

La mobilité transfrontalière du siège social au sein du marché intérieur : une intervention européenne est-elle nécessaire et souhaitable ?

Mémoire réalisé par

François-Guillaume Caspar

Promoteur

Marc Fallon

Année académique 2015-2016

Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Nous tenons à témoigner toute notre reconnaissance à
Monsieur le Professeur Marc Fallon, notre promoteur, qui nous a encadrés et guidés
tout au long de ce travail de fin d'études.
Ses conseils pertinents et ses suggestions nous ont souvent éclairés.

Table des matières

Introduction	8
Titre 1. La mobilité transfrontalière des sociétés à l'aube du 21^e siècle	10
Chapitre 1. Quelques notions avant d'entrer dans le vif du sujet.....	10
Section 1. La liberté d'établissement.....	10
Section 2. Détermination de la <i>lex societatis</i>	14
Sous-section 1. La théorie du siège réel	15
Sous-section 2. La théorie de l'incorporation	17
Chapitre 2. La construction par la Cour d'un droit à la mobilité transfrontalière pour les sociétés.....	21
Section 1. Le volet « sortie »	21
Sous-section 1. <i>Daily Mail</i>	21
Sous-section 2. <i>Cartesio</i>	22
i) Analyse des conclusions de l'avocat général Maduro : un plaidoyer pour l'abandon de <i>Daily Mail</i>	22
ii) La décision de la Cour : un pas en arrière ?.....	24
Section 2. Le volet « entrée »	26
Sous-section 1. <i>Centros</i> , <i>Überseering</i> et <i>Inspire Art</i> : un triptyque jurisprudentiel en faveur de la mobilité transfrontalière des sociétés	26
i) L'arrêt <i>Centros</i>	26
ii) L'arrêt <i>Überseering</i>	31
iii) La décision <i>Inspire Art</i>	32
Sous-section 2. L'arrêt <i>Vale</i> : un éclaircissement attendu des doutes laissés par <i>Cartesio</i>	32
i) Avis de l'avocat général Jääskinen.....	33
ii) La décision de la Cour	34
Chapitre 3. Existe-t-il à l'heure actuelle en droit européen une mobilité complète du siège social ?.....	38
Section 1. Etat des lieux de la construction négative opérée par la Cour de justice.....	38
Section 2. De nombreux points restent cependant soumis à l'appréciation des Etats membres	43
Section 3. Les autres possibilités offertes par le droit européen afin de permettre aux sociétés de procéder à une réincorporation	44
Sous-section 1. La fusion transfrontalière	44
Sous-section 2. La société européenne.....	45
Titre 2. Vers une 14^e directive ?.....	48

Chapitre 1. L'effet Delaware dans le marché intérieur : une figure d'esprit souhaitable ?	48
Section 1. Vers une émigration de l'effet <i>Delaware</i> vers l'Union européenne ?	48
Sous-section 1. Le système américain	48
Sous-section 2. La situation dans l'Union européenne	51
i) La régulation des sociétés en Europe : similitudes et différences avec le modèle américain	52
ii) Le processus d'harmonisation du droit des sociétés au sein de l'Union européenne	53
Sous-section 3. Les autres conditions nécessaires à la création d'un marché concurrentiel des entreprises	56
Sous-section 4. Une « delawarisation » du marché intérieur : une évolution réellement rejetable ?	57
i) L'analyse américaine de l'effet <i>Delaware</i> : des avis partagés où aucun parti ne semble prendre avantage sur son adversaire	58
ii) Importation de l'effet <i>Delaware</i> en Europe : quelles conséquences pour la régulation des sociétés au sein du marché intérieur ?	59
Chapitre 2. Le besoin de relancer la proposition d'une 14e directive	61
Section 1. Une harmonisation européenne trop lacunaire	61
Section 2. Le problème des <i>exit taxes</i>	62
Sous-section 1. Les <i>exit taxes</i> appliquées aux personnes physiques	63
Sous-section 2. Une transposition aux sociétés de la jurisprudence applicable aux personnes physiques ?	64
Section 3. Quels seraient les avantages d'une intervention de l'Union européenne dans cette matière pour les entreprises et les Etats membres ?	67
Section 4. De nombreuses voix à travers l'Europe poussent à l'adoption d'une 14^e directive	69
Chapitre 3. Quelles orientations pour le législateur européen lors de l'adoption d'une 14e directive ?	71
Section 1. Le champ d'application de la directive devrait-il être limité aux seules sociétés de capitaux ?	71
Section 2. Une harmonisation des règles de conflit de lois ?	73
Section 3. La prise en compte des <i>stakeholders</i>	74
Sous-section 1. L'obligation d'information	74
Sous-section 2. Quel pouvoir de décision laissé aux actionnaires ?	75
i) La décision de l'assemblée générale	76
ii) Protection des actionnaires minoritaires	76
Sous-section 3. Protection des créanciers	77

Sous-section 4. Les travailleurs	77
Section 4. L'impact fiscal du transfert du siège	78
Conclusion	79
Bibliographie	84
Législation	84
Droit national	84
Droit européen	84
Jurisprudence	84
Jurisprudence nationale	84
Jurisprudence européenne	84
Doctrine	85
Périodiques	85
Livres	89
Sites internet	89
Divers	90

Introduction

La mobilité du siège des sociétés au sein de l'Union européenne revêt une importance telle qu'il nous a paru utile d'y consacrer notre mémoire.

Bien que cette question ait été discutée par une abondante littérature, de nombreux points restent en effet, encore aujourd'hui, relativement obscurs. Cette incertitude qui plane sur la mobilité transfrontalière des personnes morales n'est pas pour renforcer la sécurité juridique en la matière. Si, comme nous le verrons, la Cour de justice de l'Union européenne a entrepris de favoriser la mobilité du siège social d'une société d'un Etat membre vers un autre, les conséquences précises qu'une telle transformation implique pour l'ensemble des *stakeholders* de la société ne sont toujours pas entièrement définies par le droit européen, laissant ainsi une marge de manœuvre conséquente aux différents Etats membres. En l'absence d'un encadrement clair émanant de l'Union, ceux-ci sont ainsi libres de déterminer par eux-mêmes les conséquences du transfert transfrontalier pour la société. Cette absence de clarté constitue à nos yeux un frein rédhibitoire à l'émigration des sociétés au sein du marché intérieur. Or, nous sommes persuadés qu'une telle possibilité, si elle devait être offerte, serait favorablement accueillie par une grande partie du paysage entrepreneuriale européen.

Notre projet sera donc d'examiner la situation actuelle au sein de l'Union européenne, pour ensuite imaginer quelles démarches devraient être entreprises afin de l'améliorer. Ce travail sera dès lors composé de deux titres. Le premier sera consacré à un aperçu exhaustif des différentes possibilités qu'offre déjà le droit européen aux sociétés qui souhaitent déplacer. Nous nous proposons d'analyser dans un premier temps, la jurisprudence de la Cour affairant à cette matière et d'en tirer les principaux enseignements ; et dans un second, nous parcourrons les divers instruments de droit européen qui, bien qu'ils ne constituent pas une réponse directe à la demande des sociétés pour déplacer leur siège social, peuvent atteindre le même résultat.

Le second titre de ce mémoire sera plus prospectif. Un premier chapitre, consacré à une étude succincte de droit comparé avec le système américain de droit des sociétés, aura pour but d'étudier l'impact d'une éventuelle concurrence normative au droit des sociétés au sein de l'Union européenne, ce que l'on appelle communément l'effet

Delaware. Notre propos sera de regarder si l'importation d'une telle concurrence peut constituer une évolution souhaitable au sein du marché intérieur.

Dans le deuxième chapitre de cette partie, nous évaluerons si oui ou non il est nécessaire que l'Union européenne adopte un instrument de droit dérivé spécifiquement dédié à la mobilité du siège social au sein du marché intérieur. Le dernier chapitre de ce mémoire tentera quant à lui de dessiner les différentes orientations principales qui nous semblent devoir être suivies par le législateur européen dans la perspective de l'adoption d'un tel instrument.

Titre 1

La mobilité transfrontalière des sociétés à l'aube du 21^e siècle

Chapitre 1

Quelques notions avant d'entrer dans le vif du sujet

Section 1. La liberté d'établissement

L'Union européenne était à son origine un projet politique avec pour objet d'établir une paix durable sur le vieux Continent grâce à une intégration économique toujours plus poussée entre ses différents Etats membres. Cette initiative reposait, entre autres, sur la mise en place d'un grand espace de libre échange. Ainsi, l'article 26 TFUE définit ce qui s'appelait à l'époque le « marché commun » comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée »¹. Afin d'en garantir le fonctionnement correct, cet espace économique s'appuie sur différentes libertés de circulation garanties par le droit primaire.

Définie par la jurisprudence comme la possibilité pour un ressortissant communautaire de « participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un Etat membre »², la liberté d'établissement est l'une des quatre libertés fondamentales du marché intérieur. Elle est énoncée, avec ses principes fondamentaux, aux articles 49 et suivants TFUE. Reconnaître la liberté d'établissement à l'ensemble des citoyens de l'Union européenne a pour but de permettre à ces derniers d'exercer librement une activité économique dans un Etat membre autre que leur pays d'origine. Par ailleurs, en vertu de l'article 54 TFUE, les personnes morales sont assimilées aux personnes physiques et par conséquent autorisées à se prévaloir des droits reconnus par l'article 49 TFUE³, dans les limites définies par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

¹ Article 26 TFUE.

² C.J.C.E., 30 novembre 1995, (Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano), C-55/94, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1995 I-04165, point 25.

³ P. PELLE, "Companies Crossing Borders within Europe", *European Company Law*, 2008, p. 284.

Grâce à cette extension du champ d'application de la liberté d'établissement, les sociétés peuvent ainsi profiter des différentes modalités qu'elle propose : d'une part, celle de l'établissement primaire qui offre la possibilité à une société d'établir son activité principale dans l'Etat membre de son choix et, d'autre part, celle de l'établissement secondaire qui permet d'exercer des activités économiques dans d'autres Etats membres que celui où s'exerce l'activité économique principale de la personne morale.

La problématique de la réincorporation d'une société concerne l'établissement primaire. Plus particulièrement, elle implique le déplacement de l'activité économique principale vers un autre Etat membre que celui dans lequel elle a été constituée. En d'autres mots, il convient de déterminer à quelles conditions et selon quelles formalités une société est admise à déplacer son siège social, ou du moins l'une des composantes de celui-ci, d'un Etat membre vers un autre.

La première difficulté qui surgit lorsqu'une société invoque le bénéfice de la liberté d'établissement est de déterminer si elle entre ou non dans le champ d'application de l'article 54 TFUE et peut donc s'en prévaloir. Il ressort en effet du texte de cette disposition qu'elle ne s'applique qu'aux seules sociétés dont le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement sont établis dans l'Union européenne et qui sont de plus constituées conformément à la législation d'un Etat membre⁴.

Ces conditions d'application de l'article 54 TFUE sont illustrées pour la première fois par l'arrêt *Daily Mail* où diverses questions avaient été soumises à la Cour de justice par une juridiction nationale. Il s'agissait en l'espèce d'une société d'investissement, Daily Mail, dont le siège statutaire et l'administration centrale étaient situés au Royaume-Uni. Cette société souhaitait déplacer son siège réel aux Pays-Bas afin de pouvoir vendre un certain nombre de ses actions de manière fiscalement plus avantageuse. Un tel transfert de siège était cependant soumis à l'assentiment du Trésor anglais.

Il était ici purement question d'une autorisation fiscale puisque, ainsi que la Cour le reconnaissait elle-même, le Royaume-Uni était un pays d'incorporation, autorisant par conséquent une société à déplacer son administration centrale sans crainte de perdre

⁴ G. VAN ECK, E. ROELOFS, « Moving Into, Through and Out of the EU with Corporate Continuity », *European Company Law*, 2014, pp. 211 et s.

sa personnalité juridique⁵. La Cour analysa cependant le fait de savoir si une telle autorisation émanant du Trésor britannique était contraire ou non au droit européen sous l'angle de la liberté d'établissement.

En effet, aux yeux de la Cour, la première question préjudicielle posée par la juridiction anglaise revenait à demander si un Etat membre était, malgré la liberté d'établissement, autorisé à empêcher une société légalement constituée dans sa juridiction de transférer son siège de direction dans une autre juridiction⁶. Dans son arrêt, la Cour refusa d'assimiler complètement les personnes morales aux personnes physiques, estimant que les premières citées n'ont d'existence « qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement »⁷. Les sociétés se voient reconnaître leur existence par un ordre juridique national en vertu d'un lien de rattachement librement déterminé par cet ordre juridique. La disparité des règles de rattachement utilisées par les différents Etats membres constitue certes un problème quant à la réalisation du marché intérieur, reconnaît la Cour, mais celui-ci n'est pas réglé par le droit primaire qui dès lors n'empêche aucunement l'Etat membre de sortir de sanctionner le déplacement du siège social par une dissolution de la société⁸.

Cet arrêt confirma la possibilité pour les Etats de choisir librement le critère de rattachement applicable aux sociétés et les conditions auxquelles celles-ci étaient soumises afin d'être légalement incorporées au sein d'une juridiction. Cette décision revenait pour la Cour à affirmer la totale soumission des sociétés à l'ordre juridique dans lequel elles sont incorporées. La Cour reconnaît ainsi aux Etats membres un « droit de vie ou de mort » sur elles. Les personnes morales se voient ainsi dénier la possibilité d'invoquer la liberté d'établissement primaire afin de déplacer leur siège social si cela devait entraîner pour elles la disparition de leur personnalité juridique aux yeux de leur Etat membre de constitution.

Pour autant, et contrairement à ce que certains commentateurs ont pu affirmer⁹, le juge européen n'a pas voulu exclure du champ d'application de la liberté d'établissement l'hypothèse de la transformation transfrontalière¹⁰. En réalité, si la Cour n'autorise pas

⁵ C.J.C.E., 27 septembre 1988, (The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.), 81/87, *Rec. C.J.C.E.*, pp. 5505 et s., point 3.

⁶ Arrêt *Daily Mail*, *op. cit.*, point 11.

⁷ Arrêt *Daily Mail*, *op. cit.*, point 19.

⁸ Arrêt *Daily Mail*, *op. cit.*, point 24.

⁹ J. LEVER, "Annotation to Case 81/87, The Queen v. H.M. Treasury ex parte Daily Mail and General Trust PLC", *Common Market Law Review*, 1989, p. 331; W.-H. ROTH, "Annotation to the case C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen", *Common Market Law Review*, 2000, p. 153.

¹⁰ Arrêt *Daily Mail*, *op. cit.*, point 16.

les personnes morales à invoquer le droit d'établissement dans une telle situation, c'est que, selon elle, dans l'état du droit européen au moment de rendre la décision, au vu de l'absence d'instrument européen adopté en vertu de l'article 293 TCE, l'article 54 TFUE est dépourvu d'effet direct dans les cas de transfert transfrontalier du siège social¹¹. La théorie de l'effet direct fut reconnue pour la première fois par la Cour de justice dans l'arrêt *Van Gend & Loos*¹², dans lequel la Cour indiquait qu'une disposition pouvait être invoquée directement lorsque celle-ci est précise, claire, inconditionnelle et qu'elle n'appelle pas de mesure complémentaire. Il ressort que la Cour a estimé que cette dernière condition n'était pas satisfaite *in casu* en raison de l'existence de l'article 293 TCE qui prévoyait justement que l'application de la liberté d'établissement aux personnes morales doit être mise en œuvre par un acte de droit international ratifié par les différents Etats membres.

Cet arrêt illustre en définitive le fait que, lorsqu'elle est invitée à déterminer si une société rentre ou non dans le champ d'application de l'article 54 TFUE, la Cour le fera en référence au droit national de cette société. Si de par le mouvement transfrontalier qu'elle entend réaliser, celle-ci devait perdre sa personnalité juridique aux yeux de sa juridiction d'incorporation, la Cour ne l'autoriserait pas à se prévaloir de la liberté d'établissement.

Dès le début de la construction européenne, les rédacteurs du Traité de Rome étaient conscients des difficultés qui pouvaient émaner de la diversité des critères de rattachement utilisés au sein de l'Union. C'est pourquoi les Etats membres étaient invités à recourir au droit international public en concluant une convention par laquelle ils reconnaissaient mutuellement l'existence juridique des sociétés établies dans les autres Etats contractants et qui décidaient de procéder à une réincorporation¹³. Cette convention fut conclue entre les six Etats fondateurs de l'Union lorsqu'ils adhéraient encore tous à la théorie du siège réel. Elle ne fut cependant jamais ratifiée après que les Pays-Bas aient adopté le critère de l'incorporation¹⁴.

Par conséquent, les différents droits des sociétés nationaux sont - sur cet aspect du moins - restés relativement imperméables aux influences du droit européen et les Etats

¹¹ M. SZYDLO, "Emigration of Companies under the EC Treaty: Some Thoughts on the Opinion of the Advocate General in the *Cartesio* Case", *European Review of Private Law*, 2008, pp. 982-984.

¹² C.J.C.E., 5 février 1963, (NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise), 26-62, *R.C.J.C.E.*, VIII, pp. 5 et s.

¹³ Article 293 TCE, non repris dans le Traité de Lisbonne.

¹⁴ M. JOHNSON, "Does Europa still need a Fourteenth Company Law Directive?", *Hertfordshire Law Journal*, Vol. 3, p. 25.

membres restent dès lors libres de déterminer quelles formalités les sociétés doivent respecter pour que leur existence juridique soit reconnue et ainsi de pouvoir se prévaloir de la liberté d'établissement.

Au début du 21^e siècle, la Commission a travaillé sur le projet d'une 14^e directive visant à permettre le transfert de siège statutaire des sociétés de capitaux. Cette initiative fut cependant mise au frigo en 2007, l'imminence de l'arrêt *Cartesio* – qui devait éclaircir la matière – ainsi que les récentes adoptions de la directive sur les fusions transfrontalières et d'un règlement établissant la société européenne avaient rendu un tel projet moins nécessaire aux yeux du législateur européen¹⁵.

Mais, comme nous le verrons plus loin, ni l'arrêt *Cartesio* ni les différents instruments législatifs européens n'eurent pour résultat de répondre aux attentes, rendant ainsi des plus nécessaires l'adoption d'une 14^e directive.

Section 2. Détermination de la *lex societatis*

Les développements ci-dessus mettent en avant l'importance qu'au vu de la difficulté qu'implique une opération de réincorporation, les associés doivent accorder au moment de constituer leur société au choix de la loi qui sera applicable. En effet, la *lex societatis* joue un rôle central en droit des sociétés dès lors qu'elle permet de déterminer les règles de fond et de forme qui seront applicables à la société dès sa constitution.

L'identification de cette loi sociétale est une question qui relève du droit international privé. Il convient donc de déterminer quel sera le facteur de rattachement. Il n'existe pourtant pas d'homogénéité sur ce point, puisque le droit international privé connaît deux grandes théories privilégiant chacune une règle de conflit de lois différente. Ainsi, la théorie du siège réel se fonde sur un critère factuel, tandis que la théorie de l'incorporation repose sur un critère formaliste.

Cette dichotomie a pour conséquence qu'une même société peut parfois être considérée comme binationale soit parfois, suite à un transfert transfrontalier du siège, comme apatride, en fonction du choix de la règle de conflit de lois opéré par les pays

¹⁵A. AUTENNE, E.-J. NAVEZ, « *Cartesio* – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisitées », *C.D.E.*, 2009, pp. 92-93.

concernés. On imagine rapidement les difficultés que ceci peut créer, tout spécialement au sein du marché intérieur.

Or, ainsi que nous l'avons vu dans l'arrêt *Daily Mail*, tant le droit primaire européen que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne affirment le principe de neutralité du droit européen en la matière. En d'autres termes, les Etats membres de l'Union sont libres de choisir quel critère ils entendent utiliser pour déterminer la *lex societatis*.

Notre propos sera ici d'analyser chacun de ces deux critères de conflit de lois dans leurs caractéristiques les plus marquantes, tout en n'oubliant pas qu'en définitive, ce sont les Etats qui décident quel facteur de rattachement ils entendent utiliser et qu'il existe dès lors de nombreuses variantes des deux grandes théories usitées¹⁶.

Sous-section 1. La théorie du siège réel

La théorie du siège réel s'appuie donc sur un critère factuel pour identifier la nationalité d'une société. Elle exige la concordance entre la localisation du siège social et celle du centre de direction de la société. S'il devait y avoir une dissociation entre les deux, ce serait alors le lieu du centre de direction effectif de la société qui serait retenu¹⁷.

Cette théorie est principalement en usage dans les pays de droit continental tels l'Allemagne, la France ou encore la Grèce. La Belgique a également adopté le critère du siège réel, bien que dans le Code de droit international privé, il soit fait référence à l'établissement principal de la personne morale¹⁸. Il s'agit là uniquement d'une différence terminologique sans conséquence pratique¹⁹.

L'identification du siège réel d'une société repose sur des éléments de fait qui permettent de localiser son centre de direction effective, celui où sont prises les décisions les plus importantes. Il s'agit dès lors d'un critère qui laisse une certaine marge d'appréciation au juge, lequel sera ainsi toujours libre d'estimer s'il y a ou non

¹⁶ K. MARESCHEAU, "De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale", *R.D.C.-T.B.H.*, 2013/4, p. 233.

¹⁷ A. COTIGA, *Le droit européen des sociétés*, Bruxelles, Editions Larcier, 2013, pp.152 et s.

¹⁸ Article 110 du Code de droit international privé.

¹⁹ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés - Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 4^e éd., p. 1183.

identité entre les sièges statutaire et réel et, en cas de discordance entre ceux-ci, de localiser le siège réel.

Appliquée de manière stricte, la théorie du siège réel se révèle être peu flexible, offrant peu de marge de manœuvre à la société qui ne peut déplacer comme bon lui semble son centre de direction²⁰. D'autre part, en raison de la libre appréciation du juge dans la détermination de la localisation du siège réel, apparaît une certaine incertitude qui se traduit en insécurité juridique pour les justiciables. D'un point de vue international, cette insécurité juridique est accentuée par le fait que chaque Etat a sa propre définition du siège réel et s'appuie sur des appréciations différentes pour le situer²¹. Pourquoi dès lors certains Etats optent-ils pour ce critère ?

Cette théorie traduit une attitude protectrice du législateur vis-à-vis des différents intérêts présents au sein de la société, tels ceux des créanciers ou des travailleurs²². En choisissant d'appliquer la théorie du siège réel, les Etats s'assurent de l'application de l'ensemble de leurs normes impératives par les sociétés dont le principal établissement est sur leur territoire. Cette théorie est ainsi un puissant moyen de lutte contre la fraude, dès lors qu'elle empêche une société d'échapper aux règles impératives de l'Etat dans lequel elle est active, puisque seul l'emplacement du siège réel est pris en compte²³.

Néanmoins, choisir le siège réel d'une société comme facteur de rattachement pour déterminer la loi sociétaire de celle-ci n'est pas un choix favorable à la mobilité des sociétés. En effet, si une société veut transférer son siège social vers un Etat reconnaissant la théorie du siège réel, celui-ci ne lui reconnaîtra sa personnalité juridique que si elle se plie aux normes impératives de l'Etat d'émigration. Elle perdra de plus sa personnalité juridique vis-à-vis de son Etat d'origine, si celui devait également pratiquer la théorie du siège réel. On devine rapidement les conséquences dramatiques qu'implique l'application rigoriste de cette théorie.

Tous les Etats ne suivent pourtant pas de manière stricte la théorie du siège réel afin justement d'en éviter ses implications les plus extrêmes. Ainsi, la Belgique et sa Cour de cassation ont admis la possibilité pour une société d'émigrer ou d'immigrer, dès

²⁰ A. COTIGA, *op. cit.*, p. 153.

²¹ A. RIBES, "Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors", *Intertax*, 2012, p. 607; M. JOHNSON, *op. cit.*, p. 22.

²² A. ROUSSOS, « Realising the free Movement of Companies », *European Business Law Review*, janvier/février 2001, p. 8 ; E. WERLAUFF, "The Main Seat Criterion in a New Disguise – An Acceptable Version of the Classic Main Seat Criterion?", *European Business Law Review*, 2001, p. 3.

