

Transfert de siège social du Luxembourg vers les Pays-Bas et conflit mobile: une entorse à l'article 48 du Traité sur l'Union européenne

Jean-Michel Schmit,
NautaDutilh Avocats Luxembourg, Avocat Associé

Romain Sabatier,
NautaDutilh Avocats Luxembourg, Avocat

Si le siège effectif d'une société constitue dans certaines législations fiscales des Etats membres de l'Union européenne le critère de résidence de droit commun, il détermine plus souvent encore la qualité de résident d'un Etat dans le cadre des conventions fiscales bilatérales dont l'importance n'est plus à démontrer au Grand Duché de Luxembourg. L'intérêt d'un transfert de siège vers un Etat plus frugal fiscalement n'en ressort qu'avec plus d'accuité.

Tout praticien qui exerce au Grand Duché le sait assurément: sous réserve de l'observation de quelques conditions, toute société peut transférer son siège social vers le Luxembourg et devenir une société de droit luxembourgeois. Cela est vrai que l'entreprise soit basée dans un Etat membre de l'Union européenne ou non et la possibilité de changer de nationalité avec maintien de la personnalité morale est considérée au Luxembourg comme un principe acquis. La mécanique est bien rôdée car, en pratique, la plupart des transferts de siège se font vers le Luxembourg et, de ce fait, le Luxembourg fait figure de bon élève aux yeux du législateur Européen.

L'hypothèse inverse - plus rare en pratique - mérite en revanche une attention toute particulière lorsque le transfert est envisagé vers des pays qui adoptent la théorie du siège statutaire pour déterminer la loi applicable à une société (lex societatis). C'est notamment le cas des Pays-Bas ou du Royaume Uni, pays vers lesquels un transfert peut engendrer des difficultés considérables tant sur le plan juridique que sur le plan administratif.

Par transfert de siège, nous entendons ici le transfert du siège effectif de l'administration centrale de la société, souvent constitutif de la résidence fiscale.

Afin de bien comprendre la problématique que nous allons exposer, il nous semblait important de rappeler quelques principes de droit international privé relatif à la nationalité des sociétés (1) avant d'aborder la problématique de l'admission du transfert de siège (2).

1. La nationalité des personnes morales

1.1. Notions

Nous ne surprendrons personne en rappelant qu'il est communément admis que le « rattachement » d'une personne morale est traditionnellement opéré par sa nationalité, concept directement emprunté des personnes physiques pour les besoins de la détermination

du statut personnel des personnes morales en droit international privé.

Si ce rattachement résulte de la difficulté de détacher l'existence d'une personne morale de l'ordre juridique sous lequel elle s'est constituée ¹, le critère de rattachement de la nationalité n'est pas aussi idoine pour les personnes morales que pour les personnes physiques.

1. *Droit International privé*, F. Rigaux et M. Fallon, 3ème Ed., Larcier (2005), p. 969.

• Droit des affaires

Selon certains, il faut en effet distinguer la question de la nationalité de celle de la détermination de la règle de rattachement d'une société à une loi nationale. Puisque la personne morale constitue une réalité, comme la personne physique, elle bénéficie de l'un des attributs de la personnalité: la nationalité. C'est un lien qui unit une personne morale à un Etat, lien qui est à la fois juridique et politique, alors que le critère de rattachement est exclusivement juridique.

Sans entrer dans cette controverse, nous utiliserons ici le vocable de « nationalité » pour qualifier la *lex societatis*.

1.2. Critères

En droit comparé, le rattachement par la nationalité a principalement lieu selon deux procédés.

Un premier groupe de systèmes juridiques subordonne l'octroi de la nationalité à l'accomplissement d'une formalité administrative (critère du siège statutaire ou de l'incorporation) tandis que, selon un deuxième groupe, la personnalité morale est un effet de plein droit des actes juridiques privés faits par les parties conformément à la loi (critère du siège réel).

