

Conférence sur l'avenir du droit des sociétés

16-17 mai 2011

Commission européenne

Charlemagne building, Brussels

Eléments de discours de D. Kling (8 minutes maximum)

Présentation des travaux de la CCIP

17 mai – 9h00 – 10h45

Table ronde : « Mobilité des sociétés et droit européen des sociétés »

Mesdames, Messieurs,

Avant toute chose, permettez-moi de vous dire combien, en tant que représentant d'une institution qui défend les intérêts des entreprises, je suis honoré de pouvoir évoquer devant vous leurs besoins en matière de mobilité.

La CCIP a ainsi travaillé, aux côtés d'un think tank français, le Club des juristes, à l'élaboration d'un « projet » de directive (si je puis me permettre de l'appeler ainsi dans cette enceinte, car nous n'avons pas la prétention d'être législateur). L'objectif serait de créer une procédure européenne de transferts de sièges sociaux. Je tiens ici à saluer l'expertise du Professeur Michel Menjucq, qui nous a apporté ces précieux conseils dans le cadre de ce travail.

Je n'entrerais pas dans les détails des propositions que nous avons dégagées et que vous pourrez retrouver sur les sites internet de la CCIP et

du Club des juristes. Soyons directs, l'horaire imparti me l'impose. D'où mes deux parties :

1. Pourquoi une 14^{ème} directive ?
2. Comment ?

1. Pourquoi une 14^{ème} directive ?

Si la liberté d'établissement des sociétés est garantie par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (en ses articles 49 et 54), elle est plus ou moins lettre morte pour les entreprises : le transfert du siège statutaire d'une société d'un Etat membre vers un autre demeure particulièrement difficile.

Pourtant, outre que cette liberté leur est due, les sociétés en ont besoin, nous seulement pour des considérations logistiques - rejoindre un territoire économiquement attractif ou un pôle industriel - mais aussi plus stratégiques : se rapprocher d'un marché, de clients ou de partenaires. Enfin, une société peut procéder à du « law shopping » et choisir la loi qu'elle souhaite voir appliquer à son activité...

Certes, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne encadre aujourd'hui la liberté d'établissement des sociétés lors de leur constitution, grâce à une série d'arrêts bien connus¹.

¹ Daily mail (88), Centros (97), Überseering (2000), Inspire Art (01), Sevic (03).

Certes, la législation européenne a créé quelques outils favorisant la mobilité des sociétés : Société Européenne, Société Coopérative Européenne, fusions transfrontalières... avec toujours l'espoir de la SPE qui devrait améliorer encore le droit communautaire de ce point de vue.

Certes, dans certains Etats, un pas déterminant a été fait, s'agissant de la fiscalité. Par exemple, en France, jusqu'en 2005, la fiscalité du transfert d'un siège social français vers l'étranger était dissuasive, en raison de l'assimilation de l'opération à une cessation d'entreprise... Or, cet obstacle est désormais, partiellement², circonscrit puisque « le transfert de siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne n'emporte plus les conséquences de la cessation d'entreprise ».

Mais malgré ces différentes avancées, la situation actuelle n'est pas satisfaisante pour les entreprises.

D'une part, sur le plan des principes, nous considérons que la mobilité des entreprises ne doit pas se résumer à la fusion ou à la transformation en un groupement européen. Les solutions existantes ne sont que des solutions « par défaut », réservées, de plus, principalement aux grandes entreprises.

D'autre part, sur le fond du droit, l'absence de texte dédié est inévitablement un facteur d'insécurité juridique. Cela malgré le désormais célèbre arrêt

² *La neutralité fiscale du transfert reste conditionnée à la conservation en France d'un établissement stable auquel doit être affecté l'actif social taxable.*

Cartesio³ qui a affirmé que le principe de liberté d'établissement incluait la possibilité de transférer son siège social dans toute l'Union, ce qui est déjà un pas colossal.

Mais en même temps cet arrêt a énoncé clairement ses propres limites quant aux modalités d'un transfert de siège d'une société de droit national d'un Etat membre à l'autre. Selon le juge communautaire, il y a « 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 ».

On ne peut être plus clair...

2. Après le « pourquoi ? », le « comment ? »

Notre démarche s'est voulue concrète et pragmatique. Dès que cela était possible, nous nous sommes efforcés de rester dans le sillage des textes communautaires existants (SCE, GEIE, SE, fusions transfrontalières). Je vous résumerai cette démarche en 6 points.

Premier point : tout d'abord, et j'allais dire, naturellement, il appartiendra au législateur européen de fixer, d'emblée, le principe du maintien de la personnalité morale de la société qui transfère son siège.