²³ A. COTIGA, *op. cit.*, pp.156 et s.

lors qu'une telle émigration est également admise par l'autre Etat concerné par le transfert (arrêts *Lamot*²⁴ et *Vanneste*²⁵). La France²⁶, le Luxembourg²⁷ et le Portugal²⁸ ont également adopté des solutions semblables.

Toutefois, malgré ces assouplissements, la théorie du siège réel n'est pas la plus adaptée aux exigences du commerce international en raison de son manque de souplesse, au contraire de son opposante, la théorie de l'incorporation.

Sous-section 2. La théorie de l'incorporation

Contrairement à la théorie du siège réel, celle de l'incorporation adopte un critère de rattachement formaliste. Ce qui est décisif dans la détermination de la *lex societatis* n'est plus l'emplacement du centre de direction de la société, mais bien le lieu géographique où la société est enregistrée.

Il existe différentes variantes de cette théorie quant au choix précis du facteur de rattachement. La majorité des législations prend comme critère le lieu où la société a acquis sa personnalité juridique. En d'autres mots, une société aura la nationalité de l'Etat en vertu des règles juridiques duquel elle a été constituée et cette nationalité la suivra tout au long de son existence. Cette tendance, suivie entre autres par le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, n'est pas plus particulièrement favorable à la mobilité des sociétés puisque ces Etats s'opposent également au transfert du siège social²⁹.

Certaines législations, moins nombreuses, tiennent compte d'un critère encore plus formel, celui du siège statutaire. Il s'agit là de l'adresse mentionnée dans les statuts de la société comme le lieu de son siège. Cette approche est bien plus favorable à la mobilité transfrontalière que les deux autres, puisqu'il n'est plus fait ici référence ne fût-ce qu'à l'Etat où la société fut créée. Comme le suggère Kristof Maresceau, les Etats adoptant une telle règle de conflit de lois en la matière ne sont pas des Etats qui,

²⁴ Cass. (1^{re} ch.), 12 novembre 1965, *R.P.S.*, 1966, p. 136.

²⁵ C.E. (4^e ch.), 29 juin 1987, n° 28.267, *T.R.V.*, 1988, p. 110.

²⁶ J. WOUTERS, « Private international law and companies' freedom of establishment », *European Business Organization Law Review*, 2001, n° 2, note 524, p. 111 se référant à l'article 30.1 sur la société en commandite simple et à l'article 60.1 sur la société à responsabilité limitée.

²⁷ *Ibid.*, se référant aux articles 67.2 et 199 de la loi luxembourgeoise du 10 août 1915 relative aux sociétés commerciales.

²⁸ *Ibid.*, se référant à l'article 3.2 du Code portugais des sociétés commerciales.

²⁹ K. MARESCEAU, *op. cit.*, pp. 233-234.

en principe, sont opposés à la mobilité transfrontière des sociétés³⁰. Cette variante est adoptée, entre autres, par la Suisse.

Utiliser l'incorporation comme facteur de rattachement implique de ne pas tenir compte des éléments factuels retenus pour déterminer la situation géographique du siège réel. Partant, la concordance des différentes composantes du siège social n'est plus exigée et, si elle devait être effective, n'est plus présomptive de fraude³¹. Ceci constitue une grande force de la théorie de l'incorporation, particulièrement favorable à la mobilité transfrontière des sociétés, dès lors que ces dernières peuvent établir leurs centres de direction où bon leur semble, sans devoir craindre des conséquences juridiques négatives semblables à celles produites en cas d'application de la théorie du siège réel. La sécurité juridique se trouve ici accrue puisque la détermination de la loi sociétale se base sur un critère formel et non plus sur un critère matériel soumis à l'appréciation personnelle du juge étatique. Cette prévisibilité répond de manière plus adéquate aux exigences du commerce international³². De manière générale, la théorie de l'incorporation est surtout utilisée par les pays *de common law*, tels le Royaume-Uni ou les pays scandinaves.

La théorie de l'incorporation implique donc que les dirigeants d'une société peuvent instituer cette dernière où bon leur semble, ils disposent en effet d'un libre choix de la loi applicable. De cette principale caractéristique découle aussi son point faible : en laissant ainsi la porte ouverte à la volonté des parties, elle favorise la fraude par l'intermédiaire du phénomène des sociétés « pseudo-étrangères » ou sociétés dites « boîtes aux lettres »³³. Cette pratique consiste à choisir l'Etat au droit des sociétés le moins exigeant en termes de normes impératives, indépendamment de la localisation géographique des activités de la société, et de l'y établir sans toutefois y exercer de réelles activités commerciales. Cette technique permet à une société d'éviter de devoir appliquer les normes impératives du pays dans lequel se situent ses activités principales.

On décèle ici la justification de l'existence de la théorie du siège réel, puisque celle-ci a été créée afin d'éviter un tel scénario. Les Etats pratiquant l'incorporation ont également eu à y trouver une autre parade que celle adoptée par les Etats continentaux,

³⁰ *Ibid.*, pp. 234-235.

³¹ A. COTIGA, *op. cit.*, p. 156.

³² *Ibid.*, p. 161.

³³ *Ibid.*, pp. 161-162.

dès lors qu'ils ne souhaitent pas modifier leur règle de conflit de lois. Certains ont par exemple limité l'autonomie des parties ; ainsi les Pays-Bas ont modifié leur droit des sociétés en la matière de telle sorte que désormais les sociétés « pseudo-étrangères », dont la majorité des activités commerciales se situent sur leur territoire, se voient obligées de respecter certaines normes impératives du droit néerlandais.

On constate dès lors que la théorie du siège réel et celle de l'incorporation - bien qu'elles s'appuient sur deux critères différents, l'un matériel l'autre formel - ont toutes deux pour but ultime de lutter contre la fraude et la volonté des sociétés de se voir appliquer la *lex societatis* la moins exigeante³⁴.

Cette distinction comporte également une vision plus politique de la conception qu'ont les différents Etats de ce qu'est une société³⁵. Ainsi, on peut opérer une dichotomie entre le système dit « *insiders* » qui prend en compte l'ensemble des intérêts relatifs à une société³⁶ et le système dit « *outsiders* » qui, quant à lui, prend en compte uniquement l'intérêt des actionnaires de l'entreprise³⁷. Dès lors, le système « *insiders* » adoptera plus naturellement la théorie du siège réel, alors que le système « *outsiders* » se tournera vers celle de l'incorporation³⁸.

Ainsi que nous le verrons dans la seconde partie de ce travail, la première vision est, du moins initialement, surtout privilégiée en Europe continentale tandis que la seconde correspond à l'approche anglo-saxonne du droit des sociétés.

Par ailleurs, analysant ces développements sous l'angle de la mobilité transfrontalière, on constate qu'en fonction de la règle de rattachement que les Etats ont choisi d'appliquer, la définition qu'ils donnent à la notion de mobilité transfrontalière sera différente. Ainsi, en choisissant un critère de rattachement formel, on ne tient aucunement compte d'éléments factuels et la mobilité du siège social ne concernera jamais celle du siège réel d'une société, dès lors que celle-ci n'est pas prise en compte dans la détermination de la *lex societatis*. Naturellement, la théorie du siège réel implique les principes inverses : le déplacement du siège statutaire n'aura pas de

³⁴ *Ibid.*, p. 164.

³⁵ C. POCHET, « Fédéralisme, droit des sociétés et gouvernance d'entreprise : quelles leçons l'Europe peut-elle tirer de l'expérience américaine ? », *Revue internationale de droit économique*, 2006, p. 305.

³⁶ Les *stakeholders*.

³⁷ Les *shareholders*.

³⁸ C. POCHET, *op. cit.*, p. 305.

conséquences sur la personnalité juridique. En revanche, le résultat serait tout autre si c'était le siège réel qui devait être transféré³⁹.

³⁹ K. MARESCHEAU, *op. cit.*, p. 233.

Chapitre 2

La construction par la Cour d'un droit à la mobilité transfrontalière pour les sociétés

Le droit primaire de l'Union européenne ne reconnaît pas positivement la possibilité pour les sociétés de s'appuyer sur la liberté d'établissement afin de procéder à une réincorporation.

De manière volontariste, la Cour tenta de dessiner les contours d'une mobilité transfrontière des sociétés au sein du marché intérieur. Il convient de distinguer deux situations : d'une part le point de vue de l'Etat membre de sortie abordé dans les arrêts *Daily Mail* et *Cartesio*⁴⁰ et, d'autre part, celui de l'Etat d'entrée analysé dans le triptyque jurisprudentiel composé des arrêts *Centros*⁴¹, *Überseering*⁴² et *Inspire Art*⁴³, ainsi que de l'arrêt *Vale Epitesi* (que nous appellerons « arrêt *Vale* » dans la suite de ce travail)⁴⁴.

Section 1. Le volet « sortie »

Une société envisageant de transférer son siège social peut s'en voir empêchée de deux manières. La première est la possibilité pour l'Etat dit de sortie, c'est-à-dire celui dans lequel elle est incorporée, de le lui interdire en la menaçant de la priver de sa personnalité juridique⁴⁵.

Sous-section 1. *Daily Mail*

Cette solution, ainsi que nous l'avons vu, est affirmée par la Cour dans son arrêt *Daily Mail* puisqu'elle y a octroyé la liberté aux Etats membres de déterminer à quelles conditions une société pouvait se voir reconnaître la personnalité juridique. Il existe

⁴⁰ C.J.U.E. (Gr. Ch.), 16 décembre 2008, (CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.), C-210/06, *R.C.J.U.E.*, 2008, I-09641.

⁴¹ C.J.C.E., 9 mars 1999, (Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), C-212/97, *R.C.J.C.E.*, 1999, I-01459.

⁴² C.J.C.E., 5 novembre 2002, (Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)), C-208/00, *R.C.J.C.E.*, 2002, I-09919.

⁴³ C.J.C.E., 30 septembre 2003, (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contre Inspire Art Ltd), C-167/01, *R.C.J.C.E.*, 2003, I-10155.

⁴⁴ C.J.U.E., 12 juillet 2012, (VALE Építési kft.), C-378/10, *R.C.J.U.E.*, 2012, non encore publié au Recueil.

⁴⁵ A. AUTENNE, E.-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 110.

une neutralité du droit européen quant au choix du facteur de rattachement retenu par les ordres juridiques nationaux. Ceci a pour conséquence qu'une société disparaîtrait si elle ne devait plus respecter l'une des conditions d'existence imposées par sa *lex societatis*. En d'autres termes, la liberté d'établissement ne permet pas à une société d'exiger de l'Etat de sortie qu'il accepte sa volonté de se réincorporer dans un autre ordre juridique national⁴⁶.

Sous-section 2. *Cartesio*

Le triptyque jurisprudentiel composé des arrêts *Centros*, *Inspire Art* et *Überseering* consacré au droit d'entrée avait, aux yeux d'une partie de la doctrine, remis en cause le principe de neutralité du droit européen consacré par la Cour de justice dans son arrêt *Daily Mail* en condamnant la théorie du siège réel. L'arrêt *Cartesio* confirma néanmoins la jurisprudence *Daily Mail* en réaffirmant la neutralité du droit européen quant à la détermination du facteur de rattachement. Néanmoins, *Cartesio* dépasse également l'enseignement de *Daily Mail*.

La décision mettait en cause une société hongroise, *Cartesio*, qui désirait déplacer le centre de direction de ses affaires en Italie tout en restant soumise au droit hongrois. Mais l'administration hongroise refusa d'inscrire ce changement de siège car sa législation nationale ne permettait pas qu'une société qui n'a pas son siège réel en Hongrie reste soumise à son ordre juridique. La juridiction nationale devant qui fut porté le litige posa dès lors une question préjudicielle à la Cour de justice afin de savoir si les articles 49 et 54 TFUE s'opposaient à une telle interdiction formulée par le droit national.

i) Analyse des conclusions de l'avocat général Maduro : un plaidoyer pour l'abandon de *Daily Mail*

Avant d'analyser la décision de la Cour, il nous semble particulièrement pertinent d'analyser les conclusions rendues par l'avocat général Maduro dans cette affaire. Suivant une certaine interprétation de *Daily Mail*⁴⁷, la Hongrie estimait que l'affaire ne relevait pas du champ d'application de la liberté d'établissement. Ainsi que nous l'avons déjà expliqué dans notre analyse dudit arrêt, nous estimons, suivant ici

⁴⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁴⁷ J. LEVER, *op. cit.*, p. 331; W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 153.

l'opinion de Marek Szydło⁴⁸, que cette interprétation est erronée. L'avocat général estime quant à lui que le transfert de l'administration centrale d'un pays doit être considéré comme une activité économique, conformément à la définition qui en est donnée dans l'arrêt *Gebhard*, et qu'il relève dès lors du champ d'application de la liberté d'établissement⁴⁹.

Dans le raisonnement qu'il suit, l'avocat général adopte certes initialement le même point de vue concernant l'arrêt *Daily Mail*⁵⁰, mais il remarque ensuite que depuis lors, une série d'arrêts est survenue dans cette matière, lesquels ont eu pour effet d'affiner celle-ci. En effet, citant *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*, il relève que la Cour a systématiquement estimé dans ces trois arrêts que les règles internes de droits des sociétés pouvaient être constitutives d'entrave aux libertés de circulation et, partant, étaient soumises au contrôle de la Cour⁵¹.

Poursuivant son raisonnement, il estime que la distinction établie par la Cour entre l'Etat membre de sortie et celui d'accueil n'est que peu satisfaisante. De fait, les mesures restrictives, tant à l'entrée qu'à la sortie, devraient être sujettes au contrôle de conformité du juge européen. Dès lors, l'avocat général Maduro plaide pour une infirmation explicite par la Cour de la décision *Daily Mail*. Conformément à ses conclusions, les règles nationales de droit interne des sociétés, telles les règles de rattachement, tombent dans le champ d'application de la liberté d'établissement et peuvent donc être constitutives d'entrave à celle-ci. Plus précisément, s'il reconnaît qu'en l'état du droit communautaire les Etats membres restent libres de déterminer quelle règle de conflit de lois ils entendent utiliser pour déterminer la *lex societatis*, il n'en reste pas moins que l'exercice effectif de la liberté d'établissement vient empêcher l'application radicale des deux théories⁵². Pour autant, la possibilité reste ouverte pour les Etats membres de justifier les mesures restrictives par des raisons d'intérêt général⁵³.

En définitive, l'avocat général estime que les Etats membres restent libres de choisir le critère de rattachement qu'ils entendent appliquer. La neutralité du droit européen sur ce point n'est donc pas remise en cause. Il n'empêche que selon lui, ces règles

⁴⁸ M. SZYDŁO, *op. cit.*, pp. 982-984.

⁴⁹ Arrêt *Cartesio*, *op cit.*, concl. Av. gén. P. MADURO, p. I-09641, point 25.

⁵⁰ *Ibid.*, point 26.

⁵¹ *Ibid.*, point 27.

⁵² *Ibid.*, point 30.

⁵³ *Ibid.*, points 32-33.

doivent être mises en balance avec la liberté d'établissement. Ainsi, si des mesures restrictives peuvent être acceptées, elles devront pour cela être considérées comme nécessaires et proportionnelles. Il est néanmoins à ses yeux exclu qu'un Etat membre puisse bénéficier d'une « liberté absolue pour déterminer les conditions de « vie ou de mort » des sociétés constituées selon leur droit national »⁵⁴. Au vu des conséquences extrêmes qu'aurait une marge de manœuvre aussi large, il est en effet impensable pour lui que celle-ci puisse être justifiée. Il est donc évident que ses conclusions contiennent une véritable invitation faite à la Cour de justice à s'écarter définitivement de la jurisprudence *Daily Mail* et à confirmer, en adoptant une interprétation large de la liberté d'établissement⁵⁵, le chemin adopté en faveur de la mobilité transfrontalière des sociétés depuis l'arrêt *Centros*⁵⁶ dont il sera question ci-dessous.

ii) La décision de la Cour : un pas en arrière ?

Cependant, la Cour décida de ne pas suivre les conclusions de son avocat général et, à la surprise de nombreux observateurs⁵⁷, confirma la jurisprudence *Daily Mail* en réaffirmant que seul le droit national applicable est apte à déterminer à quelles conditions une société peut se prévaloir de la liberté d'établissement en l'absence d'uniformisation communautaire. A nouveau, la Cour semblait estimer qu'en l'absence d'harmonisation entre les Etats membres, les dispositions du Traité sur la liberté d'établissement n'ont pas d'effet direct en ce qui concerne la mobilité transfrontalière du siège. Mais il est certain dorénavant - ainsi qu'il ressort de l'*obiter dictum* 112 analysé ci-dessous - qu'à l'instar de l'incorporation d'une société dans un autre Etat⁵⁸ et de la fusion transfrontalière⁵⁹, la réincorporation d'une compagnie dans un autre Etat membre tombe dans le champ d'application des articles 49 et suivants du Traité, dans les limites toutefois exprimées par la Cour⁶⁰. Cette dernière reconnaît ainsi

⁵⁴ *Ibid.*, point 31.

⁵⁵ D. DEAK, "Outbound establishment revisited in *Cartesio*", *EC Tax Review*, 2008, p. 258.

⁵⁶ W. CAINS, "Case note on *Cartesio* Decision by the European Court of Justice, Case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató*", *European Review of Private Law*, 2010, p. 570.

⁵⁷ A. KHAN, "Corporate Mobility under Article 49 TFUE: A Question of Means, not Ends", *European Business Law Review*, 2011, p. 859; W. CAINS, *op. cit.*, p. 570; W.-G. RINGE, « No Freedom of Emigration for Companies? », *European Business Law Review*, 2005, p. 621; G.-J. VOSSESTEIN, "Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment – Some Considerations on the Court of Justice's *Cartesio* Judgement", *European Company Law*, 2009, p. 116.

⁵⁸ Arrêts *Centros*, *op. cit.*, *Überseering*, *op. cit.*, et *Inspire Art*, *op. cit.*

⁵⁹ C.J.C.E. (Gr. Ch.), 13 décembre 2005, (*SEVIC Systems AG.*), C-411/03, *R.C.J.C.E.*, p. I-10832. Dans cet arrêt, la Cour avait tout d'abord estimé que l'opération de fusion entre deux sociétés était une activité économique et relevait par conséquent de la liberté d'établissement. Le juge européen avait ensuite statué qu'une législation refusant ce type de transformations lorsqu'elles revêtent un caractère transfrontalier alors qu'elle les admet si elles sont purement internes est contraire au droit européen.

⁶⁰ G.-J. VOSSESTEIN, *op. cit.*, p. 120.

la possibilité pour l'Etat membre de sortie d'empêcher le déplacement du siège social, en sanctionnant celui-ci par la privation de la société de sa personnalité juridique⁶¹. Ainsi que nous le verrons ci-dessous, la distinction établie dans *Überseering* entre la situation de l'Etat de sortie et celle de celui d'accueil est donc maintenue et justifie la différence de traitement entre ces deux situations. Alors que l'on pouvait penser que *Centros* avait constitué un retournement de jurisprudence par rapport à *Daily Mail*, il apparaît clairement, comme c'était sous-entendu dans *Überseering*⁶², qu'il n'en est rien. Il est indéniable qu'une telle décision est à l'opposé de ce qu'affirmait l'avocat général Maduro dans ses conclusions et de l'approche bien moins restrictive adoptée dans *Centros* et les décisions qui l'ont suivi⁶³.

Toutefois, au point 112 de l'arrêt et alors qu'elle n'était pas invitée à le faire⁶⁴, la Cour vient limiter cette toute-puissance de l'Etat de sortie en lui imposant d'admettre la sortie d'une société lorsque l'Etat membre d'accueil accepte une telle transformation, pour autant que celle-ci donne lieu à un changement de loi applicable. Pour la première fois, la jurisprudence de la Cour étend explicitement le champ d'application de la liberté d'établissement à la transformation transfrontalière d'une société⁶⁵. Le critère déterminant est le fait de savoir si oui ou non le transfert de siège donne lieu à un changement de *lex societatis*⁶⁶. En cas de réponse affirmative à cette question, l'Etat membre de sortie ne peut interdire le transfert du siège social si l'Etat membre d'accueil devait admettre le transfert dans son droit national et que l'obstacle à la liberté d'établissement ne pouvait être justifié par une raison impérieuse d'intérêt général. En d'autres termes, il apparaît que si les différentes conditions pointées ci-dessus devaient être remplies, la société qui souhaite se convertir en une société régie par le droit d'un autre Etat membre se verrait donner par la Cour la possibilité d'invoquer directement en sa faveur les dispositions du Traité sur la liberté d'établissement.

L'*obiter dictum* de l'arrêt *Cartesio* pose néanmoins certains problèmes d'interprétation. On pourrait ainsi considérer que l'Etat d'entrée se voit reconnaître une capacité tout à fait discrétionnaire d'accueillir favorablement ou non une société

⁶¹ Arrêt *Cartesio*, *op. cit.*, point 110.

⁶² G.-J. VOSSESTEIN, *op. cit.*, p. 117.

⁶³ W. CAINS, *op. cit.*, p. 577.

⁶⁴ T. BIERMEYER, « Bringing darkness into the dark: European corporate cross-border mobility in Re *Cartesio* », *Maastricht J. Eur. & Comp.*, 2009, p. 253; G.-J. VOSSESTEIN, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁵ Arrêt *Cartesio*, *op. cit.*, point 113.

⁶⁶ A. KHAN, *op. cit.*, p. 860.

étrangère. Une autre interprétation serait de considérer que la transformation transfrontalière ne devrait être admise que si une telle transformation était autorisée pour les situations purement internes⁶⁷. Ainsi que nous le verrons, cette ambiguïté sera résolue dans le dernier arrêt en date à traiter du déplacement transfrontalier du siège social, l'arrêt *Vale*.

Si la Cour a énormément surpris en maintenant la décision *Daily Mail* et en confirmant la distinction entre la situation de sortie et celle d'accueil, s'écartant de fait des conclusions de l'avocat général, elle a néanmoins fait preuve d'un certain libéralisme en ouvrant dans son *obiter dictum* la possibilité à un transfert transfrontalier du siège social. Il n'en reste pas moins que les conditions d'un tel transfert restent au sortir de cet arrêt quelque peu mystérieuses et appellent une nécessaire clarification.

Section 2. Le volet « entrée »

Lors d'une opération de transformation transfrontalière, une société doit également tenir compte du point de vue de l'Etat membre dans lequel elle a l'intention de se réincorporer. L'Etat d'entrée dispose en effet, au même titre que l'Etat de sortie, du pouvoir de faire obstacle à l'opération transfrontière. La Cour s'est cependant montrée bien plus libérale sur la question du droit d'entrée que sur la question du droit de sortie, diminuant ainsi la marge de manœuvre de l'Etat d'immigration⁶⁸.

Sous-section 1. Centros, Überseering et Inspire Art : un triptyque jurisprudentiel en faveur de la mobilité transfrontalière des sociétés

i) L'arrêt Centros

Dans son arrêt *Centros* de 1999, la Cour obligea l'Etat du Danemark à reconnaître l'enregistrement d'une succursale de la société Centros enregistrée au Royaume-Uni alors qu'elle n'y exerçait aucune activité économique. Dans les faits, les époux Bryde, fondateurs de la société, étaient des ressortissants danois qui, tout en souhaitant que leur société soit active au Danemark, voulaient également éviter les normes

⁶⁷ K. MARESCHEAU, *op. cit.*, pp. 239-240.

⁶⁸ A. AUTENNE, E.-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 110.

impératives danoises applicables à la création d'une société, normes qu'ils jugeaient trop contraignantes. Dans ce but, ils eurent recours à ce que certains appellent une stratégie en « U ». Il s'agissait d'utiliser la liberté d'établissement primaire pour incorporer la société au Royaume-Uni et ensuite, par l'intermédiaire de la liberté d'établissement secondaire, de créer une succursale de cette société qui serait active au Danemark. Ce dernier n'était cependant pas enclin à autoriser une société à pouvoir contourner aussi facilement ses règles impératives et refusait dès lors d'enregistrer la succursale. Les fondateurs de la société ne contestaient nullement que le seul but de leur stratégie était d'éviter l'application du droit des sociétés danois. La Cour de justice estima cependant que ce refus était contraire au droit européen dès lors qu'il conduirait selon elle « à empêcher des sociétés constituées en conformité avec la législation de cet autre Etat membre d'exercer le droit d'établissement qui leur est conféré »⁶⁹. Ayant qualifié l'attitude danoise de constitutive d'une entrave à la liberté d'établissement, le juge européen analyse ensuite si celle-ci peut néanmoins être justifiée⁷⁰, mais estime finalement que le test de proportionnalité n'est pas rempli.