A. Critère du siège statutaire ou de l'incorporation

Dans les pays de tradition anglo-saxonne, la nationalité d'une société est déterminée par le pays où elle a été constituée. Dans l'Union européenne, ce système est principalement appliqué en Irlande, au Royaume Uni et aux Pays-Bas (depuis 1959). Hors Union européenne, on retrouve ce système principalement aux Etats-Unis (Delaware) et en Suisse.

B. Critère du siège social réel

Dans les pays de tradition civiliste, la nationalité d'une société est déterminée par le lieu où elle possède son siège réel², lieu à distinguer du siège social simplement fixé dans les statuts.

2. Une définition commune du siège social en tant que « siège réel », ce qui le distingue du siège statutaire, des sociétés, utilise le critère du lieu où « est établie l'administration centrale » de la société, dans la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondation étrangère (art. 2, al. 3). Ce vocable a été affiné au fil du temps pour finir par être abandonné en droit positif au profit de la notion de « principal établissement » voire « d'administration centrale » comme cela est le cas au Luxembourg. Pour en savoir plus sur ces notions, v. Loi du 25 août 2006, Mémorial A N° 152, du 31 août 2006; Le siège social en droit luxembourgeois des sociétés, P.-H. Cornac, Journal des Tribunaux N°1, 5 Février 2009, pp. 3-4.

Dans l'Union européenne, ce critère est principalement utilisé par la France, la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal, la Grèce et le Luxembourg.³

La détermination du siège social réel est une question de fait: il s'agit généralement du lieu où se trouvent les bureaux de la société, du lieu où se réunit son conseil d'administration, même si ses assemblées générales se réunissent à l'étranger, bref du lieu où se trouve effectivement le centre décisionnel et directionnel de la société.

1.3. Effets

La *lex societatis* a un champ d'application relativement large (d'où son importance) car elle détermine la capacité de la personne morale, la régularité de sa constitution, ses règles de fonctionnement et de modifications statutaires, sa dissolution et sa liquidation.

La *lex societatis* détermine aussi la structure des organes sociaux et l'étendue de leurs pouvoirs, tant dans les rapports internes que vis-à-vis des tiers, leurs responsabilités, les droits attachés aux parts et actions ainsi que leur exercice.

La question est donc essentielle car il en va de la sécurité juridique des intéressés et des tiers.

2. L'admission du transfert de siège

Evidemment, ce type de transfert ne pose pas de difficultés majeures entre deux Etats qui adoptent le critère de l'incorporation puisque le siège effectif de la société n'est considéré, pour son rattachement juridique, par aucun des droits nationaux en présence, ces derniers s'en remettant à l'Etat de constitution. Il n'y a par ailleurs pas de changement de nationalité (ni *a fortiori* de *lex societatis*), ce qui représente l'un des grands avantages du système de l'incorporation.⁴ Il n'y a pas de difficultés non plus en cas de transfert d'un pays de siège réel vers un autre pays de siège réel.

Le transfert de siège est, en revanche, plus problématique lorsqu'il conduit à un conflit de système

3. Le Luxembourg adopte le critère du siège social réel conformément à l'article 2 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui dispose que « (l)e domicile de toute société commerciale est situé au siège de l'administration centrale de la société. »

4. *Droit international et européen des sociétés*, Michel Menjuçq, Ed. Montchrestien (2001), p. 303.

parce qu'il s'effectue entre un Etat d'incorporation et un Etat de siège réel. En effet, dans ce cas précis, un tel transfert donne naissance à ce que l'on appelle un « conflit mobile ». Un conflit mobile naît lorsque, par un changement de l'élément de rattachement qui désigne la loi applicable (ici le siège réel ou le siège d'incorporation), une situation juridique est successivement soumise à deux systèmes juridiques différents.⁵ Ce sera le cas dans notre hypothèse puisque le changement de l'élément de rattachement entraînera ici un changement de nationalité (et donc de *lex societatis*).

Le transfert de siège d'un Etat d'incorporation vers un Etat de siège réel étant accepté et résolu dans la plupart des pays concernés (dont le Luxembourg), nous ne traiterons ici que de la question plus épineuse du transfert de siège d'un Etat de siège réel vers un Etat d'incorporation.

