

## Harmonisation et concurrence normative en droit européen des sociétés : quel impact pour les PME ?

**Auteur :** Patuelli, Federico

**Promoteur(s) :** Thirion, Nicolas

**Faculté :** Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

**Diplôme :** Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

**Année académique :** 2019-2020

**URI/URL :** <http://hdl.handle.net/2268.2/9927>

---

### *Avertissement à l'attention des usagers :*

*Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.*

*Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.*

---

# **Harmonisation et concurrence normative en droit européen des sociétés : quel impact pour les PME ?**

**Federico PATUELLI**

Travail de fin d'études  
Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2019-2020

Recherche menée sous la direction de :  
Monsieur Nicolas THIRION  
Professeur ordinaire

## RÉSUMÉ

La concurrence normative joue-t-elle un rôle dans le processus d'harmonisation du droit européen des sociétés ? Quelles sont les implications de ce mécanisme pour les États membres ? Ce type de concurrence affecte-t-il le comportement d'une société, quelle que soit sa taille ? Ce mémoire vise à répondre à ces questions.

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	4
TITRE I – PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES ET METHODOLOGIQUES.....	8
TITRE II – LES RÉGULATEURS.....	11
CHAPITRE 1 – DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE.....	11
<i>Section 1 – Législation – Harmonisation positive.....</i>	<i>13</i>
Sous-section 1 – Droit primaire.....	13
Sous-section 2 - Tentative de convention entre États membres.....	19
Sous-section 3 – Droit dérivé.....	20
§1 - Deuxième directive.....	22
§ 2 - Dixième directive.....	22
§ 3 - Onzième directive.....	23
§ 4 - « Quatorzième » directive.....	23
<i>Section 2 - Jurisprudence de la Cour de Justice – Harmonisation négative.....</i>	<i>26</i>
Sous-section 1 – La préhistoire de la politique jurisprudentielle.....	27
§ 1 - Arrêt Segers.....	28
§ 2 - Arrêt Daily Mail.....	29
Sous-section 2 – Affaires ayant déclenché une intervention législative nationale.....	30
§ 1 - Arrêt Centros.....	30
§ 2 - Arrêt Cadbury Schweppes.....	31
§ 3 - Arrêt Überseering.....	32
§ 4 - Arrêt Inspire Art.....	34
§ 5 – Sous-conclusion.....	35
Sous-section 3 – Affaires ayant entraîné une intervention législative européenne.....	36
§ 1 - Arrêt Cartesio.....	36
§ 2 - Arrêt Vale.....	36
§ 3 - Arrêt SEVIC.....	37
§ 4 - Arrêt Polbud.....	38
§ 5 - Future affaire All in One Star ?.....	39
§ 6 - Sous-conclusion.....	39
CHAPITRE 2 – DROIT DES ÉTATS MEMBRES.....	41
<i>Section 1 – Normes favorisant la concurrence normative.....</i>	<i>42</i>
Sous-section 1 - Conversion de critère de rattachement.....	42
Sous-section 2 - Suppression du capital minimum.....	44
Sous-section 3 - Régimes particuliers – Droit de vote multiple.....	44
<i>Section 2 – Normes faisant obstacle à la concurrence normative.....</i>	<i>45</i>
Sous-section 1 - Absence de procédure de transformation transfrontalière.....	45
Sous-section 2 - Refus de reconnaissance de la personnalité juridique.....	46
Sous-section 3 - Imposition d’obligation supplémentaire pour les sociétés étrangères.....	46
TITRE III – LES OPERATEURS ECONOMIQUES – IMPACT DE LA TAILLE.....	47
CHAPITRE UNIQUE - LES PME.....	48
<i>Section 1 - Définition de PME et de micro-société.....</i>	<i>49</i>
<i>Section 2 - Mobilité des opérateurs de taille réduite.....</i>	<i>50</i>
<i>Section 3 - Impact de l’harmonisation positive du droit européen sur les opérateurs de taille réduite</i>	
.....	52
CONCLUSION.....	55
BIBLIOGRAPHIE.....	59

# INTRODUCTION

Une approche économique du droit<sup>1</sup> tend à considérer la circulation des opérateurs économiques au sein de l'Union Européenne comme étant le résultat d'un *forum shopping* récompensant les ordres juridiques ayant développé un cadre réglementaire favorable à l'exercice des activités économiques<sup>2</sup>.

Une variante de cette approche confère un rôle prépondérant au droit des sociétés<sup>3</sup>.

Dans cette optique, les cadres normatifs des États membres sont considérés tels que des « produits » en compétition entre eux en vue d'attirer une « clientèle » constituée par les opérateurs économiques<sup>4</sup>.

Ainsi, le producteur du droit le plus efficace attirerait davantage de clients, provenant d'ordres juridiques offrant un droit considéré comme étant moins efficace. Les législateurs concurrents seraient dès lors poussés à adopter des réformes<sup>5</sup>. Ce sont les éléments constitutifs de la « concurrence normative »<sup>6</sup>. Ce phénomène, qui aurait d'abord fait son apparition aux États-Unis et qui aurait eu

---

1 J.-S. BERGEET et S. HARNAY, « Concurrence entre règles juridiques et construction européenne : à propos de l'analyse économique du droit », *Droit et économie : Interférences et interactions. Études en l'honneur du Professeur Michel Bazex*, Paris, Litec, 2009, p. 15-25.

2 A. SOTIROPOULOU, « Concurrence normative et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la mobilité des sociétés », *La concurrence normative. Mythes et Réalités*, R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2013, p. 67-87.

3 Concernant les U.S.A, en comparaison avec l'UE., voy. T. H. TROGER, "Choice of Jurisdiction in European Corporate Law: Perspectives of European Corporate Governance", *European Business Organization Law Review*, 2005. Vol. 6, n° 1, p. 16 à 20; "The American experience shows that the motives for corporate mobility in the US are predominantly corporate law driven (companies seek more efficient legal environment in company law). One could imagine that at least some of the US developments could occur also in the EU, where the national company laws and judicial systems are much more divergent than those between the US states", in European Commission, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707, Brussels, 2007, p. 15.

4 R. ROMANO, « Law as a product : Some pieces of the incorporation puzzle », *Journal of Law, Economics & Organization*, Volume 1, Issue 2, Fall 1985, p. 225, cité par T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace? - Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés - (n° 6919) », *Rev. prat. Soc.*, 2004/3, p. 212.

5 T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres ... », *ibidem*, p. 211, 212 et 267.

6 A. COTIGA, « Introduction générale - La compétition entre systèmes juridiques ou la concurrence institutionnelle », *Le droit européen des sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 13-15. À propos d'autres synonymes de ce terme, voy. M. COMBET, « Chapitre 2. - Le droit d'établissement des sociétés ou l'hypothèse d'une concurrence normative », *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, E. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 114-115.

comme centre de force centripète le Delaware<sup>7</sup>, est désormais consacré, notamment, dans la doctrine<sup>8</sup> et la jurisprudence de l'Union Européenne<sup>9</sup>.

À ce titre, nous remarquons que les législateurs de l'Union Européenne et la Cour de Justice (ci-après abrégé « CJ » ou « la Cour ») ont secondé le phénomène de la concurrence normative avec, respectivement, une harmonisation positive et négative du droit européen des sociétés.

Néanmoins, la reconnaissance de l'existence de ce phénomène ne fait pas l'unanimité<sup>10</sup> auprès des observateurs et, *a fortiori*, maintient la discussion à propos du rôle joué par le droit des sociétés, par rapport aux autres facteurs pouvant influencer le choix d'une société de se transférer dans un autre État membre. En effet, nombreuses semblent être les disciplines juridiques (le droit fiscal<sup>11</sup> *in primis* et,

---

7 “About one-half of the publicly-traded US firms as well as the majority of firms going public for the first time are incorporated there. Also the vast majority of firms changing their domicile mid-stream reincorporate in Delaware. Reportedly, the main reasons for the attractiveness of Delaware for corporations were its reputation for the most comprehensive corporate case law as well as its judicial and legal expertise in administering corporate law. Major identified motives for existing businesses to reincorporate in Delaware are: a prospective public offering and the intended implementation of a merger and acquisition program. According to the studies companies involved in such complex transactions, which may involve substantial transaction costs, look for the certain and predictable corporate legal rules (for which Delaware has reputation) to assist in structuring these transactions and reduce firms’ operating costs<sup>47</sup>. As studies show, reincorporation in Delaware increases the company’s stock-market value. The driver for Delaware to develop an efficient judicial system seems to be based on the relevance of the incorporation business for such a small state as Delaware at least on two counts: 1) incorporation fees; 2) the beneficial effects on the local legal profession” in Commission Staff Working Document, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, 12 December 2007, Brussels, SEC(2007) 1707, p. 15.

8 C.D. EHLERMANN, «*Compétition entre systèmes réglementaires*», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1995, pp. 221-227; S. LOMBARDO, “Regulatory competition in company law in the European Community — Prerequisites and limits, 2002, Francfort: Peter Lang, p. 70-73; J.-M. SUN et J. PELKMANS, «Regulatory competition in the Single Market», *Journal of Common Market Studies*, 1995, p.67, cités par T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres ... », *op. cit.*, p. 207 ; L. BERNARDEAU, « Chapitre 1 – Libre circulation des sociétés et concurrence normative dans l'Union européenne », *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 97,

9 Av. gén. A., LA PERGOLA, concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1998:380, point 20.

10 T. DELVAUX, *op. cit.*, p. 263 à 269; A. SOTIROPOULOU, *op. cit.*, p. 67-87 ; JEANTET ASSOCIÉS AARPI, « Annexe I - Legal effects of the requested legislative instrument », *European Added Value Assessment on a Directive on the cross-border transfer of company seats (14th Company Law Directive)*, Brussels, 2013, p. 67 ; M. COMBET, « Le droit d'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne ou le mythe de la concurrence normative CJUE, 10 décembre 2015, Kornhaas, aff. C-594/14, EU:C:2015:806 », *R.A.E. – L.E.A.* 2015/4, p. 800.

11 “C’est probablement là que se situe le point d’équilibre de la concurrence régulatoire intracommunautaire : le libéralisme du droit des sociétés trouve sa limite dans les contraintes du droit fiscal” in A. AUTENNE et M. DE WOLF, « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen: le cas particulier du transfert de siège social », *C.D.E.*, 2007/5-6, p. 694 et 651; Av. Gén. P. LEGER, concl. prec. C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:278, point 55.

*inter alia*, le droit social<sup>12</sup>, financier<sup>13</sup>, administratif<sup>14</sup>) et non juridiques (développement infrastructurel, efficacité de l'administration publique et de la justice étatique<sup>15</sup>, présence de personnel qualifié, rigidité des contrôles, barrières linguistiques<sup>16</sup>) susceptibles d'influencer la mobilité des opérateurs économiques au sein du marché unique européen<sup>17</sup>.

Ainsi, une prise de position sérieuse et rigoureuse de notre part sur cette *vexata quaestio* nécessiterait une analyse exhaustive de l'ensemble de ces domaines, afin de vérifier leur impact sur les phénomènes évoqués.

Il échoit de reconnaître dès maintenant que ceci est incompatible avec l'étendue de la présente contribution. Dès lors, nous préférons prendre comme hypothèse, *ex absurdo*, le rôle prépondérant du droit des sociétés dans le phénomène de la concurrence normative au sein de l'Union Européenne. En fonction des évidences survenues au long de notre analyse, nous pourrions ainsi vérifier la validité de l'hypothèse choisie au départ.

De la sorte, le phénomène de la concurrence normative sera analysé en rapport avec l'harmonisation positive et négative issue des institutions européennes, afin d'apprécier leur rapport avec la mobilité des sociétés à l'intérieur du marché unique. Parmi celles-ci, nous nous concentrerons plus en détail sur les plus petites en termes de taille.

Pour atteindre cet objectif, nous procéderons comme suit. Tout d'abord, nous donnerons certaines précisions méthodologiques et terminologiques. Le premier chapitre se penchera sur l'état du droit primaire et dérivé de l'Union Européenne. Ensuite, nous passerons en revue les arrêts, les plus pertinents à notre sens, rendus par la Cour de Justice à propos de la liberté d'établissement des sociétés<sup>18</sup>.

---

12 A. DEFOSSEZ, « A. - Les Traités et la définition d'un « level playing field » européen : les méthodes multiples de la politique sociale européenne », *Le dumping social dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 207-208.

13 *Cf. infra* note n°131.

14 *Cf. infra*, note n°366.

15 Voy. Le tableau sur l'efficacité du système judiciaire dans les États membres *in* Commission staff working document, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p.18.

16 “De la même façon qu'un cuisinier, confronté à différentes traductions de la même recette, ne regardera comme interchangeables que celles dont il maîtrise l'idiome, une société devrait de prime abord ne considérer comme interchangeables que les droits des sociétés des États dont elle maîtrise la langue” *in* T. DELVAUX, *op. cit.*, p. 207.

17 Par exemple, «[t]he Netherlands offers a central location in Europe, excellent airport facilities, a sophisticated banking system, highly skilled and multilingual employees, and adequate office spaces. In addition, several tax advantages are available to both companies and expatriates » *in* BAKER MCKENZIE, “Doing Business in the Netherlands Guide 2020-2021”, disponible sur [www.bakermckenzie.com](http://www.bakermckenzie.com), 2020, p. 36.

Plus avant, l'attention sera portée sur l'attitude et la production juridique des États membres, qui ne sont pas étrangers aux jugements et aux initiatives des institutions communautaires. Ce faisant, nous voulons mettre en évidence l'adoption de certains produits législatifs visant à favoriser la mobilité transfrontalière des opérateurs ainsi que d'autres qui cherchent au contraire à la décourager.

En dernier lieu, nous étudierons le point de vue des opérateurs économiques.

En particulier, le critère de la taille des entreprises<sup>19</sup>, souvent utilisé pour les caractériser, sera mobilisé en vue de vérifier son impact et sa pertinence sur le phénomène de la mobilité au sein du marché unique européen. Formulé autrement : la taille d'un opérateur économique est-elle un critère pertinent pour l'appréciation de son comportement par rapport à la concurrence normative en matière de droit des sociétés dans l'Union Européenne ?

Pour clôturer cette introduction, nous remarquons que les trois niveaux que nous avons mis en évidence, à savoir le droit européen, le droit des États membres et le comportement des opérateurs économiques, se trouvent dans un rapport de dépendance réciproque<sup>20</sup>. Dès lors, notre subdivision artificielle ne nous empêchera pas de mettre en évidence les points de contact entre ceux-ci tout au long de notre exposé.

---

18 Nous signalons dès maintenant l'existence d'une copieuse jurisprudence en matière de droit fiscal concernant le transfert de siège d'une société. Nous nous permettons d'inviter le lecteur intéressé à consulter la doctrine spécialisée en ce domaine, voy. 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: évolution, révolution et au-delà? », *C.D.E.*, 2011/3, p. 611-658.

19 Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, annexe I, art.1, *J.O.U.E.*, L 124/36 ; Ce terme semble être préféré, en droit européen, à celui de "société" en matière de PME.

20 M. COMBET, *op. cit.*, p. 117.



# TITRE I – PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES ET METHODOLOGIQUES

D'emblée, il nous semble nécessaire d'opérer certaines distinctions et de donner une série de précisions terminologiques.

Généralement, nous ferons le choix d'utiliser, tout au long de l'exposé, la terminologie qui nous semble la plus en phase avec le droit européen actuel.

En premier lieu, pour désigner l'Union Européenne, nous faisons le choix d'utiliser le « E » majuscule en tant que lettre formant l'acronyme « U.E. ».

Deuxièmement, en se référant à la plus haute juridiction faisant partie de la Cour de Justice de l'Union Européenne, nous utiliserons l'abréviation « CJ », et non « CJUE », qui comprendrait également le Tribunal de l'Union Européenne.

Quant au contenu de notre exposé, à son centre nous plaçons les sociétés, en nous limitant aux « sociétés de capitaux »<sup>21</sup> dotées de personnalité juridique<sup>22</sup> et possédant un patrimoine séparé qui répond à lui seul des dettes de la société.

Ces sociétés sont régies par la *lex societatis*<sup>23</sup> du pays membre dans lequel elles ont situé leur siège social. Ce constat nous amène à choisir, parmi les sous-questions liées aux mouvements des sociétés à l'intérieur du marché unique européen, celle du transfert du siège social<sup>24</sup>, à l'exclusion du transfert de la résidence fiscale, indépendamment du fait que ceux-ci puissent coïncider<sup>25</sup>.

À ce titre, nous relevons deux doctrines opposées. D'une part, on trouve le « *coupling* » des sièges, à savoir la doctrine qui impose aux sociétés d'avoir le siège statutaire et son administration centrale dans

---

21 C.S.A., art. 1:1; Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, art. 119 et annexe II, *J.O.U.E.*, L 169, 30 juin 2017.

22 C.S.A., art. 12:1.

23 À la différence des sociétés dépourvue de la personnalité juridique, qui sont régies par la *lex contractus*, voy. N. BAMMENS et F. HENNEAUX, « La résidence fiscale et la mobilité des sociétés. Rapport belge au congrès 2017 de l'European Association of Tax Law Professors », *J.D.F.*, 2017/5-6, p. 131.

24 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p.652.

25 Voy. dans le même sens, J. TERFVE et S. MAQUET, « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », *Le notariat à l'ère de la mondialisation*, BARNICH et al. (dir), Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 189.

le même État membre. Cette doctrine est consacrée dans le règlement SE<sup>26</sup> et SCE<sup>27</sup>, en matière bancaire et financière<sup>28</sup>, ainsi que dans le droit interne de certains États membres.

A son opposé nous trouvons le « *decoupling* », ou la doctrine permettant de séparer les deux sièges entre deux États différents<sup>29</sup>. Cette pratique ne laisse pas les États membres indifférents, comme nous le verrons *infra*<sup>30</sup>.

Pour rappel, la *lex societatis* est la législation sur base de laquelle on vérifie, notamment<sup>31</sup>, si une société a été valablement constituée et celle qui est destinée à régir son fonctionnement.

Le concept de « siège » sera évoqué à plusieurs reprises dans les prochaines pages. Pour cette raison, nous allons préciser sa portée :

- le siège social est l'adresse officielle de la société qui est inscrite dans les registres de l'État membre ,
- le siège statutaire est le siège tel qu'indiqué dans les statuts de la société ,
- par « siège réel » ou « siège effectif », l'on vise l'endroit où se trouve l'administration centrale, le centre de contrôle de la société ou son principal établissement<sup>32</sup>.

---

26 Règlement (CE) No. 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), art. 7, *J.O.C.E.*, L 294/1, 10 novembre 2001.

27 Règlement (CE) No. 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), art. 6, *J.O.U.E.* L 207, 18 août 2003.

28 Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, art. 5, (4), (a), *J.O.U.E.*, L 173, 12 juin 2014; Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, art. 13, *J.O.U.E.*, L 176, 27 juin 2013.

29 Ce qui est permis en Italie et aux Pays-Bas, cette possibilité ayant été saisie par “*Campari*” (domicile fiscale en Italie, siège social aux Pays-Bas), “*FCA*” (siège social aux Pays-Bas, résidence fiscale au Royaume-Uni) ; Il semble intéressant de noter que la proposition de la Commission offrait à la Société Privée Européenne cette possibilité, voy. Proposition de règlement du conseil relatif au statut de la société européenne 2008, art. 7, COM (2008) 396 final, 25 juin 2008.

30 Cf. note n° 167.

31 “(i) son existence, sa nature juridique et sa capacité, (ii) son nom ou sa raison sociale, (iii) sa constitution, sa dissolution et sa liquidation, (iv) la composition, les pouvoirs et le fonctionnement de ses organes ainsi que (v) la mesure dans laquelle elle est tenue à l'égard de tiers des dettes contractées par ses organes. La *lex societatis* règle également (vi) les rapports internes entre associés et les rapports entre la société et les associés, (vii) l'acquisition et la perte de la qualité d'associé, (viii) les droits et obligations liés aux parts ou actions et leur exercice, de même que (ix) la responsabilité pour violation du droit des sociétés ou des statuts” in E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE », *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 99.

32 Ainsi nous décidons de ranger dans la même catégorie les deux derniers critères indiqués à l'art.54 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, ci-après abrégé « TFUE »).

À ce titre nous signalons que la littérature identifie trois théories expliquant le choix du siège social de la part des opérateurs économiques<sup>33</sup>. Nous décidons d'adopter le point de vue de la « *behavioural theory* »<sup>34</sup>. Sur base de ce modèle, tout opérateur est rationnel et tend à situer son siège en fonction de la rentabilité de ce choix. Pourtant, en prenant les distances de la théorie néoclassique, la rationalité de l'opérateur est contrecarrée par le manque d'informations et des ressources nécessaires pour le transfert. De plus, les préférences et les expériences individuelles des opérateurs sont des facteurs centraux dans cette théorie<sup>35</sup>. À propos de la théorie comportementale appliquée au cadre européen, nous pouvons lire dans la littérature : « L'approche comportementale est cohérente avec l'idée que les coûts de transfert (coûts économiques et difficultés perçues/réelles liées au transfert juridique) peuvent conduire à un niveau de mobilité des entreprises dans l'UE qui n'est pas optimal. Par exemple, en raison du nombre de procédures juridiques nécessaires pour se déplacer en vertu du règlement sur la SE ou de la directive sur les fusions transfrontalières »<sup>36</sup>.

