« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LA COUR MAINTIENT LA JURISPRUDENCE MAILY MAIL MAIS ELLE EN RESTREINT LA PORTÉE ET RECONNAÎT L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 43 CE À CERTAINES HYPOTHÈSES DE TRANSFERT DE SIÈGE D'UNE SOCIÉTÉ

GÉRARD JAZOTTES

Référence de publication : Jazottes, Gérard (2009) *La cour maintient la jurisprudence Maily Mail mais elle en restreint la portée et reconnait l'applicabilité de l'article 43 CE à certaines hypothèses de transfert de siège à une société.* Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com.) (1). p. 227-230.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA COUR MAINTIENT LA JURISPRUDENCE MAILY MAIL MAIS ELLE EN RESTREINT LA PORTÉE ET RECONNAÎT L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 43 CE À CERTAINES HYPOTHÈSES DE TRANSFERT DE SIÈGE D'UNE SOCIÉTÉ

Très attendu parce qu'il devait répondre, vingt ans après l'arrêt *Daily Mail* (CJCE 27 sept. 1988, aff. 81/87, Rec. 5483), à la question de la compatibilité avec le droit d'établissement de la législation d'un État membre qui entrave le transfert de siège d'une société vers un autre État membre, cet arrêt, par sa richesse, ne déçoit pas.

La législation litigieuse, d'origine hongroise, s'opposait à ce qu'une société relevant du droit hongrois puisse transférer son administration centrale en Italie, tout en conservant sa qualité de société régie par le droit hongrois. En effet, selon la loi relative à l'enregistrement des sociétés, le siège d'une société de droit hongrois se trouve au lieu où se situe le centre de direction de ses affaires. En voulant transférer le siège de son administration centrale, la société ne pouvait que rompre le lien qui la rattachait au droit hongrois. Comme le relève l'avocat général M. Poiares Maduro dans ses conclusions, « alors qu'une société de droit hongrois pourrait exercer une activité économique dans un autre État membre ou y établir une filiale, son administration centrale doit demeurer en Hongrie » (concl. présentées le 22 mai 2008, pt 23). Si l'on écarte les questions relevant de la procédure, la Cour était interrogée sur l'applicabilité du droit d'établissement et, le cas échéant, sur la compatibilité de la réglementation litigieuse avec cette liberté fondamentale. En réponse, la Cour précise, tout d'abord, la question préjudicielle.

L'occasion de procéder à cette précision lui est donnée par une demande formulée par l'Irlande et tendant à la réouverture de la procédure orale. Pour la Cour, la quatrième question porte « non pas sur le transfert du siège statutaire de la société en cause au principal mais bien sur le transfert de son siège réel » (pt 47). En outre, de sa propre initiative, la Cour précise également, à partir de la

décision de renvoi, l'hypothèse visée par cette quatrième question préjudicielle en relevant que la société souhaitait transférer son siège dans un autre État membre « tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée » (pt 99). Cette particularité lui permet de distinguer cette hypothèse de celle constituée par le « déplacement d'une société relevant d'un État membre vers un autre État membre avec changement du droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace » (pt 111). L'intérêt de l'arrêt réside également dans cette dernière distinction puisque, dans un tel cas, la Cour propose une analyse différente en n'écartant pas l'application de l'article 43 CE. Mais, avant d'aborder cette hypothèse particulière, il convient de présenter le raisonnement mené par la Cour en réponse à la question qui lui était posée, après qu'elle en ait précisé les termes.

À cet égard, elle maintient la solution antérieure qui résulte, pour l'essentiel, de l'arrêt *Daily Mail*, mais limite sa portée (sur la possibilité d'un revirement, préconisé par M. l'avocat général, et les termes du débat, V. G. Jazottes, Le transfert de siège : *statu quo* ou revirement ?, Bull. Joly Sociétés 2008, § 177, p. 828). Le point de part de son raisonnement, qui résulte d'un double constat, ne pouvait pas être modifié. Ainsi, d'une part, la Cour ne peut que rappeler qu'une « société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement » (*Daily Mail*, pt 19 ; *Cartesio*, pt 104). D'autre part, la Cour est encore confrontée à la disparité des législations nationales relativement à la détermination de ce lien de rattachement et aux possibilités d'une modification ultérieure de ce lien par la société (*Daily Mail*, pt 20 ; *Cartesio*, pt 105). À cet égard, les choix législatifs à l'origine de cette disparité sont bien connus. De façon simplifiée, cette disparité révèle l'opposition entre le système de l'incorporation, selon lequel la société existe au regard du droit national de l'État de constitution dès lors que cette société a été constituée et enregistrée selon le droit de cet État, au système du siège réel qui exige, en outre, que le siège réel de la société soit localisé dans l'État membre de constitution (sur la question, V. M. Menjucq, *Droit national et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat droit privé, 2e éd., n° 56). C'est ce système qui a été partiellement retenu par le droit hongrois puisque, selon la loi relative à l'enregistrement des sociétés, le siège de la société se trouve au lieu où se situe le centre de direction de ses affaires.