Cet arrêt peut légitimement être considéré comme particulièrement intéressant voire révolutionnaire et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, la Cour s'écarte ici de sa définition traditionnelle de l'établissement qu'elle avait donnée pour la première fois dans l'arrêt *Gebhard*. En effet, conformément à cette décision, l'établissement, qu'il soit primaire ou secondaire, implique nécessairement l'exercice d'une activité économique dans l'Etat membre d'établissement. En appliquant cette définition de manière rigoureuse, Centros n'eut pas dû être admis, dans un premier temps, à pouvoir utiliser la liberté d'établissement primaire pour s'incorporer au Royaume-Uni, puisque la société avait comme intention d'être active uniquement au Danemark.

L'Etat du Danemark estimait en conséquence que la manière dont Centros utilisait les libertés de circulation constituait un abus du droit d'établissement. Cet arrêt constitua dès lors pour la Cour l'occasion de clarifier sa position sur la question de l'abus de droit en droit européen. En effet, le juge européen estima que si les Etats membres sont habilités à prendre des mesures pour empêcher leurs ressortissants de se prévaloir abusivement ou frauduleusement des normes communautaires afin d'échapper à des dispositions nationales contraignantes⁷¹, la stratégie adoptée par les époux Bryde ne

⁶⁹ Arrêt *Centros*, *op. cit.*, point 21.

⁷⁰ *Ibid.*, point 31.

⁷¹ *Ibid.*, point 24.

pouvait être qualifiée comme telle. L'établissement de l'existence d'un abus de droit ou d'une fraude doit se faire à la lumière des objectifs poursuivis par les dispositions européennes mises en cause en espèce⁷². Or, affirme la Cour, la stratégie en « U », telle que développée par Centros, constitue l'essence même de la liberté d'établissement. En conclusion, au vu de la raison d'être des différents articles du Traité en cause dans cet arrêt, une telle pratique ne peut être considérée comme frauduleuse ou abusive. Cependant, la Cour limite ici ses conclusions aux seules règles nationales concernant la création d'une société, ouvrant la porte à l'application de ces théories juridiques aux mesures nationales concernant la manière avec laquelle sont exercées les activités économiques de l'entreprise.

Par ailleurs, on pouvait se demander dans quelle mesure la jurisprudence *Centros* restreignait les Etats dans leur application de la théorie du siège réel et autorisait les sociétés étrangères à éviter les normes impératives de l'Etat d'accueil. Ainsi que le suggère Aaron Khan, cet arrêt, et plus particulièrement son point 26, laissait penser qu'il existait une distinction entre les règles qui s'appliquent à la constitution d'une société et celles régissant les activités de cette société dans l'Etat membre⁷³. Cette position semble avoir été adoptée récemment par la Cour dans son arrêt *Kornhaas*⁷⁴ où, adoptant un raisonnement proche de celui suivi dans *Keck et Mithouard*⁷⁵, elle a estimé que l'application des règles d'insolvabilité par l'Etat membre d'accueil n'était pas contraire à la liberté d'établissement⁷⁶. Dans *Keck et Mithouard*, le juge européen avait en effet adopté une approche similaire en distinguant les règles applicables aux produits de celles applicables aux modalités de vente. Si une norme relevant de cette dernière catégorie était appliquée de manière non discriminatoire tant par rapport aux produits qu'aux opérateurs, alors celle-ci n'était pas considérée comme rentrant dans le champ d'application de l'article 34 TFUE. On peut estimer de manière parallèle que les règles d'insolvabilité relèvent de la deuxième catégorie établie dans *Keck*. La Cour

⁷² *Ibid.*, point 25.

⁷³ A. KHAN, *op. cit.*, pp. 857-858.

⁷⁴ C.J.U.E. (6^e ch.), 10 décembre 2015, (Simona Kornhaas contre Thomas Dithmar), C-594/14, *R.C.J.U.E.*, non encore publié au Recueil. Dans les faits, il était question de la société Kornhaas qui avait utilisé une stratégie en « U » en incorporant son établissement principal au Royaume-Uni alors qu'elle exerçait son activité principale en Allemagne par l'intermédiaire d'une succursale. Kornhaas, en faillite depuis 2006, faisait l'objet d'une procédure en insolvabilité ouverte en Allemagne et conduite selon le droit de ce pays. Le juge allemand, saisi de l'affaire par Mme Kornhaas, dirigeante de l'entreprise, interrogea la Cour de justice afin de savoir si l'application par le juge allemand de ses règles nationales d'insolvabilité n'était pas contraire aux principes de la liberté d'établissement.

⁷⁵ H. DE WULF, « Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen », *T.H.B.*, 2016, p. 444.

⁷⁶ Arrêt *Kornhaas*, *op. cit.*, points 22 et s.

a donc confirmé dans *Kornhaas* qu'il y avait lieu de distinguer entre la position adoptée par l'Etat d'entrée - concernant la reconnaissance de l'existence juridique d'une société et de son incorporation au sein de la vie économique de cet Etat - et celle par laquelle il régit la manière avec laquelle sont conduites ces activités économiques. Il n'en reste pas moins que la distinction entre ces deux concepts peut générer certaines zones d'ombre qui nécessiteront certainement des éclaircissements⁷⁷.

Enfin, cet arrêt était interprété par nombre de commentateurs comme la négation de la position adoptée par la Cour dans *Daily Mail*⁷⁸. En effet, la Cour avait clairement affirmé dans ce dernier arrêt que les sociétés ne pouvaient invoquer la liberté d'établissement pour empêcher un Etat de leur retirer ou de ne pas leur accorder la personnalité juridique lorsque la personne morale ne se conformait pas aux exigences imposées par le législateur national pour se voir reconnaître une existence légale. La position adoptée dans *Centros* est totalement à l'opposé puisqu' *in casu*, le juge européen a estimé que le refus du Danemark de reconnaître la succursale était contraire à la liberté d'établissement. La Cour n'a pas adopté le même raisonnement que celui qu'elle développa dans *Daily Mail*. Alors que dans cette décision, la Cour avait considéré que dès lors qu'une entreprise ne respecte pas les conditions posées par un ordre juridique national pour exister, celle-ci ne peut tomber dans le champ d'application des dispositions 49 et 54 TFUE, elle a, dans *Centros*, directement estimé que ces mêmes dispositions étaient applicables puisqu'il s'agissait là d'une situation où plusieurs Etats membres étaient impliqués⁷⁹. Ceci est particulièrement frappant dès lors que les deux cas présentaient des faits forts proches, puisque tant pour *Centros* que pour *Daily Mail*, la Cour analysa dans quelle mesure un Etat membre peut invoquer ses règles nationales pour ne pas reconnaître l'établissement primaire ou secondaire d'une société sur son territoire⁸⁰. Cependant, comme relevé plus haut, l'arrêt *Cartesio* survint quelque vingt années plus tard et confirma *Daily Mail*, montrant par là que l'arrêt n'avait pas été infirmé par *Centros*.

⁷⁷ H. DE WULF, *op. cit.*, p. 445.

⁷⁸ D. PASTEGGER, « Arrêt *Cartesio* : nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d'établissement », *J.T.*, 2009, p. 796; R.J. GILSON, « Globalizing corporate governance : convergence of form or function », *American Journal of Comparative Law*, 2001, pp. 329-358; G. PANAPOULOS, « Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorités », *C.D.E.*, 2006, p. 704.

⁷⁹ Arrêt *Centros*, *op. cit.*, point 17.

⁸⁰ A. ROUSSOS, *op. cit.*, pp. 14-15.

Néanmoins, ainsi qu'il ressort de notre analyse, *Centros* peut être considéré comme une percée décisive en matière d'immigration des sociétés. La Cour analysa certes la question sous l'angle de l'établissement secondaire mais en réalité, il était bien question dans l'affaire de l'établissement du siège réel et donc primaire. *Centros* fut suivi des arrêts *Überseering* en 2002 et *Inspire Art* en 2003 qui consolidèrent tous deux l'action proactive entreprise par la Cour de justice en faveur de la liberté d'établissement dans les cas d'immigration.

ii) L'arrêt *Überseering*

Si c'est dans *Cartesio* que la Cour affirma explicitement que la jurisprudence *Daily Mail* était toujours d'actualité, une telle affirmation pouvait déjà être inférée à partir du raisonnement suivi dans *Überseering*. En l'espèce, l'entière des parts de la société - de nationalité originelle hollandaise - avait été rachetée par deux résidents allemands. Ce changement de propriété constituait, aux yeux de l'Allemagne, un déplacement du siège réel de la société qui, par conséquent, devenait soumise au droit allemand. Or celle-ci ne répondait pas aux différentes conditions posées par ce droit pour être considérée comme légalement constituée. Dès lors, le juge allemand auquel *Überseering* avait soumis une demande estima que la société ne pouvait le faire puisqu'elle n'avait pas de personnalité juridique selon le droit de son pays.

L'affaire remonta au juge européen suite à une question préjudicielle posée par le juge national. Contrairement aux précédentes décisions citées, le cas en l'espèce portait directement sur la conformité de la théorie du siège réel. Comme dans l'arrêt *Centros*, la Cour estima que le droit européen était applicable en l'espèce⁸¹ et qu'*Überseering* pouvait se prévaloir de la liberté d'établissement. La Cour considéra ensuite que le refus de reconnaître la personnalité juridique d'*Überseering* était constitutif d'une entrave à la liberté d'établissement et que celle-ci n'était pas justifiée en l'espèce.

Ce qui est particulièrement intéressant dans cet arrêt est le fait que, sans confirmer explicitement la jurisprudence *Daily Mail*, la Cour suggère que la décision n'a aucunement été infirmée par *Centros*⁸². Le juge européen établit en effet une distinction entre la situation de l'Etat membre de sortie et celle de l'Etat membre d'accueil qui, à ses yeux, sont suffisamment différentes pour justifier une approche spécifique à chacune. Cette distinction repose sur le fait que dans la première situation, il s'agit d'analyser la relation entre une société et son ordre juridique d'origine, tandis que dans la situation *Centros*, la relation envisagée existe entre la société et un ordre juridique étranger à sa création⁸³.

⁸¹ Arrêt *Überseering*, *op. cit.*, point 52.

⁸² W.-G. RINGE, *op. cit.*, pp. 623 et s.; C. TIMMERMANS, "Impact of EU Law on International Company Law", *European Review of Private Law*, 2010, p. 555.

⁸³ Arrêt *Überseering*, *op. cit.*, points 62 et s.

iii) La décision *Inspire Art*

Inspire Art était, d'un point de vue factuel, un cas similaire à *Centros*⁸⁴ : les associés de nationalité hollandaise avaient créé leur société conformément au droit anglais alors que celle-ci exerçait la totalité de ses activités aux Pays-Bas. La législation hollandaise prévoyait dans ce cas de figure que les sociétés étrangères devaient ajouter à leur nom un suffixe indiquant qu'elles n'étaient pas de nationalité hollandaise. De plus, la loi des Pays-Bas avait pour conséquence de soumettre *Inspire Art* à certaines des mesures impératives relatives au capital minimum et à la responsabilité des administrateurs.

La Cour estima que de telles mesures constituaient une entrave à la liberté d'établissement⁸⁵. Analysant ensuite les justifications émises par les Pays-Bas, le juge européen statua qu'elles n'étaient pas admissibles⁸⁶. Si la Cour laissa ouverte la possibilité pour les Etats de justifier les entraves à la liberté d'établissement, il apparaît de ce dernier arrêt constitutif du triptyque jurisprudentiel sur la situation d'entrée que cette marge de manœuvre est extrêmement réduite et n'est pas spécifiée en des termes généraux mais doit au contraire être étudiée au cas par cas⁸⁷.

Sous-section 2. L'arrêt *Vale* : un éclaircissement attendu des doutes laissés par *Cartesio*

Les arrêts cités ci-dessus furent à chaque fois analysés par la Cour de justice sous l'angle de l'établissement secondaire. L'affaire *Vale* lui donna l'occasion de se prononcer clairement sur l'applicabilité de la liberté d'établissement à la transformation transfrontière d'une société. Cet arrêt est éminemment intéressant puisqu'il permet de mieux comprendre les enseignements de l'arrêt *Cartesio* mais également en raison des précisions qu'il donne sur la procédure de réincorporation en elle-même.

Dans les faits, la société *Vale*, constituée conformément au droit italien, avait transféré son siège social en Hongrie où elle souhaitait s'y faire enregistrer selon le droit hongrois. Il s'agissait donc ici d'un transfert du siège impliquant un changement de loi

⁸⁴ A. AUTENNE, M. DE WOLF, « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social. Regards croisés de droit des sociétés et de droit fiscal », *C.D.E.*, 2008, p. 673.

⁸⁵ Arrêt *Inspire Art*, *op. cit.*, points 95-105.

⁸⁶ Arrêt *Inspire Art*, *op. cit.*, points 106 et s.

⁸⁷ W.-G. RINGE, *op. cit.*, pp. 627-628.

applicable. Sa demande fut cependant rejetée par les autorités judiciaires hongroises sous prétexte qu'une telle opération de réincorporation était interdite par leur législation nationale. De plus, la situation de la société Vale était particulière, dès lors qu'elle n'avait plus d'existence légale en droit italien puisqu'elle avait été radiée du registre des sociétés de cette juridiction, mais la société n'avait pas plus d'existence légale en droit hongrois vu le refus de l'Etat d'accueil de l'enregistrer. Vale attaqua cette décision devant la Cour suprême qui décida de sursoir à statuer et interrogea la Cour de justice pour savoir si les articles 49 et 54 TFUE admettaient l'interdiction d'une transformation transfrontalière lorsqu'une telle transformation est admise pour les sociétés de droit interne.

i) Avis de l'avocat général Jääskinen

Les conclusions rendues par l'avocat général Jääskinen dans le cadre de l'arrêt *Vale* peuvent être divisées en quatre parties, traitant chacune une question différente : est-ce que la société Vale est en mesure de s'appuyer sur la liberté d'établissement, cette dernière est-elle applicable *in casu*, existe-t-il une restriction et enfin si oui, ces restrictions peuvent-elles être justifiées⁸⁸ ?

Concernant la première question, le fait que Vale n'avait pas d'existence légale tant en droit italien qu'en droit hongrois au moment où l'affaire fut portée devant le juge européen, ne constitue pas, selon l'avocat général, une raison suffisante pour l'empêcher d'invoquer la liberté d'établissement dès lors que l'activité projetée dans l'Etat d'entrée était bien une activité économique⁸⁹.

Évaluant ensuite l'applicabilité de la liberté d'établissement à la problématique du transfert du siège social, il constate que la problématique n'est pas étrangère au droit européen et a été abordée dans différents instruments de droits dérivés⁹⁰. Concernant les situations qui ne sont pas couvertes par ces différents instruments, c'est aux Etats membres que revient la charge de régler les modalités applicables à un tel transfert, mais ces règles nationales sont soumises au contrôle réalisé par le juge européen.

⁸⁸ T. BIERMEYER, "Shaping the space of cross-border conversion in the EU. Between right and autonomy: Vale", *Common Market Law Review*, 2013, p. 573.

⁸⁹ C.J.U.E., 12 juillet 2012, (VALE Építési kft.), *op. cit.*, concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, points 47-48.

⁹⁰ Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne sur la Société européenne, *J.O.U.E.*, L.294, 10 novembre 2001, p. 1.; Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), *J.O.U.E.*, L.207, 8 août 2003, p. 1, et Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L.301/1, 25 novembre 2005, p. 1.

Ainsi, citant l'arrêt *Überseering*, l'avocat général rappelle qu'il existe une obligation en droit européen pour l'Etat membre d'accueil de reconnaître l'existence d'une société valablement constituée dans l'Etat de constitution⁹¹. Par ailleurs, ainsi que l'affirme l'*obiter dictum* 112 de l'arrêt *Cartesio*, un transfert transfrontalier de siège accompagné d'un changement de loi applicable tel qu'il en est question dans le cas d'espèce est bien couvert par la liberté d'établissement⁹². Les mêmes conclusions peuvent être tirées de l'arrêt *Sevic*⁹³, qui analyse cette fois la problématique sous l'angle de l'Etat d'accueil⁹⁴. L'avocat général Jääskinen conclut dès lors que l'opération envisagée est bien comprise dans le champ d'application de la liberté d'établissement.

Se penchant sur l'existence d'une entrave à cette liberté, l'avocat général est amené à donner son interprétation du point 112 de *Cartesio*. Selon lui, conformément au principe de non-discrimination tel qu'appliqué dans *Sevic*, un Etat membre ne peut refuser une transformation transfrontalière lorsque la même opération purement interne est admise. Cependant, l'Etat d'accueil garde la possibilité de déterminer les conditions que doit respecter la société immigrante. Il est de jurisprudence constante que les Etats membres sont admis à instituer des limites à l'exercice de cette liberté d'établissement par les ressortissants physiques ou moraux de l'Union. Il est néanmoins nécessaire, ainsi que le rappelle l'avocat général, que ces entraves soient jugées admissibles par la Cour, c'est-à-dire qu'elles soient proportionnelles.

ii) La décision de la Cour

Le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Vale* épouse la même structure que celle adoptée par l'avocat général Jääskinen dans ses conclusions générales.

En recourant à ce que certains estiment être un tour de passe-passe⁹⁵, la Cour estima qu'on ne pouvait tirer comme conclusion du fait qu'elle avait été radiée du registre des sociétés à Rome que la société Vale n'existait plus⁹⁶. Cette dernière était donc autorisée par la Cour à recourir aux articles 49 et 54 TFUE.

⁹¹C.J.U.E., 12 juillet 2012, (VALE Építési kft.), *op. cit.*, concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, points 54-60.

⁹²*Ibid.*, points 64-66.

⁹³Arrêt *Sevic*, *op.cit.*

⁹⁴ C.J.U.E., 12 juillet 2012, (VALE Építési kft.), *op. cit.*, concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, point 67.

⁹⁵ P. SCHWARZ, « La transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne », *Journal de droit européen*, 2014, pp. 141-142 ; E.-J. NAVEZ, « Observations – La transformation transfrontalière des sociétés est définitivement consacrée en droit de l'UE. Qu'attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative ? », *Revue pratique des sociétés*, 2013, p. 251.

⁹⁶ Arrêt *Vale*, *op. cit.*, point 20.

La Cour se pencha ensuite sur la question de savoir si une législation nationale qui offre la possibilité aux sociétés de droit interne de se transformer, alors que la même opération n'est pas autorisée pour les personnes morales étrangères, est conforme au droit européen. Ceci revenait pour le juge européen à analyser la question de l'applicabilité des articles 49 et 54 TFUE au cas d'espèce.

La Cour commença son analyse sur le fond en confirmant sa jurisprudence *Daily Mail* selon laquelle une société n'a d'existence qu'au travers du droit national dans lequel elle est incorporée et que seul ce droit national peut déterminer selon quels critères une société peut être considérée comme ayant sa nationalité ; par conséquent c'est le droit national des Etats membres qui détermine si une personne morale tombe dans le champ d'application de l'article 54 TFUE⁹⁷. Ensuite, la Cour établira le lien entre l'arrêt *Cartesio* et le cas analysé ici.

Nous nous souvenons que lors de notre analyse de l'arrêt *Cartesio*, nous avons indiqué la relative incertitude que laissait son point 112 quant à la portée qu'il fallait lui donner. La Cour gommait cette incertitude dans l'arrêt *Vale*.

Elle précise tout d'abord que l'*obiter dictum* rappelait uniquement que seuls les Etats sont à même de déterminer quelles conditions les sociétés doivent respecter pour se voir reconnaître la personnalité juridique et que dès lors, il ne peut être compris « comme visant à faire échapper d'emblée la législation de l'Etat membre d'accueil relative à la transformation de sociétés aux règles TFUE concernant la liberté d'établissement »⁹⁸. La Cour en conclut donc que les articles 49 et 54 TFUE sont bien applicables en l'espèce.

Poursuivant son raisonnement, elle estime, ainsi qu'elle l'avait fait dans *Sevic* dans le cas d'une fusion transfrontalière, qu'une réglementation nationale prévoyant la possibilité pour les sociétés d'opérer une transformation interne mais non transfrontalière est discriminatoire et partant, contraire au droit de l'Union⁹⁹.

Dans la dernière partie de l'arrêt, la Cour s'attarde sur la question de savoir dans quelle mesure le droit national de l'Etat membre d'accueil peut déterminer les règles auxquelles la société doit se soumettre lors de sa réincorporation. Elle estime qu'en l'absence de règles de droit dérivé, la matière est entièrement régie par les règles de

⁹⁷ *Ibid.*, points 27-30.

⁹⁸ *Ibid.*, point 32.

⁹⁹ *Ibid.*, point 36.

droit national, tant de l'Etat membre de sortie que de celui d'accueil. Mais ce n'est pas pour autant que ceux-ci disposent d'une liberté illimitée. En effet, l'application de ces règles nationales reste soumise au contrôle de la Cour de justice qui est ainsi susceptible de vérifier si leur application est conforme aux articles 49 et 54 TFUE¹⁰⁰. Plus précisément, le juge européen rappelle que les principes d'équivalence et d'effectivité trouvent à s'appliquer lorsque la matière n'est pas régie par un acte de droit européen.

Le principal intérêt de cet arrêt réside dans la clarification qu'il apporte de l'*obiter dictum* 112 de l'arrêt *Cartesio*¹⁰¹, pour l'interprétation duquel subsistaient, comme nous l'avons déjà relevé, de nombreux doutes. L'arrêt *Vale* les balaie en affirmant clairement que lorsqu'une législation nationale prévoit une possibilité de transformation en droit interne, cette possibilité doit s'étendre aux sociétés étrangères.

Les considérations sur la manière avec laquelle cette transformation transfrontalière doit être organisée forment un autre point intéressant de cet arrêt. D'une part, en l'absence d'une intervention européenne, cette compétence est laissée aux Etats membres mais, d'autre part, elle n'échappe pas pour autant au contrôle du juge européen qui veillera à ce que les principes d'équivalence et d'effectivité aient été respectés.

La Cour transpose ainsi des principes qui s'appliquent normalement au droit procédural des Etats membres. En procédant de la sorte, elle adopte une nouvelle méthode dans sa manière d'appréhender les relations entre les droits nationaux des sociétés et les libertés fondamentales garanties par le Traité. Si dans *Daily Mail*, la Cour, de manière prudente, avait par l'entremise de l'effet direct soustrait les dispositions nationales applicables à la formation d'une société, elle a ici préconisé une autre approche. Certes, elle ne revient pas sur le fait que les transformations transfrontalières relèvent de la compétence des Etats membres mais celle-ci n'échappe dorénavant plus aux limites que lui impose le droit européen par l'intermédiaire des principes d'équivalence et d'effectivité¹⁰². Par cette nouvelle méthode, la Cour trace

¹⁰⁰ *Ibid.*, points 42 et s.

¹⁰¹ T. BIERMEYER, "Shaping the space of cross-border conversion in the EU. Between right and autonomy : Vale", *op. cit.*, p. 577 ; M. HO-DAC, « Un pas supplémentaire en faveur de la mobilité européenne des sociétés : le droit au transfert de siège social avec changement de droit applicable », *R.A.E.-L.E.A.*, 2012, p. 655.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 581-585.

un parallèle entre les règles de procédures nationales et les formalités que doit respecter une personne morale lors de sa transformation transfrontalière.

Chapitre 3

Existe-t-il à l'heure actuelle en droit européen une mobilité complète du siège social ?

Section 1. Etat des lieux de la construction négative opérée par la Cour de justice

Quels enseignements peut-on tirer de cette jurisprudence que nous venons d'analyser et quelles sont leurs conséquences concrètes quant à l'édification d'un droit à la mobilité transfrontalière du siège social au sein du marché intérieur ?

