



Création de filiale

Un fabricant français envisage de créer une filiale en Autriche où la fiscalité est plus avantageuse. Mais l'institution qui tient le Registre du Commerce de Vienne lui refuse l'inscription au motif que seules les sociétés dont le siège est en Autriche peuvent créer des filiales.

Ce refus est-il conforme au droit communautaire ?

- En matière de création de filiale, il n'existe pas de réglementation communautaire autonome spécifique applicable.
- Conformément à l'article 51 : « Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique. »

La création de filiale ne relève pas de l'exercice de l'autorité publique.

- Le droit d'établissement est reconnu aux personnes physiques et aux personnes morales ressortissantes d'un Etat membre. En effet, l'article 54 (ex art. 48 CE) TFUE prévoit que "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 aux personnes physiques ressortissantes d'un Etat membre".

Tel est bien le cas de la société française en l'espèce qui est une société, personne morale dont la personnalité n'est pas discutée, qui a son siège sur le territoire français. En outre, il ne fait pas de doute que son activité est lucrative. Elle peut donc bénéficier des libertés prévues au traité.

- L'article 49 TFUE interdit les restrictions au libre établissement : "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 »
- Après avoir adopté un arrêt peu favorable à la reconnaissance des sociétés (CJCE, 27 sept. 1988, daily Mail (The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc), C- 81/87, rec. 5483), la Cour a rendu plusieurs décisions favorables à la liberté d'établissement des sociétés et notamment la possibilité (CJCE, 9 mars 1999, Centros, C 212/97) ; CJCE, 5 nov. 2002, überseering BV, C-208/00, Rec I-9919).

- En l'espèce, la société française veut créer une filiale en Autriche. Il s'agit incontestablement de la mise en œuvre du droit d'établissement puisque la société française veut créer une filiale qui a vocation à exercer durablement des activités économiques, de manière stable et continue en Autriche (CJCE, 30/11/1995, Gebhard).
- Il s'agit bien d'une situation intra-UE puisque une société d'un Etat membre, la France, veut créer une filiale en Autriche, autre Etat membre.
- Or, cette création lui est interdite, ce qui constitue bien une restriction à la liberté d'établissement.
- Cette restriction pourrait-elle être justifiée ? Selon la jurisprudence de la Cour de Justice, en cas de mesures distinctement applicables, la réglementation ne peut être justifiée que dans le cadre de l'article 52 al. 1 du traité TFUE qui vise l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, tandis qu'en cas de mesures indistinctement applicables, les justifications admises par la jurisprudence, soit les raisons impérieuses d'intérêt général, peuvent également être invoquées (CJCE, Gouda, 25 juill. 1991).
- La réglementation autrichienne constitue une discrimination entre les sociétés autrichiennes et les sociétés d'autres Etats membres dans la mesure où elle institue une différence de traitement en fonction du lieu du siège. Elle interdit la création de filiales en Autriche aux sociétés étrangères.
- Seuls l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique pourraient donc être invoqués. Mais l'on ne voit guère dans quelle mesure la sécurité publique et la santé publique pourraient être envisagées. Reste l'ordre public dès lors que des principes essentiels ou fondamentaux seraient en cause. Rien ne paraît ici fonder cette justification.
- A supposer même que l'ordre public puisse être invoqué, la mesure doit être nécessaire et proportionnée (CJCE, 14 oct. 2004, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, C 36/02), ce qui sera très difficile à admettre en l'espèce.