départ (2017)
 - Transfert du siège statutaire sans transfert du siège réel et sans liquidation de la première société « **Polbud** » (25 octobre 2017)

(2) Les articles 49 et 54 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui subordonne le transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, aux fins de sa transformation en une société relevant du droit de ce dernier, en conformité avec les conditions imposées par la législation de celui-ci, à la liquidation de la première société.

- une telle réglementation nationale = restriction de liberté d'établissement
- cette restriction de liberté d'établissement ne peut être justifiée par la protection des intérêts des créanciers, associés minoritaires et salariés (pas de justification par des "raisons impérieuses d'intérêt général")

V. Mobilité des sociétés de droit européen

- **Fusion transfrontalière**
 - Société européenne
 - Société privée européenne

- **Transfert du siège statutaire**
 - Société européenne (SE)
 - Société privée européenne (SPE)

V. Mobilité des sociétés de droit européen

- **Transfert de siège social: dissociation entre le siège statutaire et réel d'une société de droit européen**
 - Société européenne : art. 7, 64 et 66 du Règlement (CE) N° 2157/2001

« Le siège statutaire de la SE est situé à l'intérieur de la Communauté, dans le même Etat membre que l'administration centrale. Un Etat membre peut en outre imposer aux SE immatriculées sur son territoire l'obligation d'avoir leur administration centrale et leur siège statutaire au même endroit. [...] »

V. Mobilité des sociétés de droit européen

- **Transfert de siège social: dissociation entre le siège statutaire et réel d'une société de droit européen**
 - Société européenne: réforme de l'art. 7 (art. 66)

Ernst & Young, Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE), final report, 9 december 2009, p. 260 et ss.

- Organisation d'un groupe européen de SE doté d'un seul siège statutaire (identique) et ayant des administrations centrales différentes (selon l'activité nationale de chaque SE)
- Traitement fiscal d'un transfert du siège statutaire

V. Mobilité des sociétés de droit européen

- **Transfert de siège social: dissociation entre le siège statutaire et réel d'une société de droit européen**
 - Société européenne: réforme de l'art. 7 (art. 66)
 - Position de la Commission Européenne
 - « *Selon un certain nombre de réponses apportées à la consultation publique, l'exigence selon laquelle le siège statutaire et l'administration centrale d'une SE doivent se situer dans le même État membre (ou, dans certains États membres, au même endroit) constitue une entrave dans la pratique.....* »
 - « *....À ce stade, la Commission ne voit, néanmoins, aucune raison de modifier la règle en vigueur.* »

V. Mobilité des sociétés de droit européen

- **Transfert de siège social: dissociation entre le siège statutaire et réel d'une société de droit européen**

- Société privée européenne:

« [...] Une SPE n'est aucunement tenue d'établir son administration centrale ou son principal établissement dans l'Etat membre de son siège statutaire. » (art. 7 Proposition de règlement)

V. Mobilité des sociétés de droit européen

- **Transfert de siège social: dissociation entre le siège statutaire et réel d'une société de droit européen**
 - Société privée européenne:
 - 30 mai 2012: échec des négociations du Conseil «compétitivité »
 - Situation actuelle
 - Abandon du projet d'élaboration d'une nouvelle proposition de règlement
 - Nouvelle piste: proposition de directive (4 avril 2015) d'une société unipersonnelle (« *Societas Unius Personae* » = « *SUP* ») à responsabilité limitée pour les implantations dans un autre Etat-Membre

V. Mobilité des sociétés de droit européen

- **Transfert de siège social: dissociation entre le siège statutaire et réel d'une société de droit européen**
 - Projet de l'UE d'une directive "*Societas Unius Personae*" (SUP)
 - Proposition initiale du Conseil européen en 2015
 - Le Parlement européen refuse en 2017 d'adopter la directive puisque le principe d'enregistrement en ligne des SUP permettrait l'établissement de « sociétés - boîtes aux lettres » sans pouvoir vérifier l'identité des fondateurs de la société
 - La Commission européenne ne mentionne plus de projet « SUP » dans son agenda 2018

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

- Sociétés de droit européen (SE – SPE)
 - Société européenne
 - Fusion transfrontalière (+)
 - Transfert du siège statutaire: (+)
 - Faculté de dissociation entre siège statutaire et réel: (-)
 - Société privée européenne
 - Fusion transfrontalière (+)
 - Transfert du siège statutaire: (+)
 - Faculté de dissociation entre siège statutaire et réel: (+)

