

---

## Récentes évolutions et apports du droit de l'Union européenne en matière de transformation transfrontalière des sociétés : Mise en perspective au regard de l'arrêt Polbud et de la directive 2019/2121

**Auteur :** Thonus, Florian

**Promoteur(s) :** Wildemeersch, Jonathan

**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/2268.2/12717>

---

*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.*

---

**Récentes évolutions et apports du droit de l'Union  
européenne en matière de transformation transfrontalière  
des sociétés : Mise en perspective au regard de l'arrêt  
*Polbud* et de la directive 2019/2121**

**Florian THONUS**

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 Jonathan WILDEMEERSCH

Professeur



## RÉSUMÉ

Ce travail a comme objectif d'analyser l'évolution de la mobilité transfrontalière des sociétés sous l'angle du droit de l'Union européenne. Cette étude s'est dans un premier temps fondée sur divers arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne et plus précisément, sur un examen approfondi de l'arrêt *Polbud*. L'internationalisation et la multiplication des transactions commerciales a eu pour conséquence une plus grande mobilité des entreprises. Cette première approche tentera d'établir les tendances énoncées par la Cour de Justice quant à l'application de la liberté d'établissement propre aux transformations intra-européennes.

Dans un second temps, la présente étude mettra l'accent sur l'analyse de la directive 2019/2121 relative aux transformations transfrontalières. Cette recherche vise essentiellement à déterminer si cet acte de droit dérivé a pu mettre en place un nouveau corps de règles commun et simplifié applicable aux opérations de transfert de siège transfrontalier. La mobilité des sociétés suscitent nécessairement un vaste travail de réglementation, non seulement au niveau des structures étatiques, mais aussi sur un plan international, voire supranationale. C'est la question de la régulation des sociétés au sein de l'Union européenne qui constitue l'objet de la seconde partie.

*Je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur le Professeur Jonathan WILDEMEERSCH, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne et promoteur de mon travail de fin d'études, pour sa disponibilité et ses précieux conseils dans l'orientation ainsi que la rédaction de ce mémoire.*

*Je voudrais également remercier toutes les personnes qui m'ont soutenu de près ou de loin dans la réalisation de ce mémoire.*



## TABLE DES MATIÈRES

<b>Introduction</b> .....	10
<b>Chapitre 1. Analyse de la jurisprudence de la CJUE en matière de transformation transfrontalière des sociétés de capitaux</b> .....	12
Section I.A. Les arrêts fondateurs de la CJUE.....	13
I. Les transformations transfrontalières à la sortie ( <i>outbound</i> ).....	15
II. Les transformations transfrontalières à l'entrée ( <i>inbound</i> ).....	16
Sous-section 1.a. Le dernier enseignement en la matière de la CJUE : l'arrêt <i>Polbud</i> ...17	
Sous-section 1.b. La Cour favorise-telle une jurisprudence en faveur du <i>law shopping</i> accentuant encore un peu plus la mobilité transfrontalière des sociétés ? .....	21
Sous-section 1.c. Réflexion et analyse de l'arrêt <i>Polbud</i> .....	23
Section II.B. Une décision supplémentaire poussant le législateur européen à adopter une législation européenne harmonisée en faveur des transformations transfrontalières.....	27
<b>Chapitre 2. La directive 2019/2121 qui vise à modifier la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations transfrontalières</b> .....	30
Section I.A. Les prémices de l'adoption de la directive.....	30
Section II.B. L'adoption de la directive 2019/2121 modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations transfrontalières.....	34
Sous-section 2.a. Le contenu matériel de la directive 2019/2121.....	35
Sous-section 2.b. Analyse critique de la directive 2019/2121.....	43
Section III.C. La directive 2019/2121 répond-elle aux attentes des sociétés de l'UE ?.....	47
<b>Conclusion</b> .....	52
<b>Bibliographie</b> .....	54



## ABRÉVIATIONS

CEE	Communauté économique européenne
CE	Communauté européenne
C.J.U.E.	Cour de Justice de l'Union européenne
T.F.U.E.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne



## INTRODUCTION

Cette étude a pour objet l'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière de mobilité transfrontalière des entreprises. Après avoir défini ce qu'est la mobilité des entreprises dans l'Union européenne, on s'interrogera sur la question de savoir si la directive 2019/2121<sup>1</sup> vient utilement cristalliser la jurisprudence constante de la CJUE ou, *a contrario*, si elle est susceptible de faire obstacle, voire de mettre un coup d'arrêt, aux développements jurisprudentiels les plus libéraux.

La notion de transformation transfrontalière des entreprises renvoie à l'opération par laquelle une société transforme la forme juridique sur base de laquelle elle est immatriculée dans un État membre (l'État d'origine) en une forme juridique de société d'un autre État membre (l'État d'accueil) et transfère, à tout le moins, son siège social au sein dudit État de destination<sup>2</sup>.

À cet égard, nous examinerons tout d'abord les grandes lignes de l'évolution de la mobilité transfrontalière des sociétés sous l'angle du droit de l'UE en évoquant certains arrêts fondateurs de la Cour. L'ambition de ce travail n'est pas d'examiner ni de détailler l'intégralité de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de transformation transfrontalière des entreprises, mais plutôt d'analyser l'interprétation la plus récente de la notion de liberté d'établissement prévue à l'article 49 *juncto* 54 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. À ce sujet, nous porterons une attention toute particulière à la jurisprudence *Polbud*<sup>3</sup>. Dans ce cadre, nous tenterons de déterminer s'il est possible de considérer, à la suite de cette saga jurisprudentielle, qu'il existe un véritable droit à la mobilité transfrontalière pour les entreprises, voire si l'on peut arguer que la CJUE a instauré une forme de mise en concurrence règlementaire entre États membres de par sa jurisprudence (**Section 1**).

Dans le cadre d'une seconde section, nous analyserons la réaction du législateur européen<sup>4</sup> vis-à-vis de la jurisprudence précitée ainsi que les initiatives prises par la Commission en matière

---

<sup>1</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019.

<sup>2</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86ter, 2.

<sup>3</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804.

<sup>4</sup> Les précédentes directives et plus spécialement, la directive 2019/2121 ont été adoptées selon

de mobilité des entreprises depuis 2019. Cette analyse s'effectuera toujours à l'aune de la jurisprudence de la CJUE. Lors de l'examen de ce volet *intégration positive*, nous aborderons brièvement la proposition de la Commission européenne qui fait suite à l'arrêt *Polbud* et dont l'objectif était d'harmoniser, par le biais d'un acte de droit dérivé, l'ensemble des règles en matière de transformation transfrontalière et ce, en vue de procéder à la modification de la directive 2017/1131<sup>5</sup>. Enfin, nous verrons dans quelle mesure les propositions de la Commission ont passé le cap constitutionnel européen aboutissant à l'adoption de la directive 2019/2121 modifiant la directive susmentionnée. Nous tenterons de déterminer si, à cette occasion, la directive a effectivement pu introduire un nouveau corps de règles commun et simplifié propice aux opérations de transfert de siège transfrontalier et verrons comment cette directive a été reçue par les différents acteurs du droit européen des sociétés (**Section 2**).

Eu égard au champ d'application *ratione personae* de la directive, il y a tout lieu de noter que nous limiterons notre étude à la situation propre aux sociétés de capitaux, à l'exclusion des sociétés de personnes. En outre, les opérations de fusions et scissions transfrontalières ne feront pas l'objet de la présente étude.

---

la procédure législative ordinaire à laquelle le Parlement européen et le Conseil de l'UE participent sur un pied d'égalité. La Commission présente – et en l'espèce l'a réalisé – une proposition législative au Parlement et au Conseil, qui doivent approuver le texte pour qu'il soit intégré dans le droit de l'UE.

<sup>5</sup> Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169, 30 juin 2017.

## Chapitre 1. Analyse de la jurisprudence de la CJUE en matière de transformation transfrontalière des sociétés de capitaux

En vue de concrétiser les objectifs de l'Union européenne en matière de mobilité transfrontalière des sociétés, le législateur a consacré un droit à l'établissement pour les personnes morales au sein des articles 49 et 54 du TFUE. L'article 49 interdit les restrictions à la liberté d'établissement, ce qui permet aux bénéficiaires de cette liberté de s'implanter dans d'autres États membres que leur État d'origine. Quant à l'article 54, il permet d'étendre cette protection aux sociétés constituées sous l'empire du droit d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement au sein de l'Union<sup>6</sup>.

C'est précisément à partir de ces dispositions légales, et plus particulièrement de la liberté d'établissement, que la CJUE a développé une jurisprudence permettant aux sociétés établies dans les différents États membres d'entreprendre des activités transfrontalières<sup>7</sup>. Initialement prévue aux articles 43 et 48 du Traité instituant la CEE, la liberté d'établissement a pour objectif de « *favoriser l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'UE dans le domaine des activités non salariées* »<sup>8</sup>. Cette règle permet aux sociétés, tant lors de leur constitution que lors de leur gestion, de participer de façon stable et durable à la vie économique d'États membres tiers.

Dans cette optique, deux changements importants sont venus bouleverser cette liberté d'établissement. D'une part, l'élargissement de l'Union européenne, à des pays aux économies et systèmes juridiques variés, a eu pour conséquence de modifier les relations économiques entre les États et les sociétés<sup>9</sup>. D'autre part, la globalisation économique de ces dernières années a nécessairement eu un impact sur les stratégies des sociétés en terme de localisation de leur

---

<sup>6</sup> G. VAN ECK, et E. ROELOFS, « Moving Into, Through and Out of the EU with Corporate Continuity », *European Company Law*, 2014, p. 211 et s.

<sup>7</sup> C.J.C.E, arrêt *Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, 30 novembre 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411.

<sup>8</sup> G. SANTORO, « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », *R.I.D.E.*, 2010, p. 358-378.

<sup>9</sup> R.J. GILSON, « Globalizing corporate governance: convergence of form or function », *American Journal of Comparative Law*, 2001, p. 303-358.

établissement principal<sup>10</sup>. Ces évolutions ont poussé les sociétés à exercer des activités au sein de l'UE leur permettant ainsi « *d'avoir accès à un marché de l'emploi plus intéressant, à un environnement technologique plus favorable ou encore à des régimes fiscaux plus avantageux, ce qui leur permet de créer et de développer des activités transfrontalières* »<sup>11</sup>. À cet égard, le recours à la liberté d'établissement, consacrée aux articles 49 et 54 du TFUE, n'a cessé de croître ces dernières années et ce, à la faveur d'un contentieux judiciaire toujours croissant<sup>12</sup>. Ledit contentieux a notamment permis à la CJUE de clarifier l'applicabilité de ces articles ainsi que l'entendue des droits et obligations qui en découlent.

Nous analyserons ci-dessous les différents arrêts fondateurs en matière de mobilité transfrontalière de la CJUE. Dans cette optique, une première distinction devra être opérée entre le volet mobilité à l'entrée (*inbound*) et la mobilité à la sortie (*outbound*). Ensuite, nous procéderons à une étude approfondie du dernier enseignement à la matière, l'arrêt *Polbud*. En effet, cet arrêt est susceptible d'avoir un impact important sur la liberté d'établissement des sociétés au sein de l'UE. Enfin, on s'interrogera sur la position adoptée par la Cour concernant les transformations intra-européennes des sociétés.

### **Section I.A. Les arrêts fondateurs de la Cour**

La mobilité transfrontalière des sociétés a connu ses premières applications à travers la jurisprudence de la CJUE. En l'absence d'une telle jurisprudence, trois obstacles s'opposaient en effet à une telle mobilité<sup>13</sup> : l'imprécision des traités européens (i) ; le manque d'harmonisation des règles entre États membres (ii) et les problèmes liés aux migrations d'entreprises (iii).

Dans un premier temps (i), il était malaisé de déterminer si la liberté d'établissement s'appliquait également aux entreprises. En effet, les traités UE garantissaient cette liberté aux personnes physiques, sans mentionner explicitement les personnes morales. Ensuite (ii), les

---

<sup>10</sup> M. MENJUCQ, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », *Aspects actuels du droit des affaires*, Paris, Dalloz, 2003, p. 831-843.

<sup>11</sup> G. SANTORO, *op. cit.*, p. 353.

<sup>12</sup> A. KHAN, « Corporate Mobility under Article 49 TFEU: A Question of Means, not Ends », *European Business Law Review*, 2011, pp.-847-870.

<sup>13</sup> S. BINARD et L. SCHUMMER, « The case for further flexibility in matters of cross-border corporate mobility », *European company law journal*, 2019, p. 31 et 32.

États membres étaient – et sont toujours – partagés entre deux théories, la théorie dite du « siège réel » et celle du « siège statutaire ». La première de ces théories requiert une concordance entre la localisation du siège social et celle du centre de direction de la société. La deuxième retient, quant à elle, le lieu où la société est enregistrée sous l'angle du droit des sociétés<sup>14</sup>. Ce manque d'harmonisation fait courir un risque dans le chef des entreprises qui exercent leurs activités dans plusieurs États membres et qui pourraient être gouvernées par des législations différentes<sup>15</sup> et ne permettent pas non plus de déterminer avec certitude le droit applicable<sup>16</sup>, ce qui peut avoir des répercussions négatives sur certains acteurs économiques essentiels pour les sociétés comme les actionnaires ou les créanciers<sup>17</sup>. Enfin (iii), les problèmes liés aux migrations d'entreprises sans raisons légitimes et le préjudice que cela pouvait causer aux parties liées à l'entreprise avait pour conséquence que cette liberté n'était pas fréquemment usitée par les acteurs du droit des sociétés<sup>18</sup>.

La CJUE a progressivement reconnu un droit à la mobilité transfrontalière des sociétés via les articles 49 et 54 du TFUE<sup>19</sup>. Cette institution européenne a joué un rôle considérable en précisant le champ d'application ainsi que la portée de ces articles. Dans un premier temps, la Cour refusa d'assimiler entièrement les personnes morales aux personnes physiques étant donné que les personnes morales n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement<sup>20</sup>. Il avait également été envisagé de conclure une convention entre les six États fondateurs<sup>21</sup> de l'UE afin de reconnaître les sociétés établies dans un État membre qui décide de se réincorporer dans un autre État membre. Cependant, ce projet fut abandonné à la suite de la décision finale des Pays-Bas d'adopter le critère de l'incorporation<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> G. SANTORO, *op. cit.*, p. 358.

<sup>15</sup> Commission staff working document, impact assessment accompanying the document (COM(18) 239 final) and (COM(18) 241 final), Bruxelles, le 25 avril 2018, SWD (18) 141 final, p. 32 et 33.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> W-G. RINGE, « No Freedom of Emigration for Companies ? », *European Business Law Review*, 2005, p. 621-642.

<sup>19</sup> P. PELLE, « Companies Crossing Borders within Europe », *European Company Law*, 2008, p. 284.

<sup>20</sup> C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 11.

<sup>21</sup> L'Allemagne, l'Italie, la France, les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg.