On peut premièrement relever que dans ses différents arrêts consacrés à la matière, la Cour a presque à chaque fois adopté le même mode de raisonnement¹⁰³. Elle analyse ainsi en premier lieu si les articles 49 et 54 TFUE sont bien applicables au cas d'espèce. On sait depuis l'arrêt *Daily Mail* que seuls les Etats membres peuvent déterminer quelles sociétés peuvent se prévaloir de la liberté d'établissement¹⁰⁴. Si l'on devait répondre de manière positive à cette première question, le raisonnement classique en matière de droit du marché intérieur serait suivi : analyse de l'existence ou non d'une entrave à l'exercice de la liberté d'établissement et des justifications de celle-ci. Ce n'est que dans *Vale*, le dernier arrêt analysé, que la Cour s'est écartée de cette manière de faire pour adopter l'approche qu'elle préconise lorsqu'elle analyse les procédures nationales.

Dans un second temps se pose la question de la pérennité de la théorie du siège réel au vu de la jurisprudence de la Cour de justice. Si celle-ci avait affirmé dans son arrêt *Daily Mail* en 1988 la neutralité du droit européen quant au choix des règles de conflit de lois posé par les Etats membres, l'arrêt *Centros* et ceux qui le suivirent incitaient à remettre ce point de vue en doute. De nombreuses voix doctrinales s'élevaient en effet, estimant que cette neutralité était dépassée et que la théorie du siège réel était contraire aux principes du droit européen¹⁰⁵. Lors de l'exercice de la liberté d'établissement, il est en effet probable qu'une société puisse être considérée par l'un des Etats dans

¹⁰³ N. THIRION (sous la coordination de), B. BADA, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER, *Droit international et européen des sociétés*, Editions Larcier, Bruxelles, 2009, p. 272.

¹⁰⁴ Rappelons que dans l'arrêt *Vale*, la Cour fit néanmoins preuve de souplesse lors de l'appréciation de cette condition, puisque la société avait au moment des faits été radiée du registre italien et n'avait dès lors plus d'existence juridique à proprement parler.

¹⁰⁵ N. THIRION (sous la coordination de), B. BADA, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER, *op. cit.*, p. 272 ; K. MARESCHEAU, *op. cit.*, p. 236 ; A. AUTENNE, E.-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 108.

lesquels elle exerce ses activités économiques comme ayant déplacé son centre de direction. Ceci a naturellement comme conséquence que si l'un de ces Etats devait appliquer la théorie du siège réel, on considérerait que la société relève désormais de son ordre juridique et doit respecter ses règles impératives.

Dans sa jurisprudence, la Cour a étudié les effets liés à l'application de la théorie du siège réel sous l'angle de l'interdiction des entraves formulées à l'article 49 TFUE. En ce qui concerne le cas de sortie, l'arrêt *Cartesio* a balayé les doutes soulevés en réaffirmant la neutralité du droit européen sur ce point. Mais en ce qui concerne le droit d'entrée, les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* ont affirmé l'impossibilité pour l'Etat membre d'accueil de refuser de reconnaître l'existence juridique d'une société légalement incorporée dans l'Etat membre de sortie et qui transfère son administration centrale dans la juridiction de l'Etat d'entrée. Celui-ci ne peut invoquer son choix de la théorie du siège réel comme critère de rattachement pour justifier son refus de reconnaître la personnalité légale de la personne morale¹⁰⁶.

Un autre aspect intéressant qui apparaît tout au long des différents arrêts de la Cour est le sens qu'il convient de donner à la notion d'activité économique. C'est dans l'arrêt *Gebhard* que cette notion est mentionnée pour la première fois, lorsque la Cour dut définir la liberté d'établissement. Conformément à cette décision, une société ne peut se prévaloir des articles 49 et 54 TFUE si elle n'entend pas exercer une activité économique dans l'Etat membre d'accueil. Ceci est particulièrement important dans le cadre de la mobilité transfrontalière, car une société devra prouver que le déplacement de son siège dans l'Etat membre d'accueil est une activité économique¹⁰⁷. Malheureusement la portée qu'il convient de donner à cette activité économique est peu claire. La lecture de l'arrêt *Centros* semblerait indiquer que le seuil est facile à atteindre¹⁰⁸, mais rien n'est sûr et l'on peut regretter que la Cour ne se soit pas encore prononcée clairement sur la question, alors que celle-ci revêt un aspect crucial. Si dans la jurisprudence future de la Cour, ce seuil relativement peu élevé devait être confirmé, il serait sans doute souhaitable de l'abandonner puisque son utilité serait plus que remise en question. En effet, l'incorporation de *Centros* au Royaume-Uni peut difficilement être considérée comme constitutive d'une réelle intégration de la société dans la vie économique du pays. D'autre part, cette exigence est pertinente dans le

¹⁰⁶ A. ROUSSOS, *op. cit.*, p. 8 ; W.-G. RINGE, *op. cit.* p. 626.

¹⁰⁷ T. BIERMEYER, "Shaping the space of cross-border conversion in the EU. Between right and autonomy : Vale", *op. cit.*, pp. 586-587.

¹⁰⁸ R. KOK, "Compatibility of Exit Taxes and Community Law", *EC Tax Review*, 2011, p. 69.

domaine de la fiscalité pour éviter tout abus. Mais des législations spécifiques poursuivant cet objectif existent déjà¹⁰⁹. Ainsi, l'exigence de l'exercice d'une activité économique n'est selon nous tout au plus qu'un doublon.

L'autre point important qu'il convient d'analyser est de savoir si les positions prises par la Cour dans ses différents arrêts ont permis de délimiter dans quelles limites une société est habilitée à déplacer l'une ou l'ensemble des composantes de son siège social.

On sait qu'une société peut être amenée au cours de son existence à vouloir déplacer son centre de direction et/ou son siège statutaire. La question est bien évidemment de savoir dans quelle mesure cette opération de réincorporation est admise par les différents Etats membres et quelle est l'influence du droit européen sur cette question.

Les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* concernaient le transfert du siège réel vers un autre Etat membre, analysé sous l'angle du droit d'entrée¹¹⁰. Bien qu'elle analyse la question sous l'angle de l'établissement secondaire, la Cour a à chaque fois confirmé que les réglementations empêchant une société de déplacer son centre de direction d'un Etat membre vers un autre étaient contraires aux articles 49 et 54 TFUE. On peut également observer que dans ce triptyque jurisprudentiel, la Cour a, à chaque fois aussi, adopté une attitude très large. En effet, en s'écartant de sa définition traditionnelle de l'établissement¹¹¹, elle a ouvert la porte aux sociétés dites « boîtes au lettre » auxquelles nous avons déjà fait référence¹¹². Le transfert du seul siège statutaire n'a en revanche pas été abordé par la Cour, laissant ainsi un certain flou sur la question¹¹³.

La question du droit de sortie a été analysée dans l'arrêt *Daily Mail* dont la solution, remise en question par la doctrine, fut confirmée par l'arrêt *Cartesio*. Ainsi, les Etats membres sont libres de déterminer les conditions d'existence de leur société. Dès lors,

¹⁰⁹ T. BIERMEYER, "Shaping the space of cross-border conversion in the EU. Between right and autonomy : Vale", *op. cit.*, p. 588.

¹¹⁰ R. SZUDOCZKY, "How Does the European Court of Justice Treat Precedents in Its Case Law? *Cartesio* and *Damseaux* from a Different Perspective: Part I", *Intertax*, 2009, p. 359.

¹¹¹ Ainsi que nous l'avons déjà noté précédemment, la Cour avait, dans l'arrêt *Gebhard*, défini la liberté d'établissement comme la possibilité pour une société de « participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un Etat membre ».

¹¹² H. KNOTT, « Cross Border Mobility of Companies in the EU – « Vale » and more ... », p. 5, disponible sur [CL560016-otherlinks_files-130219_Cross_Border_Mobility_of_Companies_in_the_EU.pdf](#).

¹¹³ J. VERMEYLEN, « Arrêt "Vale Epitesi" : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ? », *J.D.E.*, 2012, pp. 276 et s.

les Etats sont en mesure d'empêcher la réincorporation d'une société nationale dans un autre Etat.

Au vu des implications de cette jurisprudence, il convient de ne pas exagérer la souplesse des solutions retenues dans *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* puisqu'afin de pouvoir se prévaloir de la liberté d'établissement, une société doit répondre aux exigences formulées par sa *lex societatis*, ainsi que le précise l'article 54 TFUE. Si un Etat membre devait appliquer la théorie du siège réel, il pourrait sanctionner la mobilité d'une société en privant celle-ci de sa personnalité juridique, l'empêchant ainsi de se prévaloir de la liberté d'établissement¹¹⁴.

L'arrêt *Cartesio* et son point 112 nous apprennent cependant qu'une société ne peut être empêchée de se réincorporer dans un autre Etat membre si une telle transformation devait être admise par l'Etat d'accueil. L'*obiter dictum* de la Cour vient ainsi limiter les prérogatives de l'Etat de sortie affirmées par la jurisprudence *Daily Mail*¹¹⁵. *Cartesio* est affiné par l'enseignement de *Vale*. Lus ensemble, ces deux arrêts permettent de circonscrire les possibilités pour une société de déplacer simultanément son siège réel et son siège statutaire. Une législation acceptant les transformations internes - ce qui est presque toujours le cas¹¹⁶ - doit, depuis *Vale*, également accepter les transformations transfrontalières. Les sociétés se voient donc reconnaître de manière presque indiscutable la possibilité de transférer l'ensemble de leur siège social d'un Etat vers un autre.

En définitive, la théorie du siège réel n'a été sauvée par l'arrêt *Cartesio* que dans la perspective du droit de sortie et dans la mesure où le transfert du siège social n'est pas accompagné par un changement de loi. Ceci est compréhensible dès lors qu'un Etat membre ne peut affirmer un intérêt qui viendrait justifier l'interdiction faite à une société de se réincorporer conformément au droit d'un autre ordre juridique et modifiant sa *lex societatis*¹¹⁷.

¹¹⁴ E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE – Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », in *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Editions Larcier, 2013, pp. 111-112.

¹¹⁵ T. BIERMEYER, « Bringing darkness into the dark: European corporate cross-border mobility in Re *Cartesio* », *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁶ E.-J. NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE – Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne », *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 114-115.

Ainsi, par ses différents arrêts, la Cour de justice a construit un droit pour les sociétés de déplacer leur siège social d'un Etat membre vers un autre en s'appuyant sur la liberté d'établissement. De cette construction négative, seul le transfert du siège statutaire semble encore soulever des questions¹¹⁸.

Une certaine doctrine estime qu'au vu de la démarche libérale entreprise par la Cour, il est logique de considérer que le seul transfert du siège statutaire soit également protégé par la liberté d'établissement¹¹⁹. Néanmoins, en l'absence d'un arrêt de la Cour se prononçant sur la question, la thèse inverse peut également être soutenue. Ainsi, selon Jérôme Vermeulen, en tenant compte des enseignements de *Daily Mail* et de *Cartesio*, la Cour devrait admettre qu'un Etat membre appliquant la théorie du siège réel puisse refuser ce type d'opération¹²⁰.

L'argument décisif avancé par les défenseurs d'une application de la protection offerte par les articles 49 et 54 TFUE au transfert du siège statutaire repose sur l'arrêt *Sevic*. La Cour y affirme en effet que « le champ d'application du droit d'établissement couvre toute mesure qui permet, ou même ne fait que faciliter, l'accès à un Etat membre autre que celui d'établissement et l'exercice d'une activité économique dans cet Etat »¹²¹. Pourtant, estimer que le transfert du seul siège statutaire doit nécessairement être considéré comme l'exercice d'une activité économique revient à oublier la question de la rupture du point d'ancrage de la société avec l'Etat de sortie lors de l'exercice de la transformation transfrontalière, ce qui n'est pas le cas lors d'une fusion comme dans le cas de l'arrêt *Sevic*.

Dans l'arrêt *Vale*, la Cour rappela que l'établissement « implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans l'Etat membre d'accueil pour une durée indéterminée. »¹²². Elle suppose, par conséquent, une implantation réelle de la société concernée dans cet Etat et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci¹²³. Une société ne pourrait donc se prévaloir de la

¹¹⁸ Ainsi que le formule K. MARESCAU, *op. cit.*, p. 249: « un Etat membre doit-il admettre la transformation d'une société transférant son siège statutaire alors que le siège réel n'est pas déplacé, ceci ayant pour conséquence que l'Etat de sortie, appliquant la théorie du siège réel, puisse toujours considérer cette société comme relevant de son droit national ? Ou dans le cas d'un Etat de sortie appliquant la théorie de l'incorporation, est-il obligé d'accepter le transfert du siège statutaire ? ».

¹¹⁹ Pour un résumé des différents arguments soutenant cette thèse, voy. K. MARESCAU, *op. cit.*, points 33 à 36.

¹²⁰ J. VERMEYLEN, *op. cit.*, p. 277.

¹²¹ Arrêt *Sevic*, *op. cit.*, point 18.

¹²² Arrêt *Vale*, *op. cit.*, point 34.

¹²³ *Ibid.*

liberté d'établissement afin de s'implanter dans un autre Etat membre, de manière primaire ou secondaire, que dans le cas où elle entend y exercer de manière effective une activité de nature économique¹²⁴. Toutefois, ces considérations doivent être regardées à la lumière des remarques émises ci-dessus concernant le contenu de ce critère qu'est l'exercice d'une activité économique. Si la Cour venait en effet à confirmer que celui-ci est particulièrement facile à atteindre, cela conforterait dans leur opinion ceux qui estiment que la protection de la liberté d'établissement doit être également invocable lorsqu'il est question du transfert transfrontalier du seul siège statutaire.

Section 2. De nombreux points restent cependant soumis à l'appréciation des Etats membres

On le voit, l'harmonisation négative réalisée par la Cour n'est pas – du moins pas encore – complète. D'autre part, la Cour a laissé aux Etats membres le soin d'organiser en droit interne la réincorporation des sociétés en l'absence de règles positives de droit européen régulant la matière¹²⁵. Bien que cette autonomie des droits nationaux soit tempérée par les principes d'effectivité et d'équivalence, ainsi que le rappelle la Cour¹²⁶, il n'en reste pas moins que l'application successive de deux droits nationaux différents pour une même opération semble particulièrement lourde.

Ceci a pour conséquence qu'une société qui désire changer de *lex societatis* par l'intermédiaire de sa réincorporation devra nécessairement se plier aux exigences de rattachement formulées par l'Etat d'accueil, pour autant que celles-ci satisfassent au contrôle de la Cour de justice. Malgré l'obligation adressée aux Etats membres dans l'arrêt *Vale* de permettre la transformation transfrontalière dès lors que cette opération est permise sur le plan interne, ceux-ci restent relativement libres d'en déterminer les conditions par lesquelles elle sera réalisée¹²⁷.

¹²⁴ K. MARESCAU, *op. cit.*, pp. 251 et s.

¹²⁵ Arrêt *Vale*, *op. cit.*, point 43.

¹²⁶ *Ibid.*, point 48.

¹²⁷ K. MARESCAU, *op. cit.*, p. 247.

Section 3. Les autres possibilités offertes par le droit européen afin de permettre aux sociétés de procéder à une réincorporation

Si la Commission a décidé en 2007 de mettre entre parenthèses les travaux préparatoires d'une 14^e directive, c'est en raison de l'imminence de l'arrêt *Cartesio*, mais également suite à l'adoption d'une directive sur les fusions transfrontalières et d'un règlement sur la Société européenne¹²⁸. L'institution européenne nourrissait l'espoir que ces apports jurisprudentiels et législatifs auraient pour conséquence de rendre superflue l'adoption d'une directive spécifique au transfert du siège social¹²⁹.

Notre objectif ne sera pas d'analyser ici en profondeur le régime de ces deux instruments européens, mais de regarder s'ils sont à même de combler efficacement l'absence d'une harmonisation en matière de mobilité transfrontalière du siège social.

Sous-section 1. La fusion transfrontalière

La fusion transfrontalière est une opération par laquelle deux sociétés appartenant à deux *leges societatis* différentes se réunissent afin de n'en former plus qu'une, tant sur le plan des actifs que sur le plan des associés. Ainsi que l'affirma l'arrêt *Sevic*, il s'agit là d'une modalité d'exercice de la liberté d'établissement¹³⁰. Cette opération est, depuis 2005, harmonisée par une directive dite « Directive Fusions transfrontalières », applicable aux seules sociétés de capitaux¹³¹. Les sociétés tombant hors du champ d'application de la directive gardent toutefois la possibilité de s'appuyer sur le droit primaire et sur la jurisprudence de l'arrêt *Sevic* afin de pouvoir procéder à une fusion transfrontalière.

Par l'intermédiaire d'une telle opération, une société peut arriver au même résultat que celui obtenu par un transfert de siège social, dès lors que la société absorbée adoptera nécessairement la nationalité de la société absorbante. En pratique, une société souhaitant changer de loi applicable doit créer une filiale dans l'Etat membre de son

¹²⁸ A. AUTENNE, E.-J. NAVEZ, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁹ Evaluation de la valeur ajoutée européenne : Directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire (14^e directive sur le droit des sociétés), EAVA 3/2012, février 2013, p. 26, disponible sur [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/504469/IPOL-JOIN_ET\(2013\)504469_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/504469/IPOL-JOIN_ET(2013)504469_FR.pdf).

¹³⁰ Arrêt *Sevic*, *op. cit.*

¹³¹ J.A. DELCORDE, T. TILQUIN, « La fusion transfrontalière des sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE », *R.P.S.*, 2009, pp. 9-10.

choix et ensuite se laisser absorber par ladite filiale. Pour autant, s'agit-il là d'un palliatif satisfaisant à l'absence d'une harmonisation européenne en matière de transfert du siège social ?

L'opération, de même que celle du transfert transfrontalier du siège social, implique l'application de deux droits nationaux différents et en est rendue de ce fait particulièrement lourde.

Le cabinet Jeantet et Associés AARPI a réalisé une étude (Legal effects of the requested legislative instrument)¹³² sur laquelle s'appuie l'Évaluation de la valeur ajoutée européenne dans la rédaction de son rapport sur l'utilité d'une 14^e directive¹³³ - qui recenserait les cas de fusions transfrontalières dans les États membres dont la législation nationale n'autorise pas le transfert transfrontalier direct du siège statutaire d'une société¹³⁴. L'analyse des chiffres révélés permet de conclure que la directive sur les fusions transfrontalières n'a pas favorisé de manière efficace la mobilité du siège statutaire.

Sous-section 2. La société européenne

Le régime juridique de la société européenne fait partie de ce qui est communément appelé le « 29^e régime ». Il s'agit là d'un mécanisme européen applicable à l'ensemble des États membres, parallèlement aux ordres juridiques nationaux. L'intérêt d'un tel outil est de permettre l'application d'un régime unifié et identique à l'ensemble du marché intérieur. Une telle solution est particulièrement intéressante en matière de droit des sociétés au vu de la grande disparité des législations dans ce domaine en Europe¹³⁵.

¹³² JEANTET ET ASSOCIES AARPI, « Legal effects of the requested legislative instrument », 2012, disponible sur [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET\(2013\)494460\(ANN01\)_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET(2013)494460(ANN01)_EN.pdf).

¹³³ Évaluation de la valeur ajoutée européenne : Directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire (14^e directive sur le droit des sociétés), *op. cit.*, p. 28.

¹³⁴ Irlande : 35 transferts sortants et 20 transferts entrants en vertu de la directive sur les fusions transfrontalières ; Finlande : un total de 48 fusions transfrontalières engagées depuis la modification de la loi sur les sociétés de 2007 ; Lituanie : au moins 21 fusions transfrontalières depuis 2009 ; Estonie : 33 fusions transfrontalières depuis 2007 (y compris les SE), dont 12 fusions sortantes et 21 entrantes ; Suède : un total de 92 demandes auprès du bureau suédois d'immatriculation des sociétés en vue de fusions transfrontalières, dont 40 fusions entrantes et 52 sortantes.

¹³⁵ H. VANOORBEEK, « La société européenne et la stratégie de l'entreprise dans le contexte européen », disponible sur www.law.kuleuven.be/jura/art/29n3/vanoorbeek.pdf, p.1.

Adoptée en 2001 - bien que l'idée remontât aux origines de la création européenne¹³⁶ - et entrée en vigueur en 2004, la SE est régie par un règlement qui traite des aspects de droit commercial¹³⁷ tandis qu'une directive vient compléter cette législation en ce qui concerne le statut juridique des travailleurs¹³⁸. L'objectif de cette réglementation était de permettre « la création et la gestion de sociétés de dimension européenne en dehors de toute entrave résultant de la disparité et de l'application territoriale limitée du droit national des sociétés »¹³⁹. Nous ne nous appesantirons cependant pas plus avant sur le régime juridique propre à la SE et nous nous limiterons à l'étude du seul impact de cette législation sur la mobilité transfrontalière.

La nature spécifique d'une société relevant du 29^e régime rend relativement aisée la réincorporation d'une personne morale. En effet, malgré son rattachement partiel à un Etat membre, il n'en reste pas moins que la personnalité juridique d'une telle société relève de l'ordre juridique européen et non d'un ordre juridique national particulier¹⁴⁰. Ainsi une société formée en conformité avec le Règlement de 2001 peut transférer son siège social d'un Etat membre vers un autre, selon la procédure prévue aux articles 8 et 59¹⁴¹.

Il demeure cependant que les chiffres démontrent que fort peu de sociétés ont adopté le régime de la société européenne. Il s'agit d'une réglementation spécifique qui, en pratique, n'a pas trouvé un large écho auprès des opérateurs économiques européens. Ceci s'explique en partie par l'importance du capital de constitution d'une SE¹⁴², mais aussi par le fait que le régime n'est ouvert qu'aux entreprises publiques. De plus, une étude récente¹⁴³ montre que sur près de quinze cents SE, seules soixante-neuf ont profité entre 2004 et 2009 de la possibilité offerte de déplacer leur siège social.

¹³⁶ N. LENOIR, « The Societas Europaea (SE) in Europe – A promising start and option with good prospects », disponible sur www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.57/.../download/, p.10.

¹³⁷ Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne sur la Société européenne, *op.cit.*

¹³⁸ Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *J.O.U.E.*, L.294, 10 novembre 2001, p. 22.

¹³⁹ Considérant 7 du Règlement relatif à la Société européenne.

¹⁴⁰ N. LENOIR, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴¹ Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne sur la Société européenne, *op.cit.*, articles 8 et 59.

¹⁴² 120.000€.

¹⁴³ Source des données : base de données des sociétés européennes (SE) de l'Institut syndical européen (ETUI), basée principalement sur le supplément au Journal officiel de l'UE (TED), les registres nationaux et les propres recherches de l'ETUI, consultable à l'adresse : <http://ecdb.worker-participation.eu/>

Plus particulièrement, le rapport de 2011 réalisé par le Groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés¹⁴⁴ met en avant plusieurs points faibles de la société européenne en ce qui concerne les possibilités de transformation. De manière générale, le mécanisme n'est pas assez flexible et présente encore trop d'ancrages avec les ordres juridiques nationaux.

Ces statistiques et considérations témoignent de la relative marginalité de la société européenne et indiquent que, contrairement à ce qu'espérait la Commission européenne, cette alternative juridique n'est, selon nous, pas à même de proposer une solution convaincante aux sociétés désirant se réformer dans un autre Etat membre.

¹⁴⁴ "Report of the Reflection Group on the future of the EU company law", 21 avril 2011, Bruxelles, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf, p. 30.

Titre 2

Vers une 14^e directive ?

Chapitre 1

L'effet *Delaware* dans le marché intérieur : une figure d'esprit souhaitable ?

L'arrêt *Centros* peut être vu comme un tournant dans l'histoire de la construction du droit européen des sociétés. Par cet arrêt, la Cour de justice a en effet ouvert la porte à une possible concurrence entre les différents Etats membres afin d'attirer un maximum de sociétés vers leur ordre juridique national. Cette concurrence, également appelée « effet *Delaware* » - en référence à la situation américaine -, a souvent été décrite de manière négative de notre côté de l'océan. Mais qu'en est-il réellement ? Une telle concurrence est-elle souhaitable ainsi que certains le pensent ou justement, afin d'être évitée, doit-on pousser plus avant le processus d'harmonisation entre Etats membres du droit des sociétés ?

Section 1. Vers une émigration de l'effet *Delaware* vers l'Union européenne ?

