
Les théories du siège réel et de l'incorporation dans l'Union européenne : portée de la jurisprudence de la Cour de justice et impact sur le choix des États membre

Auteur : François, Camille

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 : 2020-2021

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/12024>

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.

**LES THÉORIES DU SIÈGE RÉEL ET DE
L'INCORPORATION DANS L'UNION EUROPÉENNE :
PORTÉE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE
JUSTICE ET IMPACT SUR LE CHOIX DES ÉTATS
MEMBRES**

Camille FRANÇOIS

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2020-2021

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Nicolas THIRION

Professeur ordinaire

RÉSUMÉ

Ce travail aura pour but d'analyser dans quelle mesure la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne promeut l'application de la théorie de l'incorporation, alors même que l'article 54 du TFUE est neutre quant au choix de théorie des États membres.

Partant, une attention particulière sera portée à l'impact de l'interprétation que la doctrine donne aux arrêts de la Cour.

Ensuite, ce travail comportera un examen de l'influence que cette jurisprudence peut avoir ou a *de facto* sur les États membres dans leur choix de théorie, avec un regard particulier sur le cas de la Belgique.

Je tiens à remercier vivement le Professeur Nicolas Thirion pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	10
I. LA QUESTION DE LA NEUTRALITÉ DE L'ARTICLE 54 DU TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPÉENNE.....	12
SECTION 1 - NEUTRALITÉ <i>PRIMA FACIE</i>	12
SECTION 2 - UNE APPARENCE À NUANCER ?	12
1) <i>Doctrine soutenant qu'une lecture entre les lignes de l'article 54 aboutit à un avantage accordé à la théorie de l'incorporation</i>	12
2) <i>Doctrine soutenant que le choix est entièrement laissé aux États membres</i>	14
SECTION 3 - GARDE-FOU APPORTÉ PAR LE PROGRAMME GÉNÉRAL DE 1968 ..	14
CONCLUSION	15
II. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE ET SON INTERPRÉTATION PAR LA DOCTRINE.....	16
SECTION 1 - EXPOSÉ DE QUELQUES ARRÊTS PHARES ET DE LEUR(S) INTERPRÉTATION(S) PAR LA DOCTRINE.....	16
1) <i>L'arrêt « Daily Mail » du 27 septembre 1988.....</i>	16
(a) Introduction.....	16
(b) Arrêt de la Cour	17
(c) Interprétation(s) par la doctrine.....	18
2) <i>L'arrêt « Centros » du 9 mars 1999</i>	18
(a) Introduction.....	18
(b) Arrêt de la Cour	18
(c) Interprétation(s) par la doctrine.....	19
3) <i>L'arrêt « Überseering » du 5 novembre 2002</i>	20
(a) Introduction.....	20
(b) Arrêt de la Cour	21
(c) Interprétation(s) par la doctrine.....	22
4) <i>L'arrêt « Inspire Art » du 30 septembre 2003</i>	23

(a) Introduction.....	23
(b) Arrêt de la Cour	24
(c) Interprétation(s) par la doctrine.....	25
5) <i>L'arrêt « Cartesio » du 16 décembre 2008</i>	25
(a) Introduction.....	25
(b) Arrêt de la Cour	26
(c) Interprétation(s) par la doctrine.....	27
6) <i>L'arrêt « Vale » du 12 juillet 2012</i>	28
(a) Introduction	28
(b) Arrêt de la Cour	29
(c) Interprétations par la doctrine	30
7) <i>L'arrêt « Polbud » du 25 octobre 2017</i>	30
(a) Introduction.....	30
(b) Arrêt de la Cour	31
(c) Interprétation(s) par la doctrine.....	32
SECTION 2 - OBSERVATIONS RELATIVES À CETTE JURISPRUDENCE.....	33
1) <i>Liberté de détermination de chaque État membre des modalités d'attribution et de conservation de la personnalité juridique propre à sa souveraineté</i>	34
(a) Conservation d'une personnalité juridique	34
(b) Acquisition d'une personnalité juridique.....	35
2) <i>Application du principe de liberté d'établissement</i>	35
(a) La question des « barrières à la sortie »	35
(b) La question des « barrières à l'entrée »	36
3) <i>Bilan général des observations</i>	36
CONCLUSION GÉNÉRALE	37
III. L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE SUR LE CHOIX DES ÉTATS MEMBRES EN MATIÈRE DE LEX SOCIETATIS	38
SECTION 1 - INCONVÉNIENTS POTENTIELS DE LA THÉORIE DU SIÈGE RÉEL AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE	38
1) <i>La reconnaissance des sociétés</i>	38
2) <i>Le « legal shopping »</i>	39

SECTION 2 - LE CAS DE LA BELGIQUE ET SON CHANGEMENT DE CAP À L'OCCASION DE L'ADOPTION DU CSA (2019)	40
1) <i>Raisons liées aux inconvénients intrinsèques à la théorie du siège réel</i>	40
2) <i>Raisons directement liées à la jurisprudence de la CJUE</i>	41
3) <i>La volonté de faire de la Belgique le « Delaware » de l'Europe</i>	42
CONCLUSION	43
CONCLUSIONS FINALES	44
BIBLIOGRAPHIE	47

INTRODUCTION

Le modèle économique européen doit se fonder sur trois principes : la concurrence qui stimule, la coopération qui renforce et la solidarité qui unit.

Jacques Delors

Si, depuis sa création, l'Union européenne a eu le mérite d'harmoniser, voire parfois d'uniformiser les droits et systèmes des États membres dans de nombreux domaines, il est une question qui semble restée sans réponse : il s'agit de la problématique de la *lex societatis*.

Deux systèmes de rattachement d'une société à un ordre juridique s'opposent traditionnellement au sein de l'Union : d'une part, la théorie du siège réel, en vertu de laquelle une société est soumise au droit de l'État où se trouve son « siège réel »¹ ; d'autre part, la théorie de l'incorporation (ou du siège statutaire), qui implique l'application à une société du droit de l'État en vertu duquel elle s'est constituée².

Or, en l'absence d'harmonisation européenne, chaque État membre applique à ce jour le critère de son choix, avec à la clé des contradictions qui peuvent parfois sembler sérieusement anachroniques à une époque de libéralisation économique dans laquelle, de surcroît, l'Union européenne poursuit un objectif majeur de marché unique. En réalité, l'absence d'harmonisation dans ce domaine s'explique par le fait que la solution exige un compromis entre les États membres, lequel n'a pas encore abouti³.

Cependant, malgré l'égalité et le libre choix de principes relatifs aux critères de rattachement, une certaine idée s'est développée, au fil des arrêts de la Cour de justice, selon laquelle cette dernière promouvrait – voire, pour certains, privilégierait – la théorie de l'incorporation au détriment de celle du siège réel.

C'est ce sujet que nous tenterons de mettre en lumière dans ce travail. Pour ce faire, nous exposerons tout d'abord le contexte dans lequel est née cette jurisprudence, c'est-à-dire l'état du droit primaire au sujet des critères de rattachement (I.). Ensuite, nous présenterons de la manière la plus objective possible certains passages de la jurisprudence de la Cour qui se rapportent directement ou indirectement aux deux théories, afin de déceler la façon dont elle se positionne sur le sujet. En parallèle, une sélection d'interprétations de cette jurisprudence provenant de différents auteurs sera présentée, dans le but d'apprécier l'impact que ces interprétations peuvent avoir sur les positions traditionnellement attribuées à la Cour (II.1)).

¹ Le « siège réel » désigne classiquement l'endroit où se prennent les décisions principales relatives à la société.

² À ce sujet, voy. notamment Tilquin T., « L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis* », *Revue pratique des sociétés*, 1998, n° 6734, pp. 13 et s. ; Corbisier I., « Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *J.D.E.*, 2018, p. 135.

³ Voy. notamment CJUE, arrêt Daily Mail, point 23 ; Behrens P., « International company law in view of the Centros decision of the ECJ », *E.B.O.R.* 2000, 1(1), p. 144 ; Myszkę-Nowakowska M., « The role of choice of law rules in shaping free movement of companies », Cambridge, Intersentia, 2014, p. 103.

Dans la foulée, nous tenterons de rationaliser la jurisprudence en en dégagant les logiques sous-jacentes (II.2)). Enfin, nous nous pencherons sur l'impact que la jurisprudence de la Cour, combinée ou non à ses interprétations doctrinales, pourrait potentiellement avoir sur le choix de théorie des États membres (III.1)), pour finalement nous focaliser sur un exemple concret, celui de la Belgique qui a changé de cap en 2019 au bénéfice du critère de l'incorporation (III.2)).

I. LA QUESTION DE LA NEUTRALITÉ DE L'ARTICLE 54 DU TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UNION EUROPÉENNE

SECTION 1 - NEUTRALITÉ *PRIMA FACIE*

L'article 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») énonce les conditions moyennant lesquelles une personne morale peut bénéficier de la liberté d'établissement :

« Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif »⁴.

Ainsi, de prime abord, cet article ne contient aucune indication concernant la *lex societatis* et ne contraint par conséquent aucunement les États membres à opter pour l'une ou l'autre théorie de rattachement d'une société à un ordre juridique.

SECTION 2 - UNE APPARENCE À NUANCER ?

1) *Doctrine soutenant qu'une lecture entre les lignes de l'article 54 aboutit à un avantage accordé à la théorie de l'incorporation*

Une partie de la doctrine soutient que le texte de cet article conduit en réalité à donner un avantage, fût-il indirect, à la théorie de l'incorporation⁵.

Comme nous l'avons souligné, ce texte établit les conditions auxquelles une personne morale doit satisfaire afin de pouvoir bénéficier de la liberté d'établissement. Or, selon certains, la première des conditions qui y est énoncée – « Les sociétés constituées en conformité de la

⁴ Article 54 du TFUE.

⁵ Voy. notamment Thirion, N. *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, pp. 92 et s. ; Gavalda Ch. et Parléani G., « Droit des affaires de l'Union européenne », 6^e édition, Paris, Litec, 2010, p. 142, n° 213.

législation d'un État membre » – donne lieu à la logique suivante : lorsqu'une société s'est constituée dans le respect des règles d'un ordre juridique, elle s'y incorpore. Les mouvements ultérieurs éventuels de son siège social sont dès lors sans importance ; la personnalité juridique d'origine de la société est censée subsister tout au long de son existence⁶.

Par conséquent, selon certains, l'alinéa 1^{er} de l'article 54 oriente déjà le texte vers une certaine préférence pour une approche en termes d'incorporation.

Une réserve est cependant soulignée par ces auteurs : la *ratio legis* de l'article 54 n'est pas d'instituer des critères de reconnaissance mutuelle des personnes morales ; le texte se situe purement sur le plan de la liberté d'établissement. Or, le Traité lui-même fait une distinction entre établissement et reconnaissance⁷.

Pour autant, pour ces mêmes auteurs, cette réserve peut rapidement être relativisée puisqu'il va de soi que la liberté d'établissement d'une personne morale est conditionnée par sa reconnaissance préalable par son pays d'accueil⁸. Notons que, sur ce point, la Cour de justice est elle-même très claire : « l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance desdites sociétés par tout État membre dans lequel elles souhaitent s'établir »⁹. Or, si une société – le cas échéant n'ayant pas son siège social à l'intérieur de l'Union européenne – bénéficie, en vertu de l'article 54, de la liberté d'établissement dans un État membre, celui-ci sera de ce fait forcé de lui reconnaître une existence, quand bien même cet État membre serait adepte de la théorie du siège réel et aurait par conséquent en principe dû refuser la reconnaissance de cette société¹⁰. *De facto* donc, pour cette doctrine, liberté d'établissement et reconnaissance se retrouvent finalement liées et la réserve évoquée se voit, par cette circonstance, largement affaiblie.

En outre, la deuxième condition énumérée à l'alinéa 1^{er} de l'article 54 consiste pour la personne morale qui souhaite bénéficier de la liberté d'établissement d'avoir à l'intérieur de l'Union soit son siège statutaire, soit son administration centrale, soit encore son principal établissement. Selon la même doctrine, cette deuxième condition maintient ainsi la place créée par la première au bénéfice de la théorie de l'incorporation, puisque le premier des critères alternatifs mentionnés consiste pour la société à avoir son siège statutaire à l'intérieur de l'Union – lequel peut être parfaitement fictif¹¹.