<sup>22</sup> M. JOHNSON, « Does Europa still need a fourteenth company law directive ? », *Hertfordshire Law Journal*, Vol. 3, p. 25.

La mobilité des sociétés au sein de l'UE s'est ainsi développée en vertu de la jurisprudence de la CJUE. En effet, un contentieux opposant, d'une part, les sociétés, réclamant leur droit à la liberté d'établissement, et d'autre part, les États membres, soucieux d'assurer l'intégrité économique, sociale, culturelle ou publique de leur ordre juridique interne, s'est matérialisé par une intervention de plus en plus importante de la Cour en la matière<sup>23</sup>. Comme susvisé, les États disposent principalement de deux manières afin d'essayer de restreindre la liberté des différents opérateurs économiques. Premièrement, l'État d'origine peut décider de priver une société de sa personnalité juridique lorsque cette dernière souhaite quitter cet État pour s'incorporer dans un État de destination. Ensuite, l'État d'accueil peut faire obstacle à l'opération de transformation transfrontalière. Par conséquent, nous avons fait le choix d'opérer une distinction afin d'analyser le volet « sortie » (I) et le volet « entrée » (II) des opérations de transformation transfrontalière.

### **I. Les transformations transfrontalières à la sortie (*outbound*)**

La Cour de justice va tout d'abord confirmer, en 1988 au travers de l'arrêt *Daily Mail*<sup>24</sup>, que les États membres ont la liberté de déterminer les conditions auxquelles une société pourra se voir reconnaître la personnalité juridique<sup>25</sup>. Elle institue de la sorte un principe de neutralité du droit européen. Cependant, cette liberté d'établissement ne permet pas à une société d'exiger que l'État de sortie accepte sa volonté de se réincorporer dans un autre ordre juridique national<sup>26</sup>. Par la suite, la CJUE va étendre explicitement le champ d'application de la liberté d'établissement. Dans l'arrêt *Cartesio*<sup>27</sup>, la juridiction européenne reconnaît aux sociétés un droit au transfert transfrontalier de leur siège sans perte de leur personnalité juridique<sup>28</sup>. Ce droit ne peut être restreint par les États membres. La Cour rappelle, cependant, que les États membres restent compétents afin de choisir le critère de rattachement des personnes morales à leur ordre

---

<sup>23</sup> G. PANAPOULOS, « Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorités », *C.D.E.*, 2006, p. 697-732.

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

<sup>25</sup> C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, point 17.

<sup>26</sup> C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286, points 24 et 25.

<sup>27</sup> C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723.

<sup>28</sup> C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723., point 110.

juridique<sup>29</sup>. Enfin, l'arrêt *National Grid Indus*<sup>30</sup> dans lequel la Cour précise que la législation qui imposerait la taxation des plus-values latentes sur les actifs d'une société qui transfère son siège de direction effectif dans un autre État membre et qui exigerait son recouvrement immédiat, est incompatible avec le principe de liberté d'établissement<sup>31</sup>. Le droit de l'UE ne s'oppose néanmoins pas à une telle imposition, pour autant que son recouvrement ne soit pas exigé immédiatement<sup>32</sup>.

## **II. Les transformations transfrontalières à l'entrée (*inbound*)**

En ce qui concerne le volet entrée, la Cour a, dans un premier temps, reconnu un droit à la constitution déconnecté de l'activité réelle<sup>33</sup>. En 1999, elle affirme, dans l'arrêt *Centros*<sup>34</sup>, qu'en l'absence d'harmonisation des législations au niveau européen, le simple fait de profiter d'une législation plus accueillante ne saurait être assimilé à un abus<sup>35</sup>. Cet acte ne saurait dès lors faire échec à l'application de la liberté d'établissement<sup>36</sup>. Dans l'arrêt *Überseering*<sup>37</sup>, la CJUE précisera qu'une société valablement constituée dans un État membre, appliquant le critère du siège statutaire, peut déplacer son siège réel dans un autre État membre de l'Union où elle doit y être acceptée, tant dans sa capacité juridique que dans sa possibilité d'ester en justice<sup>38</sup>.

---

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

<sup>30</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *National Grid Indus*, 29 novembre 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785.

<sup>31</sup> Dans cette affaire, la société néerlandaise *National Grids Indus* avait transféré son siège de direction effectif au Royaume-Uni tout en gardant sa qualité de société de droit néerlandais. Elle n'a pourtant pas conservé d'établissement stable aux Pays-Bas. Étant titulaire d'une créance libellée en livre anglais, l'administration néerlandaise a considéré que la société avait cessé de relever de sa compétence fiscale et que ce gain de change latent devait par conséquent être imposé ; C.J., (gde ch.), arrêt *National Grid Indus*, 29 novembre 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785, points 18 et 19 ; point 52 à 86.

<sup>32</sup> S. BAERT, « CJUE : imposition sur les plus-values latentes lors du transfert de siège social entre États membres », *Legal News*, 2 décembre 2011.

<sup>33</sup> J. ARDOUIN et F. SICARD, « Transferts de siège dans l'Union européenne et law shopping : retour vers le passé ? », 18 mai 2018, EY Sociétés d'Avocats, disponible sur : <https://etaxlawservices.ey-avocats.com/actualite/transferts-de-siege-dans-l-union-europeenne-et-law-shopping--retour-vers-le-passe>.

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

<sup>35</sup> C.J.C.E. arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 27.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632.

<sup>38</sup> C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 63 à 70.

Ensuite, la CJUE a prononcé l'arrêt *Inspire Art*<sup>39</sup>. Cet arrêt concernait une loi hollandaise qui s'appliquait aux sociétés étrangères de pure forme et imposait, à toute société immatriculée dans un autre État membre mais ayant son siège effectif au Pays-Bas ou qui voulait constituer une filiale sur le territoire néerlandais, un certain nombre d'obligations dont des exigences minimales concernant le montant du capital social et des fonds propres. À défaut de respecter ces exigences, les administrateurs étaient tenus responsables solidairement avec la société vis-à-vis de tout acte juridique liant la société pris durant leur administration<sup>40</sup>. La CJUE a estimé que de telles mesures constituaient une entrave à la liberté d'établissement<sup>41</sup>. Dans cette affaire, la juridiction européenne n'a par ailleurs retenu aucune des raisons impérieuses d'intérêt général invoquées par le gouvernement hollandais pour justifier la restriction à la liberté d'établissement, parmi lesquelles la lutte contre la fraude fiscale, la protection des créanciers ou encore l'efficacité des contrôles fiscaux<sup>42</sup>. Enfin, il ressort de l'arrêt *Vale*<sup>43</sup> et de l'arrêt *Cartesio*, que la Cour a consacré un droit à la transformation transfrontalière, à la différence que les restrictions étaient, le cas échéant, mises en place par l'État d'accueil et non par l'État d'origine<sup>44</sup>. La juridiction européenne consacre, *de facto*, un droit à la transformation transfrontalière par le transfert de siège entraînant un changement corrélatif du droit applicable<sup>45</sup>. Ainsi, lorsqu'une législation nationale prévoit une possibilité de transformation en droit interne, cette possibilité doit également s'étendre aux sociétés étrangères<sup>46</sup>. En outre, bien que l'organisation des transformations transfrontalières reste de la compétence des États membres, ceci n'échappe toutefois pas au contrôle du juge européen qui vérifiera le respect des principes d'équivalence et d'effectivité<sup>47</sup>.

---

<sup>39</sup> C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.

<sup>40</sup> C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 1 à 51.

<sup>41</sup> C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 104.

<sup>42</sup> C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, point 109 à 117.

<sup>43</sup> C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440.

<sup>44</sup> C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440, point 34 à 41.

<sup>45</sup> M. HO-DAC, « Un pas supplémentaire en faveur de la mobilité européenne des sociétés : le droit au transfert de siège social avec changement de droit applicable - CJUE, 12 juillet 2012, VALE Építési kft, aff. C-378/10 », *Rev. Aff. Eur.*, 2012/3, p. 653-660.

<sup>46</sup> C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440, point 37 ; point 42 à 62.

<sup>47</sup> T. BIERMEYER, « Shapping the space of cross-border conversion in the EU. Between right and autonomy : Vale », *Common Market Law Review*, 2013, p. 577 ; C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440, point 54.

Pour conclure, depuis l'arrêt *Centros*, on s'aperçoit que la Cour a développé une jurisprudence particulièrement libérale en faveur d'une mobilité transfrontalière des sociétés. Nous allons, dès lors, examiner dans quelle mesure la CJUE va venir façonner cette liberté à travers son arrêt *Polbud*.

### **Sous-section 1.b. Le dernier enseignement en la matière de la CJUE : l'arrêt *Polbud***

Dans l'arrêt *Polbud*, la CJUE conforte le caractère libéral de sa jurisprudence en matière de droit d'établissement des sociétés au sein de l'UE, i.e. les transformations transfrontalières bénéficient d'une interprétation souple du régime de la liberté d'établissement<sup>48</sup>. Au sein de l'Union européenne, le transfert transfrontalier du siège social d'une société, constituée dans un État membre, vers un autre État s'analyse comme une transformation transfrontalière. Par conséquent, cette opération postule, d'une part, au maintien de la personnalité morale et, d'autre part, au changement de la loi applicable emportant un changement de nationalité<sup>49</sup>. Le Traité impose, au titre de la liberté d'établissement, la suppression des mesures visant à restreindre la faculté des sociétés à s'établir librement au sein de l'UE<sup>50</sup>. Se fondant sur cette logique, l'arrêt *Polbud*, en appliquant le régime de la liberté d'établissement aux transformations transfrontalières, impose aux États membres une interprétation extensive des mesures restrictives à la liberté d'établissement.

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt *Polbud* concernent une société, constituée en Pologne, qui avait décidé de transférer son siège social au Luxembourg et ce, sans transfert de l'activité au Luxembourg<sup>51</sup>. Les associés de la société *Polbud* avaient pris une résolution relative au transfert du siège social. Cependant, ils avaient estimé que la société était valablement constituée au Luxembourg et n'avaient pas entrepris les opérations de liquidation<sup>52</sup>. Faute de liquidation, la société *Polbud* ne pouvait être radiée du registre du commerce polonais<sup>53</sup>. Les autorités

---

<sup>48</sup> I. CORBISIER, « L'arrêt *Polbud* de la C.J.U.E. ou le Luxembourg à la croisée des chemins. Maintien d'un critère de rattachement appliqué de manière ambiguë ou choix franc d'un libéralisme rendu possible par la Cour de justice ? », *Journal des tribunaux Luxembourg*, 5 avril 2018, p. 33-39.

<sup>49</sup> M. HO-DAC, *op. cit.*, p.653-660.

<sup>50</sup> Articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>51</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 10.

<sup>52</sup> En droit polonais, le transfert du siège social entraînait en principe la dissolution de la société au terme de la procédure de liquidation ; C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, points 11 et 12.

<sup>53</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 13 à 17.

polonaises s'étant opposées à la radiation de la société *Polbud* du registre du commerce, la Cour Suprême polonaise a été saisie et a transmis à la CJUE plusieurs questions préjudicielles relatives à la validité du droit polonais au regard du droit de l'Union européenne, notamment au regard du principe de la liberté d'établissement.

La principale question adressée à la Cour était de savoir si le transfert du seul siège statutaire sans déplacement du siège réel relevait de la liberté d'établissement<sup>54</sup>. La Cour de Luxembourg a répondu par l'affirmative : une société peut librement choisir de s'immatriculer dans un autre État membre en cours de vie sociale en transférant son seul siège statutaire, tout en poursuivant l'exercice de son activité dans l'État d'origine<sup>55</sup>. La seconde question était de savoir si une législation nationale pouvait subordonner à une dissolution précédée d'une liquidation le transfert du siège social statutaire d'une société vers un autre État membre, sans entraver sa liberté d'établissement et, dans la négative, si une telle mesure pouvait être justifiée au regard d'un motif impérieux d'intérêt général<sup>56</sup>. La Cour répond par la négative aux deux questions<sup>57</sup>.

Par conséquent, le principal apport de l'arrêt *Polbud* porte sur le champ d'application de la liberté d'établissement : la liberté d'établissement s'applique en cours de vie sociale, et il n'est pas nécessaire de transférer le siège réel de l'activité pour pouvoir s'en prévaloir<sup>58</sup>. La transformation des sociétés au sein de l'UE est ainsi déconnectée de l'économie réelle impliquant des activités de marché, de production ou de distribution<sup>59</sup>. En effet, ce nouvel arrêt permet désormais aux sociétés de choisir d'établir leur siège social statutaire dans un État dont la législation est plus intéressante tout en conservant leur activité sociale dans son État d'origine. Le *law shopping* offert aux sociétés lors de leur constitution<sup>60</sup> depuis l'arrêt *Centros* est dorénavant possible en cours de vie sociale, via un transfert du siège statutaire et ce, sans déplacement ni du siège réel ni de l'activité sociale<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 18.

<sup>55</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 29 à 44.

<sup>56</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 18.

<sup>57</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 45 à 65.

<sup>58</sup> I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 33-39.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> K. MARESCEAU, et A. FINK, « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence réglementaire au niveau du droit des sociétés - Prix Pierre Coppens 2014 », *Rev. prat. Soc.*, 2014/2, p. 647-694.

<sup>61</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 29.

Dans les faits de l'arrêt *Polbud*, le transfert du seul siège statutaire est possible dans la mesure où le droit luxembourgeois accepte de reprendre la personnalité morale d'une société sans que cette dernière n'ait d'implantation économique réelle sur son territoire<sup>62</sup>. C'est ainsi le droit de l'État membre d'accueil qui détermine la faisabilité du transfert de siège<sup>63</sup>. Ces différents arrêts prononcés par la CJUE vont dès lors permettre aux législations nationales les plus souples (i) d'être les plus attractives et (ii) de renforcer la concurrence entre les différents États membres qui existait déjà en matière fiscale et qui existe maintenant en droit des sociétés<sup>64</sup>.

Du côté de l'État membre de constitution de la société, l'application de la liberté d'établissement aux transformations transfrontalières a pour conséquence la suppression de mesures de nature à gêner, voire empêcher, la transformation intra-européenne<sup>65</sup>. En l'espèce, dans l'arrêt *Polbud*, la liquidation préalable de la société a été considérée comme telle, « *puisque'en imposant à la société désirant transférer son siège social dans un autre État membre l'accomplissement d'un certain nombre de formalités contraignantes, la législation polonaise a gêné la transformation transfrontalière de la société Polbud* »<sup>66</sup>. Ainsi, suite à cet arrêt, les États membres devront dorénavant éliminer de leurs droits nationaux les éléments pouvant être interprétés comme des restrictions non justifiées à la liberté d'établissement<sup>67</sup>.

Toutefois, la CJUE permet aux États membres de restreindre cette liberté à condition que les restrictions nationales soient justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et proportionnées au but poursuivi<sup>68</sup>. En ce sens, il est possible pour les États membres d'origine, sinon d'empêcher le transfert vers un autre État membre, « *d'au moins protéger les intérêts privés des créanciers, des associés minoritaires et des salariés de la société transférée* »<sup>69</sup>. En effet, la jurisprudence de la CJUE reconnaît que la protection des associés minoritaires et des

---

<sup>62</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 42 à 44.