Mais il ressort de la jurisprudence de la Cour, postérieure à l'arrêt *Daily Mail*, que cette disparité des législations ne justifie pas à elle seule la mise à l'écart des exigences du droit d'établissement ou des autres libertés fondamentales de circulation. Cette remarque pouvait laisser penser à une évolution de la jurisprudence *Daily Mail*. Cependant, dans cet arrêt, le refus d'appliquer l'article 43 au transfert de siège reposait sur un motif tiré de la répartition des compétences. Ce motif est à nouveau repris pour être développé. Pour la Cour, le traité CE a reconnu cette disparité dans son article 48 en plaçant, pour déterminer les sociétés bénéficiaires du droit d'établissement, « sur le même pied le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement » (*Daily Mail*, pt 21 ; *Cartesio*, pt 106). Elle en conclut que le traité considère cette disparité des législations nationales « comme une difficulté non résolue par les règles sur le droit d'établissement mais qui doit l'être par des travaux législatifs ou conventionnels, lesquels n'ont pas encore abouti » (*Daily Mail*, pt 23 ; *Cartesio*, pt 108). En effet, l'article 293 CE invite les États membres à engager entre eux des négociations en vue d'assurer, en faveur de leur ressortissant, « le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays ». En outre, des directives de coordination des législations nationales sur les sociétés peuvent être adoptées sur le fondement de l'article 44 CE, paragraphe 2, sous *g)*. Or, la Commission a mis fin aux travaux ayant pour objet une proposition de directive sur le transfert de siège social (une proposition de 14e directive sur cette question avait déjà été présentée, sans succès, en 1997), à la suite d'une étude d'impact qui écartait la nécessité d'une telle intervention, notamment parce qu'un arrêt de la Cour était attendu (*Impact assessment on the Directive on the cross-border tranfer of registered office*, 12 déc. 2007, SEC(2007) 1707)...

Reprenant, en la clarifiant, une conclusion esquissée dans l'arrêt *Überseering* (CJCE 5 nov. 2002, aff. C-208/00, Rec. I-9919, pt 70), qui lui-même explicitait l'arrêt *Daily Mail*, la Cour affirme qu'un « État membre dispose de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement ». Elle ajoute que cette faculté comprend la possibilité pour l'État membre de priver une société relevant de son droit national de cette qualité lorsqu'elle souhaite se

réorganiser dans un autre État membre par le déplacement de son siège, « rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'État membre de constitution » (*Cartesio*, pt 110). Cette précision est la suite logique de l'affirmation de la compétence : une solution contraire conduirait à paralyser les conséquences du choix du système réel, lorsque l'État membre aura exercé en ce sens la compétence qui lui a été reconnue.

Mais ce raisonnement, ainsi que la conclusion à laquelle il aboutit, dicte la portée de la solution. Comme l'indique la Cour, cette faculté de choix du lien de rattachement est, selon ses termes, « loin d'impliquer une quelconque immunité de la législation nationale en matière de constitution et de dissolution de société au regard des règles du traité CE relatives à la liberté d'établissement » (pt 111). La reconnaissance de cette compétence relative au choix du critère de rattachement d'une société, en raison de l'absence de textes conventionnels ou de coordination, permet seulement à l'État de tirer les conséquences d'un transfert de siège quant au droit dont relève la société. C'est pourquoi la Cour distingue l'hypothèse en cause en l'espèce, où la société souhaite transférer son siège réel tout en restant une société de droit hongrois, de celle où ce transfert s'accompagnerait d'un « changement du droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace » (*Cartesio*, pt 111). Cette distinction est désormais essentielle car, pour la Cour, elle détermine le domaine d'application de l'article 43 CE aux entraves liées au transfert de siège.