⁶ Voy. notamment Thirion, N. *et al.*, *op. cit.*, p. 92.

⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁸ Voy. notamment Santoro, G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *Revue internationale de droit économique*, 2010/3 t.XXIV, p. 356 ; Thirion, N., *et al.*, *op. cit.*, p. 93.

⁹ C.J.C.E., 5 novembre 2002, Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, aff. C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-9919, point 59.

¹⁰ Voy. notamment Thirion, N. *et al.*, *op. cit.*, pp. 92-93.

¹¹ *Ibid.*, p. 94.

2) Doctrine soutenant que le choix est entièrement laissé aux États membres

Une autre partie de la doctrine soutient la thèse de la « réelle » neutralité de l'article 54.

Ainsi, certains de ces auteurs soutiennent que la formulation est « assez large pour s'appliquer aussi bien aux sociétés constituées dans un État de siège réel que dans un État d'incorporation »¹², ou encore constitue « une règle de rattachement alternatif qui évite de trancher »¹³. Pour d'autres, la rédaction du texte met en place un critère universel qui laisse le choix aux États membres d'opter pour le système le plus conforme à leur propre politique de liberté de circulation¹⁴.

SECTION 3 - GARDE-FOU APPORTÉ PAR LE PROGRAMME GÉNÉRAL DE 1968 : L'EXIGENCE D'UN LIEN EFFECTIF ET CONTINU AVEC L'ÉCONOMIE D'UN ÉTAT MEMBRE

Le texte de l'article 54 doit en outre être connecté à l'interprétation qui en a été faite par le Conseil des ministres et la Commission européenne dans le « Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement » de 1968.

Ce programme établit une différence de système selon la liberté d'établissement en jeu. Ainsi, la liberté d'établissement primaire reste accessible à toute société respectant les conditions mentionnées à l'article 54 du TFUE, alors que les sociétés bénéficiaires de la liberté d'établissement secondaire sont celles qui, outre le respect des conditions indiquées à l'article 54, ont une activité qui « présente un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre [...], étant exclu que ce lien puisse dépendre de la nationalité, notamment des associés ou des membres des organes de gestion ou de surveillance ou des personnes détenant le capital social »¹⁵.

Cette précision apportée par le Programme général permet donc en réalité de limiter la portée de l'article 54 : la seule existence du siège statutaire d'une société sur le territoire de l'Union

¹² P. Lagarde, « Note sous l'arrêt *Überseering* », *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 3, pp. 508-536, spéc. p. 508, n° 1.

¹³ Santoro, G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », *Revue internationale de droit économique*, 2010/3 t. XXIV, p. 357 ; A. V. M. Struycken, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1992, tome 232, pp. 267-379, spéc. n° 79.

¹⁴ J. Béguin, « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 1-22 ; voy. aussi, dans le même sens, Maresceau, K., « Belgium, get ready to compete for corporate charters : een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer » in *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 216.

¹⁵ Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, Titre Ier, Bénéficiaires.

européenne – le cas échéant, fictif – ne permet pas à cette société, en vertu de ce Programme général et contrairement à la lettre – ou tout au moins à l’esprit – de l’article 54, de bénéficier de la liberté d’établissement secondaire, puisqu’elle doit à cet effet avoir un lien économique effectif et continu avec un État membre¹⁶.

Par conséquent, l’apport de ce programme général a finalement pour effet de limiter la portée de la théorie de l’incorporation au sein de l’Union européenne.

CONCLUSION

Il peut manifestement être conclu de ce qui précède que l’article 54 du Traité est impartial quant au choix par les États membres d’un critère de rattachement d’une société à un ordre juridique. Si, selon une partie de la doctrine, il favorise *de facto* la théorie de l’incorporation, les garde-fous apportés par le Programme général paraissent quoi qu’il en soit rééquilibrer cette potentielle partialité.

¹⁶ Thirion, N. *et al.*, *op. cit.*, p. 96.

II. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE ET SON INTERPRÉTATION PAR LA DOCTRINE

SECTION 1 - EXPOSÉ DE QUELQUES ARRÊTS PHARES ET DE LEUR(S) INTERPRÉTATION(S) PAR LA DOCTRINE

Si la jurisprudence de la Cour de justice a coutume de déclencher de nombreux débats doctrinaux, c'est éminemment le cas lorsqu'elle aborde la question de la *lex societatis* au sein de l'Union européenne. En se fondant sur la liberté d'établissement telle que consacrée par les articles 49 et 54 du TFUE, la Cour de justice « a, comme on le sait, modifié de façon substantielle la traditionnelle rivalité qui opposait les systèmes fondés sur le concept de siège réel aux droits souscrivant à la théorie de l'incorporation »¹⁷ et « a fait naître un important débat sur la possibilité pour les États membres de maintenir la référence au siège réel pour la détermination de la *lex societatis* »¹⁸.

Comment expliquer ces débats doctrinaux ? Comment comprendre l'existence, au sein de l'Union européenne, de l'idée reçue selon laquelle la Cour de justice favoriserait la théorie de l'incorporation au détriment de celle du siège réel ?

Cet exposé aura pour objet de présenter de la manière la plus objective possible certains passages de la jurisprudence de la Cour qui se rapportent directement ou indirectement aux deux théories, afin de déterminer de quelle façon elle se prononce à ce sujet.

En parallèle, une sélection de différentes interprétations doctrinales sera présentée dans le but d'apprécier l'impact que ces interprétations sont susceptibles d'avoir sur les positions traditionnellement attribuées à la Cour dans ce domaine.

1) *L'arrêt « Daily Mail » du 27 septembre 1988*¹⁹

(a) Introduction

Le litige à l'origine de cet arrêt opposait la société de droit anglais Daily Mail and General Trust PLC, demanderesse, au Trésor public britannique. La société entendait déplacer son siège de direction (et donc sa résidence fiscale) aux Pays-Bas sans pour autant perdre son statut de droit anglais. Or, le Trésor britannique soumettait cette opération à une autorisation préalable de sa part.

¹⁷ Wautelet P., « Quelques réflexions sur la Lex Societatis dans le Code de droit international privé », *Revue pratique des sociétés*, 2006, n°6948, p. 21.

¹⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹⁹ C.J.C.E., 27 septembre 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, aff. 81/87, *Rec.*, 1988, p. 5483, ci-après « Daily Mail ».

La problématique en jeu était donc celle d'une « barrière à la sortie » mise en place par le Royaume-Uni face à la volonté de la société de déplacer son siège réel.

(b) Arrêt de la Cour

Dans sa décision, la Cour rappelle tout d'abord le caractère fondamental de la liberté d'établissement²⁰, pour préciser ensuite que les dispositions du traité s'opposent « à ce que l'État d'origine entrave l'établissement [d'une société constituée en conformité à sa législation] dans un autre État membre »²¹.

La Cour affirme ensuite que la disposition législative britannique en cause ne pose aucune restriction aux transactions auxquelles la liberté d'établissement donne droit²². « Elle n'entrave pas non plus le transfert partiel ou même total des activités d'une société de droit britannique à une société nouvellement constituée dans un autre État membre, le cas échéant après dissolution et, partant, apurement des comptes fiscaux de la société britannique. Elle n'exige l'autorisation du Trésor que dans le cas où cette société, tout en gardant sa personnalité juridique et sa qualité de société de droit britannique, désire transférer son siège de direction hors du Royaume-Uni »²³. Or, la Cour mentionne que « les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique [...] national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement »²⁴.

Elle souligne en outre que « les législations des États membres diffèrent largement en ce qui concerne tant le lien de rattachement au territoire national exigé en vue de la constitution d'une société que la possibilité, pour une société constituée conformément à une telle législation, de modifier ultérieurement ce lien de rattachement »²⁵ et ajoute que « le traité a tenu compte de cette disparité des législations nationales. En définissant, à l'article 58, les sociétés pouvant bénéficier du droit d'établissement, le traité a mis sur le même pied le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien de rattachement »²⁶.

Elle rappelle ensuite que « le traité considère la disparité des législations nationales concernant le lien de rattachement exigé pour leurs sociétés ainsi que la possibilité, et, le cas échéant, les modalités d'un transfert du siège, statutaire ou réel, d'une société de droit national, d'un État membre à l'autre, comme des problèmes qui ne sont pas résolus par les règles sur le droit d'établissement, mais qui doivent l'être par des travaux législatifs ou conventionnels lesquels, toutefois, n'ont pas encore abouti »²⁷.

²⁰ Daily Mail, point 15.

²¹ *Ibid.*, point 16.

²² *Ibid.*, point 18.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, point 19.

²⁵ *Ibid.*, point 20.

²⁶ *Ibid.*, point 21.

²⁷ *Ibid.*, point 23.

Enfin, la Cour en conclut que « les articles 52 et 58 du traité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne confèrent aucun droit, en l'état actuel du droit communautaire, à une société constituée en conformité de la législation d'un État membre et y ayant son siège statutaire, de transférer son siège de direction dans un autre État membre »²⁸.

(c) **Interprétation(s) par la doctrine**

En ce qui concerne la question des critères de rattachement, l'arrêt *Daily Mail* n'a pas provoqué d'émois au sein de la doctrine.

Selon certains, cet arrêt a consacré le principe de neutralité du droit européen vis-à-vis des théories de rattachement²⁹.

D'autres auteurs, particulièrement allemands, ont considéré ce jugement comme confirmant la légalité de la pratique de la théorie du siège réel à l'encontre des entreprises étrangères³⁰.

2) *L'arrêt « Centros » du 9 mars 1999*³¹

(a) **Introduction**

Centros Ltd était une société enregistrée en Angleterre et au pays de Galles. Lorsqu'elle a souhaité établir une succursale au Danemark, elle s'en est vu refuser l'immatriculation par les autorités danoises. La justification du refus fournie par les autorités tenait au fait que, selon elles, puisque la société n'exerçait aucune activité commerciale au Royaume-Uni, le but de la manœuvre était de constituer un établissement principal (et non secondaire) au Danemark, et ce en contournant les règles nationales danoises, notamment celles imposant la libération d'un capital minimum.

La problématique en jeu *in casu* était donc celle d'une « barrière à l'entrée » mise en place par le Danemark face à une demande d'établissement secondaire de la part de la société Centros – établissement qui, dans les faits, devait cependant constituer son administration centrale.

(b) **Arrêt de la Cour**

Dans cet arrêt, la Cour rappelle tout d'abord la portée des articles 52 et 58 du traité CE (actuels articles 49 et 54 du TFUE), lesquels confèrent la liberté d'établissement aux personnes physiques et morales sous certaines conditions³².

²⁸ *Daily Mail*, point 25.

²⁹ Voy. par ex. Vermeulen J., « Arrêt « VALE Épitési » : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit? », *J.D.E.*, n°193 - 9/2012, p. 277 ; Roelofs E.R., « Het Vale-arrest : een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting », *WPNR*, 2012, p.795.

³⁰ Halbhuber H., « National doctrinal structures and European Company Law », *Common Market Law Review*, 2001 (6), 38, p. 1389.

³¹ C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-1459, ci-après « *Centros* ».

La Cour poursuit en affirmant qu'il découle directement de ces dispositions que « ces sociétés ont le droit d'exercer leur activité dans un autre État membre par l'intermédiaire d'une agence, succursale ou filiale, la localisation de leur siège statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement servant à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État membre »³³. Elle en déduit que « la pratique consistant, dans un État membre, à refuser, dans certaines circonstances, l'immatriculation d'une succursale d'une société ayant son siège dans un autre État membre, aboutit à empêcher des sociétés constituées en conformité avec la législation de cet autre État membre d'exercer le droit d'établissement qui leur est conféré [...] »³⁴.

Elle précise par ailleurs que « le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés qui lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. [...] Le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité »³⁵.

Par ailleurs, « le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif ou frauduleux »³⁶.

La Cour en conclut finalement que « les articles 52 et 58 du traité CE s'opposent à ce qu'un État membre refuse 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 sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'État où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal. Toutefois, cette interprétation n'exclut pas que les autorités de l'État membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes [...] »³⁷.

(c) Interprétation(s) par la doctrine

L'arrêt *Centros* constitue le premier arrêt qui a déclenché de vifs questionnements et débats relatifs aux critères de rattachement.

³² *Centros*, point 19.

³³ *Ibid.*, point 20.

³⁴ *Ibid.*, point 21.