³ Arrêt *Cartesio*, 16 déc. 2008.

En effet, à l'heure actuelle, aucun Etat membre ne retient de solution uniforme sur ce point, les uns acceptant le maintien de la personnalité morale malgré le transfert, et les autres refusant cette possibilité. Or, attention, dans ce dernier cas, la société doit être liquidée, pour être constituée ad hoc dans le nouvel Etat membre !

Deuxième point : la directive européenne devra être articulée autour du principe de subsidiarité. C'est-à-dire qu'il faudra, dès que possible, renvoyer au droit national des Etats membres, et dans les autres cas, retenir des solutions qui soient les moins perturbatrices pour les droits nationaux.

Troisième point : conformément à l'arrêt Cartesio, l'adoption d'une 14^{ème} directive ne devra pas remettre en cause la faculté qu'ont les Etats membres de déterminer les règles de rattachement à leur droit national. Autrement dit, chacun des Etats membres d'accueil devra pouvoir imposer des conditions particulières pour que l'opération de transfert soit conforme à son droit interne, notamment en imposant le transfert concomitant du siège réel.

Quatrième point : nous avons estimé qu'il n'était pas nécessaire de viser dans la directive le transfert de siège réel (c'est-à-dire le siège effectif, matériel), dans la mesure où seul le transfert du siège statutaire (celui qui est indiqué dans les statuts) détermine la loi applicable à la société.

Cinquième point : considérant que l'harmonisation est plus aboutie s'agissant des formes de sociétés de capitaux que pour les sociétés de

personnes, il semble préférable de restreindre le champ d'application d'une 14^{ème} directive aux premières, à l'instar de la directive relative aux fusions transfrontalières.

Sixième point : quid de la procédure administrative du transfert ?

Je soulignerais ici trois aspects essentiels.

→ D'abord, une procédure précise, articulée autour de :

- l'établissement et la publication d'un projet de transfert par l'organe de direction ou d'administration, avec des informations obligatoires (nouveaux statuts, nouveau siège...);
- la rédaction d'un rapport des organes de direction ou d'administration pour expliquer et justifier ses aspects juridiques et économiques et exposer ses implications pour les associés, les créanciers et les travailleurs. Il ferait aussi l'objet d'une publication ;
- l'approbation du transfert par l'assemblée générale, avec des conditions de quorum et de majorité identiques à ceux requis pour toute modification des statuts.

→ Ensuite, articuler au mieux l'immatriculation dans l'Etat membre d'accueil et la radiation dans l'Etat membre d'origine.

L'objectif est évident : la société qui transfère son siège doit être en permanence rattachée à un droit national lui permettant de « porter » sa personnalité morale à tout moment de la procédure.

A cet égard, la centralisation des données relatives aux sociétés immatriculées en Europe participerait à l'efficacité et à la rapidité des transferts de sièges sociaux. La récente publication, par la Commission européenne, d'une proposition de directive tendant à interconnecter les registres du commerce et des sociétés, constitue donc un premier pas qu'il faut vraiment saluer.

→ Enfin, il faut prendre en compte les conséquences du changement de loi applicable sur les droits des parties prenantes que sont les créanciers, les actionnaires minoritaires, les salariés, les autorités nationales et enfin les tiers susceptibles de se prévaloir d'une action en justice contre la société.

Pour chacun d'entre eux, une 14^{ème} directive devra contenir des dispositions permettant de s'assurer que le transfert n'affecte pas les droits qui seraient nés avant sa réalisation.

Ainsi par exemple faudra t-il, pour protéger les créanciers, interdire le transfert en cas de dissolution, liquidation ou insolvabilité, ou pour protéger les associés minoritaires, créer un éventuel droit d'opposition ou de retrait.

De même, un futur texte ne pourra passer sous silence le sort des salariés. Les dispositions applicables au transfert de la SE – bien qu’elles mériteraient un allègement - pourraient tout à fait être transposées.

* *

 *

Vous l’avez compris Mesdames, Messieurs, les entreprises pourraient, à travers un tel texte, enfin bénéficier d’un marché européen offrant des conditions analogues à celles d’un marché national.

Certaines institutions se rangent d’ores et déjà à la demande des entreprises, parmi lesquelles le Parlement européen, qui a tout récemment mis en place au sein de sa Commission des affaires juridiques, un groupe de travail tendant à adopter un nouveau rapport d’initiative. Espérons que la Commission européenne y réponde favorablement.

Je vous remercie de votre attention.