Sous-section 1. Le système américain

Bien que différent du système prévalant dans l'Union européenne, le droit américain des sociétés possède néanmoins de nombreux points communs avec son homologue européen. Ce parallélisme, surtout depuis l'arrêt *Centros*, a justifié de nombreuses études de droit comparé avec pour objectif d'étudier les effets d'un possible effet *Delaware* au sein du marché intérieur.

Ainsi, les Etats-Unis connaissent un système fédéral où deux législateurs concurrents coexistent, l'Etat fédéral d'une part et les entités fédérées d'autre part. Dès lors, le droit américain des sociétés est sujet à deux pouvoirs législatifs différents. Cette potentielle concurrence législative verticale est néanmoins en grande partie neutralisée par la doctrine des affaires internes (*internal affairs doctrine*) ainsi que par le respect du

principe de libre choix du lieu de constitution d'une société¹⁴⁵. En vertu de cette doctrine des affaires internes, les entités fédérées sont donc libres de déterminer le droit interne des sociétés qu'ils entendent appliquer. Les Etats-Unis connaissent par conséquent autant de droits des sociétés qu'ils ont d'Etats, avec certaines législations fédérales applicables à l'ensemble des sociétés de nationalité américaine.

D'un point de vue historique, ce partage de compétences n'est applicable que depuis l'instauration, en 1933, du *New Deal*. Auparavant, cette branche du droit relevait exclusivement de la compétence des Etats, sans que le pouvoir fédéral soit admis à légiférer dans cette matière¹⁴⁶. Par ailleurs, cette répartition législative ne constitue aucunement un principe constitutionnel et n'est donc applicable qu'aussi longtemps que le législateur fédéral ne décide pas d'intervenir plus avant dans la matière¹⁴⁷.

Face à la multiplication d'ordres juridiques concurrents, les Etats-Unis recourent à la théorie du siège statutaire comme règle de conflit de droit¹⁴⁸. Comme nous l'avons déjà souligné sous notre Titre 1, l'application de cette théorie laisse une grande liberté de mouvement aux sociétés américaines. En droit américain, tant au moment de l'incorporation qu'à celui de la réincorporation, une société est ainsi libre de déterminer dans quel Etat elle entend fixer son siège statutaire et, dès lors, quel droit lui sera applicable. Cette liberté de mouvement octroyée aux sociétés américaines a donné naissance à ce qu'on appelle l'« effet *Delaware* ».

Le Delaware est l'un des plus petits Etats des USA¹⁴⁹ et pourtant, il est l'Etat américain dans lequel sont (re)incorporées le plus de sociétés. Si aujourd'hui la position de leader du Delaware sur le marché des sociétés est difficilement contestable, il n'en a pas toujours été ainsi. Historiquement, cette place fut d'abord occupée par le New Jersey qui modernisa son droit des sociétés à la fin du 19^e siècle. Cette réforme législative eut pour conséquence un accroissement considérable des sociétés décidant de s'incorporer dans l'Etat. L'exemple du New Jersey fut suivi par de nombreux autres, dont le Delaware. Ce dernier profita d'un durcissement de la législation sociétale du New Jersey en 1913 pour acquérir sa position de leader¹⁵⁰.

¹⁴⁵ C. POCHET, *op. cit.*, p. 289.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Le Delaware ne représente que 0,03% de la population nationale du pays.

¹⁵⁰ D. MARTIN, F. ALOGNA, « A European Delaware: The Nascent Regulatory Market in Europe », *Corporate Finance & Capital Markets L. Rev.*, 2007, pp. 19-20.

Une fois celle-ci atteinte, il s'agissait pour lui de la conserver et il adopta plusieurs mécanismes dans cette optique. Il institua tout d'abord un système législatif particulièrement efficace et flexible, reposant sur la mise en place d'un comité, composé de nombreux praticiens, avec pour mission la constante adaptation du droit des sociétés¹⁵¹. Ceci permit au Delaware de modifier son droit des sociétés rapidement et de l'adapter aux besoins actuels des sociétés¹⁵².

Il en résulta une législation particulièrement favorable aux personnes morales, ou du moins à leur comité de direction. Pour exemple, la *business judgement rule* permet aux dirigeants d'une entreprise de bénéficier de la présomption d'avoir agi avec soin et diligence et leur évite ainsi de voir leur responsabilité mise en cause pour des actions qui auraient pu mettre leur société à mal. Cette présomption prévaut aussi longtemps que les cadres de l'entreprise n'ont pas agi de mauvaise foi ou n'ont pas été placés dans un conflit d'intérêts¹⁵³. Enfin, le Delaware s'est également muni d'un système judiciaire particulièrement compétent et efficace en matière de droit des sociétés¹⁵⁴.

Sa suprématie se traduit par des chiffres éloquentes. En 1999, 57,75% des six mille cinq cent trente sociétés non financières américaines étaient statutairement enregistrées au Delaware. La plupart des autres entreprises qui ne s'y étaient pas incorporées avaient, quant à elles, décidé d'établir leur siège statutaire dans l'Etat où se trouvait leur siège réel.

La situation actuelle ne semble pas devoir être remise en question dans les années à venir au vu du peu d'intérêt témoigné par la plupart des autres Etats à vouloir concurrencer le Delaware sur ce terrain. Beaucoup de commentateurs américains estiment que la situation est désormais gelée et que n'importe quel Etat voulant concurrencer le Delaware ne pourrait y parvenir de manière satisfaisante¹⁵⁵. L'ancien débat, qui autrefois se portait sur la concurrence horizontale que se livraient les Etats entre eux, s'oriente désormais sur la concurrence verticale qui apparaît entre l'Etat du Delaware et l'Etat fédéral américain¹⁵⁶. On constate en effet une intervention de plus

¹⁵¹ J. MACEY, G.P. MILLER, "Toward an Interest-Group Theory of Delaware Corporate Law", *Tex. L. Rev.*, 1987, pp. 469 et s.

¹⁵² D. MARTIN, F. ALOGNA, *op. cit.*, pp. 20 et s.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Voy. par ex.: L. BEBCHUK, A. HAMDANI, "Vigorous Race or Leisurely Walk : Reconsidering the Competition over Corporate Charters", *Yale L.J.*, 2002, pp. 553 et s. ; R. WARD, Jr. KELLY, E. KELLY, "Why Delaware Leads in the United States as a Corporate Domicile", *Del. Law.*, 1991, pp. 16 et s.

¹⁵⁶ K. PIRSL, "Trends, developments, and mutual influences between United States corporate law(s) and European community company law(s)", *Columbia Journal of European Law*, 2007-08, p. 317.

en plus régulière de l'Etat américain dans des matières qui relevaient autrefois du champ d'application de la doctrine des affaires internes¹⁵⁷. Le *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, adopté par le législateur américain suite au scandale Enron, WorldCom et Tyco, est le plus vibrant exemple de cette nouvelle tension entre pouvoir fédéral et fédéré en matière de droit des sociétés¹⁵⁸. Plus récemment, le *Dodd-Frank Act* fut adopté en 2010 en réaction à la crise financière de 2008¹⁵⁹.

Sous-section 2. La situation dans l'Union européenne

Au premier abord, l'Union européenne présente une structure assez semblable à celle des Etats-Unis, avec l'existence de deux législateurs différents : une supra-entité, plus ou moins fédérale, et divers Etats membres qui restent largement compétents pour déterminer le contenu de leur droit des sociétés. Ainsi, l'Union européenne connaît autant de droit des sociétés différents qu'elle connaît d'Etats membres¹⁶⁰. Cependant, en y regardant de plus près, les deux situations ne sont pas si similaires.

D'une part, la règle de répartition des compétences n'est pas la même et d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres ne connaissent de concurrence régulatrice en matière de droit des sociétés que depuis peu et ce, de manière encore incomplète. Ceci est dû, en partie du moins, au fait que contrairement aux Etats-Unis, l'Union européenne et ses Etats membres appliquent deux règles de conflit de lois différentes. Il convient également d'ajouter que les points de vue sur ce qu'est une bonne gouvernance d'entreprise sont diamétralement opposés selon le côté de l'Atlantique où l'on se situe. Par ailleurs, il est important de rappeler également que, contrairement aux Etats-Unis, l'Union européenne n'est pas un marché où une seule langue officielle est parlée mais bien vingt-trois, ce qui complique un peu plus encore la situation¹⁶¹.

¹⁵⁷ Pour une liste des différentes interventions fédérales dans le domaine, voy. F. MUCCIARELLI, "The function of corporate law and the effects of reincorporations in the U.S. and the EU", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2012, pp. 439-440; C. POCHET, *op. cit.*, p. 292.

¹⁵⁸ Pour plus d'informations à ce sujet, voy. A. BURDEN, "US corporate law reform post-Enron: a significant imposition on private ordering of corporate governance?", *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, pp. 167 et s.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Cette position doit néanmoins être nuancée au vu de l'existence de la Société européenne qui, comme nous l'avons vu dans la première partie de ce travail, constitue un 29^e régime, parallèlement à celui des Etats membres.

¹⁶¹ T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? – Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés », *R.P.S.*, 2004, p. 232.

i) La régulation des sociétés en Europe : similitudes et différences avec le modèle américain

Contrairement au modèle américain, l'Union européenne ne connaît pas de doctrine des affaires internes. La répartition des compétences entre l'organisation internationale et ses Etats membres se fait depuis le traité de Maastricht sur base du principe de subsidiarité¹⁶². Conséquence de cela, le législateur européen intervient dans toute matière où son intervention est jugée nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur sans tenir compte, comme c'est d'usage aux Etats-Unis, de la distinction imposée par l'*internal affairs doctrine*¹⁶³. Chacun des Etats membres est donc libre de réguler comme il l'entend tout ce qui n'est pas réglé par l'Union européenne.

Par ailleurs, les interventions législatives de l'Union européenne donnent de plus en plus lieu à une harmonisation moins complète qu'aux USA, dès lors que les directives européennes en droit des sociétés sont de plus en plus souvent dites minimales¹⁶⁴. De manière additionnelle, l'absence d'une cour fédérale - malgré la bonne volonté de la Cour de justice - et le champ d'application restreint des directives européennes¹⁶⁵ sont d'autres facteurs qui expliquent l'harmonisation moins prononcée de l'Union en cas d'intervention supra-étatique¹⁶⁶.

Un autre point sur lequel les conceptions s'opposent des deux côtés de l'Atlantique concerne le rôle réservé au droit des sociétés. Aux Etats-Unis, on est principalement concerné par les relations entre les *shareholders* et par leur protection vis-à-vis de la direction de la société. Cette position est diamétralement opposée à celle qui prévaut en Europe, continentale du moins, où l'on accorde énormément d'importance à la protection de l'ensemble des *stakeholders*, ainsi qu'en témoignent les nombreuses directives protectrices adoptées par l'Union¹⁶⁷. Ces préoccupations européennes sont néanmoins de plus en plus présentes en Amérique en ce sens qu'elles sont le leitmotiv de l'interventionnisme fédéral¹⁶⁸.

¹⁶² F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 442.

¹⁶³ Bien que, comme nous l'avons vu plus haut, cette distinction tende à s'estomper aux Etats-Unis en conséquence des récentes initiatives législatives fédérales de plus en plus envahissantes.

¹⁶⁴ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 443..

¹⁶⁵ La plupart du temps, les directives européennes en matière de droit des sociétés ne s'appliquent de manière obligatoire qu'aux seules sociétés cotées.

¹⁶⁶ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 443.

¹⁶⁷ H. S. BIRKMOSE, "A 'Race to the Bottom' in the EU?", *MJ*, 2006, p. 40.

¹⁶⁸ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 454.

Par conséquent, le concept même de réincorporation n'a pas les mêmes implications selon que l'on soit aux Etats-Unis ou en Europe, du fait que les compétences en matière de régulation ne sont pas réparties de la même manière. En réalité, l'Etat américain de réincorporation a moins d'influence que son homologue européen en raison des interventions du gouvernement fédéral dans de plus en plus de matières, ainsi que de l'exclusion de la doctrine des affaires internes de tout ce qui touche aux créanciers¹⁶⁹. De manière générale, et ceci ressort de l'objectif premier du droit des sociétés aux USA, le choix de la juridiction d'incorporation aura un impact principalement sur les relations entre les *shareholders* et les dirigeants de la société. Les lois protectrices, de par leur nature fédérale, s'appliquent en effet à l'ensemble des sociétés américaines. En Europe, la situation est bien moins ordonnée et l'influence des entités étatiques plus large.

ii) Le processus d'harmonisation du droit des sociétés au sein de l'Union européenne

L'autre différence majeure entre le système européen et le système américain est l'inexistence d'une mobilité complète des personnes morales, tant à l'incorporation qu'à la réincorporation des sociétés au sein du marché intérieur. Ce postulat tend cependant de plus en plus à s'estomper suite aux différentes évolutions qu'a subies l'Union en matière de droit des sociétés. Cette évolution s'est faite en plusieurs étapes que nous nous proposons ici de retracer.

A l'origine, chacun des futurs Etats membres de la Communauté européenne était seul compétent en tant que législateur. Le continent européen était ainsi caractérisé par une multitude de droits des sociétés. La plupart de ces législations appliquaient la théorie du siège réel afin de protéger leurs intérêts nationaux. D'autre part, même les Etats recourant à la théorie de l'incorporation restreignaient la mobilité des sociétés en obligeant les sociétés boîtes aux lettres étrangères à respecter leurs principales règles en matière de droit des sociétés. Ces deux attitudes, combinées à une politique fiscale restrictive, empêchaient toute mobilité effective des entreprises¹⁷⁰. En 1957, le Traité

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 458 et s.

¹⁷⁰ W. BRATTON, J. MCCAHERY, E. VERMEULEN, "How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis", *The American Journal of Comparative Law*, 2009., pp. 353-354 ; J. MCCAHERY, E. VERMEULEN, "Understanding Corporate Mobility in the EU – Towards the foundations of a European "Internal Affairs Doctrine", 2007, disponible sur <http://anyflip.com/vgpa/qfob/basic>, p. 13.

de Rome, qui instaurait ce qui allait devenir l'Union européenne, vint cependant changer la donne¹⁷¹.

En effet, l'instauration de ce qui était encore appelé à l'époque le « marché commun » et les différentes libertés de circulation sur lesquelles il s'appuyait faisaient craindre à certains Etats membres une fuite en avant de leurs sociétés nationales vers des juridictions plus favorables. Cette crainte des Etats de voir leurs entreprises désertier leur juridiction amena le législateur européen à emprunter le chemin d'une harmonisation profonde des droits étatiques¹⁷². Ainsi, ce que l'on offrait aux sociétés d'une main avec la liberté d'établissement, on le leur reprenait de l'autre en poursuivant un processus d'uniformisation, par crainte d'importer en Europe un effet *Delaware*¹⁷³.

La création du marché intérieur offrait deux possibilités au législateur européen. Soit il ouvrait la porte à une « delawarisation »¹⁷⁴ de l'Europe, soit il se lançait dans une vaste opération de rapprochement du droit des sociétés afin de prévenir toute fuite vers d'autres juridictions que ces dernières estimerait plus hospitalières¹⁷⁵. L'autre raison de ce processus d'harmonisation était la suppression des obstacles à la liberté d'établissement et ainsi permettre le bon fonctionnement du marché intérieur¹⁷⁶.

Les deux solutions menaient à une prise en main de la diversité normative qui existait au sein du droit européen des sociétés. De fait, si la première solution devait être préférée, il s'agissait alors d'adopter, ainsi que c'est le cas aux Etats-Unis, une règle de conflit de lois uniforme pour tous les Etats membres. Dans un premier temps, sous la pression de la France et de l'Allemagne¹⁷⁷, ce fut la seconde option qui fut préconisée¹⁷⁸.

En 1968 est ainsi officiellement entamé le processus d'harmonisation en droit des sociétés par l'adoption d'une première directive qui traitait de la protection des

¹⁷¹ W. BRATTON, J. MCCAHERY, E. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 353.

¹⁷² W. BRATTON, J. MCCAHERY, E. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 355 ; C. SCHMITTHOF, "The future of the European company law scene", *The Harmonization of Company Law*, 1973, pp. 1 et s. ; M. KROEZE, H. VLETTER-VAN DORT, "History and Future of Uniform Company Law in Europe", *European Company Law*, 2008, p. 114.

¹⁷³ K. PIRSL, *op. cit.*, p. 326.

¹⁷⁴ A. COTIGA, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁵ C. POCHET, *op. cit.*, p. 30 ; W. BRATTON, J. MCCAHERY, E. VERMEULEN, *op. cit.*, p. 355.

¹⁷⁶ S. LOMBARDO, *Regulatory Competition in Company Law in the European Community*, Peter Lang, 2002, p. 41.

¹⁷⁷ W. BRATTON, J. MCCAHERY, E. VERMEULEN, *op. cit.* ; A. COTIGA, *op. cit.*, p. 66.

¹⁷⁸ Pour une analyse approfondie des compétences juridiques prévues par le Traité de Rome à cet effet, voy. A. COTIGA, *op. cit.*, pp. 40 et s., et S. LOMBARDO, *op. cit.*, pp. 41 et s.

associés et des tiers¹⁷⁹. Jusqu'au début des années 90, la Communauté européenne a donc adopté neuf directives et un règlement relatif au groupement européen d'intérêt économique.

Cependant, ce vaste mouvement de rapprochement va rapidement s'essouffler. En effet, ces premières directives touchaient à des sujets sur lesquels un compromis était facilement atteignable. Ceci explique la difficulté croissante que connurent les différents Membres et institutions de l'Union à trouver un accord sur une intégration toujours plus grande de leur droit national des sociétés, une fois que la discussion porta sur des sujets plus sensibles¹⁸⁰.

Consciente de cela, la Commission européenne va, à partir du milieu des années 80, préconiser une nouvelle approche dans sa volonté d'harmoniser le droit des sociétés¹⁸¹. Celle-ci se fonde tout d'abord sur le principe de reconnaissance mutuelle institué par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Cassis de Dijon*¹⁸² en 1979¹⁸³. Ensuite la Commission va changer son fusil d'épaule et adopter des directives dites minimales dans lesquelles une grande marge de manœuvre est désormais laissée aux Etats membres lors de la transposition de celles-ci en normes nationales¹⁸⁴. Cette nouvelle approche a dès lors pour conséquence de rendre l'appareil législatif européen plus laxiste et moins intrusif, en matière de droit des sociétés.

L'arrêt *Centros*, rendu en 1999 par la Cour de justice, va marquer un tournant dans le paysage juridique européen. Face aux tentatives d'harmonisation positive plus ou moins fructueuses avancées par la Commission européenne¹⁸⁵, cet arrêt constitue la première démarche d'harmonisation négative entreprise par l'institution judiciaire de l'Union en matière de droit des sociétés¹⁸⁶.

Nous avons déjà discuté cet arrêt dans la première partie de notre travail. Notre brève étude de la situation du marché américain des sociétés permet cependant d'ajouter des

¹⁷⁹ Directive du Conseil du 9 mars 1968 (modifiée en 2003 par la directive 2003/58/CE du 15 juillet 2003, *J.O.U.E.*, L.221/13, 4 septembre 2003).

¹⁸⁰ A. COTIGA, *op. cit.*, pp. 60 et s.; A. JOHNSTON, *EC Regulation of Corporate Governance*, Cambridge, 2009, pp. 134 et s. ; C. POCHE, *op. cit.*, p. 303.

¹⁸¹ A. COTIGA, *op.cit.* pp. 115 et s.

¹⁸² C.J.C.E., 20 février 1979, (Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), 120/78, *R.C.J.C.E.*, 1979, 00649.

¹⁸³ A. COTIGA, *op. cit.*, p. 115 et s.

¹⁸⁴ A. COTIGA, *op. cit.*, pp. 119 et s. ; C. POCHE, *op. cit.*, p. 303.

¹⁸⁵ Pour une analyse critique de cette harmonisation positive en droit des sociétés, voy. A. COTIGA, *op. cit.*, pp. 41 et s., ainsi que A. JOHNSTON, *op. cit.*, pp. 107 et s.

¹⁸⁶ C. POCHE, *op. cit.*, pp. 303-304.

éléments à notre analyse. En effet, en reconnaissant à une société le droit de s'établir à titre principal dans un autre Etat que celui de constitution, l'arrêt de la Cour rapproche nettement la situation européenne de celle des USA en ce qui concerne l'incorporation¹⁸⁷. Les arrêts *Cartesio* et *Vale* vont continuer à accroître cette convergence vers le modèle américain en ce qui concerne la réincorporation. Avec l'arrêt *Centros*, la Cour de justice ouvre la voie à une autre méthode d'harmonisation, celle de la concurrence entre ordres juridiques¹⁸⁸. Paradoxalement, l'arrêt *Centros* a également pour conséquence de relancer le processus d'harmonisation en droit des sociétés qui était relativement abandonné depuis les années 90¹⁸⁹. Plusieurs directives ou règlements seront ainsi adoptés dans la première décennie du 21^e siècle.

Sous-section 3. Les autres conditions nécessaires à la création d'un marché concurrentiel des entreprises

Il convient cependant de rappeler que malgré cet important bouleversement résultant de la jurisprudence que constitue l'arrêt *Centros*, la situation européenne demeure, sur de nombreux points encore, différente de l'américaine puisque demeurent quant à elles les autres différences relevées plus haut.

Si la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne constitue un premier pas vers l'importation d'un effet *Delaware* au sein du marché intérieur, d'autres conditions doivent néanmoins être réunies pour y créer une réelle concurrence¹⁹⁰.

De manière générale, lorsqu'une réincorporation est envisagée, différents critères doivent être pris en compte, sachant que selon que ce sont les actionnaires ou les dirigeants de l'entreprise qui décident de la réincorporation de l'entreprise, les points de vue seront différents. Les actionnaires chercheront avant tout une législation qui protège au mieux leur investissement, tandis que le comité de direction favorisera avant tout une régulation lui laissant la plus grande marge de manœuvre possible et le protégeant de manière efficace contre les prises de contrôle¹⁹¹. Par ailleurs, il est nécessaire que les avantages d'une réincorporation excèdent de manière certaine les coûts que celle-ci ne manquera pas de générer. Sur ce point, les nombreux obstacles

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 305-306.

¹⁸⁸ K. GEENS, M. WYCKAERT, "State Competition: the Belgian Case for Reform", *European Company Law*, 2012, p. 270.

¹⁸⁹ M. KROEZE, H. VLETTER-VAN DORT, *op. cit.*, p. 115.

¹⁹⁰ C. POCHET, *op. cit.*, p. 307.

¹⁹¹ Pour une analyse étendue des différents facteurs déterminant le choix du lieu de (ré)incorporation selon les catégories de décideur, voy. H. S. BIRKMOSE, *op. cit.*, pp. 42 et s.

de nature fiscale, ainsi que le relèvent Joseph McCahery et Erik Vermeulen¹⁹², constituent un frein conséquent à la mobilité des sociétés. En résumé, la société effectuera, préalablement à toute décision, une analyse globale prenant entre autres en compte le droit des sociétés de l'Etat de réincorporation, le système de taxation en vigueur et sa politique amicale ou non vis-à-vis des personnes morales.

Les mobiles qui incitent les Etats membres à attirer des sociétés sur leur territoire sont principalement de nature financière. Si nous reprenons l'exemple du Delaware, nous constatons que ses revenus fiscaux sont constitués à 20% de droits payés par les personnes morales incorporées dans sa juridiction. Il est fort douteux cependant que cette situation puisse être transposée en Europe car peu de membres de l'Union sont susceptibles de dépendre dans de telles proportions d'incidents fiscaux. De plus, la directive de 1969 sur les impôts indirects rend particulièrement difficile l'instauration d'une *franchise tax*¹⁹³.

Il existe aussi un avantage financier indirect pour les Etats membres : la présence d'un grand nombre de sociétés sur le territoire national constitue un facteur décisif pour l'emploi. De nombreux secteurs d'activités gravitant autour des sociétés - avocats spécialisés, fiscalistes, etc. - seront en effet développés ce qui, via la fiscalité, aura indirectement une influence positive sur les finances de l'Etat¹⁹⁴. Il n'est dès lors pas incongru d'estimer que nombreux seront les Etats membres à être enclins à se lancer dans une course aux (ré)incorporations.