³⁵ *Ibid.*, point 27.

³⁶ *Ibid.*, point 29.

³⁷ *Ibid.*, conclusions finales.

Ainsi, selon certains, cet arrêt a posé la question d'une remise en cause de la théorie du siège réel³⁸ ou a tout au moins affirmé la prédominance de celle du siège statutaire³⁹.

Pour d'autres, la Cour a limité les effets de la théorie du siège réel au bénéfice des libertés communautaires dans la mesure où, en application de cet arrêt, un État membre ne peut plus se contenter d'invoquer cette théorie pour refuser la reconnaissance d'une société valablement constituée au sein de l'Union⁴⁰.

Enfin, une certaine doctrine insiste quant à elle sur l'ébranlement par la Cour des fondements normativistes de la théorie du siège réel par l'effet de l'autorisation accordée aux sociétés de choisir la loi qui leur sera applicable⁴¹. À ce propos, certains estiment que le critère du siège réel ne peut ainsi désormais plus être utilisé par le pays d'accueil qu'au niveau de la loi applicable à la société⁴². D'autres soulignent que bien que l'arrêt *Centros* affirme que le choix de la loi la plus favorable ne constitue pas un abus de droit, cette liberté de choix n'est pour autant pas alléguée comme une nouvelle règle de rattachement qui se substituerait aux critères nationaux⁴³.

3) *L'arrêt « Überseering » du 5 novembre 2002*⁴⁴

(a) Introduction

La société Überseering BV était une société constituée aux Pays-Bas. Quelques années après sa constitution, deux résidents allemands avaient acquis la totalité des parts de la société. Par la suite, dans le cadre de l'exécution d'un contrat de maîtrise d'œuvre qui la liait à une société tierce depuis quelques années, la société Überseering avait assigné sa cocontractante devant les tribunaux allemands. Le recours avait alors été rejeté par les différentes institutions judiciaires, au motif que la société n'avait pas de personnalité juridique au regard du droit allemand.

En effet, en vertu de ce droit, qui appliquait à cette époque la théorie du siège réel, dès lors que la société avait été acquise par deux résidents allemands, son principal établissement avait été transféré en Allemagne et, par ce transfert, la société devenait *ipso facto* soumise au droit

³⁸ Voy. par ex. Sonnenberger H., « État de droit, construction européenne et droit des sociétés », dans Dalloz, « *Revue critique de droit international privé* » 2013/1 N° 1, p.105 ; Cotiga, A., « Le droit européen des sociétés », 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 179 et 180.

³⁹ Voy. par ex. Menjuçq M., « Droit international et européen des sociétés » (5^e édition), Paris, L.G.D.J., 2018, pp. 131 et 132.

⁴⁰ Voy. par ex. Jonet, J.-M., « Sociétés commerciales - La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement », *J.D.E.*, 2003/2, pp. 33 et 34 ; Santoro, G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *Revue internationale de droit économique*, 2010/3 t.XXIV, p. 359.

⁴¹ Voy. par ex. Jonet, J.-M., *op. cit.*, p. 34 ; Navez E.-J. et Fallon M., « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt Polbud », *RPS-TRV*, 2018/5, p. 358.

⁴² Menjuçq M., *op. cit.*, p. 135.

⁴³ Navez E.-J. et Fallon M., *op. cit.*, p. 358.

⁴⁴ C.J.C.E., 5 novembre 2002, Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, aff. C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-9919, ci-après « Überseering ».

allemand. Or, n'ayant pas été constituée en conformité avec le droit allemand – puisque constituée selon le droit néerlandais –, elle était considérée comme dépourvue de toute personnalité juridique par les tribunaux allemands.

La problématique en jeu était donc celle d'une « barrière à l'entrée » mise en place par l'Allemagne. Cette barrière faisait face à l'exercice par la société de sa liberté d'établissement primaire via le déplacement de son siège réel en Allemagne sans changement, de son point de vue, de droit applicable.

(b) Arrêt de la Cour

Dans cet arrêt, la Cour rappelle plusieurs des raisonnements qu'elle avait déjà développés dans son arrêt *Centros*. Tout d'abord, elle répète la portée des articles 43 et 48 du traité CE (actuels articles 49 et 54 du TFUE)⁴⁵. Ensuite, comme dans l'arrêt *Centros*, la Cour rappelle que les prérogatives garanties par ces articles ont pour conséquence que les sociétés visées « ont le droit d'exercer leur activité dans un autre État membre par l'intermédiaire d'une agence, succursale ou filiale, la localisation de leur siège statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement servant à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État membre »⁴⁶.

Finalement, la Cour ajoute un considérant qui ne figurait pas, lui, dans l'arrêt *Centros* : « Or, l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance desdites sociétés par tout État membre dans lequel elle souhaiterait s'établir »⁴⁷.

Ensuite, pour répondre à un argument tiré de la jurisprudence *Daily Mail*, la Cour souligne les différences de contexte entre les arrêts *Daily Mail* et *Überseering*. Selon la Cour, « à la différence de l'arrêt *Daily Mail* [...], qui concerne les relations entre une société et l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée, dans le cas où la société désire transférer son siège effectif dans un autre État membre en conservant la personnalité juridique dont elle jouit dans son État de constitution, l'affaire au principal a trait à la reconnaissance par un État membre d'une société constituée selon le droit d'un autre État membre, une telle société se voyant refuser toute capacité juridique dans le premier État membre dès lors qu'il considère qu'elle a transféré son siège effectif sur son territoire, sans qu'il importe à cet égard que la société ait effectivement entendu procéder à un transfert de siège »⁴⁸.

La Cour souligne alors que la société *Überseering* n'a « jamais manifesté sa volonté de transférer son siège en Allemagne. Son existence n'a jamais été remise en cause selon le droit de son État de constitution par la cession de la totalité de ses parts sociales [...] »⁴⁹.

Elle précise ensuite l'interprétation qu'il convient de faire de son arrêt *Daily Mail*, rendu en 1988 : « La Cour s'est bornée à constater que la possibilité, pour une société constituée

⁴⁵ *Überseering*, point 56.

⁴⁶ *Ibid.*, point 57.

⁴⁷ *Ibid.*, point 59.

⁴⁸ *Ibid.*, point 62.

⁴⁹ *Ibid.*, point 63.

conformément à la législation d'un État membre, de transférer son siège, statutaire ou effectif, dans un autre État membre sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'État membre de constitution et, le cas échéant, les modalités de ce transfert étaient déterminées par la législation nationale conformément à laquelle ladite société avait été constituée. Elle en a conclu qu'un État membre avait la possibilité d'imposer à une société constituée en vertu de son ordre juridique des restrictions au déplacement de son siège effectif hors de son territoire afin qu'elle pût conserver la personnalité juridique dont elle bénéficiait en vertu du droit de ce même État »⁵⁰.

Elle précise que, « nonobstant la généralité des termes employés au point 23 de l'arrêt *Daily Mail* [...], la Cour n'a pas entendu reconnaître aux États membres la faculté de subordonner au respect de leur droit national des sociétés l'exercice effectif, sur leur territoire, de la liberté d'établissement par des sociétés, légalement constituées dans d'autres États membres, dont ils considèrent qu'elles ont transféré leur siège sur ledit territoire »⁵¹.

Et la Cour d'achever son raisonnement : « *Überseering*, légalement constituée aux Pays-Bas et y disposant de son siège statutaire, tire des articles 43 CE et 48 CE le droit d'exercer sa liberté d'établissement en Allemagne en tant que société de droit néerlandais. Il importe peu, à cet égard, que, postérieurement à la constitution de cette société, l'intégralité de son capital ait été acquise par des ressortissants allemands résidant en Allemagne dès lors que cette circonstance ne paraît pas lui avoir fait perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique néerlandais. Mieux, son existence même est consubstantielle à sa qualité de société de droit néerlandais, dans la mesure où, ainsi qu'il a été rappelé, une société n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement⁵². L'exigence de reconstitution de la même société en Allemagne équivaut, dès lors, à la négation même de la liberté d'établissement »⁵³.

Enfin, la Cour conclut en ajoutant que « lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un État membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre État membre, les articles 43 CE et 48 CE imposent à ce dernier de respecter la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son État de constitution »⁵⁴.

(c) Interprétation(s) par la doctrine

L'arrêt *Überseering* a donné lieu à des développements doctrinaux abondants et nuancés.

⁵⁰ *Überseering*, point 70.

⁵¹ *Ibid.*, point 71.

⁵² La Cour renvoie en ce sens à l'arrêt *Daily Mail*, point 19.

⁵³ *Überseering*, points 80 et 81.

⁵⁴ *Ibid.*, point 95.

Ainsi, selon certains auteurs, cet arrêt a suivi la lignée de l'arrêt *Centros* en ce qu'il a posé la question d'une remise en cause du critère du siège réel⁵⁵, ou tout au moins appuyé la prédominance de la théorie du siège statutaire⁵⁶.

D'autres affirment au contraire que si à la première lecture, cet arrêt semble marquer la nécessité d'appliquer la théorie de l'incorporation, il doit en réalité en être conclu que la Cour n'a pas exprimé de favoritisme pour l'une des théories, puisqu'elle s'est contentée d'affirmer que les États membres devaient veiller à ce que les entreprises qui se déplacent puissent conserver leur personnalité juridique – ce qui a un impact sur les deux théories⁵⁷.

Pour d'autres encore, il doit être conclu de cet arrêt que la liberté d'établissement a préséance sur la théorie du siège réel, ce qui entraîne l'impossibilité pour un État d'invoquer cette théorie afin de ne pas reconnaître une société valablement constituée au sein de l'Union⁵⁸. Certains partisans de cette doctrine précisent par ailleurs que si la Cour a limité certains effets de la théorie du siège réel, elle n'en a pas signé l'abrogation ; pour ces auteurs, en ce qu'elle se contente de déterminer la *lex societatis* entendue strictement, sans impacter la reconnaissance, la théorie du siège réel reste valide au regard de cette jurisprudence⁵⁹.

4) *L'arrêt « Inspire Art » du 30 septembre 2003*⁶⁰

(a) Introduction

Inspire Art Ltd était une société constituée conformément au droit anglais et dont le siège social était établi au Royaume-Uni. Son seul administrateur était domicilié aux Pays-Bas, où une succursale de la société était également établie. Inspire Art était en outre immatriculée au registre du commerce d'Amsterdam.

La source du litige était la suivante : la chambre du commerce néerlandaise estimait qu'en application du droit néerlandais, l'immatriculation de la société devait obligatoirement comporter la mention « société étrangère de pure forme » – mention qui devait entraîner d'autres obligations prévues par la loi.

Dans cet arrêt, c'est donc une problématique de « barrière à l'entrée » mise en place par les Pays-Bas qui était en jeu face à la volonté de la société d'y exercer sa liberté d'établissement secondaire.

⁵⁵ Voy. par ex. Sonnenberger H., *op. cit.*, p. 105 ; Friis Hansen S., « Selskabers fri bevægelighed - Hovedsædteorien er død, registreringsteorien længe leve! », *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret (NTS)* 2003/4, p. 431.

⁵⁶ Voy. par ex. Menjucq M., *op. cit.*, pp. 131 et 132.

⁵⁷ Voy. par ex. Myszkę-Nowakowska M., « The role of choice of law rules in shaping free movement of companies », Cambridge, Intersentia, 2014, p. 104.

⁵⁸ Voy. par ex. Jonet J.-M., *op. cit.*, pp. 33 et 35 ; Santoro, G., *op. cit.*, p. 359.

⁵⁹ Jonet J.-M., *op. cit.*, p. 36 ; voy., dans le même sens, Menjucq M., *op. cit.*, p. 135.

⁶⁰ C.J.C.E., 30 septembre 2003, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd, aff. C-167/01, *Rec.*, 2003, p. I-10155, ci-après « Inspire Art ».

(b) Arrêt de la Cour

Dans cet arrêt, la Cour répète tout d'abord certains raisonnements déjà développés dans la jurisprudence exposée ci-avant : elle rappelle que les sociétés bénéficiant de la liberté d'établissement « ont le droit d'exercer leurs activités dans un autre État membre par l'intermédiaire d'une succursale, la localisation de leur siège statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement servant à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État membre »⁶¹.

