

Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme ?

Isabelle Corbisier^(**)

Ce 12 décembre 2019 la directive tant attendue en matière de mobilité transfrontalière (réforme de la directive "fusions transfrontalières" et introduction de règles nouvelles en matière de scissions et de transformations transfrontalières⁽¹⁾) a été publié au Journal officiel de l'Union européenne (directive 2019/2121)⁽²⁾ et la directive 2017/1132⁽³⁾ relative à certains aspects du droit des sociétés s'en trouvera ainsi modifiée⁽⁴⁾.

Cette réforme de grande ampleur fait suite à une jurisprudence particulièrement libérale de la CJUE⁽⁵⁾, fondée sur les dispositions du TFUE en matière de liberté d'établissement (49 et 54), dont le dernier arrêt, Polbud, pose qu'une société est habilitée à

transférer son siège statutaire et à modifier en conséquence le droit qui lui est applicable sans avoir à déplacer également son activité économique ou encore son siège réel dans l'État de migration (à condition que ce déplacement soit conforme au droit de ce dernier)⁽⁶⁾. L'affaire Polbud, en particulier, avait fait l'objet de commentaires particulièrement critiques, reprochant à cette jurisprudence de procurer aux sociétés un droit à une mobilité inconditionnelle, leur conférant la possibilité de faire du *law shopping* sans déplacement d'une activité économique effective, contrairement à l'esprit animant la notion de liberté d'établissement. En somme, cette décision aboutirait à légitimer la pratique des "sociétés boîtes aux lettres"⁽⁷⁾.

* Prise de position personnelle de l'auteure.

** Professeure ordinaire, Université du Luxembourg.

1. Opération également connue sous les termes de "déplacement" ou "transfert transfrontalier de siège" : voy. art. 5:47, § 1er, 4^o; 7:57, § 1er, 4^o et art. 14:15 à 14:29 du CSA.
2. Le texte peut être consulté en ligne sous le lien suivant : <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/2121/oj> (entrée en vigueur le 20e jour suivant la publication et délai de transposition pour les États membres jusqu'au 31 janvier 2023). Ce texte faisait initialement partie d'un "paquet de droit des sociétés", comportant également une proposition de directive concernant l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés. Nous ferons référence à trois versions successives du texte qui nous intéresse ici : la proposition initiale ("PI") en date du 25 avril 2018 (https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package_en), le "Presidency Compromise" ("PC") (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15678-2018-INIT/en/pdf>) du 18 décembre 2018 et le texte final (en cours d'harmonisation linguistique) adopté par le Parlement européen le 18 avril 2019 ("TA") (www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0429_FR.pdf?redirect).
3. Cons. le train législatif de cette proposition : www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-services-including-transport/file-cross-border-mobility-for-companies.
4. Cette directive (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32017L1132>) compile une série de directives adoptées et figurant auparavant dans des textes séparés (dont la directive de 2005 concernant les fusions transfrontalières).
5. Pour un exposé historique en la matière : J. SCHMIDT, "Cross-border Mergers, Divisions and Conversions : Accomplishments and Deficits of the Company Law Package", *ECFR*, 2019, p. 222-271 et spéci. p. 222-226; ID., "EU Company Law Package 2018 - Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1)", *DK*, 2018, p. 229-244 et spéci. p. 235-236; P.-H. CONAC, "Le retour du courage politique à Bruxelles : l'Odyssée du "Paquet Droit des sociétés" de 2018", *Rev. Soc.*, n° 1, janvier 2019, p. 7-19.
6. Cons. les arrêts suivants : Centros (C-212/97, EU:C:1999:126) du 9 mars 1999; Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632) du 5 novembre 2002; Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512) du 30 septembre 2003; Sevic (C-411/03, EU:C:2005:762) du 13 décembre 2005; Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723) du 16 décembre 2008; Vale (C-378/10, EU:C:2012:440) du 12 juillet 2012; Polbud (C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804).
7. Sur cette décision, cons. notre étude : "L'arrêt Polbud de la C.J.U.E. ou le Luxembourg à la croisée des chemins : maintien d'un critère de rattachement appliqué de manière ambiguë ou choix franc d'un libéralisme rendu possible par la Cour de justice?", *J.T.L.*, 2018, p. 33-39.
8. Voy. notamment, parmi une très abondante littérature, E.-M. KIENINGER, "Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl - Die Polbud-Entscheidung des EuGH", *NJW*, p. 3624-3627 et spéci. p. 3626; P. STELMASZCZYK, "Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes EuGH präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit", *EuzW*, 2017, p. 890-894; Ch. TEICHMANN, "Der Fall "Polbud" : Formwechsel in die Briefkastengesellschaft", *GmbHR*, 2017, p. 356-358; L. D'AVOUT, "Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe?", *Rec. Dalloz*, 2017, p. 2512 et s.