<sup>63</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, points 35 et 66.

<sup>64</sup> K. MARESCEAU, et A. FINK, *op. cit.*, p. 647-694.

<sup>65</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 46.

<sup>66</sup> A.-W. GRUMBERG, F. BARRIERE, et P.-H. DARRIET, « La mobilité des sociétés favorisée par la CJUE », *Fusions & Acquisitions Magazine*, 2018, p. 86.

<sup>67</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 46.

<sup>68</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 52 ; C.J., (gde ch.), arrêt *National Grid Indus*, 29 novembre 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785, point 42 ; C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, point 47.

<sup>69</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 53 à 56.

créanciers sont des raisons impérieuses d'intérêt général<sup>70</sup> tout comme la protection des salariés<sup>71</sup>. Dès lors, il existe des gardes fous permettant de pallier les conséquences négatives d'un transfert de siège social sans perte de la personnalité morale.

En l'espèce, la Pologne estimait que sa législation pouvait être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général, à savoir la protection des créanciers, des associés minoritaires et des salariés de la société transférée<sup>72</sup>. Si la CJUE considère qu'il s'agit d'intérêts dont la protection est légitime, elle estime néanmoins que la réglementation polonaise prévoyait<sup>73</sup>, « *de manière générale, une obligation de liquidation, sans qu'il soit tenu compte du risque réel d'atteinte portée aux intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés et sans qu'il soit possible d'opter pour des mesures moins restrictives susceptibles de sauvegarder ces intérêts* »<sup>74</sup>, allant au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif de protection. La CJUE estime dès lors qu'une mesure nationale instituant une « *présomption générale d'existence d'un abus* »<sup>75</sup> est disproportionnée. Ainsi, la CJUE condamne non seulement les mesures ciblant de manière générale les sociétés, sans distinction, et s'appliquant de manière automatique.

En outre, si la Cour admet que les États membres peuvent, en théorie, lutter contre les pratiques abusives à la liberté d'établissement, elle vide en partie de substance la notion d'abus en écartant le *law shopping* des motifs jugés comme constituant une pratique abusive<sup>76</sup>. La seule circonstance qu'une société transfère son siège d'un État membre dans un autre État « *ne saurait fonder une présomption générale de fraude et justifier une mesure portant atteinte à la liberté d'établissement* »<sup>77</sup>. Ainsi, en pratique, la mise en place d'une restriction quelconque à la liberté d'établissement n'est finalement que théorique. En effet, le refus systématique que la CJUE oppose à l'égard des différentes mesures nationales énoncées par les États membres témoigne la volonté de privilégier à tout prix la liberté de circulation des sociétés au sein de l'UE<sup>78</sup>.

---

<sup>70</sup> C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005, point 28.

<sup>71</sup> C.J.U.E., (gde ch.), arrêt *AGET Iraklis*, 21 décembre 2016, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, point 73.

<sup>72</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 16.

<sup>73</sup> A.-W. GRUMBERG, F. BARRIERE, et P.-H. DARRIET, *op. cit.*, p. 86.

<sup>74</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 58.

<sup>75</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 64.

<sup>76</sup> Cf. *infra* note n°97.

<sup>77</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 63.

<sup>78</sup> A.-W. GRUMBERG, F. BARRIERE, et P.-H. DARRIET, *op. cit.*, p. 87.

### **Sous-section 1.c. La Cour favorise-t-elle une jurisprudence en faveur du *law shopping* accentuant encore un peu plus la mobilité transfrontalière des sociétés ?**

Comme évoqué ci-dessus, l'arrêt *Polbud* s'inscrit dans la jurisprudence libérale de la CJUE en étendant, une nouvelle fois, le périmètre de la liberté d'établissement telle qu'appliquée aux sociétés. La CJUE a construit sa jurisprudence en la matière afin de favoriser la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne<sup>79</sup>. Dans l'arrêt *Centros*, la Cour avait considéré que la liberté d'établissement autorisait une société à établir son siège statutaire dans un État membre et « à exercer l'intégralité de ses activités dans un autre État membre par l'intermédiaire d'une succursale, quand bien même cette société n'aurait été constituée, dans le premier État membre, qu'en vue de s'établir dans le second où elle exercerait l'essentiel de ses activités économiques »<sup>80</sup>. L'arrêt *Polbud* confirme ce mouvement en élargissant ce droit à la mobilité<sup>81</sup> pour les sociétés en cours de vie sociale, et ce sans qu'il ne soit nécessaire pour la société de transférer son activité<sup>82</sup>. Se basant sur le raisonnement de l'arrêt *Centros*, la CJUE considère « de la même manière » que le cas d'une société déjà constituée dans un État membre, souhaitant transférer son siège statutaire dans un autre État membre, tout en conservant l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités économiques<sup>83</sup> dans l'État membre où elle était originellement constituée, relève de la liberté d'établissement<sup>84</sup>.

La Cour admet ainsi que la situation d'une société déjà constituée dans un État et souhaitant transférer son siège social statutaire dans un autre État membre est comparable à la situation d'une société, non encore constituée, souhaitant se constituer dans un État membre et exercer son activité dans un autre État membre<sup>85</sup>. On pourrait pourtant considérer qu'il faudrait opérer une distinction dans les faits présentés dans ces deux situations, « autorisant d'appliquer à la société *Polbud* une conception différente de la liberté d'établissement telle qu'interprétée dans

---

<sup>79</sup> A. SOTIROPOULOU, « Concurrence normative et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la mobilité des sociétés », *La concurrence normative. Mythes et Réalités*, Paris, Société de législation comparée, 2013, p. 67-87.

<sup>80</sup> C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Evers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 17.

<sup>81</sup> Le droit à la mobilité tel que développé par la CJUE au travers de sa jurisprudence.

<sup>82</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 44.

<sup>83</sup> Et conséquemment son siège réel.

<sup>84</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 38.

<sup>85</sup> A.-W. GRUMBERG, F. BARRIERE, et P.-H. DARRIET, *op. cit.*, pp. 87-88.

*l'arrêt Centros* »<sup>86</sup>. Dans l'arrêt *Polbud*, la société souhaitant transférer son siège social était déjà constituée dans un État membre à savoir le Luxembourg, et était de ce fait rattachée à un ordre juridictionnel, selon la législation de l'État d'origine. Dans l'arrêt *Centros*, la société n'était rattachée à aucun ordre juridictionnel avant sa constitution dans l'État membre de son choix<sup>87</sup>. Il n'y avait donc aucun lien juridique préexistant avec un État membre avant la décision de constitution de la société. À l'inverse, concernant la société *Polbud*, un lien juridique avec un État membre préexistait et aurait pu être pris en considération par les juges de Luxembourg<sup>88</sup>. Peu semble importer à la CJUE, qui fait fi de ce lien de rattachement existant avec l'État membre de constitution, et « *n'impose finalement comme unique condition au transfert de siège social au sein de l'Union européenne, à la transformation transfrontalière, que le respect des conditions de l'État d'accueil pour la constitution de société, aux fins du rattachement de celle-ci à son ordre juridique national* »<sup>89</sup>.

En outre, la CJUE considère dans l'arrêt *Polbud* qu'il n'est pas nécessaire que la société, désirant transférer son siège social dans un autre État membre, transfère également son activité<sup>90</sup>. En supprimant une condition visant à aligner la réalité économique de l'activité et la fiction juridique du lien de rattachement à un ordre juridictionnel, la Cour confirme le caractère hautement libéral de sa jurisprudence<sup>91</sup>. Une distinction peut ainsi s'opérer entre le siège social, déterminant la nationalité et le droit applicable à la société, et le lieu de l'activité de la société. Si cette distinction était acceptée par la CJUE dans l'arrêt *Centros* au moment de la constitution, elle est désormais également reconnue par la Cour en cours de vie sociale avec l'arrêt *Polbud*<sup>92</sup>. Le transfert du seul siège statutaire, sans que ce transfert ne concerne le siège réel de la société, ne saurait, en soi, avoir pour conséquence qu'un tel transfert ne relève pas du champ d'application de la liberté d'établissement<sup>93</sup>. Dans cette mesure, la CJUE favorise ainsi un phénomène de *law shopping* par lequel une société constituée dans un État membre pourrait décider de transférer son siège social dans un autre État membre afin de bénéficier, et ce peut

---

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> C.J.C.E., arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, point 2 à 12.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 33.

<sup>90</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 42.

<sup>91</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 38.

<sup>92</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 44.

<sup>93</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 41.

être l'unique raison, d'un régime juridique plus favorable<sup>94</sup>. La Cour encourage la compétition entre le droit des sociétés des différents États membres permettant aux sociétés de contourner les règles jugées selon elles trop restrictives d'un État membre pour s'établir dans un autre État membre<sup>95</sup>. Ce contournement semble même encouragé par la Cour du Luxembourg qui estime que la transformation transfrontalière, dans le seul but de bénéficier d'une législation, n'est pas en soi constitutive d'un abus<sup>96</sup>.

### **Sous-section 1.d. Réflexion et analyse de l'arrêt *Polbud***

En rendant cette décision, la CJUE s'aligne sur la doctrine considérant que les articles 49 et 54 du TFUE implique qu'aucune prohibition ne s'applique aux *European pseudo foreign corporations*<sup>97</sup> c'est-à-dire aux sociétés ayant leur siège statutaire dans un État membre mais qui ont leurs centres d'activité et de direction dans un autre État membre. Néanmoins, ces sociétés ont toujours été hantées par la théorie de la fraude à la loi<sup>98</sup>. En effet, certains auteurs estiment que les États membres doivent pouvoir adopter des règles qui limitent la liberté d'établissement des sociétés dont le seul objectif serait d'échapper à la loi de l'État membre d'origine<sup>99</sup>. Cette doctrine est dite du siège réel.

Mais telle n'est pas la position de la CJUE, et nous nous rangeons à son opinion. On peut certes considérer que la Cour opte pour une approche visant à encourager la compétition entre les différents droits des sociétés des États membres<sup>100</sup>, et admettant le choix par les sociétés de la *lex societatis*<sup>101</sup> qui leur est plus profitable. Néanmoins, la position défendue par la CJUE et le gouvernement polonais, inspiré de la doctrine du siège réel, s'apparente à un « *judgement de*

---

<sup>94</sup> I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 33-39.

<sup>95</sup> T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? – Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés », *R.P.S.*, 2004, pp. 207-273.

<sup>96</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 40.

<sup>97</sup> K. F. STURMFELS, « Pseudo-Foreign Companies in Germany – The Centros, Überseering and Inspire Art Decisions of the European Court of Justice », *Key Aspects of German Business Law*, 2008, p. 59-64.

<sup>98</sup> T. DELVAUX, A. FAYT, D. BADA, D. PASTEGGER, D. GOL, et N. THIRION, « Droit international et européen des sociétés », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 4 mai 2015, p. 210-288 ; C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 62.

<sup>99</sup> A. AUTENNE, et M. DE WOLF, « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen: le cas particulier du transfert de siège social », *C.D.E.*, 2007/5-6, p. 647-694.

<sup>100</sup> T. DELVAUX, *op. cit.*, p.207- 273.

<sup>101</sup> La *lex societatis* gouverne l'organisation interne de la société ainsi que ses rapports avec les tiers. C'est elle qui régit l'exercice par la société de ses droits. Elle permet, *in fine*, de rattacher une société à un ordre juridique national.

*valeur* »<sup>102</sup> défavorable adressé au contenu de la législation luxembourgeoise<sup>103</sup>. Toutefois, une telle pensée est critiquable dans les relations intra-européennes actuelles. L'Union européenne, bien plus qu'un simple marché intérieur, forme un espace de sécurité, de liberté, fondé sur la confiance mutuelle entre les différents États de l'UE<sup>104</sup>. Ainsi, il nous paraît surprenant qu'un État membre vienne apprécier la législation d'un autre comme étant illégitime. En outre, au sein de cet espace, les entreprises de l'UE doivent pouvoir s'installer, transférer leur siège, opérer ou encore circuler comme elles le souhaitent<sup>105</sup>. En effet, la fraude « *par internationalisation fictive n'existe pas dans un marché qui fonctionne plus comme un marché interne que comme un marché international* »<sup>106</sup>.

Avec cet arrêt *Polbud*, la Cour poursuit l'élaboration de sa trilogie qu'elle avait débutée avec les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*. Néanmoins, en rendant l'arrêt *Polbud*, la Cour ne se borne pas à participer à un mouvement que l'on pourrait qualifier « *d'euro-épuration des différents droits nationaux des sociétés* »<sup>107</sup>. La CJUE ne se limite pas non plus à confirmer la possibilité pour une société d'un État membre de transférer son siège statutaire dans un autre État membre sans modifier la localisation de ses centres d'activité<sup>108</sup>, ce qui s'avère, par ailleurs, « *un atout considérable dans un contexte politique propice à la fuite d'entreprises* »<sup>109</sup>. Le véritable apport de la jurisprudence *Polbud* est plutôt, comme nous l'avons fait remarquer ci-dessus, d'étendre une nouvelle fois le champ d'application de la liberté d'établissement.

Une mise en perspective de cet arrêt permet de comprendre ce véritable apport. En effet, en rendant cette décision, la CJUE vient compléter encore un peu plus son interprétation de la liberté d'établissement et, ce faisant, révèle, du point de vue du droit international privé, un domaine d'exercice possible pour la méthode de la reconnaissance<sup>110</sup>.

---

<sup>102</sup> M. ASUNCION CEBRIÀN SALVA, « *Liberté et pain cuit. Commentaire de l'arrêt Polbud* », 15 janvier 2018, disponible sur <https://blogdroiteuropeen.com>.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> A. SOTIROPOULOU, *op. cit.*, 67-87.

<sup>106</sup> M. ASUNCION CEBRIÀN SALVA, *op. cit.*

<sup>107</sup> « (...) mouvement visant à ce que les règles nationales soient conformes aux libertés européennes ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour » ; *Ibid.*

<sup>108</sup> C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804, point 66.

<sup>109</sup> M. ASUNCION CEBRIÀN SALVA, *op. cit.*

<sup>110</sup> M. HO-DAC, « L'affirmation d'un droit au transfert intra-européen du siège statutaire avec changement de loi applicable : une nouvelle donne pour la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union ? CJUE, gde ch., 25 octobre 2017, *Polbud / Wykonawstwo*, aff. C-106/16 », *Rev. Aff. Eur.*, 2017/4, p. 727-737.

Rappelons dans un premier temps que la liberté d'établissement peut être exercée de deux manières. Les sociétés constituées dans un État membre peuvent, d'une part, implanter des établissements secondaires dans d'autres États membres et exercer leurs activités dans ces États membres et, d'autre part, transférer leur siège social dans un autre État membre.