Ensuite, pour répondre à un argument tiré de l'arrêt *Daily Mail*, selon lequel ce dernier aurait autorisé les États membres à lutter contre les sociétés « boîte aux lettres », la Cour souligne les différences de contexte entre les deux arrêts. Selon la Cour, l'arrêt *Daily Mail* « concerne les relations entre une société et l'État membre selon la législation duquel elle avait été constituée, dans le cas où la société désire transférer son siège effectif dans un autre État membre tout en conservant la personnalité juridique dont elle jouit dans son État de constitution. Dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur l'application à une société, constituée selon le droit d'un État membre, de la législation de l'État où elle exerce effectivement ses activités »⁶². La Cour renvoie en ce sens au point 62 de l'arrêt *Überseering*, dans lequel le même raisonnement avait effectivement été appliqué.

La Cour conclut que « les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à une législation nationale, telle la WFBV, qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet État, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre, à certaines conditions prévues en droit interne pour la constitution de sociétés, relatives au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs. Les raisons pour lesquelles la société a été constituée dans le premier État membre, ainsi que la circonstance qu'elle exerce ses activités exclusivement ou presque exclusivement dans l'État membre d'établissement, ne la privent pas, sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement garantie par le traité »⁶³.

La Cour rappelle en outre qu'ainsi qu'elle l'a développé dans l'arrêt *Centros*, le droit, pour une société, de choisir de se constituer dans l'État où le droit lui semble le moins contraignant est inhérent à l'exercice de la liberté d'établissement⁶⁴. Toujours dans la lignée de l'arrêt *Centros*, elle poursuit : « [...] il ressort d'une jurisprudence constante⁶⁵ que le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce uniquement ou principalement ses activités dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux »⁶⁶.

⁶¹ Inspire Art, point 97.

⁶² *Ibid.*, point 103.

⁶³ *Ibid.*, point 105.

⁶⁴ *Ibid.*, point 138. La Cour renvoie sur ce point à l'arrêt *Centros*, point 27.

⁶⁵ La Cour renvoie sur ce point aux arrêts *Segers*, point 16 et *Centros*, point 29.

⁶⁶ Inspire Art, point 139.

(c) Interprétation(s) par la doctrine

L'arrêt *Inspire Art* a lui aussi donné lieu à des interprétations doctrinales diverses.

Selon certains auteurs, cet arrêt, dans la lignée des arrêts *Centros* et *Überseering*, a posé la question du rejet par la Cour de la théorie du siège réel⁶⁷, ou tout au moins celle de la prédominance de la théorie du siège statutaire⁶⁸.

Pour d'autres, en application de l'arrêt *Inspire Art*, ce ne sont plus seulement la capacité juridique et le droit d'ester en justice qui sont gouvernés par le droit de la création de la société, comme c'était le cas en application de l'arrêt *Überseering*, mais désormais son statut complet⁶⁹.

Certains soulignent quant à eux que cet arrêt fait partie d'une jurisprudence restrictive à l'égard des États adeptes du critère du siège réel puisque ces derniers ne peuvent, en application de cet arrêt, limiter la liberté d'établissement en faisant valoir leur critère de rattachement⁷⁰.

Enfin, certains auteurs soutiennent que la Cour maintient sa position de neutralité relative aux critères de rattachement, tout en y faisant prévaloir la liberté d'établissement⁷¹.

5) L'arrêt « *Cartesio* » du 16 décembre 2008⁷²

(a) Introduction

La société *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt avait été constituée conformément au droit hongrois. Quelque temps après sa constitution, la société avait déposé une demande en vue de faire acter le transfert de son siège réel en Italie. Elle souhaitait en conséquence modifier la mention relative à ce siège dans le registre des sociétés hongrois, tout en restant soumise au droit hongrois.

Cette demande a été refusée par la Hongrie, au motif que le droit hongrois ne permettait pas à une société constituée en Hongrie de transférer son siège à l'étranger tout en continuant d'être soumise à la loi hongroise. Ainsi, la Hongrie, adepte de la théorie du siège réel, soumettait le maintien de la personnalité juridique hongroise d'une société au maintien de son siège réel en Hongrie.

⁶⁷ Voy. par ex. Friis Hansen S., *op. cit.*, p. 431.

⁶⁸ Voy. par ex. Menjucq M., *op. cit.*, pp. 131 et 132.

⁶⁹ Sonnenberger H., *op. cit.*, p. 107 ; voy., dans le même sens, Cotiga, A., *op. cit.*, p. 181.

⁷⁰ Santoro, G., *op. cit.*, p. 359 ; voy., dans le même sens, Muir-Watt H., « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, t. 308, p.112.

⁷¹ Voy. par ex. Gilcart S., « L'affaire « *Inspire Art* » : un nouvel arrêt « inspiré » de la Cour de justice européenne », *J.D.S.C.* 2004, pp. 102-104.

⁷² C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt, aff. C-210/06, *Rec.*, 2008, p. 9919, ci-après « *Cartesio* ».

La problématique en jeu était donc celle d'une « barrière à la sortie » mise en place par la Hongrie face à la volonté de la société d'exercer sa liberté d'établissement primaire via le transfert de son siège réel en Italie.

(b) Arrêt de la Cour

Dans cet arrêt, la Cour rappelle tout d'abord plusieurs développements issus de l'arrêt *Daily Mail*.

Pour commencer, la Cour mentionne qu'elle « a rappelé au point 19 de l'arrêt *Daily Mail* [...] 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 »⁷³.

Ensuite, la Cour souligne que, comme elle l'a déjà mentionné au point 20 de l'arrêt *Daily Mail*, « les législations des États membres diffèrent largement en ce qui concerne tant le lien de rattachement au territoire national exigé en vue de la constitution d'une société que la possibilité, pour une société constituée conformément à une telle législation, de modifier ultérieurement ce lien de rattachement. La Cour a en outre indiqué, au point 21 de ce même arrêt, que le traité CEE a tenu compte de cette disparité des législations nationales. En définissant [...] les sociétés pouvant bénéficier du droit d'établissement, le traité CEE a mis sur le même pied le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien de rattachement »⁷⁴.

Ensuite, la Cour mentionne que, dans l'arrêt *Überseering*, par son considérant 70 précité, « la Cour, tout en confirmant ces considérations, en a déduit que la possibilité, pour une société constituée conformément à la législation d'un État membre, de transférer son siège, statutaire ou effectif, dans un autre État membre sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'État membre de constitution et, le cas échéant, les modalités de ce transfert sont déterminées par la législation nationale conformément à laquelle ladite société a été constituée. Elle en a conclu qu'un État membre a la possibilité d'imposer à une société constituée en vertu de son ordre juridique des restrictions au déplacement du siège effectif de celle-ci hors de son territoire pour que cette société puisse conserver la personnalité juridique dont elle bénéficie en vertu du droit de ce même État membre »⁷⁵.

La Cour précise ensuite qu'elle « est également arrivée à cette conclusion sur le fondement du libellé de l'article 58 du traité CEE. En effet, en définissant à cet article les sociétés pouvant bénéficier du droit d'établissement, le traité CEE a considéré la disparité des législations nationales concernant tant le lien de rattachement exigé pour les sociétés relevant de ces législations que la possibilité et, le cas échéant, les modalités d'un transfert du siège, statutaire ou réel, d'une société de droit national d'un État membre à l'autre comme une difficulté non

⁷³ Cartesio, point 104.

⁷⁴ *Ibid.*, points 105 et 106.

⁷⁵ *Ibid.*, point 107.

résolue par les règles sur le droit d'établissement, mais qui doit l'être par des travaux législatifs ou conventionnels, lesquels n'ont pas encore abouti »⁷⁶.

La Cour en conclut : « Partant, conformément à l'article 48 CE, en l'absence d'une définition uniforme donnée par le droit communautaire des sociétés qui peuvent bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique déterminant le droit national applicable à une société, la question de savoir si l'article 43 CE s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article, [...] constitue une question préalable qui, dans l'état actuel du droit communautaire, ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable. Ce n'est donc que s'il est vérifié que cette société bénéficie effectivement de la liberté d'établissement eu égard aux conditions énoncées à l'article 48 CE que se pose la question de savoir si ladite société se trouve confrontée à une restriction à cette liberté au sens de l'article 43 CE. Un État membre dispose ainsi de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement. Cette faculté englobe la possibilité, pour cet État membre, de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre État membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'État membre de constitution »⁷⁷.

La Cour précise toutefois qu' « un tel cas de transfert du siège d'une société constituée selon le droit d'un État membre dans un autre État membre sans changement du droit dont elle relève doit être distingué de celui relatif au déplacement d'une société relevant d'un État membre vers un autre État membre avec changement du droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace⁷⁸. En effet, dans ce dernier cas, la faculté, évoquée au point 110 du présent arrêt, loin d'impliquer une quelconque immunité de la législation nationale en matière de constitution et de dissolution de sociétés au regard des règles du traité CE relatives à la liberté d'établissement, ne saurait, en particulier, justifier que l'État membre de constitution, en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêche celle-ci de se transformer en une société de droit national de l'autre État membre pour autant que ce droit le permette »⁷⁹.

(c) **Interprétation(s) par la doctrine**

Nous pouvons relever trois courants doctrinaux principaux relatifs à cette jurisprudence.

⁷⁶ Cartesio, point 108. La Cour renvoie sur ce point aux arrêts Daily Mail, points 21 à 23, et Überseering, point 69.

⁷⁷ Cartesio, points 109 et 110.

⁷⁸ *Ibid.*, point 111.

⁷⁹ *Ibid.*, point 112.

Selon une importante partie du monde académique, l'arrêt *Cartesio* a donné lieu à une forme de renaissance de la théorie du siège réel⁸⁰. Ainsi, selon certains partisans de cette doctrine, la Cour a rendu aux États « des prérogatives identiques quel que soit le système de rattachement retenu »⁸¹. D'autres soulignent que « l'arrêt *Cartesio* établit un nouvel équilibre entre le respect du droit international privé des États membres et de la liberté d'établissement des sociétés. Elle rend au siège réel son efficacité en tant que critère de rattachement pour la détermination de la *lex societatis*, alors que ce critère paraissait anachronique à bien des égards »⁸².

A contrario, certains affirment que ce qui est souvent interprété comme un revirement de jurisprudence n'en est en réalité pas un pour la raison suivante : l'arrêt *Cartesio* ne concerne que le droit international privé de l'État de la création d'une société ainsi que son droit matériel, contrairement aux arrêts qui y sont traditionnellement comparés, lesquels concernaient le droit international privé du pays d'accueil d'une société créée en conformité avec le droit d'un autre État membre, applicable selon le droit international privé de ce pays⁸³.

Certains auteurs soutiennent quant à eux la neutralité de la position de la Cour quant au critère de rattachement à appliquer par les États membres⁸⁴.

6) *L'arrêt « Vale » du 12 juillet 2012*⁸⁵

(a) Introduction

La société VALE Costruzioni S.r.l. était une société constituée conformément au droit italien. Quelques années après sa constitution, la société souhaitait transférer son siège social et son activité en Hongrie tout en cessant son activité en Italie. Elle avait donc effectué une demande afin d'être radiée du registre italien – demande à laquelle les autorités italiennes avaient fait droit.

Cependant, lorsqu'elle a ensuite sollicité les juridictions hongroises afin qu'elles enregistrent la société « VALE Építési » comme société de droit hongrois, en tant que successeur de droit de la société de droit italien « VALE Costruzioni », ces juridictions s'y sont refusées. La raison de ce refus résidait dans le fait que le droit hongrois ne réglementait que les transformations purement internes des sociétés ; la loi hongroise ne prévoyait ainsi aucune forme de transformation transfrontalière.

⁸⁰ Voy. par ex. Dammann R., Wynaendts L. et Nader R., « La renaissance inattendue de la théorie du siège réel », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 9, p. 575 ; Santoro G., *op. cit.*, p. 359 ; Menjuq M., *op. cit.*, p. 132.

⁸¹ Santoro G., *op. cit.*, p. 359.

⁸² Dammann R., Wynaendts L. et Nader R., « La renaissance inattendue de la théorie du siège réel », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 9, p. 575.

⁸³ Voy. par ex. Sonnenberger H., *op. cit.*, p. 109.

⁸⁴ Voy. par ex. Navez E.-J. et Fallon M., *op. cit.*, p. 358 ; Roelofs E.R., *op. cit.*, p. 795 ; Cotiga A., *op. cit.*, p. 183.