Les termes « société boîte aux lettres », « société-écran » ou « société pseudo-étrangère » auront ici la même signification : « implantation fictive n'exerçant aucune activité économique effective sur le territoire de l'État membre où est situé le siège social »<sup>37</sup>.

Seront également considérés comme interchangeable les termes « marché unique », « marché intérieur » et « marché commun »<sup>38</sup>.

Pour terminer la présente partie, il nous semble nécessaire de préciser d'ores et déjà que l'acronyme « PME » est critiquable en ce qu'il regroupe trois catégories d'entreprises dont les deux extrêmes partagent peu d'éléments entre eux<sup>39</sup>. Cependant, par souci de facilité et n'étant pas à même de fixer les critères d'une nouvelle catégorie, nous allons garder ce terme, en précisant néanmoins que la situation

---

33 LONDON ECONOMICS, "Annex II - Economic and Social Effects of the Requested Legislative Instrument", *European Added Value Assessment on a Directive on the cross-border transfer of company seats (14th Company Law Directive)*, Brussels, 2013, p. 34.

34 "Approche" ou "théorie comportementale" en français.

35 "Last, behavioral theories emphasize the role of individual preferences. Thus, while neoclassical and institutional theories stand on factors that are "external" to the firm, behavioral factors have an "internal" (size, age, etc.) and "entrepreneurial" (previous experience, residence, etc.) nature", in J-M. ARAUZO-CAROD, D. LIVIANO-SOLIS et M. MANJON-ANTOLIN, "Empirical studies in industrial location: assessment of their methods and results", *Journal of regional science*, Vol. 50, No. 3, 2010, p. 702.

36 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 34;

37 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 35.

38 Les deux premiers termes sont considérés comme étant deux synonymes par le site de la Commission, voy. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Single\\_market/fr#:~:text=Le%20march%C3%A9%20unique%2C%20couramment%20appel%C3%A9,par%20le%20trait%C3%A9%20de%20Rome.](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Single_market/fr#:~:text=Le%20march%C3%A9%20unique%2C%20couramment%20appel%C3%A9,par%20le%20trait%C3%A9%20de%20Rome.)

39 Les « entreprises moyennes » et les « micro-entreprises », cf. *infra*, au titre II.

des « entreprises moyennes » et une partie des « petites », est moins importante aux fins de notre analyse <sup>40</sup>.

## TITRE II – LES REGULATEURS

Chaque opérateur économique s'est constitué suivant les dispositions d'un ordre juridique déterminé<sup>41</sup> et le même ordre juridique régit son activité et éventuellement la dissolution. Ainsi, selon une jurisprudence constante de la Cour, « une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement »<sup>42</sup>. C'est ce que la doctrine a appelé la « théorie de la fiction »<sup>43</sup>.

Toutefois, la latitude de liberté dont disposent les États membres n'est pas sans limites.

En effet, à travers une harmonisation positive et négative, les institutions européennes ont consacré les mesures les plus favorables au libre exercice de l'activité entrepreneuriale et censuré les tentatives de cloisonnement des marchés nationaux<sup>44</sup>. L'action des États membres est ainsi encadrée par les dispositions pertinentes du droit européen et les apports de la jurisprudence de la Cour, ainsi que par son contrôle *a posteriori*.

### Chapitre 1 – Droit de l'Union Européenne

Au cœur du projet européen, nous trouvons la création d'un marché commun<sup>45</sup> caractérisé par la libre circulation des agents économiques. Le concept d'économie de marché ouverte et contestable a été consacré aussi bien dans les traités<sup>46</sup> qu'en tant que principe général du droit européen<sup>47</sup>.

---

40 Qui entend se focaliser sur l'impact des phénomènes étudiés sur les opérateurs de taille plus réduite.

41 E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p.94.

42 C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 19 ; C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723., point 104; C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440, point 27.

43 E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p.95.

44 T. DELVAUX, *op. cit.*, p. 216.

45 Voy. Article 2 Traité instituant la Communauté Européenne, ci-après abrégé « CE », Art. 26 TFUE.

46 Art. 119 (1), (2), 120,127, TFUE, déjà articles 3A, paragraphes 1 et 2, 102A et 105, paragraphe 1, du traité CE; Article 2 du Protocole n° 4 sur le statut du système européen des banques centrales.

47 C.J., (ass. pl.), arrêt *Thomas Pringle c. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*, 27 novembre 2012, C-370/12,ECLI:EU:C:2012:756, point 51.

La finalité ainsi poursuivie est celle de garantir la croissance, la productivité et un niveau suffisant de concurrence<sup>48</sup>, afin de menacer les positions consolidées de monopole ou de position dominante. Le moyen choisi pour atteindre cet objectif est de briser les barrières réglementaires<sup>49</sup> et les avantages sélectifs injustifiés<sup>50</sup>, souvent fruits de nationalisme économique, en ouvrant les portes des marchés nationaux aux nouveaux entrants capables d'effectuer une meilleure allocation des ressources. Cette dynamique devrait également pousser les États membres vers une meilleure allocation des ressources budgétaires<sup>51</sup>.

En effet, les sociétés restent régies principalement par les droits nationaux et il n'est pas impossible qu'un établissement reste otage<sup>52</sup> de l'ordre juridique de constitution<sup>53</sup>.

Dans ce contexte, le législateur européen s'est efforcé, d'une part, d'introduire un cadre juridico-économique favorisant la libre circulation des opérateurs économiques et la liberté d'entreprise<sup>54</sup> et d'autre part, de pénaliser les réactions protectionnistes des États qui voudraient défendre leur économie nationale de la concurrence opérée par les opérateurs étrangers.

Suite aux difficultés rencontrées en phase d'adoption des instruments législatifs pertinents<sup>55</sup>, un rôle prépondérant dans la libéralisation<sup>56</sup> en matière de liberté d'établissement a été joué par la jurisprudence de la CJ.

Nous proposons de passer ici en revue les principales bases légales et les initiatives législatives en matière de droit des sociétés. Ensuite, nous insisterons sur l'action jurisprudentielle de la CJ dans ce domaine, ainsi que sur ses conséquences sur la concurrence normative entre États membres.

---

48 Voy. préambule et art. 32, (b) TFUE; Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, considérant (4), *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019.

49 Voy. art. 116 TFUE.

50 Voy. art. 107 TFUE.

51 "Ceci ne peut que contribuer à l'objectif ultime du marché intérieur, à savoir atteindre une allocation efficace des ressources budgétaires au sein de l'U.E." in K. MARESCHEAU et A. FINK, « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés - Prix Pierre Coppens 2014 », *Rev. prat. Soc.*, 2014/2, p.214, n° 20.

52 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 653.

53 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 67 à 70.

54 "Ce droit fondamental constituait déjà un principe général du droit de l'Union et est aujourd'hui consacré en bonne place à l'article 16 de la Charte [des Droits Fondamentaux]" in Av. gén J. KOKOTT, concl. prec. C.J., (gde ch.), arrêt *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions N*, 14 mars 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382, point 134.

55 I. CORBISIER, « 'Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *Journal de droit européen*, 2018, p.135.

56 I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme? », *RPS-TRV*, 2019/8, p. 809.

## Section 1 – Législation – Harmonisation positive

### Sous-section 1 – Droit primaire

L'article 44, (2), (g) du Traité CE donnait déjà mission aux organes législatifs de l'Union d'exercer leur fonction « en coordonnant, dans la *mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes*, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, alinéa 2, pour *protéger les intérêts tant des associés que des tiers*»<sup>57</sup>.

Sans modification du libellé, nous trouvons actuellement cette mission à l'article 50, (2), (g) TFUE et cela sert de base légale pour l'œuvre d'harmonisation menée par la Commission Européenne.

Les termes « harmoniser » et « équivalent », unis à la réserve « dans la mesure du nécessaire » expriment la volonté de rapprocher les droits nationaux, sans les remplacer par le droit dérivé ni les rendre identiques.

Ceci reste néanmoins possible au travers de la clause résiduaire de compétence prévue à l'article 352 TFUE, qui a servi de base légale pour la création de la SE<sup>58</sup>, SEC<sup>59</sup>, GEIE<sup>60</sup> et pour la proposition de SPE<sup>61</sup>, bien qu'en l'espèce, ces instruments aient été substitués au droit national en petite mesure.

L'ancien article 220 CE<sup>62</sup>, de son côté, chargeait les législateurs nationaux de négocier en vue de garantir « la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes ». Cela ne constituait pas une « réserve de compétence »<sup>63</sup> pour les États membres et il ne fut, en tout état de cause, pas repris dans le TFUE.

---

57 C'est nous qui soulignons.

58 Règlement (CE) 2157/2001 du 8 octobre 2001 portant statut de la société européenne, *J.O.C.E.*, L 294, 10 novembre 2001.

59 Règlement (CE) 1435/2003 du conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, *J.O.U.E.*, L 207, 18 août 2003.

60 Règlement (CEE) 2137/85 du 25 juillet 1985 du conseil relatif à l'institution du groupement européen d'intérêt économique, *J.O.C.E.*, L 199, 31 juillet 1985.

61 Proposition de règlement du conseil relatif au statut de la société européenne 2008, COM (2008) 396 final, 25 juin 2008.

62 Anciennement art. 293 CE.

63 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 55.

Néanmoins, nous pouvons considérer que le *ratio* de cette disposition se retrouve dans les provisions générales de l'article 4 (3) TUE<sup>64</sup>.

Aux articles 49, (2)<sup>65</sup> et 54 TFUE<sup>66</sup>, lus conjointement, est énoncé « l'un des principes fondamentaux du droit de l'Union<sup>67</sup> » : la liberté d'établissement réservée aux personnes morales.

Cette notion vise en réalité deux libertés complémentaires.

D'une part, nous trouvons la liberté d'établissement primaire, qui est définie par CORBISIER comme étant le procédé d'« une société qui quitte le territoire de son État d'origine pour aller s'établir dans un autre État membre sans rupture de sa personnalité juridique, ayant pour cela recours soit au procédé de la fusion transfrontalière soit au transfert de siège de son État d'origine vers l'État membre d'accueil»<sup>68</sup>.

D'autre part, une société peut ultérieurement utiliser sa liberté d'établissement secondaire afin d'installer une succursale, une filiale ou un dispositif similaire, sur le territoire d'un autre État membre et y exercer toutes ou une partie des activités<sup>69</sup>. Dans ce contexte, deux questions fondamentales se posent : premièrement, l'octroi de la personnalité juridique aux opérateurs qui entendent se constituer sur leur territoire ; deuxièmement, la reconnaissance des opérateurs établis ailleurs et qui souhaitent installer un établissement secondaire.

Une disposition de droit national peut restreindre ces libertés, à condition qu'elle soit mise en œuvre de manière non discriminatoire, qu'elle soit fondée sur des raisons impérieuses d'intérêt général<sup>70</sup> et qu'elle soit apte et nécessaire à atteindre l'objectif poursuivi<sup>71</sup>. Les justifications loïsibles pour restreindre légitimement les libertés énoncées aux articles 49 et 54, se trouvent à l'article 52 TFUE. Remarquons d'emblée que ces raisons, bien que non exhaustivement reproduites dans cette disposition,

---

64 Comme indiqué par la Commission même, voy. [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/general-information-taxation/eu-tax-policy-strategy/lisbon-treaty-tax-legislation-eu\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-taxation/eu-tax-policy-strategy/lisbon-treaty-tax-legislation-eu_en).

65 Considéré par la CJ comme étant un article fondamental et jouissant de l'applicabilité directe, voy. *C.J.C.E., arrêt Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308, point 12.

66 Art. 43 et 48 du Traité sur l'Union Européenne, ci-après abrégé « TUE » ; Art. 52 et 58 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne, ci-après « CEE ».

67 Directive 2019/2121, précitée, considérant (2).

68 I. CORBISIER, « 'Arrêt « Polbud'.. » *op. cit.*, p.135.

69 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 38.

70 Notamment, "[L]a protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore du fisc", C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 92.

71 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 34.

doivent atteindre l'un des objectifs poursuivis par les traités et ne peuvent pas recouvrir des justifications de nature économique<sup>72</sup>.

À la sortie des conflits mondiaux, différents courants idéologiques s'affrontaient sur le champ économique européen<sup>73</sup>. Les divergences<sup>74</sup> entre États membres dues, *inter alia*, aux différentes traditions juridiques<sup>75</sup>, avaient déjà en 1957 forcé les rédacteurs du Traité de Rome à privilégier une approche neutre<sup>76</sup> (également dénommée « principe de neutralité »)<sup>77</sup>, fruit d'un compromis politique. En termes de liberté d'établissement, le législateur européen a opté pour le fait de laisser aux États membres une double possibilité. Ainsi, l'article 54 TFUE permet de déterminer la *lex societatis* d'une société sur base, soit de l'État où se situe son principal établissement, soit de celui dans lequel est situé son siège statutaire.

Le premier critère se base sur la théorie dite du « siège réel » ou du siège « effectif »<sup>78</sup>, notion non granitique qui renvoie notamment aux notions de « principal établissement », « centre de décision »<sup>79</sup>, « centre de direction »<sup>80</sup>, « administration centrale »<sup>81</sup> ou « *head office* »<sup>82</sup>. Dans la pratique, une appréciation *in concreto*<sup>83</sup> est effectuée en vue, généralement, de déterminer le centre où les décisions cruciales de la société sont prises, spécialement par le conseil d'administration et l'assemblée générale<sup>84</sup>.

---

72 C.J., arrêt *Commission Européenne c. République portugaise*, 8 juillet 2010, C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412, point 71.

73 N. THIRION, « Des rapports entre le marché et la puissance publique : de l'état-providence à l'état régulateur », *Crise et droit économique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 252.

74 I. CORBISIER, « 'Arrêt « Polbud'... » » *op. cit.*, p. 135.

75 E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne: enfin un véhicule d'intégration économique destiné aux PME? Examen d'une évolution du droit communautaire et des alternatives envisagées - (n° 6988) », *Rev. prat. Soc.*, 2008/4, p. 442, n° 28 ; EUROPEAN COMMISSION, « Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law », Brussels, 5 April 2011, p. 65.

76 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723, point 108.

77 E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p.95.

78 A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix de la *lex societatis* dans l'Union européenne », *Le droit européen des sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 178.

79 Voy. Code D.I.P., art. 4, (3).

80 Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc.*, Sénat, 2003, n° 27/1, p. 31 ; N. BAMMENS et F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 134.

81 En droit belge, il serait l'équivalent du centre de direction au sens de l'article 4, § 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980, voy. N. BAMMENS et F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 134.

82 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 15.

83 N. BAMMENS et F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 135.

84 «De façon assez uniforme, la jurisprudence et la doctrine lui ont rapidement donné la signification de siège de direction effective, à savoir l'endroit où sont prises les décisions les plus importantes relatives à la direction, en ayant égard, pour le localiser, à des éléments tels que l'endroit où le conseil d'administration se réunit, l'endroit où les assemblées générales se déroulent, l'endroit où les bureaux se trouvent, l'endroit où la comptabilité et les archives sont gardées»[...] Il peut se produire que les éléments permettant de localiser le siège réel pointent dans des directions différentes. En ce cas, on considère en général que le lieu de réunion du conseil d'administration est en principe



Choisi par les pays, dits « à réglementation rigoureuse »<sup>85</sup>, qui traditionnellement maintiennent une emprise publique plus substantielle sur l'économie<sup>86</sup>, ce critère est considéré par ses partisans comme étant le plus efficace afin d'assurer la protection des tiers, des créanciers, des actionnaires minoritaires<sup>87</sup>, afin de combattre les fraudes<sup>88</sup> et le contournement abusif des règles impératives<sup>89</sup>. Il nous semble particulièrement intéressant de citer une caractéristique supplémentaire mise en avant pour défendre ce critère : « Cela empêcherait également les distorsions de concurrence dans la mesure où toutes les sociétés dont le centre des activités se situe en [un pays de siège réel] seraient soumises au même cadre légal »<sup>90</sup>.

Il n'est pas exclu que ce caractère « anti-concurrentiel » de la théorie du siège réel, mis en évidence par quelques arrêts de la CJ<sup>91</sup>, soit à la base de sa mise en question par la doctrine<sup>92</sup> et la progressive abjuration de la part de plusieurs États membres<sup>93</sup>.

Toutefois, ce critère, dont la validité a été également reconnue par la Cour Internationale de Justice<sup>94</sup> il y a un demi-siècle, a survécu jusqu'à l'heure actuelle, et ce pour au moins trois raisons :

- premièrement, étant consacré dans le traité, il ne peut être jugé par la Cour comme étant contraire au droit de l'Union Européenne<sup>95</sup> ;

---

déterminant" in N. BAMMENS et F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 132-133.

85 E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 437.

86 D. GERADIN et N. PETIT, « Les objectifs et moyens du droit et de la politique de concurrence – Retour sur quelques controverses récentes », *R.F.D.L.*, 2006/1, p. 125; F. TERPAN, « Section 1 - La naissance du modèle européen d'intégration régionale », *Droit et politique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 24 ; Selon ce dernier auteur, à l'aube de l'intégration européenne, « Jean Monnet craignait que le marché commun ne heurte la tradition dirigiste française », *ibidem*, p.25.

87 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 88.

88 I. CORBISIER, « 'Arrêt « Polbud'... » », *op. cit.*, p.135.

89 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 656.

90 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 87.

91 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 82.

92 A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p.188; I. CORBISIER, « 'Arrêt « Polbud'... » » *op. cit.*, p.137 ; M. MENJUCQ, «L'articulation du droit d'établissement communautaire et des droits nationaux relatifs au rattachement juridique des sociétés», note sous C.J., 5 nov. 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Petites affiches*, n° 39, 2003, p.7, cité par A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.* p. 670; Cette référence nous semble toutefois incorrecte et nous pensons que cela puisse être du à un mélange entre deux références différentes : C. DECOULOUX-FAVARD, note sous C.J., 5 nov. 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Petites affiches*, n° 39, 2003, p.7 et l'article M. MENJUCQ, «L'articulation du droit d'établissement communautaire et des droits nationaux relatifs au rattachement juridique des sociétés», *La Semaine Juridique - entreprise et affaires*, 2003, II, p.362-365.

93 Cf. *infra*, chapitre 2.

94 C.I.J., arrêt du 5 février 1970, *Rec. CC.J. pén.*, 70, p. 42.

95 Art. 263 et 267 TFUE (notons qu'au point (a) on ne parle pas de "validité des traité", à différence du point (b))

- en outre, trois des quatre économies les plus importantes de l'Union<sup>96</sup> utilisent principalement ce critère ;
- enfin, les mêmes arrêts qui ont semblé faire couler la théorie réaliste du siège social ont expressément proclamé que les deux critères ont été mis « sur le même pied »<sup>97</sup> par les Traités.

A ce stade, il nous semble raisonnable d'affirmer que la compatibilité de la théorie du siège réel avec les autres principes<sup>98</sup> et les libertés<sup>99</sup>, de nature davantage libérale, garantis par le droit de l'Union Européenne, pourra être garantie à travers une interprétation sélective qui ne se retiendra pas d'en censurer les aspects les plus protectionnistes<sup>100</sup>.

Le deuxième critère renvoie à la théorie du siège statutaire ou de « l'incorporation », selon laquelle « une société est rattachée au droit du pays au sein duquel elle a été formellement constituée »<sup>101</sup>. Originaire des pays à tradition libérale<sup>102</sup> comme le Royaume-Uni, ce critère reflète le principe de l'autonomie des volontés<sup>103</sup> et est réputé être plus adapté au monde des affaires - ou encore « dans l'air du temps de la contractualisation du droit des sociétés »<sup>104</sup>. En effet, ce choix comporte une majeure sécurité juridique<sup>105</sup> et une facilité de transfert des propres établissements à l'étranger<sup>106</sup>, une réelle présence sur le territoire du pays de constitution étant sans importance<sup>107</sup>.

96 France, Italie, Espagne; Notons que l'Allemagne continue à utiliser ce critère pour les sociétés ayant leur siège réel uniquement en dehors de l'UE, *cf. infra* note n° 238.

97 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723, point 106 ; C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 19 à 21; C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud - Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 34.

98 Principe d'une économie ouverte, fondé sur l'art. 119 TFUE (*cf. supra* p.10), et le principe de sécurité juridique notamment ; voy. C.J., (ass. pl.), arrêt *Thomas Pringle c. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*, 27 novembre 2012, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, point 51 ; C.J., (gde. ch.), arrêt *Commission européenne c. Royaume d'Espagne*, 11 décembre 2012, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, point 49-50.

99 Liberté d'établissement et la liberté d'entreprendre consacrée dans l'art. 16 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, *cf. supra* note n°54.

100 *Cf.* notre analyse de l'arrêt *Überseering*, *cf. infra*, p.31-32.

101 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 655.

102 E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 436.

103 M. FALLON, « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur la BIBC et sur le futur Code des sociétés et associations au regard du droit international privé », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/1, p. 43, n° 62.

104 I. CORBISIER, « 'Arrêt « Polbud'.. » *op. cit.*, p.135.

105 I. CORBISIER, « 'Arrêt « Polbud'.. » *op. cit.*, p.135.

106 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 655.