La première hypothèse, i.e. l'implantation d'établissements secondaires, est celle qui a occupé la Cour dans les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*. Dans un contexte classique, la CJUE avait indiqué que « *la liberté d'établissement fait peser sur les États membres d'accueil une obligation de reconnaissance des sociétés dûment constituées en application de la législation de l'État membre d'origine* »<sup>111</sup>. Par conséquent, la liberté d'établissement exige que l'État d'accueil reconnaisse l'existence de la société valablement constituée dans son État d'origine et ce, nonobstant ses propres règles de conflit de lois<sup>112</sup>.

Dans le contexte du pur transfert de siège social, la jurisprudence *Polbud* semble ouvrir en ce domaine une possibilité pour que la méthode de la reconnaissance s'applique<sup>113</sup>. Néanmoins, la Cour n'est pas claire à ce propos. Dès lors, les questions suivantes se posent au sein de la doctrine européenne : (i) la Pologne doit-elle reconnaître la société *Polbud* comme une société de droit luxembourgeois qui, après avoir transféré son siège statutaire au Luxembourg, a valablement été constituée en vertu de ce droit ? (ii) En outre, cette reconnaissance implique-t-elle que la société *Polbud* doit ne plus être considérée par les autorités polonaises comme une société de droit polonais et ce, même si le critère de rattachement en vertu du droit polonais est celui du siège réel ? Dans l'affirmative, lorsqu'une société, gouvernée par le droit d'un État membre, accomplit les formalités requises afin de devenir une société d'un autre État membre, le premier État doit reconnaître sans condition le nouveau statut légal régissant la société<sup>114</sup>. Conférer cette portée à l'arrêt *Polbud* permettrait d'expliquer la raison pour laquelle la CJUE n'a pas permis au gouvernement polonais d'appliquer ses normes restrictives à la radiation de ladite société du

---

<sup>111</sup> « (...) 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 » ; C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, point 3.

<sup>112</sup> M. HO-DAC, *op.cit.*, 2017/4, p. 727-737.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> A.-W. GRUMBERG, F. BARRIERE, et P.-H. DARRIET, *op. cit.*, pp. 85-88.

registre polonais de commerce et des sociétés<sup>115</sup>. Cette interprétation s'avérerait en outre bénéfique « *en ce que la nouvelle société Polbud de droit luxembourgeois ne deviendrait pas une société boiteuse, considérée comme régulière au Luxembourg, l'État membre dans lequel elle a son siège social, et comme irrégulière en Pologne, l'État membre où elle exerce ses activités et a installé son centre de direction* »<sup>116</sup>. Néanmoins, une telle interprétation devra être confirmée pour le savoir tant et si bien qu'il faudra certainement attendre de nouvelles décisions de la CJUE relatives au transfert du siège social. Nul doute que, compte tenu du sujet délicat, ces décisions ne tarderont pas à venir.

En somme, nous considérons que la CJUE ne pouvait rendre une autre décision de celle qu'elle a rendue dans l'affaire *Polbud*, en l'état du droit de l'UE. Nonobstant certaines opinions dissidentes au sein de la doctrine, le TFUE place sur un pied d'égalité les critères de rattachement d'une société à un ordre juridique en termes de siège réel ou de siège statutaire. Il serait ainsi paradoxal d'imposer à une société, transférant son siège statutaire au sein d'un État membre, qu'elle y transfère en même temps son siège réel puisqu'elle pourrait immédiatement re-transférer son siège réel dans son État d'origine au regard de la jurisprudence précitée.

### **Section II.B. Une décision supplémentaire poussant le législateur européen à adopter une législation européenne harmonisée en faveur des transformations transfrontalières**

Lors du programme de Stockholm en 2009, le Conseil européen appelait déjà à une initiative pour uniformiser les règles de conflit de loi en droit des sociétés<sup>117</sup>. S'en est suivi, en 2012, le plan d'action de la Commission européenne<sup>118</sup>. Elle avait principalement pour objectif d'améliorer la transparence, l'implication des actionnaires et assurer la compétitivité des sociétés. En effet, il était nécessaire d'améliorer le droit des sociétés, constituant une pierre angulaire du marché intérieur<sup>119</sup>. Par après, le troisième volet du plan d'investissement pour

---

<sup>115</sup> M. ASUNCION CEBRIÀN SALVA, *op. cit.*

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Le programme de Stockholm : Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *J.O.U.E.*, C 115, 4 mai 2010, p. 13.

<sup>118</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au comité des Régions, « Plan d'action: droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise - un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises », COM(2012)0740 final, 13 décembre 2012.

<sup>119</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *op. cit.*, p. 4 et 5.

l'Europe qui « *consiste à garantir une prévisibilité accrue sur le plan réglementaire, à lever les obstacles à l'investissement partout en Europe et à renforcer encore le marché unique en créant les conditions-cadres optimales pour l'investissement en Europe* » a fait son apparition. Pour ce faire, il fallait un cadre réglementaire européen plus clair, prévisible et stable<sup>120</sup>. La stratégie pour le marché unique de 2015 révèle également que le flou autour de la législation encadrant les sociétés et le surplus de mesures contraignantes sont des obstacles dont se plaignaient les PME<sup>121</sup>. En outre, la stratégie pour un marché unique digital, élaborée en 2015, soulignait qu'il fallait rendre plus facile le lancement d'entreprises, avec des possibilités de réaliser l'opération en ligne et au-delà des frontières<sup>122</sup>. Ainsi, le Parlement européen soutenait l'idée qu'il fallait prévoir une harmonisation la plus complète possible pour faciliter la mobilité des entreprises au sein de l'Union européenne afin qu'elles puissent profiter pleinement du marché intérieur<sup>123</sup>.

C'est dans cette optique que le législateur européen va adopter, en 2017, une directive réglant certains aspects du droit des sociétés<sup>124</sup>. L'objectif de cette directive était de garantir une plus grande implication des *stakeholders* dans la gouvernance d'entreprise dans la mesure où il s'agissait d'un facteur important pour garantir l'adoption, par les sociétés, d'une vision à plus long terme. La directive 2017/1132 a également eu le mérite d'apporter une clarification importante en regroupant dans un seul et même instrument les règles applicables aux sociétés et, *de facto*, a permis un meilleur accès du droit de l'UE<sup>125</sup>. Néanmoins, concernant la mobilité transfrontalière des sociétés, l'impact de cette directive a tout de même été nuancé dans la

---

<sup>120</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, à la Banque centrale européenne, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement, « Un plan d'investissement pour l'Europe », COM(2014)903 final, 26 novembre 2014, p. 14 et 15.

<sup>121</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550 final, 28 octobre 2015, p. 5 ; Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, considérant 7.

<sup>122</sup> Commission staff working document, *op. cit.*, p. 7.

<sup>123</sup> Résolution du Parlement européen du 13 juin 2017 sur la conduite des fusions et scissions transfrontalières (2016/2065 (INI)), *J.O.U.E.*, C 331, 18 octobre 2018, p. 27.

<sup>124</sup> Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169, 30 juin 2017.

<sup>125</sup> F. BERNAUER, et P. FARTARIA, « Adoption of the Directive (UE) 2017/1132, a first step towards a european corporate code », *Holman Fenwick Willan*, octobre 2017, p. 2.

mesure où elle ne se contentait que de reprendre les règles présentes dans la directive 2005/56<sup>126</sup>, déjà transposée et d'application au sein de l'Union<sup>127</sup>.

Suite à l'arrêt *Polbud*, la question de l'adoption d'une nouvelle législation européenne qui viendrait régir le transfert de siège d'un État membre à un autre a été régulièrement abordée<sup>128</sup>. En effet, la multiplication des arrêts rendus concernant le transfert du siège social laissait penser que cette opération posait de nombreuses difficultés, notamment en raison de la présence d'une multitude de législations nationales non harmonisées au niveau de l'UE<sup>129</sup>. Il était souhaitable qu'un texte unique établisse une procédure de transfert de siège garantissant le maintien de la personnalité morale et la sécurité juridique des opérateurs mais aussi des mesures de protection des intérêts des créanciers, des actionnaires minoritaires et des salariés.

Tous ces appels à agir ne sont pas restés lettres mortes. Le 25 avril 2018, la Commission a introduit une proposition afin de modifier les règles en matière de mobilité transfrontalière et d'utilisation des processus électroniques pour les sociétés<sup>130</sup>. Finalement, en date du 27 novembre 2019, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive 2019/2121<sup>131</sup> modifiant la directive 2017/1332 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières. Nous étudierons dans le prochain chapitre cette nouvelle directive sous l'angle des transformations transfrontalières.

---

<sup>126</sup> Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L 310, 25 novembre 2005.

<sup>127</sup> F. BERNAUER, et P. FARTARIA, *op. cit.*, p. 2-4.

<sup>128</sup> Les députés européens ont appelé à plusieurs reprises à la rédaction d'une nouvelle directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés.

<sup>129</sup> F. BERNAUER, A. ROMAIN-HUTTIN, P. FARTARIA, « La Cour de Justice de l'Union européenne facilité la mobilité internationale des sociétés. Conséquences de l'arrêt *Polbud* (CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16) », *op. cit.*, avril 2018, p. 1-4.

<sup>130</sup> Proposition de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant la modification de la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, Bruxelles, le 25 avril 2018, COM(18)241 final ; Rapport du Parlement sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, A8-0002/2019, 9 janvier 2019.

<sup>131</sup> Directive (UE) 2019/2121, précitée.

## **Chapitre 2. La directive 2019/2121 qui vise à modifier la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations transfrontalières**

En 2017, suite à de multiples impulsions qui n'ont jamais été menées à leur terme<sup>132</sup>, la Commission a pris l'initiative de modifier la directive 2017/1132 pour favoriser la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne. Bien que les arrêts de la CJUE aient permis une certaine mobilité des sociétés, la jurisprudence de la CJUE laissait encore planer de bien nombreuses zones d'ombres<sup>133</sup>. Afin de mener à bien cette proposition de modification, la Commission européenne a lancé une enquête publique en 2017<sup>134</sup>. Cette consultation concernant le droit des sociétés de l'UE est notamment le résultat d'appels des parties prenantes pour l'action communautaire en ce qui concerne les transformations transfrontalières. L'objectif de celle-ci était d'identifier les problèmes rencontrés par les entreprises lors d'une transformation transfrontalière ainsi que les conséquences sur la vie des affaires de ces opérateurs économiques<sup>135</sup>.

Dans le présent chapitre, nous analyserons, dans un premier temps, les prémices de l'adoption de la directive 2019/2121 sous l'angle des transformations transfrontalières. Ensuite, nous détaillerons en profondeur le contenu de cette directive en évoquant brièvement les propositions de modification de la Commission. Enfin, nous terminerons notre exposé par un aperçu de la manière dont cette directive a été reçue par les professionnels du droit des sociétés.

### **Section I.A. Les prémices de l'adoption de la directive**

Lors de la période de consultation, les praticiens du droit des sociétés ont mis en avant deux grandes problématiques à savoir d'une part, l'absence d'instruments communautaires traitant directement les transformations transfrontalières<sup>136</sup> et d'autre part, une certaine divergence

---

<sup>132</sup> Cf. *supra* p. 17.

<sup>133</sup> P. SCHWARZ, « La transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne », *Journal de droit européen*, 2014, pp. 139-147.

<sup>134</sup> EUROPEAN COMMISSION, « EU company law upgraded : rules on digital solutions and efficient cross-border operations », Bruxelles, 2018, disponible sur [https://ec.europa.eu/newsroom/just/itemdetail.cfm?item\\_id=58190](https://ec.europa.eu/newsroom/just/itemdetail.cfm?item_id=58190).

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> Ernst and Young study, « Assessment and quantification of drivers, problems and impacts related to cross-border transfers of registered offices and cross-border divisions of companies », le 5 février 2018, disponible sur [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dg\\_just\\_transfers\\_divisions\\_final\\_report\\_05022018\\_clean\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dg_just_transfers_divisions_final_report_05022018_clean_1.pdf), p. 33.

entre les législations nationales amenant à des incompatibilités dans la mise en œuvre de ces législations<sup>137</sup>. Ces deux obstacles avaient vocation à freiner la mobilité des sociétés au sein de l'UE, pourtant prônée par la CJUE dans ses différents arrêts.

En ce qui concerne le manque d'harmonisation des procédures, ce flou juridique a eu pour conséquence que certaines sociétés avaient tendance à abandonner ce type d'opération transfrontalière<sup>138</sup>. Cette tendance à renoncer à ces opérations s'accroissait évidemment chez les PME qui manquaient principalement de moyens et de temps pour réaliser ces opérations<sup>139</sup>. En outre, les différents recours qui sont susceptibles d'être invoqués lors de la procédure augmentaient considérablement tant le délai que le coût de la procédure<sup>140</sup>. Il s'agissait, *de facto*, d'un véritable manque de flexibilité dont les sociétés avaient pourtant besoin non seulement pour se restructurer et s'adapter au marché mais également pour explorer de nouvelles opportunités que peut offrir le marché unique, tant en terme d'investissements que de capital humain<sup>141</sup>.

Cette insécurité juridique résultait également en grande partie du fait que la Cour construit cette *théorie de la mobilité transfrontalière des sociétés* au cas par cas, en fonction des multiples affaires qui lui sont soumises, et toujours *in concreto* en fonction de celles-ci<sup>142</sup>. À cet égard, la consultation publique a mis en exergue que la situation des créanciers était incertaine sur le plan juridique lors d'une opération de transformation transfrontalière et requérait plus de clarté<sup>143</sup>. En effet, la situation des créanciers dépend en fait des droits et des rangs que la législation des différents États membres leur attribue.

En ce qui concerne la divergence des législations nationales en terme de protection, cette divergence créait également une insécurité juridique dont les actionnaires souffraient. Or, une bonne protection des actionnaires est essentielle dans un droit moderne des sociétés<sup>144</sup>.

---

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 45-51.

<sup>139</sup> Commission staff working document, *op. cit.*, p. 30.

<sup>140</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 67-73.

<sup>141</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 52-53.

<sup>142</sup> A. BAERT, « Crossing Borders : Exploring the need for a Fourteenth EU Company Law Directive on transfers of Registered Office », 26 *EBLR* 581-612, 2015, p. 2.

<sup>143</sup> Commission staff working document, *op. cit.*, p. 23.

<sup>144</sup> K. J. HOPT, « Comparative company law 2018 », *European Corporate Governance Institute*, working paper n°460/2019, juillet 2019, p. 28.