Sous-section 4. Une « delawarisation » du marché intérieur : une évolution réellement rejetable ?

A l'origine de la création du marché commun, en 1957, la situation américaine était unanimement envisagée comme néfaste et donc à éviter absolument. Cette position avait amené l'Union à opter résolument pour une harmonisation approfondie du droit sociétal. L'arrêt *Centros* et ceux qui le suivirent sont cependant venus bouleverser la donne. Une transposition d'un effet *Delaware* au sein de l'Union européenne est désormais possible, ravivant ainsi les études de droit comparé.

¹⁹² J. MCCAHERY, E. VERMEULEN, *op. cit.*, pp. 13 et s.

¹⁹³ C. POCHET, *op. cit.*, p. 307.

¹⁹⁴ H. S. BIRKMOSE, *op. cit.*, pp. 62 et s.

i) L'analyse américaine de l'effet *Delaware* : des avis partagés où aucun parti ne semble prendre avantage sur son adversaire

Les avis de la doctrine américaine sur les conséquences de la concurrence normative entre les différents Etats, dite effet *Delaware*, se divisent en deux camps : d'un côté les partisans de la théorie de la « race to the bottom » et de l'autre ceux de la « race to the top ». En d'autres mots, l'effet *Delaware* a-t-il pour résultat de produire une bonne ou une mauvaise gouvernance d'entreprises ? Au sein de ces divergences, une troisième frange de la doctrine affirme que les deux positions sont correctes.

Ce débat doctrinal fut initié en 1974 par le professeur William Cary qui défendit l'idée selon laquelle la concurrence entre les Etats pour attirer les entreprises vers leur juridiction avait pour conséquence d'entraîner une dérégulation du droit des sociétés et d'ainsi en diminuer dramatiquement la qualité¹⁹⁵. Selon Cary et ses partisans, le point de vue adopté par les Etats n'est pas celui des actionnaires, mais bien celui du *management* des sociétés. En effet, ceux-ci sont trop dispersés pour pouvoir prétendre exercer une réelle influence au sein de l'entreprise dont ils possèdent des parts. En conséquence, les véritables personnes qui contrôlent la société sont ses dirigeants. Dès lors, ce sont eux que les Etats ont avantage à privilégier s'ils veulent attirer un maximum de sociétés¹⁹⁶.

Par opposition, les prémisses des partisans de la thèse de la « race to the top » reposent sur la croyance que les investisseurs agissent de manière rationnelle et qu'ils ne placeraient dès lors pas leurs finances dans une société dont la législation applicable leur serait défavorable¹⁹⁷. Parmi les plus fameux défenseurs de cette thèse, nous pouvons citer Winter¹⁹⁸, Easterbrook et Fischel¹⁹⁹ ou encore Romano²⁰⁰. Ceux-ci estiment que la concurrence normative pousse les Etats à la création de valeur actionnariale²⁰¹. En d'autres mots, afin d'attirer le plus possible d'actionnaires - et donc d'investisseurs -, les Etats ont tout intérêt à instituer un droit des sociétés efficace et moderne, tant d'un point de vue législatif que judiciaire. Par ailleurs, Romano relève

¹⁹⁵ W. CARY, « Federalism & Corporate Law: Reflections Upon Delaware », *Yale L.J.*, 1974, pp. 663 et s.

¹⁹⁶ D. MARTIN, F. ALOGNA, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹⁹⁸ R. WINTER, « State law, shareholder protection and the theory of corporation », *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, pp. 251-292.

¹⁹⁹ F. EASTBROOK, D. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991.

²⁰⁰ R. ROMANO, « Law as a product: Some pieces of the incorporation puzzle », *Journal of Law, Economics Organization*, 1985, pp. 225-283.

²⁰¹ C. POCHET, *op. cit.*, p. 295.

que la concurrence entre Etats rend possible des expérimentations à petite échelle en droit des sociétés qui, si elles s'avèrent concluantes, ne manqueront pas d'être reprises par les autres Etats. Ainsi, selon cette partie de la doctrine américaine, la concurrence entre Etats aurait pour conséquence de maximaliser les bénéfices des actionnaires, ce qui constitue l'objectif même du droit des sociétés, selon sa conception anglo-saxonne. De plus, il convient d'ajouter que les exemples du Dakota du Sud et de l'Arizona montrent clairement qu'une libéralisation excessive du droit des sociétés ne constitue pas un système régulateur viable, mettant ainsi d'autres Etats en garde contre le fait de suivre leur voie.

Enfin, une dernière partie de la doctrine américaine a adopté une position médiane en estimant qu'en réalité, les deux théories coexistent et sont toutes deux fondées sur des arguments valables. Cette affirmation s'appuie sur l'idée que, si de manière générale certains droits tels celui du Delaware sont favorables aux *shareholders*, il n'en demeure pas moins que d'autres aspects de ce droit sont particulièrement favorables aux *responsables* de la société. Il existerait donc au sein de chaque droit des normes favorables aux *shareholders*, alors que d'autres le sont aux *responsables*, créant ainsi un certain équilibre²⁰².

ii) **Importation de l'effet *Delaware* en Europe : quelles conséquences pour la régulation des sociétés au sein du marché intérieur ?**

A partir de 1999, la jurisprudence de la Cour de justice a donc ouvert la voie à une importation du modèle *Delaware* au sein de l'Union européenne. Cependant, alors qu'un tel phénomène était craint à l'origine, la question se pose aujourd'hui de savoir si une telle peur était justifiée. En effet, les dissensions au sein de la doctrine américaine prouvent que le débat est loin d'être tranché et que la réponse à celui-ci doit en réalité se situer au milieu du gué.

Les effets positifs d'une concurrence réelle au sein du marché intérieur sont en effet nombreux. On peut ainsi noter les revenus financiers, surtout indirects, plus importants pour les Etats en tête de la course. Une autre conséquence sera une influence régulatrice accrue de ces Etats membres sur les autres en matière de droit des sociétés²⁰³. Les autres avantages américains énumérés sont également applicables en Europe. Ainsi, les Etats membres seront incités à moderniser rapidement leur droit des

²⁰² D. MARTIN, F. ALOGNA, *op. cit.*, pp. 25-26.

²⁰³ *Ibid.*, p. 33.

sociétés sous peine de voir leurs personnes morales s'enfuir vers d'autres cieux. Dans leur désir de satisfaire les sociétés, les législateurs nationaux seront en effet poussés à trouver des solutions innovantes et modernes, à même de rencontrer les attentes de leurs destinataires²⁰⁴.

Ainsi la tendance qui voulait que, suite à l'arrêt *Centros*, de nombreuses sociétés s'incorporent au Royaume-Uni s'est aujourd'hui inversée suite à la modernisation du droit des sociétés entreprise sur le continent par de nombreux Etats membres²⁰⁵. Corolairement, les réglementations efficaces d'un Etat seront très certainement reprises par les autres, ce qui devrait nécessairement conduire à une hausse de la qualité du droit sociétal.

En ce qui concerne la crainte de voir l'émergence d'une *race to the bottom*, c'est-à-dire un nivellement par le bas de la qualité du droit des sociétés, divers facteurs nous semblent à même de prévenir une telle situation.

Il convient tout d'abord de rappeler que contrairement aux Etats-Unis, la tradition en Europe continentale est bien plus axée sur la défense des intérêts de l'ensemble des *stakeholders* plutôt que de ceux des seuls *shareholders*. D'autre part, les nombreuses directives européennes, bien que la plupart soit d'harmonisation minimale, constituent également une forte garantie contre une dérégulation outrancière²⁰⁶. Il faut encore ajouter que l'exemple déjà mentionné du Dakota du Sud ou de l'Arizona²⁰⁷ sera très certainement présent à l'esprit des législateurs nationaux au moment d'adapter la réglementation des sociétés.

Pour toutes ces raisons, il nous semble que la crainte d'une importation d'un effet *Delaware* au sein de l'Union européenne soit injustifiée et que, justement, la promotion de la mobilité transfrontalière des sociétés, tant au moment de l'incorporation que de la réincorporation, devrait être encouragée plus avant par le législateur européen.

²⁰⁴ C. POCHET, *op. cit.*, pp. 308-309.

²⁰⁵ K. E. SORENSEN, "The Fight against Letterbox Companies in the Internal Market", *Common Market Law Review*, 2015, p. 94.

²⁰⁶ N. ERK, « The Cross-Border Transfer of Seat in European Company Law: A Deliberation about the Status Quo and the Fate of the Real Seat Doctrine », *European Business Law Review*, 2010, p. 439.

²⁰⁷ Voy. p. 59.

Chapitre 2

Le besoin de relancer la proposition d'une 14^e directive

Section 1. Une harmonisation européenne trop lacunaire

Notre analyse a donc démontré que la mobilité des personnes morales au sein du marché intérieur est encore trop imparfaite pour permettre une véritable concurrence entre les différents ordres juridiques composant l'Union européenne.

En effet, si depuis l'arrêt *Centros* les entrepreneurs peuvent désormais choisir librement l'ordre juridique où ils entendent incorporer leur société, la réinsertion des personnes morales est quant à elle encore très parcellaire, malgré les arrêts *Cartesio* et *Vale*. Le transfert du siège réel, accompagné ou non du siège statutaire, est indiscutablement admis et ne peut être empêché par l'Etat membre de sortie lorsque l'Etat d'entrée l'autorise. Cette obligation est toutefois soumise à la condition que le transfert de siège entraîne un changement de loi applicable. Cependant, l'activité d'harmonisation entreprise par la Cour de justice reste problématique sur deux points particuliers.

D'abord, il est impossible à l'heure actuelle de dire si une société peut se prévaloir des articles 49 et 54 TFUE pour déplacer son seul siège statutaire. Ainsi que nous l'avons souligné sous notre Titre 1, la question sous-jacente est de savoir si ce type de transfert peut être assimilé à l'exercice d'une activité économique. Ensuite, comme l'a affirmé le juge européen dans l'arrêt *Vale*, une activité de réinsertion d'une personne morale dans l'ordre juridique d'un autre Etat membre n'est pas régie par un instrument de droit européen. Ceci a pour conséquence que ce sont les procédures des Etats membres qui déterminent les étapes à entreprendre pour réaliser un tel transfert. En découlent une multiplicité de règles procédurales différentes, ce qui n'est pas pour rehausser la sécurité juridique en la matière et constitue dès lors un puissant frein à la mobilité transfrontalière du siège social, qu'il soit réel ou statutaire.

Lorsqu'elle décida d'abandonner le projet de rédaction d'une 14^e directive, la Commission européenne espérait que les instruments que sont la directive sur la fusion transfrontalière et le règlement sur la Société européenne constitueraient un palliatif à l'absence d'une réglementation spécifique applicable au transfert du siège. Mais, rappelons-le, ces attentes ont été déçues dès lors que ces deux textes n'apportaient aucune solution satisfaisante au problème.

Or, nous sommes d'avis qu'une telle mobilité serait bénéfique en ce sens qu'elle permettrait une uniformisation des différents droits des sociétés à l'heure où l'harmonisation *top down* émanant des institutions européennes semble avoir atteint ses limites suite aux divergences de points de vue entre les différents Etats membres²⁰⁸.

Section 2. Le problème des *exit taxes*

Les taxes de sortie peuvent également représenter pour l'Etat membre de sortie un puissant moyen pour décourager ses sociétés nationales d'entreprendre un transfert transfrontalier du siège. En effet, lorsqu'une personne physique ou morale entend déplacer ses avoirs hors de la juridiction d'un Etat, ce dernier peut décider d'imposer ses nationaux sur les plus-values latentes se rapportant à ses biens. L'objectif pour les Etats est d'imposer des plus-values non réalisées sur des biens avant que ceux-ci ne sortent de leur compétence fiscale²⁰⁹. Une telle pratique est particulièrement astreignante pour les contribuables qui se voient obligés de payer un impôt sur des gains qu'ils n'ont pas encore enregistrés²¹⁰. Par ailleurs, des problèmes de double taxation sont également susceptibles de surgir dès lors que l'Etat d'accueil serait autorisé à taxer les gains réalisés sur les avoirs situés dans sa juridiction²¹¹. Ce rapide aperçu des *exit taxes* laisse facilement deviner qu'une telle pratique fiscale peut constituer une sérieuse entrave à la mobilité transfrontalière des sociétés. En effet, si la fiscalité reste un domaine qui relève toujours à l'heure actuelle de la compétence exclusive des Etats membres, celle-ci est cependant influencée par les règles du marché intérieur qui, bien qu'elles ne soient pas de nature fiscale, viennent limiter les prérogatives nationales²¹².

²⁰⁸ O. MORSDORF, « The Legal Mobility of Companies Within the European Union Through Cross-Border Conversion », *Common Market Law Review*, 2012, p. 659.

²⁰⁹ V. KRONENBERGER, « Conséquences fiscales du transfert de siège d'une société au sein de l'Union : la Cour retient une solution équilibrée », *R.A.E.- L.E.A.*, 2011, p. 834.

²¹⁰ H. SCHNEEWEISS, « Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies », *Intertax*, 2009, p. 363.

²¹¹ H. SCHNEEWEISS, *op. cit.*, p. 363; E.-J. NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De *Daily Mail* à *National Grid Indus*: Evolution, révolution et au-delà ? », *C.D.E.*, 2011, p. 612.

²¹² E.-J. NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De *Daily Mail* à *National Grid Indus* : Evolution, révolution et au-delà ? », *op. cit.*, pp. 619-620; D. ZERNOVA, « Exit taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market », *Intertax*, 2011, p. 473.

Sous-section 1. Les *exit taxes* appliquées aux personnes physiques

Par l'intermédiaire de trois arrêts, *Lasteyrie*²¹³, *X et Y*²¹⁴ et *N*²¹⁵, la Cour de justice a indiqué que la taxation immédiate de gains non encore réalisés sur des actifs transférés d'un Etat membre vers un autre était contraire aux libertés fondamentales du marché intérieur.

Dans la première affaire, il s'agissait d'un transfert d'actions d'une compagnie suédoise vers une autre société suédoise contrôlée quant à elle par une société étrangère. La Cour estima que l'imposition immédiate des gains réalisés était une entrave à la liberté d'établissement et que celle-ci ne pouvait être justifiée ni par la cohérence du système fiscal ni par la volonté de contrôler l'évasion fiscale.

Lasteyrie est le premier cas où la Cour se pencha explicitement sur le problème des *exit taxes*. Il s'agissait en l'espèce d'un résident français qui, à l'occasion de son transfert de résidence vers la Belgique, s'était vu imposé par la France sur les gains latents de son portefeuille d'actions. A nouveau, la Cour statua qu'un tel traitement était de nature à décourager une personne physique à déplacer sa résidence dans un autre Etat membre et était donc contraire à la liberté d'établissement.

L'arrêt *N* présente une situation analogue à la décision précédente puisqu'*in casu*, il s'agissait d'un résident hollandais qui entendait transférer sa résidence vers le Royaume-Uni. La législation hollandaise prévoyait elle aussi une imposition sur les gains non réalisés sur les actions que possédait Mr. N., à moins que celui-ci ne soit en état de fournir des garanties suffisantes pour éviter la taxation jusqu'à ce que les gains aient été effectivement réalisés. Conformément à sa décision dans *Lasteyrie*, le juge européen estima qu'une telle pratique était discriminatoire par rapport au résident hollandais ne transférant pas sa résidence, et dès lors contraire au droit européen. Si la raison invoquée par les Pays-Bas - à savoir « assurer une répartition, sur la base du principe de territorialité, du pouvoir d'imposition des plus-values des droits sociaux entre les Etats membres »²¹⁶ - fut acceptée par la Cour, celle-ci estima en l'occurrence

²¹³ C.J.C.E. (5^e ch.), 11 mars 2004, (Hughes de Lasteyrie du Saillant contre Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie), C-9/02, *R.C.J.C.E.*, I-02409.

²¹⁴ C.J.U.E. (4^e ch.), 7 novembre 2013, (Minister voor Immigratie en Asiel contre X, Y et Z), C-199/12 à C-201/12, *R.C.J.U.E.*, publié au Recueil numérique.

²¹⁵ C.J.C.E., 7 septembre 2006, (N contre Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo), C-470/04, *R.C.J.C.E.*, p. I-7409.

²¹⁶ Arrêt *N*, *op. cit.*, point 41.

que l'exigence d'une garantie était disproportionnelle par rapport à l'objectif recherché.

Sous-section 2. Une transposition aux sociétés de la jurisprudence applicable aux personnes physiques ?

Le premier cas où la Cour de justice de l'Union fut confrontée aux *exit taxes* dans le cadre d'une mobilité transfrontalière de société est l'arrêt *Daily Mail*. Nous l'avons vu, la Cour a refusé d'appliquer la liberté d'établissement au cas d'espèce au vu de l'absence d'effet direct horizontal, niant ainsi l'assimilation complète des personnes morales aux personnes physiques²¹⁷. Dès lors la Cour ne statua pas sur la question des taxes de sorties.

Le second arrêt avec un impact sur la matière fut *Cartesio*, puisqu'il était de nouveau question du transfert du siège d'une société. Dans ses conclusions, l'avocat général avait invité la Cour, au vu des décisions *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*, à abandonner sa jurisprudence *Daily Mail*. La Cour n'en fit cependant rien. Néanmoins, dans son *obiter dictum* 112, elle ouvrait, pour les sociétés qui réalisent un transfert de siège accompagné d'un changement de loi applicable, la possibilité d'invoquer la protection offerte par les articles 49 et 54 TFUE.

S'appuyant sur cette ouverture réalisée par la Cour, il semble incontestable que lorsqu'elle déplace son siège social et est admise à invoquer la liberté d'établissement, une société peut exiger que lui soit appliquée la jurisprudence de la Cour concernant les personnes physiques²¹⁸. En effet, il s'agit là de l'objectif même de l'article 54 TFUE de voir les sociétés recevoir le même traitement que les personnes physiques. De plus, et conformément à cette raison d'être de cette disposition du TFUE, la Cour a invariablement appliqué aux sociétés ses décisions concernant des personnes physiques et *vice versa*²¹⁹.

Cette solution a été confirmée dans l'arrêt *National Grid Indus* où une société hollandaise avait déplacé son siège réel au Royaume-Uni. En conséquence de ce déplacement, la société n'était plus imposable aux Pays-Bas, qui décidèrent dès lors

²¹⁷ H. SCHNEEWEISS, *op. cit.*, pp. 367-368.

²¹⁸ A.P. DOURADO, P. PISTONE, "Looking Beyond *Cartesio*: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities", *Intertax*, 2009, pp. 343 et s.

²¹⁹ H. SCHNEEWEISS, *op. cit.*, p. 371.

que les plus-values latentes de la société au jour du transfert devaient faire l'objet d'une imposition. Estimant une telle décision contraire à la liberté d'établissement, National Grid Indus porta l'affaire en justice où il fut décidé en appel de sursoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

S'il est admis que les sociétés peuvent se prévaloir de la jurisprudence développée par la Cour pour les personnes physiques, il n'en reste pas moins que cette possibilité est soumise aux limites tracées par cette même Cour dans l'arrêt *Daily Mail* et *Cartesio*. Or, les faits dans *National Grid Indus* étaient similaires à ceux de *Daily Mail* puisqu'il y était également question d'une société souhaitant déplacer son siège réel alors que son existence juridique n'était pas remise en cause et que dans les deux affaires, l'Etat de sortie appliquait le critère de l'incorporation.

Pourtant, partant du constat que la personnalité légale de National Grid Indus n'était pas en cause²²⁰, la Cour va s'écarter de l'approche globalisante adoptée dans sa décision *Daily Mail* en décidant que lorsque la mesure critiquée régit uniquement des aspects fiscaux et n'affecte pas la continuité de la personnalité juridique d'une société, cette dernière peut se prévaloir de la liberté d'établissement²²¹. La Cour justifia cette décision en s'appuyant sur *Cartesio* et son *obiter dictum* 112 par lequel elle reconnaissait pour la première fois explicitement que le fait que les Etats membres restaient compétents pour déterminer le lien de rattachement entre leur ordre juridique et leurs sociétés n'impliquait pas que les articles 49 et 54 TFUE n'étaient pas applicables à cette matière²²².

Ayant déclaré la liberté d'établissement applicable au cas d'espèce, la Cour déclara ensuite que l'imposition d'*exit taxes* constituait une restriction à cette liberté, dès lors que National Grid Indus était traité différemment par rapport aux autres sociétés néerlandaises transférant leur siège de direction à l'intérieur de la juridiction des Pays-Bas²²³.

Ainsi que la Cour le rappelle, il est néanmoins de jurisprudence constante qu'une restriction à la liberté d'établissement peut être admise lorsqu'elle est justifiée par des

²²⁰ Arrêt *National Grid Indus*, *op. cit.*, point 28.

²²¹ V. KRONENBERGER, *op. cit.*, p. 836; E.-J. NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De *Daily Mail* à *National Grid Indus* : Evolution, révolution et au-delà ? », *op. cit.*, p. 634.

²²² C.J.U.E. (Gr. Ch.), (*National Grid Indus BV* contre *Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*), 29 novembre 2011, C-371/10, *R.C.J.U.E.*, I-12273, points 30-34.

²²³ Arrêt *National Grid Indus*, *op. cit.*, points 37-41.

raisons impérieuses d'intérêt général²²⁴ dont fait partie la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition des Etats membres, invoquée en l'espèce²²⁵. Concernant le test de proportionnalité de la mesure, la Cour admet d'emblée, ainsi qu'elle l'avait admis dans *N*, que celle-ci est à même d'atteindre l'objectif visé²²⁶. Quant à la proportionnalité de la mesure, la Cour la divisera en distinguant la question de l'établissement du montant de l'impôt et celle du moment du recouvrement²²⁷. Le juge européen estimera que si la première partie de la mesure est proportionnée, il convient, en ce qui concerne sa seconde composante, de laisser la possibilité à la société de choisir le moment où elle devra payer l'imposition. Ainsi préférera-t-elle s'en acquitter au moment même du transfert ou lorsque les gains auront été effectivement réalisés.

En définitive, concernant les *exit taxes*, les sociétés sont admises à demander le même traitement que celui appliqué aux personnes physiques lorsque, dans leur situation particulière, la Cour a reconnu un effet direct aux articles 49 et 54 TFUE. Dans l'état actuel de la jurisprudence, un tel cas se présente lorsque la personnalité légale n'est pas remise en cause par l'Etat membre de sortie. En pratique, cela exclut les sociétés incorporées dans un Etat appliquant la théorie du siège réel. Néanmoins, les jurisprudences *Cartesio* et *Vale* permettent à ces dernières d'invoquer la protection de la liberté d'établissement lorsque le transfert de siège est couplé à un changement de loi applicable.

Il nous semble dès lors important que, si l'Union européenne devait adopter une directive applicable au transfert du siège, elle prenne en compte la jurisprudence applicable aux *exit taxes* et délimite clairement dans quelles circonstances une société peut s'appuyer sur la liberté d'établissement et quels types de mesures étatiques peuvent être considérés comme des entraves proportionnelles aux articles 49 et 54 TFUE.

²²⁴ *Ibid.*, point 42.

²²⁵ *Ibid.*, point 44.

²²⁶ Arrêt *National Grid Indus*, *op. cit.*, point 48.

²²⁷ E.-J. NAVEZ, « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : Evolution, révolution et au-delà ? », *op. cit.*, p. 643.

Section 3. Quels seraient les avantages d'une intervention de l'Union européenne dans cette matière pour les entreprises et les Etats membres ?

Dans son étude d'impact publiée en 2007²²⁸, la Commission européenne a tenté de déterminer quels seraient les différents avantages qui résulteraient de l'adoption d'un instrument permettant le transfert transfrontalier du siège social. Il est certain que lorsqu'une société envisagera une telle opération, elle prendra en compte les différents avantages qu'elle pourrait en tirer, mais également les coûts qui y sont liés. Un transfert de siège ne se ferait que si ces avantages devaient être suffisamment intéressants par rapport aux divers désavantages engendrés.

Le droit des sociétés est un premier facteur qui sera pris en compte lorsqu'une entreprise envisagera de déplacer son siège social. En effet, plus les sociétés jugeront favorable la législation nationale qui leur est applicable, plus celle-ci sera à même d'attirer les personnes morales.