107 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 17 ; C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 16; A différence d'une présence effective dans l'État membre d'accueil, voy. C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 54.

Nous pouvons signaler une certaine inquiétude de la part des États membres<sup>108</sup>, qui notamment craignent un *dumping* intra-européen<sup>109</sup> et un nivellement vers le bas des garanties offertes aux tiers et aux créanciers<sup>110</sup>, concernant le rattachement fictif d'une société à un ordre juridique, rendu possible par l'interprétation extensive donnée par la CJ à la liberté d'établissement<sup>111</sup>. Partant de là, de nouvelles tentatives d'harmonisation ont vu le jour.

Avant de les passer en revue, nous signalons l'existence de deux critères supplémentaires.

Le troisième critère, plutôt de nature politique, était d'usage pendant les guerres et il est utilisé à l'heure actuelle dans le cadre des sanctions internationales : il s'agit du « critère du contrôle » et consiste à rattacher la société à l'ordre juridique qui a octroyé la nationalité aux sujets qui en détiennent le contrôle.

En dernier lieu, certains auteurs<sup>112</sup> identifient un quatrième critère, dit « mixte ». Il serait fondé sur le principe de la théorie de l'incorporation, en prévoyant certaines balises en vue de garantir une

---

108 I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes... », *op. cit.*, p. 809; C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 15 et 16; C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonawstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 30.

109 Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières", *J.O.U.E.*, C 62/24, 15 février 2019, p. 2, n° 1.4.

110 M. HO-DAC, « L'affirmation d'un droit au transfert intra-européen du siège statutaire avec changement de loi applicable : une nouvelle donne pour la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union ? CJUE, gde ch., 25 octobre 2017, *Polbud / Wykonawstwo*, aff. C-106/16 », *Rev. Aff. Eur.*, 2017/4, p. 731

111 "L'interprétation extensive de ce droit a eu comme conséquence que les sociétés ont eu la liberté de changer d'État membre en immatriculant leur entreprise (boîte aux lettres) dans le registre d'un autre État membre, même si elles ne mènent aucune activité économique dans ledit État et qu'elles ne procèdent ainsi qu'aux fins de bénéficier d'une législation plus favorable" in Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, exposé des motifs, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018, p.2.

112 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 657; "Finally, a few Member States have adopted a mixed system which incorporates characteristics of both [ principle of the incorporation and real seat principle]", in *LONDON ECONOMICS*, *op. cit.*, p.34.

protection des tiers et des mécanismes anti-fraudes<sup>113</sup> contre les sociétés « boîte aux lettres »<sup>114</sup> ou « *formally foreign companies* »<sup>115</sup>.

Selon une étude de 2012<sup>116</sup>, parmi les États membres de l'Union Européenne, on comptait cinq<sup>117</sup> partisans de la théorie du siège réel, quinze<sup>118</sup> adeptes de la théorie de l'incorporation et sept<sup>119</sup> autres ayant adopté un système mixte.

Néanmoins, nous pouvons signaler qu'entre-temps un autre État, la Belgique, s'est converti à la théorie du siège statutaire<sup>120</sup>.

## Sous-Section 2 - Tentative de convention entre États membres

Après avoir empêché l'adoption de dispositions plus détaillées dans le traité, les divergences existantes entre les États membres ont ensuite commencé à paralyser<sup>121</sup> l'action législative européenne.

« Désirant mettre en œuvre les dispositions de l'article 220 dudit traité relatives à la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58 (2e alinéa) »<sup>122</sup>, les États membres ont signé<sup>123</sup> à Bruxelles une « Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales » le 29 février 1968<sup>124</sup>. Le traité adopté comportait un compromis concernant les critères de rattachement et permettait

113 En droit allemand l'incorporation est possible exclusivement pour les sociétés qui ont leur principal établissement en Europe, cf. *infra* note n°238.

114 E.-M. KIENINGER, "Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl - Die Polbud Entscheidung des EuGH", *NJW*, p. 3624-3627 et spéc. p. 3626; P. STELMASZCZYK, "Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes EuGH präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit", *EuZW*, 2017, p. 890-894; C. TEICHMANN, "Der Fall "Polbud" : Formwechsel in die Briefkastengesellschaft", cités par I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes... », *op. cit.*, p. 809; C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 68.

115 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 7 et 12.

116 JEANTET ASSOCIÉS AARPI, *op. cit.*, p.36 ; Nous signalons que la catégorie des "systèmes mixtes" résulte floue, notamment en raison du fait qu'elle comprend tant des pays comme la France, qui semblent pourtant suivre de manière prépondérante la théorie du siège réel, que l'Allemagne qui est adepte principalement de la théorie de l'incorporation.

117 Belgique, Espagne, Autriche, Slovaquie, Roumanie.

118 Irlande, Royaume-Uni, Malte, Chypre, Estonie, Lituanie, Lettonie, Pays-Bas, Danemark, Suède, Finlande, Bulgarie, République Tchèque, Slovaquie.

119 Portugal, Italie, France, Allemagne, Luxembourg, Pologne, Grèce.

120 C.S.A., art. 2:139.

121 K. MARESCEAU et A. FINK, *op. cit.*, p. 193.

122 Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales et du protocole annexé, signés à Bruxelles le 29 février 1968, Préambule, *M.B.*, 18 juin 1971.

123 Et ratifié, sauf les Pays-Bas, par tous les États membres.

124 Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, signée à Bruxelles le 29 février 1968, dont le pouvoir d'interprétation a été confié à la Cour de Justice des Communautés Européennes, voy. « Information sur

de garantir la reconnaissance des personnes morales sans rupture de continuité<sup>125</sup>, mais présentait également des lacunes<sup>126</sup>.

Les Pays-Bas ayant pris la décision de ne pas ratifier la convention, celle-ci ne rentrera jamais en vigueur<sup>127</sup>.

### **Sous-section 3 – Droit dérivé**

En descendant dans la hiérarchie des normes du droit communautaire, nous trouvons ensuite le droit dérivé, avec un arsenal normatif qui compose le droit des sociétés de l'Union Européenne. Ce dernier

---

la Cour de Justice des Communautés Européennes n° 9 », p. 34.

125 M. PRELOT, « Rapport n°91 sur le projet de loi, autorisant la ratification de la Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, signée à Bruxelles le 29 février 1968 », Paris, Imprimerie des Journaux officiels, p. 6.

126 « D'autres, lacunes ou obstacles sont aussi notoires. Certaines catégories de personnes morales sont laissées de côté ; des points de droit sont mal tranchés, par exemple le critère de rattachement d'une société à un pays étranger ou la définition de la règle applicable en cas de divergence entre le siège statutaire et le siège réel, ou encore l'importance de la réserve de ' l'ordre public ' » *in* M. PRELOT, *op. cit.*, p. 6.

127 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 654.

se compose d'une série de directives<sup>128</sup> et règlements<sup>129</sup>, adoptés après de longues négociations qui ont fait échouer plus d'une tentative d'harmonisation<sup>130</sup>.

D'emblée, il faut relever l'existence de certains instruments accessoires au droit des sociétés *sensu stricto*, qui ont fixé un critère de rattachement à un ordre juridique, réservé à certaines opérations ou certains opérateurs seulement.

Ainsi, les opérateurs bancaires et financiers sont soumis à l'autorité de l'État membre dans lequel se trouve leur administration centrale<sup>131</sup>. La loi qui régit la liquidation est celle du pays où se situent « les

---

128 Directive (CEE) 68/15 du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.C.E.*, L 65, 14 mars 1968 ; Directive (CEE) 77/91 du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *J.O.C.E.*, L 26, 31 janvier 1977 ; Directive (CEE) 78/855 du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 295, 20 octobre 1978. Directive (CEE) 82/891 du Conseil, du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 378, 31 décembre 1982 ; Directive (CEE) 89/666 du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, *J.O.C.E.*, L 395, 30 décembre 1989 ; Directive (CE) 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2005 ; Directive (CE) 2009/101 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.U.E.*, L 258, 1 octobre 2009 ; Directive (UE) 2011/35 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes, *J.O.U.E.*, L 110, 29 avril 2011 ; Toutes les directives ci-mentionnées ont été remplacées par la directive (UE) 2017/1132 précitée ; Modifiée par la Directive (UE) 2019/2121 précitée ; Directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 186, 11 juillet 2019 ; voy. également Directive (CEE) 78/660 du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, *J.O.C.E.*, L 222, 14 août 1978 ; Directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés, *J.O.C.E.*, L 193, 18 août 1983 ; remplacées par Directive (UE) 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 182, 29 juin 2013, voy. Également la Directive (CE) 2009/102 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, *J.O.U.E.*, L 258, 1 octobre 2009 ; Directive (CE) 2008/7 du Conseil du 12 février 2008 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, *J.O.U.E.*, L 46, 21 février 2008 ; Directive (UE) 2014/86 du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.U.E.*, L 219, 25 juillet 2014 ; Directive (UE) 2004/25 du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, *J.O.U.E.*, L 142, 30 avril 2004.

129 Règlement (CE) 1435/2003 précité ; Règlement (CE) précité ; Règlement (CEE) 2137/85 précité.

130 Voy. proposition d'une cinquième directive tendant à coordonner les garanties qui sont exigées dans les États membres, des sociétés, au sens de l'article 58 paragraphe 2 du traité, pour protéger les intérêts, tant des associés que des tiers en ce qui concerne la structure des sociétés anonymes ainsi que les pouvoirs et obligations de leurs organes, *J.O.C.E.*, C 131/49, 13 décembre 1972 ; Proposition d'une neuvième directive du conseil en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, COM (78) 246 final, 29 mai 1978 ; E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 442, n° 28.

131 Directive (UE) 2014/65, précitée, art. 5, (4), (a) ; Directive (UE) 2013/36, précitée, art. 13.

intérêts principaux » du débiteur<sup>132</sup> et la résidence fiscale est souvent déterminée par le siège de direction effective de la société<sup>133</sup>.

Plus loin<sup>134</sup>, nous aborderons les règlements, adoptés sur base de l'article 352 TFUE et de portée limitée quant à leurs destinataires. Concentrons-nous ici sur les directives qui, de par leur nature, favorisent et incitent possiblement la concurrence normative. En effet, parmi les directives qui alignent le droit des sociétés des États membres, adoptées sur base de l'art. 50, (2), (g) TFUE, nous pouvons opérer une distinction entre celles introduisant une harmonisation minimale<sup>135</sup> et celles fixant un niveau maximal<sup>136</sup> d'harmonisation. Il va de soi qu'un État soucieux de disposer d'un droit libéral et peu contraignant aura intérêt à se limiter au strict nécessaire. Les autres États auront plutôt tendance à adopter le plus grand nombre de mesures considérées comme étant protectrices, et ce également à destination des sujets non visés par le champ d'application de la directive.

Passons en revue, à titre exemplatif et en plus de celles précitées, les directives les plus pertinentes, à notre sens.

## §1 - Deuxième directive

Déjà en 1976, l'exigence de capital social minimum contenue dans la deuxième directive<sup>137</sup>, fixant un niveau d'harmonisation minimale, ne visait que les sociétés anonymes<sup>138</sup>. Néanmoins, seul le Royaume-Uni s'est limité à ses *public companies*<sup>139</sup>, tandis que tous les autres États membres ont imposé un capital minimum aux autres sociétés et, qui plus est, ont augmenté le montant fixé par le législateur européen<sup>140</sup>.

## § 2 - Dixième directive

132 Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, art. 3, (1) et 7, (1), *J.O.U.E.*, L 141, 5 juin 2015.

133 T. DELVAUX, *op. cit.*, p.258; C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 4 ; A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 182.

134 *Cf.* p.50-51.

135 Directive (CEE) 68/151, précitée, art. 2, (1).

136 Directive (CEE) 89/666, précitée, art.2.

137 Directive (CEE) 77/91, précitée, art. 6, remplacé par Directive (UE) 2017/1132, précitée, art. 35.

138 Directive (CEE) 77/91, précitée, art. 1.

139 Avec le Companies Act (CA) 2006, l'exigence de capital minimum est fixée à £ 1 pour les *limited (Ltd)* et environ £ 50.000,00 pour les *public companies (Plc)*.

140 « 25.000 unités de compte européen »; En Belgique le législateur a fixé à € 61.500,00 le capital minimal pour les sociétés anonymes ( voy. C. Soc., art. 436, C.S.A. art. 7:2 et € 18.550,00 pour les sociétés privées à responsabilité limitée (voy. C.Soc., art. 214, supprimé).

Dans le passé récent, en l'absence d'une harmonisation portant sur le transfert intra-européen de siège social, certaines sociétés pionnières<sup>141</sup> ont effectué une telle opération via une fusion transfrontalière. Toutefois, avant 2005 le droit dérivé ne couvrait que les opérations internes<sup>142</sup>. Adoptée dans l'urgence afin de combler ce vide juridique, une directive<sup>143</sup> fixant un cadre législatif harmonisé pour une telle opération a certainement offert, d'une manière indirecte, une possibilité plutôt efficace d'effectuer une réorganisation de la structure sociétaire<sup>144</sup> afin de modifier le siège social<sup>145</sup>, le siège statutaire ou le principal établissement<sup>146</sup>.

### § 3 - Onzième directive<sup>147</sup>

En raison de sa pertinence avec l'affaire *Inspire Art*, nous l'aborderons *infra*<sup>148</sup>.

### § 4 - « Quatorzième »<sup>149</sup> directive

Une dernière étape est constituée par l'adoption d'un des instruments les plus négociés du droit européen des sociétés. Successeur de la célèbre proposition de quatorzième directive<sup>150</sup>, ce texte vient compléter la directive qui codifie bon nombre d'initiatives précédentes en matière de droit des sociétés<sup>151</sup>.

L'initiative législative, lancée en 1997, avait débouché en une proposition qui fut mise de côté après dix ans de discussion. La raison de cette décision<sup>152</sup> est à rechercher dans un désaccord politique, qui n'était pas étranger au rôle prépondérant occupé par la théorie du siège statutaire dans la

---

141 Cf. l'analyse de l'arrêt *SEVIC*, *infra* p.36.

142 Directive (CEE) 78/855, précitée.

143 Directive (CEE) 2005/56, précitée.

144 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 681 et 684-686.

145 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 652.

146 N. BAMMENS et F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 152.

147 Directive (CEE) 89/666, précitée.

148 Cf. *infra* p. 33.

149 Cette numérotation était fondée sur l'ordre original des propositions de la part de la Commission. A l'heure actuelle, ceci a perdu d'intérêt, toutefois en raison de l'ancienneté de la proposition, nous décidons de conserver partiellement sa dénomination.

150 Proposition de 14ème directive du Parlement et du Conseil sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux, *J.O.C.E.*, C 138, 5 mai 1997.

151 Directive (UE) 2017/1132, précitée.

152 Commission staff working document, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p. 13.



proposition<sup>153</sup>, couverte par une étude d'impact effectuée par le staff de la Commission en 2007<sup>154</sup>.

En effet, cette étude mettait en évidence que :

- une « *no action* » législative et l'adoption d'une directive étaient deux solutions aptes à favoriser le transfert transfrontière des sociétés<sup>155</sup> ;
- la première voie était probablement moins coûteuse<sup>156</sup> ;
- la Cour de Justice aurait pu apporter les clarifications nécessaires en l'absence d'une initiative législative.

Dès lors, « il serait peut-être plus approprié d'attendre que les incidences de ces évolutions puissent être pleinement évaluées et que la nécessité et la portée de toute action de l'UE soient mieux définies »<sup>157</sup>.

Encore en 2012, la Commission ne voyait pas d'éléments probants au support d'une initiative législative dans le domaine du transfert transfrontalier de siège,<sup>158</sup> tandis qu'une étude commissionnée par la Commission et effectuée par la *London School of Economics* avait indiqué que « une directive constituerait à tous égards une meilleure politique et, par conséquent, serait plus susceptible de réaliser les avantages du marché unique liés à une plus grande mobilité des entreprises »<sup>159</sup>.

Pourtant, il faudra attendre jusqu'en 2018, suite à une décision fortement impactante rendue par la CJ<sup>160</sup>, pour que la Commission reprenne l'œuvre en l'adaptant à la nouvelle jurisprudence<sup>161</sup>.

Ainsi, la nouvelle directive prend en compte plusieurs arguments souvent invoqués devant la Cour<sup>162</sup> :

---

153 A partir du libellé de la proposition, voy. Directive (UE) 2019/2121, précitée, art. 86ter, «La transformation transfrontalière est définie comme l'opération par laquelle une société, sans être dissoute ou liquidée, transforme la forme juridique sous laquelle elle est immatriculée dans un État membre de départ en une des formes juridiques de l'État membre de destination, et transfère au moins son siège statutaire dans l'État membre de destination, tout en conservant sa personnalité juridique (*c'est nous qui soulignons*)» in X, «Sociétés de capitaux, Opérations transfrontalières (Directive (UE) 2019/2121, *J.O.U.E.* L321/1, 12 décembre 2019) », *Obs. Bxl.*, 2020/2, p. 113.

154 Commission staff working document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p. 13.

155 Commission staff working document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p. 6.

156 Commission staff working document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p. 37-38.

157 Commission staff working document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p. 6.

158 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 14.

159 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 60.

160 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804.

161 I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes... », *op. cit.*, p. 810 ; Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, art. 86quater et 160quinques, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018.

le souci de protection des créanciers<sup>163</sup>, la sauvegarde des intérêts des créanciers minoritaires, avec un droit de retrait systématique<sup>164</sup>, sous certaines conditions<sup>165</sup>. Enfin, deux nouveautés législatives nous semblent les plus importantes, au vu de la jurisprudence copieuse de la CJ à ces sujets.

Premièrement, il est consacré la possibilité de « *decoupling* » des sièges<sup>166</sup>, un concept auparavant à l'origine de l'interruption des négociations pour l'adoption du statut des SPE<sup>167</sup>.

Deuxièmement, la directive introduit un garde-fou contre les opérations qui constituent des « montages purement artificiels ». L'insertion de ce terme dans la proposition<sup>168</sup> ayant fait l'objet d'une « tempête de protestations<sup>169</sup> », il fut effacé de la version définitive. Néanmoins, avec l'article 86*quaterdecies*, (8) et (9), la directive se dote d'une disposition anti-abus ayant comme objectif de lutter contre les opérations « menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner »<sup>170</sup>.

Partant, s'agit-il d'un « retour au protectionnisme »<sup>171</sup> ? Nous nous permettons d'en douter.

En premier lieu, ces dispositions ne semblent qu'entériner la jurisprudence de la Cour marquant la frontière entre une application légitime du *forum shopping* et un contournement abusif des règles<sup>172</sup> et qui, déjà 33 ans auparavant, avait indiqué le chemin du contrôle « au cas par cas »<sup>173</sup>. Ensuite, fidèle au

---

162 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126; C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.

163 Directive (UE) 2019/2121, précitée, art. 86*undecies*.

164 Directive (UE) 2019/2121, précitée, art. 86*quinques* et 86*decies*.

165 Notamment, celle d'avoir exprimé vote contraire lors de la présentation du projet de transformation, voy. Directive (UE) 2019/2121, précitée, art. 86*decies*.

166 Directive (UE) 2019/2121, précitée, considérant (3) et art. 86*ter* (2).

167 “French Ministry of Justice which stated that this issue had also led to blocking the adoption of a statute for the SPE (European Private Company)”, cité par JEANTET ASSOCIÉS AARPI, *op. cit.*, p.78.

168 « Elle déterminerait aussi s'il est question d'un montage artificiel destiné à obtenir des avantages fiscaux indus ou à porter indûment préjudice aux droits légaux ou contractuels des travailleurs, des créanciers ou des associés minoritaires » in Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018, p.10.

169 I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes... », *op. cit.*, p. 810.

170 Directive (UE) 2019/2121, précitée, considérant (34) à (36), (50), art. 86*quaterdecies*, (8) et (9) ; voy. *mutatis mutandis*, concernant fusion et scission, respectivement, art. 127, (8) et (9) et art.160*quaterdecies*, (8) et (9).

171 I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes... », *op. cit.*, p. 810.

172 Voy., notamment, C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 63 à 70; Av. gén. M. DARMON, concl. prec. C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 9 et jurisprudence citée; Av. gén. P. MADURO, concl. prec. C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:294, point 29.

173 « [O]n ne saurait exclure qu'une opération du même type que celle entreprise par ce dernier puisse servir une finalité à caractère frauduleux. Néanmoins, la simple éventualité qu'un tel risque se réalise ne saurait justifier une restriction générale au droit d'établissement des personnes physiques et morales. Par contre, on ne peut dénier aux autorités nationales le droit, *cas par cas*, de vérifier que les sociétés ainsi constituées l'ont été, comme le prévoit expressément l'article 58 CEE, conformément aux dispositions légales prévues à cet effet. De même, il leur est loisible de contrôler

modèle du fédéralisme administratif<sup>174</sup>, la directive laisse aux autorités nationales le soin de définir les contours d'une éventuelle pratique abusive<sup>175</sup>.

Il s'ensuit la possibilité qu'au contraire un tel renvoi aux législations nationales soit de nature à encourager davantage la concurrence normative entre les ordres juridiques de l'Union Européenne<sup>176</sup>.