⁸⁵ C.J.U.E., 12 juillet 2012, VALE Építési, C-378/10, *Rec.*, 2012, p. I-8173, ci-après « Vale ».

La problématique était donc celle d'une « barrière à l'entrée » mise en place par la Hongrie face à une volonté de la société d'exercer sa liberté d'établissement primaire, avec un transfert des sièges statutaire et réel.

(b) Arrêt de la Cour

Dans son arrêt, la Cour affirme tout d'abord que les opérations de transformation telle que celle en cause tombent bien sous le champ d'application de la liberté d'établissement⁸⁶. À ce sujet, la Cour précise que « l'expression *«pour autant que ce droit le permette»*, figurant à la fin du point 112 de l'arrêt *Cartesio* [...] ne saurait être comprise comme visant à faire échapper d'emblée la législation de l'État membre d'accueil relative à la transformation de sociétés aux règles du traité FUE concernant la liberté d'établissement, mais comme reflétant la simple considération qu'une société créée en vertu d'un ordre juridique national n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui «permet» ainsi la constitution de la société, si les conditions imposées à ce titre sont remplies »⁸⁷.

Ensuite, la Cour mentionne que « le droit dérivé de l'Union ne prévoyant pas, en l'état actuel, de règles spécifiques régissant des transformations transfrontalières, les dispositions qui permettent la mise en œuvre d'une telle opération ne peuvent se trouver que dans le droit national, à savoir celui de l'État membre d'origine duquel relève la société cherchant à se transformer et celui de l'État membre d'accueil dont relèvera la société à l'issue de cette transformation »⁸⁸. La Cour rappelle toutefois que « les articles 49 TFUE et 54 TFUE obligent un État membre, prévoyant pour des sociétés de droit interne la faculté de se transformer, à accorder cette même faculté aux sociétés relevant du droit d'un autre État membre et cherchant à se transformer en sociétés de droit national du premier État membre »⁸⁹.

La Cour rappelle en effet que « dans maints domaines, il est de jurisprudence constante que, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, les modalités visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant les situations similaires de nature interne [...] »⁹⁰.

La Cour en conclut que « les articles 49 TFUE et 54 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui, tout en prévoyant pour des sociétés de droit interne la faculté de se transformer, ne permet pas, de manière générale, la transformation d'une société relevant du droit d'un autre État membre en société de droit national au moyen de la constitution de cette dernière »⁹¹. Par ailleurs, « les articles 49 TFUE et 54 TFUE doivent être interprétés, dans le contexte d'une transformation transfrontalière d'une société, en ce sens que l'État membre d'accueil est en droit de déterminer le droit interne pertinent à une telle opération et d'appliquer ainsi les dispositions de son droit national

⁸⁶ Vale, points 24 à 33.

⁸⁷ *Ibid.*, point 32.

⁸⁸ *Ibid.*, point 43.

⁸⁹ *Ibid.*, point 46.

⁹⁰ *Ibid.*, point 48.

⁹¹ *Ibid.*, conclusions finales (1).

relatives aux transformations internes régissant la constitution et le fonctionnement d'une société [...]. Toutefois, les principes d'équivalence et d'effectivité s'opposent, respectivement, à ce que l'État membre d'accueil refuse, pour des transformations transfrontalières, la mention de la société ayant sollicité la transformation en tant que « prédécesseur en droit » si une telle mention de la société prédécesseur au registre des sociétés est prévue pour des transformations internes et refuse de tenir dûment compte des documents émanant des autorités de l'État membre d'origine lors de la procédure d'enregistrement de la société »⁹².

(c) Interprétation(s) par la doctrine

Selon une certaine doctrine, il peut être déduit de l'arrêt *VALE* que la Cour maintient sa position de neutralité relative aux critères de rattachement⁹³.

Toutefois, selon certains auteurs, cela n'a pas empêché la Cour, dans cet arrêt, d'imposer une telle règle de rattachement en ce qui concerne les opérations de transformation, puisqu'en application de l'arrêt *VALE*, une telle opération est soumise aux rattachements successifs de la loi de l'État membre d'origine puis de la loi de l'État membre d'accueil⁹⁴.

D'autres soulignent qu'il ressort de cet arrêt que l'obligation éventuelle pour un État membre de permettre une transformation transfrontalière n'affecte pas la possibilité pour cet État d'appliquer la doctrine de l'incorporation ou celle du siège réel aux sociétés régies par son droit ; après la transformation transfrontalière, le droit de l'État membre d'accueil s'applique à la société et c'est ce droit qui régit le facteur de rattachement⁹⁵.

7) L'arrêt « *Polbud* » du 25 octobre 2017⁹⁶

(a) Introduction

Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o. était une société à responsabilité limitée établie en Pologne. Cette société souhaitait transférer son siège statutaire au Luxembourg sans que le centre de direction ou le lieu de l'exercice de son activité économique ne s'en trouvent modifiés⁹⁷. La société souhaitait de cette manière être soumise au droit luxembourgeois, ce que le Luxembourg a accepté ; *Polbud* y a alors été réimmatriculée sous la forme d'une société de droit luxembourgeois.

⁹² Vale, conclusions finales (2).

⁹³ Voy. par ex. Van Hoe A., « We zijn er bijna, maar nog niet helemaal : grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na Vale », *TRV* 2013, n° 6, p. 550 ; Fallon M. et Navez E.-J., *op. cit.*, p. 358 ; Roelofs E.R., *op. cit.*, p. 795.

⁹⁴ Fallon M. et Navez E.-J., *op. cit.*, p. 358.

⁹⁵ Roelofs E.R., *op. cit.*, p. 795.

⁹⁶ C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Polbud-Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017, p. 804, ci-après « *Polbud* ».

⁹⁷ C'est du moins sur ce postulat que s'est basée la Cour, voy. l'arrêt *Polbud*, point 26.

Cependant, par la suite, les institutions polonaises ont refusé de radier la société des registres polonais, au motif qu'elle ne justifiait pas avoir dûment suivi la procédure de liquidation requise en droit polonais en cas de transfert de siège statutaire à l'étranger.

La problématique en jeu était donc celle d'une « barrière à la sortie » mise en place par la Pologne face à la volonté de la société de transférer son siège statutaire au Luxembourg – tout en gardant son siège réel dans son État d'origine⁹⁸.

(b) Arrêt de la Cour

À titre liminaire, la Cour note que « les questions préjudicielles se fondent sur la prémisse, contestée par Polbud, selon laquelle celle-ci n'avait pas l'intention de transférer son siège réel au Luxembourg »⁹⁹.

Ensuite, la Cour rappelle, comme elle l'avait jugé dans l'arrêt *Daily Mail*¹⁰⁰, qu'« en l'absence d'uniformisation en droit de l'Union, la définition du lien de rattachement déterminant le droit national applicable à une société relève, conformément à l'article 54 TFUE, de la compétence de chaque État membre, ledit article ayant mis sur le même pied le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien d'un tel rattachement ». Elle poursuit : « Il en découle, en l'occurrence, que la liberté d'établissement confère à Polbud, société de droit polonais, le droit de se transformer en une société de droit luxembourgeois pour autant qu'il est satisfait aux conditions de constitution définies par la législation luxembourgeoise et, en particulier, au critère retenu par le Luxembourg aux fins du rattachement d'une société à son ordre juridique national »¹⁰¹.

La Cour précise ensuite que, dans la lignée de l'arrêt *Centros*¹⁰², « une situation dans laquelle une société constituée selon la législation d'un État membre souhaite se transformer en une société de droit d'un autre État membre, dans le respect du critère retenu par le second État membre aux fins du rattachement d'une société à son ordre juridique national, relève de la liberté d'établissement, quand bien même cette société exercerait l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques dans le premier État membre »¹⁰³.

La Cour rappelle ensuite la possibilité pour un État de prendre des mesures contre les abus éventuels à la liberté d'établissement¹⁰⁴. À ce sujet, elle précise toutefois qu'« il convient de relever que, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, n'est pas constitutif en soi d'abus le fait d'établir le siège, statutaire ou réel, d'une société en conformité avec la législation d'un État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse »¹⁰⁵.

⁹⁸ C'est du moins sur ce postulat que s'est basée la Cour, voy. l'arrêt Polbud, point 26.

⁹⁹ Polbud, point 26.

¹⁰⁰ La Cour fait référence aux points 19 à 21 de son arrêt *Daily Mail*.

¹⁰¹ Polbud, points 34 et 35.

¹⁰² La Cour fait référence au point 17 de son arrêt *Centros*.

¹⁰³ Polbud, point 38.

¹⁰⁴ *Ibid.*, point 39.

¹⁰⁵ *Ibid.*, point 40.

La Cour poursuit : « Il découle, en revanche, de ces arrêts, ainsi que de l'arrêt [...] *VALE*, que, en l'état actuel du droit de l'Union, chaque État membre a la faculté de définir le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon sa législation nationale »¹⁰⁶.

La Cour en décide *in fine* que « la liberté d'établissement est applicable au transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, aux fins de sa transformation, en conformité avec les conditions imposées par la législation de cet autre État membre, en une société relevant du droit de ce dernier, sans déplacement du siège réel de ladite société »¹⁰⁷.

Par ailleurs, « en exigeant la liquidation de la société, la réglementation nationale en cause au principal est de nature à gêner, voire à empêcher, la transformation transfrontalière d'une société. Elle constitue donc une restriction à la liberté d'établissement »¹⁰⁸.

(c) Interprétation(s) par la doctrine

Selon une certaine doctrine, l'arrêt *Polbud* a mis un 'coup de grâce' à la théorie du siège réel¹⁰⁹.

Pour une autre, cet arrêt confirme au contraire que la Cour ne met pas en cause le principe de neutralité du droit européen concernant les critères de rattachement¹¹⁰.

Certains soulignent quant à eux que si l'arrêt *Polbud* permet de faciliter une transformation suivant le critère d'incorporation, elle ne la garantit pas¹¹¹. Selon certains, plus encore, « l'insistance de la Cour à soumettre la validité de l'opération de transformation "aux conditions définies" par le droit de l'État d'accueil [...] donne à penser que cette soumission, en quelque sorte volontaire, n'échappe pas aux exigences – le cas échéant peu favorables – de ce législateur : cette nuance pourrait marquer un frein au potentiel de l'arrêt *Centros* »¹¹².

Pour d'autres enfin, bien que l'arrêt *Polbud* confirme la légalité du critère du siège réel, il devient politiquement inutile – voire contre-productif – pour les États membres de continuer à imposer cette doctrine stricte à « leurs » sociétés dans un marché intérieur presque entièrement libéralisé¹¹³.

¹⁰⁶ *Polbud*, point 43.

¹⁰⁷ *Ibid.*, point 44.

¹⁰⁸ *Ibid.*, point 51.

¹⁰⁹ Corbisier I., « Arrêt « *Polbud* » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *J.D.E.*, 2018, p. 137.

¹¹⁰ Voy. par ex. Aydogdu R., « La mobilité des sociétés, une révolution conservatrice », dans « Le Code des sociétés et des associations : contentieux et pratique », Limal, Anthemis, 2019, p. 42 ; Corbisier I., *op. cit.*, p. 137.

¹¹¹ Voy. par ex. Corbisier I., *op. cit.*, p. 137 ; Fallon M. et Navez E.-J., *op. cit.*, p. 362.

¹¹² Fallon M. et Navez E.-J., *op. cit.*, p. 362 ; voy., dans le même sens, Corbisier I., *op. cit.*, p. 137.

¹¹³ Voy. par ex. Meeusen J., "Het *Polbud*-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen", *Rechtskundig Weekblad* n° 16, 2017-18, p. 602.

SECTION 2 - OBSERVATIONS RELATIVES À CETTE JURISPRUDENCE

Il peut être conclu des développements qui précèdent que les interprétations de la jurisprudence de la Cour sont d'une grande diversité. Elles se distinguent tantôt par leur(s) grille(s) de lecture, tantôt par leurs nuances et aboutissent parfois même à des conclusions opposées.

Nous pouvons tout de même remarquer que beaucoup d'auteurs s'attachent à souligner qu'il est nécessaire d'aller au-delà d'une lecture superficielle de cette jurisprudence afin d'éviter de conclure trop rapidement à une position déterminée de la Cour.