Néanmoins, une tendance récente tend à conférer plus de droits aux actionnaires privés, de la même manière qu'à faciliter l'utilisation de ces droits. Pour ce faire, un développement rapide de la technologie moderne peut aider « *puisque'une divulgation rapide et générale constitue une condition préalable à l'octroi de plus de droits aux actionnaires* »<sup>145</sup>. De ce point de vue, la Commission a également fait, en même temps que sa proposition sur les transformations, une proposition relative à l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés<sup>146</sup>. Cette dernière peut être considérée comme un complément utile à la mobilité transfrontalière des sociétés et en particulier, à l'exercice des droits des actionnaires. Par ailleurs, cette tendance moderne à vouloir mieux protéger les actionnaires s'est concrétisée en droit de l'UE avec la directive 2017/828<sup>147</sup>. Cet instrument juridique comprend des règles sur l'information et l'exercice du droit de vote des actionnaires, la transparence des actionnaires institutionnels ou encore la politique de rémunération des administrateurs<sup>148</sup>. Il n'en reste pas moins qu'il était nécessaire de compléter cette législation en les protégeant aussi lors d'une opération transfrontalière dans la mesure où les risques les plus préoccupants les concernant sont ceux relatifs à l'exercice de leur droit de vote ainsi que toutes les questions relatives à la gouvernance et à leurs actions<sup>149</sup>.

Enfin, cet effet s'est également fait ressentir sur les travailleurs. Une majorité réclamait une clarté plus importante des règles qui leur sont applicables lors d'une telle opération<sup>150</sup>. En sus de l'insécurité juridique qui en découle, les représentants de travailleurs craignaient également l'impact social que peut avoir une opération transfrontalière sur leurs droits<sup>151</sup>. Cette question dépendait évidemment du fait que l'opération de transformation s'accompagne ou non du transfert de l'activité. La soumission des travailleurs à une nouvelle législation peut amener à une protection moindre de ceux-ci selon le modèle de protection en vigueur dans le pays d'accueil. Néanmoins, les chiffres démontrent que les droits des travailleurs sont rarement impactés dans la mesure où, dans la plupart des transformations transfrontalières, seul le siège

---

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> Proposition de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant la modification de la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, Bruxelles, le 25 avril 2018, COM(18)241 final.

<sup>147</sup> K. J. HOPT, *op. cit.*, p. 28.

<sup>148</sup> Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, *J.O.U.E.*, L 132, 20 mai 2017.

<sup>149</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 62.

<sup>150</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 48-51.

<sup>151</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 61

statutaire est transféré. Néanmoins, lorsqu'un impact existe sur la situation des travailleurs, celui-ci peut être considérable<sup>152</sup>.

En outre, ce manque d'harmonisation provoquait une réduction de l'attractivité que le marché unique est censé offrir<sup>153</sup>. Ces lacunes réduisaient effectivement tant les investissements intra-UE que les investissements extra-UE. L'étude a démontré que la création d'un instrument en la matière est susceptible d'ouvrir une porte d'accès au marché interne pour les entreprises et ainsi, entrevoir une plus grande intégration européenne. Cela permettrait ainsi aux sociétés d'être plus mobiles et de pouvoir prendre des décisions d'affaires stratégiques, ce qui augmenterait indéniablement leur attractivité.

Enfin, ces obstacles aux transformations transfrontalières représentent une hausse du coût et du temps nécessaire pour réaliser ces procédures<sup>154</sup>. À ce sujet, Ugo Bassi<sup>155</sup> affirme que « *la réduction des coûts des transferts transfrontaliers est le principe directeur qui justifierait une proposition dans ce domaine* »<sup>156</sup>. Cette hausse découle principalement de deux facteurs à savoir la taille de l'entreprise<sup>157</sup> ainsi que le type et la complexification de la procédure utilisée<sup>158</sup>. En ce qui concerne les transformations transfrontalières, les principaux coûts sont les conseils juridiques, l'enregistrement ainsi que les frais découlant de la durée de la procédure<sup>159</sup>. Au niveau de la durée de ce type d'opération, le facteur déterminant est le fait que les États membres appliquent ou non la même théorie relative au siège social. Un autre élément peut également avoir une certaine incidence à savoir que le temps consenti par les entreprises dans ce type d'opération dépend également du fait que les sociétés utilisent une procédure directe ou indirecte<sup>160</sup>.

---

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 63.

<sup>154</sup> A. BAERT, *op. cit.*, p. 19.

<sup>155</sup> Membre de la direction générale de la stabilité financière des services financiers et de l'union des marchés des capitaux au sein de la Commission.

<sup>156</sup> U. BASSI, « European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance (Presentation at the 12th European Corporate Governance and Company Law Conference », 2013, disponible sur <http://mediasite.pim.ie/mediasite/Viewer/?peid=d7c16e8adcf14cc78a51c84e58274a841>.

<sup>157</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 66.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 67.

<sup>160</sup> Une transformation transfrontalière effectuée au moyen d'une procédure directe peut se réaliser en une seule journée alors qu'il faudrait environ 8 à 15 semaines pour la réaliser via des procédures indirectes ; Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 69.

Une intervention du législateur européen était d'autant plus souhaitable que la CJUE n'a pas abordé toutes les questions pouvant se poser lors de ces opérations transfrontalières<sup>161</sup>. Les questions suivantes restent ouvertes : Qu'en est-il lorsqu'un ordre juridique non-communautaire fait partie de l'opération ? La liberté d'établissement sert-elle aussi à se réincorporer sous une autre forme sociétaire que celle de l'État d'origine de la société ?

### **Section II.B. L'adoption de la directive 2019/2121 modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations transfrontalières**

Le 27 novembre 2019, l'Union européenne a fait un pas de plus vers l'adoption de nouvelles règles avec la directive 2019/2121<sup>162</sup>. En effet, l'UE élimine les obstacles injustifiés à l'exercice par les entreprises européennes de la liberté d'établissement. Ce nouvel acte législatif réjouit Anna-Maja Henriksson<sup>163</sup> qui affirme que « *ces nouvelles règles permettront aux entreprises de l'UE de tirer pleinement parti du marché unique afin de rester compétitives sur le plan mondial* »<sup>164</sup>.

La directive prévoit également des garanties appropriées destinées à décourager les abus et à protéger les intérêts légitimes des travailleurs, des actionnaires minoritaires et des créanciers<sup>165</sup>. Les nouvelles règles introduisent des procédures exhaustives pour les transformations transfrontalières de sociétés de capitaux établies dans un État membre de l'UE. Elles apportent également d'autres simplifications comme des possibilités d'accélérer la procédure en renonçant aux rapports destinés aux associés et aux travailleurs lorsque les actionnaires sont d'accord ou lorsque la société ou l'une de ses filiales n'emploie pas de travailleurs.

En outre, ce nouvel acte législatif établit des procédures destinées à vérifier la légalité des opérations transfrontalières en vertu de toutes les législations nationales concernées et introduit

---

<sup>161</sup> A. BAERT, *op. cit.*, p. 19 et 20.

<sup>162</sup> La directive 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 (précitée) – qui fait partie du *Company Law Package* – est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020 et devra être transposée par les États membres pour le 31 janvier 2023 au plus tard.

<sup>163</sup> Ministre finlandaise de la justice.

<sup>164</sup> CONSEIL DE L'UE, « L'UE permet aux entreprises de se restructurer plus facilement dans le marché unique », 18 novembre 2019, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/11/18/eu-makes-it-easier-for-companies-to-restructure-within-the-single-market/>.

<sup>165</sup> Cf. *infra* note n° 149.

une procédure de contrôle *anti-abus*<sup>166</sup>. En effet, la Commission avait manifesté sa volonté d'éviter que les entreprises se servent de ces procédures pour effectuer des transformations artificielles. C'est la raison pour laquelle le législateur européen encourage les États membres de veiller à ce que l'autorité compétente de l'État d'origine n'autorise pas l'opération transfrontalière lorsqu' « *il est déterminé, conformément au droit national, que la transformation transfrontalière est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles* »<sup>167</sup>. En effet, cette procédure permet aux autorités nationales de bloquer une transformation transfrontalière irrégulière.

Le texte ayant fait l'objet d'un accord prévoit en plus des règles similaires concernant les droits de participation des travailleurs dans le cadre des transformations transfrontalières<sup>168</sup>. Il garantit également que les travailleurs soient correctement informés et consultés au sujet des effets attendus de l'opération. Dans le même ordre d'idée, les créanciers de la société concernée bénéficient de garanties plus claires et plus fiables.

Enfin, la directive encourage le recours aux outils numériques tout au long de l'opération transfrontalière. Il sera dès lors possible d'accomplir en ligne les formalités requises. En outre, l'échange de toutes les informations pertinentes se fera via le système d'interconnexion des registres du commerce existant<sup>169</sup>.

Après avoir énoncé les grandes lignes directrices de la directive 2019/2121, nous allons nous plonger dans l'analyse de celle-ci.

### **Sous-section 2.a. Le contenu matériel de la directive 2019/2121**

Avant d'examiner plus en détail le contenu de la directive, il nous paraissait utile de mettre en exergue les deux grands objectifs prônés par le législateur dans cet acte législatif. Le premier

---

<sup>166</sup> Cf. *infra* note n°168.

<sup>167</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*quaterdecies*, 8.

<sup>168</sup> Cf. *infra* note n°207.

<sup>169</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, considérant 41 à 43.

objectif était de rendre la liberté d'établissement effective<sup>170</sup>. Celle-ci joue, en effet, un rôle capital pour le développement du marché unique permettant aux entreprises d'étendre le champ de leurs activités économiques dans d'autres États membres et ce, sur une base stable. Cependant, étant donné que le droit des sociétés n'était pas adapté à la mobilité transfrontalière des entreprises, cette liberté restait difficile à exercer en pratique avant l'adoption de la directive 2019/2121. Avec cet acte législatif, l'UE s'est dotée d'un acte qui indéniablement facilitera la mobilité transfrontalière des entreprises. Pour ce faire, le législateur a agi sur la base de l'article 50, f) du TFUE qui permet de supprimer progressivement les restrictions à la liberté d'établissement<sup>171</sup>. Ces procédures doivent accompagner les sociétés dans leur cycle de vie. La Commission en a, d'ailleurs, fait un de ses objectifs majeurs, notamment par le biais de sa communication « *Améliorer le marché unique* » dans laquelle elle plaide pour un approfondissement du marché unique de manière à faire augmenter l'emploi, la croissance et les investissements<sup>172</sup>.

Le deuxième objectif est de garantir une protection adéquate des *stakeholders* lors de ce type d'opération<sup>173</sup>. À cet égard, l'article 50, g) du TFUE prévoit la prise de mesures de coordination concernant la protection des intérêts des associés et des autres parties prenantes<sup>174</sup>. Dans sa proposition, la Commission affirme « *qu'il est essentiel que les protections et garanties offertes à ces parties suivent le rythme de la transnationalisation sans cesse croissante du monde de l'entreprise* »<sup>175</sup>.

Si différents aspects paneuropéens avaient déjà pu être précisés par le biais de l'abondante jurisprudence de la CJUE et, plus ponctuellement, par certains textes européens pour des formes

---

<sup>170</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, considérant 2 à 6.

<sup>171</sup> Article 50, f) TFUE.

<sup>172</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550 final, 28 octobre 2015, p. 5 ; Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, considérant 7.

<sup>173</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, considérant 12 et 13.

<sup>174</sup> Article 50, g) TFUE.

<sup>175</sup> Proposition de la Commission du 25 avril 2018, précitée, p. 1.

sociales particulières comme la société européenne<sup>176</sup>, il manquait encore à l'arsenal législatif un texte récapitulatif et systématique prévoyant les différents aspects de la procédure et les conditions de reconnaissance de l'opération par l'autre État membre<sup>177</sup>. Il aura ainsi fallu attendre plus de quarante ans pour voir concrétiser l'engagement des participants à la CEE ancré à l'article 220 du Traité CEE<sup>178</sup>.

Tout d'abord, il convient de préciser que certaines sociétés ne sont pas autorisées à effectuer une opération de transformation<sup>179</sup>. C'est notamment le cas des sociétés pour lesquelles une procédure de dissolution, de liquidation ou d'insolvabilité a été engagée<sup>180</sup>. En effet, les sociétés en liquidation ayant commencé à distribuer les actifs entre associés ainsi que les sociétés soumises à un mécanisme de résolution aux titre IV de la directive 2014/59 ne pourront pas procéder à une opération transfrontalière<sup>181</sup>. Néanmoins, concernant les sociétés faisant l'objet d'une procédure de restructuration préventive, la Commission n'autorisait pas, dans sa proposition, ces sociétés à opérer une transformation. Cependant, la directive a assoupli l'interdiction, qui n'est dès lors plus automatique, en prévoyant que les États membres auront uniquement une faculté de les exclure<sup>182</sup>.

---

<sup>176</sup> Règlement (CE) 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *J.O.C.E.*, L 294/1, 10 novembre 2001.

<sup>177</sup> L. CUILLIER, et J. PFEIFFER, « Cadre harmonisé pour les opérations de mobilité transfrontalière : entre volonté de souplesse et contraintes pratiques », *Option Finance*, 16 avril 2020, pp. 1-8.

<sup>178</sup> « *Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants :*

- (...)

- *La reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes (...).* »

<sup>179</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86bis.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86bis, 3., b).

<sup>182</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, art. 86bis, 4.

La première étape de la procédure consiste en la rédaction d'un projet de transformation transfrontalière par l'organe d'administration<sup>183</sup>. Un certain nombre de précisions doivent notamment figurer dans ce rapport telles que la forme juridique, le siège et le nom de la société dans l'État membre de départ. De plus, le calendrier proposé pour réaliser l'opération doit également être mentionné de la même manière que les droits et garanties accordés aux *stakeholders* de la société dont question.

Ensuite, l'organe de direction de la société procédant à l'opération transfrontalière va établir un rapport qui sera mis à disposition des actionnaires de la société<sup>184</sup>. Ce rapport divulgue les aspects juridiques et économiques de l'opération, en mentionnant notamment : les conséquences de l'opération transfrontalière sur les activités futures de l'entreprise et sur le plan stratégique de la direction et les conséquences que l'opération aura sur les droits des associés ainsi que les éventuels recours dont disposent les détenteurs de droits pour contester l'opération<sup>185</sup>. Comme susvisé, l'établissement de ce rapport peut être évité dans la mesure où les actionnaires marquent leurs acceptations à ne pas procéder à une telle formalité.

Dans le même temps, l'organe d'administration établit un rapport destiné aux travailleurs visant à leur expliquer les conséquences qu'aura l'opération transfrontalière de la même manière que celui-ci énonce les conséquences sur les activités futures de l'entreprise et sur la relation de travail<sup>186</sup>. En outre, il mentionne les changements importants relatifs aux conditions d'emploi et aux liens d'implantation des sociétés. Cet acte est dès lors adressé aux représentants du personnel ou, dans le cas contraire, aux travailleurs eux-mêmes qui pourront émettre un avis le concernant<sup>187</sup>. Eu égard à ce qui a été énoncé, la formalité du rapport peut être évitée si la société procédant à l'opération transfrontalière n'emploie pas de travailleurs autres que ceux qui font

---

<sup>183</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*quinquies*.

<sup>184</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*sexies*, 1.

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*sexies*, 5., a).

<sup>187</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, art. 86*sexies*, 7.

partie de l'organe de direction<sup>188</sup>. Enfin, il conviendra d'ajouter que la directive 2019/2121 permet qu'un seul et unique rapport puisse être adressé aux actionnaires et aux travailleurs en même temps<sup>189</sup>. Dans ce cas, le rapport respectera les exigences requises, tant pour l'information des actionnaires que celle des travailleurs.