Ceci étant, cette approche casuistique peut prêter le flanc à certaines critiques en termes de sécurité juridique, en sachant que l'appréciation d'éventuelles circonstances abusives sera tranchée, *a posteriori*, par la jurisprudence.

De l'autre côté, sur le plan procédural, la directive définit quatre étapes afin de réaliser l'opération transfrontalière. Sans vouloir nous y attarder, *brevitatis causa*, nous nous limitons à signaler que ces procédures constituent une charge administrative assez lourde<sup>177</sup>.

Néanmoins, la digitalisation concomitante de plusieurs procédures<sup>178</sup>, s'il n'est pas certain qu'elle facilitera la tâche des opérateurs<sup>179</sup>, semble de nature à rendre plus aisée la consultation des documents par les tiers<sup>180</sup>.

En tout état de cause, afin d'apprécier l'impact de cette nouvelle œuvre d'harmonisation il sera nécessaire d'attendre la transposition de la part des États membres, à effectuer avant le 31 janvier 2023<sup>181</sup> ainsi que son interprétation par les administrations et les juridictions nationales.

---

leurs activités au regard des exigences de l'ordre public (c'est nous qui soulignons)» in Av. gén. M. DARMON concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 9 mars 1999, C-79/85 ECLI:EU:C:1986:233, point 6 ;

174 «Le modèle du « fédéralisme administratif » désigne les fédérations dont la répartition des compétences entre les deux niveaux de pouvoir est dite fonctionnelle. Plus précisément, cela signifie que la législation est élaborée par le pouvoir fédéral et mise en œuvre par les entités fédérées», G. ANDERSON, « *Federalism : An introduction* », Don Mills, 2008, p. 22, cité par E. MATHIEU et D. AUBIN, « Le centralisation administrative de l'Union européenne: le cas de l'application de la régulation européenne des communications électroniques par la Belgique », *A.P.T.*, 2011/3, p. 244.

175 Directive (UE) 2019/2121, précitée, art. 86*quaterdecies*, (9), 127, (9) et 160*quaterdecies*, (9).

176 Favorisant les ordres juridiques qui se montreront plus souples, ou en tout cas plus efficaces, lors de ce contrôle.

177 Voy. Directive (UE) 2019/1151, précitée, art. 13*septies* ; Le législateur exige que ces informations soient «conviviales», ce que nous accueillons avec faveur.

178 A partir de la constitution de la société et de ses succursales, voy. Directive (UE) 2019/1151, précitée, art.13*octies*.

179 Certes, dans la majorité des cas il ne sera plus nécessaire de se rendre physiquement sur place, toutefois il sera nécessaire de maîtriser les logiciels, respecter les contrôles qui seront mis en place en vue d'empêcher des comportements frauduleux et dans certains cas « Pour prévenir la fraude à l'identité, les États membres peuvent exiger des demandeurs qu'ils se présentent en personne devant une autorité concernée, mais uniquement dans le cas d'un réel soupçon » in G., RUE, « Directive européenne : constitution des sociétés et immatriculation des succursales en ligne », *B.J.S.*, 2019/634, p. 11.

180 Directive (UE) 2019/1151, précitée, art.13*quater* ; J.-P. BUYLE et A. VAN DEN BRANDEN, « Chapitre 1. - Les étapes de la robotisation de la justice », *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 261.

181 Directive (UE) 2019/1151, précitée, art. 3, (1).

## Section II - Jurisprudence de la Cour de Justice – Harmonisation négative

En raison de l’impasse politique<sup>182</sup>, la mission d’harmonisation confiée à l’art. 50, (2), (g) TFUE a été relevée par la CJ.

De fait, à travers une harmonisation négative, elle a censuré une série d’entraves à la liberté d’établissement posées par les États membres . En particulier, certains arrêts proclament la primauté du droit suivant lequel la société a été constituée dans la réglementation d’une partie prépondérante<sup>183</sup> des opérations qu’elle est amenée à poser tout au long de son activité<sup>184</sup>.

Ainsi, chaque État membre est tenu de respecter le choix opéré par les autres ordres juridiques d’un des critères de rattachement énumérés à l’article 54 du TFUE, ainsi que les conséquences que ce choix entraîne, notamment en matière de transfert du siège social.

Dans cette section, nous allons dans un premier temps passer en revue les arrêts précurseurs en la matière. Ensuite, nous allons nous occuper des affaires portant sur l’immigration ou l’émigration sociétariaire, en soulignant le rôle du choix de la *lex societatis*.

En anticipant quelque peu le prochain chapitre, nous verrons également comment ces arrêts ont suscité<sup>185</sup> une évolution législative de la part de certains États membres, soucieux de se mettre en phase avec les nouveaux apports de la jurisprudence européenne et d’attirer sur leur territoire davantage d’opérateurs économiques.

### Sous-section 1 – La préhistoire de la politique jurisprudentielle

---

182 “La Cour de justice et les avocats généraux motivent institutionnellement l’approche libérale retenue à l’égard de la mobilité des sociétés dans l’Union européenne en se référant à la stagnation du processus d’harmonisation des droits nationaux des sociétés” in A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 206.

183 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 667 et références citées.

184 “Une fois le choix du siège social opéré en faveur d’un État déterminé, la règle de conflit de cet État désignera la loi applicable à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution de la société” in A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 186.

185 I. CORBISIER, « ‘Arrêt « Polbud’ ... », *op. cit.*, p.137; A. FRANÇOIS, J. DELVOIE et T. COEN, « Rapport belge – Modern times pour le droit belge des sociétés ? », *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l’Union européenne / Simplification of Private Company Law among the EU Member States*, Y. De CORDT et E.-J. NAVEZ (dir) Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 69.

L'action d'harmonisation négative mise en œuvre par la Cour en matière de liberté d'établissement des personnes morales a également été appelée « politique jurisprudentielle<sup>186</sup> ».

Son objectif serait l'ouverture des marchés nationaux et la création d'un marché unique<sup>187</sup> à travers l'élimination des entraves posées par les droits nationaux. Elle a vu le jour en 1986 avec l'affaire *Segers*<sup>188</sup>.

### § 1 - Arrêt *Segers*

Avec cet arrêt, en substance, un premier pas est franchi : un État membre adepte de la théorie du siège réel ne peut pas discriminer ou refuser la reconnaissance de la personnalité juridique à une société valablement constituée dans un ordre juridique de l'Union où la théorie du siège statutaire est d'application<sup>189</sup>.

M. Segers applique le modèle de la concurrence normative : estimant qu'il est trop long et coûteux de procéder à la transformation de son entreprise en société à responsabilité limitée, il décide de devenir client de l'ordre juridique anglais, tout en continuant à exercer ses activités en territoire hollandais<sup>190</sup>.

Pour défendre la validité de leur législation, les Pays-Bas invoquent un comportement abusif dans le chef de la société en cause<sup>191</sup>. Cette prétention renvoie à un concept qui constitue depuis longtemps un principe général de droit européen<sup>192</sup> et qui établit que « le droit communautaire n'interdit pas à un État membre d'adopter, en l'absence d'harmonisation, des mesures destinées à éviter que les facilités créées en vertu du traité soient utilisées de façon abusive et contraire à l'intérêt légitime de cet État »<sup>193</sup>. À ce

---

186 T. DELVAUX, « III - La politique jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Droit international et européen des sociétés*, N. THIRION (dir.), Larcier, Bruxelles, 2009; également "[M]ouvement prétorien d'éradication des obstacles à la liberté d'établissement" in A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 679.

187 Av. gén. M. DARMON concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 9 mars 1999, C-79/85 ECLI:EU:C:1986:233, point 6.

188 C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308 ; Nous signalons également une affaire rendue la même année, concernant une entrave au transfert de siège d'une société du point de vue fiscal, C.J.C.E., arrêt *Commission c. France*, 28 janvier 1986, C-270/83, ECLI:EU:C:1986:37;

189 C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308, point 14 et 16; C.J.C.E., arrêt *Commission c. France*, 28 janvier 1986, C-270/83, ECLI:EU:C:1986:37, point 18; A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 179.

190 Av. gén. M. DARMON concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 9 mars 1999, C-79/85 ECLI:EU:C:1986:233, point 1.

191 C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308, point 10.

192 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 663; C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 35 et jurisprudence citée.

193 C.J.C.E., arrêt *Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg*, 31 mars 1993, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, point 34, cité par A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 663.

titre, une juridiction nationale est en droit de « refuser, le cas échéant, le bénéfice des dispositions de droit communautaire invoquées », mais ne peut le faire qu' « en se fondant sur des éléments objectifs » et en prenant « en considération les objectifs poursuivis par les dispositions en cause »<sup>194</sup>.

En l'espèce, bien qu'admise comme étant une raison impérieuse d'intérêt général, la protection contre les éventuels fraudes et abus ne permet pas de justifier une mesure considérée comme discriminatoire car fondée sur la localisation du siège social de la société en cause<sup>195</sup>, d'autant plus vu que l'intention frauduleuse n'est pas établie *in casu* <sup>196</sup>.

## § 2 - Arrêt *Daily Mail*

En 1988, dans une autre affaire que nous rangeons dans la « préhistoire » de la jurisprudence européenne en ce domaine, nous retrouvons les deux États membres protagonistes de l'arrêt *Segers* : Pays-Bas et Royaume-Uni.

Cette fois, la Cour de Justice refuse le transfert du siège réel à la société de droit anglais *Daily Mail*, car cette dernière désire conserver<sup>197</sup> son siège statutaire et donc l'attachement à la *lex societatis* anglaise, malgré l'émigration aux Pays-Bas de son principal établissement.

En effet, la jurisprudence considère que, si le transfert de siège doit être rendu possible, ses conditions seront fixées par l'État membre d'origine de la société<sup>198</sup>.

Étant donné que *Daily Mail* souhaite uniquement transférer son siège réel, sans perdre la personnalité juridique anglaise, mais également « sans se soumettre aux exigences fiscales liées, au Royaume-Uni, au transfert hors de son territoire de la gestion et du contrôle d'une société »<sup>199</sup>, le fisc anglais est légitimé à exiger le respect de certaines conditions<sup>200</sup>. Ceci à la différence de l'État membre d'accueil,

---

194 C.J.C.E., arrêt *Brennet AG v Vittorio Paletta*, 2 mai 1996, C-206/94, ECLI:EU:C:1996:182, point 25.

195 C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308, point 14;

196 “[L]a simple éventualité qu'un tel risque se réalise ne saurait justifier une restriction générale au droit d'établissement des personnes physiques et morales. Par contre, on ne peut dénier aux autorités nationales le droit, cas par cas, de vérifier que les sociétés ainsi constituées l'ont été, comme le prévoit expressément l'article 58 CEE, conformément aux dispositions légales prévues à cet effet”, Av. gén. M. DARMON concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 9 mars 1999, C-79/85 ECLI:EU:C:1986:233, point 6.

197 C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 18 et 24 *in fine*.

198 À ce titre et à propos de l'affaire *Daily Mail* voy. C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 70.

199 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 50.

200 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 62-63.

en raison du fait « qu'une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement »<sup>201</sup>.

Ceci constitue une première illustration<sup>202</sup> de l'importance de la localisation de la résidence fiscale d'une société - qui est souvent déterminée par le lieu du principal établissement<sup>203</sup> - dans la compréhension de la mobilité des sociétés à l'intérieur du marché unique.

## Sous-section 2 – Affaires ayant déclenché une intervention législative nationale

### § 1 - Arrêt *Centros*

En 1999, un nouvel arrêt est rendu par la CJ<sup>204</sup> en matière de liberté d'établissement des sociétés.

La société *Centros*, une « *private limited company* » de droit anglais, s'est vue refuser l'enregistrement d'une succursale sur le territoire danois pour la seule raison, ouvertement avouée, que la société n'exerçait aucune activité dans le pays où elle était incorporée<sup>205</sup>. Il s'agissait, par conséquent, d'une société « boîte aux lettres » ou « *letter-box companies* ».

Les motifs sous-jacents à ce refus sont analogues à ceux invoqués dans l'affaire *Segers*<sup>206</sup> : la protection des créanciers et la crainte qu'une telle structure sociétaire ait été mise en place dans le but de contourner la loi et ses garanties<sup>207</sup>.

Une fois de plus<sup>208</sup>, la Cour rappelle qu'il est sans importance que la société se soit constituée au Royaume-Uni dans le seul but d'exercer l'ensemble de ses activités via une succursale au Danemark.

---

201 C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 17 ; C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 67.

202 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 676.

203 C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 4 ; A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 182 ; CIR92, art. 2, (1), 5°, (b).

204 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126.

205 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 15.

206 *Cf. supra* p. 27-28.

207 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 12.

208 C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308, point 14 et 16 ; C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 17.

De plus, les instruments législatifs adoptés par les institutions européennes<sup>209</sup> et le fait que la société se présente clairement comme étant de droit étranger<sup>210</sup> permettent aux créanciers et à tout tiers d'être informés et, au moins en partie, protégés<sup>211</sup>. Effectivement, il aurait pu y avoir un impact négatif sur les garanties offertes par *Centros* si la société avait exercé une partie de ses activités au Royaume-Uni<sup>212</sup>. Il s'ensuit que, l'intention frauduleuse n'étant pas démontrée, la société pouvait légitimement éluder l'application des contraignantes règles danoises tel qu'elle l'a fait<sup>213</sup>.

Dans ses conclusions, l'avocat général A. La Pergola fournit une clé de lecture pragmatique : « En l'absence d'harmonisation, en somme, c'est la *concurrence entre systèmes normatifs*<sup>214</sup> («*competition among rules*») qui doit pouvoir s'exercer librement, même en matière de sociétés commerciales»<sup>215</sup>. Suite à cette décision, la théorie du siège réel telle qu'appliquée par la République française et la République fédérale d'Allemagne, fut mise sous-pression<sup>216</sup>.

## § 2 - Arrêt *Cadbury Schweppes*

En sens inverse, la Cour semblait poser en 2006 certaines limites à la création de succursales « boîte aux lettres » dans l'affaire *Cadbury Schweppes*<sup>217</sup>.

Ainsi, « la notion d'établissement, au sens des dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement, implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans l'État membre d'accueil pour une durée indéterminée. Elle suppose, par conséquent, une implantation réelle de la société concernée dans cet État et l'exercice d'une activité économique

---

209 Notamment, Directive (CEE) 78/660, précitée; Directive (CEE) 89/666, précitée ; C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 point 36.

210 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 36 ; C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 135.

211 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 36.

212 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 35.

213 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 38.

214 C'est nous qui soulignons; voy. dans le même sens E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 439-440

215 Av. gén. A., LA PERGOLA, concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1998:380, point 20.

216 "After *Centros*, some legal writers put forward the 'extreme view' that there was now an unconditional requirement for all Member States to recognise any company which is validly incorporated in a Member State as a legal person, even though the company's actual head office (real seat) was transferred to another Member State. To the extent that this interpretation was found to be correct, the real seat doctrine used primarily in French and German law could no longer be used to deny recognition of a company" in LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p.18.

217 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.



effective dans celui-ci »<sup>218</sup>. Certes, il ne semble pas aisé de concilier ceci avec le contenu des arrêts antérieurs et successifs. Cependant, quelques précisions permettent de circonscrire l'apport de cette affaire. D'emblée, celle-ci s'inscrit dans la série d'arrêts qui, dans le cadre d'opérations de transfert de siège social, s'attaquent aux entraves fiscales<sup>219</sup>. En effet, la liberté d'établissement secondaire est ici utilisée *via* des « montages purement artificiels dépourvus de réalité économique, dans le but d'éluider l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national »<sup>220</sup>.

Dès lors, il suffirait d'une correspondance, aussi minime qu'elle soit, entre le choix d'établissement et une réalité économique, pour échapper à cette qualification<sup>221</sup>.

En somme, loin de constituer un revirement par rapport à la jurisprudence *Centros*<sup>222</sup>, la seule limite qui est posée par la Cour concerne les hypothèses où il est démontré par des éléments objectifs<sup>223</sup> que la création d'une filiale a eu comme seul but l'échappement à l'impôt dans l'État membre d'origine.

La charge de la preuve semble assez lourde, tandis que l'on peut facilement imaginer des raisons justifiant une telle opération de la part de la société, dont la volonté de disposer du droit des sociétés de l'État membre d'accueil.

### § 3 - Arrêt *Überseering*

La concurrence normative a entraîné des conséquences évidentes suite à une affaire<sup>224</sup> où étaient en question le droit des sociétés et le droit international privé de l'Allemagne, un état partisan à l'époque<sup>225</sup>

---

218 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 54 ainsi que la jurisprudence citée.

219 Cf. *supra* note n°11 et 18.

220 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 55.

221 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 61 et 65.

222 Qui en effet disposait que «le fait qu'un État membre ne puisse pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège n'exclut pas que ce premier État puisse prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, le cas échéant en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné (c'est nous qui soulignons), C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 38.

223 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, points 64 et 72.

224 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632.

225 A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 183.

de la théorie du siège effectif. L'achat de la totalité des parts de la société *Überseering*<sup>226</sup> par deux citoyens de Düsseldorf avait entraîné le transfert de son siège réel<sup>227</sup>, sans que cette opération ait eu lieu dans le respect des règles prévues par l'État membre d'accueil. Partant, une juridiction allemande zélée refusait de lui reconnaître la personnalité juridique et, par conséquent, le droit d'ester en justice, en dépit du fait que celle-ci avait été valablement constituée et incorporée aux Pays-Bas. Effectivement, sur base du droit allemand<sup>228</sup>, ceci était la simple conséquence du changement qui avait eu lieu dans la gouvernance et par conséquent, dans le centre de direction de la société<sup>229</sup>.

La Cour va censurer cette rigidité des autorités allemandes et rester cohérente avec le principe énoncé dans l'arrêt *Daily Mail*<sup>230</sup> : une société reste régie par sa *lex societatis*<sup>231</sup>. Concrètement, un pays qui a adopté la théorie du siège réel doit considérer qu'une société constituée dans un pays adepte de la théorie du siège statutaire n'ait pas déplacé son siège social par le simple transfert de son siège réel. En l'absence d'une harmonisation, la loi suivant laquelle une société s'est constituée est destinée à régir ses activités<sup>232</sup> jusqu'à la manifestation d'une volonté de changement<sup>233</sup> - absente en l'espèce - qui sera également effectué dans le respect de la même loi<sup>234</sup>.

À ce titre, A. Cotiga<sup>235</sup> remarque que : « Il est donc aujourd'hui visible que la Cour de justice ne cherche pas à harmoniser les systèmes nationaux de rattachement des sociétés, pas directement en tout cas, mais confère la responsabilité à cet égard aux sociétés dont les choix de location deviennent riches de conséquences ». C'est ainsi que les sociétés sont poussées à comparer<sup>236</sup> les ordres juridiques

226 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 7.

227 A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 183.

228 Voy. Code de procédure civile allemande (Zivilprozessordnung, ZPO), art. 50, voy. C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 3.

229 Selon la «*Sitztheorie*», «la capacité juridique d'une société s'apprécie conformément au droit applicable à l'endroit où est établi son siège effectif», voy. C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 4.

230 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, points 62, 73 à 75.

231 C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 19.

232 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 67, C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 19.

233 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 63.

234 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 70.

235 A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 187.

236 « A cet égard, le fait, pour le ressortissant d'un État membre, de tirer parti de la souplesse du droit britannique des sociétés et d'exploiter l'effet d'attraction exercé, selon lui, sur la clientèle, par une appellation à connotation anglo-saxonne, s'inscrit dans cette perspective », Av. gén. M. DARMON, concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Segers c.*

européens afin de choisir le plus apte à accueillir leur siège social, lors de la constitution (exercice de la liberté d'établissement primaire) ou plus tard, lors d'un éventuel transfert de siège (liberté d'établissement secondaire)<sup>237</sup>.

Suite à cet arrêt et en vue d'offrir aux sociétés de droit allemand la même flexibilité dont disposent certains autres ordres juridiques, la République fédérale d'Allemagne<sup>238</sup>, suivie par l'Autriche<sup>239</sup>, a intégré la théorie de l'incorporation dans son droit des sociétés<sup>240</sup>, démontrant ainsi les effets de la concurrence normative.

#### § 4 - Arrêt *Inspire Art*

La concurrence normative a eu également un impact dans l'arrêt *Inspire Art*. Cette décision a été rendue moins d'un an après l'arrêt *Überseering* et s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *Centros*.

Une nouvelle fois, on assiste à une société incorporée au Royaume-Uni qui installe un établissement secondaire aux Pays-Bas. À la différence du précédent danois, la liberté d'établissement n'est pas ici d'emblée refusée. Toutefois la succursale se voit imposer<sup>241</sup> la dénomination spécifique « société de pure forme », ainsi qu'une série d'obligations en termes de publicité, notamment, de capital minimum et de responsabilité des administrateurs, équivalentes à celles requises pour les sociétés incorporées aux Pays-Bas.

---

*Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepe*, 9 mars 1999, C-79/85  
ECLI:EU:C:1986:233, point 5.

237 "The advantage to be gained by a company from transferring its registered office on these terms from one Member State to another stems from the twofold need for the company: (a) to be able to adapt its location or organisational structure both to market changes and to changes in its position on those markets *by choosing the national law which, in its view, best meets its requirements* (c'est nous qui soulignons), in LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 12.