Puisque la législation nationale ne bénéficie d'aucune « immunité », alors qu'elle peut priver la société de son rattachement national, la Cour se devait de préciser les limites à l'exercice de la compétence nationale. Elle le fait en indiquant que cette faculté « ne saurait, en particulier, justifier que l'État 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 État membre pour autant que ce droit le permette » (pt 112). En effet, « un tel obstacle à la transformation effective d'une telle société sans dissolution et liquidation préalables en une société de droit national de l'État membre dans lequel celle-ci souhaite se déplacer constituerait une restriction à la liberté d'établissement », restriction qui pourrait éventuellement être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général (pt 113).

Cette affirmation appelle deux remarques. D'une part, cet obstacle ainsi défini n'est qu'un exemple, en ce domaine, de dispositions contraires au droit d'établissement. Conformément à la jurisprudence de la Cour, la compétence nationale doit respecter les exigences de la liberté de circulation. D'autre part, l'exemple retenu constitue l'entrave la plus souvent citée à la mobilité des sociétés comportant un transfert de siège avec changement du droit national et transformation en une société relevant du droit de l'État d'accueil. Or la Cour qualifie cet exemple de restriction à la liberté d'établissement, qualification qui constitue l'autre apport essentiel de cet arrêt. En effet, il faut comprendre, à la lecture de cet arrêt, qu'une législation nationale ne saurait empêcher une société de droit national d'user de la liberté d'établissement, au moyen d'une transformation en une société de l'État membre d'accueil, en exigeant une dissolution et une liquidation préalable, sauf raison impérieuse d'intérêt général (et sous réserve du respect du principe de proportionnalité).

En d'autres termes, la législation nationale doit permettre un maintien de la personnalité morale de la société en cause afin de ne pas entraver cette transformation. Si cette solution est nouvelle au regard de la jurisprudence de la Cour, elle avait été retenue dans les projets de coordination des législations nationales, qu'il s'agisse de la proposition de 14e directive relative au transfert de siège social (V. M. Menjucq, Réflexion critique sur la proposition de 14e directive relative au transfert de siège social, Bull. Joly Sociétés 2000, § 26, p. 137 s.), ou du projet présenté par la Commission lors de la mise en oeuvre du plan d'action pour la modernisation du droit des sociétés présenté en 2003. Ainsi, ce projet proposait l'absence de discontinuité de la personne morale, la décision de transfert n'entraînant ni la radiation de la société dans l'État membre d'origine ni la perte de la personne morale, tant que l'acquisition de la personnalité juridique de la société dans l'État membre d'accueil n'a pas été entérinée par l'immatriculation. En outre, il excluait la liquidation. Cette solution est également en vigueur pour les groupements communautaires tels que le Groupement européen d'intérêt économique (art. 12 à 14 du Règl. n° 2137/85 du 25 juill. 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique [GEIE]) ou la Société européenne (art. 7 et 8 du Règl. CE n° 2157/2001 du Conseil du 8 oct. 2001, relatif au statut de la société européenne [SE]).

Il est à noter que la Commission avait, dans l'affaire *Cartesio*, invoqué ces dispositions en

prétendant qu'elles pouvaient être appliquées *mutatis mutandis* au transfert transfrontalier du siège réel d'une société constituée selon le droit national d'un État membre. Mais la Cour écarte cet argument en relevant que ces dispositions ne répondaient pas à la question posée qui vise le transfert de siège sans changement du droit national de rattachement de la société. Néanmoins, l'analyse menée par la Cour dans l'hypothèse d'un transfert de siège accompagnée d'une transformation en une forme de société relevant du droit de l'État membre d'accueil devrait conduire les législations nationales à faire application des principes régissant le transfert du siège d'un GEIE ou d'une SE. Pourrait alors se poser la question de l'application des dispositions de la législation de l'État membre d'accueil, question que ne traite pas la Cour puisqu'elle envisage cette transformation de la société en une société de droit national de l'autre État membre « pour autant que ce droit le permette » (pt 112, *in fine*). Néanmoins, les dispositions de la législation de l'État membre d'accueil pourraient faire obstacle à cette mobilité. Leur compatibilité avec la liberté d'établissement devrait alors être examinée au regard de la jurisprudence désormais bien connue de la Cour.