2.1. Principe et application des règles de conflit de lois

Lorsque le transfert du siège a lieu vers un Etat d'incorporation comme les Pays-Bas ou le Royaume Uni, l'Etat d'accueil admet sans réticence la dissociation des sièges et reconnaît l'existence de la société de droit étranger.

En revanche, si le système de l'Etat du siège statutaire se prononce pour l'application du droit du nouveau siège, la dissociation des sièges aboutit inmanquablement à un conflit négatif des lois applicables.

Si, dans cette hypothèse, le transfert du siège est même accepté par les auteurs favorables à une application stricte du critère du siège réel et qui résolvent le conflit en recourant à la technique du renvoi⁶, nous verrons que cette technique est loin de constituer une panacée dans certains cas et peut même soulever de nombreux problèmes pratiques, et plus particulièrement lors d'un transfert vers les Pays-Bas, que nous tenterons d'identifier.

L'hypothèse de la survenance du conflit au Luxembourg doit ici clairement être distinguée de celle de la survenance du conflit aux Pays-Bas.

Nous prendrons ici l'hypothèse d'une société valablement constituée au Luxembourg et dont le siège effectif doit être transféré aux Pays-Bas.

A. Survenance du conflit aux Pays-Bas

En cas de survenance du conflit aux Pays-Bas, le juge néerlandais appliquera sa propre règle de conflit de loi afin de désigner la loi compétente. La règle de conflit néerlandaise donne compétence à la loi de l'Etat d'incorporation, soit la loi luxembourgeoise. Toutefois, la loi luxembourgeoise opère un renvoi au premier degré et donne compétence à la loi de l'Etat du siège réel, c'est-à-dire la loi néerlandaise. Or, les Pays-Bas font partie des rares pays qui n'admettent pas le mécanisme du renvoi.⁷

Dans ce cas, il en résulte que le juge néerlandais appliquera donc le droit matériel luxembourgeois à la société et la loi luxembourgeoise sera désignée comme *lex societatis*.

B. Survenance du conflit au Luxembourg

En cas de survenance du conflit au Luxembourg, le juge luxembourgeois appliquera sa règle de conflit de loi laquelle, en vertu du critère du siège réel, donne compétence à la loi néerlandaise où se situe, par hypothèse, le siège réel de la société. Le Luxembourg acceptant le mécanisme du renvoi, il n'appliquera pas le droit matériel néerlandais, mais la règle de conflit de loi néerlandaise, laquelle effectue un renvoi au premier degré à la loi luxembourgeoise en vertu du critère du siège d'incorporation.

Comme dans le cas précédent, il en résultera que la loi luxembourgeoise sera également désignée comme *lex societatis*.

On observe donc que, dans les deux cas envisagés dans notre hypothèse de départ, la loi luxembourgeoise sera à chaque fois inmanquablement désignée comme *lex societatis*. Ceci nous amène à constater que le renvoi au premier degré permettrait d'admettre la validité du transfert du siège réel dans un pays d'incorporation alors que le siège statutaire demeurerait au Luxembourg. En effet, la loi luxembourgeoise donnerait compétence à la loi néerlandaise où se situe le siège effectif qui lui rendrait compétence au droit luxembourgeois.

5. *Les conflits de lois et les conflits de juridiction en droit international privé luxembourgeois*, F. Schockweiler, mis à jour par J.-C. Wiwinius, Ed. Paul Bauler (2ème Ed.), 1996, p. 40.

6. Le problème du renvoi se pose lorsque la règle de conflit de loi luxembourgeoise donne compétence à une loi qui, en raison de l'élément de rattachement qu'elle contient, renvoi (confère) compétence soit à la *lex fori* (i.e., la loi luxembourgeoise) et l'on parle alors de renvoi au premier degré, soit à une loi tierce (loi étrangère) et l'on parle alors de renvoi au second degré.