238 "The motive for this change was to give German companies the same flexibility as the companies from other Member States enjoy" in Commission staff working document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p.18; Sous réserve des sociétés qui ont leur siège réel en dehors de l'Union Européenne, pour lesquelles l'ordre juridique allemand continue à utiliser le critère du siège réel, voy. C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 75.

239 "Dont les tribunaux considèrent la doctrine du siège réel comme contraire à la liberté d'établissement", in K. MARESCEAU et A. FINK, *op. cit.*, 2014/2, p. 213.

240 A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 189; E.M. KIENINGER, « The law applicable to corporations in the EC », *Rebels Zeitschrift*, vol. 73, 2009, p. 611, avec référence aux travaux des professeurs P. Mayer et V. Heuze, Droit international privé, Montchrestien, 10e éd., 2010, p. 1038, qui fait référence à un arrêt de la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*) du 15 mars 2005 et du Tribunal autrichien (*Österreichischer Oberster Gerichtshof OGH*) du 15 juillet 1999.

241 Sur base de la "Loi sur les sociétés étrangères de pure forme du 17 décembre 1997" (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, *Staatsblad* 1997, n° 697).

Ayant fait l'objet de la onzième directive<sup>242</sup>, la question relative à la publicité dont sont sujets les succursales, avait été harmonisée de manière maximale<sup>243</sup>. À défaut d'être reprises par la directive, les obligations de publicité insérées dans la loi néerlandaise sont en toute logique déclarées par la Cour contraires au droit européen<sup>244</sup>. Quant aux exigences de capital minimum et à la responsabilité des administrateurs, le raisonnement des juges qui siègent à Luxembourg suit celui tenu lors de l'affaire Centros<sup>245</sup>. En somme, l'État membre d'accueil est tenu de reconnaître non seulement la personnalité juridique et le droit d'ester en justice à la société concernée<sup>246</sup>, mais également d'autres aspects de sa *lex societatis*<sup>247</sup> : ceci semble de nature à renforcer la concurrence normative entre les États<sup>248</sup>.

## § 5 – Sous-conclusion

Pour clôturer cette partie, nous nous permettons d'affirmer que s'il est vrai que les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*, comme le relève E.-J. Navez, « ont été rendus dans des hypothèses mettant en cause des déplacements *sans volonté de changement de loi applicable* »<sup>249</sup>, il ne peut être perdu de vue qu'il s'agissait, exception faite pour la société *Überseering*<sup>250</sup>, de mouvements secondaires.

Ainsi, c'est bien le choix de la *lex societatis* anglaise qui avait motivé la constitution de la société au Royaume-Uni, ce qui a bâti la prémisse pour la création ultérieure d'une succursale dans l'État membre d'accueil.

Le même constat est transposable aux affaires *Segers* et *Daily Mail*, où de toute évidence des raisons

---

242 Directive (CEE) 89/666, précitée, voy. *supra* p.22.

243 Directive (CEE) 89/666, précitée, art. 2 et 6.

244 C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 72.

245 C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 136 à 140; C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 24 à 27.

246 C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 76.

247 Notamment les dispositions concernant le capital social minimum et la responsabilité des administrateurs, voy. C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 132.

248 C. Kersting & C.P. Schindler, «The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice», 12 German Law Journal, point 24 (2003) cité par A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, C.D.E., 2007/5-6, p.674.

249 C'est nous qui soulignons ; voy. E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p.112.

250 Où, néanmoins, la société avait été constituée aux Pays-Bas, pays de tradition libérale et adepte de la théorie de l'incorporation, ce qui permet de ne pas exclure que le choix de l'État membre de constitution par la société ait été influencé par la flexibilité de son droit des sociétés.

fiscales<sup>251</sup> et sociales<sup>252</sup> demeuraient à la base des opérations faisant l'objet des questions préjudicielles, étant entendu que les deux sociétés avaient été incorporées au Royaume-Uni en tant que sociétés « boîte aux lettres ».

### Sous-section 3 – Affaires ayant entraîné une intervention législative européenne

Quoi qu'il en soit, la transformation du siège sociale dans le but de modifier la *lex societatis* est certainement centrale dans les affaires *Vale*<sup>253</sup>, *Cartesio*<sup>254</sup>, *SEVIC*<sup>255</sup> et *Polbud*<sup>256</sup>.

#### § 1 - Arrêt *Cartesio*

Dans la décision relative à l'affaire *Cartesio*, la Cour met en tient un raisonnement proche de celui de l'arrêt *Daily Mail*<sup>257</sup> : une société de droit hongrois, souhaite transférer son siège réel en Italie sans changement de la *lex societatis*<sup>258</sup>. À cette occasion, la haute juridiction de l'Union Européenne dit pour droit qu'une situation de transformation transfrontalière est bien couverte par la liberté d'établissement énoncée à l'article 49 du TFUE. Néanmoins, un État membre conserve la faculté de fixer les conditions permettant à une société de conserver le rattachement à son ordre juridique<sup>259</sup>, bien que celles-ci constituent une barrière à la sortie<sup>260</sup>. En l'espèce, la Hongrie ayant fait le choix du critère du siège réel<sup>261</sup>, les institutions magyares pouvaient légitimement considérer qu'un tel transfert de siège social sans changement de droit applicable était impraticable.

#### § 2 - Arrêt *Vale*

---

251 C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 7.

252 C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308, point 4-5.

253 C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440.

254 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723.

255 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005.

256 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804.

257 C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 19 et 24 ; C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723., point 104.

258 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723., point 119.

259 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723., point 110 ; C.J., (gde ch.), arrêt *National Grid Indus*, 29 novembre 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785, point 27.

260 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723, point 113.

261 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723, point 101.

Visant l'hypothèse d'une barrière à l'entrée instituée pour empêcher la transformation des sociétés de droit étranger en sociétés nationales, l'affaire *Vale* constitue un exemple d'attitude protectionniste visant à cloisonner le marché national<sup>262</sup>. Situation miroir de l'affaire précédente<sup>263</sup> : dans ce cas c'est l'État membre d'accueil qui entend limiter la transformation d'une société étrangère en société nationale, tout en disposant d'une telle procédure pour les sociétés de droit interne. Qui plus est, il n'était pas ici question de poser des conditions au transfert, mais simplement de l'interdire tout court<sup>264</sup>. La Cour a saisi cette occasion pour compléter la jurisprudence *Cartesio*. Ainsi, elle considère qu'une telle situation est couverte par la liberté d'établissement<sup>265</sup> et qu'un ordre juridique qui ne régit pas l'existence d'une société, en vertu du principe d'effectivité<sup>266</sup>, n'est pas à même de poser une telle restriction, à la différence de l'État membre d'origine.

### § 3 - Arrêt *SEVIC*

La politique jurisprudentielle de la Cour a constitué une invitation à légiférer<sup>267</sup> au niveau national mais également au niveau de vue du droit européen. L'arrêt *SEVIC*<sup>268</sup> est emblématique à ce titre. Ne reconnaissant que la fusion entre sociétés de droit allemand, la République fédérale refusait<sup>269</sup> l'inscription de l'opération conclue entre *Systems AG et Security Vision Concept S.A*, cette dernière étant une société de droit luxembourgeois. Encore une fois, ledit refus a été considéré comme étant une restriction<sup>270</sup> injustifiée<sup>271</sup> à la liberté d'établissement.

En tout état de cause, ce qui attire notre attention, c'est la progression chronologique qui lie à double fil cette procédure devant la Cour d'une part, et l'adoption d'une directive qui réglemente les fusions transfrontalières, d'autre part<sup>272</sup>. En effet, la question préjudicielle a été posée le 3 octobre 2003 et,

---

262 C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440, point 56 et 60.

263 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 - CJUE, 12 juillet 2012, VALE Építési kft, aff. C-378/10 », *Rev. Aff. Eur.*, 2012/3, p. 655.

264 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005, point 33 et 56.

265 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005, point 24.

266 C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440, point 61.

267 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723, point 108; C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 21 à 23 ; «une difficulté non résolue par les règles sur le droit d'établissement, mais qui doit l'être par des travaux législatifs ou conventionnels (c'est nous qui soulignons)», C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 69.

268 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005.

269 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005, point 20.

270 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005, point 22.

271 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005, point 30.

272 Directive (CE) 2005/56, précitée.

quarante-cinq jours après, la Commission déposait une proposition de directive concernant le régime des fusions transfrontalières<sup>273</sup>, qui a été définitivement adoptée le 26 octobre 2005, quarante-huit jours avant la lecture du dispositif de l'arrêt. Il apparaît peu probable que la présente affaire n'ait pas joué un rôle dans la rapidité<sup>274</sup> de l'adoption d'une directive fortement attendue<sup>275</sup>.

#### § 4 - Arrêt *Polbud*

Celle qui semblait être la dernière étape en la matière est constituée par l'affaire *Polbud*<sup>276</sup>, une société qui, à l'inverse de *Daily Mail*, souhaitait transférer son siège statutaire en conservant le siège réel<sup>277</sup>.

Les deux sièges se situaient en Pologne et, par une décision de l'assemblée générale, le premier a été transféré au Luxembourg<sup>278</sup>, le droit polonais permettant le transfert transfrontalier de siège statutaire. Cependant, la radiation du registre polonais est subordonnée à la liquidation de la société<sup>279</sup>, ce qui nous rappelle l'affaire *Cartesio*<sup>280</sup>. Prenant le contre-pied des conclusions de l'avocat général<sup>281</sup>, la Cour censure la législation polonaise et déclare que la liberté d'établissement couvre le transfert de siège statutaire en l'absence de transfert du siège réel<sup>282</sup>, bien que l'ensemble des activités économiques demeure dans l'État membre d'origine<sup>283</sup>.

Nous remarquons à nouveau que quelques mois suivant le prononcé de cet arrêt - et inspirée par celui-ci<sup>284</sup> - une initiative législative régissant la matière fut présentée par la Commission<sup>285</sup> et adoptée par la

---

273 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, Bruxelles, 18 novembre 2003, COM/2003/0703 final.

274 “[U]ne consultation supplémentaire ou une étude d'impact sur la présente proposition dont *l'adoption rapide est souhaitée par les milieux intéressés* n'a pas été nécessaire (c'est nous qui soulignons)”, in Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, exposé des motifs, Bruxelles, 18 novembre 2003.

275 La première proposition de dixième directive remonte au 14 décembre 1984.

276 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804.

277 La société *Polbud* contestait cette circonstance, à l'appui d'une résolution de son assemblée générale du 28 mai 2013, considérant qu'elle entendait déplacer également son siège de direction effective au Luxembourg; C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 19,20 et 26.

278 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 8.

279 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 47 à 49.

280 C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723, point 112-113.

281 Av. gén. J. KOKOTT, concl. prec. C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonawstwo sp. z o.o.*, 25 octobre 2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:351, spéc. point 34 et 35.

282 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 41.

283 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 38.

284 Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018, p. 2 ; I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes... », *op. cit.*, p. 810.

285 Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018.

suite. Une fois de plus, l'harmonisation négative a ainsi conduit à l'adoption d'un instrument d'harmonisation positive.

### § 5 - Future affaire *All in One Star* ?

Une nouvelle affaire<sup>286</sup> s'inscrivant dans la continuité de l'arrêt *Inspire Art* se profile à l'horizon. À nouveau, une « *Ltd* » de droit anglais se voit refuser l'enregistrement d'une succursale, cette fois en Allemagne. En l'espèce, la société refuse, *inter alia*, d'indiquer son capital social<sup>287</sup>.

Il apparaît d'emblée que cette première obligation, ne rentrant pas dans la liste exhaustive d'informations dont la publicité peut être exigée<sup>288</sup>, pourrait être déclarée illégitime<sup>289</sup>. Ensuite, il est requise une publicité concernant une éventuelle interdiction pesant sur le gérant de la société : ceci semble de nature à subir une censure analogue de la part de la Cour, bien qu'elle vise à garantir une raison impérieuse d'intérêt général<sup>290</sup>.

La Cour est appelée, dans les mois à venir, à nouveau à harmoniser le droit européen des sociétés par la suppression des entraves à la liberté d'établissement. Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il sera rendu lorsque l'État membre d'origine ne sera plus un État membre de l'Union<sup>291</sup>.

### § 6 - Sous-conclusion

Les décisions que nous venons d'aborder peuvent être résumées de la sorte : l'État membre d'accueil ne peut pas empêcher l'immigration d'une société sur son territoire (*Centros, Überseering, Inspire Art*,

---

286 C.J., demande de décision préjudicielle de la Cour fédérale allemande, *All in One Star Ltd*, 19 juin 2019, C-469/19.

287 En droit anglais cette notion ferait référence, in casu, à l'« *issued share capital* », le capital souscrit par les associés ; C.J., C.J., demande de décision préjudicielle de la Cour fédérale allemande, *All in One Star Ltd*, 19 juin 2019, C-469/19, point 12.

288 « [N]e peut porter que » ; Directive 2017/1132, précitée, art. 30, (1) et Annexe IV, ; Directive (CEE) 89/666, précitée, art. 2 ; C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 69.

289 C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 69-70 ; peu importe si l'État membre d'accueil pourrait exiger la publication de l'acte constitutif de la société, vu que l'« *issued share capital* » ne semble pas faire partie de cet acte en droit anglais. Voy. *Company Act* (CA 2006), art. 10 ; C.J., demande de décision préjudicielle de la Cour fédérale allemande, *All in One Star Ltd*, 19 juin 2019, C-469/19, point 31 à 33.

290 En effet, l'on pourrait considérer que cette obligation vise spécialement l'aptitude du gérant, plutôt que la succursale en soi, et dès lors pourrait sortir du champ d'application de la directive. Si cela était confirmé, une telle mesure devrait être appréciée à la lumière du droit primaire et elle pourrait être réputée comme étant justifiée au vu de l'objectif de lutte contre les fraudes. Néanmoins, l'existence d'obligations de nature semblable prévues à l'art. 30, (1), e) de la directive nous fait douter de la possible exclusion de cette obligation du champ d'application de la directive. De plus, ceci consisterait en un contournement du droit dérivé.

291 À ce sujet, voy. M. KULINSKA et N. BRIDGLAND, « Brexit and EU Corporate Mobility », C.J., 2018/2-3, p. 59-66.



*SEVIC*), tandis qu'une marge de manœuvre plus entendue est laissée à l'État membre d'origine en termes de conditions à respecter pour pouvoir valablement s'expatrier (*Daily Mail, Cartesio*), mais avec certaines limites (*Cadbury Schweppes et Polbud*). À propos de ces limites, depuis 1986 et jusqu'à l'arrêt *Polbud*, la Cour a soutenu sans cesse qu'un contrôle au « cas par cas »<sup>292</sup> de la part d'un État pouvait mener à sanctionner les comportements visant à « se soustraire abusivement »<sup>293</sup> à l'emprise de sa législation nationale.

En conclusion, nous pouvons affirmer que l'intervention de la CJ dans le domaine de la liberté d'établissement des sociétés a partiellement soigné la paralysie des législateurs européens<sup>294</sup>. À l'appui de ces affirmations, nous pouvons mettre en avant un constat : la possibilité de transfert du siège social aussi bien à travers une fusion que *via* une transformation transfrontalière a été consacrée dans un premier temps par la jurisprudence et ensuite par les législateurs européens<sup>295</sup>.

Par cette harmonisation négative, la jurisprudence a ainsi fait émerger une « asymétrie » compétitive, ou « *unlevel playing field* »<sup>296</sup> entre les ordres juridiques adeptes du siège réel et ceux partisans de la théorie de l'incorporation, ce qui est de nature à conduire les sociétés à préférer un rattachement à ces derniers<sup>297</sup>.

En effet, un État adepte de la théorie réaliste du siège social est obligé de permettre à une société incorporée dans un État partisan du siège statutaire d'exercer la totalité de son activité sur son territoire, tout en demeurant soumise à *lex societatis* de ce dernier. Par contre, lorsqu'elles émigrent à l'étranger, les sociétés attachées à un ordre juridique « réaliste » sont considérées par ce dernier comme n'étant plus régies par sa loi, mais par celle du pays d'accueil.

---

292 Av. gén. M. DARMON, concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringwezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 9 mars 1999, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:233, point 6.

293 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 39.

294 « Les législateurs de l'Union se sont montrés inactifs à cet égard et c'est la CJUE qui a dû trancher » in Rapport du Parlement sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, A8-0002/2019, 9 janvier 2019, p.215; M. HO-DAC, « Un pas supplémentaire ... », *op. cit.*, p. 653.

295 Av. gén. N. JÄÄSKINEN, concl. prec. C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2011:841, point 36; « A legislative effort is needed in this field in order to implement the freedom of establishment in the manner intended by the Treaty », Communication from the commission to the council and the european parliament - Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward, 21 mai 2003, COM(2003) 284 final, p. 5; M. HO-DAC, « Un pas supplémentaire ... », *op. cit.*, p. 656.

296 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 10.

297 « As regards 'start up' companies, these judgments have triggered regulatory arbitrage among Member States by allowing company founders to set up their company in the Member State with the most attractive company law. This led, in particular, to a large increase in cross-country incorporations in the UK by companies from other EU Member States » in LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 20.

## Chapitre 2 – Droit des États membres

À fur et à mesure que la jurisprudence a transformé le panorama normatif européen en un sens plus favorable à la mobilité des opérateurs, la consécration de la compatibilité du « *forum shopping* » avec le droit européen a été de moins en moins implicite<sup>298299</sup>.

Une telle consécration a mis sous pression les États membres qui, comme nous l'avons vu dans la première partie de l'exposé, étaient à l'origine de l'impasse législative qui avait conduit la Cour à démarrer l'œuvre d'harmonisation négative. La raison se trouve dans les différentes traditions dont sont issus les États membres<sup>300</sup> : certains souhaitent soutenir directement ou indirectement, les opérateurs nationaux en intervenant sur le marché, du moins celui réglementaire, tandis que d'autres préféreraient laisser la « main invisible » les conduire à une parfaite allocation des ressources.

À ce titre, nous pourrions classer les états entre, d'une part, ceux qui jouent le jeu de la concurrence en supprimant les barrières à la circulation présentes dans leur cadre législatif et d'autre part, ceux qui introduisent de nouveaux obstacles visant à protéger le marché national contre la concurrence – loyale ou non – étrangère. Nonobstant cette tentation simpliste et en fixant, de manière un peu caricaturale, les deux pôles idéologiques<sup>301</sup>, il nous semble plus pertinent de se concentrer sur les produits juridiques, adoptés par les législateurs nationaux dans la foulée des évolutions prétoriennes. Ainsi nous trouvons, d'un côté les normes tendant à simplifier et alléger la charge administrative en vue d'attirer davantage d'opérateurs économiques, prônées généralement par les pays à tradition libérale.

De l'autre côté, il existe un ensemble de dispositions, promulguées la plupart du temps par les pays à tradition dirigiste, dans lequel l'appareil étatique a essayé de bâtir des entraves réglementaires au départ d'entreprises nationales et à l'établissement de nouveaux concurrents étrangers.

### Section 1 – Normes favorisant la concurrence normative

---

298 C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 40 ; C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 27 ; C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 96.

299 I. CORBISIER, « 'Arrêt « Polbud' ... », *op. cit.*, p.137.

300 E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 442, n°28 ; EUROPEAN COMMISSION, « Report of the Reflection Group ... », *op. cit.*, p. 65.

301 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p.649.

Le passage de la théorie du siège réel à celle du siège statutaire, l'introduction de sociétés dépourvues de capital social et le choix de se limiter à la stricte transposition des directives européennes, s'inscrivent dans la courante libérale qui favorise la circulation des opérateurs économiques.

### **Sous-section 1 - Conversion de critère de rattachement**

Comme nous l'avons anticipé *supra*, certains pays ont modifié<sup>302</sup> leur choix de critère de rattachement, suite aux réflexions issues des arrêts de la Cour, dans le but de se mettre en phase avec le droit européen et d'améliorer l'efficacité de leur droit des sociétés<sup>303</sup>.

Nous avons déjà cité le changement de critère de rattachement à la *lex societatis* opéré par l'Allemagne suite à l'arrêt *Überseering*. Il faut mentionner également le rapprochement effectué par le droit néerlandais vers le droit des sociétés du Royaume-Uni, en vue de profiter de sa souplesse<sup>304</sup>.

Si, historiquement, le droit belge des sociétés s'était orienté vers la France - ce dont témoigne, *inter alia*, une convention fixant la reconnaissance réciproque des opérateurs économiques en 1854<sup>305</sup> - les derniers développements montrent plutôt un rapprochement vers les Pays-Bas.

Il y a plus de cinquante ans, la Cour de Cassation belge<sup>306</sup> avait déjà, nonobstant l'absence d'un cadre législatif précis, libéralisé la matière de l'immigration des sociétés dans le Royaume avec un arrêt historique. Plus précisément, à cette occasion a été consacré le principe selon lequel une société peut effectuer un tel transfert de son établissement principal en continuité de sa personnalité juridique. Cette solution prétorienne a ensuite été transposée<sup>307</sup> dans le code de droit international privé, à l'article 112.

---

302 Nous avons déjà cité l'Allemagne et l'Autriche, *cf. supra* p. 33

303 « Member States the most affected by the regulatory competition (Germany, the Netherlands) have undertaken reforms to ensure that their national corporate forms are more responsive to entrepreneurs' needs » in Commission staff working document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p. 44; J. TERFVE et S. MAQUET, *op. cit.*, p. 195, n° 27.