Par après, un rapport d'expert indépendant devra être réalisé<sup>190</sup>. Cet expert sera désigné par l'autorité nationale compétente. Il vérifiera l'exactitude des rapports et des informations soumises par la société. Le rapport de l'expert devra également contenir une description de tous les éléments factuels nécessaires<sup>191</sup> afin que l'autorité compétente puisse vérifier la légalité de l'opération envisagée de telle manière que celle-ci se prémunira du risque d'avaliser un montage artificiel. Afin d'établir son rapport, l'expert est autorisé à obtenir de la société tous les renseignements et documents pertinents<sup>192</sup> ainsi qu'à effectuer toutes les vérifications qu'il estime nécessaires. Le nouvel acte législatif de 2019 prévoit en outre que le rapport devra être mis à disposition des associés un mois au moins avant la tenue de l'assemblée générale<sup>193</sup> amenée à se prononcer sur l'opération transfrontalière, remplaçant le délai initialement prévu par la Commission qui était de deux mois<sup>194</sup>. La formalité du rapport d'expert indépendant n'est toutefois pas requise dans la mesure où tous les associés de l'entité faisant l'objet de l'opération transfrontalière le décident expressément<sup>195</sup>. Par ailleurs, la Commission avait prévu que cette exigence de rapport par un expert indépendant n'était pas requise pour les micro- et petites

---

<sup>188</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, art. 86*sexies*, 4.

<sup>189</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, art. 86*sexies*, 2.

<sup>190</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*septies*.

<sup>191</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*septies*, 2.

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*octies*, 1.

<sup>194</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*septies*, 1.

<sup>195</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*septies*, 3.

entreprises<sup>196</sup>. Néanmoins, la directive de 2019 a supprimé cette exception. Bien qu'elles seront les principales bénéficiaires des économies considérables qui résulteront de cette directive, ces micro- et petites entreprises devront dorénavant réaliser un rapport d'expert d'indépendant.

Par la suite, les États membres devront procéder à une publication de l'opération transfrontalière dans leur registre<sup>197</sup>. Cette publication doit notamment contenir trois documents : le projet de transformation transfrontalière, le rapport de l'expert indépendant et les avis informant les créanciers, actionnaires et travailleurs de la société. Toutefois, il sera possible pour les États membres de dispenser les sociétés de ces formalités dans la mesure où elles mettent gratuitement à la disposition du public les différents documents susmentionnés, et ce pour une période continue commençant un mois avant la tenue de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de l'opération et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée<sup>198</sup>.

Suite à l'accomplissement de ces formalités, l'assemblée générale devra se prononcer sur le projet<sup>199</sup>. Ainsi, elle approuvera ou non le projet d'opération de transformation et en informera l'autorité compétente. S'il devait y avoir une modification du projet, celui-ci ne pourrait être approuvé que par une majorité des deux tiers qui ne pourra toutefois pas excéder un seuil de nonante pourcents des voix afférentes soit aux titres représentés soit au capital souscrit et représenté<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> Selon la définition de la Commission, les petites entreprises sont celles qui occupent moins de cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires ou le total du bilan annuel n'excède pas dix millions d'euros tandis que les micros entreprises sont celles qui occupent moins de dix personnes et dont le chiffre d'affaires ou le total du bilan annuel n'excède pas deux millions d'euros ; Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.U.E.*, L 124/36, 25 mai 2003.

<sup>197</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*octies*.

<sup>198</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*octies*, 2.

<sup>199</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*nonies*.

<sup>200</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*nonies*, 3.

En ce qui concerne la protection des actionnaires, l'étude avait identifié deux options possibles<sup>201</sup>. La première option se limitait à l'introduction des règles harmonisées dans l'ensemble du marché unique. La seconde, relativement semblable à la première, permettait en outre aux États membres de prévoir des garanties supplémentaires<sup>202</sup>. Cette deuxième option a finalement été privilégiée dans le texte de la directive dès lors qu'elle offre un meilleur équilibre entre les trois considérations suivantes : une réduction des coûts, un niveau plus élevé de protection et une certaine flexibilité pour les États membres. En outre, les actionnaires qui détiennent des actions avec droit de vote mais qui ne se sont pas exprimés<sup>203</sup> lors de l'approbation du projet et les détenteurs d'actions sans droit de vote, ont la possibilité de disposer de leurs participations en contrepartie d'une soulte en espèce qui doit être adéquate<sup>204</sup>. L'offre de cette soulte est réalisée dans le projet tel qu'étudié ci-dessus avec la possibilité pour les États membres de vérifier l'adéquation de cette soulte avec la valeur de marché de l'entité concernée. Il convient de préciser en outre que la directive permet aux États de l'Union d'étendre le champ d'application de ce mécanisme à d'autres actionnaires que ceux susmentionnés<sup>205</sup>. Les créanciers auront également la faculté de revendiquer des garanties adéquates s'ils ne sont pas satisfaits de la protection de leurs intérêts telle qu'elle est présentée dans le projet de transformation<sup>206</sup>.

À propos de la participation des travailleurs, la société issue de la transformation transfrontalière est soumise à d'éventuelles règles relatives à la participation des travailleurs qui sont en vigueur dans l'État membre où son siège statutaire est établi<sup>207</sup>. En ce qui concerne l'information dont les travailleurs disposent, nous notons qu'ils ont accès au rapport descriptif

---

<sup>201</sup> Ernst and Young study, *op. cit.*, p. 101 et sv. et 107 et sv.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> Par leur droit de vote.

<sup>204</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*decies*, 1.

<sup>205</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, art. 86*decies*, 1., al. 2.

<sup>206</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*undecies*, 1., al. 2.

<sup>207</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*terdecies*.

de l'impact qu'aura l'opération transfrontalière sur les activités futures de la société<sup>208</sup>. En sus de ce droit d'accès, il convient d'ajouter qu'il sera impossible, pour une société ayant effectué une transformation transfrontalière, de réaliser, dans les quatre années de cette opération<sup>209</sup>, une transformation, une scission ou encore une fusion nationale qui bafouerait les droits de participation des travailleurs. Bien que ces différents rapports, mis à disposition des travailleurs, peuvent engendrer un coût certain pour les entreprises, cette démarche nous semble nécessaire pour offrir une protection adaptée aux travailleurs et aux avantages sociaux dont ils bénéficient<sup>210</sup>.

Subséquent, l'autorité compétente désignée par les États membres vérifiera la légalité de l'opération en fonction du droit de l'État membre d'origine. Elle délivrera, une fois l'ensemble des formalités respectées, un certificat préalable à la transformation transfrontalière<sup>211</sup>. Dans l'hypothèse où l'autorité ne délivre pas le certificat, elle en informera la société et lui exposera les motifs de son refus. Cette autorité peut également, en cas de doutes quant à la réalité de l'opération en question, procéder à une vérification approfondie<sup>212</sup> afin de s'assurer que l'opération en question ne constitue pas une transformation abusive. Pour réaliser cet examen approfondi, l'autorité se basera sur un ensemble de critères prédéfinis<sup>213</sup> en lien avec la société transformée. L'autorité compétente décidera, sur base de ces éléments, si elle délivre ou non le

---

<sup>208</sup> Cf. *supra* note n°185.

<sup>209</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, art. 86*terdecies*, 7.

<sup>210</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*duodecies* et art. 86*terdecies*.

<sup>211</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*quaterdecies*.

<sup>212</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*quaterdecies*, 9.

<sup>213</sup> Le chiffre d'affaires net, le nombre de travailleurs, la composition du bilan, la résidence fiscale, les actifs et leur localisation, le lieu de travail habituel des travailleurs, le lieu d'exigibilité des cotisations sociales ainsi que les risques commerciaux assumés par la société transformée dans l'État membre de destination et dans l'État membre de départ ; Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*quaterdecies*, 2. et 3.

certificat préalable, et ce dans un délai de trois mois à compter du début de cet examen approfondi<sup>214</sup>.

Par la suite, il appartiendra à l'autorité compétente de l'État membre de destination de vérifier, à son tour, la légalité de l'opération transfrontalière pour la partie de la procédure régie par le droit de l'État d'accueil<sup>215</sup>. En tout état de cause, une fois que l'opération a été effectuée en conformité avec les règles prévues dans la directive, elle ne pourra être déclarée nulle et non avenue<sup>216</sup>.

La directive 2019/2121, se fondant pour la majeure partie de son contenu sur la proposition de la Commission, expose également les effets d'une transformation transfrontalière. À cet égard, on notera principaux effets<sup>217</sup>. Le premier effet prévoit que l'ensemble du patrimoine actif et passif, les contrats, les crédits, les droits et les obligations, tels que listés en détail dans le projet de transformation, sont transférés *de iure* à la nouvelle entité. Ces droits et obligations continueront de s'appliquer à la société résultant de la transformation<sup>218</sup>. Le second effet a pour conséquence que les associés de la société ayant procédé à la transformation deviennent associés de la société transformée<sup>219</sup>. Le troisième effet veut que les droits et obligations découlant des contrats de travail ou des relations de travail soient également transférés, de plein droit, à la société issue de l'opération à la date de prise d'effet de cette opération<sup>220</sup>. Enfin, le

---

<sup>214</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*quaterdecies*, 7.

<sup>215</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*sexdecies*, 1.

<sup>216</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*unvicies*.

<sup>217</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*novodecies*.

<sup>218</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*novodecies*, a).

<sup>219</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*novodecies*, b).

<sup>220</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*novodecies*, c).

dernier effet, et non des moindres, permet d'invoquer le lieu du siège social de la société transformée dans l'État membre d'origine jusqu'à ce que la société procédant à l'opération ait été rayée du registre de l'État membre de départ<sup>221</sup>. Par ailleurs, la directive précise que ce sont les États membres de destination qui décident de la date à laquelle l'opération transfrontalière prendra effet, à la seule condition que cette date soit postérieure au contrôle de la légalité de l'opération<sup>222</sup>. Ainsi, la transformation transfrontalière ne prendra pas automatiquement effet à compter de la date d'immatriculation dans l'État membre d'accueil, contrairement à ce qu'avait proposé la Commission.

L'étape ultime d'une transformation transfrontalière se clôture dès lors par l'immatriculation de la société transformée<sup>223</sup>. Cette immatriculation s'opérera à la suite de l'opération transfrontalière et s'effectuera conformément à la législation des États membres d'origine et de destination en ce qui concerne le territoire de ces États<sup>224</sup>.

### **Sous-section 2.b. Analyse critique de la directive 2019/2121**

Dans cette sous-section, nous procéderons à une analyse critique sous deux angles à savoir, d'une part, une analyse du texte au regard de la proposition initiale de la Commission européenne en vue de modifier la directive 2017/1132 et, d'autre part, une comparaison de ce texte avec celui du législateur européen dans le cadre de la directive 2019/2121.

Dans un premier temps, nous ne pouvons que saluer l'initiative de la Commission qui a souhaité renforcer l'arsenal juridique européen relatif aux opérations essentielles au développement des entreprises européennes. En effet, la directive présente le réel avantage de regrouper et de systématiser tous les types de restructuration au sein d'un document unique. En outre, une transformation transfrontalière est susceptible d'avoir un impact considérable sur les créanciers

---

<sup>221</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86septdecies, 3.

<sup>222</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, art. 86octodecies.

<sup>223</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86septdecies 1. et 2.

<sup>224</sup> *Ibid.*

de la société concernée<sup>225</sup>. Face à cet état de fait, le nouveau texte européen a introduit un certain nombre de garanties spécifiques destinées à préserver les intérêts des créanciers<sup>226</sup> tout en n'entravant pas plus que nécessaire la liberté de mouvement des personnes morales.

Toutefois, nous sommes en mesure d'émettre un certain nombre de critiques tenant, d'une part, à l'approche privilégiée par la Commission qui consistait à vouloir prévenir les abus plutôt que de réellement favoriser la démarche de transformation des entreprises et, d'autre part, à la complexité des procédures mises en place.

En ce qui concerne le mécanisme *anti-abus*, la Commission autorisait le blocage par les autorités nationales compétentes d'une transformation transfrontalière constituant « *un montage artificiel visant à obtenir des avantages fiscaux indus ou à porter indûment atteinte aux droits légaux ou contractuels des travailleurs, des créanciers ou des associés minoritaire* »<sup>227</sup>, sachant que les indices retenus par la proposition à l'occasion d'une appréciation approfondie de la situation étaient essentiellement fondés sur la vérification de l'existence d'un établissement réel dans l'État de destination<sup>228</sup>. Depuis lors, l'arrêt *Polbud* habilite, sur base de la liberté d'établissement, les sociétés à transférer leur siège statutaire et à modifier en conséquence le droit qui leur est applicable sans avoir à déplacer également leur activité économique ou encore leur siège réel dans l'État membre de migration, et ce pour autant que le déplacement soit conforme au droit de ce dernier État membre<sup>229</sup>. Ainsi, l'approche de la Commission selon laquelle les sociétés de l'UE étaient soupçonnées d'être animées par la volonté de contourner les règles de leur pays d'origine à chaque fois qu'elles envisageaient une opération transfrontalière est critiquable.

Bien que l'on comprenne le souhait de la Commission et, au-delà, des États membres, de vouloir prévenir les fraudes de toute nature, il y a lieu, selon nous, de partir de la prémisse voulant que les sociétés qui procèdent à de telles opérations de transformation y sont en réalité

---

<sup>225</sup> Ernst and Young, *op. cit.*, pp. 34-78.

<sup>226</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*undecies*.

<sup>227</sup> Proposition de la Commission du 25 avril 2018, précitée.

<sup>228</sup> *Ibid.*

<sup>229</sup> *Cf. supra* note n°90.

poussées par des raisons économiques valables<sup>230</sup>. Qui plus est, la CJUE a clairement indiqué, dans son arrêt *Polbud*, que 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 n'était pas, en soi, une démarche abusive<sup>231</sup>.

Selon Frans Timmermans<sup>232</sup>, « *des garde-fous sont nécessaires pour protéger les intérêts des parties prenantes, qui pourraient être lésées par la transformation, et (...) empêcher les montages artificiels dans un but d'évasion fiscale ou d'autres pratiques peu scrupuleuses* »<sup>233</sup>. Néanmoins, observer que la lutte contre la fraude, en particulier fiscal, apparaisse en filigrane de toute la procédure de transformation transfrontalière est, selon nous, une prise de position critiquable. Considérant que l'UE s'est par ailleurs doté de divers instruments juridiques visant à lutter non seulement contre la fraude fiscale<sup>234</sup> mais également contre le blanchiment<sup>235</sup>. Nous pensons que le mécanisme d'appréciation approfondie, laissant penser à une présomption générale de fraude, prôné par la Commission allait à l'encontre de la dynamique donnée par la CJUE dans l'arrêt *Polbud* qui tente de favoriser la mobilité transfrontalière des sociétés.