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

- Sociétés d'un droit national
 - Transfert du siège réel
 - Du point de vue de l'Etat de départ:
 - ⇒ L'opération n'est pas couverte par la liberté d'établissement « Cartesio»
 - ⇒ La validité de l'opération dépend de la conception nationale du DIP (système d'incorporation vs. de siège réel)

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

- Sociétés d'un droit national
 - Transfert du siège réel
 - Du point de vue de l'Etat d'accueil
 - ⇒ L'opération est couverte par la liberté d'établissement «Centros», «Überseering», «Inspire Art»
 - ⇒ Limite de la liberté d'établissement en cas de fraudes
 - ⇒ Système de siège réel est incompatible avec le droit européen

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

- Sociétés d'un droit national

- Fusion transfrontalière

- ⇒ Jurisprudence de la CJUE: l'opération est validée sur le fondement de la liberté d'établissement «Sevic»
- ⇒ Législation européenne: l'opération est validée dans le cadre de la 10^{ème} directive relative aux fusions transfrontalières

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

- Sociétés d'un droit national
 - Transfert du siège statutaire
 - Du point de vue de l'Etat de départ
 - ⇒ L'opération est couverte par la liberté d'établissement (« **Cartesio** »)
 - ⇒ Le transfert de siège statutaire implique le changement de la *lex societatis*
 - ⇒ Réalisation du transfert international par le biais du mécanisme de transformation transfrontalière de la société
 - ⇒ Transfert du siège statutaire ne nécessite pas le transfert du siège réel (« **Polbud** »)

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

- Sociétés d'un droit national
 - Transfert du siège statutaire
 - Du point de vue de l'Etat de départ
 - ⇒ En cas de transfert du siège statutaire la société n'est pas soumise à la liquidation (« **Polbud** »)
 - ⇒ Justification de la restriction de la liberté d'établissement seulement par une raison impérieuse d'intérêt général. Or, la protection des intérêts des créanciers, associés minoritaires et salariés ne suffit pas *in abstracto* pour constituer une « raison impérieuse d'intérêt général ».

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

- Sociétés d'un droit national
 - Transfert du siège statutaire
 - Du point de vue de l'Etat d'accueil
 - ⇒ L'opération est couverte par la liberté d'établissement dès lors qu'une législation nationale ne peut pas instituer une différence de traitement entre les opérations de transformation interne et internationale («**Vale Épitési**»)
 - ⇒ L'Etat d'accueil est compétent pour établir le droit interne et appliquer les normes (de son droit national) aux transformations internes, sous réserve du respect des principes
 - ⇒ d'équivalence
 - ⇒ d'effectivité

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

	Transfert du seul siège réel	Transfert du siège statutaire
Etat de départ	<p>Art. 54 TFUE (-) Rattachement à la loi nationale (Incorporation vs. siège réel)</p>	<p>Art. 54 TFUE (+) sauf: raison impérieuse D'intérêt général</p>
Etat d'accueil	<p>Art. 54 TFUE (+) sauf: fraude</p>	<p>Art. 54 TFUE (-) Rattachement à la loi nationale sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité</p>

VI. Validité des opérations de mobilité des sociétés

Conclusion et discussion

- Sociétés de droit européen :
 - ⇒ dissociation entre siège statutaire et administration centrale dans les sociétés de droit européen (SP et SPE)?

- Sociétés d'un droit national :
 - ⇒ Reconnaissance du transfert du seul siège réel (du point de vue de l'Etat de départ) pour les sociétés d'un droit national en vertu de l'application de l'art. 54 TFUE?

Contact

Prof. Dr. Jochen BAUERREIS, M.A., D.E.A.

Maître de Conférences HDR (Université de Strasbourg)

Honorarprofessor (Universität Freiburg i. Br.)

Rechtsanwalt & Avocat

Avocat spécialisé en droit international et de l'Union Européenne

ABCI ALISTER

France (Strasbourg – Paris – Lyon – Marseille) & Allemagne (Kehl)

Email: jochen.bauerreis@abci-avocats.com

Internet:

www.alister-avocats.com

www.abci-avocats.com

Merci pour votre attention !