304 « [L]es exigences de souscription et de libération d'un capital minimum sont moins strictes, les formalités de constitution sont plus rapides (aucun examen préalable de la constitution n'étant exigé) et les conditions régissant la modification des statuts, la cession d'actions et la publication sont moins contraignantes » in A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 671.

305 Traité définitif de commerce, signé à Bruxelles le 27 février 1854 ; suivi par une loi de l'empire français du 1857 qui garantissait, à son article 1er: «Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles et financières, qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'empire. » in M. PRELOT, *op. cit.*, p. 6. ; V. SIMONART, « L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre Etat de la Communauté et, en particulier, aux limited - (n° 6982) », *Rev. prat. Soc.*, 2008/2, p. 129.

306 Cass. (1er ch.), 12 novembre 1965, R.P.S., 1966, p. 136.

307 E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p.107.

Cependant, de nombreux aspects<sup>308</sup> de la procédure de transfert du siège social restaient largement non couverts par le droit matériel belge<sup>309</sup>.

Récemment, suivant l'exemple des Pays-Bas, le Royaume de Belgique a opéré un changement radical<sup>310</sup> dans son choix du critère de rattachement d'une société à un ordre juridique : la théorie de l'incorporation est désormais consacrée à l'article 2.139 du C.S.A. L'exposé des motifs de la loi qui dispose un tel changement corrobore l'hypothèse d'une concurrence normative qui exerce une pression constante sur les producteurs de lois afin d'adapter leur cadre normatif aux meilleurs standards en vigueur dans les autres ordres juridiques. Ainsi, les raisons invoquées lors de ce changement sont les suivantes<sup>311</sup> :

1. « accroître l'attractivité du droit belge des personnes morales, [...] faciliter le choix du droit belge et, partant, son applicabilité et, ainsi, [...] stimuler l'attractivité de la Belgique en tant que pays d'implantation » ;
2. « s'aligner sur la règle en vigueur dans la plupart de nos pays voisins et principaux partenaires commerciaux » ;
3. remédier à la « grande insécurité juridique [...] [que] la doctrine du siège réel crée [...] pour les entreprises » ;
4. tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, « l'application du droit belge à des sociétés qui « immigrer » vers la Belgique [...] en y ouvrant des établissements considérés comme leur siège réel [étant] généralement incompatible avec la liberté d'établissement garantie par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

## Sous-section 2 - Suppression du capital minimum

---

308 Quorum nécessaire pour que la décision du conseil d'administration et de l'assemblée générale soit efficace, reconnaissance de la personnalité juridique en cas d'absence de procédure d'émigration dans le droit du pays d'origine, d'autres formalités à accomplir, *voy.* à ce sujet E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p.109.

309 E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p.109; N. BAMMENS et F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 136.

310 « En Belgique, la doctrine du milieu du XIXe siècle enseignait déjà que le siège statutaire d'une personne morale de droit belge doit correspondre effectivement à son établissement principal », J. TERFVE et S. MAQUET, *op. cit.*, p. 175 ; *Voy.* également, Lois coordonnées sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, M.B., 17 juin 1995, art. 197, remplacé par C. Soc, art. 56, substitué par le Code D.I.P., art. 110.

311 Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc., Chambre, 2017-2018, no 3119/1, p. 15-16, 339-342 ; N. BAMMENS et F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 131.

La concurrence normative a entraîné une tendance accrue à l'abandon, du moins partiel, de l'exigence de capital minimum, avec un rapprochement législatif à la structure des *Limited* de droit anglais<sup>312</sup>, de la part de la France, des Pays-Bas<sup>313</sup>, de l'Allemagne et de la Belgique<sup>314</sup><sup>315</sup>.

Un des catalyseurs de cette évolution législative se trouve dans l'impossibilité décrétée par la Cour<sup>316</sup> d'imposer une telle obligation aux succursales des sociétés étrangères qui ne rencontrent pas une exigence analogue dans leur *lex societatis*. Il va de soi que, dans de telles conditions, l'imposition d'un capital minimum pour les seules sociétés de droit national constitue un désavantage compétitif non indifférent. Ce constat est bien entendu limité aux sociétés « privées », étant donné que les sociétés anonymes<sup>317</sup>, visées dans le champ d'application de la directive 2017/1132, sont soumises à l'obligation de capital minimum fixée à l'heure actuelle à l'article 45<sup>318</sup>, ce qui limite le jeu de la concurrence normative.

### Sous-section 3 - Régimes particuliers – Droit de vote multiple

La possibilité offerte par le droit hollandais de conférer un droit de vote multiple aux actionnaires est considérée comme étant un atout. De fait, ceci permet à un actionnaire de s'assurer le contrôle d'une société sans en détenir la majorité des actions, en créant par la même occasion « une marge de manœuvre pour émettre de nouvelles actions afin de financer des partenariats ou des acquisitions avec d'autres groupes sans perturber l'équilibre des pouvoirs au sein de la société »<sup>319</sup>. Par la suite, le

---

312 E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 488, n° 97.

313 Code de Commerce français, art. L223-2, modifié par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, *J.O.R.F.*, 5 août 2003, cité par T. DELVAUX, *op. cit.*, p. 259, note n° 201.

314 Loi du 12 janvier 2010 modifiant le Code des sociétés et prévoyant les modalités de la société privée à responsabilité limitée « starter », *M.B.*, 26 janvier 2010 ; Exposé des motifs précité, *Doc.*, Chambre, 2017-2018, no 3119/1, p. 128 ; Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 4 avril 2019 ; Cette loi supprime l'art. 214 de l'ancien Code des Sociétés, qui disposait l'obligation d'un capital minimum pour les SPRL.

315 « Cette forme de société peut en outre constituer un moyen pour contrecarrer la fuite d'entrepreneurs vers d'autres pays » in C. BROCAL., « La création de la SPRL-S en Belgique. La SPRL-S et sa demi-soeur allemande l'Unternehmergeellschaft (UG), une concurrence timide pour la « Limited » anglaise ? », *D.A.O.R.*, 2010/3, n° 95, p. 241.

316 C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126; *C.J.C.E.*, arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.

317 Directive (UE) 2017/1132 précitée, annexe I.

318 Directive (UE) 2017/1132 précitée, art. 45.

319 <https://www.reuters.com/article/us-italy-campari-netherlands/drinks-group-campari-to-move-registered-office-to-the-netherlands-idUSKBN20C2D4> qui cite également *FCA/Stellantis* et *Mediaset/MFE*

Royaume de Belgique a adopté un régime analogue<sup>320</sup> suite à l'adoption du CSA, ce qui confirme le jeu de la concurrence normative en Belgique.

## Sections 2 – Normes faisant obstacle à la concurrence normative<sup>321</sup>

Faute d'harmonisation et suivant le principe de subsidiarité<sup>322</sup>, d'équivalence<sup>323</sup>, d'effectivité<sup>324</sup> et dans le respect des normes supérieures, les États membres sont libres de choisir les meilleurs moyens pour la mise en œuvre des libertés garanties par le droit de l'Union. Dans un souci de protectionnisme, certains États ont bâti des obstacles à l'expatriation et à l'immigration des sociétés, en imposant la liquidation préalable, en instituant des impositions à la sortie pour les plus-values latentes, les « exit tax »<sup>325</sup>, en exigeant certaines procédures excessivement lourdes ou l'imposition d'obligations spécifiques aux sociétés « pseudo-étrangères ». Une autre technique protectionniste consistait à s'abstenir de définir une procédure d'expatriation dans son ordre juridique<sup>326</sup>.

### Sous-section 1 - Absence de procédure de transformation transfrontalière

Par exemple, avant l'adoption de la directive 2019/2121, plus de la moitié des États membres n'avaient pas prévu une procédure de transformation transfrontalière dans leur droit national<sup>327</sup>. C'est le cas de la Belgique, qui, jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2019<sup>328</sup>, ne disposait pas d'un régime *ad hoc* permettant aux sociétés de s'expatrier dans la continuité de leur personnalité juridique<sup>329</sup>. De plus, nous relevons qu'à l'heure actuelle, sous une petite réserve<sup>330</sup>, l'ordre juridique belge ne prévoit pas une

320 Pour les SA non cotées sur un marché réglementé il est prévu un droit de vote multiple, sans limites quant au multiple, CSA, Art. 7 :53 §4, voy. D., WILLERMAIN, « *Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA* », *RPS-TRV*, 2020/2, p. 127-128 ; Pour les SA cotées, il est prévu un droit de vote « de loyauté », D. WILLERMAIN, *ibidem*, p.129-131.

321 Ou « anti-concurrentielle », voy., T. DELVAUX, *op. cit.*, p. 212.

322 « RÉSOLUS à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité », Traité sur l'Union Européenne, préambule, art. 1 al. 2.

323 C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440, point 48 et 56.

324 C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440, point 48 et 54.

325 E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p.143 et 145; Le régime belge a été modifié à ce sujet à plusieurs reprises pour répondre aux arrêts de la CJUE, voy. N. BAMMENS et F. HENNEAUX, *op. cit.*, p. 154.

326 Ex. la Belgique jusqu'à l'adoption du CSA, voy. J. TERFVE et S. MAQUET, *op. cit.*, p. 178.

327 Seulement la Belgique, Chypre, Danemark, Espagne, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Portugal, République tchèque et Slovaquie prévoient une telle procédure, voy. « Note sur la proposition de la Commission du 25 avril 2018 relative au transfert, à la fusion et à la scission des entreprises », Alliance for Societas Europea Promotion, 2018, p. 1; JEANTET ASSOCIÉS AARPI, *op. cit.*, p.37 ; Nous signalons que cette dernière source ne compte pas le Danemark dans sa liste.

328 Voy. C.S.A., art. 14 :16 à 14 :27.

329 J. TERFVE et S. MAQUET, *op. cit.*, p. 178.

330 J. TERFVE et S. MAQUET, *op. cit.*, p. 190.

procédure d'expatriation du principal établissement<sup>331</sup> sans liquidation<sup>332</sup>. Ceci est d'une importance considérable, cet élément étant le critère permettant au fisc de considérer une société comme étant résidente en Belgique du point de vue fiscal<sup>333</sup> et ainsi taxable sur son revenu mondial.

### **Sous-section 2 - Refus de reconnaissance de la personnalité juridique**

D'autres obstacles ont été posés à l'immigration des sociétés étrangères, pour cloisonner le marché national : tel est le cas d'un refus de reconnaissance des sociétés constituées sur base un droit étranger, comme nous l'avons vu dans l'affaire *Überseering*<sup>334</sup>.

### **Sous-section 3 - Imposition d'obligations supplémentaires pour les sociétés étrangères**

Nous venons de mentionner l'évolution législative opérée par les Pays-Bas en matière de droit des sociétés. Pourtant, nous pouvons considérer que ce régime « très libéral<sup>335</sup> » avait été victime de son succès : en effet, bon nombre de sociétés exerçant leurs activités sur son territoire étaient constituées à l'étranger (souvent au Royaume-Uni) afin d'échapper aux normes impératives prévues par le droit des sociétés néerlandais<sup>336</sup>. Ceci n'était probablement pas étranger au fait que, dans un premier temps, les Pays-Bas avaient suivi une approche plus protectrice des intérêts des tiers, en étendant l'exigence de capital minimum aux « *besloten vennootschap* » (*B.V.*)<sup>337</sup>. Par conséquent, faisant un pas en arrière, le législateur de la Haye avait ajouté une série d'obligations complémentaires pénalisant les sociétés « boîtes aux lettres » constituées à l'étranger, qui ont fait l'objet de l'arrêt *Inspire Art*<sup>338</sup>.

---

331 J. TERFVE et S. MAQUET, *op. cit.*, p. 176.

332 « La fiction de liquidation s'appliquera pleinement même dans les relations avec les autres États membres de l'Union européenne de sorte que si la société ne conserve pas d'établissement belge après le transfert, elle sera pleinement imposée sur l'ensemble des plus-values latentes à la sortie qui seront réputées avoir été réalisées. De même, si la société conserve un tel établissement et qu'elle transfère tout ou partie de ses actifs à l'occasion ou après le transfert, elle sera imposée sur les plus-values latentes réputées réalisées sur les actifs transférés » in J. TERFVE et S. MAQUET, *op. cit.*, p. 190-191.

333 CIR92, art. 2, (1), 5°, (b) CIR.92; C.S.A., art. 14 :16 qui définit l'émigration d'une société du seul point de vue de son siège statutaire. J. TERFVE et S. MAQUET, *op. cit.*, p. 190.

334 *Cf.* p. 34.

335 *C.J.C.E.*, arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 77.

336 *C.J.C.E.*, arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 79.

337 "18.000 EUR, art. 2 :178 (2) du *burgerlijk wetboek*" in T. DELVAUX, *op. cit.*, p. 243.

338 *C.J.C.E.*, arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 80.

En conclusion du premier titre de la présente contribution, nous avons observé une relation de proportionnalité indirecte entre harmonisation et concurrence normative : à l'augmentation de l'une, l'autre diminue proportionnellement<sup>339</sup>, et inversement.

## TITRE III – LES OPERATEURS ECONOMIQUES – IMPACT DE LA TAILLE

La création d'un établissement secondaire ou le déplacement du siège sont des options qui s'offrent, *a priori*, à tout opérateur économique dans l'Union Européenne. Pourtant, en matière de mobilité transfrontalière, l'on relève un cadre juridique caractérisé par une forte insécurité juridique, une charge administrative conséquente et des coûts non négligeables.

C'est la raison pour laquelle, lors d'une consultation publique lancée en 2012 par la Commission, 80 % des participants supportait une initiative *ad hoc* de la part des législateurs de l'Union Européenne<sup>340</sup>. Étant donnée son absence et ne pouvant pas attendre les délais de la politique européenne, les opérateurs ont cherché des alternatives, comme nous l'avons signalé *supra*<sup>341</sup>. Les avantages et les obstacles du rattachement à un ordre juridique, cependant, semblent être différents pour une société cotée sur un marché réglementé ou non : les différences concernant le droit applicable<sup>342</sup> intéressent davantage les premières. Plus généralement, nous pouvons affirmer que le bilan entre coûts et bénéfices d'un éventuel transfert de siège dans l'Union Européenne est plus intéressant pour les opérateurs de taille plus grande.

Pourtant, comme nous allons le voir ci-dessous, dans la taxonomie des opérateurs économiques européens, ces opérateurs constituent une petite minorité, bien que cruciale pour les opérateurs de dimensions plus réduites.

### Chapitre unique - Les PME

339 "En ce sens, on peut affirmer que l'atout majeur de la concurrence réglementaire est en fin de compte de renforcer l'efficacité du processus d'harmonisation" in T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres ... », *op. cit.*, p. 272.

340 EUROPEAN COMMISSION, Feedback statement: Summary of responses to the public consultation on the future of European company law, Brussels, July 2012, p. 9-10.

341 *Cf.* pag. 24

342 « Regarding the former case (groups of unlisted companies), only a few Member States impose specific duties of notification on the acquisition of voting or equity participations on unlisted companies (e.g., § 20 of *German AktG*, arts. L. 233-2 and L. 233-6 of French "Code de Commerce", Article 484 of Portuguese "*Código das Sociedades*") » in EUROPEAN COMMISSION, « Report of the Reflection Group ... », *op. cit.*, p.71 ; E. FARNOUX, « Une apologie des foreign-cubed class actions en matière financière - Forum shopping, régulation, extraterritorialité et compétence déléguée », *R.B.D.I.*, 2014/2, p. 422 et 425.



Au début du siècle, un auteur affirmait que le « droit communautaire est plutôt un droit des sociétés anonymes, et même un droit des grandes sociétés anonymes »<sup>343</sup>.

Pourtant, l'Union Européenne compte environ 24 millions d'entreprises, dont à peu près 80 % de sociétés de capitaux<sup>344</sup>, et 99,8 % d'entre elles étant des PME<sup>345</sup>. Ces dernières « contribuent à hauteur de près de deux tiers de l'emploi dans le secteur privé non financier européen »<sup>346</sup>. L'importance de ces opérateurs a été soulignée à plusieurs reprises par la Commission, en particulier en matière d'innovation, d'occupation et de concurrence<sup>347</sup>.

## Section 1 - Définition de PME et de micro-société

Les critères qualifiants pour les PME, qui ont évolué dans le temps<sup>348</sup>, ont été formulés pour la première fois et sans les dénommer de la sorte, en 1971 avec la proposition d'une quatrième directive<sup>349</sup>, adoptée en 1978<sup>350</sup>. Néanmoins, déjà en 1973 le Comité Économique et Social Européen (CESE) indiquait à la Commission, de manière assez lapidaire, que « les montants sont assurément arbitraires »<sup>351</sup>. La première définition de PME, datant de 2003 et ayant été insérée dans un instrument

343 N. HUET, « De nouvelles propositions pour un statut de société européenne - (n° 6802) », *Rev. prat. Soc.*, 2000/2, p. 115-116.

344 Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018, p.1.

345 V. de BEAUFORT, « Chapitre 27 - L'Europe des PME » in *Droit européen des affaires et politiques européennes*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 324.

346 V. de BEAUFORT, *ibidem*, p. 324

347 « Tout d'abord les PME jouent un rôle proportionnellement plus important en matière de création d'emplois, surtout à une époque où les grandes entreprises licencient du personnel. Ensuite, étant davantage exposées à la concurrence mais en même temps plus souples et à même de s'adapter que les grandes entreprises, les PME ont tendance à se trouver au premier plan de l'innovation. Troisièmement et en conséquence, les PME sont une source importante de concurrence sur les marchés – qui restent ainsi ouverts à d'autres entreprises – et sont le moteur principal des changements structurels et de la régénération de l'économie dans son ensemble: elles facilitent le passage des ressources économiques des secteurs en déclin aux secteurs en expansion. Il ne s'agit pas de nier l'importance des grandes entreprises ; elles sont complémentaires des PME mais celles-ci sont vitales pour toute économie qu'elles permettent de dynamiser alors qu'un développement insuffisant des PME conduit à la stagnation » in Communication de la Commission – Encadrement communautaire des aides d'État aux petites et moyennes entreprises, point 1.1, *J.O.C.E.*, C 213, 19 août 1992, p. 2 ; T. DELVAUX, « VI - Les PME et l'intervention de l'État dans l'économie : quelques illustrations », *Les petites et moyennes entreprises dans le droit des affaires*, R. AYDOGDU (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 233.

348 T. DELVAUX, « VI - Les PME et ... », *ibidem*, p.234, n° 23.

349 Proposition d'une quatrième directive sur la base de l'article 54 paragraphe 3 g) tendant à coordonner les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la structure et le contenu des comptes annuels et du rapport de gestion, les modes d'évaluation ainsi que la publicité de ces documents, art. 24, *J.O.C.E.*, C 7, 28 janvier 1972.

350 Directive (CEE) 78/660, précitée, art. 11 et 27.

351 Consultation du comité économique et social sur une proposition de quatrième directive du Conseil sur la base de l'article 54.3.g) tendant à coordonner les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la structure et le contenu des comptes annuels et du rapport de gestion, les modes d'évaluation ainsi que la publicité de ces documents, art. 24, *J.O.C.E.*, C 39/31, 7 juin 1973.

non-législatif<sup>352</sup>, comprenait initialement aussi bien la plus petite des entreprises qu' un opérateur employant 249 personnes et ayant € 49.000.000 de chiffre d'affaires.

La catégorie des micro-entreprises<sup>353</sup>, qui emploient moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas € 2 000 000, était exclue de l'acronyme classique indiquant les petites et moyennes entreprises et n'a été consacré dans un texte de droit dérivé qu'en 2014<sup>354</sup>.

Ce retard est particulièrement étonnant, étant donné que 93 % des opérateurs économiques européens remplissent ces deux critères<sup>355</sup>. D'ailleurs, en raison de l'ampleur des opérateurs concernés, cette catégorie apparaît comme étant caractérisée par une forte hétérogénéité, ce qui nous permet de douter sur son efficacité.

Au terme de l'analyse, nous pensons qu'il est justifié d'utiliser, par la suite, le terme « opérateur de taille réduite ».

## **Section 2 - Mobilité des opérateurs de taille réduite**

Un auteur affirme que la mobilité transfrontalière des sociétés est une « condition fondamentale de la compétition entre systèmes juridiques »<sup>356</sup>.

Dans les lignes qui suivent, nous allons soutenir la thèse selon laquelle, sur la base de cette prémisse, à l'heure actuelle la concurrence normative pour les opérateurs de taille réduite a un impact très faible, voire inexistant.

Le *forum shopping* à partir d'un État membre qui impose un capital social minimum en direction d'un État qui ne prévoit pas une telle exigence, pourrait constituer une stratégie avantageuse pour une PME. Une étude<sup>357</sup> montre comment une telle société, qui généralement a un accès moins aisé aux financements externes, pourrait ainsi libérer des ressources capables d'influencer positivement sa croissance. De plus, généralement, la mobilité à l'intérieur du marché unique pourrait ouvrir des opportunités considérables en termes de réseau et de sources de financement<sup>358</sup>. En effet, avoir une présence sur la place financière de Londres ou du Luxembourg présente un avantage évident, à ce titre, par rapport à un endroit moins riche d'investisseurs.