Aussi, nous estimons que la proposition de texte de la Commission qui avait vocation à renforcer le marché unique et qui s'adressait à toutes les sociétés de capitaux de l'Union ne pouvait être construite en gardant à l'esprit un petit nombre de fraudeurs potentiels.

---

<sup>230</sup> E.-J. NAVEZ, « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE », *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 89-150.

<sup>231</sup> Cf. *supra* note n°96.

<sup>232</sup> Premier vice-président exécutif de la Commission européenne.

<sup>233</sup> COMMISSION EUROPEENNE, « Droit des sociétés : la Commission propose de nouvelles règles pour aider les entreprises à traverser les frontières et à trouver des solutions en ligne », Bruxelles, 25 avril 2018, disponible sur [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_18\\_3508](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_3508).

<sup>234</sup> Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 193, 19 juillet 2016 ; Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2011/16 en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, *J.O.U.E.*, L 139, 5 juin 2018.

<sup>235</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive (UE) 2005/60 du Parlement européen et du Conseil et la directive (UE) 2006/70 de la Commission, *J.O.U.E.*, L 141, 5 juin 2015 ; Directive (UE) 2016/2258 du Conseil du 6 décembre 2016 modifiant la directive (UE) 2011/16 en ce qui concerne l'accès des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux, *J.O.U.E.*, L 342, 16 décembre 2016 ; Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives (UE) 2009/138 et 2013/36, *J.O.U.E.*, L 156, 19 juin 2018.

En pratique, nous ne pouvons que nous réjouir d'observer que le mécanisme de contrôle *anti-abus*<sup>236</sup> adopté par le législateur européen se distingue du mécanisme d'appréciation approfondie imaginé par la Commission dans sa proposition. L'évolution du texte de la directive nous semble être positive dans la mesure où la lutte contre l'évasion fiscale, qui apparaissait comme objectif primaire dans la proposition initiale, a été mis en balance par le législateur. Cette évolution semble résulter d'un accord entre le Parlement et le Conseil, sur la base des nouveaux actes législatifs adoptés en la matière<sup>237</sup>.

Une autre raison qui a poussé le législateur à procéder à ce changement tient également à la flexibilité offerte aux États membres par les notions générales d'abus et de fraude. Cependant, nous nous interrogeons quelque peu concernant l'étendue et la portée de ces notions. En effet, il existe de nombreuses applications de la notion d'abus et de fraude dans les différents droits nationaux des États de l'Union. Il est particulièrement difficile d'en tirer une théorie générale au niveau européen eu égard à la diversité de cultures et de conceptions régissant l'UE. Ainsi, si l'expression « *à des fins criminelles* »<sup>238</sup> semble précise, celle de « *à des fins abusives ou frauduleuses* »<sup>239</sup> est au contraire susceptible de recouvrir de nombreuses situations. On remarquera néanmoins que le législateur a entendu préciser ces notions en énonçant quelques exemples dans la directive elle-même : le contournement des droits des travailleurs, le contournement du paiement des cotisations de sécurité sociale, le contournement du paiement des obligations fiscales ou encore la création de sociétés-écran ou boîtes aux lettres visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national, à le contourner ou à l'enfreindre<sup>240</sup>. *A contrario*, la directive précise qu'un indice d'absence d'abus ou de fraude découle du fait que la transformation aboutisse à ce que « *la direction effective ou l'activité économique sera*

---

<sup>236</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*quaterdecies* 8.

<sup>237</sup> Cf. *supra* note n°234 et n°235.

<sup>238</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, art. 86*quaterdecies*, 8.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, considérant 35.

*implantée dans l'État membre où la société doit être immatriculée après l'opération transfrontalière* » comme indice d'absence d'abus ou de fraude<sup>241</sup>.

En ce qui concerne la complexité des procédures mises en place, on notera que autant la proposition de la Commission que la directive se rejoignent à bien des égards et ne répondent pas aux critiques qui avaient été énoncées lors de la consultation publique. En effet, l'approche prévue dans ces textes conduit à des procédures d'une complexité telle que l'on risque d'aboutir à une situation inverse à celle recherchée : la directive ne sera pas ou peu appliquée en raison du lourd formalisme s'appliquant aux transformations transfrontalières ainsi qu'au caractère contraignant de ces différentes mesures. Ainsi, quand bien même la directive prévoit quelques assouplissements quant aux modalités à suivre lors d'une transformation transfrontalière par rapport à la proposition de la Commission, cet acte législatif européen a malgré tout vocation à complexifier l'ensemble de la procédure.

Pour conclure, la directive 2019/2121 constitue indéniablement un acte législatif d'une importance considérable pour les entreprises souhaitant procéder à des transformations transfrontalières. En effet, malgré quelques réserves, elle reste un précurseur à la mise en place d'un cadre harmonisé en matière de mobilité transfrontalière des sociétés au sein du marché intérieur, complétant ainsi les solutions jurisprudentielles dégagées par la CJUE.

### **Section III.C. La directive 2019/2121 répond-elle aux attentes des sociétés de l'UE ?**

La présente section aura pour objet d'invoquer les principales remarques tant positives que négatives émises par certains acteurs du droit et institutions européennes à l'égard de la directive 2019/2121. Pour ce faire, nous avons examiné le rapport de différentes organisations parmi lesquelles : le Comité économique et social européen<sup>242</sup>, European Company Law

---

<sup>241</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, considérant 36.

<sup>242</sup> Le CESE est un organe consultatif permettant aux organisations de la société civile des États membres d'exprimer leur avis au niveau européen.

Experts<sup>243</sup>, BusinessEurope<sup>244</sup> et la Confédération européenne des syndicats<sup>245</sup>. En outre, nous avons également appuyé notre argumentation sur l'analyse de certains professionnels du droit européen des sociétés.

Dans un premier temps, on note que le groupe d'experts du droit européen des sociétés se félicite du champ d'application de la directive qui est relativement large en ce qu'il inclut les trois sortes d'opérations transfrontalières<sup>246</sup>. En ce qui concerne précisément les transformations transfrontalières, la majorité des organisations européennes s'accorde à considérer que la directive constitue une plus-value juridique considérable.

De manière générale, la mise en place de procédures rendant possible la mobilité transfrontalière des sociétés est positivement soulignée<sup>247</sup>. C'est particulièrement le cas pour les micro- et les petites entreprises dans la mesure où l'économie de coûts pour ce type d'entreprises est non-négligeable<sup>248</sup>. Malgré tout, certaines charges sont toujours jugées inutiles et/ou trop lourdes. L'association BusinessEurope met en exergue la complexité de ces procédures et le temps nécessaire pour les réaliser tant pour les sociétés désirant faire un usage de leurs liberté d'établissement que pour les autorités des différents États membres<sup>249</sup>.

---

<sup>243</sup> L'ECLE est un groupe indépendant d'experts qui fait des analyses sur le droit des sociétés et le droit financier européen. C'est un groupe neutre et sans vocation politique qui refuse tout financement d'organisme à but lucratif ou de gouvernement.

<sup>244</sup> BusinessEurope est une association patronale européenne et un lobby qui défend les intérêts des employeurs d'entreprises privées auprès de l'Union européenne.

<sup>245</sup> La CES représente 90 confédérations syndicales nationales et influence la politique menée par les institutions européennes avec l'objectif de représenter et de défendre les travailleurs.

<sup>246</sup> EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, « The Commission 2018 proposal's on cross-border mobility – An assessment », septembre 2018, p. 5.

<sup>247</sup> Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, C 62/24, 15 février 2019, p. 6, point 3.5.8 et 3.6.3 et p. 25 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550 final, 28 octobre 2015, p.5 ; EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *op. cit.*, p. 3 et 4. ; BUSINESSEUROPE, *EU company law package – position paper*, Bruxelles, 28 juin 2018, disponible sur [https://www.business-europe.eu/sites/buseur/files/media/position\\_papers/legal/2018-06-28\\_eu\\_company\\_law\\_package.pdf](https://www.business-europe.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/legal/2018-06-28_eu_company_law_package.pdf), p. 2 et 3.

<sup>248</sup> Avis du Comité économique et social européen, *op. cit.*, p. 25.

<sup>249</sup> BUSINESSEUROPE, *op. cit.*, p. 2 et 3.

Concernant les droits et l'information des travailleurs, plusieurs remarques ont été émises par les associations européennes<sup>250</sup>. Tout d'abord, le Comité économique et social se félicite des droits relatifs à la participation des travailleurs qui sont actuellement en vigueur. La Confédération européenne des syndicats est plutôt d'avis que ces droits de participation devraient être plus précis en instaurant notamment des règles en matière d'information, de consultation et de représentation transnationale<sup>251</sup>. L'association BusinessEurope fait, par ailleurs, plusieurs remarques à ce sujet. Tout d'abord, elle juge le rapport de l'organe de direction inutile en faisant valoir que des règles relatives à l'information des travailleurs existent déjà sur le plan européen<sup>252</sup>. Elle trouve également que le seuil déclenchant la participation des travailleurs est trop élevé et entrave par conséquent la capacité des entreprises à mettre en œuvre une transformation transfrontalière<sup>253</sup>. En outre, l'association regrette un manque d'harmonisation des règles relatives à la protection des créanciers<sup>254</sup> et plus particulièrement, l'absence d'un traitement différencié entre les créanciers dont la créance est due, qui ont le pouvoir de réclamer l'exécution immédiate, et ceux dont la créance n'est pas due et qui n'ont pas le pouvoir d'obtenir des garanties adéquates.

Différentes critiques ont également été émises à propos des protections conférées aux actionnaires. Certaines associations sont sceptiques quant à ce droit de sortie dont ces-derniers bénéficient. Non seulement ce droit modifie la situation de la société<sup>255</sup> mais il peut également être difficile pour la société de déterminer au préalable le nombre d'actionnaires qui vont faire usage de ce droit, ce qui est de nature à entraîner d'éventuels problèmes de liquidité<sup>256</sup>. En outre, l'étendue et les contours de ce droit ne sont pas suffisamment définis, estime notamment BusinessEurope, ce qui est de nature à laisser subsister certaines zones d'ombres que la directive était censée atténuer.

---

<sup>250</sup> A. GARCÍA, F. AMOR, S. MONELLS et G. SANTIAGO, « Comments on the proposal for a directive amending directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and division, COM(2018) 241 final », in *the context of Thessaloniki conference organized by the European Economic and Social Committee*, Barcelona, septembre 2018, p. 12.

<sup>251</sup> CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS, *Le nouveau paquet législatif 2018 sur le droit des sociétés : une occasion manquée pour plus de démocratie au travail*, Bruxelles, 2018, p. 3 et sv.

<sup>252</sup> BUSINESSSEUROPE, *op. cit.*, p. 4.

<sup>253</sup> BUSINESSSEUROPE, *op. cit.*, p. 7 et 8.

<sup>254</sup> BUSINESSSEUROPE, *op. cit.*, p. 5.

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> *Ibid.*

Enfin, les mesures pour lutter contre les transformations transfrontalières abusives restent au cœur du débats. Pour rappel, la directive distingue le contrôle intervenant à l'occasion de la délivrance du certificat préalable à l'opération (i) et le contrôle de la légalité suite à la réalisation de l'opération (ii).

Un contrôle *ex ante* de cette opération (i) n'est pas contraire au droit européen et plus particulièrement, à la liberté d'établissement. Et pour cause, la directive elle-même prévoit une procédure préalable permettant aux États membres de faire échec à une transformation transfrontalière abusive<sup>257</sup>. Néanmoins, la formulation de ce nouveau contrôle prévu par la directive reste controversée par une partie de la doctrine européenne et tranche avec le caractère libéral de la jurisprudence précitée de la CJUE<sup>258</sup>. Isabelle Corbisier s'interroge d'ailleurs vers un retour d'une certaine forme de protectionnisme, prenant le contrepied de la dynamique élaborée par la Cour<sup>259</sup>. Ainsi que l'a précisé l'auteur : le « *contrôle des abus ne sera (...) pas appliqué avec la même vigueur selon les sociétés et les États membres* », soulignant l'habileté du législateur qui, en « *présentant un texte très (trop) protecteur (...) laisse aux États membres le soin d'aménager ces protections à la baisse* »<sup>260</sup>. Néanmoins, BusinessEurope se réjouit de ce nouveau contrôle prévu par la directive et s'opposait fermement au mécanisme d'appréciation approfondie prôné par la Commission qui « *rendait les entreprises coupables jusqu'à preuve du contraire* »<sup>261</sup>. Le législateur européen a suivi le raisonnement de cette association en prévoyant « *qu'une analyse plus approfondie devrait uniquement être de mise dans certaines situations bien précises et non systématiquement* »<sup>262</sup>. En outre, la Confédération européenne des syndicats plaidait pour l'implication d'autres acteurs au cours de la procédure comme les représentants des travailleurs, les autorités financières ou encore le fond d'assurance sociale dans la légalité de l'opération<sup>263</sup>. Cette proposition était soutenue par certains professionnels qui estimaient qu'associer ces personnes à la procédure augmenterait davantage

---

<sup>257</sup> Cf. *supra* note n°168.

<sup>258</sup> I. CORBISIER, « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme ? », *RPS-TRV*, 2019/8, p.809-810.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> BUSINESSSEUROPE, *op. cit.*, p. 6.

<sup>262</sup> BUSINESSSEUROPE, *op. cit.*, p. 3.

<sup>263</sup> CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS, *Le nouveau paquet législatif 2018 sur le droit des sociétés : une occasion manquée pour plus de démocratie au travail*, Bruxelles, 2018, p. 3 et sv.

la crédibilité du certificat préalable<sup>264</sup>. Néanmoins, le législateur européen n'a pas fait droit à cette demande, constituant un échec pour ces acteurs du droit européen des sociétés.

Le contrôle de la légalité de l'opération<sup>265</sup> (ii) ne fait pas l'objet d'opinions dissidentes de la part des professionnels du droit européen des sociétés dans la mesure où le contrôle est assez formel puisqu'il consiste, *a minima*, à veiller au respect des dispositions du droit national vis-à-vis de la constitution et de l'immatriculation des sociétés et, le cas échéant, de la participation des travailleurs<sup>266</sup>.

Enfin, certaines associations regrettent l'absence d'une clause générale contre l'abus du droit d'établissement dans la directive 2019/2121<sup>267</sup>. Un exemple intéressant d'une telle clause se trouve dans une directive européenne<sup>268</sup> et aurait été intéressante dans la mesure où elle aurait permis aux États de prendre des mesures appropriées dans des cas de fraudes avérés sans pour autant obliger les autorités compétentes à entreprendre une analyse de l'opération<sup>269</sup>.

---

<sup>264</sup> A. GARCÍA, F. AMOR, S. MONELLS et G. SANTIAGO, *op. cit.*, p. 32.

<sup>265</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, article 86*sexdecies*.

<sup>266</sup> Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019, article 86*septdecies* à art. 86*terdecies*.

<sup>267</sup> Avis du Comité économique et social européen, *op. cit.*, p. 26.