Par ailleurs, les règles d'insolvabilité sont également importantes. Mais aussi, l'efficacité du système juridique de l'Etat d'accueil et la protection qu'il offre aux actionnaires et aux créanciers sont autant d'arguments qui peuvent décider une société à transférer son siège. Sur ce dernier point, il est en effet plus facile pour une société d'attirer des investissements lorsque les investisseurs jugent efficaces les règles qui les protègent.

L'efficacité administrative ainsi que la lourdeur de la procédure, les différentes facilités ouvertes aux entrepreneurs dans la conduite de leurs affaires telles les procédures applicables à l'exécution forcée des contrats sont également des incitants au déplacement du siège.

Ainsi que l'avait fait la Commission dans son étude d'impact, nous nous sommes appuyés sur les bases de données les plus récentes publiées par la World Bank afin de vérifier si les facilités proposées par les différents Etats membres aux entrepreneurs souhaitant s'établir sur leur territoire variaient fortement selon les Etats. Il ressort de notre analyse de ces différents chiffres que tel est le cas. Dès lors, il est hautement

²²⁸ Commission Staff Working Document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 décembre 2007.

probable que la mise en place d'un marché de réincorporation des sociétés débouche sur une forte mobilité de celles-ci à travers le marché intérieur.

En dehors de ces différents aspects légaux, une société peut également estimer que l'adoption de la nationalité de l'Etat où sont basées ses principales activités lui permettra de mieux se faire accepter par ses clients et d'ainsi étendre ses parts de marché.

Le choix d'une législation qui réponde de manière favorable aux différentes interrogations que peuvent se poser les sociétés permettrait aux Etats membres d'attirer vers leur ordre juridique un nombre important de sociétés, entraînant des recettes fiscales plus importantes, mais aussi la création de nouveaux emplois en conséquence directe de l'insertion de ces nouvelles sociétés dans leur ordre juridique.

De plus, l'assimilation parfaite des personnes morales aux personnes physiques aurait pour résultat d'obliger les Etats à moderniser leur droit des sociétés. Ceci entraînerait nécessairement une harmonisation, non plus *top down* mais *bottom up*, des différentes législations à travers toute l'Union européenne.

Le droit des sociétés n'est cependant pas le seul facteur pris en compte par les entreprises lorsqu'elles envisagent un déplacement transfrontalier. En effet, sont aussi pris en compte l'ensemble des normes nationales qui peuvent avoir un impact sur les activités économiques de la société. Dès lors, les Etats auront aussi à adapter de manière favorable à l'entrepreneuriat l'ensemble de leurs législations étatiques qui exercent une influence sur lui.

L'adoption d'une 14^e directive serait également un moyen d'atteindre l'un des objectifs d'*Europe 2020*, stratégie énoncée en 2010 qui vise, entre autres, à développer la croissance et la création d'emplois en rendant le marché intérieur plus attrayant en tant que place d'investissement et de travail. Or, les conséquences qu'aurait la réalisation de la mobilité transfrontalière du siège social entrent totalement dans de tels objectifs.

Section 4. De nombreuses voix à travers l'Europe poussent à l'adoption d'une 14^e directive

L'idée d'une directive spécifique réglementant le transfert transfrontalier du siège social est discutée depuis désormais près de vingt ans. En 1997, la Commission rendait publique une proposition de directive sur le transfert du siège statutaire. Celle-ci était décrite comme une priorité à court terme dans le plan d'action de la Commission sur la modernisation du droit des sociétés présenté en 2003. Trois consultations organisées par la Commission européenne démontraient un large soutien en faveur de l'adoption d'un tel instrument. De plus, le Parlement européen adopta deux résolutions, respectivement en 2006 et 2009, dans lesquelles il invitait la Commission à lui présenter une initiative législative en la matière. En 2006, la volonté d'adopter cette directive était toujours présente, ainsi qu'il en ressort de la *Commission Legislative and Work Programme* de 2007.

En octobre 2007, la Commission européenne décida cependant de mettre un terme à ses travaux préparatoires alors que la même année, elle publiait une étude d'impact défendant l'adoption d'un tel instrument. Les raisons invoquées par la Commission pour justifier cette décision était l'imminence de l'arrêt *Cartesio* ainsi que le règlement sur la Société européenne et la directive sur les fusions transfrontalières. Le Parlement européen exprima son regret que la Commission ait décidé de ne pas aller plus avant sur ce point. En 2012, s'appuyant sur une étude conduite par la Valeur Ajoutée Européenne qui démontrait l'intérêt de l'adoption de cette législation, il invita la Commission à reprendre les travaux préparatoires d'une 14^e directive.

La Commission européenne ne modifia cependant pas sa position. En 2011, le groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés avait pourtant adopté sur cette question la même position que celle du Parlement européen. Par ailleurs, la Commission européenne lança une nouvelle consultation publique dont les résultats furent publiés en 2013. Il apparaît néanmoins que ceci ne devrait pas déboucher sur une reprise des travaux, alors même que l'adoption d'une 14^e directive n'est désormais plus reprise parmi les priorités de la Commission européenne dans le domaine du droit des sociétés.

Hormis les tentatives, jusqu'ici infructueuses, du Parlement européen, de nombreuses voix s'élèvent également dans le secteur privé en faveur de l'adoption d'une 14^e

directive²²⁹. Il apparaît ainsi que nous ne sommes pas les seuls à être convaincus de la nécessité et de la plus-value que constituerait celle-ci pour le bon fonctionnement du marché intérieur.

²²⁹ Voir le rapport de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris qui plaide pour l'adoption d'une telle directive, « Favoriser la mobilité des sociétés en Europe – Vers une 14^{ème} directive en droit des sociétés », Rapport de D. KLING pour la Chambre de Commerce et d'industrie de Paris, disponible sur www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/transfert-siege-social-kli1010.pdf; A. BAERT, « Crossing Borders : Exploring the Need for a Fourteenth EU Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office », *European Business Law Review*, 2015, pp. 581 et s.; N. ERK, *op. cit.*; A. KHAN, *op. cit.*; W. CAINS, *op. cit.*, pp. 847 et s.; K. MARESCEAU, *op. cit.*, pp. 231 et s.; T. P. MONTEIRO, « Report on the CECL Conference on Companies Crossing Borders within Europe », *European Company Law*, pp. 145 et s.; O. MORS DORF, *op. cit.*; P. SCHWARZ, *op. cit.*; M. SZYDLO, *op. cit.*, pp. 973 et s.

Chapitre 3

Quelles orientations pour le législateur européen lors de l'adoption d'une 14^e directive ?

Nous avons mis en évidence le fait qu'il est indéniable qu'est nécessaire l'adoption d'une 14^e directive qui régulerait le transfert du siège social. Cet instrument de droit européen aurait pour objectif premier de garantir aux sociétés rentrant dans son champ d'application un droit à la transformation transfrontalière, sans risquer de perdre leur personnalité juridique lors du transfert. En d'autres termes, il s'agit de permettre à une société de déplacer son siège statutaire et de le déplacer dans un autre Etat membre tout en étant désormais régie par le droit national de cet Etat. De plus, en instituant une procédure standard applicable à l'ensemble des Etats membres, la directive aurait également pour conséquence d'augmenter la sécurité juridique. Par ailleurs, le déplacement du siège social est une opération de transformation complexe qui peut avoir une influence sur l'ensemble des *stakeholders* de la société. C'est pourquoi il est important que la directive comprenne des instruments à même de protéger l'ensemble de ces intérêts divers.

Dans cette dernière partie de notre mémoire, nous nous proposons d'analyser certaines options de contenu qui, nous semble-t-il, devraient être privilégiées par le législateur européen lors de la rédaction de la directive ici discutée. Bien entendu, notre objectif n'est pas ici de parcourir l'ensemble des issues possibles, mais bien de relever celles qui, à notre sens, comportent le plus d'enjeux.

Section 1. Le champ d'application de la directive devrait-il être limité aux seules sociétés de capitaux ?

Dans la proposition initiale de directive rendue publique par la Commission européenne en 1997, il était prévu que l'ensemble des sociétés fondées conformément à la loi d'un Etat membre tombe dans le champ d'application de la directive. Ce champ d'application particulièrement large est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice qui s'applique à l'ensemble des sociétés qui rencontrent les conditions imposées par l'article 54 TFUE, indistinctement de leur forme.

Certains auteurs sont néanmoins partisans d'un champ d'application limité aux seules sociétés de capitaux²³⁰. Pour soutenir cette opinion, il est en effet estimé, qu'en l'état actuel du droit européen des sociétés, ce sont les sociétés de capitaux qui ont fait l'objet de l'harmonisation la plus poussée. Par conséquent, réduire l'applicabilité de la directive à ce seul type de sociétés constitue un moyen d'éviter une trop grande dérégulation – problème que nous avons pointé lors de notre analyse de l'effet *Delaware* – et permettrait également d'éviter de nombreux problèmes pratiques qui résulteraient du manque d'harmonisation concernant les autres types de sociétés dans l'Union.

Nous sommes cependant d'avis que la directive ne devrait pas être applicable aux seules sociétés de capitaux. D'une part, ainsi qu'il ressort de la consultation publique tenue en 2012 par la Commission, les sociétés usuellement désignées comme les petites et moyennes entreprises considéreraient de manière positive un transfert de siège transfrontalier si une législation européenne était adoptée. Il ne nous semble pas adéquat de limiter les bénéfices offerts par la liberté d'établissement à un seul type de sociétés. Ceci aurait pour résultat de réduire l'impact positif qu'aurait l'adoption de la directive sur l'achèvement du marché intérieur. D'autre part, le champ d'application des directives d'harmonisation a, dans certains Etats membres, été étendu au-delà des sociétés de capitaux.

Dès lors, nous estimons que si le champ d'application de la directive devait être prioritairement réservé aux sociétés de capitaux, chaque Etat membre devrait recevoir la possibilité d'étendre celui-ci à ses sociétés de personnes. Par ailleurs, ce problème de manque d'harmonisation nous semble également pouvoir être habilement contourné par l'obligation qui serait inscrite dans la directive pour une société qui transfère son siège social de se transformer en une forme de société reconnue par le droit de l'Etat membre d'accueil.

²³⁰ « Favoriser la mobilité des sociétés en Europe – Vers une 14^{ème} directive en droit des sociétés », Rapport de D. KLING pour la Chambre de Commerce et d'industrie de Paris, *op. cit.*, p. 7 ; Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 contenant des recommandations à la Commission sur une 14^e directive sur le droit des sociétés relatives au transfert transfrontalier du siège statutaire (2011/2046(INI)), (2013/C 239 E/03).

Section 2. Une harmonisation des règles de conflit de lois ?

Nous savons qu'au sein de l'Union européenne deux théories différentes sont utilisées afin de désigner la *lex societatis*. L'une d'elles, celle du siège réel, a été mise à mal par la Cour de justice, bien que cette dernière ne l'ait jamais formellement déclarée comme contraire au droit européen. Il n'empêche que, de par ses caractéristiques, cette théorie est peu favorable à la mobilité transfrontalière du siège. On pourrait donc estimer que dans le contexte particulier du marché intérieur, il serait judicieux de contraindre l'ensemble des Etats membres à recourir au critère de l'incorporation.

Cette ambition peut être retrouvée dans la proposition de directive relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée²³¹. Cette proposition a fait l'objet de nombreuses réactions négatives, portant entre autres sur son article 14 qui impose le critère de l'incorporation²³².

Ces différentes réactions montrent qu'à l'heure actuelle, de nombreux avis sont encore attachés aux qualités protectrices offertes par la théorie du siège réel. Par conséquent, il ne nous semble pas judicieux d'utiliser cette directive comme instrument de droit international privé afin d'uniformiser les règles de rattachement de manière contraignante malgré le fait que, dans son étude d'impact de 2007, la Commission semble privilégier cette approche.

Nous partageons néanmoins avec elle l'idée que l'adoption par l'ensemble des Etats membres du critère d'incorporation constitue la solution la plus bénéfique à l'achèvement du marché intérieur. Mais il nous semble qu'il serait plus facile d'arriver à ce résultat de manière indirecte.

Ainsi, ce que nous proposons dès lors, c'est que les Etats qui souhaitent garder le critère du siège réel soient autorisés à le faire par la directive. Ceci impliquerait pour une société qui souhaiterait déplacer son siège statutaire au sein de ces juridictions le

²³¹ Proposition de directive relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, 9 avril 2014, article 14.1.

²³² Avis du Comité économique et social européen sur la « proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée », disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52014AE2794> ; Commentaires du CCBE sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, disponible sur http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/120914_FR_CCBE_respo2_1411468045.pdf ; Position de la CES sur la proposition de directive relative aux sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, disponible sur www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/document/files/etuc_position_fr.pdf.

fait qu'elle devrait également y déplacer son siège réel, afin de pouvoir être considérée comme formée selon le droit de l'Etat membre d'entrée. Pour les juridictions d'incorporation, une telle obligation n'aurait pas lieu d'être, puisque seul est nécessaire le transfert du siège statutaire afin d'entraîner le changement de loi applicable.

Cette approche, également préconisée par le Club des juristes dans sa proposition de 14^e directive²³³, a l'avantage d'être plus réaliste et moins sujette à des critiques semblables à celles formulées à l'encontre de la proposition de directive relative aux sociétés unipersonnelles. De plus, nous sommes convaincus qu'au vu des nombreux désagréments qu'implique le transfert du siège réel, les différents Etats qui utilisent la théorie du siège réel abandonneront celle-ci en faveur de celle de l'incorporation, dans le but d'affermir leur position concurrentielle vis-à-vis des autres Etats membres.

Pour le reste, la société qui déplacerait son siège dans une nouvelle juridiction devrait se conformer aux différentes règles impératives imposées par celle-ci, puisqu'elle serait désormais régie par ce droit des sociétés.

Section 3. La prise en compte des *stakeholders*

Un déplacement transfrontalier du siège social impliquant un changement de loi applicable entraîne naturellement de nombreuses conséquences. En effet, chacun des *stakeholders* se verra appliquer de nouvelles dispositions qui peuvent lui être plus ou moins favorables que celles auxquelles il était soumis dans l'Etat de sortie.

Le but de cette section est de proposer différentes pistes de solution à même de protéger au mieux ces différents intérêts.

Sous-section 1. L'obligation d'information

Dans le but d'assurer une information la plus complète possible, l'organe de direction ou d'administration aurait l'obligation de rédiger un projet de transfert. Cette obligation est déjà prévue dans le règlement relatif à la Société européenne²³⁴ ou dans

²³³ Chambre d'industrie et de commerce de Paris, Proposition de 14^e directive, disponible sur www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/societes-unipersonnelles-proposition-de-directive-rapport.pdf, article 3.

²³⁴ Article 8.2.

la directive relative aux fusions transfrontalières²³⁵ et elle était également mentionnée à l'article 4 de la proposition de directive émanant de la Commission.

Nous inspirant ici de ces différentes dispositions ainsi que du projet de directive soumis par le Club des juristes, nous sommes d'avis que ce projet de transfert devrait contenir les informations suivantes :

- a) la forme juridique, le nom et le siège statutaire de la société dans l'Etat membre d'origine ;
- b) la forme juridique, le nom et le siège statutaire envisagés dans l'Etat membre d'accueil ;
- c) les statuts envisagés dans l'Etat membre d'accueil ;
- d) le calendrier proposé pour le transfert ;
- e) la date à partir de laquelle les opérations de la société seront considérées, d'un point de vue comptable, comme ayant été effectuées dans l'Etat membre d'accueil ;
- f) le cas échéant, la nouvelle localisation de l'administration centrale ou de l'établissement principal ;
- g) les conséquences du transfert pour les travailleurs et les mesures proposées les concernant ;
- h) une description des modalités par lesquelles les créanciers et les associés opposés au transfert peuvent exercer leurs droits et l'adresse à laquelle peuvent être obtenues, sans frais, toutes les informations concernant ces modalités.

De plus, l'obligation de rédiger un rapport qui explique les raisons ayant mené à la décision de transférer le siège statutaire devrait également être prévue ainsi que cela est mentionné à l'article 5 de la proposition de directive de 1997. La date de publication de ces différentes sources d'information devra quant à elle être déterminée de manière à allouer suffisamment de temps aux divers *stakeholders* pour en prendre adéquatement connaissance.

Sous-section 2. Quel pouvoir de décision laissé aux actionnaires ?

La question de la prise de décision est un autre point important. Il nous semble normal qu'une décision aussi essentielle dans la vie de la société soit soumise à l'approbation

²³⁵ Article 5.

de l'assemblée générale. Mais deux questions se posent : « quel pourcentage de voix serait requis ? » et « doit-on prévoir un mécanisme de protection en faveur des actionnaires minoritaires ? »

i) La décision de l'assemblée générale

Dans son étude d'impact publiée en 2007, la Commission énumère différentes options qui peuvent être suivies concernant la consultation de l'actionnariat. Nous sommes d'avis que le transfert ne peut être réalisé que lorsque celui-ci a été approuvé par l'assemblée générale. Il nous semble cependant inopportun de permettre à une minorité d'actionnaires de bloquer un tel mouvement. Nous estimons dès lors qu'une simple majorité devrait suffire pour considérer que l'actionnariat de la société approuve le projet proposé par l'organe de direction de la société. Exiger un taux d'approbation plus élevé aurait pour conséquence de rendre bien plus difficile la mobilité transfrontalière d'une société et c'est pourquoi, dans l'objectif justement de favoriser cette mobilité, une telle exigence nous paraît démesurée.

ii) Protection des actionnaires minoritaires

S'il convient de s'assurer que le transfert du siège statutaire ne soit pas rendu impossible par l'exigence d'un taux d'approbation trop élevé à l'assemblée générale, il est également nécessaire de prévoir une protection efficace pour les actionnaires minoritaires. Comme nous l'avons dit plus haut, il ne serait pas souhaitable de permettre à une minorité de bloquer le transfert de la société mais d'un autre côté, il faut aussi éviter que cette même minorité se trouve étranglée dans une situation qu'elle n'aurait pas souhaitée. Il reviendra donc au législateur européen ou national de déterminer un juste pourcentage qui permette d'atteindre ce délicat équilibre entre ces intérêts antagonistes.

Il nous semble que le moyen le plus sûr de réaliser cet objectif est de prévoir la possibilité pour les actionnaires qui n'ont pas approuvé le projet de transfert de revendre leurs parts de la société aux actionnaires qui souhaiteraient les acquérir et, à défaut d'acheteurs, d'inclure une obligation pour la société de racheter elle-même ces différentes actions.

Cette protection offerte aux actionnaires minoritaires n'est privilégiée par la Commission ni dans son étude d'impact ni dans sa proposition de directive²³⁶, car elle

²³⁶ Article 7.

est particulièrement lourde et conséquente en termes de temps. C'est pourquoi la Commission est d'avis, ainsi que la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, de laisser aux Etats membres le choix des moyens utilisés pour protéger les actionnaires minoritaires. Cette solution est cependant peu satisfaisante selon nous, puisqu'elle n'est pas harmonisée à l'ensemble des Etats membres. De plus, il nous paraît nécessaire d'offrir un niveau de protection élevé à cette frange de l'actionnariat, au vu du taux relativement faible exigé lors du vote à l'assemblée générale pour approuver le déplacement transfrontalier de l'entreprise.

Sous-section 3. Protection des créanciers

Les créanciers de la société n'ont quant à eux pas de possibilité officielle de s'opposer à la décision de déplacement du siège transfrontalier. Cependant, celle-ci peut avoir des conséquences particulièrement importantes pour cette catégorie de *stakeholders* dès lors qu'elle implique que les relations futures entre eux et la société seront régies par un nouveau *corpus* de règles, celui de l'Etat membre d'accueil.

Il existe deux possibilités, non exclusives l'une de l'autre, qui permettent d'atteindre l'objectif de protection de cette catégorie de *stakeholders*. D'une part, les créanciers devraient eux aussi se voir reconnaître l'accès aux informations dispensées aux actionnaires par le comité de direction de la société. D'autre part, ils devraient se voir reconnaître également la possibilité d'exiger certaines garanties de leurs débiteurs. A nos yeux, une directive sur le transfert du siège statutaire devrait comprendre ces deux solutions afin de maximaliser le niveau de protection offerte aux créanciers.

De manière additionnelle, et ainsi que le suggère la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, la directive devrait également comprendre une interdiction de transférer leur siège statutaire pour les sociétés sujettes à une procédure de dissolution, de faillite ou une autre procédure similaire.

Sous-section 4. Les travailleurs

La situation des employés au sein des sociétés est différente selon chaque Etat membre, puisque certains d'entre eux prévoient dans leur droit des sociétés des mécanismes donnant un certain pouvoir de décisions aux salariés au sein des entreprises.

En l'état actuel du droit communautaire sur ce point, il nous semble que la solution la plus appropriée serait de laisser la possibilité aux Etats membres de décider s'ils souhaitent ou non laisser la possibilité aux travailleurs de s'opposer au transfert du siège social de leur entreprise, à condition que cette possibilité de contrôle ne soit pas déséquilibrée, c'est-à-dire qu'elle ne laisse pas la possibilité à une petite minorité de bloquer le mouvement transfrontalier. Cette solution serait selon nous la plus équilibrée. Elle est également adoptée par le Parlement européen dans sa résolution du 2 février 2012.

Section 4. L'impact fiscal du transfert du siège

Concernant les conséquences fiscales qui résulteraient d'un transfert du siège statutaire d'une société, la consultation publique organisée par la Commission européenne a mis en évidence que de nombreuses personnes souhaiteraient voir cette issue clarifiée si une 14^e directive devait être adoptée.

La Cour de justice de l'Union a été assez claire dans sa jurisprudence en déclarant que les taxes de sorties constituent une entrave à la liberté d'établissement. Il nous semble qu'il serait opportun d'inscrire dans la directive que toute société déplaçant son siège transfrontalier qui se verrait imposer une *exit tax* serait victime d'une entrave à la liberté d'établissement. Il est cependant de jurisprudence constante que ces entraves peuvent être justifiées par des raisons d'intérêt général. Nous sommes d'avis que la directive devrait, en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour en la matière, inclure une liste limitative des raisons pouvant être invoquées par les Etats membres pour restreindre fiscalement la mobilité transfrontalière du siège statutaire. Ceci aurait pour résultat d'augmenter la sécurité juridique sur cette question et éliminerait dès lors un frein supplémentaire au déplacement du siège statutaire des personnes morales.

Conclusion

Pierre angulaire du projet européen, le marché intérieur représente un gigantesque espace économique au sein duquel les marchandises, personnes, services et capitaux peuvent circuler librement, sans que les différents Etats membres de l'Union européenne puissent restreindre ces mouvements transnationaux de manière injustifiée.

Dès le début du projet européen, il était prévu que les personnes morales puissent profiter des possibilités offertes par le marché intérieur dans les mêmes conditions que celles offertes aux personnes physiques. A cette fin, l'article 293 TCE invitait les Etats membres à établir la reconnaissance réciproque de la personnalité juridique des personnes morales incorporées au sein de l'Union européenne, sans tenir compte de leur nationalité. Une telle convention ne fut cependant jamais ratifiée.

Contrairement à cette volonté initiale – exprimée dans les textes de droit primaire - de garantir aux sociétés le droit de se déplacer librement au sein de l'espace européen, les Etats membres se sont efforcés, dans la mesure de leurs moyens, d'empêcher la mobilité des entreprises et ainsi d'éviter la création d'une concurrence normative entre eux ; à l'époque en effet, celle-ci était perçue comme néfaste.

Au cours des premières décennies de la création européenne, le législateur européen n'entreprit rien qui puisse permettre aux personnes morales d'être placées sur un pied d'égalité avec les personnes physiques. De plus, alors qu'elle avait adopté dans d'autres matières une attitude bien plus favorable à l'achèvement d'une zone de libre-échange entre les différents Etats membres, la Cour européenne refusa, dans son arrêt *Daily Mail*, de reconnaître aux sociétés les mêmes droits que ceux qui avaient été accordés aux citoyens de l'Union. Elle y affirma en effet que les conditions que doit remplir une personne morale sont fixées par le législateur national. En d'autres termes, seuls les Etats membres ont la capacité de déterminer quels critères ils entendent appliquer afin de déterminer la nationalité d'une société.