7. Il en va de même pour la Grèce et les pays scandinaves.

2.2. Limites pratiques à l'admission du transfert de siège

Il s'avère donc qu'il n'y a pas de conflit négatif à l'issue de notre hypothèse de travail, et que notre société ne se retrouvera pas dans la situation inconfortable d'une société « apatride ». Elle devrait tout bonnement continuer à être régie par le droit luxembourgeois alors même que son siège et son administration centrale auraient migrés aux Pays-Bas.

De ce côté-là, le législateur européen aura tous ses apaisements, car il n'y a pas - *a priori* - d'entrave aux principes fondamentaux de la libre circulation et du libre établissement des sociétés au sein de l'Union européenne, tels que consacrés par les articles 43 et 48 du Traité sur l'Union⁸ et affinés depuis lors avec véhémence par les célèbres arrêts *Daily Mail* (1988)⁹, *Centros* (1999)¹⁰, *Überseering* (2002)¹¹, *Inspire Art* (2003)¹², *SEVIC Systems* (2005)¹³ et, plus récemment, *Cartesio* (2008)¹⁴. Contrairement à ce qui a pu être perçu, la Cour de justice des communautés européennes n'a pas imposé dans ces arrêts la théorie du siège statutaire aux Etats membres, mais a simplement interdit aux Etats qui appliquaient la théorie du siège réel de l'opposer aux sociétés constituées sous l'empire d'une législation d'un autre Etat membre appliquant la théorie du siège statutaire et désireuses d'exercer leur liberté d'établissement.¹⁵ Les textes et la jurisprudence communautaires laissent en réalité le choix aux Etats membres de préférer la théorie du siège réel à celle du siège statutaire, de sorte que l'on ne peut pas parler d'une violation du droit communautaire si un Etat membre se borne à une théorie plutôt qu'à une autre, ce qui constitue précisément notre hypothèse de travail.

En revanche, si le problème ne semble pas ici se situer d'emblée au niveau communautaire, il pourrait se poser au niveau purement luxembourgeois.

8. *Traité sur l'Union Européenne*, Journal officiel n° C 321E du 29 décembre 2006; v. art. 48: « Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats 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. »

9. Arrêt de la Cour du 27 septembre 1988, Affaire 81/87.

10. Arrêt de la Cour du 9 mars 1999, Affaire C-212-97.

11. Arrêt de la Cour du 5 novembre 2002, Affaire C-208/00.

12. Arrêt de la Cour du 30 septembre 2003, Affaire C-167/01.

13. Arrêt de la Cour du 13 décembre 2005, Affaire C-C-411/03.

14. Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, Affaire C-210/06.

15. Le siège social en droit luxembourgeois des sociétés, P.-H. Cornac, *Journal des Tribunaux* N° 1, 5 Février 2009, p. 3.

A. Des limites locales à défaut de limites communautaires?

La désignation de la loi luxembourgeoise comme *lex societatis* à une société ayant transféré son siège et son administration centrale aux Pays-Bas va sans conteste soulever de nombreux problèmes pratiques au Luxembourg.

Le premier problème concernera sans doute directement les notaires et les différentes administrations (comme le registre de commerce et des sociétés, par exemple) qui pourraient refuser de continuer à appliquer le droit luxembourgeois à une société dont le siège effectif aura été transféré aux Pays-Bas et qui, d'après l'article 159 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, a contrario, ne devrait plus être soumise au droit luxembourgeois,¹⁶ mais au seul droit néerlandais.

En raison du transfert du siège réel de la société vers les Pays-Bas, il y a fort à parier que, dans les faits, la société sera radiée du registre de commerce et des sociétés luxembourgeois. Bien que la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés¹⁷ ne comporte pas l'obligation formelle de radier une société en cas de transfert de siège à l'étranger (et donc d'un changement de nationalité suivant le droit luxembourgeois), il faut bien admettre que le notaire instrumentant le transfert sera tenté de demander la radiation de la société du registre de commerce et des sociétés. L'article 5 de la loi du 19 décembre 2002 précise au demeurant que « (l)orsque l'entreprise à laquelle se réfère l'inscription cesse d'exister, la radiation de l'inscription doit être requise par la personne prévue à l'article 3. » Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence à cet égard au Luxembourg, l'administration, voire un tribunal luxembourgeois, pourrait considérer que la société luxembourgeoise, dont le siège réel a été valablement transféré aux Pays-Bas, a « cessé d'exister » au sens de cet article et décide de radier cette société, car elle ne remplirait alors plus les conditions pour persister à exister en droit luxembourgeois.