Tentons donc – bien que le volume de ce travail rende toute prétention à l'exhaustivité illusoire – de dégager de la jurisprudence exposée ci-avant un raisonnement global de la Cour qui puisse nous éclairer quant à sa position concernant les critères de rattachement.

À titre liminaire, les contextes respectifs des arrêts peuvent être résumés comme suit :

	« Barrière à la sortie »	« Barrière à l'entrée »
Déplacement du siège réel	<i>Daily Mail</i> <i>Cartesio</i>	<i>Centros</i> <i>Überseering</i> <i>Inspire Art</i>
Déplacement du siège statutaire	<i>Polbud</i>	
Déplacement des sièges réel et statutaire		<i>Vale</i>

Quelles observations pouvons-nous faire à propos de cette jurisprudence ?

Tout d'abord, nous pouvons constater qu'une prérogative absolue est donnée par la Cour aux États membres en ce qui concerne la détermination des modalités de conservation (*Daily Mail*, *Cartesio*, (a)) et d'attribution (*Polbud*, (b)) de la personnalité juridique qui découle de leur souveraineté (1)).

Ensuite, nous pouvons remarquer que dès lors qu'une personnalité juridique est accordée à une société par un État membre, la Cour se borne à appliquer le principe de la liberté d'établissement (2)). Or, par une analyse de sa jurisprudence, nous pouvons identifier deux conséquences que la Cour attache à l'application de cette liberté : d'une part, un État membre ne peut soumettre la société qui en bénéficie à une « barrière à la sortie » (*Polbud*, (a)) et,

d'autre part, un État membre ne peut non plus mettre en place de « barrière à l'entrée » à l'encontre de cette société (*Centros, Überseering, Inspire Art* (b)).

Par ailleurs, il découle de l'arrêt *VALE* qu'au vu de l'inexistence de règles européennes en la matière, les transformations transfrontalières des sociétés relèvent des droits nationaux, c'est-à-dire des droits de l'État d'origine et de l'État d'accueil de cette société. Or, si un État membre prévoit une faculté de transformation au bénéfice des sociétés de droit interne, le traité le contraint nécessairement à accorder cette même faculté aux sociétés relevant du droit d'un autre État membre qui chercheraient à se transformer en une société relevant de son droit.

1) Liberté de détermination de chaque État membre des modalités d'attribution et de conservation de la personnalité juridique propre à sa souveraineté

(a) Conservation d'une personnalité juridique

Tant dans l'arrêt *Daily Mail* que dans l'arrêt *Cartesio*, dans le cadre desquels une société souhaitait déplacer son siège réel dans un autre État membre tout en conservant la personnalité juridique du premier État, la Cour a souligné le manque d'uniformité des critères de rattachement d'une société à un ordre juridique au sein de l'Union et a rappelé que cette problématique devait être réglée par des travaux législatifs ou conventionnels non encore aboutis. C'est précisément à partir de ce constat que la Cour a alors décidé, dans l'arrêt *Cartesio*, que lorsqu'une société souhaitait transférer son siège réel ou statutaire tout en conservant la personnalité juridique de son État d'origine, les modalités de transfert devaient être déterminées par la législation nationale de cet État. En outre, lorsque, dans les arrêts *Überseering* et *Cartesio*, la Cour a précisé l'interprétation qu'il fallait donner à son arrêt *Daily Mail*, elle a souligné qu'il fallait retenir de ce dernier qu'un État membre pouvait imposer des restrictions au déplacement du siège effectif d'une société constituée en vertu de son droit pour que ladite société puisse conserver sa personnalité juridique¹¹⁴.

Autrement dit, en l'absence de critère de rattachement unique d'une société à un ordre juridique au sein de l'Union, la Cour donne à l'État dont la société souhaite conserver la personnalité juridique la prérogative d'en déterminer les modalités.

La Cour a d'ailleurs spontanément précisé dans l'arrêt *Cartesio* que son raisonnement eût été tout à fait différent si la société avait souhaité transférer son siège tout en changeant de droit applicable.

¹¹⁴ Voy. les arrêts *Überseering*, point 70 et *Cartesio*, point 107.

(b) Acquisition d'une personnalité juridique

Dans l'arrêt *Polbud*, la Cour a eu l'occasion de juger de la situation dans laquelle une société souhaitait déplacer son seul siège statutaire et où une « barrière à la sortie » était mise en place par son État d'origine, qui soumettait en effet un tel transfert à la liquidation de la société.

Dans cet arrêt, la Cour a souligné à plusieurs reprises l'égalité mise en place par le traité en ce qui concerne les critères de rattachement d'une société à un ordre juridique, et la prérogative subséquente laissée aux États membres dans le choix de la théorie qu'ils souhaitent appliquer. La Cour a également affirmé que la liberté d'établissement conférait à la société le droit de se transformer en société de droit luxembourgeois, à la condition, cependant, que la société respecte les modalités exigées par ce droit à cet effet. Or, le droit luxembourgeois acceptait parfaitement que la société se (re)constitue conformément à son droit tout en gardant son siège réel dans son État d'origine. C'est ce qui a amené la Cour à valider l'opération.

De nouveau, donc, la Cour a donné une liberté totale de décision à l'État auquel la société demandait la personnalité juridique.

C'est seulement à partir du moment où l'État d'accueil, *in casu*, a accepté que la société soit soumise à son droit que la liberté d'établissement a 'pris le relais' dans le raisonnement de la Cour.

2) Application du principe de liberté d'établissement

Nous pouvons ainsi remarquer que, dans le raisonnement de la Cour, dès lors qu'une personnalité juridique est attribuée à une société par un État membre, la liberté d'établissement s'applique en faveur de cette société.

Deux conséquences à l'application de cette liberté d'établissement se dégagent de la jurisprudence : d'une part, un État membre ne peut soumettre une société qui en bénéficie à une « barrière à la sortie » (*Polbud*, (a)) et, d'autre part, il ne peut non plus la soumettre à une « barrière à l'entrée » (*Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* (b)).

(a) La question des « barrières à la sortie »

Par une lecture de l'arrêt *Polbud* du point de vue de l'État *d'origine* de la société, il peut être remarqué que la Cour a interdit à cet État, la Pologne, de mettre en place une barrière à la sortie à l'encontre de cette société.

En réalité, à partir du moment où l'État d'accueil, le Luxembourg, avait accepté que ladite société se reconstitue selon son droit et y soit soumise, la liberté d'établissement était applicable et, par conséquent, l'État d'origine, la Pologne, ne pouvait soumettre le transfert du siège statutaire de la société à sa liquidation.

(b) La question des « barrières à l'entrée »

Selon la jurisprudence de la Cour, à partir du moment où l'État d'origine d'une société accepte que cette dernière conserve sa personnalité juridique (voy. *infra*, observation 1)), la liberté d'établissement empêche également l'État d'accueil de refuser que cette société ne déplace son siège sur son territoire (*Centros, Überseering, Inspire Art*).

L'on peut ainsi regrouper les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* par leur contexte similaire : une société souhaitait transférer son siège réel dans un État membre, lequel lui a fait subir une « barrière à l'entrée ». Dans les trois arrêts, les sociétés avaient été constituées dans un État adepte de la théorie de l'incorporation, qui acceptait donc en toute logique parfaitement que ces sociétés transfèrent leur siège réel dans un autre État membre tout en gardant leur personnalité juridique. Du point de vue de notre première observation donc, la situation desdites sociétés était « en règle ».

Ainsi, dans l'arrêt *Centros*, la Cour a fondé le droit pour la société de transférer son siège réel dans un autre État sur le principe de la liberté d'établissement. Dans cet arrêt, l'État d'origine de la société, l'Angleterre, ne contestait d'aucune manière que la succursale s'établisse dans un autre État membre tout en ayant la personnalité juridique anglaise.

Il en était de même dans l'arrêt *Überseering*, dans lequel la Cour a en outre souligné l'obligation d'un État, par application de la liberté d'établissement, de reconnaître les sociétés constituées en vertu des règles d'un autre État membre. Dans cet arrêt, la Cour a par ailleurs attiré l'attention sur les différences de contexte entre l'arrêt *Daily Mail* et l'arrêt *Überseering*, telles qu'explicitées ci-avant : le premier concernait les relations entre une société et son État d'origine, alors que le second concernait les relations entre une société et son État d'accueil. Or, comme l'a souligné la Cour, non seulement, dans l'arrêt *Überseering*, l'État d'origine de la société n'avait en aucun cas contesté que cette dernière conserve sa personnalité juridique d'origine malgré le transfert de son siège réel, mais plus encore, la société n'avait jamais eu la volonté de transférer son siège en Allemagne. Ce dernier raisonnement laisse clairement apparaître la volonté de la Cour de raisonner en termes de liberté d'établissement.

Dans l'arrêt *Inspire Art*, enfin, la Cour a démarré son argumentation de la même manière que dans les arrêts *Centros* et *Überseering*, c'est-à-dire en partant du principe de la liberté d'établissement. Elle a ensuite souligné, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Überseering*, les différences de contexte entre l'arrêt *Daily Mail* et l'arrêt *Inspire Art*, en insistant une nouvelle fois sur les relations en présence : l'arrêt *Daily Mail* s'inscrivait dans une relation entre une société et son État d'origine, alors que l'arrêt *Inspire Art* posait la question de l'applicabilité du droit de l'État d'accueil où une succursale développerait ses activités effectives.

3) Bilan général des observations

Nous pouvons conclure de ces observations que le raisonnement global de la Cour est le suivant : tout d'abord, elle laisse systématiquement le choix à un État membre de décider dans quelles conditions une société peut obtenir ou conserver la personnalité juridique attachée à sa souveraineté. En revanche, dès lors qu'une société détient la personnalité juridique d'un État

– par son obtention nouvelle ou par l'accord de cet État relatif à sa conservation –, la Cour se borne à appliquer la liberté d'établissement en faveur de ladite société.

Chaque critère semble ainsi être appelé par la Cour à limiter ses effets au bénéfice d'un équilibre global : le critère du siège réel est soumis à des restrictions quant à la reconnaissance des sociétés au bénéfice de la liberté d'établissement, tandis que le critère de l'incorporation est, d'une certaine manière, appelé à limiter ses possibles effets au bénéfice du droit d'un État de décider dans quelles conditions une société peut obtenir (ou conserver) la personnalité juridique qu'il lui confère (ou qu'il lui a conférée).

Par ailleurs, à notre estime, lorsque la Cour permet à une société de « choisir » le droit selon lequel elle souhaite se constituer, quitte à exercer ensuite ses activités dans un autre État membre (*Centros*, *Inspire Art*), elle ne fait qu'accepter l'existence et les effets de la théorie de l'incorporation. De la même manière, la Cour valide l'existence de la théorie du siège réel et ses effets lorsqu'elle permet à un État d'origine d'une société de refuser à cette dernière de garder la personnalité juridique qu'il lui a attribuée si son siège réel est déplacé dans un autre État membre (*Cartesio*).

En outre, il est à noter que, dans chacun des arrêts, la Cour rappelle systématiquement la non-uniformité des critères de rattachement, tantôt en rappelant le prescrit de l'article 54 et en soulignant que « la localisation de leur siège statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement [sert] à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État membre »¹¹⁵, tantôt en mentionnant explicitement l'égalité entre les critères établie par le traité¹¹⁶.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En conclusion, il nous semble finalement que la Cour tente purement de jongler, autant que faire se peut, entre la neutralité relative aux critères de rattachement mise en place par l'article 54, la liberté d'établissement consacrée par ce même article – laquelle est par ailleurs au centre des objectifs de marché unique de l'Union –, mais aussi avec la (malencontreuse) circonstance que, *de facto*, la théorie de l'incorporation soit beaucoup plus conciliable avec l'exercice de la liberté d'établissement que celle du siège réel – ce dernier point étant dû à la modification systématique du droit applicable qui accompagne le changement de principal établissement d'une société en application de cette dernière théorie.

En fin de compte, si cette jurisprudence provoque tant d'émois, c'est probablement qu'elle renferme des solutions développées par la Cour via des tentatives de conciliation de principes inconciliables... *Ad impossibilia nemo tenetur* ?

¹¹⁵ *Centros*, point 20 ; *Überseering*, point 57 ; *Inspire Art*, point 97.

¹¹⁶ *Daily Mail*, point 21 ; *Cartesio*, point 106 ; *Polbud*, point 35.