---

352 Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, annexe I, art. 2, *J.O.U.E.*, L 124/36, 25 mai 2003.

353 En droit belge, cette définition est donnée aux articles 1:24 et 1:25 du C.S.A.

354 Règlement (UE) n° 651/2014.

355 V. de Beaufort, *op. cit.*, p. 324.

356 A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 176.

357 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 70.

358 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p.1.

Cependant, le cadre juridique non favorable à la mobilité de ces opérateurs ne permet pas d'exploiter ce potentiel.

Tout d'abord, avant l'adoption de la quatorzième directive<sup>359</sup>, le transfert de siège social sans perte de personnalité juridique était presque impraticable pour les entreprises de petite taille<sup>360</sup>. Ainsi, les PME étaient les plus pénalisées<sup>361</sup> par l'absence d'un cadre juridique clair et harmonisé<sup>362</sup>. Les raisons sont nombreuses et elles ont fait l'objet d'une analyse exhaustive, il y a une décennie, de la part de E. - J. Navez<sup>363</sup>. Nous allons nous contenter d'en analyser une courte sélection.

En premier lieu, plus de la moitié des ordres juridiques de l'Union ne disposait pas d'une procédure de transfert de siège intra-européen<sup>364</sup>. Ensuite, une telle procédure était de toute manière entravée par l'aversion au risque et l'incertitude de la part des PME, jointes à la difficulté matérielle de se procurer des informations fiables et individualisées à propos des ordres juridiques des 27 États membres.

De plus, un facteur généralement important lors de la constitution d'une société, est le coût<sup>365</sup> de création de l'entreprise. À ce titre, notons qu'en addition aux vingt-deux formalités administratives à accomplir<sup>366</sup>, communes aux États membres, le prix en espèce à payer pour ouvrir une société varie, selon le pays, entre € 8.950,00 pour la République italienne et € 0,00 pour la Slovénie<sup>367</sup>.

Un autre élément de fragmentation faisant obstacle à l'applicabilité du *schéma* de la concurrence normative aux PME, est constitué par le fait que les barrières linguistiques ne permettent à un opérateur

---

359 Directive (UE) 2019/2121, précitée.

360 Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018, p. 2 ; ALLIANCE FOR SOCIETAS EUROPAEA PROMOTION, « Note sur la proposition de la Commission du 25 avril 2018 relative au transfert, à la fusion et à la scission des entreprises », disponible sur [asep-european-companies.com](http://asep-european-companies.com) 2018, p. 1 et 2.

361 Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, C 62/24, 15 février 2019, p. 6, point 3.5.8 et 3.6.3; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550 final, 28 octobre 2015, p.5.

362 « Des divergences trop importantes subsistent entre les règles de détermination de la *lex societatis* retenues par les différents ordres juridiques », in E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière ... », *op. cit.*, p. 109.

363 E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 433-436.

364 *Cf. supra* p.44

365 Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières", *J.O.U.E.*, C 62/24, 15 février 2019, p. 2, point 1.8.

366 CENTRE FOR STRATEGY AND EVALUATION SERVICES, for DG Entreprise, « Benchmarking the administration of start-ups », Bruxelles, 2007, cité par LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p.57.

367 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 57-58.

de petite taille et aux ressources limitées de considérer comme étant « interchangeables » que les ordres juridiques dont il peut maîtriser la langue<sup>368</sup>.

Gardant à l'esprit les considérations que nous venons d'exprimer concernant le coût de constitution et la langue, il est intéressant d'observer les résultats d'une étude<sup>369</sup> qui analyse les sociétés ayant émigré de l'Espagne entre 2010 et 2012. Parmi les quatorze sociétés privées («*Sociedad limitada*») ayant effectué un transfert transfrontalier de siège à destination d'un autre État membre, seulement deux ont choisi un État adepte de la théorie de l'incorporation (Malte), trois ont opté pour le Luxembourg et neuf ont privilégié un État membre qui présente un coût élevé mais qui partage avec l'État d'origine une certaine tradition juridique et linguistique<sup>370</sup>.

Ceci renforce également notre choix méthodologique d'adopter la « *behavioural theory* »<sup>371</sup>.

#### **Section 4 - Impact de l'harmonisation positive du droit européen sur les opérateurs de taille réduite**

À propos de la forme sociétaire des PME, nous remarquons d'emblée l'absence d'un modèle européen harmonisé, tel qu'il existe pour les sociétés anonymes avec la *Societas Europaea*<sup>372</sup> (ci-après, abrégé « SE » ou « Société Européenne »)<sup>373</sup>.

Un tel projet n'est pourtant pas inédit. Au contraire il fonde ses racines dans la préhistoire du droit européen<sup>374</sup> : la proposition visant à instituer une « *European Limited/Private Company* »<sup>375</sup>, a été longuement négociée, sans obtenir l'adoption de la part du Conseil. L'un des obstacles principaux concernait la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise<sup>376</sup>, sujet qui a vu s'opposer – et

---

368 T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres ... », *op. cit.*, p. 256. “Language diversity and considerable divergence between the national legal systems in Europe could discourage (at least some) companies from moving to a foreign legal system. Moreover, access to locally provided finance, goods or services can also be hindered, specially for SMEs, by the fact that these providers would be dealing with a foreign legal form!”, Commission staff working document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p.15.

369 GOMEZ-ACEBO & POMBO, cité par JEANTET ASSOCIÉS AARPI, *op. cit.*, p.44.

370 Six sociétés ont choisi la République italienne et trois la République portugaise.

371 Cf. *supra* p. 9.

372 « The aim of the Regulation is to create a form of independent European Company: the European public limited-liability company » in B. BARTELS et al., « C.I. - Texts adopted by the EU » in European Banking and Financial Services Law, Gent, Uitgeverij Larcier, 2013, p. 213.

373 Cf. *infra* p. 51.

374 E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 420.

375 Proposition de règlement du conseil relatif au statut de la société européenne 2008, COM (2008) 396 final, 25 juin 2008.

376 E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 431.

ceci n'est pas nouveau<sup>377</sup> - les deux États membres principaux : la République fédérale d'Allemagne<sup>378</sup> et la République française. Ceci est dommageable pour une PME, étant donné que les « sociétés privées » telles que la SPRL<sup>379</sup>, sont la forme la plus indiquée pour eux<sup>380</sup>.

Tandis que la « société anonyme », en raison de la nécessité d'un capital social minimum fixée par la directive<sup>381</sup>, de la perte du caractère familiale et des lourdes charges réglementaires, n'est pas adaptée aux titulaires traditionnels des opérateurs de petite taille.

Il suffit d'ajouter que le champ d'application des directives d'harmonisation<sup>382</sup>, en particulier la deuxième et la quatrième<sup>383</sup>, était limité aux sociétés anonymes, pour en déduire que, sans fournir de « claires justifications<sup>384</sup> », l'harmonisation positive effectuée par le législateur européen n'a pas profité de manière satisfaisante aux opérateurs de petite taille. À l'exception des « limited » de droit anglais, qui, dès lors, ont été utilisées comme outil de concurrence normative par le Royaume-Uni.

Ceci en raison du « gold plating »<sup>385</sup>, terme qui désigne le choix effectué par certains États membres d'étendre aux « sociétés privées » les exigences prévues pour les « sociétés anonymes »<sup>386</sup>, en augmentant la charge réglementaire pesant sur les PME du continent<sup>387</sup>.

Avant 2019, les seules voies ouvertes pour un transfert intra-européen de siège social étaient la constitution d'une *Societas Europaea* ou la mise en œuvre d'une fusion transfrontalière<sup>388</sup>. Pour une

---

377 Proposition d'une cinquième directive tendant à coordonner les garanties qui sont exigées dans les États membres, des sociétés, au sens de l'article 58 paragraphe 2 du traité, pour protéger les intérêts, tant des associés que des tiers en ce qui concerne la structure des sociétés anonymes ainsi que les pouvoirs et obligations de leurs organes, *J.O.C.E.*, C 131/49, 13 décembre 1972.

378 Suède et Danemark, *inter alia*, prévoient également la participation des travailleurs dans les PME, voy. E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 478, n° 85.

379 Équivalent de la SaRL, GmbH, BV, Ltd dans d'autres États membres.

380 E.-J. NAVEZ, « Chapitre 6 - La société anonyme » in *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 189.

381 Actuellement € 25.000,00; Directive (UE) 2017/1132, précitée, art. 35.

382 « La plupart des directives sociétés ne s'applique pas aux sociétés privées de type SPRL » in K. MARESCEAU et A. FINK, *op. cit.*, p. 195.

383 Directive (CEE) 77/91, précitée, art.1 ; remplacée jusqu'au 19 juillet 2017 par la Directive (UE) 2012/30 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *J.O.U.E.*, L 315, 14 novembre 2012.

384 EUROPEAN COMMISSION, « Report of the Reflection Group ... », *op. cit.*, p.57.

385 K. MARESCEAU et A. FINK, *op. cit.*, p. 195; Nous nous permettons de signaler, qu'à notre sens le terme « gold plating » est ici utilisé d'une manière incorrecte: nous pensons qu'il sert à indiquer l'ajout de couches législatives et non pas sa réduction.

386 Telles que SA, AG, NV, Plc.

387 EUROPEAN COMMISSION, « Report of the Reflection Group ... », *op. cit.*, p.58.

PME, la première voie était inaccessible<sup>389</sup>, à cause, *inter alia*, de l'exigence d'un capital social minimum, fixé à € 120.000,00<sup>390</sup>. En tout état de cause, entre janvier 2007 et septembre 2012, seules 73 SE sur 1669 avaient effectué une telle opération<sup>391</sup>.

La deuxième solution était la seule parcourable pour une PME, bien qu'étant plus coûteuse et détournée<sup>392</sup> qu'une opération de transfert de siège telle que préconisée par la directive. En effet, cela requiert une fusion, soit avec une filiale de la société voulant effectuer le transfert, soit avec une société créée expressément *de novo*<sup>393</sup>.

Consciente des obstacles factuels existants pour les PME et de la vastité d'opérateurs touchés, la Commission avec la proposition de directive du 25 avril 2018 avait entendu rendre possible « en particulier aux micro-entreprises et aux petites entreprises, d'opérer une transformation transfrontalière d'une manière ordonnée, efficiente et efficace »<sup>394</sup>. Il semble intéressant de relever que la proposition citait plusieurs exemptions<sup>395</sup> conçues *ad hoc* pour les entreprises de petite taille, qui ne furent pas retenues par le Conseil lors de l'adoption de la directive. Nous ne pensons pas qu'il constitue un exercice de divination d'affirmer que la lourdeur des formalités requises, la durée de la procédure, unies à l'exigence de conformité avec les règles prévues par le droit national<sup>396</sup> concernant la constitution, l'immatriculation et éventuellement la participation des travailleurs à la *governance* de la

---

388 « [P]remièrement, la société souhaitant modifier son siège statutaire procède à la création d'une société nouvelle dans l'État membre de son choix. Deuxièmement cette société nouvellement créée fusionne par acquisition avec la société initiale qui cesse d'exister sans pour autant subir une dissolution et une liquidation », A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p.192-193 ; Le même auteur remarque que « [l]'opération ressemble ni plus ni moins à la réincorporation des sociétés aux États-Unis ».

389 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 51; E.-J. NAVEZ, « La société privée européenne ... », *op. cit.*, p. 422,424 et 441.

390 Règlement (CE) n° 2157/2001, précité, art. 4, (2).

391 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 16.

392 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p.9 et 52; “The Lebrecht Group, a law firm, estimate these costs to be in the order €35,000. For smaller firms particularly, this expense may dissuade transferring cross-border their registered office”, LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p.55.

393 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 11.

394 Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, exposé des motifs, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018, p. 4.

395 Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, considérant (46), article 86*octies* (6), article 160*decies* (6), COM(2018) 241 final, 25 avril 2018; « Toutefois, certaines modifications doivent être apportées afin d'alléger la charge administrative et le coût de la mise en œuvre des initiatives proposées à l'intention des microentreprises ou des petites et moyennes entreprises » *in* Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières”, *J.O.U.E.*, C 62/24, 15 février 2019, p. 4, point 3.4.

396 “Le CESE se félicite donc de la proposition de la Commission européenne visant à faciliter la numérisation du droit des sociétés sur la base du principe ‘une fois pour toutes’, lequel fonctionnera sur la base de la confiance mutuelle entre les États membres qui continueront à appliquer les obligations prévues au niveau national en vue de la constitution d'une société”.

société<sup>397</sup>, sont de nature à constituer des obstacles à l'accès aux opérations transfrontalières de la part des opérateurs économiques de petite taille. En particulier, l'absence d'une traduction en anglais de la législation et des dispositions administratives nationales en matière de procédure de transfert transfrontalier du siège social continuera à constituer, même après la transposition de la directive 2019/2121, un obstacle factuel concret<sup>398</sup>.

De plus, tout juriste a généralement été formé à la législation d'un ordre juridique spécifique et ne maîtrise souvent pas plus de deux ou trois législations étrangères de manière professionnelle.

Cela signifie que la procédure de transfert ainsi que le choix du pays d'accueil dépendent de l'accessibilité d'un *retailer*/détaillants au droit capable de gérer les procédures exigées pour le départ d'un ordre juridique et celles requises pour l'immatriculation dans l'État membre d'accueil. Les probabilités qu'un opérateur ait un libre choix, entre les 27 ordres juridiques de l'Union, pour utiliser un euphémisme, ne sont pas élevées<sup>399</sup>. Pour les PME, cette probabilité est proche de zéro.

## CONCLUSION

Avant de clôturer le présent exposé, nous proposons de résumer brièvement ce que nous venons d'exposer dans les chapitres qui précèdent.

L'impasse politique a produit des entraves à la liberté d'établissement des opérateurs économiques faisant face à un cadre juridique hétérogène et contradictoire sur le marché commun. Cette difficulté a été présentée devant la Cour qui, en l'absence d'une solution législative, en a fourni une prétorienne : « Les sociétés sont des créatures émanant des divers droits nationaux<sup>400</sup> » et ceci justifie la seule *lex societatis* de la société à poser les règles qui régissent son activité. Ce constat a instauré une concurrence entre ordres juridiques et provoqué une crainte conséquente de *dumping*, qui a finalement convaincu les représentants des États membres à reprendre l'œuvre d'harmonisation positive. En effet, au lieu de constituer une société dans un pays « X » qui présente de lourdes obligations à respecter, la

---

397 En vigueur, en particulier, en droit allemand, où ce concept prend le nom de “*Mitbestimmung*”.

398 Nonobstant la directive 2019/1151, précitée, art.13*septies*, introduise l'obligation de rédiger certaines informations publiés en ligne “au moins dans une langue largement comprise par le plus grand nombre possible d'utilisateurs transfrontières”, car certains pays où l'on maîtrise moins l'anglais, véritable *lingua franca* de l'Union, sont justement ceux qui constituent « un grand nombre d'utilisateur » et disposent d'une langue dont la connaissance est bien répandue (comme le français, l'italien, l'espagnol), bien que la France semble être l'un de seuls pays à fournir une traduction en anglais de la plupart de sa législation, voy. T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres ... », *op. cit.*, p. 256.

399 Le choix semble limité entre les ordres juridiques les plus célèbres et ceux pour lesquelles l'opérateur a une connaissance directe, voy. T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres ... », *op. cit.*, p.256

400 A. AUTENNE et M. DE WOLF, *op. cit.*, p. 677.

liberté d'établissement, telle qu'interprétée par la Cour, permet à une société de choisir au départ un ordre juridique plus souple afin d'y installer le siège social et seulement ultérieurement entreprendre dans l'État « X » la création d'un établissement secondaire chargé de l'entièreté des activités de la société mère, qui seront ainsi régies par le droit de l'État du siège. Ce faisant, un opérateur peut légitimement contourner les exigences fixées dans la loi de l'État membre d'accueil, sauf s'il est démontré que ceci est le seul objectif poursuivi par la société en cause. Nous remarquons que, non seulement cette tendance n'a pas été censurée par la Cour, mais au contraire il semble plutôt qu'elle ne soit considérée comme étant rien d'autre que la conséquence naturelle de l'existence de la liberté d'établissement en droit de l'Union<sup>401</sup>. La raison se trouve dans la conviction qu'une mobilité accrue puisse entraîner une meilleure allocation des ressources, en raison du rattachement à un ordre juridique qui représente un environnement plus favorable aux activités économiques, ce qui est de nature à réduire la dispersion de ressources<sup>402</sup>. Ainsi, la carence de mobilité au sein du marché intérieur peut entraîner des coûts supplémentaires<sup>403</sup> et une faiblesse compétitive par rapport aux opérateurs économiques extra-européens. Ce risque et cette faiblesse ne frappent pas tous les opérateurs de la même manière.

En effet, à l'état actuel du droit européen, il semble que toute société puisse utiliser la liberté d'établissement aisément lors de sa création, bien qu'un transfert de siège transfrontalier reste un droit « coûteux » en termes de temps et de ressources pour les opérateurs. Ce constat, doit être adapté si l'on se place du point de vue des sociétés de taille réduite, pour lesquelles la possibilité de *forum shopping*, du moins concernant la réincorporation, reste un mirage<sup>404</sup>.

Cette catégorie d'entreprises constitue non seulement la majorité écrasante des opérateurs européens, mais également une importante source de richesses pour la population et un asset stratégique en plusieurs secteurs<sup>405</sup>. Partant, un cadre clair, uniforme et caractérisé par une sécurité juridique accrue, reste une nécessité.

---

401 Av. gén. A. LA PERGOLA, concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1998:380, point 20; A. COTIGA, « Section 2. - Le libre choix ... », *op. cit.*, p. 200.

402 Sur la disparité entre les Etats membres de l'UE à ce titre voy. WORLD BANK, *Doing Business 2020*, disponible sur [doingbusiness.org](http://doingbusiness.org), 2019.

403 "If they are hindered by the requirement of having a coincident registered office, there could be material costs associated with a lack of corporate mobility", in LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p.36.

404 « The result is an uneven distribution of rights that requires companies to expend considerable resources and costs in order to enjoy the flexible freedom of movement within the Union that should be the birth right of all citizens and companies in the Union; a loss of resources that could be put to better use by the companies in creating jobs and is often outside the reach of SMEs [...] « It is ironic that while there is full pan-European mobility at the time of the registration of the company, the scope for mobility is considerable reduced once registered » in EUROPEAN COMMISSION, « Report of the Reflection Group ... », *op. cit.*, p.18 et 26.

405 Cf. *supra* note n° 347.



Concernant le futur, plusieurs *scenarii* sont possibles.

Le processus d'harmonisation, nous l'avons vu par le passé, est facilement susceptible de se retrouver à nouveau à l'arrêt, même en l'absence du Royaume-Uni durant les négociations.

Ainsi, dans le futur proche, nous pensons que le scénario le plus probable consiste dans l'éventuelle, et probable, absence d'une harmonisation matérielle du droit des sociétés *de jure*, qui pourra néanmoins être palliée par « l'émergence d'un standard paneuropéen ou, en quelque sorte, une uniformisation de fait »<sup>406</sup>.

Par exemple, il est possible que les opérateurs économiques aient intérêt à se constituer dans la même forme sociétaire que la plupart de leurs partenaires commerciaux. L'Allemagne étant le principal partenaire commercial des pays faisant partie du marché intérieur, il est possible que la GmbH soit la forme qui va être préférée par les opérateurs économiques et qu'elle servira de modèle pour l'harmonisation du droit européen des sociétés.

À ce titre nous pouvons déjà remarquer que, en l'attente d'un statut harmonisé sous forme de « société privée européenne », plus de la moitié des 150 SE créées en Union Européenne avant 2008, s'était installée en Allemagne<sup>407</sup>.

Nous pouvons également imaginer que le succès qui semble récolter l'ordre juridique hollandais se poursuive. À l'appui de cette hypothèse, nous pouvons mentionner, de manière non exhaustive<sup>408</sup> l'environnement favorable à l'activité économique, la présence sur le même territoire d'un bon nombre de *leader* de marché, une fiscalité accueillante, un système efficace d'infrastructures, une importante présence d'universités renommées formant du personnel hautement qualifié en plusieurs domaines et une très bonne maîtrise générale de la langue anglaise, la *lingua franca* des affaires, à l'heure actuelle. C'est une des raisons pour lesquelles le droit irlandais pourrait attirer les opérateurs à la recherche d'un droit des sociétés proche de celui du Royaume-Uni.

Cela dépendra également de la présence de « détaillants du droit », d'avocats et agents spécialisés dans le droit de sociétés, par exemple, allemand ou néerlandais<sup>409</sup>, capables d'offrir un service de gestion efficace de ces procédures.

---

406 T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres ... », *op. cit.*, p. 261; ceci nous fait penser aux mots de R. Schuman lors de la Déclaration du 9 mai 1950 « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait ».

407 B. BARTELS *et al.*, *op. cit.*, p. 214.

408 Nous nous permettons d'adresser le lecteur vers des sources plus exhaustives, voy. not. BAKER MCKENZIE, *op. cit.*, p. 36.

409 En plus que des droits des sociétés du pays d'origine de l'opérateur souhaitant opérer le transfert.

Pour conclure, nous souhaitons citer quelques statistiques.