La décision serait alors lourde de conséquences, car la société se verrait alors refuser la personnalité morale et la capacité légale d'agir.

16. Cf. article 159 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales: « (t)oute société dont l'administration centrale est située au Grand Duché est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger. Lorsqu'une société a son domicile au Grand Duché de Luxembourg, elle est de nationalité luxembourgeoise et la loi luxembourgeoise lui est pleinement applicable. »

17. Loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, *Mémorial A N° 149*, du 31 décembre 2002.

Le deuxième problème découlera du fait que, suite au transfert du siège réel vers les Pays-Bas, ce dernier ne sera plus situé au Luxembourg, ce qui constitue une violation grave de la loi luxembourgeoise. Dans ce cas, l'article 203 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoit que le procureur d'Etat peut demander la liquidation de la société dans la mesure où elle contrevient ainsi « gravement aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement ». Il n'est toutefois pas certain que cette demande serait facilement admise par un tribunal luxembourgeois,¹⁸ mais le choix de la théorie du siège réel fait donc incontestablement peser un risque sur les sociétés de droit luxembourgeois à cet égard en cas de changement de siège.

Le troisième problème sera une conséquence inéluctable des deux premiers. Coïncés entre, d'une part, l'immutabilité qui résulte de la conception même du siège statutaire qui implique que la société continue à être régie par le droit luxembourgeois et, d'autre part, l'implacabilité de la conception du siège réel qui implique la disparition de tout lien de droit et de fait avec le Luxembourg, la marge de manœuvre des associés et des sociétés sera tenue.

1. Au mieux, leur société ne sera pas immédiatement radiée du registre de commerce luxembourgeois suite au transfert de siège vers les Pays-Bas, mais se posera alors tôt ou tard la question des actes nécessaires à la vie de la société qui impliquent une modification de ses statuts et, partant, le recours à un notaire. C'est précisément là que le bât blesse. D'après la conception néerlandaise et la loi luxembourgeoise, les actes modificatifs des statuts ne pourront bien évidemment pas se tenir devant un notaire néerlandais, la société restant régie par le droit luxembourgeois. Il en résulte que, à supposer qu'un notaire luxembourgeois se déclare compétent suite au transfert du siège vers les Pays-Bas, de tels actes devront nécessairement se tenir au Luxembourg (voire ne pas se tenir du tout si le notaire se déclare incompétent sur base du droit luxembourgeois). Ce type de dilemme a donné lieu à une intéressante décision du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg,¹⁹ où les associés d'une société luxembourgeoise avaient transféré le siège de direction effective de cette dernière vers les Pays-Bas. Malheureusement, postérieurement au transfert du siège de direction effective, mais avant la signature d'un contrat de domiciliation avec un domiciliataire aux Pays-Bas, les associés avaient augmenté le capi-

tal social de la société devant un notaire luxembourgeois, le notaire néerlandais s'étant vraisemblablement déclaré incompétent pour dresser un tel acte en vertu de son propre droit. Pour l'Administration luxembourgeoise de l'Enregistrement et des Domaines, le mal était fait. Elle demanda avec succès l'application du droit d'apport à cette augmentation de capital, le siège réel de la société étant indubitablement demeuré au Luxembourg. Le plus frappant dans cette affaire, c'est que la société elle-même plaide qu'elle était obligée de conserver son siège réel statutaire au Luxembourg malgré le transfert vers les Pays-Bas et de tenir son assemblée générale devant un notaire luxembourgeois, étant donné que, suivant la théorie de l'incorporation applicable aux Pays-Bas, le statut juridique d'une société était immuable et le droit local n'était applicable qu'aux seules sociétés constituées sur le territoire néerlandais.