III. L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE SUR LE CHOIX DES ÉTATS MEMBRES EN MATIÈRE DE *LEX SOCIETATIS*

SECTION 1 - INCONVÉNIENTS POTENTIELS DE LA THÉORIE DU SIÈGE RÉEL AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE

Comme nous l'avons déjà souligné et exposé, beaucoup d'auteurs soutiennent que la jurisprudence de la Cour de justice – ou du moins certains de ses arrêts – a (fortement) fait décliner l'efficacité de la théorie du siège réel au sein de l'Union européenne.

Tentons ici de nous focaliser, à partir de la jurisprudence exposée ci-avant ainsi que des observations faites à son égard, sur l'impact potentiellement négatif de cette jurisprudence sur les États adeptes de la théorie du siège réel.

Comme nous l'avons exposé dans les développements précédents, la Cour, à travers sa trilogie *Centros - Überseering - Inspire Art*, a interdit aux États d'accueil en cause de faire obstacle au déplacement du siège réel d'une société au sein de leur territoire dans la circonstance où chacune de ces sociétés souhaitait rester soumise au droit de son État d'origine et où ce dernier ne s'y opposait pas. Bien que les États d'accueil en cause dans ces trois affaires n'étaient pas tous partisans de la théorie du siège réel, mais refusaient pour certains le déplacement du siège effectif de la société pour d'autres raisons que celle de la *lex societatis*, beaucoup d'auteurs voient ce triptyque comme étant restrictif à l'égard des États adeptes de la doctrine du siège réel.

Concrètement, ces arrêts peuvent-ils impliquer de réels inconvénients ou restrictions pour ces États ?

1) *La reconnaissance des sociétés*

Dans l'arrêt *Überseering*, la Cour a affirmé qu'un État (en l'occurrence, l'Allemagne) ne pouvait se contenter de faire valoir la théorie du siège réel pour refuser de reconnaître une société constituée en vertu du droit d'un autre État membre. Ainsi, en application de cette jurisprudence, un État ne peut refuser qu'une société ait son siège réel sur son territoire sans pour autant être soumise à son droit dans la circonstance où ladite société reste soumise au droit de son État d'origine. Une première limite est donc ainsi infligée aux États adeptes de la théorie du siège réel : dans un tel cas de figure, ils ne peuvent refuser de reconnaître une société, bien que le critère de rattachement qu'ils appliquent ne donne en principe pas lieu à cette reconnaissance. Cet arrêt semble donc effectivement constituer une certaine restriction pour les États adeptes de la doctrine du siège réel – bien qu'il ne soit en réalité que le résultat

de l'application par la Cour de la liberté d'établissement ainsi que de la doctrine de l'incorporation et ses effets.

2) *Le « legal shopping »*

Dans les arrêts *Centros* et *Inspire Art*, c'est du point de vue du « legal shopping » que beaucoup de commentateurs ont vu une restriction à la théorie du siège réel. En effet, via ces arrêts, la Cour permet à une société de choisir de se constituer dans l'État dont le droit des sociétés lui semble le plus attractif, dans le but d'être soumise à ce droit. La jurisprudence *Polbud*, quant à elle, permet ce même « legal shopping », en cours de vie de la société, via une modification de sa *lex societatis*.

Cette acceptation du « legal shopping » par la Cour peut-elle donc constituer un inconvénient pour les États adeptes de la théorie du siège réel ?

L'acceptation d'une telle pratique a pour effet de créer une compétitivité entre les droits des États membres. Or, il est vrai que cette compétitivité n'est pas sérieusement conciliable avec la théorie du siège réel, puisque cette dernière soumet chaque changement de principal établissement d'une société à son changement de droit applicable. En conséquence, donc, concrètement, un État adepte de la théorie du siège réel pourra difficilement se créer une place au sein de cette « compétition ».

Le sujet de la compétitivité des droits au sein de l'Union dépassant le cadre de ce travail, nous renvoyons sur ce sujet à d'autres écrits¹¹⁷. Toutefois, sur le point de savoir si cet état de compétitivité constitue réellement un inconvénient pour les États adeptes de la théorie du siège réel, il est à noter que beaucoup d'auteurs soulignent une nécessaire relativisation¹¹⁸. À titre très général, nous mentionnerons simplement que le droit des sociétés ne paraît tout d'abord pas nécessairement constituer la branche juridique à laquelle les sociétés se référeront afin de réduire leurs coûts – elles se pencheront probablement plutôt sur des matières telles que le droit social ou le droit fiscal, plus conséquentes en termes économiques. Par ailleurs, dans la pratique, la concurrence réglementaire ne semble en réalité accessible qu'aux entreprises ayant certains moyens, et ne paraît pouvoir sensiblement attirer l'attention de la plupart des sociétés. Enfin, des éléments de culture juridique doivent à notre estime également entrer en ligne de compte, et l'on peut raisonnablement faire le pari que de nombreuses sociétés préféreront, quand bien même un calcul purement économique ne leur dicterait pas ce choix, rester attachées à un droit dont elles se sentent proches ou tout au moins familières.

¹¹⁷ Voy. notamment Delvaux T., « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? - Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés - (n° 6919) », *RPS* 2004, n° 3, pp. 207-273 ; 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, pp. 26 et s. ; Harnay S. et Bergé J.-S., « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *Revue internationale de droit économique*, 2011/2 t.XXV, pp. 165-192 ; Defromont J.-A. et Menétrey S., « Concurrence normative en Europe : quelle attractivité pour les droits nationaux ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/4 t. XXVIII, pp. 499-515.

¹¹⁸ À ce sujet, nous renvoyons particulièrement aux développements de Delvaux T., *op. cit.*, pp. 263 et s.

Pour le surplus, comme nous l'avons déjà indiqué, la Cour ne paraît avoir d'autre choix, en vertu de l'égalité établie par le Traité concernant les deux théories de rattachement, que d'accepter que celle de l'incorporation ne sorte ses effets. À cet égard, cette jurisprudence nous semble ainsi finalement moins constituer une atteinte à la théorie du siège réel que la simple acceptation de la théorie de l'incorporation et de ses effets.

SECTION 2 - LE CAS DE LA BELGIQUE ET SON CHANGEMENT DE CAP À L'OCCASION DE L'ADOPTION DU CSA (2019)

Lors de l'adoption de son nouveau Code des sociétés et des associations en 2019, la Belgique a décidé de se défaire de la théorie du siège réel au bénéfice de celle de l'incorporation. Les travaux préparatoires relatifs à cette réforme dépeignent la théorie du siège réel comme un « critère obsolète » qui « n'est plus soutenable », et dont le maintien « n'est pas souhaitable en termes de stratégie »¹¹⁹.

Mais quelles sont les raisons exactes pour lesquelles la Belgique a changé de cap ?

Plusieurs fondements sont soutenus par le législateur. Certes, la jurisprudence de la Cour de justice en fait partie (2)), mais force est de constater que d'autres raisons centrales sont invoquées par la Chambre : nous distinguerons les inconvénients intrinsèques à la théorie du siège réel (1)) de la volonté de faire de la Belgique le « Delaware » de l'Europe (3)).

1) Raisons liées aux inconvénients intrinsèques à la théorie du siège réel

Selon les travaux préparatoires, la théorie du siège réel crée « une grande insécurité juridique pour les entreprises »¹²⁰.

Pour soutenir cette thèse, les travaux soulignent tout d'abord qu'en application de ce critère, les tribunaux peuvent estimer qu'une personne morale est soumise au droit d'un État pour la seule raison que celle-ci y a un établissement que le juge considère comme étant son siège réel¹²¹. Or, « cela peut également se produire dans des cas où la personne morale n'a pris aucune décision formelle visant à transférer son siège et part dès lors toujours du principe qu'elle est soumise au droit de son pays de constitution »¹²². En outre, le législateur relève la problématique des incohérences qui peuvent survenir entre des décisions de tribunaux

¹¹⁹ Chambre, Doc. parl., « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », *sess. ord. 2017-2018*, n° 54- 3119/001 (ci-après « travaux préparatoires »), pp. 339 et 340.

¹²⁰ Travaux préparatoires, *op. cit.*, p. 340.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

relevant d'États distincts : « Il peut même arriver avec la doctrine du siège réel que des tribunaux d'un État estiment que la personne morale est soumise au droit de ce premier État, alors qu'un tribunal d'un autre État estime, quant à lui, que c'est le droit de cet autre État qui s'applique à cette même personne morale »¹²³.

Les travaux préparatoires soulignent en outre le manque de clarté au sein des critères permettant la détermination du lieu du siège réel, ainsi que l'inexistence d'une harmonisation internationale à cet égard¹²⁴.

Enfin, ils indiquent qu'*a contrario*, la théorie de l'incorporation permet de mettre fin à cette insécurité juridique : « Une entreprise qui opte pour le droit belge demeure soumise à ce même droit, et ce quel que soit l'endroit du monde où elle investit ou ouvre des établissements. À l'inverse, des sociétés étrangères qui investissent et ouvrent des établissements en Belgique ne doivent pas craindre d'être soumises au droit belge des personnes morales sans qu'elles aient pris la décision formelle de déplacer leur siège statutaire en Belgique »¹²⁵.

2) *Raisons directement liées à la jurisprudence de la CJUE*

Selon les travaux préparatoires, la Cour de justice « a radicalement restreint l'application de la doctrine du siège réel, notamment en raison de l'insécurité et de l'entrave à la liberté de choix du droit applicable qu'elle cause »¹²⁶.

Ces mêmes travaux expliquent à ce propos qu'« à la suite d'une série d'arrêts fondamentaux devenus, entre-temps, jurisprudence constante, l'application du droit belge à des sociétés qui "immigrent" vers la Belgique en y réalisant des investissements et en y ouvrant des établissements considérés comme leur siège réel est généralement incompatible avec la liberté d'établissement garantie par le [TFUE] »¹²⁷. Dès lors, selon le législateur, la théorie du siège réel n'est plus apte à s'appliquer dans les circonstances pour lesquelles elle avait justement été développée à l'origine, soit celles où une société a son siège statutaire à l'étranger tout en ayant son siège réel en Belgique¹²⁸.

Les travaux affirment en outre qu'en application du TFUE, « la Belgique peut en principe uniquement appliquer la doctrine du siège réel à des personnes morales constituées en vertu du droit belge, notamment afin de permettre aux juridictions belges de juger qu'une société constituée en Belgique est soumise au droit étranger en raison du fait que son siège réel se trouverait à l'étranger. Ceci aboutit à une application asymétrique du principe : la Belgique ne peut pas l'appliquer à des sociétés étrangères actives en Belgique, mais peut théoriquement encore l'appliquer à des sociétés belges actives à l'étranger pour pouvoir décider qu'elles ne

¹²³ Travaux préparatoires, *op. cit.*, p. 340.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 340 et 341.

sont de la sorte plus belges. Cela constitue un handicap pour des sociétés constituées en vertu du droit belge, en particulier lorsqu'elles sont actives au niveau international »¹²⁹.

Le législateur souligne alors qu'*a contrario*, la théorie de l'incorporation « accroît l'attractivité du droit belge des sociétés et des personnes morales et, partant, accroît également l'attractivité de la Belgique en tant que pays d'implantation : des entreprises et organisations à but non lucratif peuvent facilement et en toute sécurité juridique opter pour le droit belge qui gagnera désormais beaucoup en attractivité à la suite de la modernisation et de la flexibilisation insufflées par le présent projet »¹³⁰.

Cette dernière considération nous permet de développer la troisième et dernière raison pour laquelle la Belgique a manifestement opté pour la théorie de l'incorporation.

3) *La volonté de faire de la Belgique le « Delaware » de l'Europe*

Le souhait de la Belgique de rendre le droit belge plus attractif pour les entreprises étrangères via l'adoption du critère de l'incorporation peut être perçu en filigrane de tout l'exposé des travaux préparatoires.

Elle y apparaît d'emblée dès l'introduction : « L'un des principaux objectifs du présent projet de loi est l'introduction de la doctrine du siège statutaire [...]. Cela permettra d'accroître l'attractivité du droit belge des personnes morales, de faciliter le choix du droit belge et, partant, son applicabilité et, ainsi, de stimuler l'attractivité de la Belgique en tant que pays d'implantation »¹³¹.