Dans l'attente de l'arrêt Polbud, l'intention initiale du Parlement européen avait été d'imposer que le transfert du siège statutaire s'accompagne de celui des activités ou siège réels de la société. L'arrêt Polbud ne le permettant plus, la proposition initiale de directive ("PI" précitée) permettait aux autorités nationales compétentes de bloquer toute scission ou transformation transfrontalière constituant un "montage artificiel visant à obtenir des avantages fiscaux indus ou à porter indûment atteinte aux droits légaux ou contractuels des travailleurs, des créanciers ou des associés minoritaires" (86^{quater}, § 3 et art. 160^{quinquies}, § 3), sachant que les indices retenus par le texte à l'occasion d'une appréciation approfondie de la situation étaient essentiellement fondés sur la vérification de la présence d'un établissement réel dans l'État de destination (art. 86^{octies}, § 3, b et art. 160^{decies}, § 3, f).

La référence aux "montages artificiels" souleva une tempête de protestations dans la mesure où l'on y discernait une sorte de "présomption de fraude ou d'abus" et que, par ailleurs et plus précisément en matière fiscale, des textes existaient déjà en la matière⁽⁸⁾. Cette tempête explique sans doute que le PC subséquent (précité) remplaça la disposition controversée par un mécanisme optionnel de contrôle des abus désormais applicable à l'ensemble des opérations transfrontalières (fusions, scissions, transformations)⁽⁹⁾. Le texte finalement adopté par le Parlement européen reprend une formulation similaire au PC, hormis, toutefois, et la précision est d'importance, son caractère optionnel : "Les États membres veillent à ce que l'autorité compétente ne délivre pas le certificat préalable à la [transformation, fusion, scission] s'il est déterminé, conformément au droit national, que la [transformation, fusion, scission] est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles" (art. 86^{quaterdecies}, § 8, 127, § 8 et 160^{quaterdecies}, § 8, souligné par nous).

Cette formulation tranche avec le caractère libéral de la jurisprudence, précitée, de la CJUE, auprès de laquelle les États membres n'avaient guère trouvé grâce, depuis l'arrêt Centros, lorsqu'il s'agissait de restreindre la mobilité issue de l'exercice de la libér-

té d'établissement. Le futur texte légitime-t-il donc une forme de retour au protectionnisme, d'autant plus que la notion d'abus revêt un caractère assez vague⁽¹⁰⁾ ? Le risque ne nous semble pas absent. Certes, il revient à la CJUE de décider, *in fine*, du sens à donner à la notion de fraude ou d'abus⁽¹¹⁾, mais on imagine mal la Cour en capacité de se prononcer sur tous les cas potentiellement litigieux, sa jurisprudence antérieure révélant précisément que les États membres sont effectivement fréquemment tentés d'entraver la mobilité transfrontalière tant à l'émigration qu'à l'immigration. Il nous semble donc que ce texte, loin de ralentir la concurrence que se font les États membres s'agissant de leur droit des sociétés depuis l'arrêt Centros, est plutôt de nature à l'exacerber, risquant d'éloigner les sociétés se concevant dès le départ comme susceptibles d'être mobiles d'un projet d'implantation dans les États réputés les plus protectionnistes et donc les plus "à risque" d'entraver un déplacement subséquent à partir de leur territoire. En effet, et ainsi que l'a relevé un auteur : le "contrôle des abus ne sera (...) pas appliqué avec la même vigueur selon les sociétés et les États membres", soulignant l'habileté de la Commission qui, en "présentant un texte très (trop) protecteur (...) laisse aux États membres le soin d'aménager ces protections à la baisse"⁽¹²⁾.

En somme, les futures dispositions européennes recèlent un fort parfum post-Brexit, d'une part au regard du succès du Parlement européen à introduire des dispositions d'allure *a priori* protectionnistes voulues particulièrement par l'Allemagne⁽¹³⁾, mais aussi, de manière quelque peu paradoxale, en ce qu'elles invitent les États membres à réfléchir au degré de libéralisme qu'ils souhaiteront pratiquer face à un Royaume-Uni apparemment animé du souci de se défaire des "contraintes" européennes.

8. Voy. notamment B. LECOURT, "Chronique de droit européen des sociétés", *Rev. Soc.*, n° 5, mai 2019, p. 360-364 et spé. p. 362.

9. "Member States *may provide* that the competent authority shall refuse to issue a [pre-conversion, pre-merger pre-division] certificate, if the cross-border [conversion, merger, division] is set up for abusive or fraudulent purposes, leading or aimed to lead to the evasion or circumvention of national or EU law or for criminal purposes" (art. 86m, § 8, 127, § 8 et 160o, § 8).

10. En ce sens, B. LECOURT, *op. cit.*, p. 363.

11. B. LECOURT, *ibid.*

12. P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 8.

13. Pour ce rappel, notamment : P.-H. CONAC, *ibid.*