A l'aube du 21^e siècle, la Cour prit pourtant, dans l'arrêt *Centros*, le contrepied de sa décision précédente en la matière, accordant aux entrepreneurs la possibilité de se prévaloir de la liberté d'établissement, afin de pouvoir incorporer leur entreprise dans l'Etat membre de leur choix. Ce premier pas vers la création d'un marché concurrentiel fut suivi par diverses décisions qui affinèrent et approfondirent les enseignements de

Centros. Il est indéniable désormais qu'un Etat membre ne peut s'opposer à la mise en place d'une stratégie en « U ».

Cette première avancée dans la direction d'une mobilité transfrontalière des sociétés portait néanmoins uniquement sur la question de l'incorporation initiale d'une société. La question de la réincorporation d'une personne morale au sein d'un autre Etat membre que son Etat d'origine ne fut formellement considérée qu'en 2008 par l'intermédiaire de la décision *Cartesio*, clarifiée ensuite par l'arrêt *Vale* quelques années plus tard. Malgré les attentes de nombreux commentateurs suite aux avancées réalisées après l'arrêt *Centros* en matière de mobilité transfrontalière des sociétés, la Cour ne revint pas sur sa décision *Daily Mail*. Cependant, dans un désormais notoire *obiter dictum*, elle admit que l'autorité nationale ne pouvait déchoir de son existence juridique une société qui décidait de se transformer en une personne morale ayant la nationalité d'un autre Etat membre qui acceptait cette opération. L'arrêt *Vale* précisa les limites de cette affirmation en obligeant les Etats membres prévoyant une procédure de transformation interne à étendre celle-ci aux opérations transfrontalières.

A l'heure actuelle, la question de la mobilité transfrontalière des personnes morales au sein de l'Union européenne peut ainsi être résumée comme suit : la possibilité d'établir une société dans la juridiction de son choix est formellement reconnue. Quant au ré-établissement de celle-ci, il ne peut être formellement empêché par l'Etat membre de sortie lorsque le transfert du siège social implique un changement de loi et est accepté par l'Etat membre d'accueil.

Bien qu'elles représentent une avancée positive, les différentes décisions de la Cour ne répondent cependant pas à l'ensemble des questions suscitées par le déplacement du siège social. Le fait de savoir si le transfert du seul siège statutaire tombe dans le champ d'application de la liberté d'établissement est, aujourd'hui encore, un sujet qui ne rencontre pas l'unanimité de la doctrine. D'autre part, si la Cour a reconnu - sous certaines conditions - la possibilité pour une société de déplacer son siège social, la procédure applicable à un tel déplacement reste une prérogative étatique, laquelle ne fait pas l'objet d'une quelconque forme d'harmonisation entre les différents Etats membres. Ceci crée une certaine insécurité juridique qui décourage les sociétés d'entreprendre ce type de transformation. Or, nous en sommes persuadés, ainsi que nous l'avons développé dans notre travail, l'institution d'un véritable marché d'incorporation et de réincorporation des personnes morales au sein de l'Union européenne serait hautement bénéfique pour l'ensemble des acteurs européens.

Consciente de ces divers manquements et besoins, la Commission avait dès 1997 déposé un projet de directive en vue de permettre le transfert transfrontalier du siège statutaire des personnes morales. Bien qu'appuyé par de nombreuses autorités dans ce domaine, ce projet a néanmoins été mis au frigo et ne semble plus faire partie des priorités à moyen terme de la Commission européenne. Lorsqu'en 2007, celle-ci annonça son intention d'arrêter les travaux préparatoires de cette directive, elle avança comme argument l'imminence de l'arrêt *Cartesio*, l'adoption récente de la directive sur les fusions transfrontalières et celle du règlement sur la Société européenne. Mais ces motivations se sont révélées non pertinentes dès lors qu'il est apparu que ces avancées ne supplantaient pas le besoin d'une 14^e directive.

En effet, comme nous l'avons vu, ni le règlement sur la Société européenne ni la directive sur les fusions transfrontalières ne sont à même de répondre de manière satisfaisante aux exigences posées par les personnes morales lorsqu'elles décident de déplacer leur siège social. Par ailleurs, malgré les éclaircissements que lui a apportés l'arrêt *Vale*, l'arrêt *Cartesio* ne fut pas non plus totalement décisif.

Forts de ces constats et reprenant notre analyse posée dans la seconde partie de ce travail, nous estimons qu'il est nécessaire pour la Commission européenne de reprendre son projet de 14^e directive, afin de marquer définitivement le passage à une assimilation complète entre les personnes physiques et morales. En effet, l'ensemble des possibilités de déplacement du siège social n'a pas été couvert par la jurisprudence de la Cour. Pouvoir inclure celui du seul siège statutaire dans la liberté d'établissement n'est pas encore certain. De plus, les conséquences du déplacement du siège social pour une société relèvent encore majoritairement du droit national. Bien que le juge européen ait précisé dans l'arrêt *Vale* que les mesures étatiques ne pouvaient être contraires au droit européen, les conséquences pratiques de cette affirmation restent imprécises.

L'adoption d'une 14^e directive en droit des sociétés aurait pour résultat de combler les lacunes de ces parcelles d'obscurité et d'ainsi renforcer la sécurité juridique. Disposant d'un cadre juridique clairement défini, les personnes morales ne se verraient dès lors plus restreintes dans leur volonté de déplacer leur siège social d'un Etat membre vers un autre.

Depuis la création du marché intérieur jusqu'à aujourd'hui, de nombreux Etats européens se sont montrés inquiets à l'idée de la création au sein du marché intérieur

d'un tel phénomène. Nous sommes cependant convaincus que de telles craintes sont non fondées. Notre analyse du système américain a démontré qu'une concurrence normative entre les différents Etats n'était pas forcément néfaste. De plus, de par sa qualité de législateur, l'Union européenne est à même d'établir sur l'ensemble de son territoire des solutions harmonisées qui préservent des éventuels abus qui pourraient résulter de l'importation d'un effet *Delaware* au sein de l'Union.

Finalement, dans le dernier chapitre de ce travail, nous avons défini les grandes lignes qui devraient, à nos yeux, être suivies par le législateur européen s'il décidait d'adopter une 14^e directive. Tout d'abord, bien que certains souhaiteraient limiter son champ d'application aux seules sociétés de capitaux, nous estimons, au contraire, qu'une telle restriction serait contraire à l'esprit même de la directive, mais également aux besoins multiples et variés des diverses entreprises européennes.

Un autre point sensible concernant l'adoption de la directive est la question de l'harmonisation des règles de conflit de lois. Bien qu'elle paraisse ne pas être en adéquation avec les besoins modernes du commerce international, la théorie du siège réel est encore privilégiée par de nombreux Etats. Il nous semble que vouloir la supprimer directement dans le texte de l'instrument de droit dérivé ne soit pas une solution idoine. Au contraire, persuadés qu'au vu des implications pratiques qu'aurait la directive, tous, peu à peu, adopteraient la théorie de l'incorporation - et plus précisément l'une de ses variantes, celle du siège statutaire -, nous plaidons plutôt pour que la directive laisse ouverte aux Etats la possibilité de choisir quelle règle de conflit de lois ils entendent utiliser. De plus, la directive devra prévoir des dispositions applicables aux différents *stakeholders* afin de protéger au mieux leurs intérêts, parfois divergents. Il s'agira là de proposer des compromis et de privilégier la solution la moins préjudiciable aux multiples acteurs qui gravitent autour d'une société.

Il nous semble enfin également indispensable que le législateur européen codifie les différents enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour européenne en ce qui concerne la politique fiscale qui peut être suivie par les Etats membres lorsqu'ils envisagent la situation du déplacement transfrontalier du siège social. Bien que les différentes conclusions à tirer de ces décisions de justice soient claires, il est néanmoins toujours préférable de coucher celles-ci dans un texte législatif précis afin de maximaliser la sécurité juridique.

En définitive, ce travail nous a permis de mettre en lumière le fait que beaucoup de chemin reste à faire, malgré la volonté de la Cour de justice qui, par ses différentes décisions, a tenté de stimuler la mobilité des personnes morales au sein de l'Union européenne, En effet, les différents instruments de droits dérivés adoptés par l'Union se sont, selon nous, révélés insatisfaisants pour cet objectif.

Ce pourquoi nous plaidons pour l'adoption d'une 14^e directive. Celle-ci aurait pour résultat d'aider les sociétés à déplacer leur siège social lorsqu'elles le jugent nécessaire et d'ainsi créer une concurrence normative entre les Etats membres.

Cette concurrence, habilement contrôlée par les instances européennes se révélerait, à n'en pas douter, enrichissante tant pour les sociétés que pour les divers Etats membres.

Bibliographie

Législation

Droit national

Article 110 du Code de droit international privé.

Droit européen

Article 26 TFUE.

Article 293 du Traité CE.

Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne sur la Société européenne, *J.O.U.E.*, L.294, 10 novembre 2001, p. 1.

Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), *J.O.U.E.*, L.207, 8 août 2003, p. 1.

Directive du Conseil du 9 mars 1968 (modifiée en 2003 par la directive 2003/58/CE du 15 juillet 2003, *J.O.U.E.*, L.221/13, 4 septembre 2003).

Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.U.E.*, L.301/1, 25 novembre 2005, p. 1.

Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *J.O.U.E.*, L.294, 10 novembre 2001, p. 22.

Proposition de directive relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, 9 avril 2014.

Jurisprudence

Jurisprudence nationale

Cass. (1^{re} ch.), 12 novembre 1965, *R.P.S.*, 1966, p. 136.

C.E. (4^e ch.), 29 juin 1987, n° 28.267, *T.R.V.*, 1988, p. 110.

Jurisprudence européenne

C.J.C.E., 5 février 1963, (NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise), 26-62, *R.C.J.C.E.*, VIII, pp. 5 et s.

C.J.C.E., 20 février 1979, (Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), 120/78, *R.C.J.C.E.*, 1979 00649.

C.J.C.E., 27 septembre 1988, (The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.), 81/87, *R.C.J.C.E.*, pp. 5505 et s.

C.J.C.E., 30 novembre 1995 (Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano), C-55/94, *Rec. C.J.C.E.*, p. 1995 I-04165.

C.J.C.E., 9 mars 1999, (Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), C-212/97, *R.C.J.C.E.*, 1999, I-01459.

C.J.C.E., 5 novembre 2002, (Überseering BV contre Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)), C-208/00, *R.C.J.C.E.*, 2002, I-09919.

C.J.C.E., 30 septembre 2003, (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contre Inspire Art Ltd), C-167/01, *R.C.J.C.E.*, 2003, I-10155.

C.J.C.E. (5e ch.), 11 mars 2004, (Hughes de Lasteyrie du Saillant contre Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie), C-9/02, *R.C.J.C.E.*, I-02409.

C.J.C.E. (Gr. Ch.), 13 décembre 2005, (SEVIC Systems AG.), C-411/03, *R.C.J.C.E.*, p. I-10832.

C.J.C.E., 7 septembre 2006, (N contre Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo), C-470/04, *R.C.J.C.E.*, p. I-7409.

C.J.U.E. (Gr. Ch.), 16 décembre 2008, (CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.), C-210/06, *R.C.J.U.E.*, 2008, concl. Av. gén. P. MADURO, p. I-09641.

C.J.U.E. (Gr. Ch.), 29 novembre 2011, (National Grid Indus BV contre Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam), C-371/10, *R.C.J.U.E.*, I-12273

C.J.U.E., 12 juillet 2012, (VALE Építési kft.), C-378/10, *R.C.J.U.E.*, 2012, non encore publié au Recueil, concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN.

C.J.U.E. (4^e ch.), 7 novembre 2013, (Minister voor Immigratie en Asiel contre X, Y et Z), C-199/12 à C-201/12, *R.C.J.U.E.*, publié au Recueil numérique.

C.J.U.E. (6^e ch.), 10 décembre 2015, (Simona Kornhaas contre Thomas Dithmar), C-594/14, non encore publié au Recueil

Doctrine

Périodiques

AUTENNE, A., NAVEZ, E.-J., « Cartesio – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités », *C.D.E.*, 2009, pp. 91-123.

AUTENNE, A. DE WOLF, M., « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social. Regards croisés de droit des sociétés et de droit fiscal », *C.D.E.*, 2008, pp. 647-694.

- BAERT, A. « Crossing Borders: Exploring the Need for a Fourteenth EU Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office », *European Business Law Review*, 2015, pp. 581-612.
- BEBCHUK, L., HAMDANI, A., “Vigorous Race or Leisurely Walk: Reconsidering the Competition over Corporate Charters”, *Yale L.J.*, 2002, pp. 553-615.
- BIERMEYER, T., « Bringing darkness into the dark: European corporate cross-border mobility in Re Cartesio », *Maastricht J. Eur. & Comp.*, 2009, pp. 251-255.
- BIERMEYER, T., “Shaping the space of cross-border conversion in the EU. Between right and autonomy: Vale”, *Common Market Law Review*, 2013, pp. 571-590.
- BIRKMOSE, H., S., “A ‘Race to the Bottom’ in the EU?”, *MJ*, 2006, pp. 35-80.
- BRATTON, W., MCCAHERY, J., VERMEULEN, E., “How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative analysis”, *The American Journal of Comparative Law*, 2009, pp. 347-385.
- BURDEN, A., “US corporate law reform post-Enron: a significant imposition on private ordering of corporate governance?”, *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, pp. 167 et s.
- CAINS, W., “Case note on Cartesio Decision by the European Court of Justice, Case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató*”, *European Review of Private Law*, 2010, pp. 569-578.
- CARY, W., « Federalism & Corporate Law: Reflections Upon Delaware », *Yale L.J.*, 1974, pp. 663 et s.
- DEAK, D., “Outbound establishment revisited in Cartesio”, *EC Tax Review*, 2008, pp. 250-258.
- DELCORDE, J.A., TILQUIN, T., « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la 2005/56/CE », *R.P.S.*, 2009, pp. 7-100.
- DELVAUX, T., « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? – Quelques réflexions à propos de la liberté d’établissement des sociétés », *R.P.S.*, 2004, pp. 207-273.
- DOURADO, A.P., PISTONE, P., “Looking Beyond *Cartesio*: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities”, *Intertax*, 2009, pp. 342 et s.
- ERK, N., « The Cross-Border Transfer of Seat in European Company Law: A Deliberation about the Status Quo and the Fate of the Real Seat Doctrine », *European Business Law Review*, 2010, pp. 413-450.
- DE WULF, H., « Kornhaas: verduidelijking over de interferentie van de vrijheid van vestiging voor vennootschappen met insolventierechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregelen », *T.H.B.*, 2016, pp. 435-448.
- GEENS, K., WYCKAERT, M., “State Competition: the Belgian Case for Reform”, *European Company Law*, 2012, pp. 270-275.
- GILSON, R.J., « Globalizing corporate governance: convergence of form or function », *American Journal of Comparative Law*, 2001, pp. 329-358.

- HO-DAC, M., « Un pas supplémentaire en faveur de la mobilité européenne des sociétés : le droit au transfert de siège social avec changement de droit applicable », *R.A.E.-L.E.A.*, 2012, p.653-660.
- JOHNSON, M., “Does Europa still need a Fourteenth Company Law Directive?”, *Hertfordshire Law Journal*, Vol. 3, pp. 18-44.
- KHAN, A., “Corporate Mobility under Article 49 TFEU: A Question of Means, not Ends”, *European Business Law Review*, 2011, pp.-847-870.
- KOK, R., “Compatibility of Exit Taxes and Community Law”, *EC Tax Review*, 2011, pp. 62-74.
- KROEZE, M., VLETTER-VAN DORT, K., “History and Future of Uniform Company Law in Europe”, *European Company Law*, 2008, pp. 114-122.
- KRONENBERGER, V., « Conséquences fiscales du transfert de siège d’une société au sein de l’Union : la Cour retient une solution équilibrée », *R.A.E. – L.E.A.*, 2011, pp. 833-844.
- LEVER, J., “Annotation to Case 81/87, The Queen v. H.M. Treasury ex parte Daily Mail and General Trust PLC”, *Common Market Law Review*, 1989, pp. 331-334.
- MACEY, J., MILLER, G.P., “Toward an Interest-Group Theory of Delaware Corporate Law”, *Tex. L. Rev.*, 1987, pp. 469-523.
- MARESCEAU, K., “De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten *Cartesio* en *Vale*”, *R.D.C.-T.B.H.*, 2013/4, pp. 232-255.
- MARTIN, D., ALOGNA, F., « A European Delaware: The Nascent Regulatory Market in Europe », *Corporate Finance & Capital Markets L. Rev.*, 2007, pp. 1-40.
- MONTEIRO, T.P., « Report on the CECL Conference on Companies Crossing Borders within Europe », *European Company Law*, pp. 145-153.
- MORSORF, O., « The Legal Mobility of Companies Within the European Union Through Cross-Border Conversion », *Common Market Law Review*, 2012, pp. 629-670.
- MUCCIARELLI, F., « The function of corporate law and the effects of reincorporations in the U.S. and the EU, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2012, pp. 421-468.
- NAVEZ, E.-J., « Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d’établissement des sociétés en droit de l’UE – De *Daily Mail* à *National Grid Indus*: Evolution, révolution et au-delà ? », *C.D.E.*, 2011, pp. 611-658.
- NAVEZ, E.-J., « Observations – La transformation transfrontalière des sociétés est définitivement consacrée en droit de l’UE. Qu’attend encore le législateur belge pour mettre en œuvre cette prérogative ? », *Revue pratique des sociétés*, 2013, pp. 243-270.
- PASTEGGER, D., « Arrêt *Cartesio* : nouvelles précisions sur les modalités de transfert du siège social au regard de la liberté d’établissement », *J.T.*, 2009, pp. 794 -798.
- PANAPOULOS, G., « Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d’autorités », *C.D.E.*, 2006, pp. 697-732.

- P. PELLE, “Companies Crossing Borders within Europe”, *European Company Law*, 2008, pp. 284-287.
- PIRSL, K., « Trends, developments, and mutual influences between United States corporate law(s) and European community company law(s), *Columbia Journal of European Law*, 2007-08, pp. 277-358.
- POCHET, C., “Fédéralisme, droit des sociétés et gouvernance d’entreprise : quelles leçons l’Europe peut-elle tirer de l’expérience américaine?”, *Revue internationale de droit économique*, 2006, pp. 285-316.
- RIBES, A., “Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors”, *Intertax*, 2012, pp. 606-615.
- RINGE, W.-G., « No Freedom of Emigration for Companies? », *European Business Law Review*, 2005, pp. 621-642.
- ROMANO, R., « Law as a product: Some pieces of the incorporation puzzle », *Journal of Law, Economics and Organization*, 1985, p. 225-283.
- ROTH, W.-H., “Annotation to the case C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen”, *Common Market Law Review*, 2000, pp. 147-155.
- ROUSSOS, A., « Realising the free Movement of Companies », *European Business Law Review*, janvier/février 2001, pp. 7-25.
- SORENSEN, K.E., “The Fight against Letterbox Companies in the Internal Market”, *Common Market Law Review*, 2015, pp. 85-118.
- SCHNEEWEISS, H., « Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom’s Impact on Taxing Migrating Companies », *Intertax*, 2009, pp. 363-374.
- SCHWARZ, P., « La transformation transfrontalière des sociétés dans l’Union européenne », *Journal de droit européen*, 2014, pp. 139-147.
- SZUDOCZKY, R., « How Does the European Court of Justice Treat Precedents in Its Case Law ? *Cartesio* and *Damseaux* from a Different Perspective: Part I”, *Intertax*, 2009, pp. 346-362.
- SZYDLO, M., “Emigration of Companies under the EC Treaty: Some Thoughts on the Opinion of the Advocate General in the *Cartesio* Case”, *European Review of Private Law*, 2008, pp. 973-994.
- TIMMERMANS, C., “Impact of EU Law on International Company Law”, *European Review of Private Law*, 2010, pp. 549-567.
- VERMEYLEN, J., « Arrêt ‘Vale Epitesi’ : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ?, *J.D.E.*, 2012, pp. 276-278.
- VAN ECK, G., ROELOFS, E., « Moving Into, Through and Out of the EU with Corporate Continuity », *European Company Law*, 2014, pp. 211-213.
- VOSSESTEIN, G.-J., “Cross-Border Transfer of Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment – Some Considerations on the Court of Justice’s *Cartesio* Judgement”, *European Company Law*, 2009, pp. 115-123.

WARD, R., KELLY, J., KELLY, E., “Why Delaware Leads in the United States as a Corporate Domicile”, *Del. Law.*, 1991, pp. 16 et s.

WERLAUFF, E., “The Main Seat Criterion in a New Disguise – An Acceptable Version of the Classic Main Seat Criterion?”, *European Business Law Review*, 2001, pp. 2-6.

WINTER, R., « State law, shareholder protection and the theory of corporation », *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, pp. 251-292.

WOUTERS, J., “Private international law and companies' freedom of establishment”, *European Business Organization Law Review*, 2001, pp. 101-139.

ZERNOVA, D., « Exit taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market », *Intertax*, 2011, pp. 471-493.

Livres

COTIGA, A., *Le droit européen des sociétés*, Bruxelles, Editions Larcier, 2013.

EASTBROOK, F., FISCHER, D., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991.

JOHNSTON, A., *EC Regulation of Corporate Governance*, Cambridge, 2009.

LOMBARDO, S., *Regulatory Competition in Company Law in the European Community*, Peter Lang, 2002.

MALHERBE, Y., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, P., *Droit des sociétés - Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 4^e éd.

NAVEZ, E.-J., « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE – Examen en droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne » in *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Editions Larcier, 2013, pp. 91-119.

SCHMITTHOF, C., “The future of the European company law scene”, *The Harmonization of Company Law*, 1973.

THIRION, N., (sous la coordination de), B. BADA, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER, *Droit international et européen des sociétés*, Editions Larcier, Bruxelles, 2009.

Sites internet

KNOTT, H., « Cross Border Mobility of Companies in the EU – « Vale » and more ... », disponible sur [CL560016-otherlinks_files-130219_Cross_Border_Mobility_of_Companies_in_the_EU.pdf](#).

LENOIR, N., « The Societas Europaea (SE) in Europe – A promising start and option with good prospects », disponible sur

www.utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.57/.../download/.

MCCAHERY, J., VERMEULEN, E., “Understanding Corporate Mobility in the EU – Towards the foundations of a European “Internal Affairs Doctrine”, 2007, disponible sur <http://anyflip.com/vgpa/qfob/basic>.

VANOORBEEK, H., « La société européenne et la stratégie de l’entreprise dans le contexte européen », disponible sur www.law.kuleuven.be/jura/art/29n3/vanoorbek.pdf.

Divers

Evaluation de la valeur ajoutée européenne : Directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire (14^e directive sur le droit des sociétés), EAVA 3/2012, février 2013, p. 26, disponible sur [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/504469/IPOL-JOIN_ET\(2013\)504469_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/504469/IPOL-JOIN_ET(2013)504469_FR.pdf).

JEANTET ET ASSOCIES AARPI, “Legal effects of the requested legislative instrument”, 2012, disponible sur [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET\(2013\)494460\(ANN01\)_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET(2013)494460(ANN01)_EN.pdf).

“Report of the Reflection Group on the future of the EU company law”, 21 avril 2011, Bruxelles, disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf.

Rapport de la Chambre de commerce et d’industrie de Paris qui plaide pour l’adoption d’une telle directive, « Favoriser la mobilité des sociétés en Europe – Vers une 14^{ème} directive en droit des sociétés », Rapport de D. KLING pour la Chambre de Commerce et d’industrie de Paris, disponible sur www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/transfert-siege-social-kli1010.pdf.

Chambre d’industrie et de commerce de Paris, « Proposition de 14^e directive », disponible sur www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/societes-unipersonnelles-proposition-de-directive-rapport.pdf.

Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 contenant des recommandations à la Commission sur une 14^e directive sur le droit des sociétés relatives au transfert transfrontalier du siège statutaire (2011/2046(INI)), (2013/C 239 E/03).

Avis du Comité économique et social européen sur la « proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée », disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52014AE2794>.

Commentaires du CCBE sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, disponible sur http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/120914_FR_CCBE_respo2_1411468045.pdf.

Position de la CES sur la proposition de directive relative aux sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, disponible sur www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/document/files/etuc_position_fr.pdf.