Le législateur souligne ensuite que cette réforme permettrait à la Belgique « de s'aligner sur la règle en vigueur dans la plupart de nos pays voisins et principaux partenaires commerciaux »¹³², ce qui permet une nouvelle fois de constater un objectif manifeste de compétitivité de l'État belge.

Comme nous l'avons mentionné ci-avant, les travaux préparatoires affirment en outre que la théorie de l'incorporation permet à une société qui opte pour le droit belge de rester soumise à ce droit, et ce quel que soit l'endroit du monde où elle se déplace¹³³. À l'inverse, indique le législateur, « des sociétés étrangères qui investissent et ouvrent des établissements en Belgique ne doivent pas craindre d'être soumises au droit belge des personnes morales sans qu'elles aient pris la décision formelle de déplacer leur siège statutaire en Belgique »¹³⁴.

Les indices de la volonté de faire de la Belgique un État de référence en termes d'incorporation des sociétés ne manquent donc pas.

¹²⁹ Travaux préparatoires, *op. cit.*, p. 341.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*, p.339.

¹³² *Ibid.*, p. 340.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

Il est d'ailleurs intéressant, à cet égard, de mettre en lumière des écrits que Koen Geens, Ministre de la Justice à l'époque de l'adoption du CSA, avait déjà rédigés en 2011 : « Notre pays et sa capitale sont bien situés – politiquement et géographiquement – au centre de l'Europe : la Belgique est un lieu d'établissement rêvé pour toute société internationale, pour autant que nous ayons une bonne législation en matière de droit des sociétés, de bons juristes et de bons juges. À l'heure où la politique européenne de State competition, défendue aussi bien au niveau de la Commission [européenne] que de la Cour de justice, y encouragent inconditionnellement, qu'est-ce qui nous retient encore de devenir, 50 ans après les Pays-Bas, le Delaware de l'Europe ? »¹³⁵.

CONCLUSION

En conclusion, l'impact potentiel que la jurisprudence de la Cour pourrait, à elle seule, avoir sur le choix de critère de rattachement des États membres semble à notre estime assez limité. Si l'on peut à ce propos légitimement mentionner la « reconnaissance forcée » des sociétés valablement constituées en vertu d'un autre État membre imposée par la Cour, il est évident qu'elle constitue purement la conséquence de la liberté d'établissement, laquelle perdrait naturellement beaucoup de substance si les États étaient admis à invoquer leur droit national afin de ne pas reconnaître de telles sociétés. Ensuite, si l'on peut également invoquer le « legal shopping » admis par la Cour, qui négligerait en quelque sorte « par défaut » les États qui n'appliqueraient pas la doctrine de l'incorporation, l'on a démontré les limites de ce potentiel désavantage en pratique.

L'exemple belge ne fait à notre avis que soutenir cette thèse : nous pouvons observer que la jurisprudence de la Cour ne constitue que l'un des fondements allégués par l'État belge pour expliquer son changement de cap, puisque ce dernier trouve également sa source dans certains inconvénients intrinsèques à la théorie du siège réel ainsi que dans la volonté de rendre le droit belge compétitif sur le plan international. Selon nous, les arguments du législateur belge ne sont *in fine* pas réellement directement associables à un positionnement particulier de la Cour, mais relèvent simplement une nouvelle fois de l'application de la liberté d'établissement, d'une part, et de celle de la théorie de l'incorporation, d'autre part.

¹³⁵ GEENS K., « Le Code des sociétés, les lignes directrices de ses modifications depuis dix ans et leur contexte normatif. Ten years after : de la Belgique au Delaware ? », *J.T.*, 2011, p. 181.

CONCLUSIONS FINALES

Nous pouvons conclure de ce travail que si, au fil des arrêts de la Cour de justice, une certaine idée selon laquelle la juridiction promouvrait la théorie de l'incorporation au détriment de celle du siège réel s'est développée, il convient vraisemblablement d'apporter certaines nuances à cette thèse.

À titre liminaire, nous pouvons remarquer que les positions de la doctrine concernant la jurisprudence de la Cour sont extrêmement variées et aboutissent parfois à des conclusions tout à fait opposées.

Il nous semble ensuite que la Cour se borne à appliquer un raisonnement systématique : en premier lieu, elle laisse invariablement le choix à un État membre de décider dans quelles conditions une société peut obtenir ou conserver la personnalité juridique attachée à sa souveraineté. Pour autant, dès lors qu'une société se voit accorder la personnalité juridique d'un État – par son attribution nouvelle ou par l'accord de cet État relatif à sa conservation –, la Cour se contente d'appliquer la liberté d'établissement en faveur de ladite société, laquelle empêche tout État de la confronter à quelconque « barrière » à l'entrée ou à la sortie. Comme nous l'avons souligné, chaque critère semble en réalité appelé par la Cour à limiter ses effets au bénéfice d'un équilibre global : le critère du siège réel est soumis à certaines restrictions au bénéfice de la liberté d'établissement, tandis que le critère de l'incorporation est appelé à limiter ses potentiels effets au bénéfice du droit d'un État de décider dans quelles conditions une société peut obtenir (ou conserver) la personnalité juridique qu'il lui confère (ou qu'il lui a conférée). Finalement, il nous semble que la Cour tente purement de jongler, autant que faire se peut, entre la neutralité relative aux critères de rattachement mise en place par l'article 54 du Traité, la liberté d'établissement consacrée par ce même article – laquelle est par ailleurs au centre des objectifs de marché unique de l'Union –, et la circonstance que, *de facto*, la théorie de l'incorporation soit beaucoup plus conciliable avec l'exercice de la liberté d'établissement que celle du siège réel. Or, puisque la Cour accorde une place centrale à la liberté d'établissement, qu'elle applique dès lors qu'une société se voit attribuer (ou conserver) une personnalité juridique par un État, il est logique qu'elle paraisse à certains égards privilégier la doctrine de l'incorporation plutôt que celle du siège réel, puisque la première est parfaitement compatible avec cette liberté, contrairement à la seconde.

Finalement, l'impact négatif potentiel de la jurisprudence de la Cour, à elle seule, sur la portée de la théorie du siège réel nous semble assez limité. Si l'on peut à ce propos légitimement mentionner la « reconnaissance forcée » des sociétés valablement constituées en vertu d'un autre État membre que la Cour impose, il convient de rappeler qu'elle n'est rien d'autre que la conséquence logique de l'application de la liberté d'établissement telle qu'établie par le Traité. Ensuite, si certains invoquent le « legal shopping » admis par la Cour, l'on ne peut faire abstraction des importantes limites, en pratique, du potentiel désavantage qu'il pourrait créer à l'égard des États adeptes de la théorie du siège réel, ni du fait que ce « legal shopping » ne soit qu'un effet que l'on pourrait qualifier d'« élémentaire » de la théorie de l'incorporation – que la Cour se voit contrainte de reconnaître en vertu du Traité.

En définitive, il semble indéniable qu'une harmonisation européenne relative à la *lex societatis* soit nécessaire, ou tout au moins extrêmement profitable. Encore faudrait-il, pour ce faire, que les États membres s'accordent sur des principes intrinsèquement liés à des cultures juridiques et économiques parfois profondément discordantes, pour s'unir sur un terrain foncièrement attaché à leur souveraineté...

« *Continuez, continuez* », a écrit Jean Monnet, « *il n'y a pas pour les peuples d'Europe d'autre avenir que dans l'union* ».

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

- Article 49 TFUE
- Article 54 TFUE
- Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, Titre Ier, Bénéficiaires.
- Chambre, Doc. parl., « Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses », sess. ord. 2017-2018, n° 54- 3119/001.

JURISPRUDENCE

- C.J.C.E., 27 septembre 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, aff. 81/87, *Rec.*, 1988, p. 5483.
- C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-1459.
- C.J.C.E., 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, aff. C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-9919.
- C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, *Rec.*, 2003, p. I-10155.
- C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/06, *Rec.*, 2008, p. 9919.
- C.J.U.E., 12 juillet 2012, *VALE Építési*, C-378/10, *Rec.*, 2012, p. I-8173.
- C.J.U.E., 25 octobre 2017, *Polbud-Wykonwstwo*, C-106/16, EU:C:2017, p. 804.

DOCTRINE

- Aydogdu R. *et al.*, « Le Code des sociétés et des associations : contentieux et pratique », Limal, Anthemis, 2019.
- Behrens P., « International company law in view of the Centros decision of the ECJ », *E.B.O.R.* 2000, 1(1), pp. 125-146.
- Béguin J., « Un texte à abroger : la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères », dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 1-22.
- Corbisier I., « Arrêt « Polbud » : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *J.D.E.*, 2018, pp. 135-137.
- Cotiga, A., « Le droit européen des sociétés », 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2013.
- Dammann R., Wynaendts L. et Nader R., « La renaissance inattendue de la théorie du siège réel », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 9, pp. 574-575.
- Defromont J.-A. et Menétray S., « Concurrence normative en Europe : quelle attractivité pour les droits nationaux ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/4, t. XXVIII, pp. 499-515.
- Delvaux T., « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? - Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés - (n° 6919) », *RPS* 2004, n° 3, pp. 207-273.
- 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, pp. 7-51.
- Fallon M. et Navez E.-J., « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt Polbud », *RPS-TRV*, 2018/5, pp. 349-385.
- Friis Hansen S., « Selskabers fri bevægelighed - Hovedsædteorien er død, registreringsteorien længe leve! », *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret (NTS)* 2003/4, pp. 431 et s.
- Gavalda Ch. et Parléani G., « Droit des affaires de l'Union européenne », 6^e édition, Paris, Litec, 2010.
- Geens K., « Le Code des sociétés, les lignes directrices de ses modifications depuis dix ans et leur contexte normatif. Ten years after : de la Belgique au Delaware ? », *J.T.*, 2011, pp. 178-181.
- Gilcart S., « L'affaire « Inspire Art » : un nouvel arrêt « inspiré » de la Cour de justice européenne », *J.D.S.C.* 2004, pp. 102-104.

- Harnay S. et Bergé J.-S., « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *Revue internationale de droit économique*, 2011/2, t. XXV, pp. 165-192.
- Halbhuber H., « National doctrinal structures and European Company Law », *Common Market Law Review*, 2001 (6), 38, pp. 1385 et s.
- Joerges C., « Sur la légitimité d'eupéaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *Revue internationale de droit économique*, 2004/2 t. XVIII, 2, pp. 133-170.
- Jonet J.-M., « Sociétés commerciales - La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement », *J.D.E.*, 2003/2, pp. 33-37.
- Lagarde P., « Note sous l'arrêt *Überseering* », *Rev. crit. DIP*, 2003, n° 3, pp. 508-536.
- Maresceau K., « Belgium, get ready to compete for corporate charters : een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer » in *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, pp. 203-237.
- Meeusen J., « Het *Polbud*-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen », *Rechtskundig Weekblad* n° 16, 2017-18, p. 602.
- Menjucq M., « Droit international et européen des sociétés », 5^e édition, Paris, L.G.D.J., 2018.
- Muir-Watt H., « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, t. 308.
- Myszke-Nowakowska M., « The role of choice of law rules in shaping free movement of companies », Cambridge, Intersentia, 2014.
- Roelofs E.R., « Het *Vale*-arrest : een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting », *WPNR*, 2012, pp. 792-798.
- Santoro G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », *Revue internationale de droit économique*, 2010/3, t. XXIV, pp. 351-372.
- Sonnenberger H., « État de droit, construction européenne et droit des sociétés », dans Dalloz, *Revue critique de droit international privé*, 2013/1 n° 1, pp. 101-112.
- Struycken A. V. M., « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1992, tome 232, pp. 267-379.
- Thirion N., Bada B., Delvaux T., Fayt A. et Gol D., Pasteger D., « Droit international et européen des sociétés », Bruxelles, Éditions Larcier, 2009.

- Tilquin T., « L'Incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis », *Revue pratique des sociétés*, 1998, n° 6734, pp. 5-56.
- Van Hoe A., « We zijn er bijna, maar nog niet helemaal : grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen na Vale », *TRV* 2013, n° 6, pp. 539-552.
- Vermeulen J., « Arrêt « VALE Épitési » : la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ? », *J.D.E.*, n° 193 - 9/2012, pp. 276-278.
- Wautelet P., « Quelques réflexions sur la Lex Societatis dans le Code de droit international privé », *Revue pratique des sociétés*, 2006, n° 6948, pp. 5-56.