Si, avant l'arrêt *Centros*, chaque année, 4 400 nouvelles sociétés décidaient de s'incorporer au Royaume-Uni sans y exercer aucune activité, ce chiffre est passé à 28.000 après ladite décision<sup>410</sup>.

Entre 2002 et 2005, 52.000 « *private limited societies* » ont été créées et incorporées au Royaume-Uni à partir des autres États membres. Ces dernières, sont à considérer comme étant les « perdants » de la concurrence normative jusqu'en 2005 : pour la majeure partie des sociétés, il s'agissait de la France et de l'Allemagne<sup>411</sup>, qui entre-temps ont profondément réformé leur droit des sociétés.

En raison de l'importante influence que ces pays exercent au sein des institutions européennes<sup>412</sup>, il n'est pas exclu que ces pays aient été victimes de l'impasse politique qu'ils n'ont pas réussi à éviter<sup>413</sup>. Au contraire, ayant fortement profité de cette situation, nous ne voulons pas imputer au Royaume-Uni d'avoir bien maîtrisé son jeu.

Cependant, les chiffres que nous venons de présenter prennent une ampleur bien moindre si nous les rapportons au total de sociétés à responsabilité limitée présentes dans l'Union Européenne sur la même période : plus que 9.000.000<sup>414</sup>. Il s'en suit, que moins de 1 % de ces sociétés s'est incorporé au Royaume-Uni entre 2002 et 2005.

Dès lors, pour conclure, nous pensons que la concurrence normative existe dans le domaine du droit des sociétés de l'Union Européenne, au stade embryonnaire du moins. Cependant, pour une société la recherche d'une fiscalité réduite et prévisible reste une raison de déplacer le centre de décision, mais le *forum shopping* reste inaccessible pour la plupart des opérateurs, spécialement ceux de taille réduite. Ceci constitue une faiblesse pour la compétitivité du marché européen.

---

410 LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 20 et références citées.

411 « Of these 52,000 companies, Germany accounted for 24,000 companies, France for 6,000 companies, the Netherlands for 4,800 companies and Cyprus for 4,100 companies » in LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p.27.

412 Notamment en termes de députés élus au Parlement et de pondération du vote au Conseil, concernant ce dernier voy. J. P. JACQUÉ, « Chapitre II. - Le Conseil européen et le Conseil de l'Union européenne », *Traité de droit administratif européen*, J.-B. AUBY et J. DUTHEIL de la ROCHÈRE (dir.), p. 116-117.

413 *Cf. supra* p. 50.

414 Pour la précision, 9 396 793, dont 2 118 700 au Royaume-Uni, 1 715 888 en Espagne, 1 466 781 en France et 995 940 en Allemagne in European Commerce Registers Forum 2005 Survey, the Swedish Companies Registration Office, January 2007 cité par Commission staff working document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12 December 2007, Brussels, SEC (2007) 1707, p.22.

# BIBLIOGRAPHIE

## Législation

### Belgique

- Traité définitif de commerce, signé à Bruxelles le 27 février 1854.
- C. Soc, art. 56.
- Code D.I.P, art. 4 (3), 110, 111 et 112.
- CIR92, art. 2,(1), 5°, (b).
- C.S.A., art. 1:1, 12:1 1: 24, 1:25, art. 2: 139, article 14.16 à 14.27.
- Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales et du Protocole annexé, signés à Bruxelles le 29 février 1968, approuvée par la loi du 17 juillet 1970, *M.B.*, 18 juin 1971.
- Lois coordonnées sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 17 juin 1995.
- Loi du 12 janvier 2010 modifiant le Code des sociétés et prévoyant les modalités de la société privée à responsabilité limitée « starter », *M.B.*, 26 janvier 2010.
- Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 4 avril 2019.

### Allemagne

- *AktG* § 20.
- *Zivilprozessordnung*, art. 50.

## **France**

- Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, *J.O.R.F.*, 5 août 2003.
- Code de Commerce français, art. L223-2, L. 233-2 and L. 233-6.

## **Pays-Bas**

- *Burgerlijk Wetboek*, art. 2 :178, (2).
- *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, *Staatsblad* 1997, n° 697.

## **Portugal**

- *Código das Sociedades*, art. 484.

## **- Royaume-Uni**

- *Companies Act* (UK) 2006.

## **- Union Européenne**

- CE, art. 2, 3A, (1),(2), 44, (2), (g),102A, 105 (1) et 293.
- CEE, art. 52 et 58.
- TUE, art. 43 et 48.
- TFUE, préambule, art. 26, 32, (b), 49, 50, (2), (g), 52, 54 107, 116, 119 (1), (2), 120,127, 263, 267, 352.
- Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, art. 16.

- Protocole n° 4 sur le statut du système européen des banques centrales, art. 2.
- Règlement (CEE) 2137/85 du 25 juillet 1985 du conseil relatif à l'institution du groupement européen d'intérêt économique, *J.O.C.E.*, L 199, 31 juillet 1985.
- Règlement (CE) 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *J.O.C.E.*, L 294/1, 10 novembre 2001.
- Règlement (CE) 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), *J.O.U.E.*, L 207, 18 août 2003.
- Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, L 141, 5 juin 2015.
- Directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.C.E.*, L 65 du 14 mars 1968.
- Directive (CEE) 77/91 du conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *J.O.C.E.*, L 026, 31 janvier 1977.
- Directive (CEE) 78/660 du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, *J.O.C.E.*, L 222, 14 août 1978.
- Directive (CEE) 78/855 du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 295, 20 octobre 1978.
- Directive (CEE) 82/891 du Conseil, du 17 décembre 1982, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 378, 31 décembre 1982.
- Directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés, *J.O.C.E.*, L 193, 18 août 1983.

- Directive (CEE) 89/666 du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, *J.O.C.E.*, L 395, 30 décembre 1989.
- Directive (UE) 2004/25 du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, *J.O.U.E.*, L 142, 30 avril 2004;
- Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2005.
- Directive (CE) 2008/7 du Conseil du 12 février 2008 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, *J.O.U.E.*, L 46, 21 février 2008.
- Directive (CE) 2009/101 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.U.E.*, L 258, 1 octobre 2009.
- Directive 2009/102/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, *J.O.U.E.* L 258, 1 octobre 2009.
- Directive (UE) 2011/35 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes, *J.O.U.E.*, L 110, 29 avril 2011.
- Directive (UE) 2013/36 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, *J.O.U.E.*, L 176, 27 juin 2013.
- Directive (UE) 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 182, 29 juin 2013.
- Directive (UE) 2014/65 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, *J.O.U.E.*, L 173, 12 juin 2014.

- Directive (UE) 2014/86 du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *J.O.U.E.*, L 219, 25 juillet 2014.
- Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169, 30 juin 2017.
- Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019.
- Directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 186, 11 juillet 2019.
- Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.U.E.*, L 124/36, 25 mai 2003.

## Travaux préparatoires

### Belgique

- Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/1, p. 15 et 16, 128 et 339 à 342.
- Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc.*, Sénat, 2003, n° 27/1, p. 31.

### Union Européenne

- Proposition d'une quatrième directive sur la base de l'article 54 paragraphe 3 g) tendant à coordonner les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la structure et le contenu des comptes annuels et du rapport de gestion, les modes d'évaluation ainsi que la publicité de ces documents, *J.O.C.E.*, C 7, 28 janvier 1972.

- Consultation du comité économique et social sur une proposition de quatrième directive du Conseil sur la base de l'article 54.3.g) tendant à coordonner les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la structure et le contenu des comptes annuels et du rapport de gestion, les modes d'évaluation ainsi que la publicité de ces documents, *J.O.C.E.*, C 39/31, 7 juin 1973.
- Proposition d'une cinquième directive tendant à coordonner les garanties qui sont exigées dans les États membres, des sociétés, au sens de l'article 58 paragraphe 2 du traité, pour protéger les intérêts, tant des associés que des tiers en ce qui concerne la structure des sociétés anonymes ainsi que les pouvoirs et obligations de leurs organes, *J.O.C.E.*, C 131/49, 13 décembre 1972.
- Proposition d'une neuvième directive du conseil en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, COM (78) 246 final, 29 mai 1978.
- Communication de la Commission – Encadrement communautaire des aides d'État aux petites et moyennes entreprises, *J.O.C.E.*, C 213, 19 août 1992.
- Proposition de 14ème directive du Parlement et du Conseil sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés de capitaux, *J.O.C.E.*, C 138, 5 mai 1997.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, COM/2003/0703 final, 18 novembre 2003.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550 final, 28 octobre 2015.
- Proposition de règlement du conseil relatif au statut de la société européenne 2008, COM (2008) 396 final, 25 juin 2008.
- Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018) 241 final, 25 avril 2018.



- Rapport du Parlement sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, A8-0002/2019, 9 janvier 2019.
- Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, C 62/24, 15 février 2019.

## **Jurisprudence**

### **Belgique**

- Cass. (1er ch.), 12 novembre 1965, R.P.S., 1966, p. 136.

### **Allemagne**

- Arrêt de la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*) du 15 mars 2005.

### **Autriche**

- Arrêt du Tribunal autrichien (*Österreichischer Oberster Gerichtshof OGH*) du 15 juillet 1999.

### **Cour Internationale de Justice**

- C.I.J., arrêt du 5 février 1970, *Rec. C.C.J. pén.*, 70, p. 42.

### **Union Européenne**

- C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, C-79/85, ECLI:EU:C:1986:308.
- C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286.
- C.J.C.E., arrêt *Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg*, 31 mars 1993, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125.
- C.J.C.E., arrêt *Brennet AG v Vittorio Paletta*, 2 mai 1996, C-206/94, ECLI:EU:C:1996:182.
- C.J.C.E. arrêt *Centros Ltd v Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126.
- C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632.
- C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.
- C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005.
- C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.
- C.J., arrêt *Commission Européenne c. République portugaise*, 8 juillet 2010, C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412.
- C.J., (gde ch.), arrêt *National Grid Indus*, 29 novembre 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785.
- C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440.
- C.J., (ass. pl.), arrêt *Thomas Pringle c. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*, 27 novembre 2012, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756.
- C.J., (gde. ch.), arrêt *Commission européenne c. Royaume d'Espagne*, 11 décembre 2012, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781.

- C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804.
- Av. gén. M. DARMON concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Segers c. Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 9 mars 1999, C-79/85  
ECLI:EU:C:1986:233.
- Av. gén. A., LA PERGOLA, concl. prec. C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1998:380.
- Av. gén. P. LEGER, concl. prec. C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI: ECLI:EU:C:2006:278.
- Av. gén. P. MADURO, concl. prec. C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:294.
- Av. gén. N. JÄÄSKINEN, concl. prec. C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2011:841.
- Av. gén J., KOKOTT, concl. prec. C.J., (gde ch.), arrêt *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions N*, 14 mars 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382.
- Av. gén. J. KOKOTT, concl. prec. C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonawstwo sp. z o.o., en liquidation*, 25 octobre 2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:351.
- C.J., demande de décision préjudicielle de la Cour fédérale allemande, *All in One Star Ltd*, 19 juin 2019, C-469/19.

## Doctrine

- ALLIANCE FOR SOCIETAS EUROPAEA PROMOTION, « Note sur la proposition de la Commission du 25 avril 2018 relative au transfert, à la fusion et à la scission des entreprises », 2018, p. 1-2, disponible sur [asep-european-companies.com](http://asep-european-companies.com) .

- ARAUZO-CAROD, J.-M., LIVIANO-SOLIS, D. et MANJON-ANTOLIN, M., “Empirical studies in industrial location: assessment of their methods and results”, *Journal of regional science*, Vol. 50, No. 3, 2010, p. 685–711.
- AUTENNE, A. et DE WOLF, M., « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen: le cas particulier du transfert de siège social », *C.D.E.*, 2007/5-6, p. 647-694.
- BAKER McKENZIE, “Doing Business in the Netherlands Guide 2020-2021”, disponible sur [www.bakermckenzie.com](http://www.bakermckenzie.com), 2020.
- BAMMENS, N. et HENNEAUX, F., « La résidence fiscale et la mobilité des sociétés. Rapport belge au congrès 2017 de l’European Association of Tax Law Professors », *J.D.F.*, 2017/5-6, p.129-158.
- BARTELS, B. *et al.*, « C.I. - Texts adopted by the EU », *European Banking and Financial Services Law*, Gent, Uitgeverij Larcier, 2013, p. 176-224.
- BERGEET, J.-S. et HARNAY, S., « Concurrence entre règles juridiques et construction européenne : à propos de l’analyse économique du droit », *Droit et économie : Interférences et interactions. Études en l’honneur du Professeur Michel Bazex*, Paris, Litec, 2009, p. 15-25.
- BERNARDEAU, L., « Chapitre 1. - Libre circulation des sociétés et concurrence normative dans l’Union européenne », *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l’Union européenne*, E. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.) Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 95-111.
- BROCAL, C., « La création de la SPRL-S en Belgique. La SPRL-S et sa demi-soeur allemande l’Unternehmergeellschaft (UG), une concurrence timide pour la « Limited » anglaise ? », *D.A.O.R.*, 2010/3, n° 95, p. 240-260.
- BUYLE J.-P. et VAN DEN BRANDEN, A., « Chapitre 1. - Les étapes de la robotisation de la justice », *L’intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 260-305.
- CENTRE FOR STRATEGY AND EVALUATION SERVICES, for DG Entreprise, « Benchmarking the administration of start-ups », Bruxelles, 2007.

- COMBET, M., « Chapitre 2. - Le droit d'établissement des sociétés ou l'hypothèse d'une concurrence normative », *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, E. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER (dir.), Bruxelles, Éditions Larcier, 2016.
- COMBET, M., « Le droit d'établissement des sociétés en droit de l'Union européenne ou le mythe de la concurrence normative CJUE, 10 décembre 2015, Kornhaas, aff. C-594/14, EU:C:2015:806 », *R.A.E. – L.E.A.* 2015/4, p. 795-802.
- CORBISIER, I., « 'Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *Journal de droit européen*, 2018, p. 135-137.
- CORBISIER, I., « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme ? », *RPS-TRV*, 2019/8, p.809-810.
- COTIGA, A., « Section 2. - Le libre choix de la lex societatis dans l'Union européenne », *Le droit européen des sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 175-208.
- COTIGA, A., « Introduction générale - La compétition entre systèmes juridiques ou la concurrence institutionnelle », *Le droit européen des sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 13-36.
- de BEAUFORT, V., « Chapitre 27 - L'Europe des PME », *Droit européen des affaires et politiques européennes*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 323-332.
- DECOULOUX-FAVARD, C., note sous C.J., 5 nov. 2002, Überseering, aff. C-208/00, *Petites affiches*, n° 39, 2003, p.7.
- DEFOSSEZ, A., « A. - Les Traités et la définition d'un « level playing field » européen : les méthodes multiples de la politique sociale européenne », *Le dumping social dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p.196-228.
- DELVAUX, T., « III - La politique jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes », N. THIRION (dir.), *Droit international et européen des sociétés*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 261-295.

- DELVAUX, T., « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace? - Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés - (n° 6919) », *Rev. prat. Soc.*, 2004/3. p.207-273.
- DELVAUX, T., « VI - Les PME et l'intervention de l'État dans l'économie : quelques illustrations », *Les petites et moyennes entreprises dans le droit des affaires*, R. AYDOGDU (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, P. 219-293.
- EHLERMANN, C. D., «Compétition entre systèmes réglementaires», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1995, p. 221-227.
- EUROPEAN COMMISSION, « Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law », Brussels, 5 April 2011.
- EUROPEAN COMMISSION, Feedback statement: Summary of responses to the public consultation on the future of European company law, Brussels, July 2012.
- FALLON, M., « L'attractivité internationale comme moteur des projets de loi sur la BIBC et sur le futur Code des sociétés et associations au regard du droit international privé », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/1, p. 7-51.
- FARNOUX, E., « Une apologie des foreign-cubed class actions en matière financière - Forum shopping, régulation, extraterritorialité et compétence déléguée », *R.B.D.I.*, 2014/2, p. 420-453.
- FRANÇOIS, A., DELVOIE J., et COEN, T., « Rapport belge – Modern times pour le droit belge des sociétés ? », *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union européenne / Simplification of Private Company Law among the EU Member States*, Y.De CORDT et E.-J. NAVEZ (dir), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 69
- GERADIN, D. et PETIT, N., « Les objectifs et moyens du droit et de la politique de concurrence – Retour sur quelques controverses récentes », *R.F.D.L.*, 2006/1, p. 111-133.
- HO-DAC, M., « L'affirmation d'un droit au transfert intra-européen du siège statutaire avec changement de loi applicable : une nouvelle donne pour la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union ? CJUE, gde ch., 25 octobre 2017, Polbud / Wykonawstwo, aff. C-106/16 », *Rev. Aff. Eur.*, 2017/4, p. 727-737.

- 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 - CJUE, 12 juillet 2012, VALE Építési kft, aff. C-378/10 », *Rev. Aff. Eur.*, 2012/3, p. 653-660.
- HUET, N., « De nouvelles propositions pour un statut de société européenne - (n° 6802) », *Rev. prat. Soc.*, 2000/2, p. 109-136.
- JACQUÉ, J. P., « Chapitre II. - Le Conseil européen et le Conseil de l'Union européenne », *Traité de droit administratif européen*, J.-B. AUBY et J. DUTHEIL de la ROCHÈRE (dir.), p. 87-118.
- JEANTET ASSOCIÉS AARPI, « Annexe I - Legal effects of the requested legislative instrument », *European Added Value Assessment on a Directive on the cross-border transfer of company seats (14th Company Law Directive)*, Brussels, 2013.
- KIENINGER, E.M., « The law applicable to corporations in the EC », *Rebels Zeitschrift*, vol. 73, 2009, p. 607-628.
- KULINSKA, M. et BRIDGLAND, N., « Brexit and EU Corporate Mobility », *C.J.*, 2018/2-3, p. 59-66.
- LOMBARDO, S., «Regulatory competition in company law in the European Community — Prerequisites and limits, 2002, Francfort: Peter Lang, p. 70-73.
- MARESCEAU, K., et FINK, A., « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés - Prix Pierre Coppens 2014 », *Rev. prat. Soc.*, 2014/2, p. 647-694.
- MATHIEU, E., et AUBIN, D., « Le centralisation administrative de l'Union européenne: le cas de l'application de la régulation européenne des communications électroniques par la Belgique », *A.P.T.*, 2011/3, p. 242- 258.
- MENJUCQ, M., «L'articulation du droit d'établissement communautaire et des droits nationaux relatifs au rattachement juridique des sociétés», *La Semaine Juridique - entreprise et affaires*, 2003, II, p.362-365.

- NAVEZ, E.-J., « Chapitre 6 - La société anonyme », *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 189-250.
- NAVEZ, E.-J., « La société privée européenne: enfin un véhicule d'intégration économique destiné aux PME? Examen d'une évolution du droit communautaire et des alternatives envisagées - (n° 6988) », *Rev. prat. Soc.*, 2008/4, p. 415-489.
- NAVEZ, E.-J., « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE », *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 89-150.
- 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: évolution, révolution et au-delà? », *C.D.E.*, 2011/3, p. 611-658.
- PRELOT, M., « Rapport n°91 sur le projet de loi, autorisant la ratification de la Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, signée à Bruxelles le 29 février 1968 », Paris, Imprimerie des Journaux officiels, p. 6.
- ROMANO, R., «*Law as a product : Some pieces of the incorporation puzzle*», *Journal of Law, Economics & Organization*, Volume 1, Issue 2, Fall 1985, p. 225-283.
- RUE, G., « Directive européenne : constitution des sociétés et immatriculation des succursales en ligne », *B.J.S.*, 2019/634, p. 11.
- SIMONART, V., « L'application du droit belge aux sociétés constituées dans un autre Etat de la Communauté et, en particulier, aux limited - (n° 6982) », *Rev. prat. Soc.*, 2008/2, p. 111-206.
- SOTIROPOULOU, A., « Concurrence normative et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la mobilité des sociétés », R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER (dir.), *La concurrence normative. Mythes et Réalités*, Paris, Société de législation comparée, 2013, p. 67-87.
- SUN, J.-M. et PELKMANS, J., «Regulatory competition in the Single Market», *Journal of Common Market Studies*, 1995, p.67.



- TERFVE, J. et MAQUET, S., « La transformation transfrontalière après l'adoption du CSA : aspect de droit des sociétés et de droit fiscal », *Le notariat à l'ère de la mondialisation*, BARNICH et *al.*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p.175-196.
- TERPAN, F., « Section 1 - La naissance du modèle européen d'intégration régionale », *Droit et politique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 14-27.
- THIRION, N., « Des rapports entre le marché et la puissance publique : de l'état-providence à l'état régulateur », *Crise et droit économique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 237-257.
- TROGER, T. H., «Choice of Jurisdiction in European Corporate Law: Perspectives of European Corporate Governance», *European Business Organization Law Review*, 2005. Vol. 6, n° 1.
- WORLD BANK, Doing Business 2020, 2019, disponible sur [doingbusiness.org](http://doingbusiness.org) .
- X, «Sociétés de capitaux, Opérations transfrontalières (Directive (UE) 2019/2121, *J.O.U.E.* L321/1, 12 décembre 2019) », *Obs. Bxl.*, 2020/2, p. 113-114.