<sup>268</sup> Directive (UE) 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O.U.E.*, L 158, 30 avril 2004, article 35 : « *Les États membres peuvent adopter les mesures sanitaires nécessaires pour refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la présente directive en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance* ».

<sup>269</sup> A. GARCÍA, F. AMOR, S. MONELLS et G. SANTIAGO, *op. cit.*, p. 6.

## CONCLUSION

Pour conclure cet exposé, nous remarquons que la CJUE a libéralisé encore un peu plus la mobilité transfrontalière des sociétés à travers son arrêt *Polbud*. La solution consacrée par la Cour ne fait en réalité que répondre à la nécessité de proposer des réponses uniformes aux phénomènes de dissociation des sièges, que le *law shopping* soit réalisé *ab initio*, comme dans l'arrêt *Centros*, ou en cours de vie sociale, comme dans l'arrêt *Polbud*, en déplaçant le siège réel, comme dans le premier arrêt, ou en modifiant le siège statutaire, comme dans le second. En effet, le cas *Polbud* étant symétrique de la configuration *Centros*, la CJUE pouvait difficilement consacrer une asymétrie jurisprudentielle fondée uniquement sur la chronologie de la mobilité.

*De facto*, la Cour encourage une concurrence normative entre les États membres concernant leurs législations nationales du droit des sociétés. Cette concurrence a longtemps été identifiée sous l'aspect du fédéralisme compétitif sous l'égide de la CJUE qui, mettant en œuvre la liberté d'établissement des personnes morales, est parvenue à une intégration négative bien plus aboutie que l'intégration obtenue par les progressions législatives<sup>270</sup>. Néanmoins, cette mise en concurrence du droit des sociétés a atteint une étape supplémentaire dans l'arrêt *Polbud* et risquait d'aboutir à une harmonisation du droit des sociétés vers le bas en ce qui concerne principalement la protection des *stakeholders*.

Afin de prévenir de telles conséquences, la directive 2019/2121 est venue lever les derniers obstacles au transfert transfrontalier du siège social dans l'Union, en rapprochant les droits nationaux sur des questions aussi importantes en pratique que les formalités à accomplir ou encore la protection à apporter aux *stakeholders* dont les intérêts pouvaient être affectés par l'opération.

Ainsi, l'adoption de la directive a constitué un développement crucial pour l'harmonisation du droit européen des sociétés et la mobilité transfrontalière des entreprises. Les améliorations juridiques contenues dans cet acte législatif auront permis non seulement de renforcer les principes de la liberté d'établissement mais également de stimuler et de renforcer l'activité

---

<sup>270</sup> A. COTIGA, « Introduction générale - La compétition entre systèmes juridiques ou la concurrence institutionnelle », *Le droit européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 13-36.

économique des sociétés de l'UE. C'est la raison pour laquelle nous pensons que l'intervention du législateur européen, suite à l'arrêt *Polbud*, a eu (et aura) un impact considérable sur la mobilité des sociétés permettant d'assurer, *in fine*, l'optimisation des transformations intra-européennes.

## BIBLIOGRAPHIE

### LÉGISLATION

- CEE, art. 43 et 48.
- CEE, art. 220.
- Directive (UE) 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O.U.E.*, L 158, 30 avril 2004.
- Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive (UE) 2005/60 du Parlement européen et du Conseil et la directive (UE) 2006/70 de la Commission, *J.O.U.E.*, L 141, 5 juin 2015.
- Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 193, 19 juillet 2016.
- Directive (UE) 2016/2258 du Conseil du 6 décembre 2016 modifiant la directive (UE) 2011/16 en ce qui concerne l'accès des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux, *J.O.U.E.*, L 342, 16 décembre 2016.
- Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.U.E.*, L 169, 30 juin 2017.

- Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, *J.O.U.E.*, L 132, 20 mai 2017.
- Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2011/16 en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, *J.O.U.E.*, L 139, 5 juin 2018.
- Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives (UE) 2009/138 et 2013/36, *J.O.U.E.*, L 156, 19 juin 2018.
- Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, L 321/1, 12 décembre 2019.
- Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.U.E.*, L 124/36, 25 mai 2003.
- Règlement (CE) 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *J.O.C.E.*, L 294/1, 10 novembre 2001.
- Résolution du Parlement européen du 13 juin 2017 sur la conduite des fusions et scissions transfrontalières (2016/2065 (INI)), *J.O.U.E.*, C 331, 18 octobre 2018, p. 27.
- TFUE, art. 49 et 54.
- TFUE, art. 50, g).
- TFUE, art. 50, f).

## TRAVAUX PRÉPARATOIRES

- Avis du Comité économique et social européen sur a) une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés et sur b) une proposition de directive modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *J.O.U.E.*, C 62/24, 15 février 2019.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au comité des Régions, « Plan d'action: droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise - un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises », COM(2012)0740 final, 13 décembre 2012.
- Communication de la Commission au Parlement européen, à la Banque centrale européenne, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement, « Un plan d'investissement pour l'Europe », COM(2014)903 final, 26 novembre 2014.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises, COM(2015) 550 final, 28 octobre 2015.
- Le programme de Stockholm : Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *J.O.U.E.*, C 115, 4 mai 2010.
- Proposition de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant la modification de la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, Bruxelles, le 25 avril 2018, COM(18)241 final.

- Rapport du Parlement sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, A8-0002/2019, 9 janvier 2019.

## **JURISPRUDENCE**

- C.J.C.E., arrêt *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:286.
- C.J.C.E., arrêt *Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, 30 novembre 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411.
- C.J.C.E. arrêt *Centros Ltd v. Ervers-og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126.
- C.J.C.E., arrêt *Überseering BV et Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632.
- C.J.C.E., arrêt *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam et Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.
- C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *SEVIC Systems AG*, 13 décembre 2005, C-411/03, ECLI:EU:C:2005.
- C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cadbury Schweppes pic, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.
- C.J.C.E., (gde ch.), arrêt *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, C-210/06, EU:C:2008:723.

- C.J., (gde ch.), arrêt *National Grid Indus*, 29 novembre 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785.
- C.J., arrêt *VALE Építési kft*, 12 juillet 2012, C-378/10, EU:C:2012:440.
- C.J.U.E., (gde ch.), arrêt *AGET Iraklis*, 21 décembre 2016, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972.
- C.J., (gde ch.), arrêt *Polbud-Wykonwstwo*, 25 octobre 2017, C-106/16, EU:C:2017:804.

## DOCTRINE

- ARDOUIN, J. et SICARD, F., « Transferts de siège dans l'Union européenne et law shopping : retour vers le passé ? », 18 mai 2018, EY Sociétés d'Avocats, disponible sur : <https://etaxlawservices.ey-avocats.com/actualite/transferts-de-siege-dans-l-union-europeenne-et-law-shopping--retour-vers-le-passe>.
- ASUNCION CEBRIÀN SALVA, M., « *Liberté et pain cuit. Commentaire de l'arrêt Polbud* », 15 janvier 2018, disponible sur <https://blogdroiteuropeen.com>.
- AUTENNE, A. et DE WOLF, M., « La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen: le cas particulier du transfert de siège social », *C.D.E.*, 2007/5-6, p. 647-694.
- BAERT, A., « Crossing Borders : Exploring the need for a Fourteenth EU Company Law Directive on transfers of Registered Office », *26 EBLR 581-612*, 2015, p. 2.
- BAERT, S., « CJUE : imposition sur les plus-values latentes lors du transfert de siège social entre États membres », *Legal News*, 2 décembre 2011.
- BERNAUER, F. et FARTARIA, P., « Adoption of the Directive (UE) 2017/1132, a first step towards a european corporate code », *Holman Fenwick Willan*, octobre 2017, p. 2.

- BERNAUER, F., ROMAIN-HUTTIN, A. et FARTARIA, P., « La Cour de Justice de l'Union européenne facilite la mobilité internationale des sociétés. Conséquences de l'arrêt Polbud (CJUE, 25 octobre 2017, aff. C-106/16) », *Holman Fenwick Willan*, avril 2018, p. 1-4.
- BIERMEYER, T., « Shapping the space of cross-border conversion in the EU. Between right and autonomy : Vale », *Common Market Law Review*, 2013, p. 577.
- BINARD, S. et SCHUMMER, L., « The case for further flexibility in matters of cross-border corporate mobility », *European company law journal*, 2019, p. 31 et 32.
- BUSINESSSEUROPE, *EU company law package – position paper*, Bruxelles, 28 juin 2018, disponible sur [https://www.businessseurope.eu/sites/buseur/files/media/position\\_papers/legal/2018-06-28\\_eu\\_company\\_law\\_package.pdf](https://www.businessseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/legal/2018-06-28_eu_company_law_package.pdf).
- CORBISIER, I., « L'arrêt Polbud de la C.J.U.E. ou le Luxembourg à la croisée des chemins. Maintien d'un critère de rattachement appliqué de manière ambiguë ou choix franc d'un libéralisme rendu possible par la Cour de justice ? », *Journal des tribunaux Luxembourg*, 5 avril 2018, p. 33-39.
- CORBISIER, I., « 'Arrêt Polbud' : la consécration de la possibilité d'un principe inconditionnel de libre mobilité », *Journal de droit européen*, 2018, p. 135-137.
- CORBISIER, I., « Les nouvelles dispositions européennes en matière de mobilité transfrontalière : légitimation du retour à une certaine forme de protectionnisme ? », *RPS-TRV*, 2019/8, p.809-810.
- COTIGA, A., « Introduction générale - La compétition entre systèmes juridiques ou la concurrence institutionnelle », *Le droit européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 13-36.

- CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS, *Le nouveau paquet législatif 2018 sur le droit des sociétés : une occasion manquée pour plus de démocratie au travail*, Bruxelles, 2018, p.
- CUILIER, L. et PFEIFFER, J., « Cadre harmonisé pour les opérations de mobilité transfrontalière : entre volonté de souplesse et contraintes pratiques », *Option Finance*, 16 avril 2020, p. 1-8.
- DELVAUX, T., « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? – Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés », *R.P.S.*, 2004, p. 207-273.
- DELVAUX, T., FAYT, A., BADA, D., PASTEGGER, D., GOL, D. et THIRION, N., « Droit international et européen des sociétés », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 4 mai 2015, p. 210-288.
- EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, « The Commission 2018 proposal's on cross-border mobility – An assessment », septembre 2018, p. 5.
- GILSON, R.J., « Globalizing corporate governance: convergence of form or function », *American Journal of Comparative Law*, 2001, p. 303-358.
- GRUMBERG, A.-W., BARRIERE, F. et DARRIET, P.-H., « La mobilité des sociétés favorisée par la CJUE », *Fusions & Acquisitions Magazine*, 2018, p. 86-88.
- HO-DAC, M., « L'affirmation d'un droit au transfert intra-européen du siège statutaire avec changement de loi applicable : une nouvelle donne pour la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union ? CJUE, gde ch., 25 octobre 2017, Polbud / Wykonawstwo, aff. C-106/16 », *Rev. Aff. Eur.*, 2017/4, p. 727-737.
- HOPT, K.J., « Comparative company law 2018 », *European Corporate Governance Institute*, working paper n°460/2019, juillet 2019, p. 28-37.

- JOHNSON, M., « Does Europa still need a fourteenth company law directive ? », *Hertfordshire Law Journal*, Vol. 3, p. 25.
- KHAN, A., « Corporate Mobility under Article 49 TFEU: A Question of Means, not Ends », *European Business Law Review*, 2011, p. 847-870.
- MARESCEAU, K. et FINK, A., « Mobilité transfrontalière des sociétés et concurrence règlementaire au niveau du droit des sociétés - Prix Pierre Coppens 2014 », *Rev. prat. Soc.*, 2014/2, p. 647-694.
- MENJUCQ, M., « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », *Aspects actuels du droit des affaires*, Paris, Dalloz, 2003, p. 831-843.
- NAVEZ, E.-J., « 3 - Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE », *Droit des groupes de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 89-150.
- PANAPOULOS, G., « Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorités », *C.D.E.*, 2006, p. 697-732.
- PELLE, P., « Companies Crossing Borders within Europe », *European Company Law*, 2008, p. 284.
- RINGE, W-G., « No Freedom of Emigration for Companies ? », *European Business Law Review*, 2005, p. 621-642.
- SANTORO, G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt *Cartesio* », *R.I.D.E.*, 2010, p. 358-378.
- SCHWARZ, P., « La transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne », *Journal de droit européen*, 2014, p. 139-147.

- SOTIROPOULOU, A., « Concurrence normative et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la mobilité des sociétés », *La concurrence normative. Mythes et Réalités*, Paris, Société de législation comparée, 2013, p. 67-87.
- STURMFELS, K. F., « Pseudo-Foreign Companies in Germany – The Centros, Überseering and Inspire Art Decisions of the European Court of Justice », *Key Aspects of German Business Law*, 2008, p. 59-64.
- VAN ECK, G. et ROELOFS, E., « Moving Into, Through and Out of the EU with Corporate Continuity », *European Company Law*, 2014, p. 211 et s.

## ÉTUDE

- Ernst and Young study, « Assessment and quantification of drivers, problems and impacts related to cross-border transfers of registered offices and cross-border divisions of companies », le 5 février 2018, disponible sur [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dg\\_just\\_transfers\\_divisions\\_final\\_report\\_0502\\_2018\\_clean\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dg_just_transfers_divisions_final_report_0502_2018_clean_1.pdf), p. 1-170.

## DIVERS

- BASSI, U., « European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance (Presentation at the 12th European Corporate Governance and Company Law Conference) », 2013, disponible sur <http://mediasite.pim.ie/mediasite/Viewer/?peid=d7c16e8adcf14cc78a51c84e58274a841>.
- COMMISSION EUROPEENNE, « Droit des sociétés : la Commission propose de nouvelles règles pour aider les entreprises à traverser les frontières et à trouver des solutions en ligne », Bruxelles, 25 avril 2018, disponible sur [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_18\\_3508](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_3508).

- Commission staff working document, impact assessment accompanying the document (COM(18) 239 final) and (COM(18) 241 final), Bruxelles, le 25 avril 2018, *SWD* (18) 141 final, p. 3-192.
- CONSEIL DE L'UE, « L'UE permet aux entreprises de se restructurer plus facilement dans le marché unique », 18 novembre 2019, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/11/18/eu-makes-it-easier-for-companies-to-restructure-within-the-single-market/>.
- EUROPEAN COMMISSION, « EU company law upgraded : rules on digital solutions and efficient cross-border operations », Bruxelles, 2018, disponible sur [https://ec.europa.eu/newsroom/just/itemdetail.cfm?item\\_id=58190](https://ec.europa.eu/newsroom/just/itemdetail.cfm?item_id=58190).
- GARCÍA, A., AMOR, F., MONELLS, S. et SANTIAGO, G., « Comments on the proposal for a directive amending directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and division, COM(2018) 241 final », *in the context of Thessaloniki conference organized by the European Economic and Social Committee*, Barcelona, septembre 2018, p. 12.