Le choix était effectivement mince, mais pire encore: non seulement l'assemblée incriminée, mais également toutes les assemblées postérieures appelant une modification du capital auraient logiquement aussi dû se tenir au Luxembourg, risquant ainsi de faire apparaître comme fictif le transfert de siège vers les Pays-Bas. Si cette affaire est remontée jusqu'aux instances européennes, elle pourrait renforcer la conviction de la Cour de justice des communautés européennes - qu'elle avait déjà manifestée dans l'arrêt *Überseering* - que certains aspects de la conception du siège réel sont sans doute incompatibles avec le droit communautaire.

2. Au pire, la société sera purement et simplement radiée du registre du commerce et des sociétés à Luxembourg et aucun acte modificatif la concernant ne pourra être passé ni au Luxembourg ni aux Pays-Bas, engendrant une situation de blocage total, la violation manifeste des articles 43 et 48 du Traité sur l'Union et un plaidoyer supplémentaire à l'encontre de la théorie du siège réel.

En attendant une éventuelle nouvelle directive sur le sujet suite à l'abandon de la 14^{ème} directive sociétés sur le transfert du siège social au sein de l'Union européenne, il est loisible (et recommandable) aux praticiens d'éviter ce type d'écueil en optant pour des solutions intermédiaires.

B. Des solutions locales à défaut de solutions communautaires?

Afin de contourner la problématique et ainsi éviter de nombreux désagréments, les associés désireux de transférer leur siège social vers les Pays-Bas (ou n'importe quel autre Etat adoptant la théorie du

18. *Le siège social en droit luxembourgeois des sociétés*, P.-H. Cornac, Journal des Tribunaux N° 1, 5 Février 2009, p. 5.

19. Trib. arr. Luxembourg, 18 avril 2008, R.G. n° 105744, *Jurisnews*, vol. 1, n° 12/2008.

• Droit des affaires

siège statutaire) opteront pour des solutions locales classiques, certes plus lourdes et plus onéreuses qu'un simple transfert de siège, mais qui auront, à tout le moins, le mérite de la sécurité juridique.

La première solution consiste à fusionner la société luxembourgeoise avec une nouvelle entité néerlandaise qui absorbera la société luxembourgeoise. La fusion sera certes transfrontalière et nécessitera le recours à des notaires des deux pays concernés, mais elle donnera naissance à une entité pleinement opérationnelle et résidente néerlandaise.

La deuxième solution, proche de la première, consiste en un apport des éléments d'actif et de passif de la société luxembourgeoise à une nouvelle entité néerlandaise, suivie d'une liquidation de la société luxembourgeoise. Là encore, la solution n'est pas originale et ne pourra pas couvrir ou satisfaire tous les cas et motifs de transfert de siège, mais elle a le mérite d'exister et d'offrir davantage de garanties aux associés et aux tiers.

3. Conclusions

La question du transfert de siège du Luxembourg vers les Pays-Bas n'est pas qu'une question théorique et se pose de plus en plus fréquemment en pratique. Embourbé dans ses éléments de droit international privé, insaisissable par le caractère inévitable du conflit mobile qu'il engendre, impraticable par les incohérences liées à la coexistence au sein de l'Union européenne de deux théories opposées sur le critère de rattachement du siège social, le transfert envisagé peut engendrer une véritable insécurité juridique tant pour les associés concernés que les tiers, à défaut de directive européenne sur ce point.

Au-delà des éléments propres au droit international privé de notre hypothèse de départ, il est important de relever que la question posée offre l'opportunité de mettre en exergue les obstacles fondamentaux qui persistent à s'opposer à la mobilité des personnes morales au sein de l'Union européenne dans l'hypothèse d'un transfert de siège vers un Etat qui applique la théorie du siège statutaire, faisant de ce fait une entorse aux principes communautaires de la liberté d'établissement et de circulation.